

internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

6(10)

2021

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami w zakresie podwójnej jakości produktów w świetle zmian wprowadzanych na mocy dyrektywy Omnibus**
- **Handel społecznościowy jako alternatywna forma inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów**
- **Stosowanie smart kontraktów w obrocie konsumenckim – wybrane problemy**
- **Odpowiedzialność za roboty inteligentne**
- **Przetwarzanie danych biometrycznych a ochrona jednostek – analiza wybranych zagadnień na tle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych i projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji**
- **Ustawowe moratorium kredytowe w Polsce w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19 – w świetle Konstytucji i zasady proporcjonalności**

ISSN 2299-5749

internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

6(10)

2021

131. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierziński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126;

[www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)

e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl)

Wydawca: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,

PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA;

PL – 00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198;

tel.: (+48-22) 635-03-01; [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)

e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl)

CARS

Centre for Antitrust and Regulatory Studies  
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych



## RADA NAUKOWA

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiej Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Publicznego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Koziół** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USZ dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. UW r dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (kierownik Zakładu Zarządzania Finansami, Instytut Nauk Ekonomicznych, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

## KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: [piszcz@uwb.edu.pl](mailto:piszcz@uwb.edu.pl).

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: [mbernatt@wz.uw.edu.pl](mailto:mbernatt@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: [spiatek@wz.uw.edu.pl](mailto:spiatek@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: [wierzbinski@wz.uw.edu.pl](mailto:wierzbinski@wz.uw.edu.pl).

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPIA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: [c.banasinski@wpia.uw.edu.pl](mailto:c.banasinski@wpia.uw.edu.pl).

Dr **Michał Będkowski-Koziół** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: [m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl](mailto:m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl).

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: [mateusz.cholodecki@amu.edu.pl](mailto:mateusz.cholodecki@amu.edu.pl).

Prof. UEKat dr hab. **Marzena Czarnecka** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń w Kolegium Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji energetyki; e-mail: [marzena.czarnecka@ue.katowice.pl](mailto:marzena.czarnecka@ue.katowice.pl).

Prof. WSliZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSliZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych reguł konkurencji; e-mail: [ajurkowska@wsiz.edu.pl](mailto:ajurkowska@wsiz.edu.pl).

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: [g\\_materna@wp.pl](mailto:g_materna@wp.pl).

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPIA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: [mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl](mailto:mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl).

Dr **Dominik Wolski** (adiunkt w Katedrze Prawa i Administracji Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfańskiego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: [dominik.wolski@gwsh.pl](mailto:dominik.wolski@gwsh.pl).

**Agnieszka Kotowska**, redaktor techniczna; e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl).

## Spis treści

<b>O współczesnej ochronie konsumenta na rynku i aktualnych problemach słów kilka</b> (od redaktora prowadzącego) .....	6
--	---

### Artykuły

Martyna Wurm, Łucja Olszewska, <b>Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami w zakresie podwójnej jakości produktów w świetle zmian wprowadzanych na mocy dyrektywy Omnibus</b> .....	13
Justyna Ziobrowska, <b>Handel społecznościowy jako alternatywna forma inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów</b> .....	38
Małgorzata Krzemińska, Maciej Rzeszutek, <b>Stosowanie smart kontraktów w obrocie konsumenckim – wybrane problemy</b> .....	49
Aleksandra Gnas, <b>Odpowiedzialność za roboty inteligentne</b> .....	67
Adrianna Michałowicz, <b>Przetwarzanie danych biometrycznych a ochrona jednostek – analiza wybranych zagadnień na tle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych i projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji</b> .....	78
Piotr Gałązka, <b>Ustawowe moratorium kredytowe w Polsce w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19 – w świetle Konstytucji i zasady proporcjonalności</b> .....	95
Damian Littwin, <b>Zakres ochrony szkód powstałych w wyniku niefizycznych zakłóceń działalności na przykładzie ubezpieczenia BI i NDBI w kontekście pandemii wirusa SARS-CoV-2</b> .....	112
Anna Urbanek, <b>Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące naruszeń zbiorowych interesów konsumentów za lata 2020–2021 w sprawach niefinansowych</b> .....	121

### Przegląd prawa i orzecznictwa, raporty, omówienia

Małgorzata Miś, Grzegorz Miś, <b>Implementacja dyrektywy Omnibus do polskiego porządku prawnego – kilka wybranych uwag do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw</b> .....	132
--	-----

## Sprawozdania

<b>Sprawozdanie z VIII Międzynarodowej Konsumentckiej Konferencji Naukowej pn. „Wyzwania dla prawa konsumenckiego w wymiarze globalnym, regionalnym i lokalnym” Łódź, 5–6 października 2021 roku (Anna Urbanek) . . . . .</b>	<b>141</b>
<b>Sprawozdanie z 2. edycji projektu TechLawClinics na Uniwersytecie Jagiellońskim i Uniwersytecie Łódzkim (rok akademicki 2020/2021) (Monika Namysłowska, Piotr Tereszkieicz) . . . . .</b>	<b>145</b>
<b>Contents, Summaries and Key Words . . . . .</b>	<b>147</b>

## O współczesnej ochronie konsumenta na rynku i aktualnych problemach słów kilka (od redaktora prowadzącego)

Przedstawiamy Państwu szósty w tym roku numer iKAR-a jako wyjątkowo pierwszy z dwóch numerów poświęconych problematyce konsumenckiej. Zawiera on osiem artykułów naukowych, jedno opracowanie w formie omówienia projektu ustawy implementującego dyrektywę Omnibus do polskiego porządku prawnego oraz dwa sprawozdania, w tym jedno z Międzynarodowej Konsumenckiej Konferencji Naukowej. Drugi z tegorocznych zeszytów konsumenckich (siódmy) poświęcony został w całości aktualnym problemom ochrony konsumenta na rynku usług finansowych, dlatego niniejszy numer porusza przede wszystkim zagadnienia ochrony konsumenta na rynku w ogóle, ze szczególnym uwzględnieniem aktualnych zjawisk i problemów wynikających z dynamicznego rozwoju i obecności w obrocie konsumenckim nowych technologii oraz pandemii COVID-19, co także wpłynęło na ich jeszcze większe upowszechnienie, ze względu na zalecany i konieczny dystans społeczny. Nie zabrakło w nim również innych opracowań dotyczących ogólnych i aktualnych problemów z zakresu szeroko rozumianego prawa konsumenckiego.

Występujący na przestrzeni ostatnich lat postęp technologiczny, wykorzystanie technologii informacyjno-komunikacyjnych, szybkie przetwarzanie dużych ilości danych oraz ich wykorzystywanie wywierają niewątpliwy i istotny wpływ na sposób funkcjonowania współczesnego rynku i jego uczestników, w tym na obrót z udziałem konsumentów, generując jednak nie tylko korzyści, lecz także nowe wyzwania oraz rodzaje ryzyka (szerzej: Rutkowska-Tomaszewska, 2020, s. 3–33 i powoływana tam literatura).

Potencjalne korzyści opisywane często jako „wyższa wydajność”, umożliwiają dostawcom towarów i usług świadczenia ich po niższych kosztach; w szerszej gamie produktów i usług oraz wyboru konsumentów i przedsiębiorstw, nie mogą jednak pomijać i pomniejszać szeregu rodzajów ryzyka i zagrożeń związanych z cyberprzestrzenią czy ochroną danych. Nieprawidłowości związane z digitalizacją i cyfryzacją obrotu, w tym konsumenckiego, i innych sfer życia społeczno-gospodarczego dotyczą bezpieczeństwa cyfrowego (cyberbezpieczeństwa) oraz świadomości kradzieży tożsamości, pozyskiwania danych osobowych i ich nieuprawnionego wykorzystania, transgranicznego świadczenia usług i ochrony konsumentów na rynku. Świat cyfrowy sprzyja anonimowości i przejmowaniu tożsamości innych osób. Cyberprzestępczość jest najszybciej rosnącym ryzykiem dla podmiotów, które nie korzystają z usług specjalistów z zakresu cyberbezpieczeństwa i nie posiadają operacyjnych procedur reakcji na incydenty, co ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo cyfrowe (Rutkowska-Tomaszewska, Bani i Pachuca-Smulska, 2020).

Dynamiczny rozwój nowoczesnych technologii i dostarczanie konsumentom kolejnych innowacyjnych rozwiązań nasuwać musi pytania: czy jest to rzeczywiście dla nich korzystne, czy jego prawa i interesy są w sposób odpowiedni chronione i czy nie powoduje to jednocześnie ryzyka pewnych zagrożeń, a nawet ujemnych i dotkliwych skutków ekonomicznych i nie tylko? Z jednej strony, procesy te są nieodwracalne z różnych względów (ekonomicznych, mentalnych,

społeczno-kulturowych), z drugiej zaś – stanowią i stanowić powinny poważne wyzwanie dla prawa i uczestników cyberobrotu z udziałem konsumentów w celu zapewnienia najniższym jego uczestnikom właściwego poziomu ochrony i bezpieczeństwa.

Ekspansja nowych technologii na rynku finansowym wymaga zatem zbudowania równowagi pomiędzy innowacyjnością, niekonwencjonalnym podejściem do klienta, wygodą i łatwością korzystania z usług a bezpieczeństwem klienta, jak również samego rynku, na którym są one świadczone. Stanowi to wyzwanie związane z zapewnieniem właściwej i skutecznej ochrony konsumenta w cyberprzestrzeni, w tym także przez informację. Część zagrożeń wynika ze specyfiki technologii, z którą ich użytkownicy nie zawsze są dobrze zaznajomieni i nie mają świadomości związanego z nimi ryzyka. Część natomiast jest konsekwencją decentralizacji sieci internetowej i możliwości oferowania usług właściwie z każdego miejsca na świecie, w każdym języku, z zastosowaniem dowolnych strategii marketingowych. Jest to istotny problem dla organów nadzorujących rynek, ale również dla organów ścigania w przypadkach przestępstw i może oznaczać poważne utrudnienia na etapie dochodzenia roszczeń przez konsumentów. Ochrona interesów konsumentów, nawet gwarantowana przez stosowne przepisy prawa unijnego i krajowego, w obliczu globalizacji sieci internetowej może okazać się iluzoryczna w praktyce. Istotne jest zatem podejmowanie przez różne podmioty szeregu działań zmierzających do edukacji konsumentów, budowania ich świadomości odnośnie do nowoczesnych kanałów dystrybucji i zagrożeń związanych z zastosowaniem nowych technologii, ale także do przeciwdziałania ryzyku, które one generują lub szybkiej reakcji, w przypadku jego wystąpienia (swoistego rodzaju nadzoru w skali makrocybernetycznej i zarządzania cyberkryzysowego). Z dynamicznym rozwojem nowych technologii i ich wszechobecnym zastosowaniem wiąże się nowy rodzaj ryzyka rynkowego w różnych jego obszarach, niezbyt dobrze jeszcze rozpoznanego (ryzyka cybernetycznego), a zarządzanie nim wymaga holistycznego podejścia i wyciągania wniosków z doświadczeń pokryzysowych oraz budowy infrastruktury instytucjonalnej wyposażonej w odpowiednie kompetencje. Istotna jest kwestia cyberbezpieczeństwa, które w świecie cyfrowym bez wątpienia ma charakter priorytetowy, bezpieczeństwa danych osobowych i przeciwdziałania ich potencjalnemu nieuprawnionemu wykorzystywaniu. Niezmiernie, wyzwaniem staje się poszukiwanie rozwiązań stanowiących kompromis między interesem konsumentów a dobrem publicznym, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa i ochrony konsumenta na rynku a jego rozwojem opartym na nowoczesnych technologiach i zasad konkurencji na nim.

Dodatkowo, wprowadzenie w 2020 r. w związku ze stanem pandemii COVID-19 w wielu krajach licznych ograniczeń w funkcjonowaniu gospodarki, sektorze usług publicznych, jak również w sferze prywatnej oraz wykonywaniu pracy zarobkowej stało się dużym wyzwaniem dla gospodarek, władz krajowych, jak również przedsiębiorców i konsumentów. Wiele państw i ustawodawców zmuszonych było do podjęcia odpowiednich działań, których celem była ochrona i zapewnienie bezpieczeństwa szeroko rozumianych interesów konsumentów oraz pozostałych podmiotów funkcjonujących na rynku, w tym przedsiębiorców.

Całe spektrum tych aktualnych problemów prezentuje przekazywany Czytelnikowi niniejszy numer konsumencki IKAR-a, nie uwzględniający zasadniczo problemów ochrony konsumenta na rynku usług finansowych<sup>1</sup>, choć niektóre z zawartych w nim opracowań dotyczą także tej problematyki.

<sup>1</sup> W całości tej problematyce poświęcony jest drugi numer konsumencki (numer 7/2021).

Artykuł otwierający przygotowany przez Martynę Wurm i Łucję Olszewską porusza problem ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami w zakresie podwójnej jakości produktów w świetle zmian wprowadzanych na mocy dyrektywy Omnibus stanowiącej część reform wprowadzonych w ramach „Nowego Ładu dla konsumentów”. Autorki dokonują analizy prawnej problemu tzw. podwójnej jakości produktów, przesłanek stwierdzenia nieuczciwej praktyki przedsiębiorców w odniesieniu do podwójnej jakości produktów, a także przedstawiają katalog możliwych obiektywnych uzasadnień, w oparciu o które przedsiębiorcy mogą usprawiedliwić swoje działania w świetle dyrektywy Omnibus<sup>2</sup>, która ma być implementowana do krajowych porządków prawnych do 28 maja 2022 roku. W artykule zaprezentowano także, na podstawie wyników badań organów krajowych oraz Komisji Europejskiej, sposób rozumienia istotnej różnicy między produktami przeznaczonymi na różne rynki oraz wskazano w jaki sposób przedsiębiorcy powinni dostosować swoje praktyki do nowych regulacji.

Trzy kolejne artykuły poświęcone są tematyce związanej z zastosowaniem nowych technologii w obrocie konsumenckim. Opracowanie autorstwa Justyny Ziobrowskiej porusza kwestie handlu społecznościowego w ramach gospodarki współdzielenia, polegającej na udostępnianiu posiadanych zasobów innym, a także na przyjmowaniu zasobów niebędących naszą własnością. Problem ten zaprezentowany został zwłaszcza w kontekście alternatywnych form inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów, ponieważ, jak twierdzi Autorka, zjawisko współdzielenia „obserwowane jest głównie w branży turystycznej, transportowej, modowej, gastronomicznej, ale coraz częściej wykorzystywane jest również w branży finansowej”. Z uwagi na to, że platformy społecznościowe pozwalają na sieciowanie osób wokół danej inicjatywy, tworząc nieformalne grupy skupione przy danej inwestycji, Autorka przedstawia koncepcję handlu społecznościowego jako alternatywnej formy inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów i skutecznego sposobu budowania relacji między inwestorami oraz gromadzenia kapitału.

Postępujący rozwój nowych technologii, automatyzacja oraz szybki rozwój sztucznej inteligencji przyczyniają się do coraz częstszego wykorzystania smart kontraktu w obrocie konsumenckim, co wynika ze specyficznych jego cech (dostępność i łatwość korzystania z nich, minimum formalności, prostota), dlatego kolejny artykuł, autorstwa Małgorzaty Krzemińskiej i Macieja Rzeszutka prezentuje wybrane problemy związane z ich stosowaniem. Wychodząc od niekorzystnych dla konsumenta skutków i potencjalnych zagrożeń, próbują przedstawić możliwe rozwiązania problemów związanych z dokonywaniem czynności prawnych przy użyciu smart kontraktów na każdym etapie dokonywania transakcji, począwszy od etapu przedkontraktowego, przez zawarcie umowy, aż do jej wykonania.

W tym duchu utrzymany jest także artykuł Aleksandry Gnas, która podejmuje temat odpowiedzialności za roboty inteligentne i dokonuje analizy możliwości nadania robotom inteligentnym osobowości prawnej oraz określa zasady, reżimy i przesłanki odpowiedzialności za działania wyrażone przez robota inteligentnego, wskazując także możliwe warianty ubezpieczenia na wypadek szkód przez niego wyrządzonych. Choć rozwój technologii i możliwość korzystania z robotów inteligentnych w różnych sferach gospodarki i życia daje duże możliwości, to jednak zapewnienie

<sup>2</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. Urz. UE 2019 L 328/7).



bezpieczeństwa użytkownikom i ułatwienie ich twórcom dalszego rozwoju wymusza odpowiednie regulacje prawne określające przesłanki i podmioty odpowiedzialne za działania robotów inteligentnych, stwarzające ramy ubezpieczenia i zapewniające uczestnikom takiego nowoczesnego obrotu bezpieczeństwo i należyty poziom ochrony.

Z dynamicznym rozwojem nowych technologii wiąże się przetwarzanie danych osobowych z wykorzystaniem biometrii, czyli specjalnych technik przetwarzania danych pozwalających na jednoznaczną identyfikację osoby fizycznej, a jest ono wspierane przez coraz szersze zastosowanie sztucznej inteligencji (*artificial intelligence*) w procesach identyfikowania jednostek. Problem ten podejmuje Adrianna Michałowicz, która w swoim opracowaniu prezentuje tematykę przetwarzania danych biometrycznych, ze szczególnym uwzględnieniem jednej z metod biometrycznego przetwarzania, jaką jest rozpoznawanie twarzy (*facial recognition*). Autorka dokonuje przy tym charakterystyki celów i sposobów wykorzystywania systemów rozpoznawania twarzy, w tym zagrożeń, jakie mogą one powodować dla jednostek, najczęściej obserwowanych naruszeń przepisów RODO<sup>3</sup> w związku z przetwarzaniem danych biometrycznych, w tym w systemach wyposażonych w funkcje rozpoznawania twarzy. Wskazuje także na związane z tym wątpliwości natury prawno-etycznej i rodzące się pytania dotyczące zasadności i konieczności sprawowania „biometrycznej kontroli” nad społeczeństwem, zwłaszcza w kontekście zakresu możliwej ingerencji w prawa podstawowe jednostek, jak i w kontekście rosnącego wykorzystywania mechanizmów sztucznej inteligencji na potrzeby tego rodzaju przetwarzania oraz projektowane regulacje dotyczące wykorzystywania w UE systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej.

Dwa kolejne artykuły poświęcone zostały problemom bezpośrednio związanym z pandemią COVID-19 spowodowanej wirusem SARS-CoV-2, która dotknęła świat na początku 2020 roku i spowodowała istotne i głębokie utrudnienia w funkcjonowaniu gospodarek w bardzo wielu państwach. W konsekwencji miała także wpływ na funkcjonowanie rynku finansowego, gdyż doprowadziła do zaburzeń w płatnościach między uczestnikami obrotu gospodarczego, w wyniku utraty płynności przez przedsiębiorców, w szczególności z sektorów, których działalność została ograniczona w największym stopniu przez obostrzenia. Spowodowało to znaczące utrudnienie w prowadzeniu działalności gospodarczej, a w konsekwencji – utrudnienia w spłacie kredytów bankowych.

W tym kontekście istotnego znaczenia nabrała możliwości odroczenia spłaty kredytów przez banki jako kredytodawców, mając na uwadze potrzebę zwiększenia płynności finansowej u kredytobiorców w ramach działań koordynowanych na poziomie Unii Europejskiej w szczególności poprzez Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego (EBA). Przybrały one postać tzw. pozaustawowych moratoriów kredytowych – uzgadnianych przez sektory bankowe w poszczególnych państwach, a także w niektórych państwach członkowskich – polegających na odroczeniu spłat wybranych kredytów bankowych w przepisach powszechnie obowiązujących. Zagadnieniu temu, z perspektywy analizy polskich rozwiązań w zakresie ustawowych moratoriów kredytowych, i ich ocenie zgodnie z konstytucyjnymi zasadami ograniczenia praw i wolności prowadzenia działalności gospodarczej na gruncie polskiej Konstytucji oraz zgodności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ograniczeń działalności gospodarczej, poświęcony został artykuł autorstwa Piotra Gałązki. Opracowanie to jest potwierdzeniem bogactwa problematyki konsumenckiej i prawa

<sup>3</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz. Urz. UE L 119 z dn. 4.05.2016 r., str. 1.

konsumenckiego, które wymyka się z jakichkolwiek dotychczasowych podziałów gałęziowych i dziedzinowych, a często jest na styku prawa publicznego i prywatnego czy też prawa cywilnego, prawa bankowego, prawa gospodarczego, prawa konstytucyjnego, prawa ochrony konkurencji, prawa europejskiego (szerzej: Rutkowska-Tomaszewska, 2020a).

W kontekście pandemii wirusa SARS-CoV-2 Damian Littwin przedstawia wybrane zagadnienia prawne związane z ubezpieczeniem utraty zysku i odpowiedzialnością ubezpieczyciela za szkody powstałe w wyniku epidemii i nowych reżimów sanitarnych. Skupia się na pojęciu szkody i interesu ubezpieczeniowego w kontekście ubezpieczeń BI i NDBI. Co bardzo cenne, dokonuje analizy porównawczej ofert ubezpieczeń utraty zysku dostępnych na polskim rynku ubezpieczeń pod kątem ochrony ubezpieczeniowej w dobie epidemii wirusa SARS-CoV-2, dodatkowo sięgając do orzecznictwa i rozwiązań stosowanych w innych porządkach prawnych (brytyjskim i amerykańskim) dotyczących tego rodzaju ubezpieczenia. Autor próbuje poszukiwać odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu, przesłanek i ograniczeń odpowiedzialności ubezpieczyciela w ubezpieczeniach BI.

Ostatni z zamieszczonych w tym numerze artykułów autorstwa Anny Urbanek prezentuje wybrane decyzje Prezesa UOKiK wydane w latach 2020–2021 a dotyczące naruszeń zbiorowych interesów konsumentów w sprawach o charakterze niefinansowym. Autorka dokonała analizy i oceny antykonsumenckich praktyk przedsiębiorców sprzecznych z wybranymi aktami prawnymi oraz ogólnymi zasadami uczciwości w relacjach z konsumentami wynikającymi z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>4</sup>, jak i innych aktów przewidujących mechanizmy ochrony konsumenta na rynku, jak ustawa – Prawo telekomunikacyjne<sup>5</sup>, ustawa o prawach konsumenta<sup>6</sup>, ustawa – Kodeks cywilny<sup>7</sup> czy ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego<sup>8</sup>.

W ramach omówienia, Małgorzata Miś i Grzegorz Miś, dokonują oceny implementacji dyrektywy Omnibus do polskiego porządku prawnego w kształcie zaproponowanym w projekcie ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw. Przyjmując praktyczny punkt widzenia i kierując się kryteriami utylitaryzmu prawnego oraz możliwością zastosowania prawa w praktyce, analizują przepisy w kształcie zaproponowanym w projekcie, dokonują ich oceny i zastanawiają się w jakim kierunku może pójść praktyka i judykatura, jeśli przepisy w proponowanym kształcie wejdą w życie. Zaznaczają przy tym, że ważne jest, by ich uwzględnienie przyczyniło się do realizacji celów wskazanych w dyrektywie Omnibus, odnoszących się do definicji internetowej platformy handlowej i pokazu, wyłączeń stosowania jej przepisów, zakazu przyjmowania płatności przed upływem terminu do odstąpienia od umowy, uwzględnienia w cenie podatku od towarów i usług oraz akcyzy.

W tym numerze IKAR-a znalazły się także sprawozdania z dwóch niezwykle ciekawych przedsięwzięć naukowych mających istotną wagę dla problematyki ochrony konsumenta na rynku zdominowanym współcześnie przez nowe technologie, które poza korzyściami niosą ze sobą co najmniej tyle samo zagrożeń m.in. dla konsumentów jako ich użytkowników.

<sup>4</sup> Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. 2017, poz. 2070).

<sup>5</sup> Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. 2021, poz. 576).

<sup>6</sup> Ustawa z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. 2020, poz. 287).

<sup>7</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740).

<sup>8</sup> Ustawa z 16.09.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (t.j. Dz.U. 2021, poz. 1445).

W sprawozdaniu z VIII Międzynarodowej Konsumentckiej Konferencji Naukowej „Wyzwania dla prawa konsumentckiego w wymiarze globalnym, regionalnym i lokalnym”, która miała miejsce w Łodzi w październiku 2021 r., Anna Urbanek zaprezentowała w całości problematykę poruszaną w referatach wygłaszanych przez polskich i zagranicznych ekspertów prawa konsumentckiego oraz głosy w dyskusji zabierane przez przedstawicieli organizacji konsumentckich, przedsiębiorców, naukowcy i praktyków. Motywem przewodnim tegorocznej konferencji konsumentckiej był ogłoszony w listopadzie 2020 r. „Nowy program na rzecz konsumentów”<sup>9</sup> prezentujący plan realizacji unijnej polityki konsumentckiej do 2025 r. i wskazane w nim obszary priorytetowe, jak: transformacja ekologiczna i cyfrowa; dochodzenie roszczeń i egzekwowanie praw konsumentów; potrzeby szczególne określonych grup konsumentów oraz współpraca międzynarodowa.

Profesor Monika Namysłowska wraz z Profesorem Piotrem Tereszkiwiczem są autorami sprawozdania z 2. edycji projektu prawa technologii najnowszych i technologii przyszłości (TechLawClinics), współfinansowanego przez Erasmus+, którego koordynatorem jest Katolicki Uniwersytet w Lyonie (Francja), a uczestnikami, poza już wymienionymi uczelniami, także Uniwersytet im. Radbouda w Nijmegen (Holandia) oraz Uniwersytet Piemontu Wschodniego (Włochy). Edycja projektu w roku akademickim 2020/2021 odbyła się na Uniwersytecie Jagiellońskim i Uniwersytecie Łódzkim. Poruszana w ramach projektu problematyka o pionierskim charakterze była przedmiotem zajęć na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Dla studentów wyłonionych w procedurze rekrutacyjnej zajęcia odbywały się równolegle we wszystkich partnerskich uniwersytetach, a ich celem był rozwój wiedzy, umiejętności oraz kompetencji społecznych o kluczowym znaczeniu dla prawników XXI wieku, z zastosowaniem nowoczesnej formuły zajęć łączącej symulację procesu, wykłady, warsztaty i spotkania z praktykami. Motywem przewodnim tej edycji było zastosowanie smart kontraktów w wykonaniu umowy między przedsiębiorcą a nieprofesjonalnym inwestorem. Zadaniem studentów UJ i UŁ (którzy przyjęli różne role procesowe: powoda, pozwanego, sądu, biegłych, rzecznika interesu publicznego) było zaś rozstrzygnięcie sporu w ramach *moot court* i rozwiązanie przypadku dotyczącego oceny prawnej kryptowaluty z blockchainu Ethereum jako środka rozliczeń między stronami. Co warto zaznaczyć, wymiernym efektem projektu jest przygotowany przez uczestników zajęć na WPiA UŁ – Małgorzatę Krzemińską i Macieja Rzeszutka – artykuł naukowy dotyczący problematyki smart kontraktów, który prezentujemy w niniejszym numerze.

Dokonany przegląd problematyki poruszanej w artykułach zamieszczonych w tegorocznym numerze szóstym IKAR-a wskazuje nie tylko na jego aktualność, żywotność i doniosłość, lecz także wpisuje się w bieżące tendencje dotyczące postrzegania organów publicznych i roli państwa w zapewnieniu wysokiego i skutecznego poziomu ochrony konsumenta i egzekwowania prawa konsumentckiego oraz praw konsumenta nim gwarantowanych. Wynikają one z programu wzmacniania zaufania konsumentów do rynku, jego bezpieczeństwa na nim, w świetle rosnącego ryzyka

<sup>9</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady, Nowy program na rzecz konsumentów Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy, COM/2020/696 final; dalej: Program.

naruszeń w całej UE oraz unowocześnienie unijnych zasad ochrony konsumentów, roli państwa i organów publicznych w tym obszarze<sup>10</sup> w „Nowym Ładzie dla konsumentów”<sup>11</sup>.

Wszystkim Czytelnikom życzę ciekawej lektury i mam nadzieję, że poruszane w tym numerze problemy staną się inspiracją do dalszych, nie mniej ciekawych rozważań naukowych, doniosłych nie tylko z teoretycznego, lecz także praktycznego punktu widzenia.

Wrocław, 13 grudnia 2021 r.

*dr hab. Edyta Rutkowska-Tomaszewska, prof. UW*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

<https://orcid.org/0000-0001-9359-7034>

## Bibliografia

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2020). FinTech: conceptual and regulatory problems: some introductory remarks. W: E. Bani, B. Pachuca-Smulska, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Public and private law and the challenges of new technologies and digital markets. Vol. 2. Legal aspects of Fintech*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2020a). Prawo ochrony konsumenta usług finansowych w świetle założenia racjonalnego ustawodawcy: kilka wybranych uwag. *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, 120(2). <https://doi.org/10.19195/0137-1134.120.85>.

Rutkowska-Tomaszewska, E., Bani, E. i Pachuca-Smulska, B. (red.). (2020). *Public and private law and the challenges of new technologies and digital markets. Vol. 1. Regulatory challenges*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

<sup>10</sup> Por. m.in. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski program na rzecz konsumentów – wzmacnianie zaufania i wzrostu” COM/2012/0225 final; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady „Nowy program na rzecz konsumentów Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy”, Bruksela, dnia 13.11.2020 r. COM(2020) 696 final.

<sup>11</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 11.4.2018 r., COM(2018)183 final, a w jego następstwie akty prawa unijnego: dyrektywa (UE) 2019/2161 w sprawie lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta; dyrektywa 2020/1828 z dnia 25 listopada 2020 r. w sprawie powództw przedstawicielskich wytaczanych w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylająca dyrektywę 2009/22/WE (Dz.U. L 409 z 4.12.2020, str. 1–27); dyrektywę 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz.U. L 328 z 18.12.2019, str. 7–28).

Martyna Wurm\*, Łucja Olszewska\*\*

## Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami w zakresie podwójnej jakości produktów w świetle zmian wprowadzanych na mocy dyrektywy Omnibus

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Ochrona przed podwójną jakością czy przed różnicowaniem
- III. Niewystarczająca ochrona na podstawie obowiązujących przepisów
- IV. Procedura legislacyjna i różne koncepcje uregulowania praktyki dotyczącej podwójnej jakości
- V. Przesłanka istotnej różnicy w składzie lub we właściwościach
  1. Badania produktów spożywczych przeprowadzone przez UOKiK
  2. Zharmonizowana metodologia badań
  3. Ogólnounijną kampania testowa
- VI. Możliwe wyjątki spod zakazu różnicowania produktów
- VII. Egzekwowanie nowych przepisów dotyczących podwójnej jakości
  1. Zmiany w polskim prawie
  2. Współpraca transgraniczna organów w zakresie problemu podwójnej jakości
  3. Dostosowanie do nowych przepisów
- VIII. Podsumowanie

### Streszczenie

Wzmocnienie ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi w zakresie podwójnej jakości produktów jest jedną z kluczowych zmian wprowadzanych na mocy dyrektywy Omnibus będącej częścią nowego ładu dla konsumentów. Artykuł poświęcony jest analizie prawnej problemu tzw. podwójnej jakości produktów, a w szczególności zmianom regulacyjnym, jakie w tym zakresie wprowadza dyrektywa Omnibus. Szczególną wagę przyłożono do opracowania zagadnień kluczowych z punktu widzenia stosowania nowych rozwiązań prawnych w praktyce i ich wpływu na ochronę praw konsumentów w UE. Analizie poddano zwłaszcza przesłanki stwierdzenia nieuczciwej praktyki przedsiębiorców w odniesieniu do podwójnej jakości produktów, a także katalog możliwych obiektywnych uzasadnień, na podstawie których przedsiębiorcy mogą usprawiedliwić swoje działania. Uwzględniony zostały wyniki badań organów krajowych oraz Komisji

\* Radca prawny; senior associate w departamencie prawa konkurencji kancelarii Baker McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp. k.; e-mail: martyna.wurm@bakermckenzie.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1147-6317>.

\*\* Studentka V roku prawa na wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; prawnik w departamencie prawa konkurencji kancelarii Baker McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp. k.; e-mail: lucja.olszewska@bakermckenzie.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7363-7641>.

Europejskiej, w artykule omówiono sposób rozumienia istotnej różnicy między produktami przeznaczonymi na różne rynki oraz wskazano środki, za pomocą których przedsiębiorcy powinni dostosować swoje praktyki do nowych regulacji.

**Słowa kluczowe:** podwójna jakość; różnicowanie produktów; dyrektywa Omnibus; nowy ład dla konsumentów; wprowadzanie w błąd; nieuczciwe praktyki handlowe; prawo ochrony konsumentów; konsument; produkty markowe.

**JEL:** K15, K20, K23

## I. Wprowadzenie

Przeświadczenie konsumentów z krajów tzw. nowej Unii o różnicy w jakości produktów przeznaczonych na ich lokalne rynki oraz tych oferowanych na obszarze państw Europy Zachodniej obecne było w debacie publiczno-politycznej od dłuższego czasu. Dotyczyło ono nie tylko produktów żywnościowych, lecz także kosmetyków i detergentów<sup>1</sup>. Z przeprowadzonego na zlecenie UOKiK w 2018 r. badania Kantar Public wynikało, że choć prawie 90% polskich konsumentów nie słyszało o pojęciu „podwójnej jakości” bądź nie wiedziało dokładnie co to pojęcie oznacza, to jednocześnie co trzeci ankietowany, opierając się na własnym doświadczeniu, opiniach innych czy przekazach mediów, wierzył, że różnice w jakości żywności istnieją (Kantar Public, 2017). Zarzut dyskryminacji konsumentów z Europy Środkowej i Wschodniej miał szczególny wydźwięk polityczny wpisujący się w debatę na temat zasad równego traktowania obywateli UE oraz w nurt krytyki tzw. Europy dwóch prędkości.

Nasilająca się dyskusja na temat podwójnej jakości produktów skłoniła organy Unii Europejskiej do podjęcia działań mających na celu zbadanie skali zjawiska oraz wyeliminowanie nieuczciwych praktyk przedsiębiorców w tym zakresie. W rezultacie w ramach szerokiej inicjatywy legislacyjnej wdrażającej tzw. nowy ład dla konsumentów, obejmującej przede wszystkim zmiany w czterech dyrektywach UE chroniących interesy gospodarcze konsumentów, Komisja Europejska przedstawiła projekt zmiany dyrektywy 2005/29/WE<sup>2</sup> (dalej: dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych lub dyrektywa 2005/29/WE) odnoszący się do zagadnienia podwójnej jakości produktów. W dniu 27 listopada 2019 r. została uchwalona dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161<sup>3</sup> (dalej: dyrektywa Omnibus lub dyrektywa 2019/2161) wprowadzająca do dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych przepis zakazujący nieuczciwych praktyk w zakresie podwójnej jakości produktów. Aktualnie państwa członkowskie, w tym Polska prowadzą prace legislacyjne mające na celu transponowanie przepisów dyrektywy Omnibus do prawa krajowego, na co mają czas do 28 listopada 2021 r. Przepisy te powinny być stosowane od 28 maja 2022 roku.

<sup>1</sup> Zob. Interpelacja europoselska z dnia 15.07.2017 r., nr O-000019/2017. Interpelacja dotycząca kwestii pierwszorzędnych – różnice w deklaracjach, składzie i smaku produktów na środkowo-wschodnich i zachodnich rynkach UE. Pozyskano z: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2017-000019\\_PL.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2017-000019_PL.html) (30.08.2021).

<sup>2</sup> Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, (Dz. Urz. UE 2005 L 149/22).

<sup>3</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. Urz. UE 2019 L 328/7).

Celem niniejszego artykułu jest omówienie nowej regulacji, a w szczególności przesłanek stwierdzenia nieuczciwej praktyki przedsiębiorców w odniesieniu do podwójnej jakości produktów, a także ocena wpływu regulacji na ochronę konsumentów w tym zakresie. W artykule omówiono także na podstawie wyników badań organów krajowych oraz Komisji Europejskiej sposób rozumienia istotnej różnicy między produktami przeznaczonymi na różne rynki oraz wskazano w jaki sposób przedsiębiorcy powinni dostosować swoje praktyki do nowych regulacji.

## II. Ochrona przed podwójną jakością czy przed różnicowaniem

Problem podwójnej jakości produktów po raz pierwszy został podniesiony w Parlamencie Europejskim w 2009 roku<sup>4</sup>. Temat i aspekty techniczne podwójnej jakości produktów zostały poruszone na posiedzeniu Rady ds. Rolnictwa i Rybołówstwa (AGRIFISH) w maju 2016 r., a następnie w marcu 2017 r., kiedy to delegacje słowacka, czeska i węgierska przedstawiły wyniki badań porównawczych wybranych produktów spożywczych oferowanych pod tą samą marką i w tym samym opakowaniu na ich rynkach krajowych oraz sąsiednich państw członkowskich Unii Europejskiej (Šajn, 2017). Różnice zarówno w składzie, jak i we właściwościach sensorycznych (smak, aromat) zaobserwowano w przypadku znacznej liczby badanych produktów. W odpowiedzi Komisja Europejska zwróciła się do państw członkowskich o zgłaszanie podobnych incydentów. Ponadto kwestia ta została przedstawiona na Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności (HLF). Informacje i dowody przekazane w międzyczasie przez państwa członkowskie zostały omówione na posiedzeniu HLF 20 czerwca 2017 r., na którym zainteresowane strony stwierdziły potrzebę zharmonizowanego podejścia do oceny jakości żywności oraz dalszych badań produktów spożywczych w reprezentatywnej liczbie państw członkowskich.

Temat podwójnej jakości stał się również przedmiotem dyskusji podczas zorganizowanego w październiku 2017 r. w Bratysławie Szczytu Konsumentckiego, w którym udział wzięła także Komisja Europejska PAP (2017), Kancelaria Prezesa Rady Ministrów (2017). W poprzedzającym kilka tygodni to wydarzenie orędziu o stanie Unii 2017 Jeane-Claude Juncker (2017) podkreślił, że „W Unii, w której wszyscy są równi, nie może też być konsumentów drugiej kategorii”. Jak dodał „(...) Nie mogę zaakceptować tego, że w niektórych częściach Europy, w Europie Środkowej i Wschodniej, sprzedaje się żywność niższej jakości niż w innych krajach pomimo identycznego opakowania i marki” (Juncker, 2017). Nasilająca się dyskusja skłoniła Komisję do zbadania czy rzeczywiście kwestia podwójnej jakości może być rozpatrywana na linii zależności między jakością produktów a tym, że są one przeznaczone na rynki krajów „nowej” lub „starej” UE.

Pierwsze akcje testowania produktów nie dały jednak jednoznacznej odpowiedzi, zrodziły za to nowe pytania. Przeprowadzone do 2017 r. badania żywności na Słowacji, Węgrzech i w Czechach wykazały, że pewna liczba sprzedawanej tam żywności różni się od odpowiedników wprowadzanych na rynek pod tą samą marką i w podobnych opakowaniach w Niemczech, Austrii lub we Włoszech. Choć w większości przypadków produkty te uznano za bezpieczne do spożycia i odpowiednio oznakowane, to jak zauważono, w niektórych przypadkach użyte składniki były gorszej jakości. Niekiedy również produkty, które uznano za gorsze, były sprzedawane

<sup>4</sup> Interpelacja europoselska z 14.10.2009, nr E-4962/09, pismenne pytanie Rareș-Lucian Niculescu do KE. Pozyskano z: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2009-4962\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2009-4962_EN.html?redirect) (30.08.2021).

po wyższej cenie (Šajn, 2017, s. 2). Jednocześnie nie do końca było jasnym, na ile te zidentyfikowane różnice wynikały z faktycznej dyskryminacji, a nie dostosowania receptur do lokalnych gustów czy innych uzasadnionych czynników oraz na ile lokalne gusta w sposób negatywny kształtowane były wieloletnią, wątpliwą praktyką producentów. Przykładowo badania żywności przeprowadzone przez czeską organizację konsumencką dTest wykazały, że w niektórych przypadkach konsumenci woleli czeską odmianę produktu, nawet jeśli była ona uważana za mniej zdrową (na przykład kiełbasa zawierała mniej mięsa i więcej tłuszczu, ale nadal była uważana za smaczniejszą; podobne wnioski dotyczyły jogurtu truskawkowego z mniejszą ilością truskawek). W innych przypadkach czescy konsumenci preferowali jednak produkty przeznaczone na rynek austriacki, które zawierały lepszej jakości składniki (Šajn, 2017, s. 4).

W rezultacie Komisja Europejska podjęła dalsze działania mające na celu określenie wymiaru problemu oraz opracowanie możliwych rozwiązań. W 2017 r. opublikowane zostało Zawiadomienie Komisji w sprawie stosowania prawa UE w zakresie żywności i ochrony konsumenta w odniesieniu do kwestii związanych z podwójną jakością produktów – Szczególny przypadek żywności<sup>5</sup> (dalej: Wytyczne Komisji), zawierające wytyczne dla organów krajowych zajmujących się ochroną konsumentów i prawem żywnościowym w zakresie stosowania obowiązujących przepisów do problemu podwójnej jakości produktów. Komisja upoważniła także Wspólne Centrum Badawcze Komisji Europejskiej do stworzenia ujednocnionej metodologii w celu ulepszenia testów porównawczych wykonywanych w państwach członkowskich.

Komisja zdecydowała również o przeprowadzaniu akcji testowania produktów na szerszą skalę, zapraszając do wzięcia w niej udziału wszystkie kraje członkowskie. W okresie objętym badaniem tj. od listopada do grudnia 2018 roku. 19 państw członkowskich, opierając się na zharmonizowanej metodyce, przebadano ponad tysiąc próbek ponad stu różnych produktów spożywczych (KE, 2019). Badania te ostatecznie pokazały, że w przypadku produktów o różnym składzie nie występuje spójny schemat geograficzny różnicowania składów produktów (Ulberth, 2019, s. 4, 15). Również w badaniach UOKiK, w których porównywano produkty polskie i niemieckie, różnice w składzie nie zawsze wypadały na korzyść tych ostatnich. W części przypadków to produkt przeznaczony na rynek rodzimy okazywał się tym lepszej jakości (UOKiK, 2018). Ponadto, jak wskazano w konkluzjach raportu Komisji Europejskiej, różnica ustalona w składzie badanych produktów niekoniecznie stanowi różnicę w ich jakości (Ulberth, 2019, s. 4, 15).

Ta ostatnia uwaga spójna jest z ostatecznie przyjętą w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych koncepcją oceny różnicowania produktów jako potencjalnej praktyki wprowadzającej w błąd. Zgodnie z jej założeniami, producenci mają prawo oferować towary o różnym składzie i właściwościach w poszczególnych częściach jednolitego rynku, o ile poszanowane zostają przepisy ustawodawstwa UE (np. odnoszące się do bezpieczeństwa produktów, oznakowania lub innego ustawodawstwa horyzontalnego lub sektorowego)<sup>6</sup>. Jak zostanie bardziej szczegółowo przedstawione w dalszej części artykułu, istotą praktyki uznanej za naruszającą nie jest bowiem oferowanie produktów o różnym składzie czy właściwościach, a brak poinformowania konsumentów o tych okolicznościach, w przypadku gdy towar sprzedawany jest w takich samym

<sup>5</sup> Zawiadomienie Komisji w sprawie stosowania prawa UE w zakresie żywności i ochrony konsumenta w odniesieniu do kwestii związanych z podwójną jakością produktów – Szczególny przypadek żywności, C/2017/6532 (Dz. Urz. UE 2017 L 327/1).

<sup>6</sup> Wytyczne Komisji, s. 1.



opakowaniach i pod tą samą marką (KE, 2019a). Jak zauważyła Komisja, ma to szczególne znaczenie dla dóbr „markowych”, wobec których konsumenci mogą oczekiwać, że mają one zbliżoną, jeśli nie identyczną jakość, niezależnie od miejsca i czasu ich nabycia<sup>7</sup>. Przeprowadzone badania dotyczące lojalności konsumentów wobec marki pokazują bowiem, że w ich umysłach marka stanowi zaświadczenie o kontrolowanej i stałej jakości<sup>8</sup>. Co więcej konsumenci gotowi są zapłacić więcej za produkt markowy, nawet jeśli jakościowo nie różni się od produktu niemarkowego (Šajn, 2017, s. 6).

Stojący u podstaw działań legislacyjnych na rzecz zaadresowania problemu podwójnej jakości zarzut, że producenci dyskryminują konsumentów z krajów Europy Środkowej i Wschodniej nie został ostatecznie potwierdzony w przeprowadzonych badaniach. Samych zaś różnic w składzie nie można automatycznie utożsamiać z lepszą lub gorszą jakością. Jak się wydaje, egzekwowania problemu podwójnej jakości nie należy zatem postrzegać jedynie jako narzędzia ochronnego dla konsumentów z krajów „nowej” Unii, lecz raczej jako ogólną gwarancję dla wszystkich obywateli UE, że przedsiębiorcy nie mogą czerpać zysków ze swoistego przyzwyczajenia nabywców do zakupu pewnych produktów posiadających określony skład czy właściwości w sytuacji braku należytego poinformowania o faktycznie występujących różnicach, których *a priori* konsument ma prawo się nie spodziewać.

### III. Niewystarczająca ochrona na podstawie obowiązujących przepisów

Dyrektywa Omnibus wprowadza zmiany do dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, dodając do niej jako jedną z praktyk wprowadzających w błąd praktykę w zakresie podwójnej jakości produktów. Należy jednak zauważyć, że z Wytocznych Komisji opublikowanych we wrześniu 2017 r. wynika, że penalizowanie nieuczciwych praktyk odnoszących się do podwójnej jakości produktów, w szczególności żywnościowych, było możliwe już na podstawie regulacji obowiązujących przed uchwaleniem dyrektywy Omnibus. Połączenie wymogów wynikających z rozporządzeń sektorowych w zakresie żywności oraz zakazu nieuczciwych praktyk handlowych wprowadzających w błąd wynikającego z dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych pozwalało, jeszcze przed wprowadzeniem wspomnianych zmian legislacyjnych, na ochronę konsumentów przed nieuczciwymi działaniami przedsiębiorców polegającymi na oferowaniu produktów żywnościowych podwójnej jakości.

Wskazane przez KE akty prawa unijnego, które mogły mieć zastosowanie do kwestii podwójnej jakości produktów żywnościowych to w szczególności:

- 1) ogólne rozporządzenie o prawie żywnościowym<sup>9</sup>, którego celem jest zapewnienie, że tylko bezpieczne produkty spożywcze są wprowadzane na rynek unijny oraz że konsumenci otrzymują dokładne informacje oraz nie są wprowadzani w błąd w odniesieniu do składu i właściwości produktów spożywczych znajdujących się w sprzedaży;

<sup>7</sup> Wytoczne Komisji, s. 5.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz. Urz. UE 2002 L 31/1).

- 2) rozporządzenie w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności<sup>10</sup>, określające ogólne zasady i wymogi dotyczące oznakowania produktów, w tym np. obowiązek dostarczenia kompletnej listy składników, by zapewnić konsumentom pełne informacje na temat składu produktów spożywczych;
- 3) dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, mająca na celu ochronę konsumentów przed praktykami przedsiębiorców wprowadzającymi ich w błąd oraz przed agresywnym marketingiem.

Odwołując się do przepisów dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych w Wytycznych określono kilkuetapową procedurę, która w założeniu miała pomóc krajowym organom ds. ochrony konsumentów w ustaleniu czy różnicowanie przez producentów towarów w danym przypadku jest uczciwe, czy też stanowi zakazane wprowadzanie w błąd. Komisja stworzyła w Wytycznych schemat oceny ewentualnej nieuczciwej praktyki, wskazując na kolejne kroki tej oceny<sup>11</sup>. I tak, w pierwszej kolejności należało ocenić czy produkt jest zgodny z regulacjami sektorowymi w zakresie żywności, czy przedsiębiorca przekazuje w odpowiedni sposób wszystkie wymagane w nich informacje, czy produkty są zgodne ze szczegółowymi normami odnoszącymi się do danej kategorii produktów żywnościowych. Po przeprowadzeniu kontroli zgodności z odpowiednimi przepisami dotyczącymi żywności, organy krajowe powinny dokonać analizy czy dana praktyka przedsiębiorcy stanowi naruszenie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, stanowiąc praktykę wprowadzającą w błąd. Organ powinien sprawdzić czy produkt jest promowany pod tym samym znakiem towarowym i sprzedawany w takim samym opakowaniu. W przypadku potwierdzenia, organ ma ocenić czy produkt znacząco różni się od jego wersji sprzedawanych w innych państwach członkowskich. Jeśli różnice w składzie produktu są znaczące, w dalszej kolejności istotne jest sprawdzenie czy konsument otrzymał dostateczne informacje o tych różnicach. W razie stwierdzenia, że konsument takich informacji nie otrzymał, należy ocenić czy gdyby konsument posiadał te informacje, kupiłby produkt. Jeśli nie, prawdopodobne jest, że doszło do naruszenia dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Zgodnie z Wytycznymi Komisji organy egzekwujące powinny dodatkowo ocenić powody różnicowania produktów, a także przeanalizować wszelkie fakty i okoliczności poszczególnych przypadków, by stwierdzić czy mogą one zniekształcić zachowanie rynkowe konsumenta.

Stosując wskazane przepisy, zdaniem Komisji, za nieuczciwą praktykę rynkową może zostać uznane działanie przedsiębiorcy polegające na wprowadzaniu do obrotu towarów w takim samym opakowaniu, pod tą samą marką, ale posiadających różny skład i profil sensoryczny<sup>12</sup>. Takie działanie może bowiem zostać uznane za wprowadzające w błąd i tym samym stanowić nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Zdaniem Komisji z naruszeniem możemy mieć do czynienia w szczególności w sytuacji gdy konsumenci mają określone oczekiwania w odniesieniu do danego produktu, a produkt ten odbiega od tych oczekiwań<sup>13</sup>. Kiedy przedsiębiorca nie przekazuje konsumentom informacji, że produkt oferowany

<sup>10</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylecia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektywy Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004, (Dz. Urz. UE L 304/18).

<sup>11</sup> Wytyczne Komisji, s. 7.

<sup>12</sup> Wytyczne Komisji, s. 4.

<sup>13</sup> Ibidem.

w ich kraju może nie być zbieżny z ich utrwalonymi oczekiwaniami lub przekazuje je w niejasny, niewystarczający sposób, może wpływać na zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta i np. nakłaniać go do nabycia produktu, którego by nie kupił, posiadając o nim pełne informacje.

Pomimo obowiązywania przepisów mogących mieć zastosowanie do kwestii podwójnej jakości produktów, organy Unii Europejskiej w wyniku prowadzonej od kilku lat debaty na temat podwójnej jakości produktów oraz w celu zapewnienia większej pewności prawa i ustanowienia jasnego zakazu wprowadzania konsumentów w błąd poprzez oferowanie produktów pod tą samą marką i w takim samym opakowaniu, a różniących się składem i właściwościami, zdecydowały się wprowadzić dodatkowe przepisy w tym zakresie do dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Należy bowiem zauważyć, że mimo obowiązywania przepisów zarówno sektorowych dotyczących żywności, jak i dyrektywy generalnie zakazującej praktyk handlowych wprowadzających w błąd, organy państw członkowskich nie prowadziły na ich podstawie postępowań dotyczących podwójnej jakości produktów i brakuje właściwie odpowiedniego orzecznictwa w tym zakresie.

#### **IV. Procedura legislacyjna i różne koncepcje uregulowania praktyki dotyczącej podwójnej jakości**

Mimo wydanych Wytycznych, okazało się, że w przypadku braku wyraźnego przepisu może nie być jasne dla konsumentów, przedsiębiorców i właściwych organów krajowych, które praktyki handlowe mogą być sprzeczne z dyrektywą o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>14</sup>. W kwietniu 2018 r. w ramach szerokiej inicjatywy legislacyjnej wdrażającej tzw. nowy ład dla konsumentów Komisja Europejska przedstawiła projekt zmiany dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, aby w szczególności odnieść się do zagadnienia podwójnej jakości produktów<sup>15</sup>.

Zdaniem Komisji Europejskiej wyrażonym we wniosku dotyczącym dyrektywy Omnibus jednoznaczne stwierdzenie, że omawiana praktyka dotycząca podwójnej jakości może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową jest konieczne w celu wprowadzenia większej przejrzystości prawnej dla organów państw członkowskich<sup>16</sup>. Komisja wskazała, że pomimo wydania wytycznych dotyczących stosowania dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych oraz Wytycznych Komisji, jej doświadczenie w zakresie egzekwowania prawa pokazuje, że dla organów krajowych pomocna jest możliwość polegania na wyraźnie określonym zbiorze przepisów<sup>17</sup>. Zdaniem Komisji wprowadzenie przepisów wprost zakazujących nieuczciwych praktyk w zakresie podwójnej jakości produktów jest niezbędne dla skuteczniejszego ich zwalczania<sup>18</sup>. Dodatkowo, oprócz jednoznacznego stwierdzenia, że praktyka dotycząca podwójnej jakości produktów jest praktyką wprowadzającą w błąd, zmiany dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych dotyczą dwóch dodatkowych zagadnień: prawa konsumentów do indywidualnych środków prawnych (dodanie art. 11a) oraz wzmocnienia przepisów dotyczących sankcji (dodanie art. 13).

<sup>14</sup> Motyw 53 dyrektywy Omnibus.

<sup>15</sup> Wniosek dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r., dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i nowocześniejszego przepisów UE dotyczących ochrony konsumenta, Komisja Europejska, 11.04.2018 r. (dalej: Wniosek legislacyjny Komisji).

<sup>16</sup> Wniosek legislacyjny Komisji, s. 4.

<sup>17</sup> Wniosek legislacyjny Komisji, s. 17.

<sup>18</sup> Wniosek legislacyjny Komisji, s. 36.

We wniosku legislacyjnym Komisji do poświęconego praktykom wprowadzającym w błąd art. 6 ust. 2 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, dodano lit. c), tak iż, pełne brzmienie regulacji przybrało następujący kształt: „Praktykę handlową uznaje się również za wprowadzającą w błąd, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, powoduje ona lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął, i obejmuje: (...) c) każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek jako identycznego z takim samym produktem wprowadzonym na rynki w kilku innych państwach członkowskich, w sytuacji gdy produkty te w sposób istotny różnią się składem lub właściwościami”<sup>19</sup>.

W toku dalszych prac legislacyjnych w Parlamencie Europejskim zaproponowano jednak inne rozwiązanie<sup>20</sup>. Po pierwsze, zdecydowano się na zmianę usytuowania przepisu, umieszczając zakaz wprowadzania na rynek produktów o podwójnej jakości nie w tekście samej dyrektywy, ale na liście czarnych praktyk handlowych stanowiącej Załącznik I do dyrektywy 2005/29/WE<sup>21</sup>. Praktyki zdefiniowane na czarnej liście można bowiem uznać za nieuczciwe w każdych okolicznościach, bez konieczności oceny konkretnego przypadku. Umieszczenie przepisu w dyrektywie sprawia natomiast, że każdy przypadek musi być zbadany przez właściwy organ osobno. To na organie spoczywa również ciężar udowodnienia, że w danych okolicznościach praktyka stanowi wprowadzanie w błąd.

Przedmiotem interwencji Parlamentu nie było jednak tylko umiejscowienie przepisu. Istotnej zmianie uległa sama definicja praktyki, którą określono następująco: „Twierdzenie lub stwarzanie w inny sposób wrażenia z uwagi na wygląd, opis lub graficzne przedstawienie towaru, że jest on identyczny lub pozornie identyczny z innym towarem wprowadzonym na rynek w innym państwie członkowskim, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością, o ile towary te nie różnią się od siebie ze względu na wyraźne i możliwe do udowodnienia regionalne preferencje konsumentów, pozyskiwanie składników lokalnych lub wymogi prawa krajowego, przy czym taka różnica jest oznaczona w jasny, zrozumiały i łatwo dostrzegalny dla konsumenta sposób”<sup>22</sup>.

Tym samym zgodnie z propozycją Parlamentu zakaz obejmował sprzedaż towaru nie tylko jako „identycznego”, lecz także „pozornie identycznego” z towarem wprowadzanym w innym państwie członkowskim. Wyższy próg dowodowy „istotnych różnic” w składzie i właściwościach towaru zastąpiono po prostu „różnicami”. W tym zakresie uwzględnione zostały uwagi Europejskiej Organizacji Konsumentów, która w opiniach wskazywała, że odniesienie do istotnych różnic jest o tyle niefortunne, że może stwarzać problemy interpretacyjne i wymagałoby przyjęcia wytycznych określających, co to pojęcie oznacza w konkretnych przypadkach (BEUC, 2018BEUC, 2018a).

Poprawkami Parlamentu wprowadzono również zamknięty, enumeratywny katalog wyjątków, które miały umożliwić różnicowanie produktu, ograniczając je do wymogów prawa, preferencji konsumentów oraz pozyskiwania składników lokalnych. W zmienionym motywie procedowanej

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r., dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia przepisów UE dotyczących ochrony konsumenta (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)), Komisja Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów, 25.01.2019 r. (dalej: Sprawozdanie PE); zob. również: Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 13 września 2018 r. w sprawie podwójnych norm jakości produktów na jednolitym rynku (2018/2008(INI)).

<sup>21</sup> Sprawozdanie PE, Poprawka 35 i 52.

<sup>22</sup> Sprawozdanie PE, Poprawka 52.

dyrektywy sprecyzowano przy tym, że przesłanka preferencji konsumentów musi być potwierdzona „zadowalającymi dowodami”, za które uznano m.in.: badania konsumenckie prowadzone z wykorzystaniem ślepych degustacji lub testowania produktów<sup>23</sup>. Z możliwości powoływania się na różnice regionalne lub preferencje smakowe wyłączono jednocześnie kategorię produktów dla niemowląt lub małych dzieci<sup>24</sup>.

W toku dalszych prac legislacyjnych w Radzie UE projekt regulacji w znacznej mierze powrócił jednak do pierwotnej propozycji Komisji i przyjął kształt, który znamy z uchwalonej wersji dyrektywy Omnibus. Część krajów członkowskich, jak Austria i Niemcy, w swoich opiniach przedstawianych w ramach dialogu politycznego zanegowało sam fakt istnienia zjawiska różnicowania produktów, konkludując, że wprowadzanie jakichkolwiek regulacji tego zagadnienia jest niekonieczne<sup>25</sup>. Producenci argumentowali z kolei, że czasem muszą zmienić skład produktu, bo tego wymagają od nich sieci handlowe oraz sami kupujący, których gusta różnią się ze względu na kraj<sup>26</sup>.

W konsekwencji, nie zdecydowano się na umieszczenie zakazu na liście czarnych praktyk, a obniżony przez Parlament ciężar dowodowy z powrotem podwyższono do przesłanek „identyczności” i „istotnych różnic”. Dodatkowo przewidziano, że przedsiębiorca dla usprawiedliwienia swojej praktyki może powołać się na „uzasadnione i obiektywne czynniki”. Jedynie w motywie dyrektywy wymieniono w tym zakresie: prawo krajowe, dostępność lub sezonowość surowców lub dobrowolne strategie mające na celu poprawę dostępu do zdrowej i bogatej w składniki odżywcze żywności, jak również prawo przedsiębiorcy do oferowania towarów tej samej marki w opakowaniach o różnej wadze lub rozmiarze na różnych rynkach geograficznych<sup>27</sup>. Jest to jednak wyliczenie przykładowe, katalog wyjątków pozostał zatem otwarty.

Mimo sprzeciwu części europosłów zwracających uwagę na „rozwodnienie” regulacji, prowadzące do umniejszenia jej znaczenia<sup>28</sup>, łagodniejsza wersja dyrektywy została ostatecznie przegłosowana także i przez Parlament.

Rezygnacja z pierwotnych, „twardych” propozycji Parlamentu spotkała się również z krytyką ze strony organizacji konsumenckich, które obawiają się, że złagodzona wersja zakazu okaże się daleko niewystraszająca dla skutecznej ochrony praw konsumentów, a otwarty katalog wyłączeń będzie z łatwością omijany przez producentów<sup>29</sup>. Co ciekawe innego zdania był UOKiK, który stanął na stanowisku, że bardziej rygorystyczna propozycja byłaby nieproporcjonalna ani też nie spełniałby swojego celu. Zdaniem Urzędu o ile otwarty katalog wyłączeń daje potencjalnie zbyt duże możliwości interpretacyjne dla przedsiębiorców, o tyle umieszczenie zakazu w tekście dyrektywy, a nie jak chciał tego Parlament na czarnej liście praktyk handlowych, jest uzasadnione:

<sup>23</sup> Sprawozdanie PE, Poprawka 29.

<sup>24</sup> „(...)Jednak szczególnie w przypadku wprowadzanych na rynek produktów przeznaczonych dla niemowląt lub małych dzieci, takich jak żywność dla dzieci, zakłada się, że mało prawdopodobne jest, by różnice regionalne lub preferencje smakowe wystąpiły w ich przypadku w tak wyraźny sposób, w związku z czym przedsiębiorca nie może się na nie powoływać, gdy wprowadza na rynek produkty różniące się w istotny sposób składem lub właściwościami”; zob. Sprawozdanie PE, Poprawka 29.

<sup>25</sup> Oświadczenie Austrii do projektu dyrektywy zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta, 2018/0090(COD), Bruksela, 21.10.2019 r. Pozyskano z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_13146\\_2019\\_ADD\\_1&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13146_2019_ADD_1&from=EN) (11.08.2021), informacja na temat oświadczenia niemieckiego Bundestagu vide Adamiec D., 2019.

<sup>26</sup> Zob. wypowiedź dyrektora generalnego Polskiej Federacji Producentów Żywności (Cedro i Otto, 2019).

<sup>27</sup> Motyw 53 dyrektywy 2019/2161.

<sup>28</sup> Zob. stanowisko europosłanki Róży Thun (Cedro i Otto, 2019; Ptak-Iglewska, 2019).

<sup>29</sup> Zob. wypowiedzi przedstawicieli Fundacji PRO-TEST oraz Federacji Konsumentów (Cedro i Otto, 2019).

przepis posługuje się bowiem pojęciami nieostrymi, ocennymi, które powinny podlegać każdorazowej ocenie organu go egzekwującego<sup>30</sup>.

Temat ewentualnych dalszych prac legislacyjnych mających służyć całkowitemu wyeliminowaniu problemu podwójnej jakości powrócił jeszcze pod koniec 2020 r., za sprawą interpelacji europoselskiej. W tym kontekście Komisja Europejska zwróciła uwagę, iż zgodnie z wymogami dyrektywy Omnibus, dopiero po dokonaniu oceny praktycznego stosowania nowego przepisu do dnia 28 maja 2024 r. Komisja będzie mogła ocenić czy konieczne są dalsze działania ustawodawcze<sup>31</sup>. Czas i praktyka decyzyjna pokaże zatem na ile skuteczna okaże się w istocie kompromisowa wersja dyskutowanej regulacji.

## V. Przesłanka istotnej różnicy w składzie lub we właściwościach

Biorąc pod uwagę ostatecznie przyjęty tekst dyrektywy Omnibus, decydujące dla stwierdzenia niedozwolonej praktyki w zakresie podwójnej jakości produktów jest ustalenie czy różnica w składzie lub właściwościach produktu sprzedawanego w różnych państwach członkowskich pod tą samą marką i w tym samym opakowaniu jest istotna. Takie rozumienie nieuczciwej praktyki przedstawiane było już przez Komisję w Wytycznych Komisji z 2017 r. i tak została też ona zdefiniowana w dyrektywie Omnibus. Podobna definicja „praktyki” została także zaproponowana w projekcie ustawy implementującej dyrektywę Omnibus do prawa polskiego i wprowadzającej zmiany m.in. w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej: upnpr)<sup>32</sup>. Nie chodzi zatem o stwierdzenie jakiegokolwiek różnicy, ale o sytuacje gdy „towar ten w sposób istotny różni się składem lub właściwościami (...)”.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji znacząca różnica w głównych właściwościach produktu może wystąpić, gdy: (i) co najmniej jeden kluczowy składnik lub jego procentowa zawartość w produkcie znacznie odbiega od jego zawartości w „produkcie referencyjnym”<sup>33</sup>; (ii) ta różnica może wpływać na zachowanie konsumentów, którzy podjęliby inną decyzję dotyczącą zakupu, gdyby mieli jej świadomość<sup>34</sup>.

Największą trudnością w zakresie stosowania nowej regulacji jest wykorzystywanie w niej pojęć nieostrych. Zarówno przepis dyrektywy Omnibus, zgodnie z którym produkt „w sposób istotny” różni się składem lub właściwościami od produktu referencyjnego, jak i wcześniejsze Wytyczne Komisji wskazujące na „kluczowy składnik”, którego zawartość „znacznie” odbiega od produktu referencyjnego, nie pozwalają na jednoznaczne określenie w jakiej sytuacji możliwe będzie stwierdzenie nieuczciwej praktyki. Pewnych wskazówek w tym zakresie dostarczają wyniki badań produktów przeprowadzonych przez instytucje krajowe oraz Wspólne Centrum Badawcze

<sup>30</sup> Zob. stanowisko biura prasowego UOKiK (Cedro i Otto, 2019).

<sup>31</sup> Odpowiedź na interpelację europosła Krzysztofa Jurgieła udzielona przez komisarza Didiera Reyndersa w imieniu Komisji Europejskiej, numer zapytania: E-005964/2020, 11.01.2021 r.

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. 2007 Nr 171 poz. 1206, ze zm.). Zgodnie z projektem ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw (projekt z 24.06.2021, numer z wykazu: UC86) w upnpr zawarto następującą zmianę: w art. 5 w ust. 2 po pkt 4 kropkę zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 5 w brzmieniu: „5) każdy rodzaj wprowadzenia towaru na rynek w co najmniej jednym państwie członkowskim jako identycznego z towarem wprowadzonym na rynek w innych państwach członkowskich, w sytuacji gdy towar ten w sposób istotny różni się składem lub właściwościami, chyba że przemawiają za tym uzasadnione i obiektywne czynniki”.

<sup>33</sup> Produkt referencyjny jest charakteryzowany przez KE jako: (i) wprowadzany do obrotu pod tą samą marką i w tym samym opakowaniu w różnych państwach członkowskich; (ii) produkt ten o danym składzie jest sprzedawany w większości państw członkowskich; (iii) konsumenci postrzegają główne właściwości produktu przez pryzmat składu tego produktu, tak jak jest on reklamowany w większości tych państw członkowskich; zob. Wytyczne Komisji, s. 4.

<sup>34</sup> Wytyczne Komisji, s. 6.

Komisji Europejskiej, w których analizowano składy wybranych produktów spożywczych i różnice występujące między produktami kierowanymi na rynki poszczególnych państw członkowskich. Zgodnie z założeniami badań przeprowadzonych przez Wspólne Centrum Badawcze miały one właśnie dostarczyć przykładów pozwalających na zidentyfikowanie istotnych różnic w składzie czy właściwościach produktów i umożliwiających ujednoczenie stosowania nowych przepisów przez państwa członkowskie.

## 1. Badania produktów spożywczych przeprowadzone przez UOKiK

Interesujące w zakresie postrzegania istotnej różnicy są także wyniki badań UOKiK, który, podobnie jak organy innych państw członkowskich, przeprowadził badania produktów spożywczych oferowanych konsumentom z Polski i krajów sąsiednich (Europy Zachodniej). Co prawda, badania te zostały przeprowadzone jeszcze przed wydaniem zharmonizowanej metodologii badań w UE, jednak dają one pewien obraz podejścia Urzędu do zagadnienia podwójnej jakości produktów. W latach 2017 i 2018 z pomocą Inspekcji Handlowej UOKiK sprawdził 101 par produktów, stwierdzając istotne różnice w 12 z nich. W pierwszym badaniu przeprowadzonym w listopadzie 2017 r. porównano 37 par produktów zakupionych w sklepach zlokalizowanych na terenie Polski i Niemiec, pochodzących z różnych grup środków spożywczych<sup>35</sup>. Produkty poddano badaniom organoleptycznym i fizyko-chemicznym wykonanym w laboratoriach kontrolno-analitycznych UOKiK. Wykonana przez Urząd ocena porównawcza pod względem oznakowania i badań laboratoryjnych wykazała, że w przypadku 4 produktów można było zdaniem Urzędu domniemywać istnienia tzw. podwójnej jakości. Stwierdzone przez UOKiK różnice polegały na: różnicach w wagowej zawartości opakowania mimo identycznego wyglądu opakowania<sup>36</sup>, różnicach w wykorzystanych składnikach<sup>37</sup>, różnicach w składzie prowadzących do braku zgodności z oznaczeniem na opakowaniu o wykorzystaniu wyłącznie naturalnych składników<sup>38</sup> oraz różnicach w składzie ilościowym wykorzystanych składników<sup>39</sup>.

W kolejnym badaniu przeprowadzonym przez UOKiK w II kwartale 2018 r. Urząd ocenił 64 pary produktów spożywczych z różnych grup asortymentowych<sup>40</sup>. Porównano produkty oferowane pod tą samą marką i w opakowaniu o takiej samej lub bardzo zbliżonej szacie graficznej. Ocena została przeprowadzona na dwóch etapach. Najpierw dokonano sprawdzenia indywidualnie zgodności każdego produktu z wymaganiami określonymi w przepisach i w deklaracji na opakowaniu (sprawdzenie prawidłowości oznakowania, zbadanie cech organoleptycznych

<sup>35</sup> Porównywane produkty: wyroby cukiernicze i ciastkarskie (8), soki, nektary i napoje (5), przetwory owocowo-warzywne (5), przetwory mleczne (2), przetwory mięsne (4), ryby i przetwory rybne (3), kawy i herbaty (3), dania gotowe dla dzieci (2), pojedyncze z innych grup (5) (zob. UOKiK, 2017).

<sup>36</sup> W przypadku chipsów paprykowych Crunchips, mimo że opakowanie było identyczne, to w produkcie sprzedawanym na rynku polskim zawierało ono o 25 g mniej chipsów (zob. UOKiK, 2017, s. 6).

<sup>37</sup> W przypadku chipsów paprykowych Crunchips, produkt sprzedawany w Polsce smażono na oleju palmowym, zawierał glutaminian monosodowy, miał wyższą zawartość tłuszczu, podczas gdy produkt sprzedawany w Niemczech smażono na oleju słonecznikowym, bez wzmocnienia smaku, a producent dodał do niego proszek pomidorowy i serowy, którego nie było w polskich chipsach. W przypadku napoju Lipton Ice Tea Peach w produkowanym na rynek polski było mniej ekstraktu z herbaty, zawierał on cukier, fruktozę i słodzik, produkt sprzedawany na rynku niemieckim zawierał tylko cukier (zob. UOKiK, 2017, s. 6, 12).

<sup>38</sup> W przypadku sera Almette z ziołami na obu opakowaniach znajdowała się informacja: „100% naturalne składniki”, przy czym serek sprzedawany w Niemczech wyprodukowany był z twarogu, ziół, cebuli, czosnku i soli, a sprzedawany w Polsce zawierał twaróg, odtłuszczone mleko w proszku, cebulę, sól, czosnek, regulator kwasowości: kwas cytrynowy, zioła (0,1 proc.), naturalne aromaty – zdaniem UOKiK wykorzystanie regulatora kwasowości jako substancji dodatkowej przeczyło napisowi na opakowaniu, że serek zawiera „100% naturalne składniki” (zob. UOKiK, 2017, s. 8).

<sup>39</sup> W przypadku czekolady Milka z orzechami, produkt dostępny w polskich sklepach miał mniej orzechów niż sprzedawany na rynku niemieckim (zob. UOKiK, 2017, s. 10).

<sup>40</sup> Wyroby cukiernicze 21, kawa, herbata 10, przetwory owocowo-warzywne 8, napoje 5, żywność dla dzieci 5, przekąski 3, przetwory mleczne 3, sosy 3, przetwory rybne 2, inne 4 (zob. UOKiK, 2018a).

i fizyko-chemicznych). Następnie dokonano analizy różnic pomiędzy wersjami produktów przeznaczonych na rynek Polski i Europy Zachodniej dotyczących oznakowania, cech organoleptycznych lub fizyko-chemicznych. W przypadku wystąpienia różnic UOKiK oceniał czy są one istotne z punktu widzenia konsumentów i czy mogą świadczyć o odmiennej jakości produktu przeznaczonego na rynek polski. Za istotną różnicę nie uznawano np. przypadków, gdy para produktów wykazywała różnice w wartości odżywczej, ale nie wynosiły one więcej niż dopuszczalny tolerowany błąd<sup>41</sup>.

Ocena porównawcza pod względem oznakowania i badań laboratoryjnych wykazała istotne różnice w przypadku 8 z 64 par produktów. Zgodnie z ustaleniami UOKiK różnice te częściej wskazywały na niższą jakość polskiej wersji produktu (w dwóch przypadkach uznano, że produkt przeznaczony na rynek polski wykazywał lepszą jakość) (UOKiK, 2018a). Stwierdzone przez UOKiK różnice dotyczyły:

- 1) różnic w składzie, które jednocześnie wskazywały na inny sposób produkcji czy inną recepturę<sup>42</sup>,
- 2) różnic w składzie przekładających się dodatkowo na różnice w smaku i zapachu produktów<sup>43</sup>,
- 3) różnic w ilościowej zawartości składników<sup>44</sup>,
- 4) różnic w wagowej zawartości produktu w przypadku opakowania o takiej samej lub zbliżonej wielkości<sup>45</sup>,
- 5) różnic w sposobie przygotowania produktu i wartości odżywczej<sup>46</sup>,
- 6) braku zgodności z oznaczeniami na opakowaniu (np. naturalne składniki, sok pomarańczowy) (UOKiK, 2018a, s. 9).

UOKiK zwrócił także uwagę na mylące oznaczenie niektórych produktów jako „oryginalny”, które może sugerować konsumentom, że jest to produkt produkowany według oryginalnej receptury, taki sam jak w innych państwach członkowskich (np. w przypadku Leibniz Minis Choco – produkt sprzedawany w Polsce został oznakowany deklaracją „Oryginalna NIEMIECKA receptura”, Monster Munch Original – produkt sprzedawany w Polsce oznakowany został deklaracją „Original”, tak jak produkt przeznaczony na rynek zachodni) (UOKiK, 2018a, s. 10, 11–12).

Jak wynika z przeprowadzonych badań dla stwierdzenia istotnych różnic między produktami UOKiK brał zatem pod uwagę w szczególności **różnice w składzie** (wykazie składników) produktów, **różnice w składzie ilościowym** (zawartość ilościowa poszczególnych składników), a także

<sup>41</sup> Przyjęto, że podane na opakowaniach parametry mogą odbiegać od rzeczywistych  $\pm 20\%$  (zob. szerzej UOKiK, 20118a, s. 4).

<sup>42</sup> W przypadku sera Philadelphia z ziołami stwierdzono różnice w wykazie składników: m.in. produkt na rynek polski wyprodukowany został z mleka pełnego, śmietany i koncentratu białek serwatkowych, produkt na rynek Europy Zachodniej wyprodukowany został z sera twarogowego, zdaniem UOKiK wykazy składników produktów wskazywały na inny sposób produkcji; w przypadku Fuzetea o smaku brzoskwinowym produkt na rynek polski zawierał mniej soku z zagęszczonego soku brzoskwinowego – 0,1%, podczas gdy produkt na rynek Europy Zachodniej zawierał 3% soku, zdaniem UOKiK inna kolejność składników w ich wykazie na opakowaniach produktu na rynek polski i Europy Zachodniej wskazuje na różne receptury (zob. UOKiK, 2018a, s. 10, 16).

<sup>43</sup> Np. w zakresie następujących produktów stwierdzono różnice w smaku i zapachu: Knorr Fix Spaghetti Bolognese – w produkcji na rynek polski dominuje zapach papryki, a w produkcji na rynek Europy Zachodniej czosnku; Czekolada Milka Oreo – produkowana dla polskiego konsumenta miała zdaniem UOKiK lepszą jakość i była smaczniejsza, co wynikało z badań laboratoryjnych; Fuzetea o smaku brzoskwinowym – produkt na rynek polski wyraźnie kwaskowy, a produkt na rynek Europy Zachodniej wyraźnie słodkawy, produkt na rynek polski mniej owocowy w smaku; Capri-Sun Orange, produkt na rynek polski zawierał sok pomarańczowy z zagęszczonego soku pomarańczowego (20,1%), a produkt na rynek Europy Zachodniej – soki z zagęszczonych soków z pomarańczy (7%), cytryny (4,9%) i limonki (0,1%), produkt PL słodszy w smaku (zob. UOKiK, 2018a, s. 9, 10, 14, 15).

<sup>44</sup> W przypadku Czekolady Milka Oreo produkt kupiony w Polsce zawierał mniej zamiennika tłuszczu kakaowego (PL: 1,48, EZ: 2,47), choć oba produkty zawierały zamiennik w ilości zgodnej z przepisami prawa (nie więcej niż 5) (zob. UOKiK, 2018a, s. 14).

<sup>45</sup> Różnice w wagowej zawartości produktu w przypadku opakowania takiej samej lub zbliżonej wielkości: ciastka Leibniz Minis Choco – produkt kupiony w Polsce miał nieco większe opakowanie, ale zawierało ono o 25 g mniej produktu, Chrupki Curly Peanut Classic – w takim samym opakowaniu w Polsce było o 30 g mniej chrupiek, serek Philadelphia z ziołami – produkt sprzedawany w Polsce zawierał 125 g netto sera, a produkt przeznaczony na rynki Europy Zachodniej zawierał 175 g netto sera, przy czym opakowania produktów sprzedawanych w Polsce i Europie Zachodniej miały taki sam kształt, Chrupki Monster Munch Original – opakowanie produktu na rynek polski zawierało 50 g produktu, a na rynki Europy Zachodniej – 75 g, rozmiary opakowań nie wskazywały jednak na tak dużą różnicę masy, vide Badanie UOKiK 201 (zob. UOKiK, 2018a, s. 11–13, 16).

<sup>46</sup> W przypadku Knorr Fix Spaghetti Bolognese UOKiK stwierdził, że różnice w przepisach na przygotowanie potrawy wpływają na inną wartość odżywczą produktów, potrawa z produktu na rynek polski ma 199 kcal na 100 g, a z produktu na rynki Europy Zachodniej – 154 kcal (zob. UOKiK, 2018a, s. 15).



**różnice w zawartości opakowania/wadze produktu.** Wyniki badań UOKiK zostały przekazane Komisji Europejskiej prowadzącej badania porównawcze produktów.

## 2. Zharmonizowana metodologia badań

Również w innych państwach członkowskich wykonywane były podobne testy (głównie w latach 2016–2017) i wykazywały one różnice między wariantami produktów przeznaczonych na różne rynki (w zakresie m.in. składu czy właściwości sensorycznych) (EC, 2018, s. 4). Jednakże z uwagi na różne podejścia i metody pobierania próbek do testów, przeprowadzania testów i interpretacji wyników, dane te nie mogły być w pełni porównywalne. W większości badań porównywano produkty markowe i marki własnej pochodzące z rynku krajowego z ich odpowiednikami zakupionymi głównie w jednym z sąsiednich państw członkowskich UE.

Porównania między produktami dokonywano na podstawie informacji o wartości odżywczej i wykazu składników, które są obowiązkowymi elementami informowania konsumentów o żywności zgodnie z prawem UE oraz na podstawie testów sensorycznych. W niektórych badaniach zastosowano dodatkowe analizy fizykochemiczne w celu ustalenia uzasadnienia występujących różnic. Stwierdzone rozbieżności wynikały z zastosowania różnych składników, z różnych proporcji tych samych składników albo z różnic we właściwościach sensorycznych porównywanej żywności (EC, 2018, s. 5). Natomiast w żadnym z badań nie dokonano jednoznacznej oceny jakości ocenianej żywności. Należy zatem podkreślić, że jakość żywności jako taka nie jest łatwa do opisanego, zbadania czy oceny.

W celu stworzenia zharmonizowanych zasad badania produktów i umożliwienia pełniejszego porównania wyników badań przeprowadzanych w różnych państwach członkowskich Wspólne Centrum Badawcze, służba naukowa Komisji Europejskiej, opublikowało w 2018 r. „Zharmonizowaną metodologię badań określającą zasady selekcji i badania produktów spożywczych w celu oceny cech związanych z jakością”, przygotowaną w ścisłej współpracy z ekspertami z właściwych organów państw członkowskich oraz podmiotami zainteresowanymi łańcuchem żywnościowym (EC, 2018) (dalej: Metodologia). Opracowana Metodologia jest częścią pakietu środków wdrożonych przez Komisję Europejską w celu rozwiązania problemu podwójnej jakości produktów.

Metodologia ma być wykorzystywana przez właściwe organy wykonawcze w państwach członkowskich UE do przeprowadzania badań rynkowych obejmujących porównania produktów w różnych regionach i krajach w celu dokonania oceny czy w określonym przypadku praktyki marketingowe związane ze zróżnicowanymi produktami danego podmiotu mogą stanowić nieuczciwe praktyki handlowe (EC, 2018, s. 2). Zgodnie z Metodologią testowanie produktów ma odbywać się na dwóch etapach (EC, 2018, s. 13–14). Pierwszy z nich obejmuje: porównanie informacji podanych na etykiecie (informacja o wartości odżywczej i wykaz składników) oraz analizę sensoryczną (poziom 1). W przypadku stwierdzenia różnic w składzie lub właściwościach sensorycznych, próbki poddaje się badaniu na poziomie 2, w ramach którego stosuje się dalsze testy chemiczne lub sensoryczne. Głównym celem testów sensorycznych produktów jest wskazanie czy istnieje różnica pomiędzy produktami, jaki jest charakter oraz zakres różnicy. W przypadku potwierdzenia różnic właściciel marki powinien mieć możliwość wyjaśnienia przyczyn zróżnicowania produktów. Organy państw członkowskich powinny przestrzegać także wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących określania tolerancji dla wartości odżywczych deklarowanych na etykiecie.

Zgodnie z Metodologią w przypadku, gdy skład (deklaracja wartości odżywczych, lista składników, badania chemiczne) i analiza sensoryczna produktu oferowanego pod tą samą marką i w tym samym opakowaniu różnią się w sposób istotny, należy skonsultować się z właścicielem marki w celu wyjaśnienia zaobserwowanych różnic. Po takiej konsultacji odpowiednie organy mogą zdecydować o przystąpieniu do badania ewentualnych nieuczciwych praktyk handlowych i wszczęciu odpowiedniego postępowania w tym zakresie.

### 3. Ogólnounijnia kampania testowa

Metodologia została wykorzystana do przeprowadzenia w 2018 r. ogólnounijnej kampanii testowej, nadzorowanej przez Wspólne Centrum Badawcze, mającej na celu pozyskanie dowodów na to, w jakim zakresie istnieją różnice w składzie i właściwościach sensorycznych markowej żywności (w tym marek własnych) w państwach członkowskich i jak istotne są te różnice. Uzyskane wyniki zgodnie z założeniami badań miały doprowadzić do lepszego zrozumienia, co stanowi znaczącą różnicę w cechach produktu, tak aby organy w państwach członkowskich UE mogły w spójny sposób egzekwować przepisy dotyczące ochrony konsumentów. W kampanii testowej obejmującej całą UE porównywano skład produktów (wykaz wartości odżywczych i składników), jak również ich cechy charakterystyczne opakowania oraz oceniano czy produkty sprzedawane pod tą samą marką i w tym samym lub bardzo podobnym opakowaniu różnią się składem.

Ogólnoeuropejskie testy przeprowadzono pod koniec 2018 roku<sup>47</sup>. Spośród 28 zaproszonych państw członkowskich 19 przekazało dane o odpowiednich produktach (Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Republika Czeska, Dania, Estonia, Francja, Niemcy, Grecja, Węgry, Włochy, Łotwa, Litwa, Malta, Polska, Słowacja, Słowenia, Hiszpania i Królestwo Niderlandów). W sumie zarejestrowano informacje dla 128 produktów (113 markowych i 15 produktów marki własnej), reprezentujących 1380 indywidualnych próbek (Ulberth, 2019, s. 3).

Podobieństwo opakowań produktów zostało ocenione wizualnie przez panel ekspertów Wspólnego Centrum Badawczego, który porównał cechy (motyw, kolory, logo, czcionki, zdjęcia, układ i kształt) przedniej części opakowania różnych wariantów tego samego produktu uzyskanych z różnych rynków. Ocena porównawcza została ograniczona do frontu opakowania, ponieważ ta strona opakowania ma zdaniem przeprowadzających badanie największy wpływ na decyzję zakupową konsumenta. Jeżeli tylko jeden z frontów opakowań poszczególnych wariantów różnił się, to produkt był oceniany jako mający inny wygląd.

Produkty różniące się pod względem QUID (*quantitative ingredient declaration*, deklaracja ilościowej zawartości składników), uznano za posiadające różne właściwości.

Ocena różnic wartości odżywczej różnych wariantów tego samego produktu odbywała się z uwzględnieniem względnego odchylenia standardowego deklarowanej zawartości składników odżywczych. W przypadku gdy wartość ta była mniejsza niż 10% dla wszystkich deklarowanych składników odżywczych, informację o wartości odżywczej uznawano za podobną, w przeciwnym razie oceniano ją jako różną.

<sup>47</sup> Kampania zbierania informacji rozpoczęła się w dniu 6.11.2018 r., a jej pierwotny termin wyznaczono na 4.12.2018 r.; ostatni zestaw danych otrzymano jednak w dniu 7.01.2019 r. (zob. Ulberth, 2019, s. 6).

Różnice w terminologii stosowanej do oznaczania składników, które w rzeczywistości są takie same, ale różnie oznakowane (np. tłuszcz mleczny, tłuszcz maślany, masło skoncentrowane) nie były brane pod uwagę przy klasyfikacji produktu.

W rezultacie za identyczne pod względem składu uznawano produkty o takim samym składnikach i takiej samej wartości odżywczej, a pod względem wyglądu opakowań posiadające takie same motyw, kolory, logotypy, czcionki, zdjęcia, układ, kształt. Za podobne pod względem składu uznawano produkty z niewielkimi różnicami w informacji o wartości odżywczej i/lub wykazie składników, a pod względem wyglądu opakowań o niewielkim zróżnicowaniu cech charakterystycznych, ale ogólnie posiadające ten sam wygląd. Za inne uznawano produkty, które w zakresie składu posiadały inne składniki lub inne QUID, a pod względem wyglądu opakowania inny wygląd.

Badania wykazały, że w przypadku 31%, a zatem prawie 1/3 produktów różnice w składzie nie były sygnalizowane innym wyglądem frontu opakowania (Ulberth, 2019, s. 13). Wśród produktów z innym składem 9% z produktów (11 ze 128 badanych produktów) miało identyczny front opakowania, a 22% (28 ze 128 badanych produktów) podobne cechy frontu opakowania. 27% produktów, które różniły się składem, miało również inny wygląd frontu opakowania, co wskazywało konsumentom, że produkty te są zróżnicowane. Nadto 9% produktów posiadało podobny skład (Ulberth, 2019, s. 13). Produkty markowe w tej grupie różniły się głównie deklarowanymi wartościami niektórych składników odżywczych, mimo że lista składników była identyczna. Jak wskazano, mogło to wynikać z różnych sposobów ich szacowania, w szczególności jeśli dany produkt był produkowany w różnych miejscach.

Poza tym 33% badanych produktów markowych miało identyczny skład (Ulberth, 2019, s. 12). Wśród produktów z takim samym składem 23% wszystkich badanych produktów p miało też takie same cechy charakterystyczne frontu opakowania; w przypadku 8% wszystkich produktów zaobserwowano pewne różnice w wyglądzie; 2% wszystkich produktów miało inne cechy charakterystyczne frontu opakowania. Ta klasa produktów informowała konsumentów poprzez identyczny lub przynajmniej podobny wygląd przedniej części opakowania, że skład krajowych wariantów danego produktu jest identyczny.

Ustalenia dotyczące produktów przekazano właścicielom marek i poproszono o przedstawienie uwag w przypadku stwierdzenia różnic w składzie. Poprawiono błędy w informacji o wartości odżywczej, QUID lub w wykazie składników wskazane przez właścicieli marek. Nie dokonano innych modyfikacji na podstawie dostarczonych odpowiedzi. Warto wskazać, że producenci oferujący identyczne produkty często wyraźnie podkreślali, że ich produkt jest produkowany na całym świecie według tych samych, wymagających standardów, ma taką samą recepturę, składniki i smak na każdym rynku na świecie (Ulberth, 2019a, s. 154)<sup>48</sup>.

Różnice w składzie i właściwościach produktów jakie stwierdzono podczas badań obejmowały:

- 1) różnice w procentowej zawartości danego składnika produktu** (np. Fanta Orange – od 4,5 do 12% zawartości soku pomarańczowego; Fuze Tea Peach Hibiscus – od 0,1 do 5% soku brzoskwiniowego; Kinder Pingui – od 21 do 24% mleka; Freeway Orange – od 3 do 20% soku pomarańczowego; Milka Whole Hazelnuts – od 17 do 20% orzechów; Milka Choco Cookies – od 29 do 36% czekolady mlecznej; Jacobs Original/Classic 3w1 – 17% cukru brązowego w Belgii, 54% cukru w Niemczech, 62% cukru w Estonii, Chorwacji, Węgrzech, Litwie,

<sup>48</sup> Por. np. Heineken Lager Beer.

Słowacji; Heinz Mayonnaise Seriously Good – od 68 do 78% oleju; Iglo Fish Fingers – od 58 do 65% ryby; Philadelphia Cream Cheese Original – od 0,75 do 1,05% soli; Lay's Potato Chips Salted/Nature – od 30 do 35% tłuszczu; Philadelphia Cream Cheese Original – od 21 do 26% tłuszczu) (Ulberth, 2021, s. 14–20);

**2) wykorzystanie różnych składników** (np. Fanta Orange – cukier lub inne substancje słodzące, np. aspartam, cyklamaf, syrop glukozowo-fruktozowy; Heinz Mayonnaise Seriously Good – olej rzepakowy lub olej sojowy; Desperados Tequila flavoured – syrop glukozowy i cukier, kukurydza i cukier, syrop glukozowy i kukurydza lub glukoza-fruktoza; Coca-Cola Original taste – cukier albo syrop glukozowo-fruktozowy) (Ulberth, 2021, s. 14–20);

**3) obecność lub brak danego składnika** (np. Pepsi Cola – w części produktów zawierała gumę arabską, w pozostałej części nie zawierała gumy arabskiej) (Ulberth, 2021, s. 14–20). Jednocześnie w raporcie podkreślono, że różnice w składzie nie mogą przekładać się bezpośrednio na różne poziomy jakości żywności (Ulberth, 2019, s. 15). Zgodnie z raportem ocena czy którykolwiek ze zidentyfikowanych przypadków identycznego wprowadzania do obrotu towarów o znacząco różnym składzie stanowiłyby praktykę wprowadzającą w błąd, naruszającą prawo UE, wymagałaby dodatkowej analizy konkretnego przypadku przez właściwy organ krajowy, uwzględniającej wszystkie inne istotne czynniki (w szczególności zasadność i obiektywność uzasadnienia przedstawionego przez właściciela marki) (Ulberth, 2019, s. 15).

Na kolejnym etapie badań produktów przeprowadzono testy sensoryczne, aby dowiedzieć się czy różne receptury stosowane do przygotowania określonych produktów prowadzą do zauważalnych różnic sensorycznych<sup>49</sup>. W przypadku 50% (10 z 20) ocenianych produktów spożywczych różnice we właściwościach sensorycznych pomiędzy wersjami krajowymi były zauważalne (Ulberth, 2021, s. 2). Odzwierciedlały one głównie związane z nimi różnice w składzie. W przypadku pozostałych 10 produktów nie stwierdzono zauważalnych różnic we właściwościach sensorycznych, choć ich skład różnił się w pewnym stopniu. Podobnie jak w przypadku pierwszej części badania, zaobserwowane różnice nie wykazywały trendu geograficznego.

Większe różnice w składzie produktu (np. zawartość soku pomarańczowego w lemoniadzie, zawartość soku brzoskwiniowego w ice tea, zawartość kawy rozpuszczalnej w gorącym napoju kawowym, zawartość tłuszczu w majonezie, zawartość cukru w płatkach śniadaniowych, zawartość soli w serku śmietankowym) zostały wyraźnie rozpoznane przez panel sensoryczny, podczas gdy mniejsze różnice w składzie (np. różna zawartość tłuszczu w chipsach ziemniaczanych lub zawartość kakao w mlecznym napoju instant w proszku) rzadziej prowadziły do istotnych różnic sensorycznych (Ulberth, 2021, s. 9). Różnice w rodzaju użytych składników wpłynęły na cechy sensoryczne niektórych produktów (np. różne syntetyczne substancje słodzące w lemoniadzie pomarańczowej), podczas gdy nie miało to miejsca w przypadku innych produktów (np. różne naturalne substancje słodzące w gazowanym napoju bezalkoholowym, źródło oleju jadalnego w majonezie, źródło węglowodanów w piwie). W przypadku niektórych produktów różnice w składzie wyraźnie wpływały na ich wygląd (np. kolor napoju pomarańczowego od bardziej żółtego do bardziej pomarańczowego, kolor majonezu od jaśniejszego do ciemniejszego) (Ulberth, 2021, s. 9). Jak wskazano, na cechy sensoryczne żywności (np. kruchość) mogą wpływać także inne

<sup>49</sup> W tym celu zwrócono się do właściwych organów państw członkowskich UE, które uczestniczyły w porównaniu etykiet 2018/19, o priorytetowe potraktowanie produktów oferowanych z różnicami w składzie, tak aby mogły one zostać włączone do badań sensorycznych.

czynniki niż różnice w recepturach, np. procesy produkcyjne – szczególnie jeśli odbywają się w różnych zakładach przy użyciu różnych urządzeń (Ulberth, 2021, s. 9).

Zaobserwowane różnice w percepcji sensorycznej ilustrują wpływ, jaki może mieć inny skład na właściwości produktu, co może wpływać na decyzje zakupowe konsumentów. Nie oznacza to jednak, że różnice w składzie, które nie prowadzą do postrzeganych różnic sensorycznych, nie mają wpływu na decyzje zakupowe konsumentów (Ulberth, 2021, s. 9). Postrzeganie sensoryczne produktu spożywczego jest tylko jednym z elementów, które mogą wpływać na wybór produktów przez konsumentów. Przykładowo, niektórzy konsumenci mogą chcieć unikać pewnych rodzajów składników z różnych powodów, np. związanych z ich zdrowiem (np. alergeny). W szczególności konsumenci coraz częściej przywiązują też wagę do wpływu niektórych składników na środowisko, ich pochodzenia geograficznego, sposobu produkcji, składu chemicznego itp. Ponad czterech na dziesięciu respondentów biorących udział w badaniu Eurobarometru z 2020 r. twierdzi, że smak (45%) jest najważniejszym czynnikiem przy podejmowaniu decyzji o zakupie żywności, na kolejnych miejscach plasują się bezpieczeństwo żywności (42%) i koszt (40%) (Eurobarometer, 2020, s. 9).

## VI. Możliwe wyjątki spod zakazu różnicowania produktów

Jak już wspomniano, choć na etapie procedowania dyrektywy 2019/2161 Parlament Europejski postulował zamknięty katalog wyjątków, które umożliwiłyby przedsiębiorcy usprawiedliwienie swojej praktyki różnicowania produktów, ostatecznie zdecydowano się na pozostawienie tej sfery otwartą, odwołując się do dość ogólnej kategorii „uzasadnionych i obiektywnych czynników”. Zgodnie z przyjętą konstrukcją, producent wprowadzający towar na rynek w jednym państwie członkowskim jako identyczny z towarem wprowadzonym na rynki w innych państwach członkowskich, w sytuacji gdy towar ten w sposób istotny różni się składem lub właściwościami, może teoretycznie powoływać się na nieograniczony zbiór usprawiedliwień wyłączających jego odpowiedzialność za to co do zasady zakazane działanie.

W motywie dyrektywy podjęto próbę zilustrowania nieostrego pojęcia „uzasadnionych i obiektywnych czynników”, wymieniając w tym względzie prawo krajowe, dostępność lub sezonowość surowców lub dobrowolne strategie mające na celu poprawę dostępu do zdrowej i bogatej w składniki odżywcze żywności, jak również prawo przedsiębiorcy do oferowania towarów tej samej marki w opakowaniach o różnej wadze lub rozmiarze na różnych rynkach geograficznych<sup>50</sup>. Przesłanka wymogów prawa krajowego może niewątpliwie znaleźć zastosowanie w przypadku, gdy prawo danego państwa członkowskiego zakazuje albo nakazuje stosowanie określonego składnika bądź określa jego maksymalne czy minimalne proporcje. Przykładowo, we Francji zakazane jest stosowanie dwutlenku tytanu, substancji nadającej produktom biały kolor, powszechnie wykorzystywanej m.in. przy produkcji lodów, jogurtów, gum do żucia, wyrobów cukierniczych, jasnych sosów i cukierków (Ostaszewski, 2019). W Niemczech i Danii ograniczane jest dodawanie witamin i składników mineralnych do żywności, dlatego np. płatki śniadaniowe sprzedawane w tych krajach nie zawierają takich składników (Ulberth, 2019a, s. 202). Rozważyć można czy przesłanką prawa krajowego objęte byłyby również sytuacje, w których w danym kraju produkty zawierające konkretne składniki podlegały wyższemu czy szczególnemu opodatkowaniu lub też pewnego

<sup>50</sup> Motyw 53 dyrektywy 2019/2161.

rodzaju ulgom, które to lokalne regulacje wpływałby na opłacalność gospodarczą oferowania produktu o takim składzie.

Dalej, z przytoczonego fragmentu motywu dyrektywy wynika, że przedsiębiorca może powołać się m.in. na obiektywne różnice w zaopatrzeniu jako konsekwencji dostępności geograficznej bądź czasowej niektórych składników<sup>51</sup>, w tym użycie produktów lokalnych (Šajin, 2017, s. 4). Jako rozwinięcie tego parametru wskazuje się, że także lokalne fabryki czy zakłady produkcji mogą korzystać z różnych technologicznych linii produkcyjnych, co może przekładać się także na odmienności w produktach<sup>52</sup>. Przykład dobrowolnych strategii można z kolei uzupełnić o kasus wprowadzania nowych receptur, odzwierciedlający postęp technologiczny lub politykę dotyczącą zmiany składu wartości odżywczych, czego nie można dokonać ze względów technicznych lub gospodarczych jednocześnie na wszystkich rynkach<sup>53</sup>. Producent ma także prawo oferować swoje towary w opakowaniach o różnej wadze lub rozmiarze na różnych rynkach. Wątpliwości może jednak budzić oferowanie mniejszej ilości towaru po cenie wyższej w krajach o generalnie niższej sile nabywczej<sup>54</sup> czy oferowania produktów o różnej wadze w ludoząco podobnych opakowaniach niesugerujących innej zawartości wagowej.

W przykładowym katalogu wyłączeń zabrakło tego najczęściej bodaj przywoływanego przez producentów uzasadnienia w postaci konieczności dostosowania produktów do lokalnych gustów konsumentów. Nie oznacza to, że przesłanka ta nigdy nie znajdzie zastosowania. Wytyczne Komisji dostrzegają, że w praktyce obrotu „(...)wśród podmiotów prowadzących przedsiębiorstwa spożywcze powszechne jest dostosowywanie produktów do preferencji lokalnego konsumenta i innych warunków. Dokonuje się zwłaszcza optymalizacji zmysłowej, aby dostosować produkt do nawyków żywnościowych, które w poszczególnych regionach mogą być diametralnie różne”<sup>55</sup>. Adaptacja do upodobań rynków regionalnych jest zatem postrzegana jako normalna praktyka marketingowa (Šajin, 2017, s. 4). Niemniej producenci nie mogą wy tłumaczenia tego nadużywać. Zasadniczo powinni posiadać odpowiednie dowody świadczące o zróżnicowanych preferencjach konsumentów. Część przedsiębiorców powołuje się w tym zakresie na odpowiednie badania czy ankiety (Ulberth, 2019a, s. 373). Prezes UOKiK, w kontekście prowadzonych przez urząd akcji testowania produktów zaznaczył, że każda różnica nie może być tłumaczona odpowiedzią na inne gusta klientów (UOKiK, 2018).

Innym niewymienionym, choć często przytaczanym wytłumaczeniem jest dostosowywanie składu produktów względem elastyczności cenowej lokalnego popytu<sup>56</sup>. Producenci mogą bowiem podjąć decyzję o stosowaniu zamienników, aby obniżyć koszty produkcji i oferować produkty po niższej cenie, zwłaszcza na rynkach o niskiej sile nabywczej (Šajin, 2017, s. 4). Jedno z przeprowadzonych badań pokazało jednak, że część artykułów powstałych na bazie tańszych zamienników wprowadzано na rynek Republiki Czeskiej po cenie wyższej niż w Niemczech, gdzie zastosowano składniki lepszej jakości<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Wytyczne Komisji, s. 5.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> W UOKiK (2017) oraz UOKiK (2018a) zwrócono uwagę na przypadki oferowania na rynku polskim mniejszej ilości produktu w porównaniu z wariantem niemieckim.

<sup>55</sup> Wytyczne Komisji, s. 5.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 3.

Powodem wystąpienia różnicy może być także pochodzenie danego produktu spoza obszaru EOG i jego import do UE przez innego przedsiębiorcę niż producent. W takiej sytuacji, kiedy produkt jest przeznaczony na rynek spoza UE, teoretycznie może mieć inny skład, ponieważ nie ma do niego zastosowania omawiana regulacja. Pozostaje pytanie, jak takie różnicowanie wpływa na wizerunek danej marki i postrzeganie jej jakości.

Nawet jeśli przyczyny różnicowania produktów uznane zostaną za uzasadnione, przedsiębiorcy zobowiązani są do poinformowania konsumentów o ich występowaniu. W tym względzie w motywie dyrektywy zauważono, że „Właściwe organy powinny ocenić, czy takie zróżnicowanie jest łatwe do zauważenia przez konsumentów, biorąc pod uwagę dostępność i adekwatność informacji. Istotne jest, aby konsumenci byli informowani o zróżnicowaniu towarów ze względu na uzasadnione i obiektywne czynniki. Przedsiębiorcy powinni mieć swobodę udzielania takich informacji na różne sposoby, które umożliwią konsumentom dostęp do niezbędnych informacji”<sup>58</sup>. Fragment ten wskazuje więc, że powoływanie się na przewidziane przepisem dyrektywy wyłączenie nie będzie możliwe w każdym czasie, a jedynie wtedy, gdy konsumenci zostali przez producenta poinformowani o uzasadnionych i obiektywnych czynnikach, które w konkretnym przypadku, w stosunku do danego produktu wpływają na jego zróżnicowanie na wspólnym rynku.

## VII. Egzekwowanie nowych przepisów dotyczących podwójnej jakości

### 1. Zmiany w polskim prawie

Przepis dyrektywy 2019/2161 w zakresie problemu podwójnej jakości zgodnie z planem zostanie implementowany do polskiego porządku prawnego poprzez zmianę upnpr. W ramach art. 5 upnpr do ust. 2, który zawiera otwarty katalog praktyk stanowiących „wprowadzanie w błąd” dodany zostanie pkt 5): „każdy rodzaj wprowadzenia towaru na rynek w co najmniej jednym państwie członkowskim jako identycznego z towarem wprowadzonym na rynki w innych państwach członkowskich, w sytuacji gdy towar ten w sposób istotny różni się składem lub właściwościami, chyba że przemawiają za tym uzasadnione i obiektywne czynniki”<sup>59</sup>. Zapis ten poza uzupełnieniem o sformułowanie „co najmniej” nie odbiega zatem od tekstu dyrektywy.

W uzasadnieniu do implementacji dyrektywy 2019/2161 podkreślono, że wprowadzana norma dotycząca podwójnej jakości ma na celu ułatwienie stosowania obowiązujących przepisów poprzez wyraźne określenie praktyki, ponieważ dotychczas nie była ona wprost sformułowana w przepisach<sup>60</sup>. Rzeczywiście, w przeprowadzonych na zlecenie UOKiK badaniach Kantar Public w 2017 r. 43% badanych miała trudność z określeniem czy występowanie różnic w jakości takich samych produktów tych samych marek w poszczególnych krajach jest zgodne z prawem i obowiązującymi przepisami, czy nie. Natomiast 9% badanych było zdania, że takie sytuacje są dopuszczalne wedle istniejącego prawa (Kantar Public, 2017, s. 42).

Oprócz wyszczególnienia naruszających interesy konsumentów praktyk dyrektywa Omnibus nałożyła na państwa członkowskie obowiązki w zakresie wzmocnienia i ujednoczenia przepisów dotyczących sankcji oraz spójnych kryteriów ich określania, a także przewidziała prawo

<sup>58</sup> Motyw 53 dyrektywy 2019/2161.

<sup>59</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw z 24.06.2021 r. (numer z wykazu: UC86).

<sup>60</sup> Uzasadnianie do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw z 24.06.2021 r., s. 20.

konsumentów do indywidualnych środków prawnych w postaci roszczeń, jeśli doznali uszczerbku w wyniku stosowania nieuczciwych praktyk handlowych.

Wymienione w dyrektywie indywidualne środki prawne, jakie co najmniej powinny przysługiwać konsumentom, to prawo do odszkodowania za poniesioną szkodę oraz, w stosownych przypadkach, prawo do obniżenia ceny lub rozwiązania umowy. Państwa członkowskie mają jednak możliwość wprowadzania do prawa krajowego także innych środków prawnych, takich jak np. naprawa lub wymiana produktu. W celu ułatwienia bardziej jednolitego stosowania sankcji, do art. 13 dyrektywy dodano listę wspólnych, niewyczerpujących kryteriów oceny wagi naruszeń. Kryteria te powinny obejmować na przykład charakter, wagę, skalę i czas trwania naruszenia oraz jakiegokolwiek działania (np. odszkodowanie) podjęte przez przedsiębiorcę w celu złagodzenia lub naprawienia szkody poniesionej przez konsumentów, wcześniejsze naruszenia dokonane przez przedsiębiorcę, uzyskane korzyści majątkowe lub straty uniknięte wskutek naruszenia, sankcje nałożone na przedsiębiorcę za to samo naruszenie w innych państwach członkowskich w sprawach transgranicznych. Organ może również wziąć pod uwagę inne czynniki obciążające lub łagodzące mające zastosowanie do okoliczności danej sprawy.

W toku krajowego procesu legislacyjnego zauważono, że tego rodzaju instrumenty, jako takie, występują już w m.in. w art. 23a, 23b w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 3a uokik dlatego w zakresie tym wprowadzone jedynie nieliczne zmiany<sup>61</sup>. Pierwsza z nich została przewidziana w upnpr, gdzie uzupełniono katalog środków prawnych przysługujących konsumentowi o możliwość żądania obniżenia ceny produktu (w art. 12 w ust. 1 dodano pkt 6). Kolejna dotyczy art. 111 ust. 2 i 5 uokik, zgodnie z którą ustalając wysokość sankcji pieniężnych w przypadku naruszenia, Prezes Urzędu może wziąć pod uwagę również sankcje nałożone na przedsiębiorcę za to samo naruszenie w innych państwach członkowskich w sprawach transgranicznych, jeżeli informacje o takich sankcjach są dostępne w ramach mechanizmu ustanowionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2394<sup>62</sup>. Dodatkowo w art. 106 uokik ma zostać dodany ust. 8 umożliwiający w przypadku nakładania kary za naruszenie zakazu określonego w art. 23a lub 24 uokik nałożenie kary pieniężnej w wysokości do równowartości 2 mln EUR, jeśli nie można ustalić wysokości obrotu osiągniętego przez przedsiębiorcę w poprzedzającym roku obrotowym ze względu na brak danych finansowych.

## 2. Współpraca transgraniczna organów w zakresie problemu podwójnej jakości

W zakresie egzekwowania przestrzegania przepisów należy także spodziewać się współpracy organów krajowych. Ponieważ kwestia dotyczy praktyk stosowanych przez podmioty prowadzące przedsiębiorstwa na całym jednolitym rynku i ma wymiar transgraniczny, właściwe organy powinny dążyć do prowadzenia postępowań, w stosownych przypadkach, w sposób skoordynowany, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów. Wspomniane rozporządzenie określa zobowiązania do wzajemnej pomocy i nakłada na organy w całej UE obowiązek wzajemnego powiadamiania o ewentualnych przypadkach naruszenia oraz obowiązek wymiany

<sup>61</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw z 24.06.2021 r., s. 18.

<sup>62</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2394 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów i uchylające rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 (Dz. Urz. UE 2017 L 345/1).



informacji o takich naruszeniach i wszelkich środkach podjętych w celu ich usunięcia w obrębie ich jurysdykcji.

Rozporządzenie wprowadza również ramy dla skoordynowanych działań w przypadku, gdy doszło do naruszenia powszechnego lub naruszenia powszechnego o wymiarze unijnym<sup>63</sup>. Można podejrzewać, że zwłaszcza pod tą pierwszą kategorię kwalifikować się będzie spora część praktyk związanych z podwójną jakością. W rezultacie mimo iż egzekwowanie przepisów zostało przekazane organom krajowym, będą one miały możliwość podejmowania skoordynowanych działań i wspólnego zwalczania nieuczciwej praktyki w całej UE.

### 3. Dostosowanie do nowych przepisów

W okresie poprzedzającym wejście przepisów w życie przedsiębiorcy powinni podjąć kroki niezbędne w celu adaptacji do nowych wymagań. Możliwe są różne rozwiązania. Po pierwsze producent może zdecydować się na ujednoczenie składu produktów na terenie całej UE, tym samym eliminując zarzut praktyki wprowadzającej w błąd. W odpowiedzi na falę krytyki jaką wywołało opublikowanie wyników testów porównawczych w Chorwacji w 2017 r., taki krok zadeklarował znany producent żywności dla niemowląt, którego potrawka z marchewką i indykiem wprowadzana w tym kraju istotnie różniła się składem od tej niemieckiej (Boffey, 2017). Podobnie wytwórca rozpoznawalnych herbatników podjął decyzję o produkcji słodkości o takiej samej recepturze na rynek Europy Środkowo-Wschodniej i Zachodniej, zamieniając w ten sposób, zgodnie z oryginalnym niemieckim przepisem, olej palmowy na masło (News Desk, 2017). Również w wyniku badań przeprowadzonych przez Wspólne Centrum Badawcze KE część producentów zdecydowała się ujednoczyć receptury produktów przeznaczonych na różne rynki<sup>64</sup>. Badania przyczyniły się również do ujednoczenia przez część producentów etykiet i wykazów składników umieszczanych na sprzedawanych przez nich produktach w sytuacji, kiedy nie było faktycznych różnic w składzie, a jedynie błędy czy nieścisłości w jego opisie na opakowaniu (Ulberth, 2019a, s. 145).

Innym możliwym rozwiązaniem jest zmiana opakowań w taki sposób, aby nie były one wprowadzające w błąd. Jak zauważono w badaniach, to właśnie wygląd (motyw, kolory, logotypy, czcionki, zdjęcia, układ i kształt) i informacje podane na przedniej części opakowania są uważane za mające największy wpływ na decyzję zakupową konsumentów (Ulberth, 2019, s. 10). Przedsiębiorcy mogą zatem na wiele sposobów zróżnicować opakowania produktów o różnym składzie, wprowadzając odpowiednie kolory, zmieniając szatę graficzną czy motyw. Zmiany te nie mogą być przypadkowe i powinny służyć wyróżnieniu produktów o innym składzie lub właściwościach. Wprowadzone modyfikacje opakowań powinny być istotnie zauważalne dla konsumenta. Wydaje się również, że w przypadku gdy produkt na danym lokalnym rynku zawiera składnik, który wpływa na właściwość produktu, a którego produkty sprzedawane gdzie indziej nie zawierają,

<sup>63</sup> Zgodnie z art. 3 pkt 3) rozporządzenia 2017/2394 „naruszenie powszechne” oznacza: a) czyn lub każde zaniechanie sprzeczne z przepisami prawnymi Unii chroniącymi interesy konsumentów, które szkodziły, szkodzą lub mogą zaszkodzić zbiorowym interesom konsumentów zamieszkałych w co najmniej dwóch państwach członkowskich innych niż państwo członkowskie, w którym: (i) czyn lub zaniechanie miały swoje źródło; dopuszczono się czynu lub zaniechania; (ii) przedsiębiorca odpowiedzialny za czyn lub zaniechanie ma siedzibę; lub (iii) znajdują się dowody bądź mienie przedsiębiorcy związane z tym czynem lub zaniechaniem; lub b) czynu lub zaniechania sprzeczne z przepisami prawnymi Unii chroniącymi interesy konsumentów, które szkodziły, szkodzą lub mogą zaszkodzić zbiorowym interesom konsumentów i mają cechy wspólne, w tym dotyczą tej samej bezprawnej praktyki, naruszają ten sam interes oraz zachodzą jednocześnie, i dopuszcza się ich ten sam przedsiębiorca w co najmniej trzech państwach członkowskich; art. 3 pkt 4) rozporządzenie 2017/2394 „naruszenie powszechne o wymiarze unijnym” oznacza powszechnie występujące naruszenie, które szkodziło, szkodzi lub może zaszkodzić zbiorowym interesom konsumentów w co najmniej dwóch państwach członkowskich zamieszkałych łącznie przez co najmniej dwie trzecie ludności Unii.

<sup>64</sup> W tym między innymi Alpro Soya Milk, HiPP Pumpkin, HiPP Apple Pear, Nescafé 3 in 1, and Becel/Flora Gold (zob. Ulberth, 2021, s. 6).

producent powinien w widocznym miejscu na przodzie opakowania zamieścić informację o tym dodatkowym składniku i o właściwościach, na które ma on wpływ.

Dostarczanie konsumentom właściwych informacji, poprzez etykietowanie, jest podstawą unijnej polityki ochrony konsumentów. W istocie rozwiązanie mające na celu poinformowanie konsumentów o istniejących różnicach w sposób alternatywny do zamieszczenia stosownych informacji na przedniej etykiecie przedstawia się problematycznie. Przykładowo przedsiębiorca mógłby zastosować w tym celu kampanię informacyjną. Na obecnym etapie brakuje jednak wypracowanego w orzecznictwie lub praktyce standardu, jaki powinna spełniać taka kampania informacyjna, aby można ją było uznać za wystarczającą i skuteczną. Wytyczne Komisji w tym zakresie sugerują jedynie, że przekazanie informacji może odbyć się za pośrednictwem dowolnych publicznych środków przekazu<sup>65</sup>. Teoretycznie zatem przedsiębiorcy mogą wpleść stosowne informacje w ramach prowadzonych już kampanii reklamowych, np. reklamy internetowej, telewizyjnej czy na billboardach. Kampania powinna informować, że produkt różni się i ma inne właściwości na danym obszarze w ramach wspólnego rynku. Poinformowanym powinien być ogół konsumentów. W praktyce jednak trudno jest przewidzieć czy taki sposób przekazania informacji okaże się rzeczywiście skuteczny. Kampania może zasadniczo nie dotrzeć do wszystkich konsumentów. Co więcej, kampania informacyjna, która nie idzie w parze ze różnicowaniem opakowania, może być myląca. Nawet jeśli konsument zostanie w jakiś sposób poinformowany o odmiennościach w składzie ze względu na uzasadnione czynniki, to wciąż może on być zdezorientowany, gdy sięgając po produkt podczas zakupów, nie będzie w stanie zidentyfikować istotnych informacji na opakowaniu. Nie jest również przesądzone jak długo przedsiębiorca powinien prowadzić działania na rzecz informowania konsumentów o istniejących różnicach. Właściwie dla realizacji celu przepisu przekazywanie stosownych informacji powinno mieć charakter ciągły lub długotrwały. Choć zatem katalog środków za pomocą, których producent może podjąć działania na rzecz poinformowania konsumentów o zróżnicowaniu produktów pozostaje otwarty, to wydaje się, że na chwilę obecną najskuteczniejszym sposobem pozostaje umieszczenie stosownej wyraźnej informacji na przedniej stronie opakowania.

## VIII. Podsumowanie

Problem jakości produktów ma charakter złożony. Uważa się, że na jakość produktu składają się dwa wymiary: obiektywny (mierzalne fizyko-chemiczne cechy produktu) oraz subiektywny (kształtowany przez oczekiwania i postrzeganie konsumentów) (EC, 2018, s. 6). Im lepsze dopasowanie oczekiwań konsumentów (oczekiwana jakość) do ich doświadczeń podczas używania produktu, tym wyższy poziom satysfakcji klientów. Jakość żywności jest wskazywana przez konsumentów jako najistotniejszy czynnik decydujący o zakupie żywności (EC, 2018, s. 7). Badania jednak wskazują także, że konsumenci często nie czytają etykiet, nie są w stanie wyciągnąć prawidłowych wniosków, na temat tego jak zdrowy jest dany produkt spożywczy, na podstawie informacji na etykiecie i czasami kupują rzeczy z przyzwyczajenia, kierując się np. marką (Šajin, 2017, s. 6). Z powyższych względów uregulowanie ochrony konsumentów przed wprowadzaniem

<sup>65</sup> Wytyczne Komisji, s. 6.

ich w błąd w zakresie składu czy właściwości produktów wyglądających identycznie lub bardzo podobnie należy ocenić jako pożądane i pozytywne.

Jak wskazano w artykule, stojący u podstaw działań legislacyjnych na rzecz zaadresowania problemu podwójnej jakości zarzut, że producenci dyskryminują konsumentów z krajów Europy Środkowej i Wschodniej nie został ostatecznie potwierdzony w przeprowadzonych badaniach. Egzekwowania problemu podwójnej jakości nie należy zatem postrzegać jedynie jako narzędzia ochronnego dla konsumentów z krajów „nowej” Unii, ale raczej jako ogólną gwarancję dla wszystkich obywateli UE.

Jak wynika z analizy przedstawionej w artykule, samych różnic w składzie nie można też automatycznie utożsamiać z lepszą lub gorszą jakością produktu. W rezultacie nowe regulacje mają na celu ochronę konsumentów nie tyle przed inną (lepszą lub gorszą) jakością produktów, ile przed oferowaniem produktów różniących się pod względem składu czy właściwości a przedstawianych jako identyczne.

Producenci mają prawo oferować towary o różnym składzie i właściwościach w poszczególnych częściach jednolitego rynku, jednak nie mogą tego robić w sposób wprowadzający konsumentów w błąd. Konsumentom muszą otrzymywać jasne i pełne informacje o różnicach produktów przeznaczonych na różne rynki.

Powstaje pytanie, w jakim stopniu nowa regulacja przyczyni się do wzmocnienia ochrony konsumentów w sytuacji, kiedy przed jej uchwaleniem także obowiązywały przepisy zakazujące nieuczciwych praktyk przedsiębiorców wprowadzających konsumentów w błąd. Największe wątpliwości pojawiają się na tle nieostrego pojęcia „istotnej różnicy” w składzie lub właściwościach, której występowanie będzie niezbędne dla stwierdzenia niedozwolonej praktyki. Nie bez znaczenia w tym zakresie pozostają wyniki badań, w szczególności nadzorowanych przez Wspólne Centrum Badawcze KE, dostarczające wskazówek w zakresie metodologii badań produktów i rozumienia istotnej różnicy. Jednak, jak można zakładać, dopiero praktyka orzecznicza organów krajowych będzie mogła dostarczyć bardziej konkretnych wskazówek w tym zakresie.

Z pewnością samo już nagłośnienie problemu podwójnej jakości i liczne debaty na forum zarówno europejskim, jak i krajowym przyczyniły się do zwrócenia uwagi organów zajmujących się ochroną praw konsumentów na skalę problemu. Ponadto, przeprowadzone w toku prac nad nowymi przepisami badania produktów skłoniły już część producentów do zmiany ich praktyk i np. ujednoczenia receptur sprzedawanych produktów. Należy również zakładać, że wyraźne uregulowanie nieuczciwej praktyki w zakresie podwójnej jakości prowadzić będzie do ułatwienia konsumentom dochodzenia ich praw, a odpowiednim organom wszczynania i prowadzenia postępowań. Ostatecznie skuteczność nowych regulacji w zwiększeniu ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami przedsiębiorców będzie mogła zostać oceniona dopiero po wprowadzeniu odpowiednich przepisów do porządków krajowych i wszczęciu pierwszych postępowań na ich podstawie. To na organach krajowych ma bowiem spoczywać obowiązek całościowej oceny danego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w tym kwestii odpowiedniego poinformowania konsumentów o występujących różnicach czy istnienia obiektywnego uzasadnienia występowania różnic.

## Bibliografia

- Adamiec, D. (2019, 24 stycznia). Podwójne standardy jakości produktów w UE. *Biuro Analiz Sejmowych*, 1(254). Pozyskano z: [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA65B5A8D7F167DC125838A0042DBEE/\\$file/Infos\\_254.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA65B5A8D7F167DC125838A0042DBEE/$file/Infos_254.pdf) (11.08.2021).
- BEUC. (2018, 15 maja). Dual product quality across Europe: state-of play and the way forward. Providing all of Europe's consumers with products of the fair quality they expect., Pozyskano z: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-031\\_beuc\\_position\\_paper\\_on\\_dual\\_quality.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-031_beuc_position_paper_on_dual_quality.pdf) (30.08.2021).
- BEUC. (2018a, 20 września). Proposal for a better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules – „Omnibus directive”. The BEUC view. Brussels: The European Consumer Organization. Pozyskano z: [-x-2018-081\\_omnibus\\_directive.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-081_omnibus_directive.pdf).
- Boffey, D. (2017, 25 sierpnia). HiPP to relaunch Croatian baby food item amid row over inferior products. *The Guardian*. Pozyskano z: <https://www.theguardian.com/inequality/2017/sep/25/hipp-to-relaunch-croatian-baby-food-item-amid-row-over-inferior-products> (16.08.2021).
- Cedro, M. i Otto, P. (2019, 15 kwietnia). Skazani na gorszy towar. Co dalej z podwójną jakością produktów?, *Dziennik Gazeta Prawna*. Pozyskano z <https://serwisy.gazetaprawna.pl/poradnik-konsumenta/artykuly/1408134,podwojna-jakosc-porduktow-w-ue.html> (11.08.2021).
- EC. (2018, 25 kwietnia). *Framework for selecting and testing of food products to assess quality related characteristics: EU harmonised testing methodology. Developed in close collaboration with Experts from Member States' Competent Authorities and Stakeholders of the Food Chain*. Brussels: European Commission. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/eu\\_harmonised\\_testing\\_methodology\\_-\\_framework\\_for\\_selecting\\_and\\_testing\\_of\\_food\\_products\\_to\\_assess\\_quality\\_related\\_characteristics.pdf](https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/eu_harmonised_testing_methodology_-_framework_for_selecting_and_testing_of_food_products_to_assess_quality_related_characteristics.pdf) (30.08.2021 r.).
- Eurobarometer. (2020). *Making our food fit for the future – new trends and challenges*. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2241> (30.08.2021).
- Juncker, J.-C. (2017, 13 października). *Przewodniczący Jean-Claude Juncker Orędzie o stanie Unii 2017*. Komunikat prasowy. Bruksela: Komisja Europejska. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/SPEECH\\_17\\_3165](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/SPEECH_17_3165) (12.08.2021).
- Kancelaria Prezesa Rady Ministrów (2017, 13 października). *Beata Szydło w Bratysławie: Niedopuszczalne jest dyskryminowanie konsumentów zależnie od kraju ich pochodzenia*. Komunikat prasowy. Pozyskano z: <https://archiwum.premier.gov.pl/wydarzenia/aktualnosci/beata-szydlo-w-bratyslawie-niedopuszczalne-jest-dyskryminowanie-konsumentow.html> (12.08.2021).
- Kantar Public. (2017, grudzień). *Opinie i doświadczenia polskich konsumentów w zakresie występowania podwójnej jakości produktów. Raport Kantar Public dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pozyskano z: [https://www.uokik.gov.pl/ochrona\\_konsumentow3.php](https://www.uokik.gov.pl/ochrona_konsumentow3.php) (12.08.2021).
- KE. (2019, 24 czerwca). *Podwójna jakość żywności: Komisja publikuje badanie oceniające różnice w składzie unijnych produktów spożywczych*. Komunikat prasowy. Bruksela: Komisja Europejska. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip\\_19\\_3332](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_19_3332) (12.08.2021).
- KE. (2019a, 24 czerwca). *Podwójna jakość żywności: Pytania i odpowiedzi*. Komunikat prasowy. Bruksela: Komisja Europejska. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/QANDA\\_19\\_3333](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/QANDA_19_3333) (12.08.2021).

- News Desk. (2017, 28 lipca). *Bahlsen changes Eastern Europe biscuits in response to pressure*. FOODBEV Media. Pozyskano z: <https://www.foodbev.com/news/bahlsen-changes-eastern-europe-biscuits-response-pressure/> (16.08.2021).
- Ostaszewski, J. (2019, 8 maja). Dwutlenek tytanu (E171) zakazany we Francji od 2020 roku. Foodfakty portal. Pozyskano z: <https://www.foodfakty.pl/dwutlenek-tytanu-e171-zakazany-we-francji-od-2020-roku> (17.08.2021).
- PAP. (2017, 14 października). Premierzy V4 przeciwko dyskryminacji konsumentów przez zachodnie koncerny. Sejm RP. Komunikat prasowy. Pozyskano z: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/komunikat.xsp?documentId=F6E6D27A8AA2D6BCC12581BE0036B3DE> (12.08.2021).
- Ptak-Iglewska, A. (2019, 17 kwietnia). Podwójna jakość produktów nie zniknie całkiem z rynku, Rzeczpospolita. *Rzeczpospolita*. Pozyskano z: <https://www.rp.pl/Handel/304179887-Podwojna-jakosc-produktow-nie-zniknie-calkiem-z-rynku.html> (10.08.2021).
- Šajin, N. (2017). *Dual quality of branded food products. Addressing a possible east-west divide*. Parlament Europejski. Pozyskano z: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS\\_BRI\(2017\)607265\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS_BRI(2017)607265_EN.pdf).
- Ulberth, F. (2019). *Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of food products*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/27120>. Pozyskano z: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117088> (30.08.2021).
- Ulberth, F. (2019a). *Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of food product. Annex – Dashboards of products*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/776406>. Pozyskano z: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117088> (30.08.2021).
- Ulberth, F. (2021). *Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of branded food products. Part 2 – Sensory testing*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://doi.org/10.2760/43870>, 2021. Pozyskano z: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC124491> (30.08.2021).
- UOKiK. (2017). *Porównanie jakości artykułów żywnościowych oferowanych na rynku polskim z ich odpowiednikami na rynku niemieckim*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pozyskano z: <https://docplayer.pl/109793323-Porownanie-jakosci-artykulow-zywnosciowych-oferowanych-na-rynku-polskim-z-ich-odpowiednikami-na-rynku-niemieckim-iv-kwartal-2017-r.html> (30.08.2021).
- UOKiK. (2018, 9 października). *Dobre, bo niemieckie? Wyniki testów UOKiK*. Komunikat prasowy. Warszawa: UOKiK. Pozyskano z: [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=14842](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14842) (12.08.2021).
- UOKiK. (2018a). *Porównanie jakości artykułów żywnościowych wyprodukowanych z przeznaczeniem na rynek Polski i Europy Zachodniej*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pozyskano z: [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=14842](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14842) (30.08.2021).

## Handel społecznościowy jako alternatywna forma inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Inwestowanie w ujęciu definicyjnym
- III. Inwestor indywidualny (nieprofesjonalny) a konsument
- IV. Handel społecznościowy jako model inwestycyjny
- V. Brokerzy i platformy umożliwiające handel społecznościowy
- VI. Szanse i zagrożenia dla początkujących inwestorów
- VII. Podsumowanie

### Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie koncepcji handlu społecznościowego jako alternatywnej formy inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów. Praca wykorzystuje metodę analizy i krytyki piśmiennictwa oraz metodę badań dokumentów i wnioskowanie. Przeprowadzone analizy wskazują, że handel społecznościowy jest atrakcyjną alternatywą dla tradycyjnego inwestowania lub funduszy inwestycyjnych. Jest dobrym sposobem budowania relacji między inwestorami, poznania ich punktów widzenia, omówienia technik. Nie jest to jednak rozwiązanie pozbawione wad. Koncept ten, który zakłada kopiowanie lub powielanie strategii innych graczy, bez względu na to, jak bardzo doświadczony jest podmiot, nie gwarantuje zysku.

**Słowa kluczowe:** handel społecznościowy; inwestor; konsument; tłum.

**JEL:** E2, G10, G18, G23

*Jedną z najważniejszych reguł,  
jakich należy się nauczyć w inwestowaniu,  
jest to, żeby nie robić nic,  
ale to absolutnie nic, chyba że jest coś do zrobienia.  
[James B. Rogers, Jr. (Jim Rogers) „The man in the bow tie”]*

## I. Wprowadzenie

W ciągu ostatnich lat można zaobserwować rozwój zjawiska współdzielenia. Na wzrost jego popularności ma wpływ wiele czynników: postęp technologiczny w sektorze ICT, wzrost znaczenia sektora usług, spadek zaufania społeczeństwa do instytucji państwa, kryzys dotcomów w 2001 roku,

\* Adiunkt w Zakładzie Ogólnej Teorii Ekonomii w Instytucie Nauk Ekonomicznych na Uniwersytecie Wrocławskim; sekretarz redakcji czasopisma naukowego Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne; wykładowca na Uniwersytecie Dzieci; e-mail: justyna.ziobrowska@uwr.edu.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9572-1438>.

globalny kryzys finansowy 2007–2009, pandemia COVID-19 (w odniesieniu do niektórych podmiotów) oraz szeroko rozumiane zmiany społeczno-kulturowe. Współdzielenie definiowane jest jako czynność polegająca na udostępnianiu posiadanych zasobów innym, a także na przyjmowaniu zasobów niebędących naszą własnością. Jeżeli ktoś współdzieli zasoby – oznacza to, że udostępnia je innym podmiotom. Takie praktyki obserwowane są głównie w branży turystycznej, transportowej, modowej, gastronomicznej, ale coraz częściej wykorzystywane są również w branży finansowej, co otwiera nową erę rynków finansowych. Użytkownicy klasyfikowani jako odbiorcy wcielają się w rolę prosumentów, czyli konsumentów oraz producentów treści jednocześnie. Platformy społecznościowe pozwalają na sieciowanie osób wokół danej inicjatywy, tworząc nieformalne grupy skupione przy danej inwestycji. Jednym z przykładów wykorzystywania koncepcji współdzielenia umiejętności i doświadczeń w branży finansowej jest handel społecznościowy. Ten sposób inwestowania jest obecny na rynku Forex/CFD już kilkanaście lat i cały czas się rozwija. Celem artykułu jest przedstawienie koncepcji handlu społecznościowego jako alternatywnej formy inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów. Do celu badawczego sformułowana została hipoteza, zgodnie z którą handel społecznościowy jako forma alternatywnego inwestowania jest skutecznym sposobem budowania relacji między inwestorami oraz gromadzenia kapitału.

## II. Inwestowanie w ujęciu definicyjnym

W tradycyjnym ujęciu inwestycje określa się jako bieżące zaangażowanie zasobów podejmowane w celu późniejszego osiągnięcia zysków. F.K. Reilly i K.C. Brown definiują inwestycję jako zaangażowanie określonej kwoty pieniędzy na pewien okres, aby w przyszłości otrzymać jej zwrot, który zrekompensuje inwestorowi nie tylko czas, w którym pieniądze były zaangażowane, lecz także przewidywany współczynnik inflacji oraz ryzyko inwestycyjne (Reilly i Brown, 2001). Podobnie rozumie inwestycje K. Dziworska, która określa je jako celowo wydatkowane środki inwestora skierowane na powiększenie jego dochodów (Dziworska, 1993). Nieodłącznymi cechami każdej inwestycji są czas i ryzyko. Inwestycja jest zasobem, który nie podlega bieżącej konsumpcji. Polega na wyrzeczeniu się bieżącej konsumpcji dla przyszłych niepewnych korzyści. Kluczową kwestią do zdefiniowania przez każdego inwestora jest cel inwestycyjny. Może nim być m.in. chęć powiększenia kapitału, otrzymywania regularnej renty, ochrona majątku czy zabezpieczenie finansowe bliskich. Od przyjętego celu zależy dobór metody, horyzontu czasowego, polityki inwestycyjnej, a więc konkretnego funduszu lub programu inwestycyjnego. Każdy inwestor (szczególnie początkujący) powinien zapoznać się z celem, polityką inwestycyjną i profilem ryzyka/zysku funduszu, żeby wybrać właściwy dla siebie. Tradycyjne inwestowanie na rynkach finansowych działa tak, że inwestor samodzielnie podejmuje decyzje odnośnie do zakupu lub sprzedaży aktywów. Następnie za pośrednictwem brokera lub maklera przesyła zlecenia na rynek. Ponadto, regularnie monitoruje wyniki swojej strategii, ewentualnie dopasowując ją do zmieniających się warunków rynkowych. Stosowane są jednak fundusze inwestycyjne, gdzie inwestor powierza swoje środki w zarząd menedżerowi funduszu, a ten obraca nimi, otrzymując w zamian prowizję (GPWINFOSTREFA, 2021). Z uwagi na liczne zagrożenia, rynek kapitałowy jest szczególnie wymagający dla konsumentów, którzy na własne ryzyko dokonują obrotu instrumentami finansowymi (inwestorzy indywidualni). Do głównych zagrożeń zalicza się przede wszystkim asymetrię rozumienia informacji, zmienność uwarunkowań rynkowych, a także nieuczciwe praktyki rynkowe oraz upadłość biur maklerskich, w których utrzymują instrumenty finansowe lub środki pieniężne.

### III. Inwestor indywidualny (nieprofesjonalny) a konsument

Inwestor indywidualny to osoba fizyczna, która inwestuje środki w celu osiągnięcia zysku. Jest to osoba, która w przeciwieństwie do inwestora instytucjonalnego inwestuje własny kapitał. Większość z nich nie zajmuje się profesjonalnie rynkiem kapitałowym, nie poświęca zbyt dużo czasu na analizę koniunktury giełdowej, stąd tę grupę inwestorów określa się jako inwestorów nieprofesjonalnych (Daniluk, 2008). W świetle wykładni językowej art. 22<sup>1</sup> k.c.<sup>1</sup> inwestor indywidualny będący osobą fizyczną jest konsumentem, o ile nie prowadzi działalności gospodarczej lub zawodowej związanej bezpośrednio z inwestowaniem na rynkach finansowych<sup>2</sup>. Osoba fizyczna, która samodzielnie zarządza swoim majątkiem przez inwestowanie posiadanych środków (oszczędności) w instrumenty finansowe w celu niezwiązanym bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową jest konsumentem<sup>3</sup>. Bez znaczenia dla przyznania danej osobie statusu konsumenta ma cel podjętej czynności (np. osiągnięcie zysku, pomnożenie majątku, odniesienie korzyści podatkowych, konsumpcja na emeryturze, pozostawienie majątku spadkobiercom), jak też jej zasobność i skala inwestowanych środków, jak również jej kompetencje merytoryczne, doświadczenie i skala podejmowanego ryzyka inwestycyjnego. Jako inwestorów indywidualnych określa się zazwyczaj konsumentów z pokolenia „Y” (*millennials*), których wybory podejmowane są w głównej mierze z wykorzystaniem mediów społecznościowych. „Milenialsem” określa się osobę dobrze wykształconą, ceniącą jakość życia, która polega na opiniach osób bardziej doświadczonych i specjalizujących się w danej dziedzinie. Dla pokolenia „Y” ważne są relacje z innymi osobami, które nawiązują przy wykorzystaniu nowych technologii (Fazlagić, 2008). Za korzystaniem z opinii osób bardziej doświadczonych przemawia m.in. skomplikowany charakter rynku kapitałowego i systemowe zagrożenia z tym związane, złożoność relacji podmiotowych na tym rynku, innowacyjny charakter produktów finansowych, ich złożona struktura ekonomiczno-prawna, wysokie wartości praw majątkowych będących przedmiotem obrotu oraz ogólne znaczenie ochrony praw inwestorów dla integralności i prawidłowości działania mechanizmów rynku kapitałowego. Konsumenty są słabszymi uczestnikami rynku niż przedsiębiorcy (posiadają mniejszą wiedzę, są zależni od producentów, dostawców itp.). Na decyzje konsumenckie często wpływ mają procesy nieświadome, automatyczne, heurystyki. Konsumenty w swoich decyzjach kierują się często nieświadomymi, utajonymi postawami. Dzięki handlowi społecznościowemu konsument ma szansę stać się inwestorem. Budowana i gromadzona wiedza zbiorowa jest w stanie wspierać inwestycje pojedynczego użytkownika. Przenosi go na poziom niedostępny w przypadku indywidualnych decyzji, dostarczając przy tym płynności na rynek kapitałowy zwłaszcza w obszarze alternatywnego systemu obrotu. Inwestorzy budują wspólnotę współpracy, która stanowi podstawę gospodarki współdzielenia. Natomiast platformę handlu społecznościowego można określić jako rodzaj platformy współpracy<sup>4</sup>. Współdzielenie w przypadku handlu społecznościowego polega na udostępnianiu posiadanych strategii inwestycyjnych innym, a także na przyjmowaniu strategii niebędących naszą własnością za przyzwoleniem innych inwestorów.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740) (dalej: k.c.).

<sup>2</sup> Wyr. SN z dnia 18 lipca 2019 r. I CSK 587/17 Rozszerzająca wykładnię spraw o ochronę konsumentów. Uznanie inwestora giełdowego za konsumenta.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Gospodarka współdzielenia – oznacza modele biznesowe, w których działalność odbywa się dzięki pośrednictwu platform współpracy, tworzących ogólnie dostępny rynek czasowego korzystania z dóbr lub usług, często dostarczanych przez osoby prywatne.

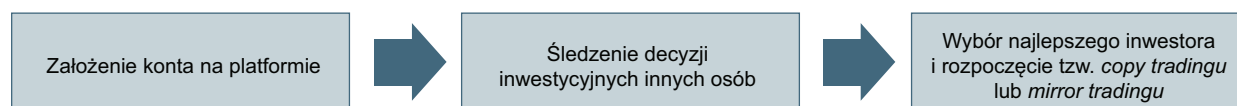


## IV. Handel społecznościowy jako model inwestycyjny

Model współpracy inwestora aktywnego (dostawcy sygnałów) z inwestorem pasywnym istnieje od dawna. Już w książce „Market Wizards” Jacka Schwagera można przeczytać o inwestorach, którzy w latach 80. zarządzali funduszami swoich znajomych. Pozyskane w ten sposób środki inwestowali na giełdzie w te same papiery wartościowe, co swoje własne środki. Zarabiali, otrzymując procent od wypracowanych zysków. Można powiedzieć, że byli oni prekursorami idei handlu społecznościowego (Schwager, 2013).

Handel społecznościowy wpisujący się w gospodarkę współdzielenia jest czymś pomiędzy tradycyjnym inwestowaniem na rynku finansowym a funduszami inwestycyjnymi. Jest to specyficzny model inwestycyjny, który wykorzystuje tzw. mądrość tłumu<sup>5</sup> do uzyskania lepszych wyników zarówno indywidualnych, jak i ogólnych. Platformy handlu społecznościowego łączą w sobie platformę transakcyjną z portalem społecznościowym. Prywatni inwestorzy za pomocą platformy dzielą się pomysłami handlowymi i strategiami inwestycyjnymi. Wchodzą w interakcje, obserwują wyniki handlowe profesjonalistów i przeprowadzają dyskusje na temat sytuacji rynkowych w czasie rzeczywistym (Trusted broker Reviews, b.d.). Można wyróżnić trzy kategorie handlu społecznościowego: *copy trading* (kopiowanie transakcji na podstawie tzw. sygnałów transakcyjnych), *mirror trading* (synchronizowanie rachunków inwestora i tradera<sup>6</sup> oraz automatyczne dokonywanie transakcji bazujących na formach handlu algorytmicznego) oraz *crowd trading* (inwestowanie zbiorowe z wykorzystaniem mediów społecznościowych w ramach grupy określonych specjalistów) (Pięta, 2018). Proces działania na platformie handlu społecznościowego z wykorzystaniem koncepcji *copy trading* i *mirror trading* przedstawiono na rysunku 1. Obecnie jest to bardzo przejrzysty proces pozbawiony wielu zobowiązań administracyjnych.

**Rysunek 1.** Proces działania na platformie handlu społecznościowego



Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy platform handlu społecznościowego omawianych w artykule.

Inwestorzy nieprofesjonalni zakładają konto na platformie, której operatorem bardzo często jest firma brokerska (operatorem i brokerem mogą być również różne instytucje<sup>7</sup>). Następnie uzyskują dostęp do informacji handlowych innych inwestorów, które obejmują m.in. historię wszystkich transakcji zawartych przez tradera – od momentu otwarcia rachunku na platformie inwestycyjnej, poprzez poziomy ryzyka, wyniki z podejmowanych decyzji inwestycyjnych, opis instrumentów finansowych, aż do chwili zamknięcia rachunku. Poza klasycznymi metodami analizowania danych i podejmowania decyzji (fundamentalną, techniczną) korzystają z metody nowoczesnej, opartej na śledzeniu portfela inwestycyjnego innych traderów (tzw. portfele bazujące na zasobach ludzkich – *people-based portfolios*). Za pomocą mediów społecznościowych niedoświadczeni inwestorzy

<sup>5</sup> Koncepcja mądrości tłumu przyjmuje decentralizację jako zjawisko dane i dobre, ponieważ wynika z niej, że jeśli każe się grupie interesownych i niezależnych ludzi pracować w zdecentralizowany sposób nad tym samym problemem, zamiast starać się odgórnie kierować ich wysiłkami, istnieje pewne prawdopodobieństwo, że zbiorowe rozwiązanie będzie lepsze niż każde inne, na które można by wpaść (Surowiecki, 2010, s. 107).

<sup>6</sup> Trader – osoba, która zawiera krótkoterminowe transakcje instrumentami finansowymi w celu osiągnięcia zysku w wyniku zmiany ich kursu.

<sup>7</sup> Na przykład AvaTrade i ZuluTrade.

porównują wyniki różnych graczy giełdowych, określają jaka strategia inwestycyjna jest odpowiednia do ich stylu zarządzania kapitałem inwestycyjnym oraz mogą dokonywać kupna lub sprzedaży określonych aktywów (Pięta, 2018).

Proces ten może odbywać się automatycznie poprzez łączenie kont (synchronizowanie rachunków inwestora i tradera). Wolumen pozycji na koncie obserwatora zostaje odpowiednio dostosowany do jego kapitału. Pozycja ta zostaje zamknięta w momencie, gdy inwestor aktywny zamknie ją na swoim rachunku (Glaser i Risius, 2016). Jednym z największych wyzwań dla użytkowników korzystających z usług handlu społecznościowego jest zatem podejmowanie odpowiednich decyzji o tym, kogo śledzić, ponieważ ich przyszły zysk zależy od decyzji podejmowanych przez inwestorów, których śledzą. Znalezienie doświadczonych inwestorów wykazujących wyjątkową i konsekwentną wydajność podejmowanych decyzji ma ogromne znaczenie (Lee i Ma, 2018).

## V. Brokerzy i platformy umożliwiające handel społecznościowy

Dzięki postępującej informatyzacji rynków finansowych zaczęły powstawać pierwsze platformy do handlu społecznościowego. Od kilkunastu lat inwestorzy mają do wyboru wiele różnych platform, z których oferty mogą korzystać. Dzięki dużej konkurencji mają dostęp do stosunkowo niskich prowizji i atrakcyjnych modeli rozliczeniowych. Wiele platform, które umożliwiają spotkania dostawcom i odbiorcom sygnałów wykorzystuje program MetaTrader 4 oraz MetaTrader 5, które mają wbudowane funkcjonalności śledzenia sygnałów i replikacji transakcji (GPWINFOSTREFA, 2021). W tabeli 1 przedstawiono listę najpopularniejszych i najwyżej ocenianych przez użytkowników brokerów, umożliwiających za pomocą platform współpracy kopiowanie strategii inwestycyjnych innych graczy giełdowych na zasadach *copy trading* i *mirror trading*.

**Tabela 1.** Najpopularniejsi brokerzy copytrading w 2021 roku

Firma	Data powstania	Typ brokera	Minimalny spread	Minimalny depozyt	Regulacje
eToro (Europe) Ltd.	2006	Market Maker; Fundusze ETF	1 pips	200 dolarów	FCA, CySEC, ASIC, notyfikacja KNF
AvaTrade	2006	Market Maker	0.90 pips	100 euro	ASIC, FSCA, B.V.I FSC i FSA
XM Group	2009	Market Maker	0.60 pips	5 euro	ASIC, CySEC i IFSC
FxPro	2006	NDD (bez interwencji dilerów)	0.60 pips	100 euro	FCA, CySEC, FSCA i DFSA
IC Markets	2007	ECN	0.10 pips	200 euro	CySEC i ASIC
BDSwiss	2012	Market Maker; Fundusze ETF	1.40 pips	100 euro	CySEC, FSC i FSA-Seszele

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych pochodzących z platform opisanych w tabeli.

Wszystkie wymienione firmy funkcjonują na rynku od kilkunastu lat oraz regulowane są przez odpowiednie instytucje, jak np. CySEC (*Cyprus Securities and Exchange Commission*), FCA (*Financial Conduct Authority*) czy ASIC (*Australian Securities & Investments Commission*).

W Polsce posiadają notyfikację KNF (Komisji Nadzoru Finansowego). Komisja Nadzoru Finansowego m.in. za pośrednictwem Innovation Hub wspiera rozwój nowoczesnych technologii na rynku finansowym przy zachowaniu bezpieczeństwa i odpowiedniej ochrony klientów. Powołany jest również zespół ds. rozwoju innowacji finansowych, który identyfikuje bariery rozwoju fin-tech<sup>8</sup> w Polsce oraz instrumentów mających na celu ich usunięcie (Waliszewski, 2020). Większość przedstawionych firm jest brokerem wykorzystującym model MM (Market Maker), co oznacza, że tworzą własny, wewnętrzny rynek transakcyjny, pobierając kursy z rynku międzybankowego i rozszerzając je o odpowiednie spready. Broker eTORO poza modelem MM udostępnia fundusze inwestycyjne ETF (*Exchange Traded Fund*). ExPRO działa w oparciu o model NDD, dając traderom większe poczucie kontroli i jednocześnie ogranicza prawdopodobieństwo występowania nieuczciwych zagrywek ze strony brokera. IC Markets korzysta z modelu ECN, którego charakterystyczną cechą jest to, że oferuje on najczęściej znacznie niższe spready. Przykładowo minimalna różnica między kursem sprzedaży oraz kursem kupna wynosi w IC Markets 0.10 pipsa, podczas gdy w BDSwiss – 1.40 pipsa. U każdego brokera 1 pip na danej parze walutowej jest warty tyle samo. Znaczenia dla wartości nie ma także rodzaj transakcji. Wiedząc ile wynoszą pipsy na danej parze walutowej, inwestor może określić potencjalny zysk lub stratę na otwartej transakcji. Tym sposobem, łatwiej jest podjąć mu decyzję co do zajęcia odpowiedniej pozycji. Najniższy minimalny depozyt oferuje XM Group – 5 euro, a najwyższy IC Markets – 200 euro i eToro – 200 dolarów<sup>9</sup>.

Najpopularniejszą firmą inwestycyjną specjalizującą się w handlu społecznościowym jest eToro, które legitymuje się licencjami wydanymi przez CySEC (Cypryjską Komisję ds. Papierów Wartościowych i Wymiany) oraz FCA (Urząd Nadzoru Finansowego Wielkiej Brytanii). W Polsce znajduje się pod nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego (KNF). Jest to jeden z nielicznych brokerów, który oferuje handel kryptowalutą bitcoin<sup>10</sup>. Do zalet brokera należą m.in.: dobre uregulowanie oraz wykorzystanie innowacyjnych narzędzi handlowych. Natomiast do wad można zaliczyć stosunkowo szerokie spready, przeznaczenie najlepszych ofert tylko dla użytkowników konta Premium (wysokie koszty jego założenia), zaawansowane wykresy na platformie (trudności w interpretacji przez początkujących inwestorów)<sup>11</sup>.

Kolejna firma AvaTrade licencjonowana jest przez organy kontroli podmiotów finansowych w Australii (ASIC), Japonii (FSA), RPA (FSB) oraz na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych (licencja międzynarodowa B.V.I). W Polsce znajduje się pod kontrolą Komisji Nadzoru Finansowego (KNF). Do mocnych stron brokera należą m.in.: dobre uregulowanie, niski depozyt minimalny, dużo zasobów edukacyjnych (odpowiednie dla początkujących inwestorów). Natomiast do wad zaliczyć można m.in.: *dealing desk*<sup>12</sup>, ograniczoną analizę rynku oraz fakt, że trzeba dokonać stosunkowo dużej inwestycji, zanim osiągnie się pełne korzyści<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Fin-tech to technologia związana ze światem finansów i produktów finansowych. Najczęściej z nazwą fintech związany jest konkretny sektor rynku, skupiający przedsiębiorstwa zajmujące się opracowywaniem i udostępnianiem narzędzi przydatnych w zarządzaniu finansami.

<sup>9</sup> Stan na: 30.08.2021.

<sup>10</sup> Przeznaczone szczególnie dla tych graczy, którzy szukają instrumentu inwestycyjnego o szybko zmieniającym się kursie.

<sup>11</sup> [www.etoro.com](http://www.etoro.com) (30.08.2021).

<sup>12</sup> Pojęcie *Dealing Desk* odnosi się tylko do procesu realizacji zleceń. Egzekucja zleceń w tym modelu zakłada możliwość interwencji brokera, który decyduje o tym czy zlecenie wyjdzie i znajdzie drugą stronę transakcji, czy zostanie ustalona nowa cena, którą klient będzie mógł zaakceptować bądź nie (pojęcie „rekwotowania” bądź „odrzucenia zlecenia”).

<sup>13</sup> [www.avatrade.pl](http://www.avatrade.pl) (31.08.2021).

XM Group to cypryjski broker, należący do zarejestrowanej na Cyprze spółki Trading Point of Financial Instruments Ltd. Jest to broker podlegający odpowiedniemu nadzorowi, cechujący się szerokim wachlarzem aktywów, niską wpłatą minimalną oraz niskimi spreadami sięgającymi zera. Do wad zaliczyć można: *dealing desk*, ograniczony wybór platform<sup>14</sup>.

Kolejna firma FxPro oferuje dwie platformy do dokonywania transakcji – MT4 i cTrader. Licencjonowana jest przez wiele instytucji, oferuje oddzielne konta i atrakcyjne spready, łącząc dobre zarobki z bezpieczeństwem. Jest odpowiednio uregulowana, oferuje minimalną wpłatę w wysokości 100 euro, zabezpiecza przed balansem ujemnym. Posiada natomiast ograniczoną liczbę materiałów edukacyjnych<sup>15</sup>.

Największym i najwyżej ocenianym przez użytkowników brokerem ECN jest IC Markets regulowany przez ASIC. Oferuje platformy MetaTrader4, MetaTrader5 i cTrader. IC Markets jest wysoce rekomendowany zarówno nowym, jak i doświadczonym inwestorom, którzy szukają szybkiej realizacji i niższych spreadów. Początkujący inwestorzy uznają strukturę rachunku IC Markets za przyjazną i łatwą do zrozumienia, a wśród wad wskazują m.in. wysoki depozyt minimalny oraz ograniczoną analizę rynku<sup>16</sup>.

BDSwiss jest doświadczonym brokerem opcji binarnych i forex, który został uruchomiony w 2012 roku i jest jednym z niewielu brokerów, którzy oferują obie usługi. BDSwiss zrzesza ponad 500 000 klientów z różnych krajów na całym świecie. Jest w pełni regulowany i autoryzowany przez Cypryjską Komisję Papierów Wartościowych i Giełd (CySEC). Nie przyjmuje klientów z Kanady i Stanów Zjednoczonych. Do głównych wad należą kosztowne prowizje przy wypłatach<sup>17</sup>.

Każdy z omówionych brokerów ma mocne i słabe strony. W celu sprawdzenia, który z nich jest odpowiedni dla danej osoby warto korzystać z forum dyskusyjnego platformy. Przypomina ono tablicę na Facebooku, na której możliwa jest wymiana informacji, uzyskiwanie i udzielanie porad, dyskusowanie strategii i sytuacji na rynku itd. Udział w forum może być wyjątkowo pomocny dla niedoświadczonych graczy giełdowych.

## VI. Szanse i zagrożenia dla początkujących inwestorów

Handel społecznościowy można określić jako rewolucję w stosunku do konserwatywnych strategii inwestycyjnych. Jak każdy przewrót kryje w sobie zarówno zalety, jak i wady, które przedstawiono w tabeli 2, a omówiono w dalszej części artykułu.

Dla wielu inwestorów handel społecznościowy może stanowić atrakcyjną alternatywę dla tradycyjnego inwestowania lub funduszy inwestycyjnych. Jedną z głównych zalet handlu społecznościowego jest dostęp do wiarygodnych informacji handlowych i związana z tym wygoda inwestowania. Początkujący inwestorzy nie muszą samodzielnie analizować rynku, dzięki czemu oszczędzają dużo czasu. Ich analiza ogranicza się do wyboru dostawcy sygnałów, z którego usług będą korzystać, odpowiedniej konfiguracji portfela inwestycyjnego oraz okresowego monitorowania rentowności replikowanych strategii i wyników inwestycyjnych. Istnieją różne opcje do wyboru. Do podstawowych należą: przedsiębiorcy kraju, rynki, zysk, i czas zysku. Można również wybrać

<sup>14</sup> [www.xm.com](http://www.xm.com) (31.08.2021).

<sup>15</sup> [www.fxpro.pl](http://www.fxpro.pl) (31.08.2021).

<sup>16</sup> [www.icmarkets.com](http://www.icmarkets.com) (31.08.2021).

<sup>17</sup> [www.bdswiss.com](http://www.bdswiss.com) (31.08.2021).

wyszukiwanie zaawansowane, w którym pojawia się więcej kryteriów. Na profilu przedsiębiorcy można zobaczyć rzeczywiste statystyki portfela i strategii inwestycyjnej. Na większości platform statystyki wyświetlane są bardzo przejrzyste i każdy inwestor może ocenić ryzyko i strategię handlową. Inwestorzy mają duży wybór strategii inwestycyjnych, które będą replikować. Stopień ich zróżnicowania wykracza znacznie ponad to, co oferuje silnie regulowany rynek funduszy inwestycyjnych (Rak, 2017). Fundusze inwestycyjne bardzo rzadko posługują się krótką sprzedażą lub inwestują w papiery wartościowe z wykorzystaniem dźwigni finansowej, podczas gdy w przypadku dostawców sygnałów nie ma restrykcyjnych regulacji ograniczających spektrum dostępnych narzędzi i instrumentów inwestycyjnych. Dzięki temu istnieje większy wachlarz dostępnych opcji – szczególnie dla inwestorów, którzy są skłonni podejmować wysokie ryzyko. Początkujący inwestorzy uczą się i zarabiają jednocześnie. Platformy handlu społecznościowego tworzą społeczność inwestorów, dzięki której mogą wchodzić w interakcje z innymi inwestorami, dzielić się informacjami oraz współpracować przy różnych przedsięwzięciach. Tworzona przez inwestorów sieć współpracy umożliwi osiągnięcie tego, co byłoby niemożliwe w pojedynkę. Trading społeczny, którego fundamentem jest otwarta księga transakcji, stanowi przykład bezgranicznego otwarcia się na inwestora, co wymaga budowy zaufania.

**Tabela 2.** Główne zalety i wady handlu społecznościowego

Zalety	Wady
Dostęp do wiarygodnych informacji handlowych	Brak samodzielnego myślenia
Zarabianie na inwestowaniu, bez doświadczenia i wiedzy na temat rynków finansowych	Niepewny zysk, ryzyko straty
Uczenie się i zarabianie jednocześnie	Psychiczny dyskomfort
Budowanie społeczności inwestorów-konsumentów	Wiele niewiadomych inwestycji
Budowa zaufania oparta na społeczno-cyfrowej kontroli (model otwartej społeczności)	Nieprawidłowy przekaz informacji lub zniekształcony obraz rzeczywistości rynkowej, który może doprowadzić do destabilizacji rynkowej i tym samym do utraty zaufania przez uczestników rynku
Prosty system rozliczeniowy	Dodatkowe koszty

Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy literatury przedmiotu.

Bardzo ważną zaletą handlu społecznościowego jest również to, że większość platform cechuje bardzo prosty system rozliczeniowy. Rachunek otwierany jest za darmo. Zazwyczaj dokonuje się stałej opłaty okresowej (np. miesięczny abonament) za dostęp do sygnałów wybranego dostawcy. Czasami konieczne jest korzystanie z usług konkretnego brokera, którego infrastruktura informacyjna umożliwia skuteczną i szybką replikację transakcji. W takiej sytuacji do kosztów można również doliczyć prowizje i opłaty związane z inwestowaniem u danego brokera, o ile oczywiście przekraczają one rynkowe standardy. Wyплаты wiążą się z niską opłatą w wysokości 5 dolarów (eToro) i nie ma opłat za rozliczenie (Czerniawski, b.d.).

Pomimo rosnącej popularności, handel społecznościowy ma również wady, które każdy początkujący inwestor powinien rozważyć, zanim zdecyduje się z niego korzystać. Pierwszą z nich jest brak samodzielnego myślenia przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych. Platformy

do inwestowania społecznościowego oferują funkcję, która pozwala na automatyczne kopiowanie decyzji wybranego przez nas inwestora. Jest to tzw. *copy trading* i *mirror trading*. Bez samodzielnych analiz trudno jest zrozumieć bieżącą sytuację rynkową i czuć się komfortowo w przypadku znacznych wahań wartości portfela. Zazwyczaj dostawcy sygnałów, oględnie opisują logikę swoich strategii, gdyż stanowi ona ich przewagę konkurencyjną. Początkujący inwestor świadomie przekazuje decyzyjność dostawcy w zakresie tego, jakie aktywa będą w jego portfelu. Osoby, które nie są odpowiednio przeszkolone (nie mają dostępu do materiałów edukacyjnych) przy pierwszym kontakcie z rynkiem mogą poczuć się zbyt pewnie i komfortowo, pozostawiając swoje operacje w rękach profesjonalistów. Prowadzi to do niższego postrzegania ryzyka, co jest bardzo niebezpieczne przy podejmowaniu decyzji o zainwestowaniu kapitału. Zawsze istnieje ryzyko, że skopiowane zostaną inwestycje osoby, która dopiero uczy się giełdy lub w najbliższym czasie zanotuje stratę (Serwis Finansowy, 2018). Można odnaleźć w tym obszarze podobieństwo do tzw. robodoradztwa (systemy informacyjne, wspomagające, samodzielne), gdzie także kopiowanie działań rynkowych innych osób, które mogą mieć inne istotne cechy (np. skłonność do ryzyka), może rodzić problemy. Do zasadniczych wad należy brak kontaktu z tradycyjnym doradcą oraz brak uwzględnienia całokształtu sytuacji ekonomiczno-finansowej klienta, a jedynie jej części, które opiera się na wypełnionej przez klienta ankiecie, która może nie zawierać wszystkich istotnych danych (Waliszewski, 2020).

Początkujący inwestorzy odczuwają psychiczny dyskomfort wynikający ze zdania się na decyzje nieznanym im dostawców. Nieprawidłowy przekaz informacji lub zniekształcony obraz rzeczywistości rynkowej może doprowadzić do destabilizacji rynkowej i tym samym do utraty zaufania przez uczestników rynku. Bardzo często po krótkim okresie gorszych wyników inwestorzy rezygnują z usług dostawcy. Krytycy handlu społecznościowego jako wadę wskazują dodatkowe opłaty. Opłaty ponoszone w trybie abonamentowym są często nieproporcjonalne do początkowego kapitału przeznaczonego do zainwestowania (głównie w odniesieniu do kont premium) (GPWINFOSTREFA, 2021).

Na koniec warto zauważyć, że wszystkie firmy zajmujące się nowoczesnym opracowywaniem i udostępnianiem narzędzi przydatnych w zarządzaniu finansami muszą mierzyć się z rosnącą presją na poddanie ich regulacjom sektora finansowego. Celem tych działań jest kreowanie równych reguł gry dla wszystkich podmiotów świadczących podobne usługi, ponoszących podobne ryzyko oraz zapobieganie arbitrażowi regulacyjnemu ze względu na różnice w regulacjach tradycyjnego sektora usług finansowych i sektora fin-tech (Szpringer, 2017). Arbitraż regulacyjny dotyczy strukturyzacji działań w celu wykorzystania luk lub różnic w prawie. Przykładem mogą być platformy zmieniające warunki świadczenia usług, aby nie narażać się na zarzuty łamania europejskiej regulacji ochrony prywatności (Walzel, 2018). Przepisy zarówno krajowe, jak i UE, które regulują usługi doradztwa inwestycyjnego nie rozróżniają doradztwa „tradycyjnego” oraz doradztwa z wykorzystaniem rozwiązań technicznych. Są to regulacje „neutralne technicznie”. To firma inwestycyjna odpowiada za sposób świadczenia usługi i nie może zwolnić się od odpowiedzialności wobec klienta poprzez wskazanie, że wykorzystywała w procesie świadczenia usługi rozwiązania techniczne, których dostawcą jest inny podmiot (Waliszewski, 2020). Zgodnie z art. 81a ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, w tym z art. 81c ust. 2 ww. ustawy o odpowiedzialności firmy inwestycyjnej – odpowiedzialności za szkody wyrządzone klientom wskutek

niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (tj. umowy, na mocy której firma inwestycyjna powierzyła przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywanie czynności związanych z działalnością prowadzoną przez tę firmę inwestycyjną) przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego, nie można wyłączyć ani ograniczyć<sup>18</sup>.

## VII. Podsumowanie

Podsumowując, celem niniejszego artykułu było przedstawienie koncepcji handlu społecznościowego jako alternatywnej formy inwestowania dla nieprofesjonalnych inwestorów. Wnioski wynikające z niniejszego artykułu przedstawiają się w sposób następujący:

1. Handel społecznościowy jest atrakcyjną alternatywą dla tradycyjnego inwestowania lub funduszy inwestycyjnych.
2. Współdzielenie w handlu społecznościowym zapewnia szybki przepływ informacji i dostęp do ogromnej bazy wiedzy.
3. Handel społecznościowy jest dobrym sposobem budowania relacjami z innymi inwestorami, poznania ich punktów widzenia, omówienia technik.
4. Każdy inwestor, niezależnie od tego czy jest początkującym, czy profesjonalistą powinien zawsze pamiętać, że dotychczasowe wyniki nie gwarantują przyszłych zwrotów. Kopiowanie lub powielanie strategii innych graczy, bez względu na to, jak bardzo doświadczony jest podmiot, nie gwarantuje zysku w handlu społecznościowym.
5. Trading społeczny, którego fundamentem jest otwarta księga transakcji stanowi przykład bezgranicznego otwarcia się na inwestora, co wymaga budowy zaufania.
6. Inwestorzy powinni zachować szczególną ostrożność i zawsze mieć plan dostosowany do ich profilu kapitałowego i ryzyka, nawet jeżeli w przyszłości zastosują inne strategie.
7. Konsumenci inwestujący swoje środki za pośrednictwem handlu społecznościowego powinni być objęci możliwie szeroką ochroną skierowaną na zapewnienie im przede wszystkim stosownego dostępu do informacji oraz możliwość wystarczającego namysłu przed podjęciem decyzji odnośnie do inwestycji.

Nie ma podstaw do odrzucenia hipotezy badawczej przedstawionej we wstępie pracy. Handel społecznościowy jako forma alternatywnego inwestowania jest skutecznym sposobem budowania relacji między inwestorami oraz gromadzenia kapitału. Nie jest to jednak rozwiązanie pozbawione wad. Kopiowanie lub powielanie strategii innych graczy nie gwarantuje zysku i może działać procyklicznie.

## Bibliografia

- Czerniawski, K. (b.d.). *Social Trading, czyli Handel społecznościowy: Na czym polega?* MonitorFX. Pozyskano z: [www.monitorfx.pl](http://www.monitorfx.pl) (26.08.2021).
- Daniluk, M. (2008). Inwestorzy i inwestowanie na rynku kapitałowym. *Rocznik naukowy Wydziału Zarządzania w Ciechanowie „Ekonomia i Finanse”*, (1–2).
- Dziworska, K. (1993). *Inwestycje przedsiębiorstw*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Fazlagić, J.A. (2008). Charakterystyka pokolenia Y. *E-mentor*, 3(25).

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U.2021.0.328).

- Glaser, F. i Risius, M. (2016). Effects of transparency: analyzing social biases on trader performance in social trading. *Journal of Information Technology*, 33(1), 19–30. <https://doi.org/10.1057/s41265-016-0028-0>.
- GPWINFOSTREFA (2021, 21 kwietnia). *Czym jest Social Trading (Handel Społecznościowy)?* Pozyskano z: [www.gpwinfostrefa.pl](http://www.gpwinfostrefa.pl) (26.08.2021).
- Lee, W. i Ma, Q. (2018). Discovering Expert Traders on Social Trading Services. *Journal of Advanced Computational Intelligence and Intelligent Informatics*, 22(2). <https://doi.org/10.20965/jaciii.2018.p0224>.
- Pięta, A. (2018). Budowa zaufania inwestorów i wzmocnienie przejrzystości w ramach europejskiej unii rynków kapitałowych na podstawie social trading. W: T. Czerwińska, A.Z. Nowak (red.), *Rynek kapitałowy – regulacje i fundamenty*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. <https://doi.org/10.7172/978-83-65402-75-2.2018.wwz.4>.
- Rak, A. (2017). *Social trading – zalety i wady handlu społecznościowego*. Pozyskano z: <https://comparic.pl/social-trading-zalety-wady-handlu-spolesnoscowego/> (22.08.2021).
- Reilly, F. i Brown, K. (2001). *Analiza inwestycji i zarządzanie portfelem* (t. 1). Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Schwager, J. (2013). *Market Wizards. Interviews with Top Traders*. John Wiley & Sons.
- Serwis Finansowy. (2018). *Handel społecznościowy*. SerwisFinansowy.pl. Pozyskano z: [www.serwisfinansowy.pl](http://www.serwisfinansowy.pl) (25.08.2021).
- Surowiecki, J. (2010). *Mądrość tłumu. Większość ma rację w ekonomii, biznesie i polityce*. One Press.
- Szpringer, W. (2017). *Nowe technologie a sektor finansowy. Fintech jako szansa i zagrożenie*. Warszawa: Poltext.
- Trusted Broker Reviews. (b.d.). *Co to jest social trading? – Poradnik i przegląd platformy*. Pozyskano z: [www.trusted-broker-reviews.com](http://www.trusted-broker-reviews.com) (26.08.2021).
- Waliszewski, K. (2020). Robo-doradztwo jako przykład fin-tech- problem regulacji i funkcjonowania. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 7. <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2020.7.2>.
- Walzel, D. (2018). *Does competition law offer a proper toolbox to tackle the power of internet giants and platforms?* Pozyskano z: <https://www.dotmagazine.online/issues/digital-infrastructure-and-transforming-markets/internet-governance-voices-of-philosophers/competition-law-and-platforms> (21.11.2021).
- [www.avatrade.pl](http://www.avatrade.pl) (31.08.2021).
- [www.bdswiss.com](http://www.bdswiss.com) (31.08.2021).
- [www.etoro.com](http://www.etoro.com) (30.08.2021).
- [www.fxpro.pl](http://www.fxpro.pl) (31.08.2021).
- [www.icmarkets.com](http://www.icmarkets.com) (31.08.2021).
- [www.xm.com](http://www.xm.com) (31.08.2021).



## Stosowanie smart kontraktów w obrocie konsumenckim – wybrane problemy<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Wstęp
  1. Pojęcie „smart kontraktu”
  2. Wykładnia umowy zawartej za pomocą smart kontraktu
  3. Wybrane zastosowania smart kontraktów w obrocie konsumenckim
- II. Możliwe problemy wynikające ze stosowania smart kontraktów w obrocie konsumenckim
  1. Etap przedkontraktowy – obowiązki informacyjne przedsiębiorcy
  2. Problemy na etapie zawierania umowy
    - 2.1. Zapis w łańcuchu bloków jako nośnik wzorca umownego
    - 2.2. Niedozwolone klauzule umowne
  3. Problemy po zawarciu umowy
    - 3.1. Prawo do odstąpienia od umowy
    - 3.2. Rękojmia za wady tokena
    - 3.3. Niemożliwość świadczenia
    - 3.4. Odpowiedzialność kontraktowa i bezpodstawne wzbogacenie
- III. Wnioski

### Streszczenie

Postępujący rozwój nowych technologii przyczynia się do coraz częstszego wykorzystania smart kontraktu w obrocie konsumenckim. Wynika to z jego specyficznych cech, które wpływają na dostępność i łatwość korzystania z tego rozwiązania prawnego, lecz mogą również prowadzić do niekorzystnych dla konsumenta skutków. W kontekście potencjalnych zagrożeń, które mogą spotkać konsumentów, szczególnie istotna jest niezmiennalność smart kontraktów. W niniejszym artykule przedstawiono dlaczego należy poświęcić uwagę konsumentom korzystającym z inteligentnych kontraktów. Artykuł koncentruje się na możliwych rozwiązaniach problemów towarzyszących konsumentom dokonującym czynności prawnych przy użyciu smart kontraktów na każdym etapie dokonywania transakcji, począwszy od etapu przedkontraktowego, przez zawarcie umowy, aż do jej wykonania.

\* Studentka III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: małgorzata.krzeminska@edu.uni.lodz.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1776-8596>.

\*\* Magister prawa; absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; Prawnik w Rossmann SDP sp. z o.o.; e-mail: maciej.rzeszutek@edu.uni.lodz.pl, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7272-7810>.

<sup>1</sup> Artykuł powstał jako jeden z efektów projektu TechLawClinics, współfinansowanego przez Erasmus+, w ramach “Kliniki Prawa Technologii Przyszłości” organizowanej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w roku akademickim 2020/2021. Autorzy tekstu dziękują za pomoc przy tworzeniu artykułu dr hab. Monice Namysłowskiej, prof. UŁ – koordynatorce projektu TechLawClinics oraz mgr Annie Urbanek – doktorantce w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego UŁ.

**Słowa kluczowe:** smart kontrakty; smart contracts; łańcuch bloków; blockchain; ochrona konsumenta; token.

**JEL:** K15, K24

## I. Wstęp

Wszechobecna automatyzacja oraz szybki rozwój sztucznej inteligencji obejmują swoim działaniem wszystkie sfery życia w coraz większym natężeniu i nie dotyczą już tylko branży informatycznej. Także w obrocie prawnym dynamiczny rozwój nowych technologii wpływa na pojawianie się nowoczesnych rozwiązań. Ich celem jest m.in. usprawnienie dokonywania czynności prawnych przez zawieranie umów w formie tzw. smart kontraktów (*smart contracts*). Stwarza to konieczność prowadzenia interdyscyplinarnego dialogu w celu zapewnienia jednoczesnego rozwoju nowych technologii oraz prawnej ochrony jego skutków.

O uzupełnianiu się prawa i nowych technologii najlepiej świadczy fakt, że to właśnie prawnik będący jednocześnie kryptografem, Nick Szabo, wprowadził ponad 20 lat temu termin „smart kontrakt”, pod którym kryją się postanowienia umowy zapisane za pomocą kodu informatycznego. Obecnie smart kontrakty stanowią jedną z najbardziej rozpowszechnionych form zastosowania nowych technologii w prawie (Hadrowicz, 2020) i nieustająco zyskują popularność nie tylko w obrocie profesjonalnym, lecz także konsumenckim. Zawieranie umów przy wykorzystaniu tej formy staje się dla konsumentów atrakcyjne ze względu na wyjątkową prostotę korzystania z łatwo dostępnych na stronach internetowych smart kontraktów, dzięki czemu daną transakcję można dokonać bez konieczności opuszczania domu. Dla niektórych konsumentów znaczenie ma pewność wykonania postanowień umowy, a także pominięcie często uciążliwych formalności (Szostek, 2018). Konsumentom brakuje jednak profesjonalnej wiedzy na temat danego sektora gospodarki i wiedzy programistycznej, jak działają smart kontrakty. Przez to ich pozycja jako stron umowy jest osłabiona.

Zawieranie oraz wykonywanie umów za pomocą smart kontraktów w obrocie konsumenckim powoduje szereg wyzwań dla przepisów regulujących ochronę interesów konsumentów. Nasuwa się wniosek, że skoro konsumenci są poddani szerszej ochronie prawnej, gdy zawierają umowy bez wykorzystania osiągnięć nowych technologii, tym bardziej niezbędne jest zwrócenie uwagi na konsumentów dokonujących czynności prawnych przy użyciu smart kontraktów.

### 1. Pojęcie „smart kontraktu”

Dla prawidłowego zrozumienia pozycji konsumenta zawierającego umowę za pomocą smart kontraktu bardzo ważna jest interpretacja samego pojęcia smart kontrakt. Większość definicji podkreśla techniczne aspekty smart kontraktów, nie zawsze odwołując się wprost do „umowy”, ponieważ bezpośrednio tłumaczenie tego pojęcia prowadzi do mylnych wniosków, że będziemy mieć do czynienia z umową w rozumieniu cywilnoprawnym (Szostek, 2018). Dodatkowo w doktrynie wskazuje się, że smart kontrakt wbrew dosłownemu tłumaczeniu nie jest do końca inteligentną

lub sprytną umową, skoro „wykonanie kodu następuje mechanicznie i bezrefleksyjnie” (Kowacz i Wielgus, 2021, s. 58)<sup>2</sup>.

Smart kontrakt można wytłumaczyć jako narzędzie technologiczne umożliwiające zawarcie umowy w formie skomplikowanego kodu programu komputerowego, zapewniające samowykonalność oraz autonomiczną naturę postanowień, przez którą należy rozumieć możliwość automatycznego nawiązania lub wykonania postanowień stosunku prawnego (Pecyna i Behan, 2020). Smart kontrakt stanowi transakcję cyfrową wykorzystującą zdecentralizowane mechanizmy kryptograficzne do egzekwowania postanowień umowy (Buchwald, 2020). W rzeczywistości smart kontrakt jest blokiem dopisywanym najczęściej w technologii blockchain<sup>3</sup>, sporządzanym w języku programowania. Każda kolejna transakcja stanowi dodatkowy blok dołączany do łańcucha, dzięki czemu smart kontrakt nie można usunąć oraz istnieje możliwość odczytania jego dokładnej treści. Z jednej strony takie rozwiązanie umożliwia uniknięcie dwuznaczności języka naturalnego, z drugiej zaś – nie pozwala na wprowadzenie przez strony pewnych klauzul generalnych odwołujących się do powszechnie przyjętego systemu wartości (Kowacz i Wielgus, 2021). Najczęściej informatycznej wersji takiej umowy towarzyszy egzemplarz elektroniczny sporządzony w języku naturalnym. Wynika to z braku powszechnej wiedzy programistycznej stron pozwalającej na odpowiednie dopisanie kodu, aby utworzyć nowy smart kontrakt.

Skomplikowany charakter działania smart kontraktów powoduje trudności w przełożeniu technicznych aspektów tego rozwiązania na język prawny. Jednak niektóre państwa, dostrzegając istotną rolę rozwijających się nowych technologii, w tym rosnącą popularność stosowania smart kontraktów w obrocie, wprowadziły regulacje prawne obejmujące swym zakresem smart kontrakty. Definicje legalne smart kontraktów można zaczerpnąć z coraz liczniejszych aktów prawnych. Przykładowo art. 5 44. rozdziału 26. Statutu Arizony stanowi, że „smart kontrakt to każdy program komputerowy wywołujący zdarzenie dotyczące danych w nim zawartych, działający w oparciu o rozproszoną, zdecentralizowaną, wspólną i replikowaną księgę, za pomocą którego klient może dokonać transferu aktywów w tej księdze”<sup>4</sup>. W akcie podkreślono również, że smart kontrakty występują w obrocie powszechnym i należy uznawać ich ważność oraz skuteczność, a nie podważają tego zawarte w nich inteligentne dyspozycje (Szostek, 2018).

Wśród państw członkowskich Unii Europejskiej legalne definicje smart kontraktów ustanowiły Włochy oraz Malta, przy czym w doktrynie za definicję najlepiej oddającą istotę smart kontraktów uchodzi regulacja maltańska (Hadrowicz, 2020). Zgodnie z maltańską ustawą o Wirtualnych Aktywach Finansowych (*Virtual Financial Assets*, VFA) smart kontrakt jest „formą układu technologicznego składająca się z: a) protokołu komputerowego lub b) umowy zawartej w całości lub w części w formie elektronicznej, która jest automatycznie wykonywana za pomocą kodu komputerowego, chociaż niektóre jej części mogą wymagać ingerencji i kontroli człowieka, i która jest możliwa do wyegzekwowania za pomocą zwykłych metod prawniczych lub za pomocą połączenia obu tych metod”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Podobne stanowisko wyraża D. Szostek (2018).

<sup>3</sup> Blockchain – należy do technologii rozproszonego rejestru; idea polega na tworzeniu łańcucha bloków, z których każdy kolejny zależy od poprzedniego, przez blok można rozumieć ustrukturyzowany zestaw danych (np. informacje o danej transakcji), a dopisanie każdego bloku zabezpieczone jest kodem kryptograficznym, co wpływa na niezmienną zapisanej przez program treści (Pacyna i Behan, 2020).

<sup>4</sup> Bill Text AZ (Arizona House Bill) HB2417 z 2017 r. Pozyskano z: <https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/id/1497439> (1.10.2021) (tłum. za Szostek, 2018, s. 119).

<sup>5</sup> Maltese Virtual Financial Assets Bill (VFA). Pozyskano z: <https://legislation.mt/eli/cap/590/eng/pdf> (12.10.2021) (tłum. za Szostek, 2018, s. 120).

Na podstawie powyższych rozważań na pierwszy plan wysuwa się często powtarzana „niezmienialność” i „samowykonalność” umów zawieranych z wykorzystaniem smart kontraktów. Z technologicznego punktu widzenia umowa „sama wykonuje się” po zaistnieniu odpowiednich warunków, np. zatwierdzeniu przez stronę umowy. Prowadzi to do zasadniczo nieodwracalnych skutków faktycznych<sup>6</sup>. Jednak smart kontrakt jest pewnym środkiem służącym zawarciu umowy, co nie wyklucza braku możliwości wzruszenia samej umowy zawartej w ten sposób i egzekwowania swoich praw (Szostek, 2018). Mimo postępującego rozwoju technologii, który pozwala na coraz prostsze zawieranie umów, nie należy smart kontraktów wyjmować spod porządku prawnego (szerzej: Szostek, 2018; Kowacz i Wielgus, 2021). Z tego powodu nasze rozważania skupiają się wokół ewentualnego dopasowania obowiązujących podstawowych pojęć i instrumentów prawa cywilnego w celu rozważenia sytuacji konsumentów w kontekście smart kontraktów.

## 2. Wykładnia umowy zawartej za pomocą smart kontraktu

Na gruncie kodeksu cywilnego<sup>7</sup> nie istnieją legalna definicja ani umowy, ani smart kontraktu czy regulacje odnoszące się do niego (Hadrowicz, 2020). Mianem umowy określa się świadome działanie zmierzające do wywołania skutku zwanego zawarciem umowy, polegającego „na zgodnych oświadczeniach woli co najmniej dwóch stron zmierzających do wywołania określonych w jej treści skutków prawnych” (Brzozowski, Jastrzębski, Kaliński i Skowrońska-Bocian, 2019, s. 130–131). Do osiągnięcia pewnego wybranego celu potrzebne są zatem zgodne oświadczenia woli stron umowy. Ich interpretacja następuje zgodnie z postanowieniami art. 65 k.c. wskazującymi, że tłumaczenie uzewnętrznionej woli stron powinno odbywać się w zgodzie z zasadami współżycia społecznego oraz ustalonymi zwyczajami, a także z uwzględnieniem okoliczności, w jakich zostały złożone. Dla specyfiki smart kontraktu opartego na kodzie programistycznym znaczenie ma § 2 stanowiący, że przy wykładni oświadczeń woli ważniejsze od dosłownego brzmienia umowy są zgodny zamiar stron i cel umowy. Konsument zazwyczaj jest w stanie ocenić cel i zamiar zawierania danej umowy. Chociaż przeważnie nie posiada wiedzy informatycznej pozwalającej na zapoznanie się z kodem źródłowym smart kontraktu, fakt ten nie powinien wpływać negatywnie na późniejszą interpretację powstałego stosunku prawnego. Dzieje się tak, ponieważ istotniejsze z punktu widzenia interpretacji umowy zawartej przy użyciu smart kontraktu będzie rozpoznanie celu zawarcia umowy, a nie szczegółowa znajomość technologii działania smart kontraktów<sup>8</sup>. W przypadku niezgodności kodu smart kontraktu z treścią stosunku prawnego, wykonanie stosunku nie będzie rodzić skutków prawnych. Jedynie taka interpretacja jest w stanie zapewnić szeroko rozumianą sprawiedliwość osobom nieobeznającym ze szczegółami funkcjonowania smart kontraktów. Wniosek jest tym bardziej zasadny, że w przypadku nowych technologii uznaje się, iż korzyści z ich wykorzystywania są zarezerwowane tylko dla dobrze zorientowanych użytkowników (Kowacz i Wielgus, 2021).

Opierając się na relacjach między umową tradycyjną a smart kontraktem, wyróżnia się najczęściej dwa rodzaje smart kontraktów. Pierwszy z nich stanowią umowy zawierane wyłącznie

<sup>6</sup> W zależności od rodzaju blockchaina dokonanie zmian w treści umowy może być niemożliwe (w przypadku publicznego blockchaina), bardzo trudne (w przypadku niektórych blockchainów prywatnych) lub możliwe do zmiany (w przypadku blockchainów prywatnych lub niektórych technologiach rozproszonego rejestru) (Szostek, 2018).

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93); dalej: k.c.

<sup>8</sup> Regulacja art. 65 § 2 k.c. określa sposób wykładni oświadczeń woli stron umowy różniący się od wykładni tekstu prawnego. W umowach należy głównie oceniać zamiar stron i cel umowy, a dopiero w dalszej kolejności badać jej dosłowne brzmienie (Ciszewski i Nazaruk, 2019).

w sieci – wszystkie postanowienia umowy wyrażone są w języku programowania. Z praktycznych powodów ten rodzaj umów jest zawierany znacznie rzadziej, ponieważ wymaga informatycznej biegłości w językach programowania, dlatego nieczęsto będzie występować w obrocie konsumenckim. Tylko ten sposób zawarcia czynności prawnej można nazwać wykorzystaniem smart kontraktu posiadającego wszystkie konstytuujące go cechy (Szostek, 2018). Drugim rodzajem smart kontraktu jest zawarcie umowy funkcjonującej w języku naturalnym, której wykonanie następuje automatycznie poprzez uruchomienie odpowiednich mechanizmów informatycznych.

Nie zawsze analiza samego kodu źródłowego umożliwia rekonstrukcję treści oświadczeń woli stron (Kubsik i Drzewiecki, 2019). Czasem możliwe jest automatyczne wygenerowanie na podstawie kodu wersji umowy w języku naturalnym, jednak w przypadku bardziej złożonych umów nie zawsze jest to osiągalne. Ponadto strony rzadko są w stanie samodzielnie sporządzić kod źródłowy, więc najczęściej jest on tworzony przez programistę (a nie prawnika), któremu strony ujawniają treść oświadczeń woli, co zwiększa ryzyko ich zniekształcenia. W sytuacji, gdy smart kontrakt nie obejmuje żadnych postanowień poza samym kodem źródłowym, to właśnie instrukcje zawarte w kodzie należy interpretować jako całość złożonych przez strony oświadczeń woli. Natomiast w przypadku rozbieżności pomiędzy kodem źródłowym a umową w języku naturalnym kluczowe będzie rozstrzygnięcie czy kod źródłowy stanowi integralną część umowy, czy też jedynie dołączony mniej istotny element. Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta i prawdopodobnie udzieli jej dopiero przyszłe orzecznictwo (Levi, Lipton, Skadden, Arps, Slate, Meagher i Flom, 2018).

### 3. Wybrane zastosowania smart kontraktów w obrocie konsumenckim

Z technologią smart kontraktu konsument ma coraz częściej najczęściej okazję zetknąć się w przypadkach dokonywania zautomatyzowanych transakcji. Za typowy przykład mogą posłużyć umowy sprzedaży, umowy najmu oraz obrót kryptowalutami, które ściśle związane są z istotą blockchain i smart kontraktu (Szostek, 2018). W tych sytuacjach możliwe jest odejście od jednej z cech smart kontraktu, czyli anonimowości, ponieważ w przypadku m.in. umowy najmu jest prawdopodobne, że druga strona jest znana konsumentowi. Coraz częściej smart kontrakty wykorzystywane są na rynkach mikroubezpieczeń, które wcześniej były niedostępne z powodu konieczności ponoszenia zbyt dużych nakładów finansowych na dystrybucję oraz obsługę. W przypadku mikroubezpieczeń „zastosowanie technologii rozproszonego rejestru umożliwia tworzenie ubezpieczeń w modelu wzajemnym, z udziałem lub bez instytucji finansowej, co pozwoli wypełnić niszę w krajach o wysokim poziomie ubóstwa, w których brakuje tego typu ubezpieczeń” (Stolarski i Gańczyk, 2018, s. 264). Zastosowanie smart kontraktów z pewnością będzie ewoluować, ułatwiając dokonywanie transakcji dotyczących praw majątkowych, co jest jednym z głównych celów smart kontraktów (Pecyna i Behan, 2020).

Problematyka wykorzystania smart kontraktów w obrocie konsumenckim była w roku akademickim 2020/2021 przedmiotem pracy studentów kilku europejskich uniwersytetów w ramach projektu *TechLawClinics*<sup>9</sup>, w którym uczestniczyli autorzy niniejszego artykułu. Studenci na podstawie kazusu przygotowali pisma procesowe zmierzające do rozwiązania problemu prawnego, a finał stanowiła symulacja rozprawy rozstrzygająca ten problem. W analizowanym stanie faktycznym obywatel

<sup>9</sup> Projekt *TechLawClinics* współfinansowany przez Erasmus+ jest realizowany przez Uniwersytet Łódzki, Uniwersytet Jagielloński; Katolicki Uniwersytet w Lyonie, Francja; Uniwersytet im. Radbouda w Nijmegen, Niderlandy; Uniwersytet Piemonte Orientale Amedeo Avogadro, Włochy.

holenderski zamieszkały w Łodzi zawarł z niemiecką spółką umowę, na mocy której zobowiązał się do zakupu Apartment Revenue Token (dalej: ART) za określoną cenę w kryptowalucie. Oferta została złożona drogą internetową poprzez stronę zawierającą kilka wersji językowych, w tym wersję w języku polskim. Każdy ART został powiązany z jednym z apartamentów w kompleksie wybudowanym przez spółkę, a inwestor jako posiadacz tokena zyskał uprawnienie do otrzymywania przez okres kilku lat, począwszy od dnia zakończenia projektu deweloperskiego, czynszu za każdy dzień, kiedy mieszkanie jest wynajęte. Codzienne płatności zostały zautomatyzowane przez program komputerowy osadzony na blockchain Ethereum, automatycznie wykrywający, czy mieszkanie zostało wynajęte i przekazujący ustaloną wcześniej kwotę inwestorowi posiadającemu ART powiązany z danym mieszkaniem, czyli w istocie smart kontrakt. Niestety w wyniku pomyłki inwestor zniszczył token ART przy dokonywaniu innej transakcji i w ten sposób został pozbawiony możliwości otrzymywania należnych płatności.

Na kanwie przytoczonego stanu faktycznego należało zmierzyć się z wieloma zagadnieniami natury technologicznej i prawnej. Rozważaniom w pierwszej kolejności poddano kwestię prawa właściwego. Jej rozstrzygnięcie w oparciu o rozporządzenie Rzym I w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych<sup>10</sup> zależało od wykazania, że kupujący był konsumentem. Podczas analizy prawnej przywołanego stanu faktycznego poruszono m.in. problem właściwości sądu, co także opierało się na udowodnieniu zawarcia transakcji w obrocie konsumenckim, procedury arbitrażowej, niemożliwości świadczenia, kwalifikacji tokena jako znaku legitymacyjnego lub papieru wartościowego oraz stosowania klauzul niedozwolonych. Określenie występowania inwestora w roli konsumenta wpłynęło także na możliwość skutecznego zastosowania klauzul abuzywnych, ze szczególnym uwzględnieniem postanowień nieuzgodnionych indywidualnie w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> k.c. Argumenty dotyczące ochrony konsumentów przesądziły o uwzględnieniu roszczeń inwestora-konsumenta. Tożsame zakończenie miało miejsce nie tylko na gruncie prawa polskiego, lecz także w sytuacjach, gdy kazus był analizowany w oparciu o prawo francuskie i włoskie.

## II. Możliwe problemy wynikające ze stosowania smart kontraktów w obrocie konsumenckim

Przy zawieraniu umów bez wykorzystania smart kontraktu konsument korzysta ze szczególnej ochrony prawnej, której cel stanowi wzmocnienie jego pozycji jako strony słabszej (Lubasz i Namysłowska, 2015). Zwraca się uwagę na podwyższanie standardów w obrocie konsumenckim wskutek powstawania regulacji prawnych Unii Europejskiej (Południak-Gierz, 2020). Również w ramach smart kontraktu pozycja konsumenta jest słabsza niż pozycja przedsiębiorcy. Poniżej zostaną omówione wybrane zagadnienia prawa ochrony konsumentów oraz prawa cywilnego związane z zastosowaniem poszczególnych mechanizmów do smart kontraktów.

<sup>10</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z dnia 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz. Urz. WE L 177/6).

## 1. Etap przedkontraktowy – obowiązki informacyjne przedsiębiorcy

Cel nałożenia na profesjonalistę obowiązków informacyjnych względem konsumenta stanowi wyrównanie różnic wiedzy i doświadczenia między kontrahentami, a co za tym idzie – przeciwdziałanie nadużyciom na rynku (Południak-Gierz, 2020). W polskim porządku prawnym zasadniczym źródłem tego rodzaju obowiązków jest ustawa o prawach konsumenta<sup>11</sup>.

Dla określenia praw i obowiązków stron na etapie przedkontraktowym konieczne jest rozważenie czy umowa zawierana z wykorzystaniem smart kontraktu stanowi umowę zawieraną na odległość. Od okoliczności tej zależy zakres obowiązków informacyjnych po stronie przedsiębiorcy. W sytuacji zawarcia umowy w języku naturalnym po stronie kontrahenta prowadzącego działalność gospodarczą powstają obowiązki informacyjne wobec konsumenta. Jeżeli umowa sporządzona w języku naturalnym nie zostanie zawarta w lokalu przedsiębiorcy, możemy mieć do czynienia z umową zawartą na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa. Mniej oczywiste wydaje się zastosowanie przepisów upk do umów składających się wyłącznie z zapisu w języku programowania. Zgodnie z art. 2 pkt 1 upk przez umowę zawartą na odległość należy rozumieć umowę zawartą z konsumentem w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności stron, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy łącznie. Przesłanka ta jest spełniona, gdy „na wszystkich etapach jej zawierania, od etapu negocjacji lub złożenia oferty aż po zawarcie umowy, strony komunikowały się (co do kwestii, których dotyczy umowa) wyłącznie przy pomocy środka lub środków porozumiewania się na odległość” (Osajda, 2019, art. 2). Umowa zawarta za pomocą łańcucha bloków, a więc za pośrednictwem Internetu, wpisuje się w tę definicję w zakresie przesłanki braku jednoczesnej fizycznej obecności stron oraz przesłanki wykorzystania środków porozumiewania się na odległość. Natomiast od konkretnego przypadku będzie zależeć czy działalności prowadzonej z wykorzystaniem łańcucha bloków można przypisać znamię zorganizowanego systemu. Przesłanka ta najprawdopodobniej nie będzie spełniona np. w razie dokonania zakupu kryptowaluty od innego użytkownika łańcucha bloków. Jednak gdy przedmiot smart kontraktu stanowi nabycie tokena inwestycyjnego, a tokeny emitowane sprzedawane są w serii i ich przeznaczeniem jest sfinansowanie inwestycji, działalność sprzedawcy ma charakter zorganizowany i usystematyzowany, więc podlega regulacjom upk.

W tym punkcie warto odnieść się do zagadnienia wyłączeń przedmiotowych przewidzianych w art. 4 ust. 2 upk. Zgodnie z tym przepisem ustawy nie stosuje się do umów dotyczących usług finansowych z wyjątkiem umów zawieranych na odległość, do których stosuje się przepisy rozdziałów 1 i 5 tej ustawy. Katalog usług wymienionych w przepisie ma charakter otwarty, dlatego też przyjmuje się, że „zamiarem ustawodawcy jest zaliczenie do kategorii umów jak najszerzego zbioru umów zawieranych z konsumentami przez przedsiębiorców na rynku finansowym” (Osajda, 2019, art. 4). Zatem nawet do umów związanych ze świadczeniem usług finansowych, zawieranych z wykorzystaniem smart kontraktów, znajdują zastosowanie przepisy ustawy. Z tego powodu nabycie tokena inwestycyjnego znajdzie się w zakresie normy art. 39 ust. 1 upk, nakładającej na przedsiębiorcę obowiązek udzielenia konsumentowi, najpóźniej w chwili wyrażenia przez niego woli związania się umową, szeregu informacji wskazanych w przepisie. Mimo wyjątkowej specyfiki

<sup>11</sup> Ustawa z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. 2014 poz. 827; tj. Dz.U. 2020 poz. 287); (dalej: upk).

smart kontraktów możliwe jest udzielenie konsumentowi informacji związanych ze świadczeniami głównymi stron oraz ryzykiem (pkt 4–8), dotyczących ewentualnych dodatkowych kosztów, terminu związania ofertą oraz czasu trwania umowy (pkt 10–12) czy języka komunikacji między przedsiębiorcą a konsumentem (pkt 17). Istnieje również możliwość poinformowania konsumenta o ewentualności pozasądowego rozwiązania sporu wynikającego ze smart kontraktu (pkt 14), a także wskazanie prawa właściwego dla tej umowy (pkt 18) oraz sądu właściwego do rozpoznania ewentualnego sporu (pkt 19). Na podstawie art. 39 ust. 1 upk informacje przekazywane konsumentowi powinny być jasne i zrozumiałe, ponieważ technologie smart kontraktów i łańcucha bloków są nadal trudne do zrozumienia dla nieprofesjonalisty.

Nieco inaczej rysuje się zagadnienie udzielenia konsumentowi informacji o danych identyfikacyjnych przedsiębiorcy (pkt 1–3), o prawie odstąpienia od umowy (pkt 9), o sposobie i miejscu złożenia reklamacji (pkt 13), o prawie wypowiedzenia umowy (pkt 15) oraz o istnieniu funduszu lub systemu gwarancyjnego (pkt 16). Technologia łańcucha bloków umożliwia daleko idącą anonimizację stosunków, co jest istotne dla zagadnienia udzielenia informacji o danych identyfikacyjnych przedsiębiorcy, takich jak: nazwa, adres lub organ rejestrowy. W publicznych łańcuchach bloków w ogóle może nie istnieć skuteczna metoda weryfikacji tożsamości kontrahenta (Hadrowicz, 2020), co nie wyklucza złożenia przez przedsiębiorcę oświadczenia w tym zakresie. Mając na uwadze art. 39 ust. 1 upk, przedsiębiorca powinien poinformować konsumenta o swojej tożsamości, mimo iż ten zazwyczaj nie będzie mieć możliwości weryfikacji tych danych. Z kolei obowiązek wynikający z art. 39 ust. 1 pkt 9 upk w przypadku umów zawieranych z wykorzystaniem smart kontraktów sprowadza się do udzielenia informacji, że odstąpienie od umowy nie jest możliwe, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części artykułu. Również złożenie przez konsumenta oświadczenia o wypowiedzeniu umowy zawartej z wykorzystaniem smart kontraktu może być utrudnione, ponieważ wykonanie przez program komputerowy dyspozycji zawartej w kodzie smart kontraktu nastąpi niezależnie od woli stron, o ile wstrzymanie wykonania z góry nie zostało przewidziane w jego treści na wypadek ziszczenia się określonego warunku. Skutek wypowiedzenia często zajdzie zatem wyłącznie w sferze konwencjonalnej i pozostanie bez wpływu na sferę faktyczną (Szczerbowski, 2018).

Transakcje dokonywane za pomocą łańcucha bloków nie podlegają nadzorowi instytucji finansowych, więc przedsiębiorca oferujący konsumentowi zawarcie umowy z wykorzystaniem smart kontraktu powinien po prostu pominąć informację o istnieniu systemów gwarancyjnych. Takie działanie będzie uprawnione, ponieważ katalog informacji zawarty w przepisie wyznacza maksymalny zakres ochrony, „co oznacza, że w praktyce liczba dostarczonych konsumentowi informacji będzie różna w zależności od przedmiotu konkretnej umowy” (Lubasz i Namysłowska, 2015, art. 39).

Jeżeli przedmiotem smart kontraktu zawieranego z konsumentem nie są usługi finansowe, zastosowanie znajdują przepisy rozdziału 3 upk, w szczególności art. 12 ust. 1 upk. Również w tym przypadku katalog informacji, jakie powinien otrzymać konsument, ma charakter „listy zamkniętej” (Lubasz i Namysłowska, 2015, art. 12). Obejmuje on informację o głównych cechach świadczenia (pkt 1), łącznej cenie (pkt 5), ewentualnych kosztach związanych z zastosowaniem smart kontraktu jako środka zawarcia umowy oraz sposobie i terminie zapłaty (pkt 6 i 7), obowiązku dostarczenia mu rzeczy bez wad (pkt 13) czy czasie trwania umowy (pkt 16 i 17). W pozostałych przypadkach przekazanie konsumentowi informacji wskazanych w art. 12 ust. 1 upk może być utrudnione,



np. w przedmiocie tożsamości przedsiębiorcy. W odniesieniu do prawa do odstąpienia od umowy przedsiębiorca powinien poinformować konsumenta, że skorzystanie przez niego z prawa do odstąpienia od umowy nie musi oznaczać wstrzymania wykonania umowy. Nie będzie natomiast nastręczać problemów potwierdzenie konsumentowi ww. informacji zapisanych w publicznym łańcuchu bloków na trwałym nośniku, gdyż zapis w łańcuchu bloków daje się wyodrębnić do rozmiaru i formy możliwej do zapisania na nim, a także gwarantuje autentyczność i integralność danych (Szostek, 2018).

Niewywiązanie się przez przedsiębiorcę z obowiązków informacyjnych narusza interesy konsumenta, ponieważ utrudnia mu zrozumienie jego pozycji jako strony umowy zawartej z wykorzystaniem smart kontraktu. W konsekwencji podważony zostaje atut pewności, jaki daje zawarcie umowy z wykorzystaniem tej technologii (Szczerbowski, 2018).

## 2. Problemy na etapie zawierania umowy

Trudności w zawieraniu umów z wykorzystaniem smart kontraktów w stosunkach konsumenckich mogą ujawnić się nie tylko przed zawarciem umowy, lecz także na etapie kontraktowania. Wynikają one z jednej strony ze szczególnych uprawnień konsumentów, z drugiej zaś – z właściwości technologii smart kontraktów oraz łańcucha bloków.

### 2.1. Zapis w łańcuchu bloków jako nośnik wzorca umownego

Smart kontrakty są sporządzane w języku programowania, a nie w języku naturalnym (Kubsiak i Drzewiecki, 2019). Implikuje to poważne trudności w swobodnym formułowaniu postanowień umownych przez strony, a zwłaszcza przez konsumenta, o ile nie włada on tym językiem. Jednakże nawet wówczas w razie zawierania umowy na odległość przy wykorzystaniu Internetu, z uwagi na brak faktycznej możliwości przeprowadzenia negocjacji w czasie rzeczywistym, kontraktowanie najczęściej odbywa się poprzez przyjęcie bez zastrzeżeń przez konsumenta oferty złożonej przez przedsiębiorcę. Umowy zawierane z wykorzystaniem smart kontraktów zazwyczaj mogą zostać uznane za wzorzec umowny rozumiany jako: „klauzula umowna (zbiór klauzul), która została przygotowana z góry na użytek przyszłych umów, opracowana (ściślej – wykorzystana) jednostronnie przez podmiot zamierzający wzorzec stosować” (Pietrzykowski, 2020, art. 384). Wskazują na to także okoliczność, że konsument nie ma wglądu do zapisu smart kontraktu w języku programowania, a także prawdopodobny brak znajomości tego języka. Zawarcie umowy dokonuje się zatem przez przystąpienie do wzorca umownego. Wobec powyższego w odniesieniu do smart kontraktów zastosowanie znajdują przepisy art. 383<sup>1</sup>–385<sup>5</sup> k.c.

Zgodnie z art. 384 k.c. konsument jest związany tylko tymi postanowieniami wzorca umownego w postaci oferty smart kontraktu, o których został przez przedsiębiorcę poinformowany przed zawarciem umowy, pod warunkiem, że przedmiot umowy zawieranej z wykorzystaniem smart kontraktu nie należy do drobnych, bieżących spraw życia codziennego. W kazusie analizowanym w ramach *TechLawClinics* sytuacja taka nie miała miejsca, ponieważ umowa zawarta przez strony dotyczyła inwestycji w nieruchomości. W razie wykonania umowy w przyszłości w zakresie szerszym, niż wynikałoby to z informacji doręczonych konsumentowi, wykonanie takie nastąpi bez ważnej podstawy prawnej, wobec czego konsument będzie uprawniony do żądania zwrotu świadczenia, chyba że zdawałby sobie sprawę, iż nie był do niego zobowiązany (por. art. 405 i 411 k.c.).

W przypadku umów zawartych z wykorzystaniem łańcucha bloków spełniony jest wymóg określony w art. 384 § 4 k.c., zgodnie z którym, jeżeli jedna ze stron posługuje się wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności. Zapis w łańcuchu bloków wyrażony w języku programowania może bowiem zostać wyodrębniony i być przechowywany na dowolnym nośniku danych cyfrowych w sposób pozwalający na jego odczytanie.

W odniesieniu do smart kontraktów pierwszeństwo przed wzorcem umownym powinny znaleźć indywidualne umowy stron (art. 385 § 1 k.c.), jeżeli strony ich dokonały. Wydaje się, że okoliczność ta jest istotna tylko w razie ujawnienia się istotnych rozbieżności między treścią oferty wyrażoną w języku naturalnym a treścią zapisu kodu w języku programowania. Wzorzec umowy w postaci ustandaryzowanego smart kontraktu jest sformułowany w sposób jednoznaczny, ponieważ wymaga precyzyjnego wyrażenia w języku programowania, które pozwoli na automatyczne wykonanie umowy przez program komputerowy. Niejednoznaczna może także okazać się oferta wyrażona w języku naturalnym. Ponadto w większości przypadków sam konsument lub obie strony nie rozumieją zasad działania programu. Jakkolwiek nie wpływa to na zautomatyzowane wykonanie umowy, jest istotne dla rozstrzygnięcia sporu przed sądem, gdzie możliwe jest dokonanie wykładni niejednoznacznych lub niezrozumiałych postanowień na korzyść konsumenta.

## 2.2. Niedozwolone klauzule umowne

Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem, które nie są uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeśli kształtują prawa i obowiązki konsumenta sprzecznie z dobrymi obyczajami, przy czym nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron. W pozostałym zakresie strony pozostają zobowiązane jej postanowieniami. Powyższa regulacja w kontekście smart kontraktów może być wyjątkowo użyteczna, gdyż w praktyce zawieranie smart kontraktów najczęściej wiąże się z przyjęciem przez konsumenta utworzonej przez przedsiębiorcę oferty. Taka specyfika dokonywania czynności prawnych sprawia, że strony umowy nie mają okazji indywidualnie uzgodnić warunków danej transakcji, a więc konsument posiada znikome możliwości wpływania na stosunek prawny powstający na mocy smart kontraktu. Można zatem wysnuć wniosek, że jeżeli postanowienia smart kontraktu będą kształtować sytuację konsumenta niezgodnie z dobrymi obyczajami, w zdecydowanej większości przypadków art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. znajdzie zastosowanie. W sytuacji zawierania umowy za pomocą smart kontraktu konsument przeważnie nie ma rzeczywistego wpływu na treść postanowień umowy, dlatego na podstawie § 3 art. 385<sup>1</sup> k.c. te postanowienia należy uznać za niezgodnione indywidualnie. Podobna sytuacja ujawniła się na kanwie przytaczanego wyżej przypadku związanego z omyłkową utratą tokena i niemożliwością świadczenia. Inwestor-konsument także skorzystał z wzorca umownego zamieszczonego na stronie internetowej spółki, nie miał on zatem sposobności uzgodnić jakichkolwiek warunków umowy, co zostało uwzględnione w symulacyjnym sądowym rozstrzygnięciu.

W przypadku smart kontraktów, które często opierają się na obrocie kryptowalutami, wątpliwości mogą budzić postanowienia zasadniczo wyjęte spod ochrony za pomocą klauzul abuzywnych, czyli określające główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie. Prawdopodobnie orzecznictwo doprecyzuje z czasem, czy wiedza o kryptowalutach i zasadach ich funkcjonowania w systemie blockchain jest dostatecznie określona oraz czy w danym przypadku została sformułowana

jednoznacznie. Naszym zdaniem z uwagi na nietypowość walut w sporach sądowych należałoby nie pomijać badania także tych głównych postanowień nieuzgodnionych indywidualnie. Obecnie na gruncie prawa polskiego jest dopuszczona możliwość zasądzenia roszczenia wyrażonego w walucie obcej, jednak może to być wyłącznie waluta oficjalna, która podlega przeliczeniu według kursu określonego przez Narodowy Bank Polski. Polski bank centralny nie wskazuje kursu przeliczenia kryptowalut na inne oficjalne waluty, co rodzi oczywiste trudności praktyczne, np. w razie powstania roszczeń restytucyjnych lub określania wartości przedmiotu sporu. Dodatkowo uznaje się, że kryptowaluty nie stanowią pieniądza w rozumieniu prawa cywilnego (Kowacz i Wielgus, 2021). Problematyczność tej kwestii ujawniła się również podczas analizy przytoczonego wcześniej stanu faktycznego, ponieważ powstały trudności z określeniem wysokości zasądzanego roszczenia. Ze względu na sformułowane przez konsumenta alternatywne roszczenie w euro równowartości kwoty wyrażonej w Ether, w rozstrzygnięciu za odpowiednie przyjęto posłużenie się kursem średnim opublikowanym w dniu wydania wyroku na platformie Binance – giełdzie kryptowalut.

W kontekście smart kontraktów w obecnym stanie prawnym klauzule niedozwolone zapewniają pewną uniwersalną ochronę konsumentów, która może znaleźć szerokie zastosowanie z uwagi na brak z zasady indywidualnego uzgadniania warunków umowy. Specyfika smart kontraktów jako instrumentu służącego wykonaniu umowy, czyli przede wszystkim ich nieodwracalność i trudność w cofnięciu skutków prowadzi do wniosku, że najistotniejszą rolę powinny odgrywać obowiązki informacyjne<sup>12</sup>. Obecne regulacje wraz z rozpowszechnianiem się smart kontraktów będą wymagać uszczegółowienia, tak aby rozwój technologiczny nie prowadził do zwiększania się dysproporcji pomiędzy konsumentami i przedsiębiorcami.

### 3. Problemy po zawarciu umowy

Problemy wynikające z wykorzystania smart kontraktów często ujawniają się także po zawarciu umowy i wynikają m.in. z samowykonalności tej technologii. Poniżej omówiona zostanie możliwość zastosowania już istniejących konstrukcji prawnych dla przezwyciężenia tych trudności.

#### 3.1. Prawo do odstąpienia od umowy

W przypadku umów zawieranych na odległość konsumentowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy ograniczone terminem prekluzyjnym, który wynosi 14 dni zarówno dla smart kontraktów, których przedmiotem są usługi finansowe (art. 40 ust. 1 upk), jak i dla tych, których przedmiotem jest inne świadczenie (art. 27 upk). Uprawnienie to „nie daje się wyłączyć czynnością prawną” (Szczerbowski, 2018, s. 139). Szczególne właściwości smart kontraktów sprawiają, że skorzystanie przez konsumenta z prawa do odstąpienia od umowy wiąże się z istotnymi problemami.

Zawarcie umowy z konsumentem i skuteczne zapisanie jej w łańcuchu bloków czyni niemożliwym wstrzymanie jej automatycznego wykonania w razie zaistnienia omówionych przesłanek. Po złożeniu przez strony oświadczenia woli o związaniu się umową w języku programowania nie jest możliwy powrót do stanu sprzed zawarcia umowy bez ingerencji w smart kontrakt lub bez zastosowania nowego smart kontraktu o skutku odwrotnym (Kubsik i Drzewiecki, 2019). Konsument powinien

<sup>12</sup> Podkreśla się także wady niezmienności smart kontraktów, która prowadzi do wykonania smart kontraktu bez względu na późniejszą wolę stron. Dlatego na etapie poprzedzającym zawarcie umowy należy rozważyć uregulowanie poszczególnych postanowień umowy, szczególnie ochronę słabszej strony (Szczerbowski, 2018).

uwzględnić tę okoliczność przez podjęciem decyzji o związaniu się umową. Z kolei przedsiębiorca na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 1 upk ma obowiązek poinformować konsumenta o tej okoliczności przed zawarciem umowy, gdyż niezmiennalność i samowykonalność stanowią zasadnicze cechy programu komputerowego, z wykorzystaniem którego zostanie spełnione umówione świadczenie. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że ustawodawca częściowo odniósł się do sytuacji, w której świadczenie w stosunku do konsumenta polega na dostarczeniu mu treści cyfrowych, niezapisanych na nośniku materialnym (art. 38 pkt 1 upk). Przepis ten obejmuje jednak wyłącznie przypadki, w których spełnienie świadczenia wobec konsumenta następuje za jego wyraźną zgodą i jeszcze przed upływem terminu do złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy. Wówczas, o ile przedsiębiorca poinformuje konsumenta o utracie prawa do odstąpienia od umowy, prawo to wygasa. Art. 38 pkt 1 upk pozwala w pewnym zakresie dostosować smart kontrakty do standardów ochrony konsumenta, jednakże w wielu przypadkach nie znajdzie on zastosowania. Nietrudno wyobrazić sobie umowę, w której świadczenie ma zostać spełnione na rzecz konsumenta dopiero po upływie krótkiego, czternastodniowego terminu na odstąpienie od umowy.

Należy również zwrócić uwagę, że w przypadku usług finansowych w szerszym zakresie wyłączono uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy. Mowa tu nie tylko o art. 40 ust. 6 pkt 1 upk, w istocie podobnym do omówionego wyżej art. 38 pkt 13 upk, lecz także o art. 40 ust. 6 pkt 2 upk przewidującym wyłączenie prawa do odstąpienia od umowy dotyczącej instrumentów finansowych, zbywalnych papierów wartościowych itp. Wyłączenie to obejmuje część smart kontraktów, ponieważ niektóre tokeny inwestycyjne potencjalnie mogą zostać zakwalifikowane jako papiery wartościowe (Szewczyk, 2018a).

Konsument może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy zawartej na odległość, jednakże okoliczność ta sama w sobie nie musi wcale wstrzymać działania smart kontraktu. Niemniej niezmiennalność łańcucha bloków nie uniemożliwia spełnienia świadczeń z portfeli kontrahentów odwrotnych w ramach istniejącego smart kontraktu lub poza nim, o czym będzie jeszcze mowa poniżej.

Także rozpatrzenie reklamacji przez przedsiębiorcę w przypadku umów zawartych z wykorzystaniem smart kontraktów, zarówno tych, których przedmiot stanowią usługi finansowe, jak i pozostałych, nie będzie możliwe w formie przewidzianej dla umów tradycyjnych. W sytuacji zawarcia umowy z wykorzystaniem smart kontraktu przez podmioty anonimowe próba skontaktowania się z przedsiębiorcą przez konsumenta może być utrudniona. Często jednak konsument dysponuje wiedzą o tożsamości przedsiębiorcy, z którym zawiera umowę w środowisku cyfrowym – zarówno z treści umowy, jak i z treści umieszczonych w Internecie. Szczególnie wówczas pożądane byłoby umożliwienie konsumentowi złożenia reklamacji i ewentualne przewidzenie alternatywnych sposobów jej rozpatrzenia, np. poprzez spełnienie innych świadczeń zaspokajających uzasadniony interes konsumenta lub dokonanie nowej czynności prawnej o skutku odwrotnym wobec osiągniętego za pomocą umowy pierwotnej.

W kazusie analizowanym w ramach *TechLawClinics* strony znały swoją tożsamość, dzięki czemu konsument mógł zgłosić swoje roszczenia poprzez wskazany przez przedsiębiorcę kanał komunikacji. Co prawda kanał ten nie służył wyłącznie rozpatrywaniu reklamacji, jednakże umożliwił komunikowanie się stron. Z kolei wiedza o tożsamości kontrahenta pozwoliła konsumentowi na dochodzenie swoich roszczeń przed sądem wobec ich nieuznania przez przedsiębiorcę na etapie przedsądowym.

### 3.2. Rękojmia za wady tokena

Zgodnie z art. 6 upk do umowy, na mocy której przedsiębiorca jest zobowiązany do przeniesienia własności rzeczy i wykonania usługi, stosuje się przepisy dotyczące umów zobowiązujących do przeniesienia własności. W stanie faktycznym, który był przedmiotem analizy w ramach *TechLawClinics* przedmiotem transakcji był token skorelowany z określoną nieruchomością, którego posiadaczowi miała być wypłacana pewna suma za każdy dzień, w którym nieruchomość stanowi przedmiot najmu.

Token można określić jako „jednostkę cyfrową zawierającą informacje o adresach do jakich była kolejno przypisywana”, opartą na technologii rozproszonego rejestru, której przesyłanie odbywa się na zasadach protokołu określonego rejestru (Szewczyk, 2018). Stanowi on zatem zapis dokonany w łańcuchu bloków. Token może pełnić rozmaite funkcje, np. płatniczą lub inwestycyjną (Szewczyk, 2018a). Najczęściej odzwierciedla jednak pewne prawo. Niezależnie od tego czy stanowi papier wartościowy, czy też znak legitymacyjny, w świetle przedstawionej wyżej charakterystyki, z uwagi na formę cyfrowego zapisu w łańcuchu bloków o określonym znaczeniu gospodarczym, z pewną ostrożnością można by uznać token za rzecz *sui generis*. Tym bardziej, że stanowi on przedmiot obrotu i może być nabywany przez innych użytkowników łańcucha bloków. Z tego powodu do nabycia tokena powinno się odpowiednio stosować przepisy o sprzedaży rzeczy. Wskazuje się, że błędy smart kontraktu „mogą wpływać na wadliwe wykonanie umowy”, co może rodzić odpowiedzialność cywilną (Hadrowicz, 2020, s. 32 i n.). Dlatego też możliwe jest odpowiednie stosowanie do nabycia tokena przepisów o rękojmi za wady fizyczne i prawne tokena.

Ustawodawca określił cztery rodzaje możliwych wad fizycznych rzeczy (art. 556<sup>1</sup> k.c.):

- 1) brak właściwości, które rzecz powinna mieć ze względu na cel oznaczony w umowie albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia rzeczy;
- 2) brak właściwości, o których sprzedawca zapewnił kupującego;
- 3) nieprzydatność do osiągnięcia celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a wobec którego sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia;
- 4) wydanie rzeczy w stanie niezpełnym.

Token jest efektem utworzenia programu komputerowego i stanowi zapis w języku programowania dodany w łańcuchu bloków. W modelowej sytuacji, w której strony biegle posługują się językiem programowania, nie powinny powstać wady fizyczne tokena, ponieważ w sposób zupełny odzwierciedla on treść smart kontraktu wyrażoną w tym języku. Ewentualnie mogłaby ona przybrać postać błędu w kodzie programowania.

Zazwyczaj jednak tylko profesjonalista posługuje się językiem programowania. W takiej sytuacji mogą ujawnić się rozbieżności między treścią zapisu umowy w języku cyfrowym a treścią uzgodnień w języku naturalnym, choćby dokonanych na odległość i poprzez złożenie oferty, a następnie jej przyjęcie. Różnice te mogą skutkować brakiem właściwości, które rzecz powinna mieć ze względu na cel oznaczony w umowie albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia rzeczy, lub brakiem właściwości, o których sprzedawca zapewnił kupującego. Zawarcie umowy z wykorzystaniem smart kontraktu często przybiera postać „regulaminu udostępnionego online, którego treść akceptowana jest poprzez kliknięcie odpowiedniego przycisku lub zaznaczenie krzyżyka w odpowiednim okienku” (Kubsik i Drzewiecki, 2019, s. 92). W razie rozbieżności „to umowa

w języku naturalnym powinna być uznana za wiążącą” (Hadrowicz, 2020, s. 32 i n.). W zakresie wskazanym wyżej celowe jest odwołanie się w stosunku do tokenów zapisanych w łańcuchu bloków do regulacji o wadach fizycznych rzeczy sprzedanej.

Trudno natomiast wyobrazić sobie sytuację, w której token zostaje wydany konsumentowi w stanie niepełnym. Niepełność ta wydaje się mieścić w zakresie wad wymienionych w art. 556<sup>1</sup> § 1 pkt 1–3 k.c., gdyż zaprogramowanie kodu w sposób niekompletny musiałoby skutkować pozbawieniem tokena określonej funkcjonalności. W takiej sytuacji konsument w pierwszej kolejności dostrzeże raczej brak pewnych właściwości lub nieprzydatność do osiągnięcia celu, aniżeli zorientuje się w ewentualnym braku fragmentów kodu w języku programowania. Wada ta mogłaby zostać z łatwością wykryta tylko wtedy, kiedy przedmiot smart kontraktu miałoby stanowić wydanie zbioru tokenów. Jednak nawet i wówczas, o ile posiadanie całego zbioru nie warunkowałoby skorzystania z jakiegoś prawa, mielibyśmy do czynienia raczej z nienależytym (częściowym) wykonaniem zobowiązania umownego.

W przypadku wykrycia wady tkwiącej w rzeczy nabytej w drodze tradycyjnej umowy kupującej podlega ochronie wynikającej z przepisów Działu II Tytułu XI Księgi Trzeciej kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 560 k.c. może on złożyć sprzedawcy oświadczenie o obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy, chyba że sprzedawca niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla kupującego wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad albo wadę usunie. Konsumentowi w tej sytuacji przysługuje dodatkowo uprawnienie do żądania wymiany rzeczy na wolną od wad zamiast zaproponowanego przez sprzedawcę usunięcia wady albo do żądania usunięcia wady zamiast wymiany rzeczy. W przypadku ujawnienia się wady tokena zapisanego w łańcuchu bloków skorzystanie z rękoi może być utrudnione. Usunięcie wady, podobnie jak odstąpienie od umowy czy w ogóle jakakolwiek zmiana smart kontraktu zapisanego w łańcuchu bloków, jest praktycznie niemożliwe, ponieważ wymagałyby dokonania zmian we wszystkich blokach, które zostały dodane po zawarciu smart kontraktu. Token zatem pozostanie w portfelu konsumenta w niezmienionej postaci. Dopuszczalne byłoby natomiast złożenie przez konsumenta sprzedawcy oświadczenia o obniżeniu ceny. Oświadczenie takie miałoby charakter wezwania do zapłaty różnicy w cenie. Z kolei wymiana tokena na wolny od wad sprowadzałaby się w istocie do wydania jeszcze jednego tokena, tym razem zgodnego z umową, a więc *de facto* do dokonania nowej czynności prawnej z wykorzystaniem smart kontraktu. Sprzedawca i konsument powinni mieć przy tym na względzie, że wszelkie właściwości i funkcjonalności dotychczasowego tokena pozostają skuteczne i zostaną wykonane zgodnie z zapisem w kodzie programowania. Rozwiązaniem tego problemu byłaby sytuacja, „w której wykonywanie uprawnień z tytułu naruszenia zobowiązania będzie również podlegać mechanizmowi *smart contract*, to jest określone uprawnienia, w tym przesłanki skorzystania z nich, będą treścią kodu w ramach *smart contract*” (Pecyna i Behan, 2020, s. 213). Niekiedy dodatkowy problem praktyczny może także stanowić anonimowość stron umowy.

### 3.3. Niemożliwość świadczenia

Biorąc pod uwagę, że smart kontrakt zapisany jest w języku programowania, a nie w języku naturalnym, a także jego samowykonalność należy uznać, że ewentualna niemożliwość świadczenia stanowi zjawisko rzadkie. Mogłaby ona polegać np. na awarii łańcucha bloków, która uniemożliwiłaby automatyczne wykonanie umowy.

W przypadku, który był analizowany w ramach *TechLawClinics*, jedna ze stron sporu wskazywała, że w odniesieniu do smart kontraktu zachodzi niemożliwość świadczenia. Miała ona polegać na tym, że konsument przypadkowo utracił token będący znakiem legitymacyjnym świadczącym o dysponowaniu uprawnieniem do pobierania wynagrodzenia. Z tego powodu smart kontrakt przestał pobierać wynagrodzenie konsumenta z portfela przedsiębiorcy. Z jednej strony utrata tokena przez konsumenta spowodowała, że program komputerowy zawierający smart kontrakt przestał przysyłać odpowiednią liczbę kryptowalut na rzecz konsumenta, pomimo ziszczenia się warunków, od których zapłata była uzależniona. Z drugiej strony, nie sposób uznać, że zachodzi niemożliwość świadczenia, jeżeli program komputerowy zawierający smart kontrakt nadal funkcjonował i był gotowy do dokonania zapłaty, o ile przed upływem terminu, na jaki została zawarta umowa, konsument ponownie wylegitymowałby się tokenem. Niemożliwe stało się jedynie spełnienie świadczenia w sposób automatyczny. Nadal jednak możliwe było dokonanie przeniesienia własności określonej liczby jednostek kryptowaluty z portfela przedsiębiorcy do portfela konsumenta. Ponadto wskazuje się na możliwość umieszczenia przez strony w treści smart kontraktu postanowienia, które „pozwole na przeniesienie środków w nim zawartych do nowego sprytnego kontraktu, co równoznaczne będzie ze znaną prawu nowacją” (Szczerbowski, 2018, s. 139). W analizowanym przypadku mogłaby ona polegać przykładowo na tym, że uiszczona przez konsumenta liczba jednostek kryptowaluty zostałaby przeniesiona do innego smart kontraktu, który wygenerowałby nowy token i przeniósł go na rzecz konsumenta. Czynność taka mogłaby być skutkiem dokonania przez strony nowej czynności prawnej lub umieszczenia w pierwotnym kodzie smart kontraktu warunku, od którego strony uzależniłyby to działanie. Warunek ten mógłby polegać na osiągnięciu przez strony konsensu w zakresie woli odnowienia zobowiązania. Strony mogłyby także w treści pierwotnego zapisu w łańcuchu bloków uwzględnić warunek w postaci utraty tokena i zawrzeć postanowienie umożliwiające dalsze przysyłanie jednostek kryptowaluty do portfela podmiotu, który jako ostatni posiadał oznaczony token.

Tylko gdyby strony wyraźnie zastrzegły, że świadczenie będzie spełnione wyłącznie w drodze zautomatyzowanej, tak określone świadczenie stałoby się niemożliwe. Natomiast z okoliczności sprawy wynikało, że treść *essentialia negotii* nie obejmowała zautomatyzowanego sposobu wykonania zobowiązania.

#### **3.4. Odpowiedzialność kontraktowa i bezpodstawne wzbogacenie**

W razie wykonania smart kontraktu, pomimo jego wad oraz w sytuacji, gdy konsument nie otrzymał świadczenia wzajemnego, a spełnił swoje świadczenie dochodzi do naruszenia umowy, które przybiera postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z tego powodu celowe jest odwołanie się do Działu II Tytułu VII Księgi Trzeciej kodeksu cywilnego i przepisów o niewykonaniu zobowiązań. W takiej sytuacji stronę, która dopuściła się naruszenia, obciąża odpowiedzialność kontraktowa względem kontrahenta. W stanie faktycznym analizowanym w ramach *TechLawClinic* zastosowanie przepisów o odpowiedzialności kontraktowej doprowadziło do zasądzenia na rzecz konsumenta sumy, która odpowiadała wartością liczbę jednostek kryptowaluty, jaką konsument otrzymałby, gdyby nie utracił tokena i nadal otrzymywał wynagrodzenie za każdy dzień, w którym określona nieruchomość stanowiła przedmiot najmu.

Nieco inaczej natomiast kształtuje się pozycja konsumenta w razie skorzystania przez niego z prawa do wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej. Jak wskazaliśmy wyżej, skutek złożenia tego rodzaju oświadczenia woli manifestuje się wyłącznie w sferze konwencjonalnej. Od właściwości smart kontraktu, z wykorzystaniem którego zawarto umowę, zależy czy oświadczenie wywrze również skutek faktyczny. Jeżeli zapis w łańcuchu bloków nie uwzględnia możliwości modyfikacji umowy, wówczas celowe jest odwołanie się do konstrukcji bezpodstawnego wzbogacenia, gdyż zautomatyzowane wykonanie umowy doprowadzi do osiągnięcia korzyści przez przedsiębiorcę bez podstawy prawnej kosztem konsumenta (Szczerbowski, 2018). W takiej sytuacji zgodnie z art. 405 k.c. konsumentowi przysługuje prawo do żądania zwrotu uzyskanej przez przedsiębiorcę korzyści. Ponieważ konsument nie jest profesjonalistą, wydaje się, że najczęściej spełnione przez niego świadczenie, które stanowi bezpodstawną korzyść przedsiębiorcy, będzie miało charakter świadczenia pieniężnego lub świadczenia w postaci zapłaty określonej liczby rzeczy oznaczonych co do gatunku, np. jednostek kryptowaluty. Dokonując zwrotnego przesunięcia majątkowego, strony powinny uwzględnić stan majątkowy, jaki powstał lub ma powstać po wykonaniu smart kontraktu w całości lub w części, w zależności od specyfiki określonego zobowiązania. Rozwiązanie takie jest jednak „mało efektywne, ponieważ prowadzi do powstania dwóch równoległych zasad rozliczenia – opartej na prawie i opartej na sprytnym kontrakcie” (Szczerbowski, 2018, s. 139). Mimo tego mankamentu odwołanie się do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu pozwala urzeczywistnić ochronę konsumenta w razie wypowiedzenia przez niego umowy lub odstąpienia od niej.

### III. Wnioski

Należy stwierdzić, że przepisy obecnie obowiązujące dotyczące ochrony interesu konsumenta w zdecydowanej większości przypadków znajdują zastosowanie także do umów zawartych z wykorzystaniem smart kontraktów. Rozpatrując możliwość zastosowania tych rozwiązań, trzeba uwzględnić odmienności, które będą konsekwencją specyficznego charakteru smart kontraktów. Wyraźnie na tym tle rysuje się niezmiennalność i automatyzm wykonania smart kontraktów. Szeroki zakres ochrony słabszej strony stosunku prawnego na gruncie aktualnych regulacji pozwala w drodze odpowiedniej wykładni, czyli opartej na znajomości zasad działania smart kontraktów, dostosować te przepisy do zapewnienia konsumentowi skutecznej ochrony. Z punktu widzenia potencjalnych regulacji prawnych, które precyzowałyby problematykę smart kontraktów w obrocie prawnym, w tym konsumenckim, istotniejsze jest doprecyzowanie cech charakterystycznych smart kontraktów niż konstruowanie ich szczegółowych definicji. Zbyt wąskie określenie pojęcia „smart kontraktu” mogłoby uniemożliwić odpowiednie dopasowanie konstrukcji prawnych do występujących w związku z smart kontraktami problemów.

Warto zwrócić szczególną uwagę na techniczną specyfikę tych rozwiązań. Istotny wpływ na pozycję konsumenta będącego stroną umowy zawartej z wykorzystaniem smart kontraktów wywierają cechy tej technologii – niezmiennalność i samowykonalność. Z punktu widzenia słabszej strony umowy kluczowe znaczenie ma wywiązanie się przez przedsiębiorcę z obowiązków przedkontraktowych oraz na etapie kontraktowania, polegających na dostarczeniu konsumentowi jak najpełniejszych informacji o przedmiocie umowy, świadczeniach stron, tożsamości przedsiębiorcy i innych. W przypadku tego rodzaju umów konsument powinien również otrzymać informację



o istotnych cechach technologii smart kontraktów, które mogłyby kształtować jego pozycję odmiennie niż w przypadku umów zawieranych bez użycia tego rozwiązania. Warto podkreślić, że zarówno w interesie przedsiębiorcy, jak i konsumenta leży przekazanie informacji konsumentowi na temat smart kontraktu w jak najpełniejszym zakresie przed zawarciem umowy. Rzetelne wywiązanie się przez przedsiębiorcę z obowiązków informacyjnych pozwala uniknąć pokrzywdzenia konsumenta oraz późniejszych sporów.

Bardzo często umowy z wykorzystaniem smart kontraktów zawierane są poprzez akceptację oferty opartej na wzorcu umownym. Ponadto do ich zawarcia dochodzi w specyficznym środowisku internetowym, tj. w łańcuchu bloków, co ogranicza kontakt między stronami i utrudnia dostosowanie umowy do potrzeb konsumenta. Do tego dochodzi konieczność przełożenia uzgodnień stron w języku naturalnym, w którym sporządzona jest oferta, na język programowania, co może generować rozbieżności w sformułowaniu postanowień umownych. Okoliczności te mogą przekładać się na niekorzystne położenie konsumenta w tego rodzaju zobowiązaniach umownych. Dlatego szczególne znaczenie jako podstawa ochrony prawnej konsumenta mają zwłaszcza przepisy dotyczące klauzul niedozwolonych. Biorąc pod uwagę, że znaczna część tego rodzaju umów opiera się na wzorcach umownych, które nie zostały indywidualnie wynegocjowane, należy przyjąć, że regulacje te potencjalnie często mogą znaleźć zastosowania w stosunkach konsumenckich opartych na smart kontraktach. Smart kontrakty często są wykorzystywane w celach inwestycyjnych i porównywane do transakcji na rynku kapitałowym. Jednakże z uwagi na ich potencjalnie szerokie zastosowanie również w innych branżach uważamy, że w celu zwiększenia zaufania do tej technologii oraz jej upowszechnienia, standard ochrony konsumentów w tych stosunkach powinien być porównywalny do obowiązującego w przypadku umów tradycyjnych.

Dobłą praktyką stron umawiających się z wykorzystaniem smart kontraktu powinno być wskazanie prawa właściwego dla umowy oraz wskazanie sądu właściwego do rozstrzygnięcia sporów, jakie mogą z niej wyniknąć. Smart kontrakty nadal pozostają nieuregulowane w prawach zarówno polskim, jak i UE. Jakkolwiek w UE obowiązują kompleksowe regulacje dotyczące właściwości prawa oraz właściwości sądów w sprawach wynikających ze stosunków umownych, w przypadku tego rodzaju umów mogą ujawnić się poważne problemy związane ze wskazaniem prawa oraz sądu właściwego. Bezpośrednie wskazanie w treści umowy zdecydowanie ułatwiłoby rozwiązywanie i tak skomplikowanych sporów wynikłych na tym tle.

Trudności te wynikają przede wszystkim z anonimowości umów zawieranych z wykorzystaniem smart kontraktów w publicznych blockchainach. Bez ustalenia tożsamości kontrahenta nietrudno może być ustalenie prawa i sądu właściwego, lecz przede wszystkim przeprowadzenie procesu lub postępowania arbitrażowego, a następnie egzekwowanie wyroku. Zważywszy na potencjalnie szerokie zastosowanie smart kontraktów, przypuszczamy, że z czasem technologia ta stanie się w mniejszym stopniu anonimowa, co częściowo rozwiąże nakreślone wyżej problemy i dodatkowo zwiększy zaufanie do transakcji dokonywanych z jej wykorzystaniem.

## Bibliografia

- Brzozowski, A., Jastrzębski, J., Kaliński, M. i Skowrońska-Bocian, E. (2019). *Zobowiązania: część ogólna*. Warszawa: Wolter Kluwer.
- Buchwald, M. (2020). Smart Contract dispute resolution: the inescapable flaws of blockchain-based arbitration. *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 1369–1423. Pozyskano z: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn_law_review).
- Ciszewski, J. i Nazaruk, P. (red.). (2019). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gerhardt, D.R. i Thaw, D. (2020). Bot Contracts. *Arizona Law Review*, 62, 877.
- Hadrowicz, S. (2020). *Smart kontrakt jako umowa*. *Monitor Prawny Handlowy*, (4). Legalis.
- Kowacz, K. i Wielgus, K. (2021). *Smart kontrakty w prawie umów*. Kraków: Wydawnictwo Księgarnia Akademicka.
- Kubik, S. i Drzewiecki, Z. (2019). Rozwiązywanie sporów powstałych na gruncie smart kontraktów. *Dodatek do Monitora Prawniczego*, 21. Legalis.
- Kuchta, R. (2016). *Czy inteligentny kontrakt może być umową?* Blockchain, inteligentne kontrakty i DAO. Pozyskano z: [https://wardynski.com.pl/upload/wordpress/2016/10/Wardynski-i-Wspolnicy\\_-Blockchain-inteligentne-kontrakty-i-DAO.pdf](https://wardynski.com.pl/upload/wordpress/2016/10/Wardynski-i-Wspolnicy_-Blockchain-inteligentne-kontrakty-i-DAO.pdf).
- Levi, S.D., Lipton, A.B., Skadden, Arps, Slate, Meagher i Flom LLP (2018). *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. Pozyskano z: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations>.
- Lubasz, D. i Namysłowska, M. (red.). (2015). *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer/LEX.
- Osajda, K. (red.). (2019). *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Pecyna, M. i Behan, A. (2020). Smart contracts – nowa technologia prawa umów? *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3, 187–216.
- Pietrzykowski, K. (red.). (2020). *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1-449<sup>10</sup>*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Południak-Gierz, K. (2020). *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Stolarski, P. i Gańczyk, J. (2018). Wykorzystanie technologii inteligentnych kontraktów jako platformy dla mikroubezpieczeń. *Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, 541. <https://doi.org/10.15611/pn.2018.541.20>.
- Szczerbowski, J. (2018). *Lex Cryptographia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Szewczyk, J. (2018). O cywilnoprawnych aspektach bitcoina. *Monitor Prawniczy*, (5). Legalis.
- Szewczyk, J. (2018a). Pojęcie papieru wartościowego w kontekście tokenów cyfrowych – cz. 2. *Monitor Prawa Handlowego*, (4). Legalis.
- Szostek, D. (2018). *Blockchain a prawo*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.

## Odpowiedzialność za roboty inteligentne

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Istota robotów inteligentnych
  1. Pojęcie „robota inteligentnego”
- III. Pojęcie „sztucznej inteligencji”
- IV. Osobowość prawna robota inteligentnego
- V. Zasady odpowiedzialności za roboty inteligentne
  1. Uwagi ogólne
  2. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka
  3. Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny
  4. Odpowiedzialność na zasadzie winy
- VI. Roboty inteligentne a ubezpieczenia
  1. Uwagi ogólne
  2. Obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej
  3. *No-fault insurance*
- VII. Podsumowanie

### Streszczenie

Artykuł przedstawia pojęcia „robotów inteligentnych” i „sztucznej inteligencji”. Autorka dokonuje analizy możliwości nadania robotom inteligentnym osobowości prawnej oraz określa zasady, reżimy i przesłanki odpowiedzialności za działania wyrządzone przez robota inteligentnego. Przedmiotem pracy jest także scharakteryzowanie możliwych wariantów ubezpieczenia na wypadek szkód wyrządzonych przez robota inteligentnego – obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i *no-fault insurance*.

**Słowa kluczowe:** sztuczna inteligencja; roboty inteligentne; odpowiedzialność za roboty inteligentne; ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej; *no-fault insurance*.

**JEL:** K1, K15

---

\* Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1379-9611>.

## I. Wprowadzenie

Życie w XXI wieku to życie w otoczeniu nowych technologii – zgodnie z badaniami Głównego Urzędu Statystycznego z 2019 r. w Polsce ponad 80% gospodarstw domowych posiada przynajmniej jeden komputer (GUS, 2019), a sztuczna inteligencja to już nie science-fiction. Korzystamy z niej, używając aplikacji Google Maps, która wskazuje nam najszybszą drogę czy YouTube'a proponującego obejrzenie następnego filmiku w oparciu o naszą wcześniejszą aktywność. Słynny autonomiczny samochód Tesli to nic innego, jak robot wyposażony w SI. Chociaż dalszy rozwój technologii i możliwość korzystania z robotów inteligentnych w medycynie, prawie czy rolnictwie brzmi ekscytująco, to by było to bezpieczne dla użytkowników i mogło ułatwić rozwój twórcom, za postępek technicznym musi nadać prawo. Przed państwami, które chcą wziąć udział w wyścigu technologicznym stoi zadanie sformułowania zasad etycznych, określenia przesłanek i podmiotów odpowiedzialnych za działania robotów inteligentnych, a także stworzenie ram ewentualnego ubezpieczenia. Analiza proponowanych w literaturze rozwiązań oraz komparatystyka postulatów unijnych i krajowych dotyczących wyżej wskazanych kwestii będzie przedmiotem niniejszego artykułu.

## II. Istota robotów inteligentnych

### 1. Pojęcie „robota inteligentnego”

Prawnicze rozważania nad odpowiedzialnością za działania maszyn inteligentnych należy poprzedzić próbą sprecyzowania pojęć „robot autonomiczny” oraz „robot inteligentny” ze względu na brak definicji legalnej robota autonomicznego i robota inteligentnego tak w ustawodawstwie krajowym, jak i na szczeblu unijnym. Sformułowaniem jednolitych i wspólnych dla państw członkowskich definicji ma zająć się Komisja Europejska na mocy Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r., zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL))<sup>1</sup>. Zgodnie z Rezolucją, robotem inteligentnym będzie ten, który spełnia wszystkie następujące z 5 kryteriów: 1) zdobywa autonomię za pomocą czujników lub za pomocą wymiany danych z otoczeniem (przez wzajemne połączenia) oraz przez wymianę i analizę tych danych; 2) posiada przynajmniej minimalną formę fizyczną; 3) dostosowuje swoje zachowania i działania do otoczenia; 4) nie posiada funkcji życiowych w sensie biologicznym; 5) kryterium fakultatywne – posiada zdolność samokształcenia na podstawie zdobytego przez siebie doświadczenia i interakcji z otoczeniem.

Wydaje się, że wskazanie ostatniej przesłanki jako nieobligatoryjnej jest celowe, ponieważ dzięki temu robot bez zdolności uczenia się będzie tylko robotem autonomicznym<sup>2</sup>, ten zaś wyposażony w umiejętność samodoskonalenia stanie się robotem inteligentnym. Aktualnie statusy obu rodzajów robotów nie są prawnie uregulowane, a takie rozróżnienie pozwoli na stworzenie

<sup>1</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL)) (Dz.U. UE. C. z 2018 r. Nr 252, str. 239).

<sup>2</sup> Jak wskazują C. i T. Hughes, robotem autonomicznym będzie ten, który: 1) jest w stanie wykrywać zmienne środowiska wewnętrznego i zewnętrznego za pomocą oprogramowania i minimum 1 czujnika; 2) praca robota jest sterowana za pomocą programu; 3) oprogramowanie robota musi reagować na zmienne minimum w 1 sposób; 4) maszyna musi posiadać własne źródło prądu; 5) robot musi rozumieć język, który ją zaprogramował; 6) robot musi wykonywać program samodzielnie; 7) robot nie może być organizmem żywym (zob. Hughes i Hughes, 2017, s. 20).

kompleksowych norm dotyczących maszyn i autonomicznych, i inteligentnych. Chociaż roboty autonomiczne są co do zasady przewidywalne<sup>3</sup> (mogą działać tylko tak, jak zaprogramował je człowiek), można sobie jednak wyobrazić wiele sytuacji, w których będzie to utrudnione. Przykładowo, robot błędnie zrozumie polecenie i wykona czynność powodującą szkodę; robot latający wyłączy się w trakcie lotu i spadnie, wybijając szybę czy uderzając przechodnia w głowę. Zdecydowanie większym ryzykiem obarczone jest korzystanie z robota inteligentnego, którego działanie nie jest już w pełni podporządkowane ludzkim decyzjom. Nadto chociaż producent może ograniczyć pewne funkcje maszyny, nie będzie miał on wpływu na jej ostateczny „kształt” z uwagi na to, że robot uczy się m.in. poprzez interakcje z otoczeniem, a środowisko nauki jest zależne wyłącznie od posiadacza. Określenie podmiotu odpowiedzialnego jest więc działaniem niezbędnym w kontekście robotów inteligentnych.

### III. Pojęcie „sztucznej inteligencji”

Powszechne rozumienie terminu „sztuczna inteligencja” jako gałęzi informatyki tworzącej symulatory ludzkiego myślenia w postaci programów komputerowych<sup>4</sup> jest, jak słusznie wskazuje się w literaturze, zjawiskiem o charakterze socjologicznym oraz subiektywnym i nie może mieć przełożenia na regulacje prawne, nie tłumaczy bowiem tego pojęcia w sposób techniczny, a jedynie odnosi się do ludzkiego wyobrażenia na ten temat (Zieliński, 2020). Bardziej precyzyjne jest sformułowanie z dokumentu opracowanego przez Komisję Europejską „Sztuczna Inteligencja dla Europy” z dnia 25 kwietnia 2018 r., który stanowi, że „termin sztuczna inteligencja odnosi się do systemów, które wykazują inteligentne zachowanie dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia autonomicznie – w celu osiągnięcia konkretnych celów”<sup>5</sup>. Słusznie wskazuje się tu na odbieranie przez robota sygnałów ze środowiska oraz oddziaływanie na to środowisko, brakuje jednak odniesienia do samodoskonalenia się, które jest obligatoryjną umiejętnością przypisaną robotowi inteligentnemu. Każdy tego typu robot musi mieć zdolność uczenia się, nie każdy jednak musi posiadać ją w identycznym stopniu zaawansowania. Rozróżnia się bowiem dwa rodzaje sztucznej inteligencji: „słabą” oraz „silną”, z czego ta pierwsza pozwala na symulowanie ludzkiego myślenia, druga zaś jest zdolna do samodzielnego myślenia<sup>6</sup>.

Aktualnie nie istnieje żaden robot wyposażony w silną sztuczną inteligencję – a niektórzy badacze twierdzą, że może on nigdy nie powstać (Zieliński, 2020). Posiadamy jednak dosyć dobrze rozwiniętą słabą sztuczną inteligencję, w ramach której można wyodrębnić kilka form zaawansowania w zależności od ludzkiego zaangażowania w kontrolowanie maszyny. Jak wskazuje Tomasz Zieliński, podstawowy z robotów wyposażony w sztuczną inteligencję może tylko dostarczać informacji, jak robi to Google Maps, wskazując możliwą najszybszą drogę w danej chwili (decyzję jednak pozostawiając nam), ten na poziomie pośrednim zaproponuje konkretne działanie (na przykład w postaci komend zwolnij, przyspiesz), ale również nie wykona ich za

<sup>3</sup> Wynika to z programowalności robotów autonomicznych – są one wyposażone w zestaw instrukcji, które określają: rodzaj, czas, miejsce, warunki oraz sposób wykonywanego przez robota działania, przez co działa on samodzielnie, ale tylko w określony sposób (zob. Hughes i Hughes, 2017, s. 20).

<sup>4</sup> Za *Słownikiem języka polskiego* PWN, jest to „dział informatyki badający reguły rządzące zachowaniami umysłowymi człowieka i tworzący programy lub systemy komputerowe symulujące ludzkie myślenie” (zob. *Słownik języka polskiego*. Warszawa: PWN. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/sztuczna-inteligencja;2466532.html> (10.11.2020).

<sup>5</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 25.04.2018 r. „Sztuczna inteligencja dla Europy” (COM/2018/237 final). Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0237> (20.11.2020).

<sup>6</sup> Silna sztuczna inteligencja prawdopodobnie posiadałaby świadomość tego, że istnieje (zob. Bringsjord i Govindarajulu, 2020).

nas, natomiast najbardziej zaawansowany robot inteligentny jest w stanie prowadzić samochód, a nasza rola zostanie zminimalizowana do kontroli. Mając na uwadze dążenie do rozwijania autonomiczności w robotach inteligentnych i ewentualną ludzką zawodność w nadzorze nad nimi, określenie zasad i podmiotu odpowiedzialnego czy to poziomie krajowym, czy wspólnotowym zdaje się być kwestią priorytetową.

#### IV. Osobowość prawna robota inteligentnego

Z rozważaniami na temat odpowiedzialności cywilnej za robota inteligentnego nierozdzielnie połączona jest kwestia jego osobowości. Ponieważ wciąż w większości krajów świata roboty nie mają uregulowanego statusu prawnego, doktryna oraz prawodawca unijny wypracowali wachlarz rozmaitych koncepcji. W Rezolucji PE proponowane jest nadanie zaawansowanym robotom inteligentnym statusu osób elektronicznych, dla których określenie ich jako produktu lub rzeczy zdają się niewystarczające, a które dzięki temu odpowiadałyby za naprawienie wyrządzonych przez siebie szkód. Rezolucja nie precyzuje szczegółów tego nowatorskiego pomysłu. W polskiej literaturze przykładowo postuluje się, że mógłby to być status zbliżony do osobowości prawnej, lecz powstały w ten sposób podmiot posiadałby ograniczoną zdolność do czynności prawnych w celu sprawowania nad nim kontroli (Anusz, 2019). Wydaje się, że jest to koncepcja zbliżona do proponowanego w amerykańskiej literaturze przyznania robotom osobowości na wzór tej posiadanej przez osoby prawne (Vladeck, 2014), ponieważ osoba elektroniczna to forma zbliżona do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w której wspólnicy rejestrowaliby robota inteligentnego jako „spółkę”. Wspólnicy w celu utworzenia osoby elektronicznej byłiby zobowiązani do stworzenia kapitału zakładowego, którego wysokość zależałaby od ryzyka popełnienia deliktu przez robota. Tym sposobem maszyna wyposażona w sztuczną inteligencję odpowiadałaby ze swojego własnego majątku.

Chociaż te i inne koncepcje są szeroko rozpatrywane przez przedstawicieli doktryny, to ostatecznie są przez nich odrzucane, ponieważ obecnie istniejące roboty są wyposażone w „słabą sztuczną inteligencję” i bezcelowe jest nadawanie im osobowości prawnej. Jeszcze bardziej radykalne stanowisko zajmuje Polska. W dokumencie „Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027” sprzeciwia się nadaniu sztucznej inteligencji osobowości prawnej w prawie polskim i międzynarodowym (MC i MPiT, 2020, s. 42). Takie skrajne podejście może być usprawiedliwione okresem, na jaki ten plan rozwoju jest przygotowany (i stanowiskiem, że silna sztuczna inteligencja nie powstanie przed rokiem 2027), aczkolwiek należy odnieść się do niego krytycznie, szczególnie w aspekcie odrzucania projektów na arenie międzynarodowej. Faktycznie, w najbliższych latach sprecyzowanie zasad odpowiedzialności i podmiotu odpowiedzialnego za czyny robotów inteligentnych zdaje się być wystarczające, jednak unijna inicjatywa wypracowania zasad i stworzenia ram przyszłych regulacji nie jest działaniem przedwczesnym, a w kontekście głosów futurologów, którzy twierdzą, że w roku 2050 będą już istnieć maszyny dorównujące ludzkim umiejętnościom (Newseria, 2018) – może pojawiła się nawet zbyt późno.

## V. Zasady odpowiedzialności za roboty inteligentne

### 1. Uwagi ogólne

Aktualnie na świecie specyficzne przepisy dotyczące odpowiedzialności robotów inteligentnych odnoszą się tylko do samochodów autonomicznych, a uregulowanie pozostałych kategorii robotów wciąż jest przedmiotem prac legislacyjnych w Europie i poza nią. W polskiej literaturze przedmiotu jako podstawę odpowiedzialności analizuje się oba źródła odpowiedzialności, jednak z uwagi na wyraźne wskazanie kierunku stanowienia prawa przez Unię Europejską w komunikatach i wytycznych w tym temacie, rozważania należy poświęcić odpowiedzialności deliktowej, w szczególności opartej na zasadzie ryzyka. Przedstawiona poniżej analiza dotyczy robotów wyposażonych w słabą sztuczną inteligencję, wobec których nieplanowane jest nadanie osobowości prawnej, przez co należy je traktować jako rzecz, produkt lub zwierzę. Zwroty dysponent, użytkownik, właściciel w literaturze używane są zamiennie i odnoszą się do podmiotu odpowiedzialnego innego niż producent.

### 2. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka

Jako przykład metody uregulowania odpowiedzialności za działania robotów inteligentnych podawana jest jedna z zasad reżimu odpowiedzialności deliktowej – ryzyko. Jej założenia polegają na zaostrzeniu odpowiedzialności poprzez uniezależnienie jej od powstania winy i bezprawności, przez co przesłankami jej zaistnienia są tylko szkoda, która została wyrządzona w warunkach danego przepisu (w przypadku art. 435 k.c. – w ramach prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa czy art. 436 k.c. – ruchu pojazdu) oraz związek przyczynowy między szkodą a warunkami. W każdym przepisie statuującym odpowiedzialność na zasadzie ryzyka znajdują się okoliczności wyłączające – dla art. 435 k.c. są to powstanie szkody: przez działanie siły wyższej, wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej (Kaliński, 2018).

Za słuszością stosowania tej zasady w przypadku robotów inteligentnych przemawia wzmocnienie pozycji poszkodowanego i lepsza ochrona jego dóbr, ponieważ nie będzie musiał on wykazywać ani winy osoby posługującej się robotem inteligentnym, ani wadliwości robota. Docelowo można byłoby objąć odpowiedzialnością również producentów robotów, przykładowo w ramach art. 435 k.c. działających jako przedsiębiorcy (Krasuski, 2020). W doktrynie można znaleźć głosy wyrażające niepokój co do konsekwencji stosowania tej zasady – taka zaostrzona odpowiedzialność mogłaby zniechęcić prywatnych użytkowników i spowolnić rozwój przedsiębiorców używających przy produkcji sztucznej inteligencji (Labuhn, 2020).

Aby chociaż częściowo temu zapobiec, pojawiają się stanowiska aprobujące wyłączenie z kategorii podmiotów odpowiedzialnych tych użytkowników robota, którzy nie są profesjonalistami. Według niektórych autorów (Chłopecki, 2020), ponoszenie przez prywatnych dysponentów maszyn inteligentnych odpowiedzialności na zasadzie ryzyka jest „niezyciowe”, a strach przed jej poniesieniem skutecznie ograniczy chętnych do korzystania z robotów. Argumentem za taką formą regulacji jest fakt, że większość maszyn o wysokim potencjalnym stopniu zagrożenia, czyli inteligentnych robotów medycznych, wykonujących usługi prawnicze, wykorzystywanych na giełdzie, należy do przedsiębiorstwa, co będzie skutkowało zastosowaniem zasady ryzyka. Ta sama

zasada będzie również zastosowana w stosunku do użytkownika samochodu autonomicznego wyposażonego w sztuczną inteligencję, dodatkowo będzie on zaś obowiązany do ubezpieczenia odpowiedzialności za szkody spowodowane ruchem tego pojazdu.

### 3. Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny

O zastosowaniu do robotów przepisów o produkcie niebezpiecznym informuje przywołana wcześniej Rezolucja Parlamentu Europejskiego<sup>7</sup>. Implementowana do prawa krajowego w postaci nowych przepisów kodeksu cywilnego dyrektywa nr 85/374/EWG<sup>8</sup> statuuje, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za produkty posiadające wady ponosi producent lub importer oraz definiuje produkt jako „każdą rzecz ruchomą, z wyjątkiem surowców rolnych i produktów łowiectwa [...]”, Rezolucja precyzuje zaś, że w ramach tego pojęcia mieszczą się roboty autonomiczne i roboty wyposażone w sztuczną inteligencję, lecz nieposiadające zdolności do samodzielnego dokonywania decyzji, dlatego wobec nich trzeba będzie bądź doprecyzować obecną, bądź stworzyć nową regulację. Przesłankami powstania odpowiedzialności producenta są wytworzenie lub dystrybucja wadliwego produktu w ramach swojej działalności gospodarczej, zaistnienie szkody oraz związek przyczynowy pomiędzy tymi dwoma warunkami. Przesłankami wyłączającymi odpowiedzialność wymienionymi w dyrektywie są natomiast: udowodnienie, że produkt nie został wprowadzony do obrotu (przeniesienie odpowiedzialności na importera); ujawnienie się wady produktu po wprowadzeniu do obrotu; wykazanie, że produkt nie został wyprodukowany w celu sprzedaży bądź w ramach działalności gospodarczej; udowodnienie, iż wada produktu jest wynikiem zgodności z przepisami; wykazanie, że stan wiedzy technicznej w chwili wprowadzenia do obrotu nie pozwolił na wykrycie wady.

Słusznie wskazuje się, że nie wszystkie przesłanki egzoneracyjne powinny odnosić się do maszyn inteligentnych – jeśli producent będzie posiadał kontrolę nad aktualizacjami i zmianami nawet po sprzedaży, nie może powoływać się na ujawnienie wady produktu po wprowadzeniu do obrotu (Jagielska, 2020). Inaczej należy skonstruować regulacje w sytuacji, kiedy znacząco wzrasta umiejętność samouczenia się robota lub kontrola producenta zostaje nad nim ograniczona na rzecz użytkownika; w obu sytuacjach odpowiedzialność producenta powinna zostać ograniczona (Krasuski, 2020). Kilka trudności zauważa Komisja Europejska w dokumencie „Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania”<sup>9</sup>. Problematyczne w przypadku maszyn inteligentnych wydaje się wykazanie związku przyczynowego między szkodą a wadliwością produktu – pomimo wyposażenia robota w sztuczną inteligencję wciąż pozostaje on urządzeniem, które może błędnie odczytać dane, może się „zawiesić” czy, niezależnie od posiadania najwyższych dostępnych zabezpieczeń, być ofiarą ataku cybernetycznego. W przytoczonych sytuacjach szkoda nie będzie wynikiem wady produktu, dlatego najprawdopodobniej wina zostanie przypisana użytkownikowi robota.

<sup>7</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL)) (Dz.U. UE. C. z 2018 r. Nr 252, str. 241).

<sup>8</sup> Dyrektywa Rady z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (Dz.U. UE. L. z 1985 r. Nr 210, str. 29 z późn. zm.).

<sup>9</sup> European Commission (2020), *White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, European Commission (online: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)), str. 17.



#### 4. Odpowiedzialność na zasadzie winy

W literaturze przedmiotu jako kolejny wariant unormowania odpowiedzialności deliktowej za roboty inteligentne wysuwa się odpowiedzialność opartą na zasadzie winy. Aby zaistniała, muszą wystąpić następujące przesłanki: wina, szkoda, związek przyczynowy między nimi oraz bezprawność<sup>10</sup>. Pojęcie „winy” ujmowane jest na dwa sposoby; po pierwsze w ramach tzw. teorii psychologicznej, według której istotne jest nastawienie sprawcy do wyrządzonego czynu, po drugie w ramach teorii normatywnej, wobec której wina jest zbieżna z niewłaściwym zachowaniem (Kaliński, 2018). Standard wyrażony w art. 415 k.c. modyfikuje art. 431 k.c., stanowiący o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta. Warunkami jej powstania są: chowanie lub posługiwanie się zwierzęciem, które wyrządziło szkodę oraz związek przyczynowy między szkodą a zdarzeniem powodującym szkodę, które musi nastąpić koniecznie z własnego popędu zwierzęcia<sup>11</sup>. To właśnie art. 431 k.c. i wina w nadzorze nad zwierzęciem miałyby być stosowane w przypadku wyrządzenia szkody przez robota inteligentnego.

Postulowane są dwie możliwości uregulowania odpowiedzialności opartej na tej formie winy. Według A. Chłopeckiego (2018), zakres podmiotowy dysponentów robotów ograniczałby się tylko do osób prywatnych, przedsiębiorcy zaś odpowiedzialiby za szkody na zasadzie ryzyka. Użytkownik, którego urządzenie wyrządziło szkodę, z odpowiedzialności zwalniałby się przez udowodnienie, że jego działanie było prawidłowe, ponieważ zgodne z instrukcją. Ponadto dotyczyłoby to wszystkich rodzajów maszyn inteligentnych, niezależnie od wyglądu i funkcji. Nieco węższą propozycję wysuwa A. Krasuski (2020). Aprobuje on możliwość uznania robota inteligentnego za zwierzę, jednak w ściśle określonych warunkach: albo urządzenie będzie wizualnie zbliżone do wyglądu zwierzęcia, albo będzie zachowywało się jak zwierzę, albo będzie posiadało obydwie wskazane wyżej cechy. Powodem ograniczenia kategorii robotów jest fakt, że skoro robot celowo stworzony został na podobieństwo zwierzęcia, to ulokowanie go w reżimie odpowiedzialności za winę w nadzorze nad zwierzęciem jest zgodne z intencją. Chociaż koncepcje użycia zasady winy czy ryzyka są interesujące, raczej nie będą miały przełożenia na rzeczywistą regulację unijną czy krajową, tekst Rezolucji wyraźnie bowiem sugeruje użycie konstrukcji odpowiedzialności za produkt niebezpieczny jako podstawę odpowiedzialności.

## VI. Roboty inteligentne a ubezpieczenia

### 1. Uwagi ogólne

Analiza reżimów, zasad oraz podmiotu odpowiedzialnego za działania robotów prowadzi do pytania, jak można skutecznie zabezpieczyć się przed skutkami tej odpowiedzialności w postaci roszczeń odszkodowawczych. W maju 2020 r. w Japonii pojawiły się pierwsze dostępne na świecie ubezpieczenia od wypadków i szkód wyrządzonych przez roboty (PAP, 2020). Potrzeba ta pojawiła się w wyniku nie nagłego rozwoju sztucznej inteligencji, a wybuchu pandemii wirusa SARS-CoV-2 i konieczności ograniczenia kontaktów z ludźmi. Inteligentne roboty wykonują prostą pracę, taką jak dostarczanie żywności lub dezynfekcja powierzchni, lecz mimo to ubezpieczyciel Sompo Japan zdecydował, że ze względu na powszechność użycia maszyn warto wprowadzić

<sup>10</sup> W literaturze przedmiotu panuje spór nad tym czy bezprawność to przesłanka odpowiedzialności, czy element winy (zob. Kaliński, 2018, nb. 40).

<sup>11</sup> Wyr. SN z 6.06.1968 r., I CR 148/68, OSNC 1969, nr 11, poz. 199.

taką usługę do swojej oferty i istnieje duża szansa, że ubezpieczyciele z innych krajów podążą tą drogą.

W literaturze przedmiotu oraz dokumentach przygotowanych przez Unię Europejską jako propozycja wskazywane jest tylko jedno ubezpieczenie – obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, na wzór ubezpieczeń komunikacyjnych. Stanowisko doktryny amerykańskiej kształtuje się nieco inaczej z uwagi na bardziej popularny w Stanach Zjednoczonych i Kanadzie system *no-fault insurance* (Levy, 2020), w którym odszkodowanie należy się poszkodowanemu niezależnie od winy sprawcy i jego odpowiedzialności cywilnej, stosowany jest on głównie przy ubezpieczeniu posiadaczy pojazdów.

## 2. Obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej

Według art. 822 k.c., „przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony”. Oznacza to, że aby po stronie ubezpieczyciela zaistniał obowiązek wypłaty świadczenia odszkodowawczego osobie trzeciej, po stronie ubezpieczającego bądź ubezpieczonego musi powstać odpowiedzialność cywilna za popełnioną szkodę wobec osoby trzeciej (Krajewski, 2020). Jednym ze źródeł szkody jest czyn niedozwolony, jak również wadliwość produktu niebezpiecznego. Ponieważ może być to szkoda zarówno majątkowa, jak i niemajątkowa, osoba poszkodowana może ubiegać się o zadośćuczynienie za krzywdę (Szczerbowski, 2020). Niekiedy obowiązek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej może być nałożony ustawowo – jest tak w przypadku posiadaczy pojazdów mechanicznych<sup>12</sup>.

Taka konstrukcja obligatoryjnego ubezpieczenia jest proponowana w Rezolucji w sprawie robotyki. Parlament Europejski sugeruje Komisji oraz sektorowi ubezpieczeń stworzenie nowej kategorii ubezpieczeń obowiązkowych dla zaawansowanych technicznie robotów, dodatkowo wzmocnionych funduszem, z którego wypłacane byłoby odszkodowanie za szkody nieobjęte ubezpieczeniem; również małe roboty autonomiczne objęte miałyby być specjalnym, indywidualnym funduszem. Oba fundusze służyłyby również (na wzór Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego) do wypłaty świadczenia w przypadku, gdy szkoda została wyrządzona przez robota nieubezpieczonego przez podmiot zobowiązany. Składka ubezpieczeniowa miałyby być płacona albo cyklicznie przez czas korzystania z robota, albo jednorazowo przy wprowadzeniu robota na rynek. W celu bardziej efektywnego uzyskania odszkodowania, roboty objęte ubezpieczeniem podlegałyby obowiązkowi wpisania do stworzonego przez Unię Europejską rejestru.

W rejestrze zostałyby wpisane również dane producenta oraz właściciela urządzenia, będących podmiotami zobowiązanymi do zawarcia umowy ubezpieczenia robota. Rezolucja nie precyzuje tego budzącego wątpliwości zagadnienia. Za pozostawieniem producenta w kręgu obciążonych obowiązkiem przemawia zmniejszone ryzyko niezawarcia umowy ubezpieczenia, jednak przeciwko takiej regulacji istnieją co najmniej trzy istotne argumenty. Po pierwsze, producent po sprzedaniu produktu klientowi przestaje mieć wpływ na działanie robota, ponieważ to od właściciela zaczyna zależeć jego zachowanie. Po drugie, producent najprawdopodobniej zawrze

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 2214 z późn. zm.).

umowę z ubezpieczycielem znajdującym się w kraju jego działalności, co zdaje się być potencjalnie problematyczne w przypadku właściciela używającego robota tylko i wyłącznie w swoim, innym państwie. Po trzecie, nieuzasadnione jest nakładanie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia na producenta w przypadku, kiedy robot jest wykorzystywany przez właściciela nieskłonno do opłacania składki ubezpieczeniowej. Z uwagi na powyższe, obowiązek ubezpieczenia w przypadku producenta należałoby gruntownie doprecyzować.

Głównym motywem przemawiającym za wprowadzeniem obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla dysponentów robotów inteligentnych jest ułatwienie w ustaleniu podmiotu odpowiedzialnego dzięki rejestrowi i opłacaniu składek, ponadto obligatoryjność zapewniłaby wysokie prawdopodobieństwo pokrycia odszkodowania. Potencjalnie problematyczne może się za to okazać zobowiązanie sektora ubezpieczeniowego do opracowania adekwatnych co do ryzyka ubezpieczeniowego usług – głównie z powodu początkowej małej ilości użytkowanych robotów inteligentnych (Krasuski, 2020). Stworzenie kompleksowego i działającego systemu będzie więc wymagać od Unii i ubezpieczycieli współpracy na wielu płaszczyznach.

### 3. *No-fault insurance*

Ubezpieczenie *no-fault* jest specyficznym ubezpieczeniem komunikacyjnym, funkcjonującym głównie w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i krajach skandynawskich. Jego istotą jest skrócenie procesu prowadzącego do uzyskania odszkodowania, ponieważ należy się ono niezależnie od winy i odpowiedzialności deliktowej sprawcy, a z żądaniem wypłaty poszkodowany zwraca się bezpośrednio do własnego ubezpieczyciela (Samson, 2017). *No-fault insurance* pokrywa wszelkie koszty leczenia<sup>13</sup> ubezpieczonego kierowcy oraz jego pasażera, i w odróżnieniu od ubezpieczeń opartych na odpowiedzialności deliktowej nie ma znaczenia czy winnym szkody jest inny uczestnik ruchu drogowego, czy kierowca, nie bada się bowiem winy w ogóle. Dodatkowo sprawca zdarzenia nie ponosi odpowiedzialności wobec poszkodowanego, przez co przesłanką wypłaty świadczenia ubezpieczyciela jest tylko wyrządzona szkoda. Chociaż poprzez te dwie cechy korzystanie z *no-fault insurance* skutkuje szybszą i efektywniejszą kompensacją, to nie jest ona pełna, ponieważ utrzymanie takiego samego poziomu wysokości odszkodowania jak w systemie deliktowym oraz objęcie ubezpieczeniem szkód zarówno majątkowych, jak i niemajątkowych wiązałoby się m.in. z podniesieniem kosztów (Ludwichowska, 2011). Z uwagi na to stosowane są ograniczenia w postaci ograniczenia wysokości świadczenia ubezpieczyciela, a ponadto niemożliwość uzyskania zadośćuczynienia.

Supozycja zastosowania takiego rozwiązania jest przedmiotem dyskusji głównie w amerykańskiej literaturze, a wysunął ją D. Levy już w 2012 roku<sup>14</sup>. Chociaż konstrukcja *no-fault insurance* jest znacząco odmienna od ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jako podmioty odpowiedzialne za robota inteligentnego i zobowiązane do uiszczania składki ubezpieczeniowej Levy wyznaczył ten sam krąg – producenta, właściciela bądź użytkownika. Zauważając również problem związany z czasem użytkowania robota i okresem płacenia składek, autor proponuje uzależnić obowiązek od użytkowania (nie korzystasz = nie płacisz), a nawet nakazać producentom

<sup>13</sup> Jako przykłady, co mieści się w pojęciu „koszty leczenia” można wymienić: rachunki medyczne, utracone zarobki, niezbędne usługi w tym opieka nad dziećmi, sprzątanie bądź zakupy spożywcze, koszty pogrzebu pasażera (więcej: Steenson, 2019, rozdz. 8).

<sup>14</sup> Mowa o artykule *When robots do wrong*. In *Conference on Advances in Computing and Entertainment*, Kathmandu, 2012 (za Levy, 2020, s. 9).

opłacenie pierwszego roku trwania ubezpieczenia, by mieć pewność, że robot będzie ubezpieczony. Przeciwnicy zastosowania *no-fault insurance* do robotów krytykują głównie jego obligatoryjność, twierdząc, że jest to nie do wyegzekwowania w przypadku nowych technologii z uwagi na brak fizycznych granic w wielu aspektach. W odpowiedzi na te zarzuty Levy stwierdza, że takie rozwiązanie międzynarodowe działa w innych kwestiach – i prawdopodobnie będzie działać co do robotów inteligentnych – w Unii Europejskiej.

## V. Podsumowanie

Rozważania dotyczące unormowania statusu robotów inteligentnych prowadzą do wniosku, że ich kompleksowa regulacja jest słuszna, a wręcz niezbędna. Dostosowanie obowiązującego prawa czy niekiedy stworzenie nowych regulacji jest szczególnie istotne dla przedsiębiorców zajmujących się nowymi technologiami, ponieważ wyznaczenie obowiązków i zasad, według których będą musieli tworzyć urządzenia inteligentne sprawi, że nie będą mogli być później oskarżeni o działanie nieetyczne czy niezgodne z prawem. Jest to istotne również dla konsumentów korzystających z robotów, których bezpieczeństwo psychiczne i fizyczne wobec tak rozwiniętej techniki powinno być priorytetem.

Proponowane w aktach Unii Europejskiej rozwiązania zdają się odpowiadać potrzebom nowoczesnego społeczeństwa. Nadanie najbardziej zaawansowanym robotom statusu elektronicznej osoby prawnej jest działaniem nieco wykraczającym poza aktualne możliwości techniki, lecz zdecydowanie nie „nadgorliwym”. Ustanowienie obowiązku ubezpieczenia i stworzenie rejestru oraz funduszy odszkodowawczych to słuszna reakcja na ryzyko związane z popełnieniem szkody przez roboty inteligentne oraz ochrona wszystkich podmiotów prawa przed trudnościami z uzyskaniem odpowiedniej kompensacji.

## Bibliografia

- Anusz, A. (2019). Podmiotowość prawna osoby elektronicznej a rozwój sztucznej inteligencji w wybranych obszarach prawa konsumenckiego. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, (2), 50. Pozyskano z: [http://www.tbsp.w-pia.uj.edu.pl/documents/4137545/143155033/IPP\\_2\\_2019.pdf#page=42](http://www.tbsp.w-pia.uj.edu.pl/documents/4137545/143155033/IPP_2_2019.pdf#page=42) (4.06.2021).
- Bringsjord, S. i Govindarajulu, N.S. (2020). *Artificial Intelligence*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition). Pozyskano z: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/artificial-intelligence/> (20.11.2020).
- Chłopecki, A. (2018). *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- GUS. (2019). *Spółeczeństwo informacyjne w Polsce w 2019 roku*. 2019. Warszawa: Główny Urząd Statystyczny. Pozyskano z: [https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-w-2019-roku,2,9.html](https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-w-2019-roku,2,9.html) (12.04.2020).
- Hughes, C. i Hughes, T. (2017). *Programowanie robotów: sterowanie pracą robotów autonomicznych* (tłum. K. Matuk). Gliwice: Helion.
- Jagielska, M. (2020). Odpowiedzialność za sztuczną inteligencję. W: L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej inteligencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

- Kaliński, M. (2018). Odpowiedzialność odszkodowawcza. W: W. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom VI. Prawo zobowiązań – część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kondek, J.M. (2020). Komentarz do art. 822 k.c. W: K. Osajda (red), *Kodeks Cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Krajewski, M. (2016). *Umowa ubezpieczenia*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Krasuski, A. (2020). *Status prawny sztucznego agenta. Podstawy prawne zastosowania sztucznej inteligencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Kurowska-Tober, E., Czynieńnik, Ł. i Koniarska, M. (2019). Aspekty prawne sztucznej inteligencji – zarys problematyki. *Monitor Prawniczy*, (21). Dodatek do numeru.
- Labuhn, A. (2020). Wpływ czwartej rewolucji przemysłowej na prawo – cywilnoprawna odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez systemy sztucznej inteligencji. W: D. Wetoszka (red), *Prawo gospodarcze*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Levy, D. (2020). Intelligent no-fault insurance for robots. *Journal of Future Robot Life*, (1).
- Ludwichowska, K. (2011). Koncepcja no-fault w w kompensacji szkód komunikacyjnych. W: K. Ludwikowska (red.), *Kompensacja szkód komunikacyjnych. Nowoczesne rozwiązania ubezpieczeniowe*. Warszawa: Poltext.
- MC i MPiIT. (2020, 26 lutego). *Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027*. Warszawa: Ministerstwo Cyfryzacji, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii. Pozyskano z: <https://www.gov.pl/web/cyfryzacja/konsultacje-spoeczne-projektu-polityki-rozwoju-sztucznej-inteligencji-w-polsce-na-lata-2019--2027> (20.11.2020).
- Newseria. (2018, 17 października). Do 2050 roku świat ludzi i maszyn będzie jednością. Wyzwaniem stanie się etyczne wykorzystanie sztucznej inteligencji oraz zapanowanie nad nią. Pozyskano z: <https://biznes.newseria.pl/news/do-2050-roku-swiat-ludzi,p666419421> (20.11.2020).
- PAP. (2020, 5 października). Japońska firma oferuje ubezpieczenie od szkód wyrządzonych przez roboty. Pozyskano z: <https://www.pap.pl/pap-technologie/729631%2Cjaponska-firma-oferuje-ubezpieczenie-od-szkod-wyrzadzonych-przez-roboty.html> (24.11.2020).
- Samson, M. (2017). Funkcjonowanie systemów kompensacji szkód komunikacyjnych no-fault na podstawie doświadczeń Stanów Zjednoczonych. *Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, 500. *Słownik języka polskiego*. Warszawa: PWN. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/sztuczna-inteligencja;2466532.html> (10.11.2020).
- Stenson, M.K. (2019). Basic Economic Loss Benefits. W: M.K. Stenson, *Minnesota No-Fault Automobile Insurance*. LexisNexis. Pozyskano z: [https://books.google.pl/books?id=9maDfOCUcMAC&pg=PT684&lpg=PT684&dq=Stenson,+Basic+Economic+Loss+Benefits&source=bl&ots=BHIE0G3Buo&sig=ACfU3U27HgP1\\_Wbkkh0n7s017hvlEqIVLw&hl=pl&sa=X&ved=2ahUKEwjvpsnfmu70AhWRYosKHd0WBLMQ6AF6BAGNEAM#v=onepage&q=Stenson%2C%20Basic%20Economic%20Loss%20Benefits&f=false](https://books.google.pl/books?id=9maDfOCUcMAC&pg=PT684&lpg=PT684&dq=Stenson,+Basic+Economic+Loss+Benefits&source=bl&ots=BHIE0G3Buo&sig=ACfU3U27HgP1_Wbkkh0n7s017hvlEqIVLw&hl=pl&sa=X&ved=2ahUKEwjvpsnfmu70AhWRYosKHd0WBLMQ6AF6BAGNEAM#v=onepage&q=Stenson%2C%20Basic%20Economic%20Loss%20Benefits&f=false).
- Szczerbowski, J. (2020). Komentarz do art. 822 k.c. W: M. Załucki (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Vladeck, D.V. (2014). Machines without principals: liability rules and artificial intelligence. *Washington Law Review*, 89.
- Zieliński, T. (2020). Definicja sztucznej inteligencji. W: L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej inteligencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Ziemski, M. (2017). *Osoba elektroniczna posiadająca osobowość elektroniczną*. Pozyskano z: <https://ingremio.org/2017/01/osoba-elektroniczna-posiadajaca-osobowosc-elektroniczna/> (17.11.2020).

## Przetwarzanie danych biometrycznych a ochrona jednostek – analiza wybranych zagadnień na tle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych i projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Technologie rozpoznawania twarzy – ogólna charakterystyka w kontekście zagrożeń dla praw i wolności jednostek
- III. Stosowanie systemów opartych na przetwarzaniu danych biometrycznych, w tym umożliwiających rozpoznawanie twarzy, z perspektywy RODO
- IV. Systemy zdalnej identyfikacji biometrycznej w świetle projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

W ostatnich latach obserwujemy dynamiczny rozwój technologii opartych na przetwarzaniu danych osobowych z wykorzystaniem biometrii, czyli specjalnych technik przetwarzania danych pozwalających na jednoznaczną identyfikację osoby fizycznej. Rozwój ten w dużym stopniu jest wspierany przez coraz szersze zastosowanie sztucznej inteligencji (*artificial intelligence*) w procesach identyfikowania jednostek, pozwalające na osiąganie lepszych i bardziej dokładnych wyników przy przetwarzaniu danych biometrycznych. Stosowanie różnych technik biometrycznych w związku ze świadczeniem usług na rzecz konsumentów, w tym systemów rozpoznawania twarzy (*facial recognition*), oraz przetwarzanie w ten sposób danych na masową skalę budzi jednak wątpliwości natury prawno-etycznej, a także rodzi pytania o zasadność i konieczność sprawowania „biometrycznej kontroli” nad społeczeństwem.

Niniejszy artykuł podejmuje tematykę przetwarzania danych biometrycznych, ze szczególnym uwzględnieniem jednej z metod biometrycznego przetwarzania, jaką jest rozpoznawanie twarzy. Jest to zagadnienie rodzące wiele pytań prawnych, zwłaszcza w kontekście zakresu możliwej ingerencji w prawa podstawowe jednostek, jak i w kontekście rosnącego wykorzystywania mechanizmów sztucznej inteligencji na potrzeby tego rodzaju przetwarzania. W publikacji zaprezentowano ogólną charakterystykę celów i sposobów wykorzystywania systemów rozpoznawania

\* Adwokat; doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego; kierownik projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki w ramach konkursu PRELUDIUM 20 pt. „Udostępnianie danych w interesie publicznym – filantropia danych z perspektywy prawnej” (nr umowy: UMO-2021/41/N/HS5/01490). Dwukrotna stypendystka Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej (program PROM). Współautorka międzynarodowego bloga poświęconego tematyce prawa konsumenckiego „Recent Developments in European Consumer Law” (<http://recent-ecl.blogspot.com>). Ukończyła studia podyplomowe z zakresu prawa francuskiego w ramach Szkoły Prawa Francuskiego organizowanej przez Uniwersytet w Tours. Specjalizuje się w polskim i europejskim prawie gospodarczym, prawie ochrony danych osobowych, prawie własności intelektualnej i prawie nowych technologii; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6262-2353>.

twarzy, w tym zagrożeń, jakie mogą one powodować dla jednostek, a następnie analizę najczęściej obserwowanych naruszeń przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych w związku z przetwarzaniem danych biometrycznych, w tym w systemach wyposażonych w funkcje rozpoznawania twarzy. Analiza uwzględni również projektowane regulacje dotyczące wykorzystywania w UE systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej.

**Słowa kluczowe:** dane osobowe; dane biometryczne; sztuczna inteligencja; RODO; systemy zdalnej identyfikacji biometrycznej; systemy rozpoznawania twarzy.

**JEL:** K32

## I. Wprowadzenie

Definicję legalną danych biometrycznych do unijnego porządku prawnego wprowadzono stosunkowo niedawno, bo dopiero na mocy art. 4 pkt 14 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych<sup>1</sup>. Nie oznacza to, że problematyka przetwarzania danych biometrycznych nie była znana wcześniej. Wprost przeciwnie – jeszcze w okresie obowiązywania dyrektywy 95/46/WE<sup>2</sup> Grupa Robocza Art. 29<sup>3</sup> odniosła się do zagadnienia dopuszczalności przetwarzania danych biometrycznych m.in. w dokumencie roboczym dotyczącym biometrii (Grupa Robocza Art. 29, 2003) oraz w opinii w sprawie rozwoju technologii biometrycznych (Grupa Robocza Art. 29, 2012). Ramy definicyjne pojęcia „dane biometryczne” zostały zakreślone również w opinii w sprawie pojęcia danych osobowych (Grupa Robocza Art. 29, 2007). Choć prezentowane w ww. dokumentach zalecenia nie miały charakteru wiążącego, w istotny sposób przyczyniły się do kształtowania aktualnie obowiązującej definicji danych biometrycznych.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 RODO, aby móc zakwalifikować określone dane osobowe jako dane biometryczne, muszą być spełnione trzy warunki. Po pierwsze, dane osobowe muszą dotyczyć cech fizycznych, fizjologicznych lub behawioralnych konkretnej osoby fizycznej. Cechy fizyczne lub fizjologiczne są najczęściej pozyskiwane za pomocą identyfikatorów morfologicznych, takich jak odciski palców, kształt dłoni lub twarzy, układ tęczówki i siatkówki oka, jak również analiz biologicznych, w tym analizy DNA, krwi, śliny itd. (Thales Group, 2021; Kuba, 2018). Z kolei cechy behawioralne są zwykle pobierane na podstawie analizy głosu, dynamiki podpisu, indywidualnego

<sup>1</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119 z dn. 4.05.2016 r., str. 1 (dalej: RODO). Warto nadmienić, że definicja legalna danych biometrycznych zawarta została również w art. 3 pkt 18 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1725 z dnia 23 października 2018 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii i swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia rozporządzenia (WE) nr 45/2001 i decyzji nr 1247/2002/WE (Dz. Urz. UE L 295 z dn. 21.11.2018 r., s. 39; dalej: rozporządzenie 2018/1725) oraz w art. 3 pkt 13 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia decyzji ramowej Rady 2008/977/WSiSW (Dz.U. L 119 z 4.5.2016, s. 89; dalej: dyrektywa 2016/680). Przepisy dyrektywy 2016/680 zostały implementowane do polskiego porządku prawnego mocą ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości (Dz.U. 2019 poz. 125; dalej: uzzp). We wszystkich ww. aktach prawnych przyjęte definicje danych biometrycznych są tożsame.

<sup>2</sup> Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. UE L 281 z 23.11.1995, s. 31–50).

<sup>3</sup> Niezależna Grupa robocza ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych, powołana na mocy art. 29 nieobowiązującej już dyrektywy 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, miała charakter doradczy. W okresie obowiązywania RODO funkcję tę pełni Europejska Rada Ochrony Danych (EROD).

stylu chodzenia, charakterystycznych gestów itp. (Thales Group, 2021; Kuba, 2018). Po drugie, dane te muszą być poddane specjalnym technikom przetwarzania, tj. technikom biometrycznego przetwarzania. Ów aspekt techniczny jest kluczowym elementem, determinującym czy dochodzi do przetwarzania danych biometrycznych, czy też nie. Informacje dotyczące cech fizycznych, fizjologicznych lub behawioralnych człowieka nieprzetwarzane za pomocą specjalnych technik nie będą traktowane jako dane biometryczne, co – jak wskazuje się w literaturze – jest w pełni uzasadnione, ponieważ wiele informacji zawierających cechy biometryczne człowieka stanowi przedmiot codziennego, zwykłego obrotu, w związku z czym niecelowe byłoby stosowanie do każdego przypadku przetwarzania takich informacji regulacji dotyczących danych biometrycznych (Kuba, 2018). Wreszcie po trzecie, w wyniku takiego przetwarzania danych możliwa jest jednoznaczna identyfikacja konkretnej osoby fizycznej. Biometryczne przetwarzanie danych pozwala więc na identyfikację i uwierzytelnienie osoby fizycznej w oparciu o jej unikalne cechy, które można przypisać wyłącznie tej konkretnej osobie. W praktyce polega to na określaniu tożsamości osoby poprzez uchwycenie elementu jej danych biometrycznych (np. wizerunku twarzy lub odcisku palca), a następnie porównanie go z posiadanym przez administratora wzorcem biometrycznym (*biometric templates*), tj. zredukowaną strukturą obrazu danej biometrycznej w postaci cyfrowej (Kuba, 2018).

Dane biometryczne zostały zakwalifikowane przez prawodawcę unijnego do szczególnej kategorii danych osobowych – tzw. danych sensytywnych, zwanych też danymi wrażliwymi, których przetwarzanie podlega szczególnym obowiązkom. Wyodrębnienie tej kategorii danych osobowych podyktowane jest potrzebą zapewnienia dodatkowych środków ochronnych z uwagi na fakt, że przetwarzanie danych sensytywnych może stanowić poważną ingerencję w sferę prywatną, a nawet intymną osób fizycznych lub potencjalnie powodować znacznie większe zagrożenia niż przetwarzanie danych zwykłych (Fajgielski, 2018). Z tych przyczyn przetwarzanie danych wrażliwych, w tym m.in. danych biometrycznych, jest co do zasady zakazane. Zakaz ten został ujęty zarówno w art. 9 ust. 1 RODO, art. 10 dyrektywy 2016/680<sup>4</sup>, jak i w art. 10 ust. 1 rozporządzenia 2018/1725, przy czym nie ma on charakteru bezwzględnie. Dopuszczalność przetwarzania szczególnej kategorii danych osobowych zależy od spełnienia warunków określonych w przepisach. O ile katalog przesłanek zawarty w art. 9 ust. 2 RODO i art. 10 ust. 2 rozporządzenia 2018/1725 jest niemal tożsamy, różnice wynikają zaś z konieczności dostosowania przesłanek do przedmiotu i zakresu stosowania poszczególnych aktów prawnych, o tyle inaczej zostały ukształtowane przesłanki dopuszczalności przetwarzania danych wrażliwych na gruncie dyrektywy 2016/680<sup>5</sup>. Zgodnie z art. 10 dyrektywy 2016/680 przetwarzanie szczególnej kategorii danych osobowych jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest bezwzględnie niezbędne oraz podlega odpowiednim zabezpieczeniom dla praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Dodatkowo, za każdym razem

<sup>4</sup> Na marginesie warto dodać, że konstrukcja tego przepisu jest inna niż w przypadku art. 9 ust. 1 RODO czy art. 10 ust. 1 rozporządzenia 2018/1725, gdyż nie zawiera on wprost zakazu przetwarzania szczególnych kategorii danych osobowych, a jedynie wskazuje na sytuacje, kiedy takie przetwarzanie jest „wyłącznie dozwolone”. W praktyce sprowadza się to oczywiście do zakazu przetwarzania danych wrażliwych w okolicznościach innych niż opisane w przepisie, a samo przyjęcie przez prawodawcę unijnego odwrotnej konstrukcji niż na gruncie RODO i rozporządzenia 2018/1725 jest, jak się wydaje, podyktowane rodzajem aktu prawnego. Celem przyjęcia dyrektywy 2016/680 było bowiem zbliżenie przepisów państw członkowskich i zharmonizowanie zasad „ochrony i swobodnego przepływu danych osobowych przetwarzanych do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w tym do celów ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom” (zob. motyw 15 dyrektywy 2016/680). W gestii państw członkowskich pozostaje ewentualna możliwość wprowadzenia wyższego standardu ochrony niż przewidzianego dyrektywą.

<sup>5</sup> Niniejszy artykuł nie zawiera szczegółowej analizy zagadnień dotyczących przetwarzania danych biometrycznych w kontekście zwalczania przestępczości. Kwestia ta stanowi odrębny przedmiot badań prowadzonych przez autorkę. Ich wyniki zostaną zaprezentowane w odrębnej publikacji.



musi być spełniona jedna z trzech przesłanek, tj. a) przetwarzanie takie jest dopuszczone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego; b) jest niezbędne dla ochrony żywotnych interesów osoby fizycznej, której dane dotyczą, lub innej osoby, lub c) dotyczy danych osobowych w sposób oczywisty upublicznionych przez osobę, której dane dotyczą<sup>6</sup>.

Mimo licznych ograniczeń prawnych ustanowionych w związku z przetwarzaniem danych biometrycznych, traktowanych jako szczególna kategoria danych osobowych i przez to wymagających podwyższonego standardu ochrony, stosowanie technik biometrycznych staje się coraz powszechniejsze, tak w życiu prywatnym, jak i publicznym. Jako konsumenci często korzystamy ze smartfonów lub komputerów, do których logujemy się po uprzednim przetworzeniu przez urządzenie naszych danych w postaci linii papilarnych lub wizerunku twarzy. Niektóre aplikacje mobilne lub usługi świadczone online oferują biometryczne metody weryfikacji użytkownika lub klienta, podnosząc w ten sposób poziom zabezpieczeń przed nieuprawnionym dostępem, ale też pozyskując dzięki temu cenne informacje o grupach swoich odbiorców, które mogą następnie wykorzystywać w celach marketingowych (Fourtané, 2020)<sup>7</sup>. W zakładach pracy biometria jest wykorzystywana w celu zapewnienia ochrony i ograniczenia dostępu do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty zawierające np. informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa lub też w celu umożliwienia dostępu do strategicznych urządzeń produkcyjnych wyłącznie pracownikom posiadającym odpowiednie kwalifikacje, upoważnionym przez pracodawcę do ich obsługi oraz ponoszącym odpowiedzialność za nadzór lub prawidłowe operowanie urządzeniem. Wreszcie, do biometrycznego przetwarzania danych osobowych dochodzi również w miejscach publicznych, np. na lotniskach, dworcach, placach miejskich, gdzie jest to podyktowane potrzebą zapewnienia powszechnego bezpieczeństwa, skuteczniejszego wykrywania osób poszukiwanych, lepszą kontrolą podróżujących itp. Biometryczne przetwarzanie danych ma również miejsce w placówkach edukacyjnych, i to w odniesieniu do danych osobowych dzieci<sup>8</sup>.

Niewątpliwie stosowanie biometrii w wielu przypadkach jest korzystne, gdyż pozwala lepiej osiągnąć cele przetwarzania, zwłaszcza gdy na jego potrzeby wykorzystywane są najnowsze techniki biometryczne. Wskazuje się, że biometryczne przetwarzanie danych mogłoby podnieść ogólny poziom bezpieczeństwa w miejscach publicznych, usprawnić procesy wykrywania zagrożeń dla bezpieczeństwa publicznego, ułatwić organom ścigania identyfikację osób podejrzanych lub poszukiwanych (Allix, 2018). Niemniej jednak, różnorodność metod biometrycznego przetwarzania danych, w połączeniu z rosnącą tendencją do ich szerokiego wykorzystywania z uwagi na osiągnięte rezultaty, wywołuje wątpliwości co do zakresu możliwej ingerencji w życie prywatne jednostek, w szczególności w sytuacji, gdy technologie biometryczne są elementem systemów kontroli i nadzoru stosowanych przez organy publiczne. Ponadto, nierzadko stosowanie technik biometrycznych nie wymaga zaangażowania po stronie osób, których dane są w ten sposób przetwarzane, a w wielu przypadkach podmiot danych może nawet nie mieć świadomości, że

<sup>6</sup> Art. 10 dyrektywy 2016/680 został implementowany do polskiego porządku prawnego poprzez art. 14 uzzp. W przepisie tym polski ustawodawca wprowadził ogólny zakaz przetwarzania danych wrażliwych (ust. 1), przewidując jednocześnie wyjątki takie same w omawianym przepisie dyrektywy 2016/680 (ust. 2).

<sup>7</sup> Mogą to być np. informacje o płci, wieku, stanach emocjonalnych.

<sup>8</sup> Przykładowo wyr. WSA w Warszawie z 07.08.2020, II SA/Wa 809/20 dotyczący biometrycznego przetwarzania danych dzieci w związku z dostępem do szkolnej stołówki; decyzję szwedzkiego organu nadzorczego nakładającą karę za naruszenie ochrony danych osobowych w związku z przetwarzaniem danych biometrycznych w celu weryfikacji obecności uczniów w szkole zob. [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/facial-recognition-school-renders-swedens-first-gdpr-fine\\_sv](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/facial-recognition-school-renders-swedens-first-gdpr-fine_sv) (15.10.2021).

dochodzi do przetwarzania jego danych biometrycznych<sup>9</sup>. Z tych przyczyn w wielu środowiskach postuluje się podjęcie publicznej debaty na temat dopuszczalnego zakresu wykorzystywania technologii biometrycznego przetwarzania danych osobowych oraz ich wpływu na funkcjonowanie jednostek i całych społeczeństw, celów, jakie mogą być w ten sposób realizowane, jak również tego, w jakich sytuacjach technologie te w ogóle nie powinny być używane (Selvadurai, 2015). Na potrzebę szerokiej dyskusji zwracają uwagę zwłaszcza krajowe organy nadzorcze oraz liczne organizacje pozarządowe<sup>10</sup>.

## II. Technologie rozpoznawania twarzy – ogólna charakterystyka w kontekście zagrożeń dla praw i wolności jednostek

Wśród różnych urządzeń opartych na biometrycznych metodach przetwarzania danych coraz szerszym zastosowaniem cieszą się urządzenia wyposażone w funkcje rozpoznawania twarzy. Współcześnie technologie te znajdują wiele zastosowań. Najczęściej wykorzystywane są w czterech celach: rozpoznania, weryfikacji, identyfikacji oraz kategoryzacji (PE, 2021). Rozpoznawanie polega na skanowaniu obrazu w celu wykrycia na nim konkretnego wizerunku twarzy, weryfikacja – na porównywaniu dwóch wzorów zawierających cechy biometryczne w celu potwierdzenia tożsamości danej osoby fizycznej, identyfikacja zaś – na porównywaniu wzoru z wizerunkiem twarzy z innymi wzorami przechowywanymi w bazie w celu sprawdzenia czy ten konkretny wzór jest również dostępny w bazie, natomiast kategoryzacja polega na ocenianiu wzorców z cechami biometrycznymi twarzy i następnie na klasyfikowaniu ich pod kątem określonych atrybutów twarzy, jak np. płeć, rasa, pochodzenie etniczne lub na szacowaniu określonych atrybutów, jak np. wiek, wyraz twarzy, stan emocjonalny (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020; Leslie, 2020; Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020). Dużym wsparciem w rozwoju technologii rozpoznawania twarzy są systemy oparte na sztucznej inteligencji, zwłaszcza wykorzystujące techniki głębokiego uczenia (*deep learning*) lub algorytmy widzenia komputerowego (*computer vision algorithms*), ponieważ dzięki ich zastosowaniu można w bardziej efektywny sposób realizować cele biometrycznego przetwarzania danych. Wykorzystywanie sztucznej inteligencji pozwala bowiem na osiągnięcie bardziej precyzyjnych wyników, w krótszym czasie, nawet mimo słabszej jakości materiału badawczego<sup>11</sup>. Bezspornie włączanie do technologii rozpoznawania twarzy systemów opartych na głębokim uczeniu zrewolucjonizowało metody biometrycznego przetwarzania danych, a ze względu na osiągnięte efekty, staje się obecnie podstawą rozwoju tego rodzaju technologii (Wang i Deng, 2020).

Mimo licznych korzyści, jakie oferuje technologia rozpoznawania twarzy, może ona powodować równie wiele zagrożeń dla praw jednostek. Tego typu przetwarzanie jest powszechnie uznawane za dość inwazyjne wkraczanie w prywatność jednostek z kilku przyczyn. Przede wszystkim, biometryczne przetwarzanie danych bazuje na wykorzystywaniu informacji mających charakter, co

<sup>9</sup> Przykładowo, gdy stosowane są techniki biometrycznego rozpoznawania twarzy w miejscach publicznych, dochodzi wówczas do porównania pobranego wizerunku twarzy z innymi wizerunkami dostępnymi w bazie administratora, przy czym wzory wizerunków znajdujące się w bazie mogą być tworzone w oparciu o zdjęcia dostępne w Internecie lub pozyskane z systemów monitoringu przestrzeni publicznej. Sama czynność pozyskania danych biometrycznych, np. osoby przebywającej w miejscu publicznym, nie wymaga od niej szczególnego zachowania. Poza tym, twarz jest również najbardziej widoczną częścią ciała, najtrudniejszą do ukrycia. Więcej: zob. Rada Europy, 2021.

<sup>10</sup> Zob. przykładowo: CNIL, 2019; Crawford i in., 2019; Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020; La Quadrature du Net, 2020.

<sup>11</sup> Przykładowo, gdy analizowany wizerunek twarzy jest słabo oświetlony lub przysłonięty przez jakąś przeszkodę (zob. PE, 2021, s. 2).

do zasady, niezmienny i unikalny dla konkretnej osoby fizycznej (Grupa Robocza Art. 29, 2003)<sup>12</sup>. Umożliwia to z jednej strony, o czym była już mowa wcześniej, osiąganie precyzyjnych wyników przetwarzania, z drugiej zaś – powoduje, że raz pozyskane dane osoby fizycznej nie zdezaktualizują się, a sam podmiot danych nie może ich zmienić tak łatwo, jak inne dane osobowe, np. numer telefonu, adres zamieszkania. Co więcej, w przeciwieństwie do innych cech biometrycznych, które wymagają uprzedniego pobrania od podmiotu danych, w przypadku technologii rozpoznawania twarzy materiał porównawczy, potrzebny do identyfikacji osoby fizycznej, jest stosunkowo łatwy do pozyskania, gdyż obrazy twarzy są dostępne na dużą skalę w Internecie czy w bazach danych należących do podmiotów publicznych lub prywatnych, tworzonych przy okazji wykonywania zadań publicznych, monitorowania przestrzeni publicznej lub prywatnej itp. Obrazy zawierające wizerunki twarzy mogą być też pobierane „na odległość” – bez wiedzy po stronie podmiotu danych (Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020).

Z kolei z technicznego punktu widzenia technologia rozpoznawania twarzy wciąż nie jest doskonała i pozbawiona ryzyka błędu, nawet gdy bazuje na bardzo zaawansowanych systemach przetwarzania danych (PE, 2021). Już prawie dekadę temu Grupa Robocza Art. 29 w swojej opinii wskazywała, że przetwarzanie danych osobowych za pomocą technik biometrycznych obarczone jest dwoma rodzajami błędów: 1) wynikami fałszywie pozytywnymi, polegającymi na błędnym zidentyfikowaniu osoby fizycznej i tym samym zaakceptowaniu osoby nieuprawnionej przez dany system lub 2) wynikami fałszywie negatywnymi, polegającymi na błędnym niedopasowaniu pobieranych danych do wzorca znajdującego się w systemie, a przez to błędnej odmowie akceptacji osoby uprawnionej (Grupa Robocza Art. 29, 2012). Wydajność większości systemów rozpoznawania twarzy nadal pozostaje ograniczona. Błędy pojawiają się zwłaszcza, gdy algorytmy zastosowane w oprogramowaniu nie zostały dostatecznie przeszkolone lub gdy porównywane obrazy nie są wystarczającej rozdzielczości, różnią się oświetleniem, cieniami, tłem lub innymi elementami obniżającymi jakość analizy. Błędy mogą być też pochodną różnic czasowych między utrwaleniem wizerunku tej samej osoby na porównywanych obrazach, tj. gdy zdjęcia poddane analizie przedstawiają tę samą osobę, ale w różnym wieku (PE, 2021). Co istotne, poziom błędów może być inny w zależności od tego, do jakiej populacji lub grupy społecznej należą osoby fizyczne, których wizerunki twarzy są analizowane<sup>13</sup>. Zdarza się, że niektóre systemy mają lepsze wyniki w przypadku osób o białej skórze niż osób o ciemnej skórze, mężczyzn niż kobiet lub osób dorosłych niż nastolatków. Tak istotne mankamenty technologiczne rodzą realne ryzyko dyskryminacji jednostek, błędów powodowanych stronniczością algorytmów (*error bias*) i przyczyniają się do rozwoju zjawisk, takich jak niesprawiedliwość dystrybucyjna lub uznaniowa (*distributive and recognitional injustice*)<sup>14</sup>. W rezultacie w wielu przypadkach kwestionowana jest zasadność wykorzystywania technologii rozpoznawania twarzy, ponieważ potencjalne zagrożenia dla praw

<sup>12</sup> Cechy, takie jak linie papilarne, DNA, obraz siatkówki oka itd., są stałe. Ulegają zmianie jedynie w wyjątkowych przypadkach, typu wypadek, uraz, operacja itp.

<sup>13</sup> Dostępne badania pokazują, że ryzyko dyskryminacyjnego traktowania osób o ciemnej karnacji jest większe w ramach egzekwowania prawa – np. w USA częstotliwość występowania fałszywych wyników pozytywnych ma nieproporcjonalnie duży wpływ na osoby ciemnoskóre, powodując odwrócenie ciężaru dowodu w sprawach karnych, zwłaszcza w kontekście stosowania zasady domniemania niewinności. Błędy w rozpoznawaniu twarzy powodują, że osoby podejrzane lub oskarżone muszą wykazywać, że nie są osobami, za które uważa je system. Więcej na ten temat w: Lynch, 2020; Buolamwini, Gebru, 2018; Cavazos, Phillips, Castillo, O’Toole, 2021.

<sup>14</sup> Niesprawiedliwość dystrybucyjna polega na tym, że członkom dyskryminowanej grupy społecznej odmawia się dostępu do korzyści, zasobów lub możliwości ze względu na ich przynależność do tej grupy, natomiast niesprawiedliwość uznaniowa przejawia się tym, że odmawia się uznania przynależności do określonej dyskryminowanej grupy społecznej, co tylko wzmacnia jej zmarginalizowaną pozycję (zob. Whittaker i in., 2018).

i wolności osób fizycznych, jakie może powodować, są większe aniżeli korzyści uzasadniające jej stosowanie.

Technologia rozpoznawania twarzy budzi także wiele wątpliwości w kontekście prawa jednostki do zachowania anonimowości w różnych miejscach lub sytuacjach. Możliwość pobierania wizerunków twarzy osób fizycznych w przestrzeni publicznej, przetwarzania za pomocą technik biometrycznych i ustalania w ten sposób ich tożsamości w oparciu o inne dane dostępne w bazie administratora powodują, że coraz częściej mówi się o istotnych zagrożeniach związanych ze stosowaniem powszechnych systemów nadzoru, skutkujących brakiem możliwości zachowania anonimowości, obawami przed wyrażeniem własnych poglądów, manifestowaniem określonych zachowań, uczestnictwem w zgromadzeniach, protestach itp. (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020). Świadomość, że ludzie są obserwowani w przestrzeni publicznej za pomocą technologii rozpoznawania twarzy może skłaniać jednostki do zmiany zachowań, wpływać krępująco na autonomię woli jednostki czy ograniczać swobodę w korzystaniu z podstawowych praw obywatelskich poprzez zniechęcanie do partycypacji w określonych wydarzeniach, hamowanie aktywności na polu społeczno-polityczno-gospodarczym itp.

### III. Stosowanie systemów opartych na przetwarzaniu danych biometrycznych, w tym umożliwiających rozpoznawanie twarzy, z perspektywy RODO

Wiele pytań o dopuszczalny zakres wykorzystywania systemów opartych na przetwarzaniu danych biometrycznych, w tym wyposażonych w funkcję rozpoznawania twarzy, można postawić z perspektywy ochrony danych osobowych. Z uwagi na wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, administrator powinien odpowiednio przygotować się do tego rodzaju czynności przetwarzania, weryfikując nie tylko to czy dysponuje właściwą podstawą legalizującą przetwarzanie lub czy wdrożył odpowiednie środki techniczne i organizacyjne mające na celu zapewnienie zgodności przetwarzania z przepisami rozporządzenia, lecz także czy spełnia inne wymogi, w tym szczególne obowiązki nałożone na niego w związku z przetwarzaniem danych wrażliwych, jak np. obowiązek przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych (*data protection impact assessment*)<sup>15</sup> lub uprzednich konsultacji z organem nadzorczym<sup>16</sup>. Co ważne, na kwestie związane z ochroną danych osobowych powinny zwracać uwagę zarówno podmioty korzystające z systemów opartych na przetwarzaniu danych biometrycznych, czyli w praktyce administratorzy i podmioty przetwarzające, jak i podmioty zajmujące się ich tworzeniem oraz produkcją urządzeń wykorzystujących techniki biometryczne, w tym technologię rozpoznawania twarzy, gdyż rozwiązania techniczne bazujące na przetwarzaniu danych osobowych, w tym danych wrażliwych, powinny być projektowane z uwzględnieniem zasad służących wzmocnieniu ochrony prywatności i minimalizacji danych, m.in. zasad *privacy by design* i *privacy by default* (EROD, 2020a).

Mimo że przetwarzanie danych biometrycznych jest dopuszczalne na mocy RODO tylko w określonych przypadkach, można zaobserwować tendencję do stopniowego rozszerzania zakresu stosowania biometrii, niestety nie zawsze w sposób zgodny z prawem ochrony danych

<sup>15</sup> Zob. art. 35 RODO.

<sup>16</sup> Zob. art. 36 RODO.

osobowych (Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020). Wiele naruszeń w zakresie przetwarzania przez administratorów danych biometrycznych można dostrzec na tle realizacji zasad przetwarzania danych osobowych, zwłaszcza zasady minimalizacji danych oraz określania przesłanek legalizujących przetwarzanie. Wniosek taki można wyciągać, analizując decyzje wydawane przez krajowe organy nadzorcze, stwierdzające uchybienia, jakich dopuszczają się administratorzy i podmioty przetwarzające w odniesieniu do przetwarzania danych biometrycznych. W tym kontekście warto wskazać chociażby na decyzję Prezesa UODO z dnia 18 lutego 2020 r. stwierdzającą naruszenie przez szkołę podstawową w Gdańsku art. 5 ust. 1 lit. c) i art. 9 ust. 1 RODO polegające na przetwarzaniu danych biometrycznych dzieci podczas korzystania przez nie z usług stołówki szkolnej<sup>17</sup>, co w ocenie Prezesa nie było niezbędne dla osiągnięcia celu, jakim jest identyfikacja uprawnienia dziecka do odebrania obiadu, gdyż cel ten można było realizować za pomocą środków mniej ingerujących w prywatność dziecka korzystającego z usług stołówki szkolnej. Jak podkreślił Prezes UODO, przetwarzanie danych biometrycznych powinno odbywać się ze szczególną ostrożnością i rozważą, ponieważ ewentualny ich wyciek skutkuje dużym ryzykiem naruszenia praw i wolności osób fizycznych, zwłaszcza w przypadku dzieci, gdyż z uwagi unikalność i stałość danych biometrycznych skutki takiego naruszenia mogą okazać się niemożliwe do odwrócenia w czasie, nawet po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności. Dodatkowo, organ dostrzegł naruszenie w postaci braku przesłanki legalizującej przetwarzanie danych biometrycznych – podstawą przetwarzania jakichkolwiek danych osobowych dzieci w związku z organizacją stołówki powinien być art. 6 ust. 1 lit. e) RODO, ponieważ przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi<sup>18</sup>. Szkoła więc błędnie opierała przetwarzanie danych dzieci na zgodzie uzyskanej od ich rodziców. Jak zaakcentował Prezes UODO, szkoła może przetwarzać tylko te dane osobowe ucznia, które są niezbędne do świadczenia usług stołówki szkolnej, przy czym żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie zezwala szkole w takiej sytuacji na przetwarzanie danych biometrycznych. Co więcej, oprócz naruszeń z zakresu RODO, stosowanie biometrii w placówce było promowane w ten sposób, że uczniowie niekorzystający z tego systemu weryfikacji w stołówce zobowiązani byli do przepuszczenia w kolejce wszystkich pozostałych uczniów posiadających biometryczne identyfikatory, co w ocenie organu było dowodem na nierówne traktowanie uczniów<sup>19</sup>. Co ciekawe, decyzja Prezesa UODO została uchylona przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie<sup>20</sup> – zdaniem WSA administrator wykazał spełnienie przesłanki legalizującej przetwarzanie danych biometrycznych w postaci zgody, o której mowa w art. 9 ust. 2 lit. a) RODO, a ponadto nie naruszył zasady minimalizacji danych. Jak wskazał WSA, dokonana przez organ wykładnia zasady minimalizacji danych jest błędna, gdyż całkowicie pomija aspekt adekwatności i stosowności; wymóg adekwatności i stosowności pozwala zaś na dopuszczenie przetwarzania danych, które w istotny sposób, np. łatwiej, szybciej lub taniej, mogą pomóc osiągnąć cele przetwarzania. Administrator wykazał natomiast istnienie uzasadnionego związku między celem przetwarzania a ustalonym przez niego zakresem przetwarzanych danych, a także to, że poprzednio stosowane

<sup>17</sup> Dec. Prezesa UODO z 18.02.2020 r., ZSZS.440.768.2018.

<sup>18</sup> Możliwość organizacji stołówki szkolnej wynika z art. 106 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz.U. 2019, poz. 1148).

<sup>19</sup> W tym kontekście nie bez znaczenia pozostaje też liczbowa proporcja uczniów korzystających z identyfikacji biometrycznej (ponad sześćset) i uczniów niekorzystających (łącznie sześciu).

<sup>20</sup> Wyr. WSA w Warszawie z 7.08.2020 r., II SA/Wa 809/20.

metody weryfikacji danych nie spełniały oczekiwań, w związku z czym decyzja o skorzystaniu z biometrycznych metod identyfikacji uczniów na stołówce była umotywowana.

Zgodność przetwarzania danych biometrycznych z RODO była przedmiotem oceny również innych organów nadzorczych. Analiza wydanych do tej pory decyzji prowadzi do wniosku, że organy nadzorcze dość restrykcyjnie podchodzą do kwestii dopuszczalności przetwarzania danych biometrycznych, traktując je rzeczywiście w kategoriach wyjątku. Przykładowo, szwedzki organ nadzorczy w sprawie przedmiotowo podobnej do tej, która była prowadzona przez Prezesa UODO, zaprezentował analogiczne podejście, uznając że przetwarzanie danych biometrycznych dzieci na potrzeby weryfikacji obecności na zajęciach szkolnych nie może być oparte na zgodzie rodziców jako przesłance legalizującej przetwarzanie ze względu na brak równowagi pomiędzy administratorem a podmiotem danych<sup>21</sup>. Podobnie szwedzki organ ocenił w tym kontekście naruszenie zasady minimalizacji danych, stwierdzając, że wykorzystywanie biometrii do sprawdzania obecności prowadzi do gromadzenia danych w sposób nadmiarowy i nieproporcjonalny względem celu przetwarzania. Co istotne, takie stanowisko zaaprobował sąd rozpoznający środek zaskarżenia od decyzji szwedzkiego organu<sup>22</sup>. Podobny pogląd w kwestii przetwarzania danych biometrycznych dzieci w ramach pilotażowego programu rozpoznawania twarzy uczniów w szkole wyraził francuski organ nadzorczy oraz Sąd Administracyjny w Marsylii (za Rapcewicz, 2020)<sup>23</sup>, natomiast w kontekście przetwarzania danych biometrycznych pracowników – niderlandzki i rumuński organ nadzorczy<sup>24</sup>.

Coraz częściej uwagę organów nadzorczych przykuwają także systemy oparte na przetwarzaniu danych biometrycznych stosowane w miejscach publicznych, np. w supermarketach. Przykładowo, hiszpański organ nadzorczy nałożył karę na sieć supermarketów, w których wprowadzono monitoring wizyjny wyposażony w funkcję rozpoznawania twarzy osób przebywających na terenie sklepów. Według wyjaśnień złożonych przez administratora, system rozpoznawania twarzy stosowano w celu zapewnienia bezpieczeństwa w sklepach poprzez wykrywanie osób, wobec których orzeczono zakaz zbliżania się, np. po napaści na pracownika sklepu, lub które zostały ukarane za incydent w sklepie<sup>25</sup>. W ten sposób przetwarzane były jednak wizerunki wszystkich osób wchodzących do sklepów, w tym dzieci oraz pracowników. W ocenie organu administrator niezasadnie powoływał się na art. 6 ust. 1 lit. e) RODO i art. 9 ust. 2 lit. g) RODO jako podstawy przetwarzania danych osobowych, ponieważ nie spełnił warunków wymienionych w tych przepisach. Organ wskazał też na brak związku pomiędzy stosowanymi przez administratora środkami bezpieczeństwa a interesem publicznym, gdyż wykorzystywanie monitoringu z funkcją rozpoznawania twarzy służyło realizacji prywatnych interesów administratora i nie uzasadniało masowego przetwarzania danych wszystkich osób wchodzących na teren sklepów<sup>26</sup>. W decyzji podkreślono

<sup>21</sup> Zob.: <https://www.imy.se/en/about-us/arkiv/nyhetsarkiv/facial-recognition-in-school-renders-swedens-first-gdpr-fine/> (5.12.2021). Brak równowagi sił pomiędzy administratorem a podmiotem danych, który udziela zgody na przetwarzanie jego danych osobowych, jest traktowany jako czynnik uniemożliwiający wyrażenie zgody w sposób dobrowolny, a tym samym uniemożliwiający oparcie przetwarzania na tej przesłance (zob. więcej: EROD, 2020b).

<sup>22</sup> Zob.: <https://techlaw.se/wp-content/uploads/2021/06/KamR.pdf> (5.12.2021).

<sup>23</sup> Zob. też: <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/facial-recognition-challenged-by-french-administrative-court> (5.12.2021).

<sup>24</sup> Zob. <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/company-fined-processing-employees'-fingerprint-data>; [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/romanian-supervisory-authority-issues-two-fines-each-23893-lei-eur-5000\\_ro](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/romanian-supervisory-authority-issues-two-fines-each-23893-lei-eur-5000_ro) (5.12.2021). Organy w swoich decyzjach podkreśliły m.in., że biometryczne przetwarzanie danych pracowników w związku z kontrolą obecności lub na potrzeby rejestracji czasu pracy jest zbyt inwazyjnym wkroczeniem w prywatność i nie jest niezbędne z perspektywy celu przetwarzania, gdyż cel ten może być osiągnięty innymi sposobami (zob. więcej w: Bielecki i Rapcewicz 2020).

<sup>25</sup> Zob. <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00120-2021.pdf> (5.12.2021).

<sup>26</sup> Zob.: [https://gdprhub.eu/index.php?title=AEPD\\_\(Spain\)\\_-\\_PS/00120/2021&mtc=today](https://gdprhub.eu/index.php?title=AEPD_(Spain)_-_PS/00120/2021&mtc=today) (5.12.2021).

również naruszenie zasady minimalizacji poprzez przetwarzanie danych osobowych w zakresie większym aniżeli było to konieczne do osiągnięcia celów przetwarzania, a także sam fakt, że cele te mogły być osiągnięte innymi, mniej ingerującymi w prywatność, środkami. Warto w tym miejscu dodać, że podobny system rozpoznawania twarzy w celu zapewnienia bezpieczeństwa w sklepie miał być zastosowany w jednym z supermarketów w Holandii – w tym przypadku niderlandzki organ nadzorczy wysłał formalne ostrzeżenie do administratora z informacją o zakazie stosowania tego rodzaju technologii w sklepach<sup>27</sup>. Jak można przeczytać w oficjalnym komunikacie organu, rozwiązania oparte na przetwarzaniu danych biometrycznych i systemach rozpoznawania twarzy stanowią istotne zagrożenie dla konsumentów, ponieważ powodują, że „wszyscy stajemy się chodzącymi kodami kreskowymi” – nasze wizerunki są skanowane w różnych miejscach publicznych, przechowywane w bazach, mogą być łączone z innymi dostępnymi danymi, np. poprzez porównanie utrwalonego wizerunku z obrazami umieszczonymi na profilach społecznościowych, wreszcie są podstawą do podejmowania zautomatyzowanych decyzji wobec konkretnych osób, np. kwalifikowania ich jako osoby stanowiące zagrożenie dla bezpieczeństwa w sklepie lub przeciwnie – jako osoby, które warto sprofilować i monitorować ich zachowania zakupowe<sup>28</sup>.

Oprócz uchybień dotyczących zasady minimalizacji danych, naruszenia można obserwować także na tle realizowania zasady ograniczenia celu przetwarzania<sup>29</sup>. Zdarzają się bowiem przypadki, gdy w trakcie przetwarzania danych biometrycznych dochodzi do zmiany celu przetwarzania, a w konsekwencji do przekroczenia dopuszczalnego zakresu przetwarzania tych danych (Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020). Może to mieć miejsce przykładowo w sytuacji, gdy system oparty na technologii biometrycznej jest poddawany aktualizacjom poprzez dodawanie nowych funkcji, a przez to zwiększanie zakresu przetwarzania danych biometrycznych. Dochodzi wówczas do zmiany kontekstu przetwarzania, co skutkuje koniecznością ponownej weryfikacji po stronie administratora czy przetwarzanie jest zgodne z prawem<sup>30</sup>. Wskazuje się jednak, że nierzadko takie działania stanowią element z góry zaplanowanej strategii (PE, 2021). Co więcej, stopniowe rozszerzanie zastosowań tych systemów nie wywołuje z reguły masowego sprzeciwu społeczeństwa, lecz jest traktowane jako naturalna ewolucja technologiczna (Castelluccia i Le Métayer Inria, 2020).

Przetwarzanie danych biometrycznych niewątpliwie wymaga zastosowania podwyższonych standardów ochrony, gdyż wiąże się ze zwiększonym ryzykiem naruszenia praw i wolności podmiotów danych. Ryzyko to materializuje się zwłaszcza w kontekście zjawiska dyskryminacji, o którym była mowa powyżej, choć nie tylko. Z uwagi na specyfikę tej kategorii danych oraz to, że zawierają informacje pozwalające na jednoznaczną identyfikację osoby fizycznej, w dodatku informacje o charakterze trwałym i zasadniczo niepodatne na zmiany, ewentualne naruszenie ochrony takich danych osobowych może wywołać nieodwracalne skutki dla podmiotu danych. Z tego względu tak ważne jest prawidłowe zapewnienie właściwego poziomu ochrony danych biometrycznych oraz przyjęcie przez administratora takich rozwiązań, które zminimalizują ryzyko wystąpienia naruszeń. Wiele ważnych wskazówek w tym zakresie zawarła EROD w wydanych wytycznych

<sup>27</sup> Zob.: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/dutch-dpa-issues-formal-warning-supermarket-its-use-facial-recognition\\_en](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/dutch-dpa-issues-formal-warning-supermarket-its-use-facial-recognition_en) (5.12.2021).

<sup>28</sup> Zob.: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/dutch-dpa-issues-formal-warning-supermarket-use-facial-recognition-technology> (5.12.2021).

<sup>29</sup> Art. 5 ust. 1 lit. b) RODO.

<sup>30</sup> Zmiana m.in. celów i kontekstu przetwarzania aktualizuje obowiązek przeprowadzenia analizy ryzyka – zob. art. 24 i 32 RODO.

3/2019 w sprawie przetwarzania danych osobowych przez urządzenia wideo. Europejska Rada Ochrony Danych zwróciła uwagę na dwie kluczowe, moim zdaniem, kwestie. Po pierwsze, stosowanie biometrii na potrzeby monitoringu wizyjnego, w tym w systemach rozpoznawania twarzy, w większości przypadków wymaga uzyskania wyraźnej zgody wszystkich osób, których dane mają być przetwarzane<sup>31</sup>. Co warto podkreślić, zgoda jako przesłanka legalizująca przetwarzanie danych wrażliwych musi przyjąć formę wyraźnego działania potwierdzającego, nie może być zaś wywodzona z określonego zachowania podmiotu danych, np. z faktu wejścia na teren monitorowany, mimo oznaczenia, że system monitoringu wykorzystuje technologie biometryczne<sup>32</sup>. Poza tym, oprócz spełnienia innych przesłanek warunkujących ważność udzielonej zgody, administrator powinien pamiętać o zapewnieniu alternatywnego rozwiązania, nieopartego na biometrii, np. w postaci osobnego wejścia do budynku dla osób, które nie wyrażają zgody na przetwarzanie danych biometrycznych<sup>33</sup>. Jest to istotne też z perspektywy osób, które ze względu na ograniczenia urządzeń wykorzystujących technologię biometryczną nie mogą z nich korzystać, jak np. osoby niepełnosprawne. Po drugie, EROD akcentuje, że nie zawsze stosowanie systemów monitoringu wizyjnego wyposażonych w technologię biometryczną będzie wchodziło w zakres stosowania art. 9 RODO. Jeśli administrator nie tworzy szablonów biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osób fizycznych, a zamiast tego odczytuje określone cechy fizyczne (np. wiek, płeć) jedynie w celu przypisania danej osoby do konkretnej grupy, a następnie dostarczania jej spersonalizowanych reklam, tj. reklam przewidzianych dla grupy, do której została zakwalifikowana, to nie przetwarza danych biometrycznych<sup>34</sup>. W mojej ocenie można mieć wątpliwości czy takie stanowisko jest słuszne. Należy bowiem pamiętać, że już samo zestawienie ze sobą różnych informacji, do których administrator może mieć dostęp, jak choćby wieku, płci, lokalizacji, czasu przebywania w danym miejscu czy preferencji zakupowych, może sprawić, że określona osoba fizyczna stanie się co najmniej możliwa do zidentyfikowania. W takich sytuacjach, biorąc też pod uwagę tempo rozwoju technologii biometrycznych, granica pomiędzy przetwarzaniem danych wrażliwych a przetwarzaniem danych zwykłych może być trudna do ustalenia.

#### **IV. Systemy zdalnej identyfikacji biometrycznej w świetle projektu aktu w sprawie sztucznej inteligencji**

W kwietniu 2021 r. KE opublikowała projekt aktu w sprawie sztucznej inteligencji<sup>35</sup>. Proponowana regulacja ma na celu stworzenie ram prawnych dla rozwoju inwestycji i innowacji w dziedzinie sztucznej inteligencji, skoordynowanie europejskiego podejścia w tym zakresie oraz stworzenie warunków dla rozwoju godnej zaufania sztucznej inteligencji poprzez niwelowanie zagrożeń związanych z niektórymi zastosowaniami tej technologii, a jednocześnie promowanie stosowania sztucznej inteligencji w sposób bezpieczny, zgodny z prawem i z poszanowaniem praw podstawowych i na

<sup>31</sup> Mogą zachodzić też inne wyjątki z art. 9 ust. 2 RODO, jednak podstawą przetwarzania danych biometrycznych na potrzeby prywatnego monitoringu wizyjnego najczęściej będzie art. 9 ust. 2 lit. a) RODO.

<sup>32</sup> Zob. pkt 46 wytycznych 3/2019.

<sup>33</sup> Zob. pkt 86 wytycznych 3/2019.

<sup>34</sup> Zob. pkt 80 wytycznych 3/2019.

<sup>35</sup> Wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021) 206 final, Bruksela, dn. 21.4.2021 r. (dalej: projekt rozporządzenia lub akt w sprawie sztucznej inteligencji).



rzecz polepszenia dobrostanu społeczeństwa<sup>36</sup>. Projekt rozporządzenia, oprócz wprowadzenia definicji pojęcia „system sztucznej inteligencji”<sup>37</sup> czy klasyfikacji systemów sztucznej inteligencji z uwzględnieniem tzw. podejścia opartego na ryzyku<sup>38</sup>, zawiera także regulację dotyczącą przetwarzania danych biometrycznych<sup>39</sup>.

W myśl art. 5 ust. 1 lit. d) projektu rozporządzenia wykorzystywanie systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej<sup>40</sup> w czasie rzeczywistym<sup>41</sup> w przestrzeni publicznej<sup>42</sup> do celów egzekwowania prawa powinno być co do zasady zakazane. Systemy te zakwalifikowano jako systemy wysokiego ryzyka z uwagi na wysoki stopień ingerencji w życie prywatne społeczeństwa, podatność na błędy techniczne, możliwość dostarczania nieobiektywnych wyników, a w konsekwencji – przyczyniania się do dyskryminacji jednostek<sup>43</sup>. Komisja Europejska postuluje jednak wprowadzenie kilku wyjątków, kiedy to wykorzystanie tego typu systemu jawi się jako „absolutnie niezbędne” i ma służyć realizacji jednego z trzech celów, a mianowicie: (i) poszukiwania konkretnych potencjalnych ofiar przestępstw, w tym zaginionych dzieci; (ii) zapobiegnięcia konkretnemu, poważnemu i bezpośredniemu zagrożeniu życia lub bezpieczeństwa fizycznego osób fizycznych lub atakowi terrorystycznemu, lub (iii) wykrywania, lokalizowania, identyfikowania lub ścigania sprawcy przestępstwa lub podejrzanego o popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi<sup>44</sup>. Skorzystanie z któregoś z wyjątków powinno być poprzedzone zarówno wszechstronną analizą sytuacji powodującej konieczność zastosowania systemu zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym<sup>45</sup>, jak i konsekwencji wykorzystania systemu dla praw i wolności wszystkich zainteresowanych osób, w tym wagi, prawdopodobieństwa i skali tych konsekwencji<sup>46</sup>. Każdorazowe wykorzystanie systemu zdalnej identyfikacji biometrycznej

<sup>36</sup> Zob. uzasadnienie projektu rozporządzenia, s. 1–3.

<sup>37</sup> Zob. art. 3 pkt 1 projektu rozporządzenia, zgodnie z którym za system sztucznej inteligencji uważa się „oprogramowanie opracowane przy użyciu co najmniej jednej spośród technik i podejść wymienionych w załączniku I, które może – dla danego zestawu celów określonych przez człowieka – generować wyniki, takie jak treści, przewidywania, zalecenia lub decyzje wpływające na środowiska, z którymi wchodzi w interakcję”. KE proponuje, aby definicja ta była odpowiednio elastyczna i neutralna technologicznie. Na marginesie warto dodać, że tak szeroka definicja jest krytykowana (zob. Ebers i in., 2021).

<sup>38</sup> Z uwagi na różne stopnie ryzyka i rodzaje zagrożeń, jakie mogą wywoływać niektóre systemy sztucznej inteligencji, KE proponuje wprowadzenie zakazu stosowania niektórych praktyk jako sprzecznych z unijnymi wartościami, takimi jak poszanowanie godności ludzkiej, wolności, równości, demokracji i praworządności, oraz z prawami podstawowymi, w tym z prawem do niedyskryminacji, ochrony danych i prywatności oraz z prawami dziecka – zob. motyw 15 i nast. oraz art. 5 projektu rozporządzenia. Ponadto, w projekcie rozporządzenia wyróżniono kategorię w postaci systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka, których stosowanie wymaga spełnienia odpowiednich obowiązków – zob. tytuł III projektu rozporządzenia.

<sup>39</sup> Projekt rozporządzenia w art. 3 pkt 33 zawiera również autonomiczną definicję pojęcia „dane osobowe”. Definicja ta jest jednak tożsama z definicją przyjętą na gruncie RODO.

<sup>40</sup> Samo pojęcie systemu zdalnej identyfikacji biometrycznej zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 36 projektu rozporządzenia jako „system sztucznej inteligencji służący do identyfikacji osób fizycznych na odległość poprzez porównanie danych biometrycznych danej osoby z danymi biometrycznymi zawartymi w referencyjnej bazie danych, bez uprzedniej wiedzy użytkownika systemu sztucznej inteligencji, czy dana osoba będzie w nim figurować i czy może zostać zidentyfikowana”.

<sup>41</sup> Należy odróżnić systemy zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym od systemów *post factum*, o czym mowa w motywie 8 oraz art. 3 pkt 37 i 38 projektu rozporządzenia. W przypadku tych pierwszych, pobranie danych biometrycznych, porównanie i identyfikacja następują natychmiast, a przynajmniej bez znacznego opóźnienia; poza tym, systemy te wykorzystują materiał rejestrowany „na żywo” lub „w czasie zbliżonym do rzeczywistego”, np. poprzez kamerę wideo. Z kolei systemy identyfikacji *post factum* działają w oparciu o dane biometryczne wcześniej pobrane, przez co porównanie danych i identyfikacja osoby fizycznej następują ze znacznym opóźnieniem.

<sup>42</sup> Za przestrzeń publiczną uważa się, zgodnie z motywem 9 i art. 3 pkt 39 projektu rozporządzenia, każde miejsce fizyczne, które jest dostępne dla ogółu osób, niezależnie od tego czy mają zastosowanie określone warunki dostępu (np. czy jest własnością prywatną czy publiczną).

<sup>43</sup> Zob. motyw 18 i 33 projektu rozporządzenia.

<sup>44</sup> Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz. Urz. UE L 190 z dn. 18.07.2002 r., s. 1). Artykuł 2 ust. 2 tejże decyzji wymienia przestępstwa, takie jak: terroryzm, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie dzieci, nielegalny handel środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi, bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi itd. Dodatkowo, zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. d) pkt (iii) projektu rozporządzenia warunkiem zastosowania przewidzianego w nim wyjątku jest to, aby dane przestępstwo, według prawa państwa członkowskiego, było zagrożone karą pozbawienia wolności lub podlegało środkowi zabezpieczającemu polegającemu na pozbawieniu wolności przez okres, którego górna granica wynosi co najmniej trzy lata.

<sup>45</sup> W szczególności w analizie powinno się uwzględnić powagę, prawdopodobieństwo i skalę szkody wyrządzonej w przypadku niewykorzystania systemu zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym.

<sup>46</sup> Art. 5 ust. 2 projektu rozporządzenia.

w czasie rzeczywistym w przestrzeni publicznej do celów egzekwowania prawa powinno też, zgodnie z projektem rozporządzenia, następować za uprzednim zezwoleniem odpowiedniego organu sądowego lub administracyjnego; jedynie w nagłych i uzasadnionych przypadkach można skorzystać z systemu bez zezwolenia, lecz wówczas trzeba wystąpić z wnioskiem o następcze zatwierdzenie stosowania systemu<sup>47</sup>. Dodatkowo, w projekcie przewidziano możliwość dla państw członkowskich wprowadzenia w prawie krajowym zezwolenia, pełnego lub częściowego, na korzystanie z systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym w przestrzeni publicznej do celów egzekwowania prawa<sup>48</sup>.

Zgodnie z projektem rozporządzenia inne zdalne systemy identyfikacji biometrycznej, tj. nie-wykorzystywane w celu egzekwowania prawa, również powinny być kwalifikowane jako systemy wysokiego ryzyka, a w konsekwencji powinny spełniać wymogi dla nich przewidziane, i to niezależnie od tego czy systemy te przetwarzają dane w czasie rzeczywistym, czy *post factum*<sup>49</sup>. W odniesieniu do przetwarzania danych biometrycznych lub innych danych osobowych w przestrzeni publicznej, ale w celach innych niż egzekwowanie prawa, a także bez wykorzystania systemów przetwarzających dane w czasie rzeczywistym, konieczne jest nadal spełnienie wymogów wynikających z art. 9 ust. 2 RODO, art. 10 ust. 1 rozporządzenia 2018/1725 lub art. 10 dyrektywy 2016/680<sup>50</sup>. Ponadto, w projekcie rozporządzenia mowa jest także o systemach kategoryzacji biometrycznej, które służą do przypisywania osób fizycznych, na podstawie ich danych biometrycznych, do określonych kategorii, jak np. płeć, wiek, kolor włosów, kolor oczu, pochodzenie etniczne, orientacja seksualna lub polityczna<sup>51</sup>. Systemy te nie zostały zakwalifikowane jako systemy wysokiego ryzyka, w związku z czym mają podlegać jedynie obowiązkowi informacyjnym i w zakresie przejrzystości<sup>52</sup>.

Propozycja regulacji dotyczącej przetwarzania danych biometrycznych w systemach sztucznej inteligencji budzi sporo zastrzeżeń. Kwestionowana jest przykładowo zasadność rozróżniania zdalnych systemów identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym od tych *post factum*, podobnie jak systemów służących do biometrycznej identyfikacji od tych przeznaczonych do kategoryzacji. Zarówno w przypadku systemów identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym, jak i tych *post factum* negatywny wpływ na podstawowe prawa jednostek może być taki sam – podobnie mogą one oddziaływać na swobodę decyzji jednostek, np. co do udziału w zgromadzeniach czy podejmowania innych aktywności w przestrzeni publicznej. Ponadto, systemy te w równym stopniu podatne są na ryzyko popełniania błędów w procesie identyfikacji osób fizycznych (Kind, 2021). Co więcej, użyte w definicjach systemów pojęcia nieostre, jak „bez znacznego opóźnienia” czy „niewielkie opóźnienie”, powodują realne obawy, że w praktyce granica pomiędzy odróżnianiem systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym od tych *post factum* będzie się zacierać, co z kolei potencjalnie powoduje ryzyko nadużyć ze strony organów publicznych,

<sup>47</sup> Art. 5 ust. 3 projektu rozporządzenia.

<sup>48</sup> Art. 5 ust. 4 projektu rozporządzenia.

<sup>49</sup> Motyw 33 projektu rozporządzenia oraz Załącznik III do projektu rozporządzenia, pkt 1 lit. a). W odniesieniu do wymogów, jakie należy spełnić – zob. art. 8–29 projektu rozporządzenia.

<sup>50</sup> Motyw 24 projektu rozporządzenia.

<sup>51</sup> Art. 3 pkt 35 projektu rozporządzenia.

<sup>52</sup> Z tym zastrzeżeniem, że obowiązki te nie mają zastosowania, gdy systemy kategoryzacji biometrycznej są zatwierdzone z mocy prawa do celów wykrywania przestępstw, przeciwdziałania przestępstwom i prowadzenia dochodzeń/śledztw w związku z przestępstwami – zob. art. 52 ust. 2 projektowanego rozporządzenia.

które takie systemy mogłyby stosować. Zwraca się też uwagę na to, że systemy kategoryzacji biometrycznej w niektórych przypadkach pozwalają na identyfikację osoby fizycznej, zwłaszcza gdy osoba ta posiada jakieś cechy charakterystyczne w wyglądzie zewnętrznym (Kind, 2021).

Wśród głosów krytycznych nie brakuje też opinii, że ogólny zakaz wykorzystywania systemów zdalnej identyfikacji biometrycznej w czasie rzeczywistym podlega zbyt szeroko zakreślonym wyjątkom, w praktyce zaś i tak nie będzie obejmować różnych podmiotów, które już teraz stosują tego rodzaju systemy na szeroką skalę (Chander i Jakubowska, 2021; Ebers i in., 2021). Obecnie systemy identyfikacji biometrycznej są przede wszystkim wykorzystywane przez podmioty prywatne, które nie realizują w ten sposób interesu dobra publicznego, lecz swoje własne, komercyjne (Ebers i in., 2021). Zakaz przyjęty w art. 5 ust. 1 lit. d) projektu rozporządzenia nie wpłynie zatem ani na ograniczenie stosowania w miejscach publicznych systemów wykorzystujących biometrię, ani na zwiększenie ochrony osób fizycznych przed negatywnymi skutkami ich stosowania. Wobec tego, postuluje się odejście od podziału różnych form zdalnych systemów identyfikacji biometrycznej na te, które są zakazane i dopuszczalne, na rzecz ustanowienia ogólnego zakazu stosowania jakichkolwiek form masowego nadzoru w przestrzeni publicznej – w odniesieniu zarówno do podmiotów publicznych, jak i do prywatnych (Chander i Jakubowska, 2021). Rekomendację taką zaprezentowali również Europejski Inspektor Ochrony Danych Osobowych i Europejska Rada Ochrony Danych we wspólnym stanowisku, wzywając m.in. do wprowadzenia zakazu wykorzystywania systemów opartych na sztucznej inteligencji i biometrycznym przetwarzaniu danych do automatycznego rozpoznawania cech ludzkich w publicznie dostępnych miejscach lub do kategoryzacji osób na grupy ze względu na pochodzenie etniczne, płeć, orientację polityczną lub seksualną lub z innych względów, gdyż takie podziały mogą przyczyniać się do rozwoju zjawiska dyskryminacji (EROD i EIOD, 2021)<sup>53</sup>.

## V. Podsumowanie

Na tle biometrycznego przetwarzania danych, w tym stosowania technologii rozpoznawania twarzy, ujawnia się wiele sprzecznych i trudnych do pogodzenia interesów – z jednej strony podmiotów danych, które są takiemu przetwarzaniu poddawane, z drugiej – podmiotów chcących korzystać z tego rodzaju rozwiązań zarówno w sektorze publicznym, jak i w prywatnym. Przyzwolenie na dalszy dynamiczny rozwój technologii, zwłaszcza opartych na sztucznej inteligencji, bez ustanowienia ścisłych ram regulacyjnych może spowodować, że jako społeczeństwo stracimy kontrolę nad tym, jak, gdzie, przez kogo i w jakich celach są przetwarzane nasze dane osobowe, w tym dane wrażliwe. Nie ulega przy tym wątpliwości, że rozwój technologii jest zarówno nieunikniony, jak i pożądaný ze względów gospodarczych, jednak nie powinien być z pewnością realizowany kosztem podstawowych praw jednostek.

Przywołane w artykule stanowiska organów nadzorczych odnoszące się do przetwarzania danych biometrycznych, choć jak dotąd jeszcze nieliczne, ukazują utrwalającą się tendencję do ścisłego i restrykcyjnego interpretowania przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, zwłaszcza gdy przetwarzanie danych z wykorzystaniem technik biometrycznych może mieć

<sup>53</sup> Wezwanie do wprowadzenia zakazu wykorzystywania sztucznej inteligencji do automatycznego rozpoznawania cech ludzkich w publicznie dostępnych przestrzeniach EROD powtórzyła również w stanowisku z 18.11.2021 r. w sprawie pakietu usług cyfrowych i strategii w zakresie danych, zob.: [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb\\_statement\\_on\\_the\\_digital\\_services\\_package\\_and\\_data\\_strategy\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_statement_on_the_digital_services_package_and_data_strategy_en.pdf) (5.12.2021).

charakter masowy. Krajowe organy zwracają przede wszystkim uwagę na aspekt proporcjonalności przyjmowanych przez administratorów środków względem celów przetwarzania, jakie mają być osiągnięte. Jeśli w określonym przypadku cele przetwarzania mogą być osiągnięte innymi sposobami, administrator powinien z nich skorzystać. Wydaje się, że bez znaczenia w takiej sytuacji jest argument, iż zastosowanie technik biometrycznych pozwala łatwiej, taniej lub szybciej realizować interes administratora albo że przyczynia się do osiągnięcia bardziej precyzyjnych efektów przetwarzania. Co do zasady tego rodzaju argumenty, w ocenie organów nadzorczych, nie uzasadniają tak inwazyjnej ingerencji w prywatność osób fizycznych, gdyż wiążą się z dużym ryzykiem dla praw i wolności podmiotów danych. Ryzyko to może zmaterializować się np. jeśli dojdzie do naruszenia bezpieczeństwa przetwarzanych danych, poufności i integralności danych, przechowywania ich przez czas dłuższy niż konieczny dla realizacji celów przetwarzania itp. Warto jednak podkreślić, że praktyka krajowych organów w tym zakresie, mimo wielu podobnych rozstrzygnięć, nie jest jeszcze w pełni ukształtowana. Ponadto, co pokazuje *casus* przetwarzania danych biometrycznych przez szkołę podstawową w Gdańsku, może być kwestionowana przez sądy rozpoznające środki zaskarżenia od wydawanych decyzji.

Regulacje przyjmowane na poziomie UE sprzyjają wzmocnieniu ochrony jednostek przed negatywnymi skutkami stosowania różnych technologii ingerujących w życie prywatne osób fizycznych, ustanawiając, chociażby na mocy RODO, liczne obowiązki na podmioty przetwarzające dane osobowe. Mimo to, wydaje się, że nie są one wystarczające. Bezspornie krokiem w dobrym kierunku byłoby przyjęcie kompleksowych przepisów odnoszących się do kwestii wykorzystywania technologii zbudowanych na systemach sztucznej inteligencji, w tym technologii wykorzystywanych na potrzeby biometrycznej identyfikacji osób fizycznych. Zaproponowany przez KE w kwietniu br. projekt rozporządzenia, pomimo że – słusznie moim zdaniem – wprowadza podejście oparte na ryzyku, nie jest jednak pozbawiony wad i wymaga doprecyzowania wielu kwestii w toku prac legislacyjnych, aby faktycznie mógł realizować cele, o których mowa w motywie 1 projektu rozporządzenia, takie jak zapewnienie wysokiego poziomu ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i praw podstawowych.

## Bibliografia

- Allix, G. (2018). *Comment des villes « hyper connectées » contrôlent l'espace public*. Pozyskano z: [https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/12/19/au-nom-de-la-smart-city-des-villes-sous-surveillance\\_5399527\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/12/19/au-nom-de-la-smart-city-des-villes-sous-surveillance_5399527_3234.html) (15.10.2021).
- Bielecki, D. i Rapcewicz, A. (2020). Biometryczne metody weryfikacji tożsamości. *Magazyn ODO*, (13), 2–5.
- Buolamwini, J. i Gebru, G. (2018). Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. *Machine Learning Research*, (81).
- Castelluccia, C. i Le Métayer Inria, D. (2020). *Impact Analysis of Facial Recognition: Towards a Rigorous Methodology*. Centre for Data Ethics and Innovation, s. 6–7.
- Cavazos, J.G., Phillips, P.J., Castillo, C.D. i O'Toole, A.J. (2021). *Accuracy Comparison Across Face Recognition Algorithms: Where Are We on Measuring Race Bias?*. Cornell University. Pozyskano z: <https://arxiv.org/abs/1912.07398> (20.10.2021).

- Chander, S. i Jakubowska, E. (2021). *EU's AI law needs major changes to prevent discrimination and mass surveillance*. EDRI. Pozyskano z: <https://edri.org/our-work/eus-ai-law-needs-major-changes-to-prevent-discrimination-and-mass-surveillance/> (20.10.2021).
- CNIL. (2019). *Facial recognition: for a debate living up to the challenges*. Pozyskano z: <https://www.cnil.fr/en/facial-recognition-debate-living-challenges> (16.10.2021).
- Crawford, K., Dobbe, R., Dryer, T., Fried, G., Green, B., Kaziunas, E., Kak, A., Mathur, W., McElroy, E., Nill Sánchez, A., Raji, D., Rankin, J. L., Richardson, R., Schultz, J., Myers West, S. i Whittaker, M. (2019). *AI Now 2019 Report*. Nowy Jork. Pozyskano z: [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2019\\_Report.html](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2019_Report.html) (16.10.2021).
- Ebers, M., Hoch, V. R. S., Rosenkranz, F., Ruschemeier, H. i Steinrötter, B. (2021). The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS), *J*, 4(4), 589–603. <https://doi.org/10.3390/j4040043>.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2020). *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, s. 7–8. Pozyskano z: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0de97f99-10db-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>.
- EROD. (2020a). *Wytyczne 3/2019 w sprawie przetwarzania danych osobowych przez urządzenia wideo. Wersja 2.0*. European Data Protection Board. Pozyskano z: [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201903\\_video\\_devices\\_pl.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices_pl.pdf).
- EROD (2020b). *Wytyczne 05/2020 dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679. Wersja 1.1*. European Data Protection Board. Pozyskano z: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679\\_pl](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_pl).
- EROD, EIOD (2021). *EDPB-EDPS Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*. European Data Protection Supervisor. Pozyskano z: [https://edps.europa.eu/node/7140\\_en](https://edps.europa.eu/node/7140_en).
- Fajgielski, P. (2018). *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Fourtané, S. (2020). *AI Facial Recognition and IP Surveillance for Smart Retail, Banking, and the Enterprise*. Pozyskano z: <https://interestingengineering.com/ai-facial-recognition-and-ip-surveillance-for-smart-retail-banking-and-the-enterprise> (15.10.2021).
- Grupa Robocza Art. 29. (2003). *Working document on biometrics*. WP80. Pozyskano z: <https://www.uodo.gov.pl/3>.
- Grupa Robocza Art. 29. (2007). *Opinia 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych*, WP136. Pozyskano z: <https://www.uodo.gov.pl/3>.
- Grupa Robocza Art. 29. (2012). *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies*, WP193. Pozyskano z: <https://www.uodo.gov.pl/3>.
- Kind, C. (2021). *Containing the canary in the AI coalmine – the EU's efforts to regulate biometrics. Exploring the gaps and risks relating to biometrics in the EU's draft AI regulation*. Pozyskano z: <https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/canary-ai-coalmine-eu-regulate-biometrics/> (18.10.2021).
- Kuba, M. (2018). Artykuł 4 pkt 14. W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO Ogólne rozporządzenie o ochronie danych Komentarz*, s. 273–277. Warszawa: Wolters Kluwer.
- La Quadrature du Net. (2020). *Our legal action against the use of facial recognition by the French police*. Pozyskano z: <https://www.laquadrature.net/en/2020/09/21/our-legal-action-against-the-use-of-facial-recognition-by-the-french-police/> (16.10.2021).
- Leslie, D. (2020). *Understanding bias in facial recognition technologies*. The Alan Turing Institute.

- Lynch, J. (2020). *Face Off: Law Enforcement Use of Face Recognition Technology*. Pozyskano z: <https://www.eff.org/pl/wp/law-enforcement-use-face-recognition> (17.10.2021).
- PE. (2021). *Regulating facial recognition in the EU*. Bruksela: European Parliamentary Research Services.
- Rada Europy. (2021). *Guidelines on facial recognition*. Pozyskano z: <https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/9753-guidelines-on-facial-recognition.html>.
- Rapcewicz, A. (2020). Stosowanie mechanizmów rozpoznawania twarzy w świetle wytycznych Europejskiej Rady Ochrony Danych i stanowisk organów nadzorczych. *Magazyn ODO*, (12), 63–66.
- Selvadurai, N. (2015). Not just a face in the crowd: addressing the intrusive potential of the online application of face recognition technologies. *International Journal of Law and Information Technology*, (23), 187–218. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eav006>.
- Thales Group. (2021). *Biometrics: definition, use cases and latest news*. Pozyskano z: <https://www.thalesgroup.com/en/markets/digital-identity-and-security/government/inspired/biometrics> (15.10.2021).
- Wang, M. i Deng, W. (2020). Deep Face Recognition: A Survey. *Neurocomputing*, 429, 215–244. <https://doi.org/10.1016/j.neucom.2020.10.081>.
- Whittaker, M., Crawford, K., Dobbe, R., Fried, G., Kaziunas, E., Mathur, W., Richardson, R., Schultz, J., Myers West, S. i Schwartz, O. (2018). *AI Now Report 2018*. Nowy Jork. Pozyskano z: [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2018\\_Report.pdf](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf) (17.10.2021).

## Ustawowe moratorium kredytowe w Polsce w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19 – w świetle Konstytucji i zasady proporcjonalności

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Definicja moratorium i moratorium kredytowego
  1. Pojęcie „moratorium”
  2. Definicja moratorium kredytowego
- III. Moratoria kredytowe w dobie pandemii w Polsce
  1. Moratorium prywatne sektora bankowego w Polsce
  2. Moratorium ustawowe w Polsce
- IV. Analiza moratorium ustawowego w świetle norm konstytucyjnych
  1. Konstytucyjne ograniczenie wolności działalności gospodarczej
    - 1.1. Warunek drogi ustawowej
    - 1.2. Warunek ważnego interesu publicznego
    - 1.3. Proporcjonalność ograniczeń swobody gospodarczej
  2. Ocena zgodności przepisów dotyczących moratorium ustawowego w Polsce z przesłankami konstytucyjnymi
    - 2.1. Przesłanki formalne
    - 2.2. Przesłanki materialne
- V. Zakończenie

### Streszczenie

Treść artykułu obejmuje omówienie definicji ogólnej moratorium, jak i moratorium kredytowego na podstawie definicji EBA oraz przedstawienie polskich rozwiązań w zakresie moratoriów kredytowych – zarówno ustawowych, jak i pozaustawowych – ogłoszonych w obliczu pandemii koronawirusa COVID-19 w pierwszej połowie 2020 roku. Rozwiązania o charakterze ustawowym (moratorium ustawowe) – wprowadzone na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 zostały poddane ocenie ich zgodności z konstytucyjnymi zasadami ograniczenia wolności działalności gospodarczej na gruncie polskiej Konstytucji. Rozwiązania pozaustawowe – oparte na moratorium ogłoszone przez Związek Banków Polskich – zostały przedstawione dla porównania z postanowieniami ustawowymi.

\* Magister prawa; adwokat; doktorant na WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego; absolwent WPIA Uniwersytetu Warszawskiego oraz University of Cambridge and University of Warsaw British Law Centre, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7945-8422>.

**Słowa kluczowe:** kredyt; kredyt konsumencki; usługi finansowe; Unia Europejska; moratoria kredytowe.

**JEL:** G21, G28, K22

## I. Wprowadzenie

Pandemia choroby COVID-19 spowodowanej wirusem SARS-CoV-2, która dotknęła świat na początku 2020 roku, spowodowała istotne i głębokie utrudnienia w funkcjonowaniu gospodarek w bardzo wielu państwach. W konsekwencji doprowadziła do znaczących zaburzeń w płatnościach między uczestnikami obrotu gospodarczego, w wyniku utraty płynności przez przedsiębiorców, szczególnie z sektorów, których działalność została ograniczona w największym stopniu przez obostrzenia o charakterze sanitarnym nałożone przez poszczególne państwa.

Ponieważ wybuch pandemii był wydarzeniem obiektywnie nie do przewidzenia oraz stanowił znaczące utrudnienie w prowadzeniu działalności gospodarczej, spowodował utrudnienia w spłacie kredytów bankowych. Istotnego znaczenia nabrała w tej sytuacji kwestia możliwości odroczenia spłaty kredytów przez banki jako kredytodawców, ze względu na potrzebę zwiększenia płynności finansowej u kredytobiorców. Działania te były podejmowane w ramach moratoriów kredytowych – poszczególne sektory bankowe w poszczególnych państwach uzgadniały moratoria prywatne (pozaustawowe), a ponadto niektóre państwa członkowskie uchwały zasady odroczenia spłat wybranych kredytów bankowych w przepisach powszechnie obowiązujących. Działania te, choć podejmowane niezależnie od siebie, były koordynowane na poziomie Unii Europejskiej, głównie przez Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego (EBA).

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza polskich rozwiązań w zakresie ustawowych moratoriów kredytowych. Rozwiązania o charakterze ustawowym zostaną poddane ocenie ich zgodności z konstytucyjnymi zasadami ograniczenia praw i wolności prowadzenia działalności gospodarczej na gruncie polskiej Konstytucji, co w konsekwencji pozwoli na uzasadnienie bądź zanegowanie hipotezy – czy rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę były zgodne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ograniczeń działalności gospodarczej.

Do przygotowania niniejszego artykułu posłużono się prawną-dogmatyczną metodą badawczą, a także metodą teoretyczno-prawną.

## II. Definicja moratorium i moratorium kredytowego

### 1. Pojęcie „moratorium”

Moratorium definiowane jest jako „odroczenie terminu płatności lub czasowe wstrzymanie jakichś działań ze względu na nadzwyczajne okoliczności”<sup>1</sup> – pojęcie jest stosowane najczęściej w znaczeniu prawniczym, choć niewyłącznie. Moratorium nie ma definicji legalnej w żadnym z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W języku prawniczym moratorium znajduje

<sup>1</sup> Por. *Słownik języka polskiego*. Warszawa: PWN. Pozyskano z: <https://sjp.pwn.pl/sjp/moratorium;2568437.html> (2.01.2021).



zastosowanie w różnych gałęziach prawa. Oprócz szeroko pojętego prawa cywilnego, gdzie moratorium odnosi się do zawieszenia terminów świadczeń – zazwyczaj pieniężnych – w wyniku zaistnienia wyjątkowych i nieprzewidzianych okoliczności<sup>2</sup>, pojęcie to jest stosowane również w prawie karnym. Odnosi się wówczas do zawieszenia stosowania przepisów prawa materialnego bądź postępowania karnego – najczęściej dotyczy zawieszenia wykonywania kary śmierci w wybranej jurysdykcji. W Polsce mimo obowiązania kodeksu karnego z 1969 roku, który przewidywał karę śmierci<sup>3</sup>, od 1988 roku kara ta nie była w praktyce wykonywana, co określano jako faktyczne moratorium na wykonywanie kary śmierci (Pawela, 2007, s. 45). W ustawie zmieniającej kodeks karny wprowadzono przepis przejściowy, określający zakaz wykonywania kary śmierci w okresie 5 lat od wejścia w życie<sup>4</sup>. Okres ten trwał jedynie dwa lata, gdyż w kodeks karny z 1997 roku nie zawierał kary śmierci w katalogu kar.

Oprócz powyższych pojęcie „moratorium” znajduje zastosowanie na przykład w prawie podatkowym w odniesieniu do zawieszenia poboru danego podatku (np. White, 2007).

## 2. Definicja moratorium kredytowego

Definicja moratorium kredytowego nie istnieje w przepisach prawa dotyczących stosunków między kredytobiorcą a kredytodawcą w Unii Europejskiej<sup>5</sup>. Moratorium kredytowe zdefiniowane zostało przez Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego (EBA) (EBA, 2020a) w Wytycznych z 2 kwietnia 2020 r. jako moratorium na spłaty kredytów<sup>6</sup>, które opiera się na:

- właściwych przepisach krajowych (moratorium ustawowe);
- nieustawodawczej inicjatywie przewidującej ulgę w spłacie podjętej przez instytucję w ramach branżowego lub sektorowego programu moratoryjnego uzgodnionego lub koordynowanego w obrębie sektora bankowego lub jego istotnej części, w miarę możliwości we współpracy z organami publicznymi, który to program moratoryjny jest otwarty dla zainteresowanych i przewiduje podjęcie podobnych działań na rzecz zapewnienia ulgi w spłacie podejmowanych przez odpowiednie instytucje kredytowe (moratorium pozaustawowe) (EBA, 2020a, pkt 10a lit. a).

Ponadto EBA określiła dodatkowe wymogi stawiane moratoriom, odnoszące się do możliwości nie reklasyfikacji ekspozycji kredytowych, które nie są spłacane zgodnie z pierwotnych harmonogramem zgodnym z umową zawartą między bankiem a kredytobiorcą. Do wymogów tych zaliczyć należy:

<sup>2</sup> Moratoria dotyczące zawieszenia biegu terminów płatności np. weksli wydawane były w przypadkach wybuchów wojen. W ten sposób: M. Handelsman (1939, s. 42 i n.).

<sup>3</sup> Art. 30 par. 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U z 2020 r., poz. 1444).

<sup>4</sup> Art. 5 ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. 1995 Nr 95, poz. 475, s. 2346).

<sup>5</sup> „Nowe przepisy powinny zostać rozważone w odpowiedzi na wnioski wyciągnięte z COVID-19 w odniesieniu do potrzeb dłużników i wierzycieli w przypadku głębokiego zewnętrznego wstrząsu gospodarczego [...], w tym przepisy dotyczące umorzenia długów/moratoriów lub specjalnej pomocy dla konsumentów w czasie poważnych zakłóceń gospodarczych” (oryg. j. ang. – tłum. Autora) (w ten sposób: Komisja Europejska, 2020, s. 3). Należy zauważyć, że ostateczna treść projektu nowej dyrektywy o kredycie konsumenckim nie zawierała przepisów regulujących kwestie moratoriów kredytowych (w ten sposób: Komisja Europejska, 2021).

<sup>6</sup> Warto odnotować na marginesie, że za podstawę prawną wydania Wytycznych wskazano ogólny przepis art. 16 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), zmiany decyzji nr 716/2009/WE oraz uchylecia decyzji Komisji 2009/78/WE, Dz.Urz. UE L 331 z 15.12.2010 r., s. 12–47, stanowiący iż EBA wydaje wytyczne i zalecenia skierowane do właściwych organów lub instytucji finansowych w celu ustanowienia spójnych, wydajnych i skutecznych praktyk nadzorczych w ramach Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego. W punkcie 6. wskazano, iż Wytyczne obowiązują w odniesieniu do definicji niewykonania zobowiązania z art. 178 oraz klasyfikacji do działań restrukturyzacyjnych zgodnie z art. 47b rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 176 z 27.6.2013 r., s. 1 z późn. zm.).

- zastosowanie do dużej grupy dłużników zdefiniowanych na bazie szerokich kryteriów;
- zmiana relacji umownej z umowy kredytu dotyczyć ma jedynie zmiany harmonogramu spłat, tj. zawieszenia, odroczenia lub obniżenia płatności z tytułu kwoty głównej, odsetek lub pełnych rat na czas określony;
- zastosowanie takich samych zmian w harmonogramie spłaty dla wszystkich ekspozycji kredytowych objętych moratorium (EBA, 2020a, pkt 10, lit. b–d).

Oprócz powyższych elementów obiektywnych Wytyczne EBA zawierały dodatkowe wymogi odnoszące się do szczególnych okoliczności związanych stricte z pandemią COVID-19<sup>7</sup>. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że ze względu na fakt, iż moratorium miało zaradzić systemowym krótkoterminowym niedoborom płynności, kryteria określające wymogi względem nich muszą być odpowiednio elastyczne (Gałązka, 2020).

Podkreślić należy również, że skutki zastosowania ww. Wytycznych były dla sektora bankowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej istotne ze względu na znaczenie i umocowanie Wytycznych w systemie prawa UE. Zgodnie z zasadą *comply or explain* (dostosuj się bądź wyjaśnij) wynikającą z art. 16 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010, krajowe nadzory bankowe w poszczególnych państwach członkowskich są co do zasady obowiązane wdrożyć wytyczne bądź poinformować EBA o tym, iż nie zamierzają ich stosować wraz z uzasadnieniem (EBA, 2021). Pomimo iż Wytyczne nie stanowią źródła prawa (Wróblewski, 1989, s. 23), mają wpływ na praktykę banków będących podmiotami podlegającymi nadzorowi bankowemu. Na istotność Wytycznych zwraca uwagę również Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie, stwierdzając, że „nie można uznać, że wytyczne wydane przez EUNB wywołują wiążące skutki prawne wobec właściwych organów [ani] wobec instytucji finansowych”<sup>8</sup>, a skutkiem kompetencji EBA do wydawania Wytycznych jest „uprawnienie do zachęcania i perswazji”<sup>9</sup>. Pomimo tego TSUE uznaje, że posiada właściwość do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności zalecenia EBA pozbawionego wiążących skutków prawnych<sup>10</sup>, z uwagi na to, że wytyczne „mogą skłonić właściwe organy do przyjęcia (...) aktów prawa krajowego zachęcających instytucje finansowe do zmiany w istotny sposób ich praktyk lub uwzględnienia (...) stosowania wytycznych EBA podczas badania indywidualnej sytuacji tych instytucji”<sup>11</sup>. Zwrócić należy także uwagę, że sądy krajowe mają obowiązek wziąć pod uwagę wytyczne EBA w celu rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów, w szczególności wówczas, gdy wytyczne te mają na celu uzupełnienie przepisów prawa UE o charakterze wiążącym<sup>12</sup>. Oddziałują zatem bezpośrednio nie tylko na praktykę organów nadzoru nad instytucjami rynku finansowego, lecz także na orzecznictwo sądów krajowych.

<sup>7</sup> Wymogi odnoszące się do kwestii ostrożnościowych, związanych z traktowaniem poszczególnych ekspozycji kredytowych przez instytucje finansowe w świetle pandemii COVID-19.

<sup>8</sup> Wyr. TSUE z 15.07.2021 r., *Fédération bancaire française (FBF) przeciwko Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, sygn. akt: C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599, pkt 45–46.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pkt 48.

<sup>10</sup> Wyr. TSUE z 25.03.2021 r., *BT przeciwko Bałgarska Narodna Banka*, C-501/18, EU:C:2021:249, pkt 83.

<sup>11</sup> Wyr. z 15.07.2021 r., *op. cit.*, pkt 70.

<sup>12</sup> Wyr. TSUE z 13.12.1989 r., *Grimaldi*, C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 18.

### III. Moratoria kredytowe w dobie pandemii w Polsce

#### 1. Moratorium prywatne sektora bankowego w Polsce

Od marca 2020 r. Związek Banków Polskich (ZBP)<sup>13</sup> informował publicznie o wprowadzeniu przez banki możliwości odroczenia spłat rat kapitałowo-odsetkowych lub rat kapitałowych przez okres do 3 miesięcy i automatycznego wydłużenia, o ten sam okres, łącznego okresu spłaty kredytu pod warunkiem przedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia spłaty kredytu, które dotyczyło kredytów mieszkaniowych, konsumpcyjnych dla klientów indywidualnych oraz kredytów dla przedsiębiorców (ZBP, 2020a). Na początku kwietnia 2020 r. ZBP poinformował, że wnioski o odroczenie spłat kredytów złożyło ponad 500 tysięcy kredytobiorców będących konsumentami oraz prawie 50 tysięcy przedsiębiorców<sup>14</sup>.

W ramach Wytycznych EBA (EBA, 2020a), ZBP ogłosił wprowadzenie moratorium pozaustawowego w Polsce na początku czerwca 2020 r. (ZBP, 2020c), oświadczając, że obejmuje ono instrumenty pomocowe udzielane przez banki w okresie od 13 marca do 30 czerwca 2020 roku. Moratorium miało przede wszystkim na celu ujednoczenie procedur stosowanych przez banki w procesie udzielania prawa do moratorium wnioskującym klientom. Daty obowiązywania moratorium pozaustawowego zostały określone zgodnie z datami granicznymi zakreślonymi przez EBA w treści Wytycznych, których okres obowiązywania<sup>15</sup>, a w konsekwencji okres, w ramach którego możliwe było przyznawanie klientom odroczenia spłat w ramach moratorium, był początkowo zakreślony do 30 czerwca 2020 roku. W wyniku wydłużenia okresu obowiązywania Wytycznych, wydłużeniu uległo również obowiązywanie moratorium pozaustawowego obowiązującego w Polsce – do 30 września 2020 roku (EBA, 2020b).

Stanowisko ZBP z 1 czerwca 2020 r. określało dwie podstawowe kwestie:

- kryteria, które muszą spełnić kredytobiorcy występujący o odroczenie spłaty kredytu w ramach moratorium pozaustawowego – tj. w przypadku konsumentów oraz mikro i małych przedsiębiorców: opóźnienie w spłacie kapitału lub odsetek nieprzekraczające 30 dni na dzień 29 lutego 2020 r. lub na dzień złożenia wniosku, a w przypadku średnich i dużych przedsiębiorców: posiadanie zdolności kredytowej na koniec roku 2019, przejściowe pogorszenie się sytuacji związanej z pandemią koronawirusa i brak toczącego się postępowania egzekucyjnego, upadłościowego lub restrukturyzacyjnego, a także likwidacji przedsiębiorstwa;
- zasady i zakres odroczenia spłaty kredytu polegającego na zmianie harmonogramu spłaty kredytu, skutkującej w przypadku odroczenia rat kapitałowo-odsetkowych naliczeniem przez bank odsetek za okres odroczenia zgodnie z warunkami pierwotnej umowy kredytowej. Konsumenti, mikro i mali przedsiębiorcy mogli wnioskować o odroczenie rat kapitałowych bądź kapitałowo-odsetkowych na okres do 6 miesięcy. Średni przedsiębiorcy mogli wnioskować o odroczenie rat kapitałowych na okres do 3 miesięcy, a rat kapitałowo-odsetkowych na okres do 6 miesięcy. Duży przedsiębiorcy mogli wnioskować o odroczenie wyłącznie rat

<sup>13</sup> Związek Banków Polskich (ZBP) to samorządowa organizacja banków działająca na podstawie ustawy o izbach gospodarczych z 30 maja 1989 roku, powołana do życia w styczniu 1991 roku. Członkostwo w ZBP ma charakter dobrowolny i obejmuje banki działające na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, utworzone i działające na podstawie prawa polskiego (por. Związek Banków Polskich, 2010).

<sup>14</sup> „Na podstawie ankiet zebranych od banków obejmujących swym działaniem ponad 90 procent rynku (stan na dzień 03.04.2020r.) liczba wniosków konsumentów indywidualnych o odroczenie spłaty rat kredytowych wynosi blisko 550 tysięcy (dokładnie 543 446) [...] polskie banki rozpatrzyły pozytywnie blisko 45 tysięcy (dokładnie 44 532 sztuk) wniosków o odroczenie spłaty rat zgłaszanych przez przedsiębiorców” (por. Związek Banków Polskich, 2020b).

<sup>15</sup> Zob. pkt 10 lit. f) Wytycznych.

kapitałowych na okres do 6 miesięcy. Dodatkowo w zakresie kredytów odnawialnych możliwe było ich odnowienie przy braku spełnienia standardowych warunków odnowienia na okres do 6 miesięcy dla wszystkich kategorii podmiotowych kredytobiorców.

Ostatniego dnia czerwca 2020 r., po uzyskaniu informacji o wydłużeniu obowiązywania Wytycznych EBA, ZBP podjęło decyzję o wydłużeniu okresu obowiązywania ww. stanowiska w sprawie zasad moratorium pozaustawowego na okres do 30 września 2020 r., nie zmieniając szczegółowych jego postanowień (ZBP, 2020d).

Na zakończenie tego fragmentu warto odnotować, że ZBP postanowiło wznowić obowiązywanie moratorium zgodnie z wydłużeniem stosowania Wytycznych EBA (EBA, 2020d) na kolejny okres (ZBP, 2021).

## 2. Moratorium ustawowe w Polsce

Moratorium ustawowe weszło w życie w Polsce 24 czerwca 2020 r. zgodnie z ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19<sup>16</sup>.

Przepisy ustawowe określające zasady moratorium stanowią, że zakres przedmiotowy moratorium obejmuje wszystkie kredyty udzielone konsumentom, zarówno te spełniające przesłanki kredytu konsumenckiego<sup>17</sup>, jak i te nieposiadające tego przymiotu, a także kredyty hipoteczne<sup>18</sup>. To jednocześnie determinuje też zakres podmiotowy moratorium ustawowego, którego przepisami objęci są wyłącznie kredytobiorcy będący konsumentami<sup>19</sup>. Dodatkową przesłanką podmiotową przyznania odroczenia spłaty kredytu na podstawie moratorium ustawowego jest utrata przez kredytobiorcę (bądź jednego z kredytobiorców, gdy w umowie występuje więcej niż jeden) pracy lub innego głównego źródła dochodu w okresie po 13 marca 2020 roku<sup>20</sup>.

Ustawa zawiera też dwa wyłączenia z zakresu przedmiotowego moratorium – przepisy te nie mają zastosowania do kredytów studenckich<sup>21</sup>, a także nie znajdują zastosowania do kredytów zaciągniętych po 13 marca 2020 r. i takich, których termin zakończenia okresu kredytowania przypada przed upływem 6 miesięcy od ww. daty. To drugie wyłączenie jest zgodne z Wytycznymi EBA, a także wydaje się być oczywiste w świetle celów moratorium ustawowego, które ma na celu ułatwienie trudnej sytuacji kredytobiorców w obliczu pandemii – kredytobiorca zaciągający zobowiązanie kredytowe po ww. dacie miał świadomość istnienia pandemii, a zatem nie może powoływać się na fakt jej zajścia jako okoliczności nieprzewidzianej, która uniemożliwia mu spłatę kredytu.

<sup>16</sup> Art. 77 pkt 57) ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. 2020, poz. 1086 z późn. zm.) dodawał artykuły od art. 31fa do art. 31fc w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 374, 567, 568, 695 i 875).

<sup>17</sup> Zgodnie z ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1083).

<sup>18</sup> Zgodnie z ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1027).

<sup>19</sup> Definicję konsumenta zawiera art. 22<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740).

<sup>20</sup> W ten sposób art. 31fa ust. 2 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych...

<sup>21</sup> Zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. 2020, poz. 85, 374, 695 i 875).

W projekcie ustawy, projektodawca argumentował w przedmiocie celu regulacji, iż „zawieszenie rat kapitałowo-odsetkowych poprawi płynność gospodarstw domowych, w których kredytobiorca utracił pracę lub inne główne źródło dochodu”<sup>22</sup>. Ponadto, uzasadnienie ustawy stanowiło, że jest to szczególnie istotne dla kredytobiorców, dla których wskaźnik spłacanych rat zadłużenia do bieżących dochodów przekracza 40%<sup>23</sup>. Istotnym ograniczeniem zakresu uprawnienia do odroczenia spłaty kredytu jest art. 31fa ust. 3<sup>24</sup>, stanowiący, iż w przypadku bycia stroną więcej niż jednej umowy kredytowej z danym kredytodawcą, możliwe jest złożenie wniosku o odroczenie dotyczące jedynie jednej z umów.

Moratorium ustawowe przewiduje odroczenie spłaty rat kapitałowo-odsetkowych na okres nie dłuższy niż 3 miesiące, rozpoczynający się z dniem złożenia przez kredytobiorcę wniosku na ręce kredytodawcy<sup>25</sup>. Zwrócić należy jednakże uwagę, że przepisy ustawy nie określają terminu końcowego, do kiedy taki wniosek może być złożony.

Przepis art. 31fa ust. 8 determinuje, że w okresie zawieszenia wykonywania umowy kredytobiorca nie jest zobowiązany do dokonywania płatności wynikających z umowy, co należy rozumieć jako zawieszenie obowiązku ponoszenia kosztów rat kapitałowo-odsetkowych, jak i opłat innych niż odsetki na rzecz kredytodawcy. Wyjątek stanowią składki z tytułu umów ubezpieczenia powiązane z umowami kredytowymi, stanowiącymi przedmiot zawieszenia. W uzasadnieniu projektu ustawy, projektodawca argumentował, że wyjątek ten wynika z konieczności zachowania ciągłości ochrony ubezpieczeniowej, która zapewnia ochronę m.in. w przypadkach utraty pracy lub w związku ze śmiercią kredytobiorcy<sup>26</sup>.

## IV. Analiza moratorium ustawowego w świetle norm konstytucyjnych

### 1. Konstytucyjne ograniczenie wolności działalności gospodarczej

Artykuł 22 Konstytucji RP<sup>27</sup> stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Co do zasady Konstytucja gwarantuje wolność działalności gospodarczej – stanowiącą jedną z podstaw ustroju RP. Jak art. 21 określa warunki dopuszczalnego przez Konstytucję ograniczenia prawa własności, tak art. 22 zakłada dopuszczalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej.

Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie uznał, że ograniczeniem „właściwym” swobody gospodarczej w rozumieniu ww. przepisu konstytucyjnego, jest taka regulacja prawna, która formułuje bezwzględne lub względne zakazy podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej<sup>28</sup>. Z zakresu takich przepisów Trybunał wyłącza przepisy ogólne, które mają charakter uniwersalny i odnoszą się do wszystkich przedsiębiorców, stawiając im wymagania i obowiązki w zakresie m.in. prawidłowej rejestracji i organizacji działalności czy ponoszenia kosztów podatkowych bądź

<sup>22</sup> Ocena Skutków Regulacji (OSR) dołączonej do projektu ustawy – druku sejmowego nr 382 (XI kadencja), s. 34.

<sup>23</sup> Por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, druk sejmowy 382 (XI kadencja), s. 73–78.

<sup>24</sup> Ww. ustawy.

<sup>25</sup> Art. 31fa ust. 7 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych...

<sup>26</sup> Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach..., s. 75.

<sup>27</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483).

<sup>28</sup> Wyr. TK z 11.01.2010 r., sygn. akt: SK 35/08, publ. OTK ZU 2010, nr 1A, poz. 2.

innych publicznoprawnych, gdyż nie mają na celu ograniczania przedsiębiorczości (Kosikowski, 2013, s. 59). Nie ulega wątpliwości, że swoboda działalności gospodarczej nie jest absolutna i jako taka podlega ograniczeniom, które godzą interesy przedsiębiorców i interes publiczny<sup>29</sup>.

Artykuł 22 Konstytucji zawiera określone warunki, od których spełnienia zależy dopuszczalność tego ograniczenia.

### 1.1. Warunek drogi ustawowej

Pierwszy warunek to zastosowanie drogi ustawowej. Nie można zatem ograniczeń tego rodzaju wprowadzać innym aktem prawnym niż ustawa, co implikuje, że nie może wprowadzić ich samodzielnie np. władza wykonawcza. Niemniej jednak sformułowanie „tylko w drodze ustawy” nie wyklucza *a priori* konstytucyjnej dopuszczalności delegowania w ustawie ograniczającej wolność działalności gospodarczej kompetencji do bardziej szczegółowego uregulowania pewnych materii wykonawczych w rozporządzeniu (Szydło, 2016, pkt 67).

Znajduje to potwierdzenie o orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który uznał w wyroku z 25 lipca 2006 r.<sup>30</sup>, zwracając uwagę na wywód innego wyroku TK z 12 stycznia 2000 r.<sup>31</sup>, w którym odnosząc się do stwierdzenia „w ustawie” z art. 31 ust. 3 Konstytucji stwierdził, że oznacza on, iż ustawa musi określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletne ramy takiego ograniczenia. W związku z tym, biorąc pod uwagę to, że art. 22 Konstytucji posługuje się pojęciem „w drodze ustawy”, uznać należy że jest to pojęcie szersze, gdyż skoro wolność działalności gospodarczej może – w świetle również innego wyroku TK z 8 kwietnia 1998 r.<sup>32</sup> – podlegać większym ograniczeniom niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym, przemawia to również za dopuszczeniem regulacji granic wolności gospodarczej w rozporządzeniach wydanych na podstawie upoważnienia ustawowego.

### 1.2. Warunek ważnego interesu publicznego

Druga przesłanka ograniczenia polega na tym, że jest ono dopuszczalne tylko ze względu na ważny interes publiczny. Pojęcie „interesu publicznego” jest klauzulą generalną i nie posiada definicji legalnej<sup>33</sup>, lecz zostało przynajmniej częściowo zakreślone w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że nie można arbitralnie przypisywać wyższości interesu publicznego nad indywidualnym, oba muszą bowiem być wyważane w każdej ocenianej sytuacji, gdyż czasem pierwszeństwo będzie należeć do interesu publicznego, a czasem będzie on musiał ustąpić przed interesem indywidualnym. Powyższe wywiódł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z marca 2006 r.<sup>34</sup>, orzekając, że ograniczenia uprawnień powinny być uzasadnione innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi – dlatego stopień ograniczenia

<sup>29</sup> Wyr. TK z 2.12.2002 r., sygn. akt: K 20/01, publ.: OTK-A 2002, nr 7, poz. 8.

<sup>30</sup> Wyr. TK z 25.07.2006 r., sygn. akt: P 24/05, publ.: OTK-A 2006, Nr 7, poz. 87.

<sup>31</sup> Wyr. TK z 12.01.2000 r., sygn. akt: P 11/98, publ.: OTK ZU nr 1/2000, poz. 3, s. 42.

<sup>32</sup> Wyr. TK z 8.04.1998 r., sygn. akt: K 10/97, publ.: OTK ZU nr 3/1998, poz. 29, s. 163.

<sup>33</sup> Warto nadmienić, że w niektórych ustawach szczególnych pojawiają się pewne szcążkowe definicje – por. art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. 2020, poz. 293), definiuje interes publiczny jako uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym.

<sup>34</sup> Wyr. TK z 20.03.2006 r., sygn. akt: K 17/05, publ.: OTK-A 2006, nr 3, poz. 30.

powinien pozostawać w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to służy. Z względu właśnie na zasadę proporcjonalności niezbędne jest porównanie dobra chronionego i poświęcanego oraz zharmonizowanie kolidujących interesów w jak najszerszym możliwym stopniu w danym przypadku.

W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 18 listopada 1993 r.<sup>35</sup>, stwierdzając, że w demokratycznym państwie prawnym szczególnie istotne jest stosowanie przez organy państwowe lub samorządowe mediacyjnych reguł postępowania w sytuacjach konfliktu interesów i rozstrzyganie ich w ramach prawnych procedur gwarantujących równość szans artykulacji i ochrony tych interesów. Sąd Najwyższy w powyższym wyroku zaznaczył ponadto obowiązek konkretyzowania interesu publicznego, jeśli takowy stanowi podstawę do ograniczenia pewnych uprawnień indywidualnych, a także podkreślił, że nie można pozwolić na mechanicznie i sztywno pojmowaną zasadę nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym – w każdym przypadku organ musi wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczeń uprawnień indywidualnych obywateli. Zarówno zatem – wywodzi Sąd Najwyższy – istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu publicznego nad indywidualny podlegać muszą zawsze kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie gdy chodzi o udowodnienie, że w interesie publicznym leży ograniczenie lub pozbawienie prawa gwarantowanego przez Konstytucję.

Warto także nadmienić, że w poglądach odnoszących się do rozumienia interesu publicznego widać dylemat czy interesowi publicznemu nadawać podstawę aksjologiczną, wiążąc go z wartościami, prakseologiczną – dotyczącą celów, czy opierać go na potrzebach. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25 lutego 1999 r.<sup>36</sup> orzekł, że interes publiczny godny uwzględnienia ponad interesem jednostki winien mieć ugruntowaną w świadomości jednostek podstawę aksjologiczną, z której wynika konkretny normatywny imperatyw. Oznacza to, że interes publiczny nie może mieć charakteru blankietowego, lecz odnosić się zidentyfikowanych wartości i podstaw.

W doktrynie prawa konstytucyjnego ugruntował się pogląd, iż zdefiniowanie pojęcia „interesu publicznego” możliwe jest wyłącznie poprzez odniesienie go do interesu poszczególnych ludzi, a więc poprzez uznanie, że interes publiczny jest taką wartością czy też stanem, które są równoznaczne z korzyściami dla poszczególnych jednostek. Oznacza to, że interes publiczny nie jest czymś abstrakcyjnym bądź oderwanym od korzyści konkretnych osób. Szczególnie nie można utożsamiać interesu publicznego z interesem państwa czy też z interesem administracji traktowanych jako byty abstrakcyjne i stanowiące jakąś wartość samą w sobie (Szydło, 2016, pkt 94). Na gruncie aksjologii Konstytucji za interes publiczny można uznać jedynie taką wartość czy też taki stan, które są równoznaczne z korzyściami dla poszczególnych jednostek i które przynoszą tym jednostkom dające się konkretnie wyrazić dobro (Szydło, 2011, s. 165–174).

Podsumowując analizy odnośnie do zakresu interesu publicznego, stwierdzić należy, że w tym pojęciu w art. 22 Konstytucji, jako przesłance ograniczenia swobody gospodarczej, mieści się łagodzenie skutków wywoływanych mechanizmami wolnego rynku, które działają niekorzystnie względem wybranych członków lub grup społeczeństwa, w szczególności w sytuacji, gdy

<sup>35</sup> Wyr. SN z 18.11.1993 r., sygn. akt: III ARN 49/93, publ.: OSNC 1994, nr 9, poz. 181.

<sup>36</sup> Wyr. TK z 25.02.1999 r., sygn. akt: K 23/98, publ.: OTK 1999, nr 2, poz. 25.

skutki te stoją w sprzeczności z wartościami o randze konstytucyjnej. Aksjologia chroniona przez Konstytucję zawiera w sobie przede wszystkim takie wartości, jak poszanowanie godności człowieka, ochrona zdrowia, mające znaczenie w kontekście bieżącej sytuacji sanitarno-epidemicznej (Jedlecka i Policiewicz, 1999, s. 127 i n.).

W literaturze zwraca się uwagę, że pojęcie „interesu publicznego” ulega zmianom z uwagi na przemiany zachodzące w otoczeniu prawa pod względem gospodarczym, ekonomicznym czy społecznym (Wyrzykowski, 1986, s. 47). W odniesieniu do zagadnień omawianych w niniejszym artykule należy zwrócić uwagę, że realizacja interesu publicznego w obszarze prawa publicznego gospodarczego następuje m.in. w ramach funkcji policyjnej poprzez stanowienie regulacji ustawowych (Kocowski, 2009, s. 178), której przesłanki dotyczą m.in. ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochrony życia i ochrony zdrowia (Kocowski, 2009, s. 184).

W tym kontekście warto też zwrócić uwagę na relacje między art. 22 a art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ten drugi przepis stanowi, że ograniczenia korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Takowe ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Wykładnia systemowa Konstytucji RP wskazuje, że kryterium „ważnego interesu publicznego” obejmuje każdy przypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, choć należy zaznaczyć, iż jego zakres jest szerszy i może obejmować również inne wartości<sup>37</sup>. Trybunał Konstytucyjny określił, że art. 22 stanowi względem art. 31 ust. 3 *lex specialis*, regulując wprost formalne i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej jako jednej z konstytucyjnych praw i wolności jednostki<sup>38</sup>. Nie oznacza to, że stosowanie art. 31 ust. 3 ulega wyłączeniu w całości, gdyż ma on nadal zastosowanie w zakresie pozostałych zasad wyznaczających granice ingerencji organów władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych, tj. przy poszanowaniu zasady proporcjonalności – wynikającej z powołanej w art. 31 ust. 3 „konieczności” – oraz zakazu naruszania istoty tej wolności<sup>39</sup>.

### 1.3. Proporcjonalność ograniczeń swobody gospodarczej

Jak wspomniano wyżej, wszelkie ograniczenia wolności działalności gospodarczej znajdują usprawiedliwienie i są legalne wówczas, gdy są proporcjonalne względem realizowanego interesu publicznego. Znajduje to swoją podstawę w art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>40</sup>, który konstytuuje ogólną zasadę proporcjonalności w prawie polskim.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest uzależnione od istnienia przemawiającego za ograniczeniem ważnego interesu publicznego, która to przesłanka „ważności” interesu publicznego utożsamiana jest z zasadą proporcjonalności, co

<sup>37</sup> Por. wyr. TK z 10.10.2001 r., sygn. akt: K 28/01, publ.: OTK 2001, nr 7, poz. 212 oraz wyr. TK z 8.07.2008 r., sygn. akt: K 46/07, publ.: OTK-A 2008, Nr 6, poz. 104.

<sup>38</sup> Wyr. TK z 29.04.2003 r., sygn. akt: SK 24/02, publ.: OTK 2003, Nr 4, poz. 33.

<sup>39</sup> Wyr. TK z 25.05.2009 r., sygn. akt: SK 54/08, publ.: OTK 2009, Nr 5, poz. 69.

<sup>40</sup> Ibidem.



oznacza, że cel regulacji ustawowej powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu<sup>41</sup>.

W ramach bogatego orzecznictwa w tym zakresie, Trybunał Konstytucyjny wypracował test proporcjonalności, który określa trzy przesłanki, spełniania których wymaga się od środków zastosowanych przez ustawodawcę:

- 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane;
- 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela<sup>42</sup>.

W kontekście wolności gospodarczej zasada proporcjonalności oznacza, że ustawodawca powinien wybierać środki prawne, które w jak najmniejszym stopniu ograniczają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, a także nie wprowadzać sankcji nieadekwatnych do naruszenia (Sypiewski, 2016, s. 29).

Nadmienić także należy, że „konieczność”, którą posługuje się art. 31 ust. 3 Konstytucji, jest interpretowana przez Trybunał jako mieszcząca w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności sensu stricto wprowadzanych ograniczeń<sup>43</sup>. Zasada proporcjonalności stanowi także jedną z zasad prawa unijnego, pochodzącej z orzecznictwa TSUE – dotyczy obowiązku zachowania proporcjonalności przez instytucje Unii Europejskiej, ale również przez państwa członkowskie w zakresie, w jakim wprowadzają do prawa krajowego wyjątki od swobód rynku wewnętrznego oraz zasady niedyskryminacji (Frąckowiak-Adamska, 2009, s. 80).

Przy okazji analiz w zakresie zasady proporcjonalności, należy także odnieść się do wytycznej stanowiącej o obowiązku nienaruszania istoty danego prawa lub wolności konstytucyjnej, w tym przypadku wolności działalności gospodarczej. Trybunał Konstytucyjny uznał, że istota danego konstytucyjnego prawa lub wolności jest pewnym nienaruszalnym rdzeniem tego prawa lub wolności, który powinien pozostawać w stanie wolnym od ingerencji prawodawcy – naruszenie tejże istoty następuje w przypadku wprowadzenia ograniczenia dotyczącego podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa lub wolności i uniemożliwiającego realizowanie przez to prawo lub wolność funkcji, jaką ma ono spełniać w konstytucyjnym porządku prawnym<sup>44</sup>.

Za istotę wolności działalności gospodarczej należy w ocenie doktryny uznać gwarancje na rzecz podmiotów gospodarczych takich możliwości swobodnego działania, aby mogły one w sposób dla siebie opłacalny podejmować określone działania i zaniechania (w sferze produkcji dóbr i usług oraz ich wymiany) prowadzące do zaspokajania potrzeb ujawnianych na rynku przez innych ludzi pod postacią popytu (Szydło, 2016, pkt 108). Wnioskując *a contrario*, jeśli podmiot gospodarczy, z uwagi na wprowadzone ograniczenia nie jest w stanie w sposób opłacalny zaspokajać cudzych potrzeb na rynku, uznać należy, że doszło do naruszenia istoty tejże wolności (Szydło, 2011, s. 266 i nast.).

<sup>41</sup> Wyr. TK z 6.12.2006 r., sygn. akt: SK 25/05, publ.: OTK 2006, Nr 11, poz. 169.

<sup>42</sup> Por.: wyr. TK z 9.06.1998 r., sygn. akt: K 28/97, publ.: OTK 1998, Nr 4, poz. 50; wyr. TK z 26.04.1999 r., sygn. akt: K 33/98, publ.: OTK 1999, Nr 4, poz. 71; wyr. TK z 2.06.1999 r., sygn. akt: K 34/98, publ.: OTK 1999, Nr 5, poz. 94; wyr. TK z 21.04.2004 r., sygn. akt: K 33/03, publ.: OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31.

<sup>43</sup> Por.: wyr. TK z 22.09.2005 r., sygn. akt: KP 1/05, publ.: OTK-A 2005, Nr 8, poz. 93 oraz wyr. TK z 22.09.2009 r., sygn. akt: P 46/07, publ. OTK-A 2009, Nr 8, poz. 126.

<sup>44</sup> Wyr. TK z 12.01.1999 r., sygn. akt: P 2/98, publ.: OTK 1999, Nr 1, poz. 2.

## 2. Ocena zgodności przepisów dotyczących moratorium ustawowego w Polsce z przesłankami konstytucyjnymi

Na początku należy uznać w zakresie charakteru prawnego moratorium kredytowego, iż stanowi ono z punktu widzenia interesów banku jako przedsiębiorcy ograniczenie jego działalności gospodarczej poprzez uniemożliwienie bankowi na podstawie przepisu ustawowego pobierania rat kapitałowo-odsetkowych z tytułu udzielonych kredytów oraz wstrzymanie naliczania odsetek za korzystanie z kapitału udostępnionego kredytobiorcy przez okres obowiązywania moratorium. Z punktu widzenia prawa cywilnego moratorium ustawowe, o którym jest mowa, może zostać zdefiniowane jako nakaz powstrzymania się przez bank od pobierania świadczeń pieniężnych (odsetek, opłat i prowizji) od kredytobiorcy będącego stroną umowy kredytu z bankiem jako kredytodawcą z tytułu korzystania z udostępnionego kapitału oraz podejmowania wszelkich czynności cywilnoprawnych związanych z dochodzeniem roszczeń wynikających z obowiązków świadczenia kredytobiorcy (spłata kapitału) na rzecz banku jako kredytodawcy za okres obowiązywania moratorium ustawowego.

Zwrócić należy uwagę, że udzielanie kredytów stanowi czynność bankową zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 3) ustawy o bankowe<sup>45</sup>, czyli jest podstawową pod względem przedmiotowym działalnością gospodarczą zastrzeżoną dla banków jako instytucji licencjonowanych. Dlatego też ingerencja w to uprawnienie musi być interpretowana jako bezpośrednio ograniczenie wolności działalności gospodarczej banku, wyłącznie uprawionego do takiej działalności uczestnika obrotu. W doktrynie zwraca się także uwagę na fakt, iż ograniczenia wolności działalności gospodarczej wynikać muszą z obowiązku spełnienia przez danego przedsiębiorcę przewidzianych prawem warunków prowadzenia działalności gospodarczej, dotyczących przykładowo ochrony przed zagrożeniem życia i zdrowia ludzkiego (Banaszak, 2012, pkt 1). W przypadku banku, będącego kredytodawcą, nie da się wprost wywodzić takich obowiązków nałożonych na tę kategorię przedsiębiorców na podstawie przepisu szczególnego.

### 2.1. Przesłanki formalne

W odniesieniu do wymogu formalnego tego ograniczenia, tj. drogi ustawowej – jego spełnienie nie budzi żadnych wątpliwości, gdyż normy prawne określające zasady moratorium ustawowego zostały zawarte bezpośrednio w ustawie, a nie w akcie delegowanym do ustawy.

W zakresie analizy treści samych przepisów pewne wątpliwości budzi zastosowane przez ustawodawcę pojęcie „zawieszenia” w art. 31fa, które nie posiada swojej definicji w prawie materialnym<sup>46</sup>. Można jednakże wywieść – mając na uwadze cel i treść regulacji ustawowej, iż „zawieszenie umowy”, zwłaszcza umowy o charakterze ciągłym, jak umowa kredytu, oznacza wstrzymanie wykonania przez strony świadczeń stanowiących przedmiot umowy przez wskazany okres, a także przesunięcie terminów wynikających z treści umowy o dany okres.

<sup>45</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1896).

<sup>46</sup> Pojęcie „zawieszenia” dotyczy prawa procesowego i w zakresie postępowania cywilnego uregulowane jest w art. 173 i nast. ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1575).

## 2.2. Przesłanki materialne

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że przepisy ustawowe stoją w zgodzie z zasadą nienaruszalności istoty wolności gospodarczej definiowanej pod kątem aspektu „ilościowego”, związanego ze swobodą określenia intensywności prowadzonej działalności, jak i „jakościowego”, przez który rozumieć można swobodę określania zakresu prowadzonej działalności<sup>47</sup>. Przepisy te nie ograniczają zakresu ani formy działalności kredytobiorców.

Analizując kwestię zgodności z przesłanką ważnego interesu publicznego, należy wziąć pod uwagę przede wszystkim cel regulacji, którym – w sytuacji epidemii choroby wywołanej koronawirusem, a w konsekwencji poważnych skutków gospodarczych w postaci zawieszenia funkcjonowania wielu gałęzi gospodarki – jest ochrona kredytobiorców przed upadłością i popadnięciem w zwłokę w spłacie długów z powodu obiektywnych, niemożliwych do przewidzenia i niezawinionych przez nich okoliczności, które doprowadziły do zaburzeń ich płynności finansowej i niemożności ponoszenia bieżących kosztów, w tym tych związanych z terminową spłatą kapitałowo-odsetkowych rat kredytowych.

Jako słuszne należy uznać przede wszystkim ograniczenie zakresu przedmiotowego do umów o kredyt zawartych przed 13 marca 2020 r., czyli przed faktycznym początkiem pandemii. Istotnym ograniczeniem zakresu pod względem podmiotowym jest też ograniczenie uprawnienia do skorzystania z moratorium przez konsumentów. Wydaje się, że ustawodawca uznał za wystarczające, że przedsiębiorcy mogą skorzystać z innych instrumentów pomocowych państwa, które pozwolą im na poprawę płynności i regulowania bieżących zobowiązań, w tym zobowiązań kredytowych. Oczywiście można poddawać pod wątpliwość czy wszystkie kredyty konsumenckie, również te o niskiej wartości, niskich ratach, np. związane z korzystaniem z kart kredytowych, winny być objęte przywilejem korzystania z moratorium. Ponadto, rozważyć należy czy objęte zakresem moratorium powinny też być kredyty na zakup nieruchomości niezwiązanych z zaspokojeniem potrzeb mieszkaniowych konsumenta, lecz dotyczących inwestycyjnego zakupu kolejnych nieruchomości w celach uzyskiwania dochodu z tytułu najmu i wzrostu wartości nieruchomości w czasie. Wydaje się, że ryzyko z tytułu takiej działalności o charakterze spekulacyjnym powinno być w całości po stronie kredytobiorcy.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że stanowiąca podstawy omawianych przepisów ustawowych przesłanka ochrony konsumentów przed faktyczną upadłością oraz poprawy ich płynności i możliwości regulowania zobowiązań kredytowych stanowi istotnie ważny interes publiczny, który uzasadnia ograniczenie wolności działalności gospodarczej kredytodawców, w szczególności banków.

W dalszej kolejności, odnosząc się do przesłanki proporcjonalności przepisów ustanawiających ograniczenie, należy w ocenie autora wziąć pod uwagę w szczególności kwestię okresu obowiązywania moratorium ustawowego, a także jego zakres podmiotowy i przedmiotowy oraz treść uprawnienia, z którego skorzystać może wnioskujący o moratorium ustawowe kredytobiorca.

Odnosząc się do okresu obowiązywania przepisów dotyczących moratorium ustawowego, nie ulega wątpliwości, że okres ten powinien być prawidłowo uzasadniony, a także obowiązywać jak najkrócej jako regulacja szczególna i wynikająca z okoliczności wyjątkowych. Dlatego też wydaje się celowe, aby okres obowiązywania przepisów był ściśle związany z okresem ograniczeń gospodarczych. Brak przepisu, który jednoznacznie regulowałby tę kwestię należy uznać za lukę prawną.

<sup>47</sup> Wyr. TK z 7.06.2005 r., sygn. akt: K 23/04, publ.: OTK-A 2005, nr 6, poz. 6.

Moratorium ustawowe powinno obowiązywać do momentu uchylecia przepisów dotyczących zakazu prowadzenia różnorodnej działalności, wynikających z potrzeby zapewnienia separacji społeczeństwa w celu wygaszenia epidemii. Podkreślić należy, że nie wydaje się uzasadnione, aby wiązać termin obowiązywania moratorium z obowiązywaniem stanu epidemii, gdyż moratorium ma na celu walkę z negatywnymi skutkami epidemii, nie zaś z samą epidemią. Co za tym idzie, stan epidemii może obowiązywać dłużej niż zakazy prowadzenia wybranej działalności gospodarczej, choćby z uwagi na potrzebę utrzymania w gotowości służb państwowych i możliwości korzystania z dodatkowych uprawnień władczych organów państwa.

Zbyt długi okres obowiązywania moratorium stałby w sprzeczności z celem jego wprowadzenia, gdyż ustałby ważny interes publiczny stanowiący podstawę wprowadzenia moratorium, a ponadto powodowałby naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt znaczące obciążenie jednej kategorii przedsiębiorców.

W sprawie analizy zakresu podmiotowego i przedmiotowego moratorium, w kontekście oceny zgodności z zasadą proporcjonalności, odnieść się należy ponownie do jednego z pierwszych akapitów w niniejszym punkcie. Zakres kredytów, choć nie obejmuje wszystkich kategorii, mógłby zostać ograniczony, by umożliwić korzystanie z dobrodziejstwa odroczenia spłat kapitałowo-odsetkowych jedynie do tych umów kredytowych, które dotyczą realizacji podstawowych potrzeb konsumenta, takich jak cele mieszkaniowe. Wyłączenia, które zaproponował ustawodawca – np. ograniczenie do jednej umowy kredytu z danym kredytodawcą – choć nie zaakcentowane w treści ustawy ani w uzasadnieniu jej projektu, zmierzają *de facto* ku częściowej realizacji tego postulatu. Bardzo ważnym elementem moratorium ustawowego z punktu widzenia realizacji zasady proporcjonalności ograniczeń wolności gospodarczej jest przesłanka utraty pracy bądź innego głównego źródła dochodu kredytobiorcy – wiąże to istotnie realizację zawieszenia spłaty rat z celem moratorium ustawowego, odnoszącego się do wsparcia kredytobiorców, którzy z przyczyn obiektywnych nie mogą w okresie pandemii prawidłowo spełniać zobowiązań kredytowych.

Odnosząc się do ostatniej kwestii w zakresie analizy spełnienia zasady proporcjonalności przez przepisy ustawowe dotyczące moratorium – treści uprawnienia kredytobiorcy – zwrócić należy przede wszystkim uwagę na kwestię pobierania odsetek od kapitału w okresie moratorium: zagadnienie to jest bardzo istotne z uwagi na potencjalny poziom szkód w znaczeniu cywilnym po stronie kredytodawców.

Wydaje się uzasadnione i proporcjonalne wprowadzenie moratorium zarówno na część kapitałową, jak i odsetkową rat kredytów. Oznacza to, że w okresie moratorium nie będą spłacane odsetki za okres jego obowiązywania. Przepisy przewidują, że „zawieszenie” umowy kredytu oznacza swoiste przesunięcie jej obowiązywania w czasie o okres obowiązywania tego zawieszenia – nie będzie to powodowało wzrostu zadłużenia kredytobiorcy o odsetki za dodatkowy okres korzystania z kapitału ani wzrostu całkowitego kosztu kredytu ze względu na zakaz jakichkolwiek opłat w okresie zawieszenia. W tym miejscu zwrócić należy także uwagę na stanowisko projektodawcy ustawy, który argumentował w uzasadnieniu projektu, iż należy wziąć pod uwagę zagadnienie solidarności, materializujące się poprzez partycypację wszystkich stron w ekonomicznych kosztach epidemii, przy ocenie regulacji, na mocy której koszty odsetek z tytułu korzystania z kredytu i innych opłat winny być poniesione przez kredytodawców<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Uzasadnienie projektu ustawy, op. cit., druk sejmowy 382, s. 77.

To rozwiązanie jest niesłuszne i niezgodne z zasadą proporcjonalności. W przypadku uznania przez ustawodawcę, że okres trwania moratorium nie stanowi okresu kredytu, a za ten czas bank nie ma prawa pobrać od kredytobiorcy odsetek – jak zostało to określone w przepisach o moratorium kredytowym<sup>49</sup> – kredytobiorca uzyskuje nieuzasadnioną korzyść w postaci możliwości korzystania z kapitału bez żadnych kosztów. Nie znajduje to uzasadnienia w samym celu ustawy regulującej moratorium, tj. tymczasowego złagodzenia trudnej sytuacji kredytobiorców, którzy znaleźli się w niej w wyniku niezawinionej przez siebie zmiany okoliczności wynikającej z ograniczeń społeczno-ekonomicznych spowodowanych potrzebą ochrony zdrowia i życia. Ułatwienia te mają zatem na celu poprawę płynności kredytobiorców, nie zaś przysporzenie do ich majątków. Szczególnie jeśli ma ono nastąpić kosztem szkody w majątku kredytodawcy, który zmuszony jest, w wyniku ustawowej ingerencji w treść relacji umownej z kredytobiorcą, do udostępniania temu drugiemu kapitału z kredytu na okres dłuższy niż uzgodniony w umowie, nie otrzymawszy za tenże wydłużony okres żadnego wynagrodzenia ani zwrotu kosztów. Jest to szczególnie istotne ze względu na fakt, że nie można ograniczać rzeczonych analiz do potencjalnej szkody do *lucrum cessans*, lecz mowa tu także o szkodzie w postaci poniesienia dodatkowych kosztów związanych z uzyskaniem kapitału. Należy mieć świadomość, iż kredytobiorca – w szczególności bank – nie udziela w większości przypadków kredytu ze środków własnych, lecz refinansuje działalność kredytową ze źródeł zewnętrznych – począwszy od depozytów przyjmowanych od deponentów, a skończywszy na zobowiązaniach na rynku międzybankowym.

Należy stanąć na stanowisku, iż proporcjonalnym rozwiązaniem byłoby zobowiązanie kredytobiorcy do spłaty odsetek za okres obowiązywania moratorium po jego uchyleniu, w okresie spłaty kredytu. Odsetki za ten okres byłyby wówczas rozłożone na wszystkie pozostałe raty. Możliwe byłoby zastosowanie ewentualnie okresu karencji – np. odsetki za okres moratorium zostałyby doliczone do wszystkich pozostałych rat począwszy od raty z datą zapadalności powyżej 6 miesięcy od zakończenia okresu moratorium. Zrozumiałym byłby także przepis określający maksymalną wysokość odsetek za okres zawieszenia spłaty kredytu, uwzględniający koszty ponoszone przez kredytodawcę.

## V. Zakończenie

Podsumowując próbę oceny i analizy przeprowadzone w niniejszym materiale, można wysnuć następujące wnioski: w Polsce w odpowiedzi na trudności gospodarcze i spadek płynności wprowadzono w zakresie moratoriów kredytowych rozwiązania o charakterze zarówno ustawowym, jak i pozaustawowym, co nie było regułą we wszystkich państwach członkowskich UE (EBA, 2020c).

Moratorium pozaustawowe uzgodnione przez sektor bankowy pod egidą Związku Banków Polskich faktycznie obowiązywało praktycznie od początku pandemii – na początku marca 2020 r. – a zostało formalnie uzgodnione, przyjęte i notyfikowane Europejskiemu Urzędowi ds. Nadzoru Bankowego w czerwcu 2020 r., gdy jednocześnie ujednociono praktyki banków w zakresie przesłanek przyznawania moratorium i przyjmowania wniosków. Moratorium pozaustawowe obowiązywało do 30 września 2020 r., zgodnie z terminem zakreślonym w Wytycznych EBA w tym zakresie. Na początku grudnia 2020 r. EBA ogłosiła wznowienie obowiązywania Wytycznych (EBA, 2020d), umożliwiając w ten sposób ponowne przyznawanie odroczenia spłat rat kredytowych w okresie

<sup>49</sup> Zob. art. 31fa ust. 10 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 374, 567, 568, 695 i 875).

do 31 marca 2021 r. – nie oznaczało to jednakże automatycznego wydłużenia wcześniejszych moratoriów. Związek Banków Polskich postanowił w porozumieniu ze swoimi członkami o przedłużeniu moratorium pozaustawowego z uwzględnieniem ograniczeń zakreślonych przez EBA w nowelizacji Wytycznych z grudnia 2020 roku (ZBP, 2021).

W odniesieniu do moratorium ustawowego uznać należy, że zasadniczo przepisy te spełniają wymogi konstytucyjne odnoszące się do wprowadzania ograniczeń wolności działalności gospodarczej, choć niektóre przepisy szczególne mogą budzić pewne wątpliwości. Moratorium jest wprost określone w przepisach ustawy, co wypełnia przesłankę formalną. W odniesieniu do przesłanek materialnych uznać należy, że nie następuje naruszenie istoty wolności działalności gospodarczej. Istnieje jednak wątpliwość czy przepisy te spełniają zasadę proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń, poprzez wymaganie od kredytodawcy ponoszenia całości kosztów korzystania z kapitału przez kredytobiorcę w okresie zawieszenia umowy kredytowej przez fakt uregulowania, zgodnie z którym okres zawieszenia nie zalicza się do okresu spłaty kredytu, a ponadto za okres zawieszenia kredytobiorca nie jest obowiązany ponosić kosztów odsetek od kapitału ani opłat na rzecz kredytodawcy.

## Bibliografia

- Banaszak, B. (2012). Komentarz do art. 22, pkt 1. W: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- EBA. (2020a, 2 kwietnia). *Wytyczne dotyczące ustawowych i pozaustawowych moratoriów na spłaty kredytów, stosowanych w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19*. EBA/GL/2020/02. Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego. Paryż.
- EBA. (2020b, 25 czerwca). *Wytyczne zmieniające Wytyczne EBA/GL/2020/02 dotyczące ustawowych i pozaustawowych moratoriów na spłaty kredytów, stosowanych w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19*. EBA/GL/2020/08. Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego. Paryż.
- EBA. (2020c, 20 listopada). *First Evidence on the use of moratoria and public guarantees in the EU banking sector – November 2020 – Thematic Note*. EBA/Rep/2020/31. Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego. Paryż.
- EBA. (2020d, 2 grudnia). *Wytyczne zmieniające Wytyczne EBA/GL/2020/02 dotyczące ustawowych i pozaustawowych moratoriów na spłaty kredytów, stosowanych w obliczu kryzysu spowodowanego przez COVID-19*. EBA/GL/2020/15. Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego. Paryż.
- EBA. (2021). *EBA: Compliance table of amending guideline*. Europejski Urząd ds. Nadzoru Bankowego. Paryż. Pozyskano z: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Guidelines/2020/GL%20amending%20EBA-GL-2020-02%20on%20payment%20moratoria/963216/EBA%20GL%202020%2015%20-%20GLs%20amending%20GLs%20EBA%202020%2002%20on%20moratoria.xlsx](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/GL%20amending%20EBA-GL-2020-02%20on%20payment%20moratoria/963216/EBA%20GL%202020%2015%20-%20GLs%20amending%20GLs%20EBA%202020%2002%20on%20moratoria.xlsx).
- Frąckowiak-Adamska, A. (2009). *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Gałązka, P. (2020, 4 kwietnia). *Koronawirus: Wytyczne EBA w sprawie moratoriów kredytowych*. Pozyskano z: <https://alebank.pl/koronawirus-wytyczne-eba-w-sprawie-moratoriow-kredytowych/?id=320273&catid=22872&cat2id=25926>.

- Handelsman, M. (1939). *Polska w czasie wielkiej wojny, 1914–1918: Finanse*. Warszawa: Towarzystwo Badania Zagadnień Międzynarodowych.
- Jedlecka, W. i Polciewicz, J. (1999). *Pojęcie godności na tle Konstytucji RP*. W: A. Bator (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kocowski, T. (2009). *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Komisja Europejska. (2020a). *Inception Impact Assessment – Review of the Consumer Credit Directive(2008/48/EC)*. Ref. Ares(2020)3256802, 23.06.2020.
- Komisja Europejska. (2021, 30 czerwca). *Wniosek – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kredytów konsumenckich*. COM(2021) 347 final, 2021/0171(COD), Bruksela.
- Kosikowski, C. (2013). *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Pawela, S. (2007). *Prawo karne wykonawcze. Zarys Wykładu* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sypniewski, D. (red.). (2016). *Ograniczenia wolności podejmowania działalności gospodarczej*. Ryki: Fundacja Obywatelskiego Rozwoju-Ryki.
- Szydło, M. (2011). *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*. Bydgoszcz: Wydawnictwo Branta.
- Szydło, M. (2016). *Komentarz do art. 22 Konstytucji*. W: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- White, J.R. (2007, 23 maja). *Internet Access Tax Moratorium: Revenues Impact Will Vary by State, Testimony before the Committee on Commerce, Science and Transportation of U.S. Senate*. United States Government Accountability Office. GAO-07-896T.
- Wróblewski, J. (1989). *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Wyrzykowski, M. (1986). *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Związek Banków Polskich. (2010). *Statut Związku Banków Polskich*. Pozyskano z: <https://zbp.pl/getmedia/51536dbf-63a8-4983-a64a-ae949fff5bd8/statut>.
- Związek Banków Polskich. (2020a, 16 marca). *Komunikat ZBP w sprawie działań pomocowych podejmowanych przez banki w związku z pandemią koronawirusa COVID 19*. Pozyskano z: <https://zbp.pl/Aktualnosci/Wydarzenia/Komunikat-ZBP-w-sprawie-dzialan-pomocowych-podejmowanych-przez-banki>.
- Związek Banków Polskich. (2020b 8 kwietnia). *Blisko 550 tys. wniosków o zawieszenie (odroczenie) rat kredytów*. Pozyskano z: [https://zbp.pl/Aktualnosci/Wydarzenia/Blisko-550-tys-wnioskow-o-zawieszenie-\(odroczenie\)-rat-kredytow](https://zbp.pl/Aktualnosci/Wydarzenia/Blisko-550-tys-wnioskow-o-zawieszenie-(odroczenie)-rat-kredytow).
- Związek Banków Polskich. (2020c, 1 czerwca). *Stanowisko banków w zakresie ujednoczenia zasad oferowania narzędzi pomocowych dla klientów sektora bankowego*. Pozyskano z: [https://zbp.pl/getmedia/6cab3ca8-a726-49c5-aff5-7188f1c48fc7/Moratorium-wersja-notyfikowana-do-EBA-\(19-05\)](https://zbp.pl/getmedia/6cab3ca8-a726-49c5-aff5-7188f1c48fc7/Moratorium-wersja-notyfikowana-do-EBA-(19-05)).
- Związek Banków Polskich. (2020d, 30 czerwca). *Przedłużenie okresu obowiązywania jednolitych zasad oferowania narzędzi pomocowych przez banki*. Pozyskano z: <https://zbp.pl/Aktualnosci/Stanowiska-i-komentarze/Przedluzenie-okresu-obowiazywania-jednolitych-zasad-oferowania-narzedzi-pomocowych-przez-banki>.
- Związek Banków Polskich. (2021, 22 lutego). *Zmiany do moratorium pozaustawowego*. Pozyskano z: <https://zbp.pl/aktualnosci/komunikaty/przedluzenie-moratorium-na-kredyty>.

# Zakres ochrony szkód powstałych w wyniku niefizycznych zakłóceń działalności na przykładzie ubezpieczenia BI i NDBI w kontekście pandemii wirusa SARS-CoV-2

## Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Pojęcie „szkody”
- III. Przedmiot ubezpieczenia w ubezpieczeniach BI i NDBI
- IV. Przesłanki odpowiedzialności ubezpieczyciela
- V. Ograniczenia i wyłączenia odpowiedzialności
- VI. Czasowy zakres ochrony ubezpieczeniowej
- VII. Odpowiedzialność ubezpieczyciela za szkody wyrządzone epidemią SARS-CoV-2 z tytułu umowy ubezpieczenia utraconych zysków
- VIII. Podsumowanie

## Streszczenie

Artykuł przedstawia wybrane zagadnienia prawne dotyczące ubezpieczeń utraty zysku, takie jak pojęcia „szkody” i „szkody rzeczowej” w kontekście praktyki ubezpieczeniowej. Charakteryzuje w ujęciu globalnym ubezpieczenia BI i NDBI, ich przedmiot i zakres. Przedmiotem pracy jest również analiza ofert ubezpieczeń utraty zysku dostępnych na polskim rynku ubezpieczeń pod kątem ochrony ubezpieczeniowej w dobie epidemii wirusa SARS-CoV-2 z uwzględnieniem orzecznictwa i rozwiązań stosowanych w innych porządkach prawnych.

**Słowa kluczowe:** ubezpieczenie utraty zysku; BI; NDBI; epidemia jako przesłanka wypłaty odszkodowania; ubezpieczenia własne; szkoda; interes ubezpieczeniowy; ubezpieczenie przedsiębiorcy.

**JEL:** K12, K15

## I. Wprowadzenie

Tematem artykułu są ubezpieczenia utraconego zysku i odpowiedzialność ubezpieczyciela za szkody powstałe w wyniku epidemii i nowych reżimów sanitarnych wprowadzonych w celu jej zapobieżenia. Autor skupia się na pojęciach „szkody” i „interesu ubezpieczeniowego” w kontekście ubezpieczeń BI i NDBI. W pracy dokonano analizy porównawczej ogólnych warunków ubezpieczenia utraconego zysku dostępnych na rynku krajowym w celu odpowiedzi na pytania dotyczące

\* Absolwent WPIA UG; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5839-0257>.



przedmiotu, przesłanek i ograniczeń odpowiedzialności ubezpieczyciela w ubezpieczeniach BI. Autor dokonuje także analizy prawoporównawczej, sięgając do regulacji ubezpieczeń utraconego zysku i orzeczeń wywodzących się z brytyjskiego oraz amerykańskiego systemu prawnego. Artykuł kończą wnioski dotyczące zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela za szkody wynikłe przy epidemii wirusa SARS-CoV-2.

## II. Pojęcie „szkody”

W polskim prawie cywilnym na próżno szukać definicji „legalnej szkody”. Pojęcie „szkody” funkcjonujące w języku prawnym i prawniczym obejmuje zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową (krzywdę) (Kaliński, 2018). Na potrzeby niniejszego artykułu należy się skupić na szkodzie wynikającej jedynie z reżimu odpowiedzialności gwarancyjnej w kontekście ubezpieczenia utraconych zysków, czyli szkodzie o stricte majątkowym charakterze.

Szkoda ujmowana jest jako kategoria zbiorcza, obejmująca następstwa zdarzenia szkodzącego wywołujące niekorzystną zmianę w majątku poszkodowanego (ubezpieczonego), z którą powiązana może być odpowiedzialność gwarancyjna ubezpieczyciela wynikająca ze stosunku ubezpieczenia (Kaliński, 2018). Szkoda sensu stricto obejmuje jedynie faktycznie poniesioną szkodę i utracone korzyści, jednak zauważalna jest tendencja do stosowania szerszej definicji szkody. Szkoda *sensu largo* obejmuje nie tylko *damnum emergens* i *lucrum cessans* (Kaliński, 2018), lecz także koszty (Kucharski, 2019) rozumiane jako wydatki poniesione w wyniku doznania szkody i pozostające z nią w adekwatnym związku przyczynowym<sup>1</sup>.

W pojęciu „szkody” mieści się pojęcie „szkody rzeczowej”. Szkoda rzeczowa stanowi pojęcie powszechnie używane w praktyce ubezpieczeniowej. Ze względu na tożsamy zakres semantyczny pojęcie „szkody rzeczowej” stosowane jest zamiennie z pojęciem „szkody w mieniu”. *De facto* szkoda rzeczowa mieści się w zakresie pojęcia „szkody rzeczywistej”. Potwierdza to analiza ogólnych warunków ubezpieczenia utraty zysku przeprowadzona w oparciu o warunki siedmiu wybranych ubezpieczycieli działających na polskim rynku<sup>2</sup>. Za szkodę rzeczową będziemy uważać zatem zmianę w majątku ubezpieczonego będącą następstwem zdarzenia szkodzącego (wypadku ubezpieczeniowego), stanowiącą obiektywnie niekorzystne zmniejszenie stanu majątku ubezpieczonego przejawiającą się zniszczeniem ubezpieczonego mienia (rzeczy ruchomej bądź nieruchomości). W kontekście ubezpieczenia BI jest to istotne ponieważ szkoda rzeczowa jest jednocześnie przesłanką uzyskania odszkodowania, ale również głównym czynnikiem przyczyniającym się do powstania szkody w postaci utraconego zysku.

<sup>1</sup> Wyr. SA w Poznaniu z 22.12.2014 r., I ACa 911/14, LEX nr 1665117.

<sup>2</sup> Analiza została przeprowadzona na podstawie poniższych dokumentów:

- OWU utraconych zysków – Aviva. Pozyskano z: [https://www.aviva.pl/content/dam/aviva-business/pl/ubezpieczenia-dla-firm/ubezpieczenia-korporacyjne/140401\\_OWU\\_utraty\\_zysku\\_10-01-2017.pdf](https://www.aviva.pl/content/dam/aviva-business/pl/ubezpieczenia-dla-firm/ubezpieczenia-korporacyjne/140401_OWU_utraty_zysku_10-01-2017.pdf) (13.11.2020).
- OWU utraty zysku – PZU. Pozyskano z: [https://www.pzu.pl/\\_files/1515500](https://www.pzu.pl/_files/1515500) (13.11.2020).
- OWU Utraty Zysku Wskutek Wszystkich Ryzyk – Ergo Hestia. Pozyskano z: [https://cdn.bsbox.pl/files/hestia/OTQ7MDA/\\_bb3967da98c853e80d-59ce412c2a6521\\_documents-f80f13bc-97dd-4c8e-ba67-ff66dbf9133a.pdf](https://cdn.bsbox.pl/files/hestia/OTQ7MDA/_bb3967da98c853e80d-59ce412c2a6521_documents-f80f13bc-97dd-4c8e-ba67-ff66dbf9133a.pdf) (13.11.2020).
- OWU utraty zysku z dnia 22 grudnia 1995 zmienione aneksem nr 1, 2, 3, 4 i 5 (t.j.) – Warta. Pozyskano z: [https://www.warta.pl/documents/10157/11235493/WARTA%20OWU%20Utrata%20zysku%20C0095\\_ipid.pdf](https://www.warta.pl/documents/10157/11235493/WARTA%20OWU%20Utrata%20zysku%20C0095_ipid.pdf) (13.11.2020).
- OWU utraty zysku – Compensa. Pozyskano z: [https://www.compensa.pl/fileadmin/user\\_upload/OWU/RODO/OWU\\_ryzyka\\_utraty\\_zysku\\_9802\\_RODO.pdf](https://www.compensa.pl/fileadmin/user_upload/OWU/RODO/OWU_ryzyka_utraty_zysku_9802_RODO.pdf) (13.11.2020).
- Załącznik nr 2 do OWU Mienia Klauzula ubezpieczenia utraty zysku w następstwie przerwy w działalności gospodarczej – Generali. Pozyskano z: [https://www.generali.pl/files/produkty/OWU\\_Ubezpieczenia\\_Mienia\\_Za%C5%82%C4%85cznik\\_nr\\_2\\_Klauzula\\_utraty\\_zysku.pdf](https://www.generali.pl/files/produkty/OWU_Ubezpieczenia_Mienia_Za%C5%82%C4%85cznik_nr_2_Klauzula_utraty_zysku.pdf) (13.11.2020).
- OWU utraty zysku – UNIQA. Pozyskano z: <https://www.uniqa.pl/~media/Files/ArchiwumOWU/UbezpieczenieMajatkoweDlaFirm/OWU-20utraty-20zysku-hcm0092218.pdf?la=pl-PL> (13.11.2020).

### III. Przedmiot ubezpieczenia w ubezpieczeniach BI i NDBI

Zgodnie z art. 821 k.c. przedmiotem ubezpieczenia majątkowego może być każdy interes majątkowy, który nie jest sprzeczny z prawem i daje się ocenić w pieniądzu. „Interes ubezpieczeniowy” jest pojęciem bardziej intuicyjnie używanym w doktrynie prawa ubezpieczeniowego aniżeli definiowanym czy szerzej opisywanym. Sam interes ubezpieczeniowy w ubezpieczeniach majątkowych stanowi element odróżniający ubezpieczenie od gry hazardowej (Byczko, 2013). Interes ubezpieczeniowy stanowi swoistą więź łączącą ubezpieczonego ze zdarzeniem losowym. Owa więź – interes, obawia się tym, że w razie zajścia wypadku ubezpieczeniowego ubezpieczony poniesie uszczerbek w swoich dobrach majątkowych (Byczko, 2013). W przypadku ubezpieczeń BI (*business interruption*) i NDBI (*Non-physical damage business interruption*) za interes ubezpieczeniowy należy uznać szacowany, przyszły i jeszcze nieosiągnięty zysk. Utrata zysku z różnych przyczyn stanowi ryzyko, które zostaje przeniesione na ubezpieczyciela mocą umowy ubezpieczenia<sup>3</sup>.

Zasadniczo interes ubezpieczeniowy będzie posiadał jedynie przedsiębiorca i to oczywiście nie każdy. Konstrukcja ubezpieczenia BI łączy powstanie szkody w postaci utraconego zysku z wystąpieniem szkody w mieniu. Istnieją zatem dwa elementy konieczne do wypłaty świadczenia ubezpieczeniowego: utracenie potencjalnego zysku oraz wystąpienie szkody w mieniu pozostające z nim w adekwatnym związku przyczynowym. Ciężko wyobrazić sobie sytuację, w której choćby czysto teoretycznie mamy do czynienia z działalnością gospodarczą<sup>4</sup>, co do której mam pewność, że nie osiągniemy zysku. Wynika to zarówno z samej definicji działalności gospodarczej (Pawałowski, 2019), jak i z faktu, że umowa ubezpieczenia BI zostałaby pozbawiona swojego losowego charakteru i zostałaby uznana za nieważną w sytuacji, w której mielibyśmy pewność co do osiągnięcia straty (Sikorski, 2013). Łatwiej wyobrazić sobie sytuację, gdzie ubezpieczony prowadzi działalność, w której nie wykorzystuje żadnych przedmiotów materialnych. Powstanie szkody rzeczowej będącej przyczyną utraty zysku byłoby zatem niemożliwe i co za tym idzie przedsiębiorca taki nie posiadałby interesu ubezpieczeniowego (Byczko, 2013). Brak interesu ubezpieczeniowego będącego podstawowym elementem konstrukcyjnym stosunku ubezpieczenia, skutkuje niepowstaniem takiego stosunku (Byczko, 2013).

Przez umowę ubezpieczenia BI ubezpieczyciel zobowiązuje się udzielić ochrony ubezpieczeniowej na wypadek ryzyka (Krajewski, 2016, s. 32) wystąpienia szkód w majątku przedsiębiorcy przyczyniających się do utraty całości lub części zysku (French, 2013). Jest to dość specyficzna konstrukcja prawna z uwagi na przedmiot ubezpieczenia, którym jest interes majątkowy przyszły i zasadniczo niepewny. Z analizy ogólnych warunków ubezpieczenia utraty zysku dostępnych na polskim rynku wynika, że każdorazowo mowa o zysku brutto, obliczonym w oparciu o dane statystyczne z co najmniej rocznego okresu rozliczeniowego. Zysk szacowany jest na podstawie prognozowanych przychodów, z reguły obejmuje swym zakresem wszystkie koszty stałe<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Wyr. SN z 20.10.2006 r., IV CSK 125/06, OSNC 2008, nr 1, poz. 7.

<sup>4</sup> Z samej natury działalności gospodarczej wynika jej zarobkowy charakter, ponadto zamiar osiągnięcia zarobku został wskazany *expressis verbis* w ustawie – Prawo przedsiębiorców jako jeden z elementów koniecznych działalności gospodarczej (szerzej na ten temat zob. Kruszewski, 2019).

<sup>5</sup> Niekiedy OWU zawierają odstępstwa w tym zakresie, przykładowo wspomniane wcześniej OWU PZU w § 3 ust. 4 „w umowie ubezpieczenia można wyłączyć z ochrony ubezpieczeniowej którykolwiek z rodzajów kosztów stałych. Takie ograniczenie jest skuteczne wyłącznie w przypadku wskazania w umowie ubezpieczenia, jakiego rodzaju koszty stałe nie są obejmowane ochroną ubezpieczeniową”.

z wyjątkiem tych związanych z operacjami giełdowymi lub innymi inwestycjami o charakterze pieniężnym lub kapitałowym.

Omówione wyżej przypadki nie dotyczą ubezpieczenia NDBI. Ze względu na jego specyficzną konstrukcję zakładającą, że na ubezpieczyciela przechodzi ryzyko związane nie tylko ze szkodami powstałymi w wyniku szkody w mieniu, lecz także za szkody spowodowane niefizycznymi zakłóceniami działalności gospodarczej skutkujące zmniejszeniem bądź utratą zysku (French, 2013). Podobnie jak w przypadku ubezpieczenia BI, w ubezpieczeniu NDBI interes ubezpieczeniowy będzie posiadał jedynie przedsiębiorca. Umowy ubezpieczenia NDBI nie należą do umów zawieranych z wykorzystaniem wzorców umownych. Treść i warunki ubezpieczeń NDBI są każdorazowo uzgadniane z klientem w drodze negocjacji czego efektem jest to, że ubezpieczający zawsze będzie posiadał interes ubezpieczeniowy<sup>6</sup>.

W przypadku ubezpieczeń NDBI ubezpieczyciel zobowiązuje się ponosić ryzyko (Dubis, 2019) wypłaty świadczenia ubezpieczeniowego także w razie zajścia niefizycznych zakłóceń w prowadzeniu działalności gospodarczej. Z uwagi na sposób zawierania umowy ubezpieczeń NDBI oraz na to, że jest to nowy rodzaj ubezpieczenia jeszcze niedostępny dla szerszego grona klientów, nie można dokonać analizy poszczególnych konstrukcji umownych stosowanych na polskim rynku ubezpieczeniowym. Należy przyjąć, że pojmowanie przedmiotu ubezpieczenia NDBI będzie tożsame lub co najmniej zbliżone do pojęcia przedmiotu ubezpieczenia w ubezpieczeniach BI.

#### IV. Przesłanki odpowiedzialności ubezpieczyciela

Aby ubezpieczyciel wypłacił świadczenie odszkodowawcze, konieczne jest kumulatywne spełnienie wielu przesłanek. Dla ubezpieczenia BI są to: wystąpienie szkody w mieniu, zakłócenie lub przerwanie prowadzenia działalności gospodarczej oraz poniesienie straty finansowej pozostającej w adekwatny związek przyczynowy ze szkodą i zakłóceniem bądź przerwaniem działalności. W przypadku ubezpieczenia NDBI z uwagi na jego cel – jakim jest ochrona przed stratami w wyniku doznania szkód niefizycznych, odpada nam pierwsza z przesłanek. Pozostałe natomiast zostają w niezmiennym kształcie. Dlatego też przesłanki zostaną omówione łącznie dla obu typów ubezpieczenia.

Szkoda w mieniu oznacza uszkodzenie rzeczy ruchomej bądź nieruchomości uniemożliwiającej prowadzenie działalności gospodarczej. Brak szkody rzeczowej wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela. Rzecz uszkodzona powinna nie tylko wchodzić w skład przedsiębiorstwa, lecz, także być niezbędna do prowadzenia działalności przez ubezpieczonego. Szkoda w mieniu innego przedsiębiorcy, pozostająca w związku z działalnością ubezpieczonego, nie stanowi podstawy do wypłaty świadczenia ubezpieczyciela w ubezpieczeniu BI nawet wówczas, gdy pozostałe przesłanki zostaną spełnione<sup>7</sup>. Analiza OWU dostępnych na polskim rynku ubezpieczeniowym prowadzi do wniosku, że ochrona ubezpieczeniowa rozciąga się tylko na szkody spowodowane przez mienie, co do którego została dodatkowo zawarta umowa ubezpieczenia mienia z tym samym

<sup>6</sup> Ubezpieczyciel przejmuje ryzyko związane z wystąpieniem zdarzeń często nieprzewidywalnych, o niskim prawdopodobieństwie wystąpienia, a zarazem bardzo dotkliwych w skutkach. W związku z tym ubezpieczenia takie nie są dostępne dla klientów masowych. Składki ubezpieczeniowe opiewają na wielomilionowe kwoty i tylko nieliczni mogą pozwolić sobie na zawarcie umowy ubezpieczenia w takim kształcie. Można się tu posłużyć przykładem Winbledonu, który posiadał ubezpieczenie opiewające na sumę 141 mln funtów. Składki ubezpieczeniowe płacone od 2004 roku sumarycznie wyniosły 34 mln funtów.

<sup>7</sup> Wyr. Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department w wyroku z 6 sierpnia 1981 r., w sprawie *Howard Stores Corp.* przeciwko *Foremost Insurance Co.*

ubezpieczycielem. Dodatkowo jeśli zdarzenie powodujące szkodę w mieniu nie było objęte zakresem ubezpieczenia mienia, odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu umowy ubezpieczenia utraconych zysków również została wyłączona<sup>8</sup>. Jest to przejaw swoistej akcesoryjności ubezpieczenia ustalonych zysków do ubezpieczenia mienia.

Ubezpieczyciele w przeważającej mierze nie wymagają całkowitego zaprzestania działalności, co odróżnia ubezpieczenia BI dostępne na polskim rynku od amerykańskich pierwowzorów (Clark Schirle, 2020). W większości OWU znajdziemy zapisy o tym, że odpowiedzialność ubezpieczyciela uruchamiana jest już w przypadku zakłóceń lub przerwy w prowadzeniu działalności. Co ważne, żadne OWU nie wymagają oficjalnego zawieszenia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 23 ustawy – Prawo przedsiębiorców<sup>9</sup>. Kluczowym elementem jest adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą w mieniu a przerwą w prowadzeniu działalności. Większość OWU nakłada na ubezpieczonego obowiązek dalszego prowadzenia działalności, jeśli powstała szkoda w mieniu nie uzasadnia jej przerywania, a jedynie zmniejszenie produkcji bądź świadczenie usług w ograniczonym zakresie.

Zgodnie z trzecim elementem, jeżeli skutkiem szkody w mieniu jest spadek produkcji lub ograniczenie świadczenia usług odpowiedzialność ubezpieczyciela zachodzi tylko wówczas, gdy dojdzie do utraty zysku spowodowanej zmniejszeniem mocy przerobowych w danym przedsiębiorstwie. Ponownie konieczne jest wykazanie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy spadkiem produkcji bądź ograniczeniem świadczenia usług z utraconym zyskiem.

W obu przypadkach mowa o adekwatnym związku przyczynowym stanowiącym przesłankę konieczną do zaistnienia odpowiedzialności ubezpieczyciela. Zgodnie z teorią adekwatnego związku przyczynowego, powszechnie przyjmowaną w doktrynie polskiego prawa cywilnego (Kaliński, 2018), o adekwatnym związku przyczynowym można mówić wtedy, kiedy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez szczególnego zbiegu okoliczności, szkoda jest typowym następstwem określonego rodzaju zdarzeń<sup>10</sup>. Nie jest koniecznym, aby zdarzenie szkodzące było w bezpośrednim związku ze szkodą, ponieważ adekwatny związek przyczynowy zachodzi również wówczas, gdy zdarzenie pierwotne było jedynie czynnikiem innych zdarzeń, z których ostatecznie stało się bezpośrednią przyczyną szkody. Aby dane zdarzenie uznać za przyczynę w rozumieniu teorii adekwatnego związku przyczynowego, musi ono pozytywnie przejść test *conditio sine qua non* wykazujący związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem a szkodą. W drugiej kolejności należy zbadać czy szkoda jest naturalnym następstwem zdarzenia szkodzącego, bo tylko takie następstwa można uznać za przyczynę w myśl teorii adekwancji.

W większości warunków znajdziemy klauzule nakładające na ubezpieczającego obowiązek użycia dostępnych mu środków w celu ratowania przedmiotu ubezpieczenia mienia oraz zapobieżenia utracie zysku brutto lub zmniejszenia jej rozmiarów czy wykorzystania wszelkich możliwych środków w celu uniknięcia bądź zmniejszenia straty, w tym w miarę możliwości przekierowanie części produkcji bądź świadczenia usług na inne zorganizowane części tegoż przedsiębiorstwa. Zawarcie w OWU zapisów w takim kształcie stanowi *superfluum* powtarzające regulacje wprowadzoną przez art. 826 § 1 k.c. mający zastosowanie do wszystkich ubezpieczeń majątkowych.

<sup>8</sup> Tak wszystkie warunki ubezpieczenia wskazane w przypisie 2.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1292 z późn. zm.).

<sup>10</sup> Wyr. SN z 21.07.2016 r., II CSK 668/15, LEX nr 2202491.

## V. Ograniczenia i wyłączenia odpowiedzialności

Poza standardowym ograniczeniem odpowiedzialności ubezpieczyciela mającym zastosowanie w ubezpieczeniach własnych, tj. sumą ubezpieczenia, odpowiedzialność ubezpieczyciela ograniczona została samą konstrukcją umowy ubezpieczenia. Choć z pozoru zakres ubezpieczenia BI jest dość szeroki, to w rzeczywistości przesłanki odpowiedzialności (omówione w poprzednim akapicie) skonstruowane w odpowiedni sposób znacznie odpowiedzialność tę ograniczają. Ryzyko ubezpieczyciela może zostać dodatkowo obniżone poprzez zastosowanie mechanizmu franszyzy redukcyjnej, jednakże żaden z ubezpieczycieli działających na terytorium Polski nie zawarł klauzuli wprowadzającej franszyzę redukcyjną w sposób kwotowego czy procentowego udziału w szkodzie bezpośrednio w OWU. Jednakże, w każdym z przeanalizowanych warunków ubezpieczenia odnajdziemy definicję franszyzy redukcyjnej oraz informacje o tym, że może zostać ona ustalona umowie i potwierdzona w dokumencie ubezpieczeniowym.

Podobnie jak w przypadku ubezpieczeń BI, w ubezpieczeniach NDBI mamy do czynienia ze standardową limitacją odpowiedzialności do wysokości sumy ubezpieczenia. Odpowiedzialność ubezpieczyciela ograniczana jest również poprzez klauzule wyłączające odpowiedzialność ubezpieczyciela za pewne zdarzenia. Powszechne są wyłączenia odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku aktów terroryzmu, wybuchu epidemii choroby zakaźnej czy szkody powstałe w wyniku opóźnień dotyczących dostawcy<sup>11</sup>. Czasami w celu ograniczenia odpowiedzialności stosowane są inne konstrukcje prawne, takie jak franszyza redukcyjna zazwyczaj wyrażona procentowo<sup>12</sup>. Ryzyka objęte ubezpieczeniem są każdorazowo uzgadniane z ubezpieczającym w oparciu o analizę jego potrzeb, w tym względnie umowa ubezpieczenia przypomina niejako garnitur szyty na miarę według potrzeb i zaleceń klienta.

Zarówno dla ubezpieczeń BI, jak i NDBI przyjęto jeden dodatkowy mechanizm ograniczający odpowiedzialność ubezpieczyciela. Ubezpieczony ma prawo do uzyskania odszkodowania tylko za pewien okres. Limitacja odpowiedzialności jest wyznaczana tzw. maksymalnym okresem odszkodowawczym, przez który należy rozumieć maksymalny możliwy okres, w którym zachodzić będzie odpowiedzialność ubezpieczyciela. Bieg okresu odszkodowawczego rozpoczyna się w dniu powstania szkody i trwa tak długo, jak ta wywierać będzie ujemne skutki na wyniki prowadzonej działalności gospodarczej, nie dłużej jednak niż maksymalny okres odszkodowawczy ustalony w umowie ubezpieczenia. Większości OWU nie wyznacza dolnej granicy maksymalnego okresu odszkodowawczego<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Przerwa w działalności z powodu szkód niefizycznych dotyczących dostawcy, od którego uzależniona jest produkcja bądź świadczenie usług przez ubezpieczonego, zostaje standardowo wyłączona, ponieważ na rynku ubezpieczeniowym Stanów Zjednoczonych dostępne jest ubezpieczenie CBI (*Contingent business interruption insurance*), które ma za zadanie rekompensatę szkód powstałych w wyniku opóźnień w dostawie (zob. Dominitz i Daniel, 2016, s. 74).

<sup>12</sup> Swiss Reinsurance Company – „Non-physical Damage Business Interruption (NDBI)” Swiss Reinsurance Company Ltd. Pozyskano z: [http://higherlogicdownload.s3.amazonaws.com/RIMS/b69e0893-271d-4b2a-9c81-df3986421bbe/UploadedImages/NDBI\\_Oregon\\_RIMS\\_\\_022018-f.pdf](http://higherlogicdownload.s3.amazonaws.com/RIMS/b69e0893-271d-4b2a-9c81-df3986421bbe/UploadedImages/NDBI_Oregon_RIMS__022018-f.pdf) (27.11.2020).

<sup>13</sup> Inaczej Warta OWU utraty zysku z dnia 22 grudnia 1995 zmienione seksem nr 1, 2, 3, 4 i 5 (t.j.) w § 2 ust 2 pkt 1 zd. 2.

## VI. Czasowy zakres ochrony ubezpieczeniowej

W przeciwieństwie do amerykańskiego systemu prawnego w polskim porządku prawnym problematyka czasowego zakresu ochrony nie ma dużej doniosłości praktycznej. Wynika to ze służebnej roli ubezpieczenia utraconych zysków w stosunku do ubezpieczenia mienia przedsiębiorcy.

W obu typach ubezpieczeń – BI oraz NDBI – przyjęto jeden dodatkowy mechanizm ograniczający odpowiedzialność ubezpieczyciela. Ubezpieczony ma prawo do uzyskania odszkodowania tylko za pewien okres. Limitacja odpowiedzialności jest wyznaczana tzw. maksymalnym okresem odszkodowawczym, przez który należy rozumieć maksymalny możliwy okres, w którym zachodzić będzie odpowiedzialność ubezpieczyciela. Bieg okresu odszkodowawczego rozpoczyna się w dniu powstania szkody i trwa tak długo, jak ta wywierać będzie ujemne skutki na wyniki prowadzonej działalności gospodarczej, nie dłużej jednak niż maksymalny okres odszkodowawczy ustalony w umowie ubezpieczenia. Większości OWU nie wyznacza dolnej granicy maksymalnego okresu odszkodowawczego<sup>14</sup>. Wynika z tego, że odpowiedzialność ubezpieczyciela zazwyczaj ukształtowana jest w następujący sposób: ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność do wysokości utraty zysku (najczęściej zysku brutto) wynikającej ze spadku wartości obrotu oraz ze zwiększonych kosztów wytwarzania, jednak z zastrzeżeniem, że wypłata nastąpi jedynie w granicach maksymalnego okresu odszkodowawczego, a górną granicę odpowiedzialności zawsze stanowi suma ubezpieczenia ustalona w dokumencie ubezpieczenia.

Z przeanalizowanych warunków ubezpieczenia wynika, że ubezpieczyciel nie odpowiada za szkody w postaci zmniejszenia bądź zaprzestania produkcji czy świadczenia usług po wygaśnięciu umowy ubezpieczenia wynikającej z upływu czasu, nawet wtedy, kiedy szkoda rzeczowa stanowiąca przyczynę zmniejszenia bądź zaprzestania produkcji czy świadczenia usług wystąpiła w trakcie trwania umowy ubezpieczenia.

## VII. Odpowiedzialność ubezpieczyciela za szkody wyrządzone epidemią SARS-CoV-2 z tytułu umowy ubezpieczenia utraconych zysków

Wybuch pandemii w Europie w marcu 2020 r. był swoistym sprawdzianem dla ubezpieczeń utraty zysku. W Anglii, gdzie ubezpieczenia BI posiadają szerszy zakres ochrony i są dużo bardziej powszechne, zapadł precedensowy wyrok Sądu Najwyższego odnośnie do uznania wyłączenia szkód powstałych w związku z wybuchem epidemii za nieskuteczne ze względu na to, że zdarzeniem szkodzącym były akty władzy, które nie zostały wskazane w umowie ubezpieczenia jako zdarzenia, co do których odpowiedzialność ubezpieczyciela jest w jakimkolwiek stopniu ograniczona<sup>15</sup>. W Stanach Zjednoczonych wykształciła się natomiast linia orzecznicza, zgodnie z którą sam brak możliwości korzystania z rzeczy uznawany jest za szkodę w mieniu. Przełomowym wyrokiem wprowadzającym tę regułę był wyrok w sprawie *Motorists Mutl Ins przeciwko Hardinger*<sup>16</sup>. Wyrok ten ma duże znaczenie w kontekście ubezpieczeń BI z uwagi na możliwość zastosowania analogii. Utrata zysku może zostać uznana za szkodę powstałą w wyniku ograniczenia prawa własności

<sup>14</sup> Inaczej Warta OWU utraty zysku z dnia 22 grudnia 1995 zmienione seksem nr 1, 2, 3, 4 i 5 (t.j.) w § 2 ust 2 pkt 1 zd. 2.

<sup>15</sup> Wyr. The High Court of Justice Business and property Courts Queen's Bench Division Financial List z dnia 15 września 2020 r., Case No: FL-2020-000018.

<sup>16</sup> Wyr. United States Court Of Appeals For The Third Circuit z dnia 10 marca 2015 r., No. 04-1750.

przedsiębiorcy i wprowadzenie nowego reżimu sanitarnego, w którym *de facto* działalność jest ograniczona poprzez limity osób przebywających w jednym miejscu bądź całkowicie zamknięta z powodu wprowadzenia całkowitego *lockdownu*.

Opierając się na badaniach przeprowadzonych na francuskim rynku ubezpieczeniowym (Evian, 2020), zbliżonym do naszego, z których wynika, że 93% zawartych umów ubezpieczenia utraty zysku nie pokryje szkód powstałych w wyniku pandemii, a 4% to umowy w stosunku, co do których nie mamy pewności czy rzezzone szkody są objęte ochroną, można stwierdzić, że statystyki te są zbliżone do statystyk polskich. Na europejskim rynku ubezpieczeniowym jedynie kilku ubezpieczycieli posiada produkty koncentrujące się na ochronie ubezpieczeniowej na wypadek ryzyka epidemicznego. Zasadniczo w takim wypadku ryzyko szkód epidemicznych to jedyne ryzyko przejmowane przez ubezpieczyciela<sup>17</sup>.

Pomimo że teoretycznie dochodzenie odszkodowania z klasycznych umów ubezpieczenia BI występujących na polskim rynku wydaje się bezcelowe, niektórzy przedsiębiorcy rozważają wystąpienie na drogę sądową. Przykładem może być LIM sp. z o.o. sp. k., która zapowiedziała, że zamierza dochodzić swoich praw przed sądem (Gierszewski, 2020). Na wstępie należy zaznaczyć, że jeżeli wspomniany przedsiębiorca nie wynegocjował sobie szczególnych warunków ubezpieczenia, a jedynie skorzystał z ubezpieczenia dostępnego na rynku, uzyskanie odszkodowania może być niemożliwe. Potwierdza to wspomniany wcześniej wyrok brytyjskiego The High Court of Justice, który, mimo uznania zasadności ok. 10% roszczeń z tytułu umowy ubezpieczenia BI (Evian, 2020), pozostałe oddalił, uzasadniając, że epidemia wirusa SARS-CoV-2 ma zasięg ogólnosiwiatowy, co przesądza o legalności i skuteczności wyłączeń dotyczących szkód powstałych wskutek epidemii choroby zakaźnej.

## VIII. Podsumowanie

Na polskim rynku ubezpieczeń nie da się odnaleźć ubezpieczenia utraconych zysków, które swym zakresem ochrony obejmowałyby szkody wynikłe ze stanu epidemii. Jak już wyżej wspomniano, ubezpieczyciele odpowiadają jedynie za utratę zysku wynikłą ze szkody w ubezpieczonym uprzednio mieniu, a samo ubezpieczenie utraty zysków charakteryzuje się daleko posuniętą akcesoryjnością w stosunku do ubezpieczenia mienia przedsiębiorcy. Szkody powstałe przy epidemii wirusa SARS-CoV-2, nie są objęte zakresem klasycznego ubezpieczenia BI co potwierdza analiza przytoczonych w artykule warunków ubezpieczenia. Co więcej mnogość wyłączeń odpowiedzialności w połączeniu z nakładanymi na ubezpieczającego obowiązkami sprawiają, że zakres ochrony ubezpieczeniowej jest bardzo wąski, czasami wręcz zbyt wąski, zakrawający o iluzoryczność ochrony. Krytycznie zatem należy ocenić stan polskiego rynku ubezpieczeń gdzie ubezpieczenia utraconego zysku zostały niejako wypaczone i wyzute ze swojego pierwotnego celu. W świetle powyższego należy rozważyć wprowadzenie bardziej efektywnego modelu ubezpieczenia na wypadek utraconych zysków, z uwagi na wydarzenia ostatniego roku takie ubezpieczenie mogłoby się cieszyć dużym zainteresowaniem.

<sup>17</sup> Tak m.in. MARSH LLC, <https://www.marsh.com/content/dam/marsh/Documents/PDF/US-en/pathogenrx-fact-sheet.pdf> (30.12.2020).

## Bibliografia

- Byczko, S. (2013). Interes ubezpieczeniowy a obowiązek spełnienia świadczenia ubezpieczyciela w umowie ubezpieczenia. *Acta Universitatis Lodzensis, Rocznik prawa ubezpieczeń 1 Świadczenie pieniężne ubezpieczyciela w umowie ubezpieczenia – zagadnienia prawne*, 72.
- Byczko, S. (2013). *Interes ubezpieczeniowy: Aspekty prawne*. Warszawa: Difin.
- Clark Schirle, K. (2007). *Time Element Coverages in Business Interruption Insurance*. American Bar Association. Pozyskano z: [https://www.butler.legal/wp-content/uploads/2015/09/21521\\_TIME\\_ELEMENT\\_COVERAGES\\_IN\\_BUSINESS\\_INTERRUPTION\\_INSURANCE.pdf](https://www.butler.legal/wp-content/uploads/2015/09/21521_TIME_ELEMENT_COVERAGES_IN_BUSINESS_INTERRUPTION_INSURANCE.pdf).
- Dominitz, E.J. i Daniel, R. (2016). The japanese earthquake and tsunami of 2011 and contingent business interruption coverage. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 52(1).
- Dubis, W. (2019). Komentarz do art. 805. W: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Evian, E. (2020). *Business Interruption disputes in the COVID 19 context*. CGPA europe. Pozyskano z: <https://aidainsurance.org/files/2020-11/5%20Nov%202020%20AIDA%20Poland%20Covid%20and%20Business%20Interruption%20Disputes%20%281%29.pdf> (30.12.2020).
- French, C. (2013). The Aftermath of Catastrophes: Valuing Business Interruption Insurance Losses. *Georgia State University Law Review*, 30(2).
- Gierszewski, M. (2020). *Koronawirus. Warszawski Marriott chce odszkodowania za lockdown*. Pozyskano z: <https://wiadomosci.wp.pl/koronawirus-warszawski-marriott-chce-odszkodowania-za-lockdown--6587602287303456a> (30.12.2020).
- Kaliński, M. (2018). Odpowiedzialność odszkodowawcza. W: A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System prawa prywatnego* (t. 6). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Krajewski, M. (2016). *Umowa ubezpieczenia. Art. 805–834 KC. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kruszewski, A.K. (2019). Komentarz do art. 3. W: A. Pietrzak (red.), *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer/LEX.
- Kucharski, B. (2019). *Świadczenie ubezpieczyciela w umowie ubezpieczenia mienia*. Warszawa–Łódź: Wolters Kluwer.
- Powałowski, A. (2019). Działalność gospodarcza i jej cechy. W: A. Powałowski, A. Dobaczewska, H. Wolska, *Nowe prawo przedsiębiorców*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sikorski, G. (2019). Komentarz do art. 806. W: J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer/LEX.



## Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące naruszeń zbiorowych interesów konsumentów za lata 2020–2021 w sprawach niefinansowych<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Naruszenia ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
  1. Wprowadzanie w błąd co do cen i cech towarów oraz warunków promocji – decyzje w sprawach *Jeronimo Martins Polska S.A.*
  2. Wprowadzanie w błąd co do tożsamości przedsiębiorcy
  3. Wprowadzanie w błąd co do rzeczywistego powodu stosowania praktyki rynkowej
  4. Stosowanie agresywnych praktyk rynkowych
- III. Naruszenie ustawy – Prawo telekomunikacyjne
- IV. Naruszenie ustawy o prawach konsumenta
- V. Naruszenia innych wybranych aktów prawnych
- VI. Wnioski

### Streszczenie

W niniejszym artykule przedstawiono wybrane decyzje Prezesa UOKiK dotyczące naruszeń zbiorowych interesów konsumentów wydane w okresie od czerwca 2020 r. do września 2021 roku. Przeanalizowano i oceniono praktyki przedsiębiorców sprzeczne z wybranymi aktami prawnymi oraz ogólnymi zasadami uczciwości w relacjach z konsumentami. Zestawienie obejmuje najczęściej występujące naruszenia, a także sprawy szczególnie interesujące ze względu na swoje okoliczności.

**Słowa kluczowe:** Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów; zbiorowe interesy konsumentów; decyzje Prezesa UOKiK; ochrona konsumenta.

**JEL:** K12, K15, K42

\* Doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: [anna.urbanek@wpia.uni.lodz.pl](mailto:anna.urbanek@wpia.uni.lodz.pl); ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0042-4172>; z dniem 1.12.2021 r. zrezygnowała z kształcenia w SDNS UŁ.

<sup>1</sup> Artykuł zawierający przegląd decyzji Prezesa UOKiK wydanych w sprawach finansowych zob. Rutkowska-Tomaszewska i Zwaliński, 2021.

## I. Wprowadzenie

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> w art. 24 ust. 1 zakazuje stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z art. 24 ust. 2 uokik przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy. W szczególności za takie praktyki uznaje się naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji; nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji oraz proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają ich potrzebom lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru. Przez pojęcie „praktyki” należy rozumieć każdy przejaw zachowania przedsiębiorcy wobec konsumenta. Będą to zatem zarówno działania, jak i zaniechania, czyli zaniechanie wypełnienia obowiązku ciążącego na przedsiębiorcy (Stawicki i Stawicki, 2016, art. 24).

Zbiorowy interes konsumentów odnosi się do nieokreślonej liczby konsumentów o niezindywidualizowanej tożsamości (Sieradzka, 2012, s. 26). Jednak brak indywidualizacji nie wyklucza, że może istnieć pewien zbiór konsumentów o pewnych cechach, będących adresatami praktyki przedsiębiorcy, np. dzieci, seniorzy (Stefanicki, 2002, s. 26). Co więcej, należy brać pod uwagę potencjalnych i aktualnych adresatów (Sieradzka, 2008, s. 108–109). Sąd Najwyższy wyjaśnił, że naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza, iż praktyka przedsiębiorcy jest skierowana do określonego kręgu podmiotów, którzy zostali wyodrębnieni spośród ogółu konsumentów na podstawie wspólnego dla nich kryterium. Takie działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, mimo że jest kierowane do konsumentów wchodzących w skład określonej grupy, może godzić w każdego konsumenta będącego klientem przedsiębiorcy oraz w jego potencjalnych klientów. Samo pojęcie „interes” oznacza interes prawny – w szczególności prawo do uczestniczenia w przejrzystych i niczym niezakłócanych warunkach rynkowych, które zapewniają możliwość świadomego i samodzielnego podjęcia decyzji dotyczącej transakcji – oraz interes ekonomiczny. Ponadto godzenie w interesy konsumentów objawia się już przez samo zagrożenie ich naruszenia, bez konieczności rzeczywistej szkody po stronie jakiegokolwiek konsumenta<sup>3</sup>.

Ochrona zbiorowych interesów konsumentów należy do kompetencji Prezesa UOKiK na podstawie art. 26 w zw. z art. 29 uokik. W okresie od lipca 2020 r. do września 2021 r. Prezes UOKiK wydał 62 decyzje dotyczące naruszeń zbiorowych interesów konsumentów<sup>4</sup>. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zakresu naruszeń praw konsumentów, jakich dopuścili się przedsiębiorcy w tym okresie. Analizie poddano rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszeń ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>5</sup>, ustawy – Prawo telekomunikacyjne<sup>6</sup>, ustawy o prawach konsumenta<sup>7</sup>, ustawy kodeks cywilny<sup>8</sup> oraz ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275, t.j. z dn. 2021.02.11); dalej: uokik.

<sup>3</sup> Wyr. SN z 10.4.2008 r., sygn. akt III SK 27/07.

<sup>4</sup> [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf).

<sup>5</sup> Ustawa z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U.2017.2070 t.j. z dn. 2017.11.09); dalej: upnpr.

<sup>6</sup> Ustawa z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2021.576 t.j. z dn. 2021.03.30); dalej: ustawa – Prawo telekomunikacyjne.

<sup>7</sup> Ustawa z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2020.287 t.j. z dn. 2020.02.21); dalej: upk.

<sup>8</sup> Ustawa z 23.4.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2020.1740 t.j. z dnia 2020.10.08), dalej: kc.

<sup>9</sup> Ustawa z 16.9.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U.2021.1445 t.j. z dn. 2021.08.10); dalej: ustawa deweloperska.

## II. Naruszenia ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Najwięcej naruszeń zbiorowych interesów konsumentów dotyczyło uchybień przepisom upnr. Zgodnie z art. 4 ust. 1 tej ustawy praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Dla dalszej analizy decyzji Prezesa UOKiK w przedmiocie naruszeń upnr konieczne jest wyjaśnienie pojęć zawartych w art. 4 ust. 1.

Praktyki zgodne z dobrymi obyczajami charakteryzują się lojalnością wobec konsumenta, przestrzeganiem zasady *pacta sunt servanda* oraz zasady dobrej wiary i uczciwości (Kunkiel-Kryńska i Wiewiórowska-Domagalska, 2019, art. 4). Prawodawca nie zawarł w upnr definicji istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Przepisy ustawy implementują do prawa polskiego dyrektywę 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>10</sup>, która w art. 2 lit. e) wskazuje, że istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza znaczne ograniczenie zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Przekiętny konsument jest w rozumieniu art. 2 pkt 8 upnr dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, a oceny tych cech dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych oraz przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, podatnej na oddziaływanie praktyki, np. ze względu wiek, niepełnosprawność fizyczną lub umysłową. Należy pamiętać, że jest to jedynie pewien przyjęty wzorzec i posiadanie przez konsumenta wskazanych cech nie oznacza, iż konsument powinien wykazywać się kompletną i profesjonalną wiedzą na temat danego produktu lub usługi (Sieradzka, 2014, s. 128).

Wybrane decyzje zostały podzielone na trzy kategorie praktyk wprowadzających w błąd, z czego jedną stanowią postępowania przeciwko Jeronimo Martins Polska S.A., właściciela sieci sklepów Biedronka, oraz sprawy dotyczące stosowania agresywnych praktyk rynkowych.

### 1. Wprowadzanie w błąd co do cen i cech towarów oraz warunków promocji – decyzje w sprawach *Jeronimo Martins Polska S.A.*

W sierpniu 2020 r. na właściciela sieci Biedronka została nałożona kara pieniężna w wysokości 115 mln złotych za podawanie na produktach lub półkach sklepowych niższych cen niż naliczane przy kasie oraz za niepodawanie cen niektórych towarów<sup>11</sup>. Dodatkowo spółka została zobowiązana do zamieszczenia w widocznym miejscu każdego stacjonarnego sklepu Biedronka treści art. 5 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług<sup>12</sup>, w myśl którego, w przypadku rozbieżności lub wątpliwości co do ceny konsument ma prawo do żądania sprzedaży po cenie najkorzystniejszej. W ocenie Prezesa UOKiK praktyki przedsiębiorcy stanowiły nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 upnr. Zgodnie z przepisem praktykę rynkową uznaje

<sup>10</sup> Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.5.2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 149, 11.6.2005, s. 22–39).

<sup>11</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-6/2020, w sprawie *Jeronimo Martins Polska*, decyzja prawomocna.

<sup>12</sup> Ustawa z 9.5.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U.2019.178 t.j. z 30.1.2019).

się za nieuczciwą, jeśli m.in. jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Jak wskazał w uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK, dobrym obyczajem jest m.in. postępowanie zgodnie z zasadą uczciwości i rzetelności kupieckiej. Przejawia się to przez dochowanie obowiązku uwidaczniania takiej samej ceny na produkcie i naliczanie jej przy kasie. Dodatkowo sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 4 ust. 1 upnr jest wycofanie się przedsiębiorcy z oferty po oświadczeniu przez konsumenta woli jej przyjęcia<sup>13</sup>. Stanowisko Prezesa UOKiK potwierdza orzecznictwo, z którego również wynika obowiązek rzetelnego informowania konsumenta o cenie produktu. Co więcej, w sytuacji, gdy cena nie jest umieszczona na produkcie lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie, nawet umożliwienie jej sprawdzenia za pomocą zeskanowania kodu kreskowego nie stanowi wystarczającego uwidocznienia ceny<sup>14</sup>. Tego rodzaju system informowania o cenie jest sprzeczny z interesami konsumentów, którzy mają prawo poznać jej wysokość natychmiast i w taki sposób, żeby nie pomylić ceny towaru z ceną za inny towar<sup>15</sup>. W toku postępowania przedsiębiorca złożył propozycję zobowiązania do zorganizowania szkolenia online ze znajomości praw konsumentów. Za udzielenie odpowiedzi w quizie pod koniec szkolenia oferowany byłby bon 10 zł na zakupy w sklepach Biedronka. Podobna nagroda czekałaby na konsumentów, którzy wypełniliby ankietę online<sup>16</sup>. Prezes UOKiK nie przyjął tego zobowiązania, uznając je za niewystarczające, ponieważ propozycja spółki nie przyczyniłaby się do poprawy systemu ustalania i zmiany cen ani nie odpowiadałaby potrzebom konsumentów<sup>17</sup>.

Kolejna decyzja w sprawie *Jeronimo Martins Polska S.A.*<sup>18</sup> dotyczyła wprowadzania konsumentów w błąd w zakresie warunków promocji, co skutkowało uniemożliwieniem zakupów na warunkach promocyjnych. Spółka podawała nieprawdziwe informacje w materiałach reklamowych, twierdząc, że na stronie internetowej [www.biedronka.pl](http://www.biedronka.pl) został zamieszczony regulamin akcji promocyjnej. W rzeczywistości regulamin nie był dostępny w dniu rozpoczęcia promocji, a konsumenci mogli zapoznać się z nim jedynie w sklepach Biedronka, po zgłoszeniu do kierownika sklepu. Tym samym dopuściła się naruszenia art. 5 ust. 1 i 2 pkt 1 upnr, wskazującego, że praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji transakcyjnej, której inaczej by nie podjął, w szczególności może to być rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji. Prezes UOKiK przyjął zobowiązanie przedsiębiorcy do usunięcia skutków nieuczciwych praktyk rynkowych przez zorganizowanie szkolenia online zakończonego quizem. Łączna pula nagród dla pierwszych 500 tys. konsumentów, którzy poprawnie rozwiążą quiz, miała wynosić 7,5 mln zł.

W kwietniu 2021 r. Prezes UOKiK nałożył na Jeronimo Martins Polska S.A. karę w wysokości ponad 60 mln zł za wprowadzanie konsumentów w błąd co do pochodzenia geograficznego warzyw i owoców przez podawanie na wywieszkach w sklepach Biedronka nieprawdziwych informacji o kraju pochodzenia tych produktów<sup>19</sup>. Prezes UOKiK stwierdził, że informacja o pochodzeniu produktu ma dla konsumenta istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji dotyczącej transakcji.

<sup>13</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-6/2020, s. 50.

<sup>14</sup> Wyr. WSA w Warszawie z 29.8.2019 r., w sprawie VI SA/Wa 805/19.

<sup>15</sup> Wyr. NSA z 7.12.2007 r., w sprawie III SA 2159/01.

<sup>16</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-6/2020, s. 70–71.

<sup>17</sup> Ibidem, s. 72.

<sup>18</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-1/2021 w sprawie *Jeronimo Martins Polska S.A.*, decyzja prawomocna.

<sup>19</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-3/2021 w sprawie *Jeronimo Martins Polska S.A.*, decyzja prawomocna.

Znaczna większość konsumentów (70%) weryfikuje tę informację przed zakupem<sup>20</sup>. Nieprawdziwe informacje na wywieszkach mogły wpływać na podejmowanie przez klientów sklepów Biedronka decyzji transakcyjnych, których inaczej by nie podjęli. Prezes UOKiK podkreślił, że konsumenci nie mają obowiązku weryfikowania prawdziwości informacji na wywieszkach. Przeciętny konsument (art. 2 pkt 8 upnpr) ma prawo założyć, że przedsiębiorca nie stara się wprowadzić go w błąd<sup>21</sup>.

## 2. Wprowadzanie w błąd co do tożsamości przedsiębiorcy

W 2020 r. Prezes UOKiK wydał kilka decyzji dotyczących praktyk wprowadzających w błąd polegających na sugerowaniu konsumentom, że składana oferta dotyczy zmian warunków umowy z dotychczasowym usługodawcą. W sprawie *Telestrada S.A.*<sup>22</sup>, poza obowiązkiem opublikowania informacji o treści decyzji, na przedsiębiorcę została nałożona kara w wysokości ponad 8 mln 400 tys. zł. *Telestrada* zawierała umowy za pośrednictwem przedstawicieli, którzy składali wizyty w domach konsumentów i rozpowszechniali nieprawdziwe informacje o tożsamości przedsiębiorcy, którego reprezentują, twierdząc, że działają w imieniu i na rzecz takich podmiotów, jak: Orange, Netia S.A., PLAY<sup>23</sup>. Prezes UOKiK ustalił, że *Telestrada* nie podjęła żadnych działań zmierzających do usunięcia wprowadzania w błąd konsumentów przez jej przedstawicieli<sup>24</sup>. Podobnych praktyk dopuściła się *Novanet Sp. z o.o.*<sup>25</sup>, *NEW Telekom Sp. z o.o.*<sup>26</sup> oraz *Telekomunikacja Stacjonarna Sp. z o.o.*<sup>27</sup>. W każdym przypadku na przedsiębiorców został nałożony obowiązek poinformowania konsumentów o rozstrzygnięciu Prezesa UOKiK oraz kary finansowe.

## 3. Wprowadzanie w błąd co do rzeczywistego powodu stosowania praktyki rynkowej

W sprawie *Koleta Sp. z o.o.*<sup>28</sup> Prezes UOKiK stwierdził, że spółka przekazywała konsumentom w zaproszeniach na pokazy handlowe nieprawdziwe informacje dotyczące przedmiotu spotkań. Spółka informowała, że głównym przedmiotem tych spotkań są badania układu krążenia, w rzeczywistości zaś spotkania miały na celu zaprezentowanie jej oferty handlowej. Konsumentom byli też informowani, że prowadzący pokaz posiada kwalifikacje niezbędne do przeprowadzenia diagnostyki układu krążenia, co również nie było zgodne z prawdą. Przedsiębiorca dopuścił się w ten sposób naruszenia art. 5 ust. 3 pkt 6 upnpr, wprowadzając konsumentów w błąd co do powodu stosowania praktyki rynkowej. Prezes UOKiK zwrócił uwagę na wygląd ulotek reklamujących pokaz, które sugerowały medyczny charakter wydarzenia, np. dzięki wykorzystaniu laski i węża Eskulapa, kojarzących się jednoznacznie ze służbą zdrowia. Mimo przeprowadzenia badań na uczestnikach pokazu, spotkanie miało charakter przede wszystkim handlowy<sup>29</sup>. Prezes UOKiK stwierdził również, że otrzymywane wyniki badań wpływały na decyzje konsumentów dotyczące transakcji. Ponadto fakt, że wyniki interpretowała osoba podająca się za diagnostę rekomendującego

<sup>20</sup> Ibidem, s. 31; zob. też: BEUC, 2020, s. IV.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>22</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RLU-4/2020 w sprawie *Telestrada S.A.*, decyzja prawomocna.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 24.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 26.

<sup>25</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RŁO-7/2020 w sprawie *Novanet Sp. z o.o.*, decyzja nieprawomocna.

<sup>26</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RKR-4/2020 w sprawie *NEW Telekom Sp. z o.o.*, decyzja nieprawomocna.

<sup>27</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RŁO-4/2020 w sprawie *Telekomunikacja Stacjonarna Sp. z o.o.*, decyzja nieprawomocna.

<sup>28</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-1/2021 w sprawie *Koleta Sp. z o.o.*, decyzja prawomocna.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 14–15.

produkty przedsiębiorcy, mógł tym bardziej skłaniać konsumentów do skorzystania z oferty<sup>30</sup>. Prezes UOKiK nałożył na spółkę karę w wysokości ponad 200 tys. zł.

Pod koniec 2020 r. Prezes UOKiK wydał decyzję w sprawie *SMED Sp. z o.o.*<sup>31</sup>. Podobnie jak w sprawie *Kaleta Sp. z o.o.*, praktyki przedsiębiorcy polegały na kierowaniu do konsumentów ulotek informujących, że głównym celem spotkań są bezpłatne badania. W rzeczywistości chodziło o sprzedaż zestawów do terapii polem magnetycznym. Za wprowadzanie konsumentów w błąd na spółkę została nałożona kara w wysokości prawie 90 tys. zł. Zdaniem Prezesa UOKiK, treść ulotek mogła sugerować konsumentom, że działalność przedsiębiorcy polegała głównie na badaniu stanu zdrowia, mimo że zgodnie z danymi w Rejestrze Przedsiębiorców KRS przedmiotem działalności spółki była sprzedaż detaliczna poza lokalem przedsiębiorstwa<sup>32</sup>.

Z kolei w sprawie *Farma Snu w Wirach*<sup>33</sup> konsumenci byli zapraszani na pokazy przez telemarketerów. W zależności od rodzaju pokazu miał on służyć reklamie sprzętów niemieckiego producenta albo zaprezentować nowości w profilaktyce zdrowotnej. Konsumenci byli informowani, że produkty te wspomagają leczenie bólów kręgosłupa i stawów. Prawdziwym celem była jednak prezentacja oferty przedsiębiorcy. Co więcej, w toku postępowania przedsiębiorca nie wykazał w żaden sposób, że prezentowane towary pochodziły z Niemiec. W opinii prezesa UOKiK nieprawdziwe informacje o pochodzeniu produktów mogły wpłynąć na decyzje konsumentów o wzięciu udziału w pokazie<sup>34</sup>. Konsumenci byli również wprowadzani w błąd co do przysługującego im prawa do odstąpienia od umowy. Przedsiębiorca twierdził, że w przypadku sprzedawanych towarów ma miejsce wyjątek z art. 38 pkt 5 upk. Do zastosowania tego wyjątku niezbędne jest łączne wystąpienie trzech przesłanek: rzecz dostarczono w zapieczętowanym opakowaniu; opakowanie zostało następnie otwarte; po otwarciu opakowania rzeczy nie można zwrócić ze względu na ochronę zdrowia lub ze względów higienicznych. Prezes UOKiK wskazał, że zgodnie z art. 34 ust. 4 upk, konsument odpowiada za zmniejszenie wartości rzeczy w wyniku korzystania z niej w sposób wykraczający poza konieczny do stwierdzenia charakteru, cech i sposobu funkcjonowania rzeczy, nie traci jednak prawa do odstąpienia od umowy. W sprawie *Farma Snu w Wirach* zwracane towary nie były w ogóle używane. Dodatkowo prezes UOKiK stwierdził, że wyroby wełniane i produkty AGD, które znajdują się w ofercie przedsiębiorcy nie podlegają wyłączeniu z art. 38 pkt 5 upk, a ponadto nie są sprzedawane w zapieczętowanych opakowaniach<sup>35</sup>. Ograniczanie konsumentom prawa do odstąpienia od umowy stanowiło więc nieuczciwą praktykę rynkową z art. 5 ust. 3 pkt 4 upnpr. Na przedsiębiorcę została nałożona kara prawie 280 tys. zł. oraz zobowiązanie do opublikowania treści decyzji.

Podobny stan faktyczny występował m.in. w sprawie *Remeso Life*<sup>36</sup>. Przedsiębiorcy za pośrednictwem telemarketerów zapraszali konsumentów na pokazy, podczas których prezentowano ich ofertę handlową. Konsumenci byli informowani, że cel wydarzenia będzie zupełnie inny, np. ogólnopolska reklama najnowocześniejszych sprzętów niemieckiego producenta lub promocja należącej do przedsiębiorców sieci hoteli oraz uzdrowisk.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>31</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RŁO-12/2020 w sprawie *SMED Sp. z o.o.*, decyzja nieprawomocna.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>33</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-12/2020 w sprawie Robert Dymkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą *Farma Snu w Wirach*, decyzja nieprawomocna.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 18–19.

<sup>35</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-12/2020, s. 20–21.

<sup>36</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-11/2020 w sprawie *Remeso Life w Nowym Tomyślu*, *Hanna Ludwikowska prowadząca działalność gospodarczą w Opalenicy*, *Paweł Piechowiak prowadzący działalność gospodarczą w Nowym Tomyślu*, decyzja nieprawomocna.

#### 4. Stosowanie agresywnych praktyk rynkowych

W sprawie *Farma Snu w Wirach*<sup>37</sup> telemarketerzy wywoływali u konsumentów wrażenie, że za udział w pokazie mogą otrzymać określony sprzęt kuchenny. Prezenty oferowane po zakończeniu pokazu nie odpowiadały tym pierwotnym zapewnieniom. W ocenie Prezesa UOKiK doszło do naruszenia art. 9 pkt 8 upnr, zgodnie z którym praktyką agresywną w każdych okolicznościach jest wywoływanie wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości ta nagroda lub korzyść nie istnieje lub jej uzyskanie uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów. Oferta przedsiębiorcy była kierowana głównie do osób starszych, które z racji na swój wiek są zainteresowane nowościami w profilaktyce zdrowotnej<sup>38</sup>. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości, dokonując wykładni pkt 31 załącznika I dyrektywy 2005/29/WE, który implementuje art. 9 pkt 8 upnr „praktyka (...) polega na wykorzystaniu efektu psychologicznego wywołanego zapowiedzią wygranej, aby skłonić konsumenta do podjęcia decyzji niekoniecznie racjonalnej”<sup>39</sup>. W sprawie *Farma Snu w Wirach* zdecydowanie doszło do wykorzystywania sytuacji konsumentów tak, aby utrudnić im podjęcie racjonalnej decyzji transakcyjnej.

Podobne praktyki były stosowane także w sprawie *Remeso Life*<sup>40</sup>. W oparciu o scenariusz uzgodniony z przedsiębiorcami, telemarketerzy podczas rozmów wywoływali u konsumentów wrażenie, że za udział w pokazie otrzymają określone prezenty. Po przybyciu na miejsce konsumentom oferowano odpłatnie zupełnie inne towary lub usługi. Prezes UOKiK zobowiązał przedsiębiorców do poinformowania poszkodowanych konsumentów o treści rozstrzygnięcia oraz nałożył karę w łącznej wysokości ponad 300 tys. zł.

### III. Naruszenie ustawy – Prawo telekomunikacyjne

Postępowania toczące się przed Prezesem UOKiK dotyczyły m.in. naruszenia art. 57 ust. 5 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym warunki umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie mogą uniemożliwiać lub utrudniać abonentowi zmiany dostawcy usług. Utrudnienia mogą mieć charakter finansowy, organizacyjny oraz dotyczyć innych aspektów, od jakich konsumenci uzależniają wybór dostawcy usług. Celem tego przepisu jest zarówno ochrona interesów abonentów, jak i konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych<sup>41</sup>. W sprawach *T-Mobile Polska S.A.*<sup>42</sup>, *Orange Polska S.A.*<sup>43</sup> oraz *P4 Sp. z o.o.*<sup>44</sup> przedsiębiorcy stosowali w umowach z konsumentami postanowienia, które przewidywały, że niewykorzystane środki zostają anulowane. W ocenie Prezesa UOKiK mogło to zniechęcać konsumentów do zmiany operatora, ponieważ rozwiązanie umowy z dotychczasowym usługodawcą było równoznaczne

<sup>37</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-12/2020.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>39</sup> Wyr. TS z 18.10.2012 r. w sprawie C-428/11 *CHS Tour Services GmbH*, ECLI:EU:C:2012:651, pkt. 38.

<sup>40</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-11/2020.

<sup>41</sup> Wyr. SOKiK z 4.6.2018 r., sygn. XVII AmA 36/15.

<sup>42</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-7/2020 w sprawie *T-Mobile Polska S.A.*, decyzja prawomocna.

<sup>43</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-18/2020 w sprawie *Orange Polska S.A.*, decyzja prawomocna.

<sup>44</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-15/2020 w sprawie *P4 Sp. z o.o.*, decyzja prawomocna.

z utratą pieniędzy<sup>45</sup>. W każdym przypadku przedsiębiorcy złożyli zobowiązanie do usunięcia skutków naruszenia, które zostało przyjęte przez Prezesa UOKiK.

Sprawa *VISERION Sp. z o.o. Sp. k.*<sup>46</sup> dotyczyła z kolei naruszenia art. 172 ust. 1 ustawy – Prawo Telekomunikacyjne zakazującego używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Spółka nie posiadała wymaganych zgód, powołując się na wykupienie danych osobowych konsumentów od brokera. Konsumentów, którzy kwestionowali prawo przedsiębiorcy do przetwarzania ich danych osobowych nie mieli możliwości ustalić podstawy przetwarzania, ponieważ dzwoniący telemarketerzy za zgodą VISERION podawali im fikcyjne dane, np. nieprawdziwe imię i nazwisko<sup>47</sup>. Prezes UOKiK nałożył na przedsiębiorcę karę prawie 190 tys. zł za naruszanie zbiorowych interesów konsumentów.

W sprawie *Polkomtel Sp. z o.o.*<sup>48</sup> spółka zawarła z innym przedsiębiorcą umowy ramowe o świadczenie usług premium. Polkomtel nie posiadał jednak dostatecznej wiedzy o tym podmiocie ani o samym świadczeniu, a także nie sprawował efektywnej kontroli nad świadczeniem usług, mimo że takie uprawnienia gwarantowały zawarte umowy ramowe. W ocenie Prezesa UOKiK Polkomtel nie dochował należytej staranności, świadcząc konsumentom usługi o podwyższonej opłacie w rozumieniu art. 64 ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Tym samym dopuścił się naruszenia art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Jak wskazał Prezes UOKiK, art. 64 ust. 1 i 4 ustawy – Prawo telekomunikacyjne określa minimalny zakres informacji, jakie powinien posiadać dostawca usług świadczący usługę o podwyższonej opłacie, aby przekazać je konsumentom. Bez znaczenia pozostaje czy dostawca sam świadczy te usługi, czy we współpracy z innym przedsiębiorcą<sup>49</sup>. W ocenie Prezesa UOKiK Polkomtel nie dochował należytej staranności, ponieważ nie wywiązał się ze swych obowiązków względem konsumentów ani nie skorzystał z posiadanych uprawnień wobec swoich kontrahentów<sup>50</sup>.

#### IV. Naruszenie ustawy o prawach konsumenta

W sprawie *SMED Sp. z o.o.*<sup>51</sup> konsumentom ograniczono prawo do odstąpienia od umowy zawartej poza lokalem przedsiębiorstwa bez ponoszenia kosztów. W umowach o zakup urządzenia do magnetoterapii zawarte było postanowienie, zgodnie z którym konsumentowi przysługuje tylko prawo do zwrotu tego urządzenia, a opłata za „usługę szkolenia” z korzystania z tego urządzenia nie podlega zwrotowi. Prezes UOKiK ustalił, że „usługa szkolenia” polegała na ogólnym wyjaśnieniu zasad obsługi urządzenia i nie można w tej sprawie stwierdzić, że przedsiębiorca świadczył jakąkolwiek dodatkową usługę poza sprzedażą tego urządzenia. SMED Sp. z o.o. była zobowiązana do przeszkolenia konsumentów z korzystania ze sprzedawanego sprzętu na mocy art. 546<sup>1</sup> § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli kupującym jest konsument, sprzedawca jest

<sup>45</sup> Zob. np. dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-18/2020, s. 20.

<sup>46</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RPZ-5/2020 w sprawie *VISERION Sp. z o.o. Sp. k.*, decyzja nieprawomocna.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 5 i 12–13.

<sup>48</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-2/2021 w sprawie *Polkomtel Sp. z o.o.*, decyzja prawomocna.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 68.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 68.

<sup>51</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RŁO-12/2020.



obowiązany udzielić mu przed zawarciem umowy jasnych, zrozumiałych i niewprowadzających w błąd informacji w języku polskim, wystarczających do prawidłowego i pełnego korzystania z rzeczy sprzedanej. Na tej podstawie Prezes UOKiK stwierdził, że na przedsiębiorcy ciążył obowiązek nieodpłatnego udzielenia konsumentowi wskazówek, jak obsługiwać sprzedawane urządzenie<sup>52</sup>.

Z kolei w sprawie *UPC Polska Sp. z o.o.*<sup>53</sup> spółka pobierała opłatę za aktywowaną usługę „Pakiet Bezpieczeństwa UPC” pomimo niezyskania wyraźnej zgody na tę dodatkową płatność. Prezes UOKiK stwierdził naruszenie art. 10 ust. 1 upk, który stanowi, że najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać wyraźną zgodę na każdą dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione wynagrodzenie za główne obowiązki umowne przedsiębiorcy. W analizowanej sprawie podstawowe znaczenie miało zidentyfikowanie głównych obowiązków umownych w rozumieniu art. 10 upk<sup>54</sup>. Termin ten został przeniesiony do ustawy o prawach konsumenta wprost z implementowanej przez nią dyrektywy 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów<sup>55</sup> (*main contractual obligation*). Ze względu na fakt, że w polskim prawie cywilnym nie występuje pojęcie „głównych obowiązków umownych”, w literaturze wskazuje się, iż można go rozumieć jako obowiązek spełnienia przez przedsiębiorcę głównego świadczenia na podstawie zawartej umowy, o którym mowa w art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 2 k.c. (Czech, 2020, art. 10). Prezes UOKiK stwierdził w decyzji, że dla ustalenia obowiązków przedsiębiorcy mających charakter główny należy najpierw ustalić istotę samej umowy z konsumentem oraz wynagrodzenie z tytułu wykonania tych obowiązków. W tym zakresie pomocne będą postanowienia określające elementy umowy, warunki umowne oraz nazwa usługi. W dalszej kolejności można sięgnąć do orzecznictwa, utrwalonej praktyki rynkowej i zachowania przedsiębiorcy. Analiza stanu faktycznego doprowadziła do wniosku, że głównym obowiązkiem spółki jest świadczenie usług dostępu do Internetu, a „Pakiet Bezpieczeństwa UPC” ma jedynie charakter subsydiarny<sup>56</sup>. Ponadto przedsiębiorca nie uzyskał wymaganej w art. 10 ust. 1 upk wyraźnej zgody konsumenta na dodatkową płatność za tę usługę. Taka zgoda nie może być w żaden sposób dorozumiana i nie można jej domniemywać z braku dezaktywacji przez konsumenta usługi aktywowanej automatycznie ani nawet z faktu zaakceptowania przez konsumenta warunków umowy<sup>57</sup>. Jak wskazał Prezes UOKiK, z subsydiarnego charakteru usługi wynika również konieczność wyrażenia zgody na dodatkowe opłaty najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową<sup>58</sup>. Spółka została zobowiązana do usunięcia skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 22.

<sup>53</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-20/2020 w sprawie UPC Polska Sp. z o.o., decyzja prawomocna.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>55</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304, 22.11.2011, s. 64–88).

<sup>56</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr DOZIK-20/2020, s. 38.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 40–41.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 45.

## V. Naruszenia innych wybranych aktów prawnych

Naruszenia przepisów m.in. k.c. dopuścili się również przedsiębiorcy w sprawie *PREMIUM GROUP*<sup>59</sup>. Prezes UOKiK stwierdził, że stosowali w umowach sprzedaży zawieranych z konsumentami postanowienia, które skracają ustawowy czas dwóch lat<sup>60</sup> na zgłoszenie wady z tytułu rękojmi. Kwestionowane warunki umowne stanowiły, że „w przypadku braku zgłoszenia w terminie 3 dni jakichkolwiek uwag do stanu i składu przesyłki, uznaje się że Kupujący otrzymał towar określony w niniejszej umowie w całości nieużywany, bez jakichkolwiek wad i usterek i w tym zakresie nie wnosi jakichkolwiek uwag zarówno pod względem jakościowym, jak i ilościowym” (pkt 3.2 Warunków umowy sprzedaży) oraz „Sprzedawca odpowiada za niezgodność towaru z umową jedynie w przypadku jej stwierdzenia przed upływem 2 lat od wydania towaru kupującemu. Kupujący zobowiązany jest zawiadomić Sprzedającego o niezgodności towaru z umową przed upływem dwóch miesięcy od stwierdzenia niezgodności” (pkt 4.4 Warunków umowy sprzedaży)”. W ocenie Prezesa UOKiK, wspólnicy spółki mogli powoływać się na te postanowienia i nie uwzględniać reklamacji konsumentów<sup>61</sup>. Na przedsiębiorców została nałożona kara o łącznej wysokości prawie 75 tys. zł.

Z kolei w sprawie *APK Developer Sp. z o.o. Sp. k.*<sup>62</sup> przedsiębiorca nie wywiązał się z obowiązku zapewnienia nabywcom lokali środków ochrony wymienionych w art. 4 ustawy deweloperskiej. Przepis wskazuje, że deweloper zapewnia co najmniej jeden z następujących środków: 1) zamknięty mieszkaniowy rachunek powierniczy; 2) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję ubezpieczeniową; 3) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję bankową; 4) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy. Zgodnie z art. 37 ustawy deweloperskiej, art. 4 stosuje się do przedsięwzięć deweloperskich, w odniesieniu do których rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy, tj. po 29 kwietnia 2012 roku. W myśl art. 3 pkt 10 ustawy deweloperskiej „rozpoczęcie sprzedaży” oznacza podanie do publicznej wiadomości informacji na temat rozpoczęcia procesu oferowania lokali w ramach określonego przedsięwzięcia deweloperskiego. W sprawie *APK Developer Sp. z o.o. Sp. k.* kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia miało ustalenie, kiedy przedsiębiorca przystąpił do rozpoczęcia sprzedaży. Jak wskazał Prezes UOKiK, aby stwierdzić, że rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło przed wejściem w życie ustawy stan prac powinien być na tyle zaawansowany, aby uznać je za rozpoczęte w sensie rzeczywistym. Deweloper powinien co najmniej posiadać tytuł prawny do nieruchomości, projekt budowlany, obliczenia finansowe pozwalające określić cenę przedmiotu umowy oraz harmonogram pozwalający określić termin przeniesienia prawa własności nieruchomości na nabywcę. Co istotne, nie musi posiadać pozwolenia na budowę. Zaawansowanie prac powinno umożliwiać wystąpienie z ofertą do potencjalnych nabywców<sup>63</sup>. Spółka opublikowała ogłoszenie z ofertą lokali w ramach przedsięwzięcia deweloperskiego w dniu 27 kwietnia 2012 r., będąc właścicielem nieruchomości i posiadając projekt. Pozwolenie na budowę uzyskała w lutym 2017 r. i tę datę wskazywała następnie jako rozpoczęcie robót budowlanych. Mimo

<sup>59</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-12/2020 w sprawie *Paulina Jaworska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GRAYS w Bolewicach i Dawid Kubis prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa w Grodzisku Wielkopolskim – wspólnicy spółki cywilnej PREMIUM GROUP w Bolewicach*, decyzja nieprawomocna.

<sup>60</sup> Art. 568 § 1 k.c.

<sup>61</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RBG-12/2020, s. 14–15.

<sup>62</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RKR-5/2020 w sprawie *APK Developer Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie*, decyzja prawomocna.

<sup>63</sup> Dec. Prezesa UOKiK nr RKR-5/2020, s. 10.

to w latach 2012–2016 zawierała umowy rezerwacyjne dla tego przedsięwzięcia. Z tego powodu Prezes UOKiK uznał, że spółka podała do wiadomości publicznej wiadomość o rozpoczęciu oferowania lokali, ale nie posiadała niezbędnych danych do zawierania umów deweloperskich. W związku z tym nie nastąpiło rozpoczęcie sprzedaży w rozumieniu art. 3 pkt 10 ustawy. Spółka dopuściła się naruszenia art. 4 ustawy deweloperskiej, ponieważ nie zastosowała wymaganych środków ochrony, narażając konsumentów na utratę wpłaconych pieniędzy<sup>64</sup>. Za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów na przedsiębiorcę nałożono karę 51 tys. zł.

## VI. Wnioski

Poprzedni przegląd decyzji Prezesa UOKiK w sprawie naruszeń zbiorowych interesów konsumentów obejmował 2019 r. oraz połowę 2020 roku. Wówczas wydanych zostało 90 decyzji (Urbanek, 2020, s. CLI). Zakresy spraw w tym okresie oraz w okresie objętym niniejszym przeglądem są podobne, jeśli chodzi o rodzaj naruszonych aktów prawnych. Podobnie jak w zeszłorocznym przeglądzie, pozytywnie oceniam wysokość kar finansowych, zwłaszcza w sprawach *Jerónimo Martins Polska S.A.* Uważam, że ich dotkliwość odpowiada zakresowi naruszeń zbiorowych interesów konsumentów i wielkości przedsiębiorcy. Z kolei zobowiązania do usunięcia skutków naruszenia przyjmowane przez Prezesa UOKiK świadczą w mojej ocenie o rosnącej świadomości przedsiębiorców co do konsekwencji ich praktyk.

## Bibliografia

- BEUC. (2020). *Towards Greener and Healthier Food for European Consumers. BEUC's take on the 'Farm to Fork' Strategy for a fair, healthy, and environmentally friendly food system*. Brussels. Pozyskano z: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-057\\_beucs\\_take\\_on\\_farm\\_to\\_fork\\_strategy.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-057_beucs_take_on_farm_to_fork_strategy.pdf).
- Czech, T. (2020). *Prawa konsumenta. Komentarz, wyd. II*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kunkiel-Kryńska, A., Wiewiórowska-Domagalska, A. (2019). Art. 4. W: Osajda, K. (red.). *Prawo konsumenckie. Komentarz* (t. VII). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sieradzka, M. (2014). Wzorzec przeciętnego konsumenta jako punkt odniesienia przy dokonywaniu oceny nieuczciwości praktyki rynkowej. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(3).
- Sieradzka, M. (2015). *Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd w działalności reklamowej interpretacji pojęcia „przeciętny konsument”*. Glosa do wyroku SN z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13. Warszawa: Wolters Kluwer/Lex.
- Sieradzka, M. (2012). Instrumenty ochrony konsumentów w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. – potrzeba zmian?. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(1).
- Sieradzka, M. (2008). Wykładnia pojęcia „zbiorowy interes konsumentów” na tle orzecznictwa. *Glosa*, 3.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Stefanicki, R. (2002). Ochrona zbiorowych interesów konsumentów w świetle ustawodawstwa Unii Europejskiej na przykładzie dyrektywy z 19.05.1998 r. *Prawo Unii Europejskiej*, 2.
- Urbanek, A. (2020). Przegląd decyzji Prezesa UOKiK dotyczących naruszeń zbiorowych interesów konsumentów w 2019 r. i I połowie 2020 r. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 7(9).

<sup>64</sup> Ibidem, s. 11.

Małgorzata Miś\*, Grzegorz Miś\*\*

## Implementacja dyrektywy Omnibus do polskiego porządku prawnego – kilka wybranych uwag do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Uwagi do konkretnych przepisów
  1. Definicja internetowej platformy handlowej
  2. Definicja pokazu
  3. Wyłączenie stosowania przepisów dotyczących konsumentów do umów, w których oferentem nie jest przedsiębiorca
  4. Zakaz przyjmowania płatności przed upływem terminu do odstąpienia od umowy
  5. Uwzględnienie w cenie podatku od towarów i usług oraz akcyzy
- III. Podsumowanie

### Streszczenie

Opracowanie stanowi ocenę wybranych przepisów projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw. Autorzy przyjęli w nim praktyczny punkt widzenia, nie wdając się przy tym w daleko idące rozważania teoretyczne, a kierując się kryteriami użyteczności prawnego i możliwością zastosowania prawa w praktyce. Krytyczne uwagi zawarte w tekście mają na celu przybliżyć, w jakim kierunku może pójść praktyka i judykatura, jeśli przepisy w proponowanym kształcie zostaną uchwalone i wejdą w życie. Wreszcie autorzy formułują postulaty *de lege ferenda*, mające na celu poprawę projektu w takim stopniu, aby nie stał się w przyszłości martwym prawem.

**Słowa kluczowe:** platforma internetowa; pokaz; ochrona konsumentów; obowiązki informacyjne.

**JEL:** G21, G28, K22

\* Prezes Stowarzyszenia Aquila zajmującego się upowszechnianiem i ochroną praw konsumentów; e-mail: m.mis@stowarzyszenieaquila.pl.

\*\* Powiatowy rzecznik konsumentów we Wrocławiu.

## I. Wprowadzenie

Dnia 7 stycznia 2020 r. weszła w życie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/2161 (dalej: dyrektywa 2019/2161) z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta. W Polsce implementację dyrektywy wprowadzić ma procedowany obecnie projekt (dalej: projekt uozuopk) ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw z dnia 24 czerwca 2021 roku.

Dyrektywa ta w założeniu ma uszczelnić i doprecyzować system ochrony konsumentów, a także zwiększyć zaufanie konsumenta w szczególności do rynku e-commerce (Sieradzka, 2019). Celem dyrektywy było również „wzmocnienie zdolności państw członkowskich w zakresie egzekwowania prawa, zwiększenie bezpieczeństwa produktów i zacieśnienie współpracy międzynarodowej oraz zwiększenie nowych możliwości dochodzenia roszczeń, zwłaszcza poprzez powództwa przedstawicielskie wytaczane przez upoważnione podmioty”<sup>1</sup>.

Omawiana dyrektywa jest elementem szerszej strategii jaką jest „Nowy program na rzecz konsumentów – Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy”<sup>2</sup>. Jednym z najważniejszych celów tego programu jest skuteczne egzekwowanie prawa i możliwość dochodzenia roszczeń. Z tego też punktu widzenia omawiane będą wybrane zapisy polskiego projektu ustawy.

Działania Komisji mają być nakierunkowane na sprawne i efektywne wzmocnienie systemu dochodzenia roszczeń konsumenckich, również w wymiarze lokalnym (Wiaderek, 2020, s. 83–96). Zwraca uwagę skoncentrowanie się na oddolnych inicjatywach konsumenckich i wzmocnieniu systemu poradnictwa, a także wsparcia dochodzenia roszczeń, który będzie łatwo dostępny i bliski konsumentowi. Na szczególną uwagę zasługują tu konsumenci z różnych przyczyn wykluczeni, tj. niemający dostępu do usług poradniczych świadczonych on-line lub telefonicznie.

Analiza celów dyrektywy wyrażonych w motywach i komunikatach Komisji Europejskiej prowadzi do wniosku, że projekt uozuopk nie wypełnia tych celów i winien zostać poddany dalszym pracom legislacyjnym, w szczególności w kontekście możliwości praktycznego zastosowania rozwiązań ustawowych w celu dochodzenia roszczeń konsumenckich. Do prac nad projektem powinni zostać zaproszeni interesariusze rynku, którzy będą stosować przepisy w praktyce, tj. organizacje konsumenckie, rzecznicy konsumentów oraz organizacje przedsiębiorców. Samo przekazanie projektu do konsultacji społecznych jest tu dalece niewystarczające, gdyż pomija udział praktyków już przy samych początkach procesu tworzenia ustawy.

Projekt uozuopk wymaga w ocenie autorów dopracowania. W swym pierwotnym brzmieniu z jednej strony wprowadza on przepisy kazuistyczne (*vide* definicja pokazu), z drugiej zaś – przepisy ocenne, pozostawiające daleko idący luz interpretacyjny, co w sposób nieuchronny prowadzi do braku pewności prawa w obrocie konsumenckim.

<sup>1</sup> Motyw 48 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/690 z dnia 28 kwietnia 2021 r. ustanawiające program na rzecz rynku wewnętrznego, konkurencyjności przedsiębiorstw, w tym małych i średnich przedsiębiorstw, dziedziny roślin, zwierząt, żywności i paszy, oraz statystyk europejskich (Program na rzecz jednolitego rynku) oraz uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 99/2013, (UE) nr 1287/2013, (UE) nr 254/2014 i (UE) nr 652/2014.

<sup>2</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady: Nowy program na rzecz konsumentów – Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy (COM 2020/696).

Takie sformułowanie przepisów będzie z całą pewnością rodziło spory interpretacyjne między konsumentami, przedsiębiorcami oraz instytucjami chroniącymi konsumentów, które to spory rozstrzygać będą mogły jedynie sądy. Nie jest to sytuacja pożądana przez żadnego z interesariuszy. W tym miejscu warto przytoczyć smutną skądinąd, zachowującą do dziś aktualność, konstatację Pani Profesor Ewy Łętowskiej: „Sędzia sam jest konsumentem. Stykając się z kunsztownie zawikłanymi klauzulami umów, z żądaniem dopłat do uiszczonych już świadczeń, z umowami zastrzegającymi w przyszłości asymetryczne prawa dla stron umowy, ze szkodą dla konsumenta – jest do tego po prostu przyzwyczajony (właśnie jako konsument). I dlatego ta sytuacja nie wzbudza jego sprzeciwu także wtedy, gdy występuje w innej społecznie roli – jako sędzia. Nie razi go sytuacja, którą ma osądzić, nie poszukuje w swym instrumentarium, w interpretacji znanych mu z rutynowej wykładni przepisów środków zaradczych przeciw czemuś, z czym on sam się nie godzi jako konsument i z czym – jego zdaniem – powinni też pogodzić się inni konsumenci. Dlatego polskie sądownictwo nie wytworzyło – w przeciwieństwie np. do Niemiec – jako pierwsze (wobec legislatory) mechanizmów ochronnych.

Jednocześnie uderza inwencyjność przedsiębiorców w zakresie praktyk antykonsumenckich, ich umiejętność wciskania się w luki (rzeczywiste i pozorne) ustawodawstwa i wykorzystanie jako elementu własnej strategii rynkowej – znanej zapaści sądownictwa. W skrajnych wypadkach oznacza to wręcz świadome lekceważenie obowiązującego prawa i przechodzenie nad nim do porządku dziennego, świadomości własnej bezkarności. (...)

Posługiwanie się w podobnych wypadkach klauzulami generalnymi w nadziei, że sprawę kazuistyki załatwi »praktyka«, jest zaś szczególnie nieuzasadnione w warunkach polskich. Tu bowiem wiele różnych czynników nie sprzyjało (i nie sprzyja) wykształceniu się sądowej kultury ochrony konsumenta, a obecny kryzys funkcjonowania sądów czyni iluzorycznym przełamanie tego stanu rzeczy dzięki inicjatywie samych konsumentów” (Łętowska, 2002).

Choć powyższe słowa napisano w 2002 roku, to jednak niestety również obecnie sądy mają duży problem ze stosowaniem prawa konsumenckiego<sup>3</sup>. Z doświadczenia zawodowego autorów wynika, że przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stosowane są przez sądy niezmiernie rzadko, często mylone z przepisami regulującymi naruszenie zbiorowych interesów konsumentów lub wprost określane jako przepisy martwe<sup>4</sup> (sic!). Sytuację konsumentów w sądach nieco poprawiła lawina pozwów w tzw. sprawach frankowych. W praktyce orzeczniczej szerzej niż dotychczas zaczęto rozpatrywać sprawy oparte na instytucji klauzul abuzywnych i nieuczciwych praktykach rynkowych wprowadzających konsumenta w błąd.

Niemniej jednak pozostawianie sądom dookreślenia znaczenia wyrażen ustawowym wydaje się być błędną drogą. Przepisy dotyczące konsumentów winny być projektowane tak, aby dało się je interpretować w myśl paremii *clara non sunt interpretanda*. Tylko w takim bowiem przypadku możliwa będzie skuteczna egzekucja roszczeń konsumentów.

W samej treści projektu uozuopk na szczególną uwagę zasługują przepisy dotyczące sprzedaży na pokazach, mające chronić seniorów przed nieuczciwymi sprzedawcami. Przepisy te są bardzo potrzebne dla właściwego uregulowania czy wręcz „ucywilizowania” rynku. Powinny one się

<sup>3</sup> Na podstawie danych Stowarzyszenia Aquila zebranych w toku prowadzenia projektu nieodpłatnej pomocy sądowej dla konsumentów oraz projektu przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym.

<sup>4</sup> Ustne motywy rozstrzygnięcia wygłoszone przez sędziego jednego z sądów rejonowych.

charakteryzować syntetycznością, a jednocześnie objąć swym zakresem zastosowania wszystkie potencjalne sytuacje rynkowe. W obecnym brzmieniu przepisy te są niezmiernie łatwe do obejścia i w ocenie autorów, mając na uwadze praktykę i doświadczenie w sporach z nieuczciwymi przedsiębiorcami, nie spełnią swojej roli.

Warto również zwrócić uwagę na głosy ze strony przedsiębiorców, którzy już na etapie projektu dostrzegają szereg problemów w praktycznym zastosowaniu omawianych przepisów<sup>5</sup>.

## II. Uwagi do konkretnych przepisów

Przechodząc do konkretnych fragmentów omawianego projektu autorzy przedstawiają najistotniejsze ich zdaniem uwagi do poszczególnych przepisów.

### 1. Definicja internetowej platformy handlowej

W przepisie art. 1 pkt 1) ustawa wprowadza do art. 2 ustawy o prawach konsumenta pkt 8) zawierający definicję internetowej platformy handlowej w następującym brzmieniu: „(...) internetowa platforma handlowa – usługę korzystającą z oprogramowania, w tym strony internetowej, części strony internetowej lub aplikacji, obsługiwanego przez przedsiębiorcę lub w jego imieniu, która umożliwia konsumentom zawieranie umów na odległość z innymi przedsiębiorcami lub konsumentami”.

Przepis ten sformułowany został w sposób kazuistyczny i tym samym w ocenie autorów znacznie zawęża zakres zastosowania ustawy. Ponadto siatka pojęciowa użyta w przepisie (konsument, przedsiębiorca) jest niespójna z siatką pojęciową używaną w dalszych częściach projektu („osoba trzecia” wprowadzona do ustawy o prawach konsumenta w przepisie art. 12a). Wydaje się, że przyjęcie pojęcia „osoba trzecia” jest bardziej trafne, gdyż na internetowych platformach handlowych mogą prowadzić handel inne podmioty niż tylko konsumenci i przedsiębiorcy. Przykładowo można tu wskazać rolników, organizacje społeczne, syndyków, spółdzielnie/wspólnoty mieszkaniowe wyprzedające majątek etc. Przyjęcie przepisu w proponowanym przez autorów projektu brzmieniu spowoduje powstanie luki prawnej i może doprowadzić do wyłączenia z zakresu zastosowania ustawy wielu transakcji rynkowych i stosunków gospodarczych.

Zwrócić należy również uwagę na sprzeczność komentowanego przepisu z definicją konsumenta zawartą w przepisie art. 22<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którą „Za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

Zgodnie z literalnym brzmieniem powołanej definicji „konsumenta” transakcja zawarta między dwoma osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej wyklucza nadanie tym osobom statusu konsumenta. Zawarta w artykule fraza: „umożliwia konsumentom zawieranie umów na odległość z innymi (...) konsumentami” jest sprzeczny z przytoczoną wyżej definicją.

Uwagę zwraca również jednostronne ukształtowanie przepisu poprzez frazę: „(...) umożliwia konsumentom zawieranie umów (...)”. Takie sformułowanie może sugerować, że za internetową platformę handlową nie będzie można uznać platformy umożliwiającej zawieranie umów osobom innym niż konsumenci (a więc np. osobom fizycznym z innymi osobami fizycznymi).

<sup>5</sup> <https://legislacja.gov.pl/projekt/12348651/katalog/12800316#12800316>.

Te same uwagi można odnieść do definicji dostawcy internetowej platformy handlowej, a w szczególności do fragmentu dotyczącego zawierania umów przez konsumentów. Definicja ta wprowadzona ma być w pkt. 9) art. 2 ustawy o prawach konsumenta:

„dostawca internetowej platformy handlowej – przedsiębiorca, który umożliwia korzystanie lub obsługuje, lub dostarcza oprogramowanie, stronę internetową, część strony internetowej lub aplikację **umożliwiający konsumentom w ramach internetowej platformy handlowej, zawieranie umów na odległość z innymi przedsiębiorcami lub konsumentami**”.

## 2. Definicja pokazu

Art. 1 pkt 6) ustawy wprowadza definicję legalną pokazu, dodając do ustawy o prawach konsumenta przepis art. 7b w następującym brzmieniu:

„Umowa dotycząca usług finansowych nie może być zawarta podczas spotkania zorganizowanego poza lokalem przedsiębiorstwa, w którym uczestniczy zaproszona bezpośrednio lub pośrednio, określona liczba konsumentów, **zorganizowanego w celu promocji, złożenia oferty sprzedaży lub sprzedaży towarów lub usług (pokaz)**. Dla określenia czy spotkanie ma charakter pokazu, nie ma znaczenia czy zorganizowany został transport na spotkanie.

(...)

4. Przepisy ust. 1 i 3 nie mają zastosowania do umów zawartych podczas pokazów organizowanych w miejscu zamieszkania lub pobytu konsumenta na jego wyraźne zaproszenie”.

Uwagę zwraca umieszczenie definicji nie w słowniczku, a w jednym z przepisów regulujących konkretną czynność prawną, jaką jest zawarcie umowy dotyczącej usług finansowych. Takie usytuowanie definicji jest niezgodne z zasadami techniki prawodawczej określonymi w przepisie §150 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. 2016 poz. 283). Definicja legalna, która użyta jest w ustawie więcej niż jeden raz winna być umieszczona w specjalnie do tego przeznaczonym fragmencie przepisów, jakim jest „Objaśnienie określeń ustawowych”. Określenie „pokaz” jest użyte w projekcie nowelizacji więcej niż jeden raz i w innym kontekście niż zawieranie umów dotyczących usług finansowych (dodany art. 17a, zakazujący przyjmowania płatności przed upływem terminu na odstąpienie od umowy). Nie można również wykluczyć, że pojęcie „pokaz” zostanie w przyszłości użyte również w innych ustawach (jak chociażby postulowane w środowisku praktyków uznanie organizowania „pokazów” za nieuczciwą praktykę rynkową, co wymagałoby odwołania się do definicji pokazu w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym). Definiowanie zatem pokazu w przepisie regulującym zakaz zawierania umów dotyczących usług finansowych podczas pokazu pozbawione jest podstaw.

Z tego też względu należałoby przenieść definicję pokazu do tzw. słowniczka, który wszak występuje w ustawie o prawach konsumenta.

Odnosząc się do samego przepisu należy wskazać, że skonstruowany jest on w sposób zbyt kazuistyczny, a co za tym idzie niezmiernie łatwy do obejścia. Tzw. pokazy już obecnie organizowane są bowiem w bardzo różnych formach, nie wpisujących się w przedstawioną definicję. Przykładowo można tu podać różnego rodzaju „badania”, „warsztaty gotowania” z wykorzystaniem konkretnych sprzętów AGD, „szkolenia” z obsługi sprzętu paramedycznego, „prelekcje” dotyczące „zdrowego odżywiania” etc. Przedsiębiorcom organizującym tego typu spotkania łatwo



będzie wykazywać, że ich celem są właśnie owe badania, warsztaty czy szkolenia. Zwłaszcza, że cel ten będzie postrzegany w sposób subiektywny, a więc ekstremalnie ocenny przez zarówno przedsiębiorcę, jak i podmiot oceniający.

Ewentualne zawieranie umów zakupu towaru lub usługi wraz z zawieraniem umów dotyczących usług finansowych może zostać przeniesione na moment tuż po spotkaniu, w tym „na wyraźne zaproszenie konsumenta” u niego w domu. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której konsument otrzymuje do podpisu „zaproszenie”, a osobą zaproszoną jest przedsiębiorca. Element sprzedaży odbywa się zatem już w domu konsumenta, po pokazie, na którym stosowane są techniki psychomanipulacyjne. Taka sytuacja może wręcz ułatwiać manipulowanie konsumentami i doprowadzać ich do zawierania wyjątkowo niekorzystnych umów.

Należy również zwrócić uwagę, że konstrukcja „wyraźnego zaproszenia”, mająca na celu ograniczenie nieuczciwych praktyk sprzedażowych może być bardzo łatwo wykorzystywana przez nieuczciwych przedsiębiorców. Stosowanie tej konstrukcji w żaden sposób w ocenie autorów nie przełoży się na wzmocnienie pozycji konsumentów-seniorów w stosunkach z przedsiębiorcami. Tym samym cel dyrektywy nie zostanie osiągnięty.

### **3. Wyłączenie stosowania przepisów dotyczących konsumentów do umów, w których oferentem nie jest przedsiębiorca**

Projektodawca wprowadzając przepis regulujący obowiązki informacyjne dostawcy internetowej platformy handlowej wprowadził frazę mogącą wyłączyć spod regulacji konsumenckich całą gamę umów, w których to konsument a nie przedsiębiorca jest oferentem.

Przepisie art. 1 pkt 9) projektu uożuopk wprowadza do ustawy o prawach konsumenta przepis art. 12a pkt 3), zgodnie z którym dostawca internetowej platformy handlowej ma obowiązek poinformowania o „niestosowaniu przepisów dotyczących konsumentów do umowy zawieranej na internetowej platformie handlowej, jeżeli stroną tej umowy, oferującą towary, usługi lub treści cyfrowe, nie jest przedsiębiorca”.

Można domniemywać, że przepis ten miał na celu ochronę konsumentów przed sytuacjami, w których kupując na odległość towar od osoby prywatnej są pozbawieni prawa do odstąpienia od umowy, podczas gdy byli przekonani, że prawo takie posiadają. Literalne brzmienie tego przepisu wyłącza jednak z regulacji konsumenckich sytuację, gdy to konsument a nie przedsiębiorca jest oferentem (np. sprzedaż używanego samochodu, ubrań, monet, antyków przedsiębiorcom zajmującym się skupem takich rzeczy).

Przedstawiony przepis jest sprzeczny z literalnym brzemieniem przepisu art. 22<sup>1</sup> k.c. Przepis ten bowiem wskazuje na czynność prawną między przedsiębiorcą a konsumentem, nie wskazując bynajmniej, że stroną oferującą towary lub usługi ma być przedsiębiorca. W sytuacji, gdy to konsument oferuje towar nabywany przez przedsiębiorcę również mamy do czynienia ze stosunkiem konsument-przedsiębiorca, co nie budzi najmniejszych wątpliwości. Komentowany przepis, jako sprzeczny z definicją konsumenta, może wprowadzać w błąd uczestników rynku i z całą pewnością będzie nadużywany przez nieuczciwych przedsiębiorców.

Może również hipotetycznie doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorcy stosujący model sprzedaży oparty nie na ofercie, a na zaproszeniu do zawarcia umowy będą stać na stanowisku,

że nie obowiązują ich przepisy konsumenckie (w tym prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość).

Konsumenci masowo uznają, że jeżeli pod danym towarem zamieszczona jest informacja dotycząca ceny, to składając zamówienie, przyjmują oni ofertę. Konsument najczęściej nie ma świadomości, że możliwa jest sytuacja, w której to on składa przedsiębiorcy ofertę, którą przedsiębiorca może przyjąć lub też nie. Kwestia ta ma istotne znaczenie i pozwala ustalić czy skutecznie doszło do zawarcia umowy.

W przypadku oferty jedna ze stron umowy sprzedaży (oferent) składa ofertę drugiej stronie (oblatowi). Oblat przyjmuje otrzymaną ofertę i w ten sposób dochodzi do zawarcia umowy. Zgodnie z treścią art. 66 § 1 k.c. oświadczenie dotyczące chęci zawarcia umowy złożone drugiej stronie jest ofertą, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z art. 66 § 2 k.c. wynika, że jeżeli oferent nie określił terminu, w jakim będzie oczekiwać na odpowiedź, to:

- 1) oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, jeśli nie zostanie przyjęta niezwłocznie,
- 2) oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać, jeśli upłynie czas, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

Jednak zgodnie z treścią art. 71 k.c. ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz za zaproszenie do zawarcia umowy.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2010 r. (III CSK 297/09) Sąd uznał, że prawidłowe odróżnienie oferty od zaproszenia do zawarcia umowy wymaga przeprowadzenia oceny czy w konkretnym wypadku do potencjalnego kontrahenta kierowana była **informacja o możliwości zawarcia określonej umowy i płynących z niej korzyściach (zaproszenie do zawarcia umowy)**, czy też **sprecyzowana została jednoznaczna propozycja zawarcia z nim określonej umowy (oferta)**.

**Aby ustalić czy doszło do zawarcia umowy z danym sprzedawcą, najpierw trzeba ustalić kto jest oferentem, a kto oblatem w danej sytuacji.**

Najczęściej regulaminy sklepów zawierają postanowienia typu „informacje umieszczone na stronie sklepu nie stanowią oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego” lub „ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje zamieszczone na stronie sklepu stanowią zaproszenie do zawarcia umowy”. Jeżeli w regulaminie znajduje się taki zapis, to najczęściej klient będzie oferentem, co oznacza, że zawarcie umowy uzależnione jest od przyjęcia oferty (zamówienia) przez sprzedawcę.

Zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu nie można byłoby zastosować przepisów konsumenckich do umowy zawartej w tym trybie, co z kolei mogłoby wprowadzić niewyobrażalny chaos na rynku. Oczywiście w drodze wykładni celowościowej można usunąć ten potencjalny problem, jednak w ocenie autorów należałoby unikać tworzenia przepisów mogących powodować potencjalne problemy interpretacyjne w tak wrażliwej dziedzinie, jaką jest prawo konsumenckie.

#### 4. Zakaz przyjmowania płatności przed upływem terminu do odstąpienia od umowy

Projektodawca wprowadził przepisem art. 1 pkt 11) ustawy zakaz przyjmowania płatności przed upływem terminu do odstąpienia od umowy. Zgodnie z wprowadzonym do ustawy o prawach konsumenta przepisem art. 17a „Przedsiębiorca nie może przyjąć płatności przed upływem terminu do odstąpienia od umowy, o którym mowa w art. 27 ust. 1 albo ust. 2 w przypadku zawarcia umowy podczas wycieczki, o której mowa w art. 2 lit. d, albo podczas nieumówionej wizyty przedsiębiorcy w miejscu zamieszkania lub zwykłego pobytu konsumenta, albo pokazu, o którym mowa w art. 7b ust. 1, chyba że pokaz został zorganizowany w miejscu zamieszkania lub pobytu konsumenta na jego wyraźne zaproszenie”.

Wskazany przepis jest niezmiernie istotny i z całą pewnością może ułatwić konsumentom obronę przed nieuczciwymi działaniami przedsiębiorców. Jego celem jest wykluczenie sytuacji, w których konsument musi dochodzić od przedsiębiorcy zwrotu wpłaconych środków. Jak bowiem pokazuje praktyka, dochodzenie takich roszczeń jest często bardzo utrudnione i wiąże się z dużym nakładem sił i środków. Nieuczciwi przedsiębiorcy stosują szereg wybiegów, aby nie zwracać konsumentom pieniędzy, a sami konsumenci często rezygnują z sądowej drogi dochodzenia roszczeń.

Zasadniczą wadą tego przepisu jest jednak fakt, że stanowi on klasyczny przykład *lex imperfecta*. Brak jest bowiem jakiegokolwiek sankcji za naruszenie tego przepisu i w praktyce może się on okazać przepisem martwym.

Postulowanym rozwiązaniem winno być opatrzenie komentowanej normy sankcją, np. poprzez stypizowanie jej jako nieuczciwej praktyki rynkowej i wykroczenia. Do rozważenia pozostaje również zastosowanie sankcji finansowej, np. obowiązek zwrotu konsumentowi odstępującemu od umowy dwukrotności kwoty pobranej. Samo życzeniowe podejście do prawa, bez wprowadzenia odpowiednich sankcji niestety nie zapewni skuteczności jego egzekwowania.

#### 5. Uwzględnienie w cenie podatku od towarów i usług oraz akcyzy

Projektodawca przepisem art. 5 projektu uożuopk precyzuje w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2019 poz. 178) obowiązek uwzględnienia w prezentowanej cenie towaru podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego.

Zmiana w komentowanym przepisie daje możliwość rozszerzenia obowiązku informacyjnego przedsiębiorcy o podanie informacji o wysokości ewentualnej opłaty celnej. Byłoby to rozwiązanie mające istotne znaczenie dla regulacji instytucji dropshippingu<sup>6</sup>. Konsumenci są bowiem w tym przypadku częstokroć zaskakiwani faktem obowiązku poniesienia opłaty celnej, o której nie byli wcześniej informowani. Obliczenie stawki celnej będzie stanowiło utrudnienie dla tych przedsiębiorców, którzy prowadzą dropshipping bez należytej staranności i próbują unikać wszelkiej odpowiedzialności za swoje działania.

<sup>6</sup> Model sprzedaży w którym producent lub inny podmiot przesyła towar bezpośrednio do kupującego, ale umowa sprzedaży jest zawierana przez klienta z przedsiębiorcą zajmującym się dropshippingiem.

### III. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę powyższe, w opinii autorów, procedura tworzenia projektu ustawy implementującej dyrektywę 2019/2161 była sprzeczna z założeniami „Nowego programu na rzecz konsumentów”. Jakkolwiek większość projektowanych przepisów należy ocenić pozytywnie, to jednak brak uwzględnienia głosu instytucji zajmujących się na co dzień pomocą konsumentom<sup>7</sup> spowodował wprowadzenie do regulacji przepisów mających nikłe szanse na skuteczne ich stosowanie. Niektóre przepisy są zbyt kazuistyczne, inne z kolei pozostawiają zbyt duże pole do interpretacji. Brakuje również zarówno spójności między przepisami samego projektu, jak i kompatybilności z innymi przepisami chroniącymi konsumentów. Projekt ten, a w szczególności wybrane przez autorów do komentowania fragmenty, jasno pokazują, że w procesie tworzenia prawa niezmiernie istotne jest korzystanie z wiedzy praktyków w danej dziedzinie. Formułowanie natomiast przepisów bez ich odniesienia do praktyki może prowadzić do powstawania aktów prawnych nieprzystających do rzeczywistości rynkowej.

#### Bibliografia

- Łętowska, E. (2002). *Prawo umów konsumenckich*. Warszawa: C.H. Beck.
- Sieradzka, M. (2019). *Lepsza ochrona konsumenta w sklepie, sieci i w domu*. Warszawa: Wolters Kluwer/LEX/el.
- Wiaderek, F. (2020). Nowy program na rzecz konsumentów – Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7), 83–96.

<sup>7</sup> W toku przygotowywania projektu ustawy nie zaproszono ani rzeczników konsumentów, ani przedstawicieli organizacji pozarządowych do prac nad projektem.

**Sprawozdanie z VIII Międzynarodowej  
Konsumenckiej Konferencji Naukowej  
pn. „Wyzwania dla prawa konsumenckiego  
w wymiarze globalnym, regionalnym i lokalnym”  
Łódź, 5–6 października 2021 roku**

W październiku 2021 r. odbyła się ósma edycja organizowanej co roku przez Stowarzyszenie Rzeczników Konsumentów Międzynarodowej Konsumenckiej Konferencji Naukowej. W tym roku współorganizatorem wydarzenia był Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Patronat honorowy nad konferencją objęli Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Tomasz Chróstny, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej – Jacek Oko oraz Rektor Uniwersytetu Łódzkiego – prof. dr hab. Elżbieta Żądzińska. Swoje referaty wygłosili eksperci prawa konsumenckiego z Polski oraz uczelni zagranicznych, a w panelach dyskusyjnych wzięli udział przedstawiciele organizacji konsumenckich, przedsiębiorców, naukowcy i praktycy.

Punktem wyjścia dla tegorocznej konferencji był ogłoszony w listopadzie 2020 r. „Nowy program na rzecz konsumentów”<sup>1</sup> prezentujący plan realizacji unijnej polityki konsumenckiej do 2025 roku. Program wskazuje pięć kluczowych obszarów priorytetowych: transformację ekologiczną; transformację cyfrową; możliwość dochodzenia roszczeń i egzekwowanie praw konsumentów; specyficzne potrzeby określonych grup konsumentów oraz współpracę międzynarodową, na których będą koncentrowały się działania UE w zakresie wzmocnienia ochrony konsumentów oraz wspierania przedsiębiorców. Panele dyskusyjne oraz wystąpienia prelegentów obejmowały właśnie te obszary.

Konferencję rozpoczął wykład profesora Hansa-Wolfganga Micklitz z Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego (EUI) we Florencji, Włochy, pt. „Identity Crisis of European Consumer Law – Thoughts on new Pathways”. Wystąpienie dotyczyło wyzwań, z jakimi będzie mierzyć się prawo konsumenckie w najbliższej przyszłości i stanowiło doskonały punkt wyjścia do dalszej dyskusji nad wskazanymi w programie strategicznymi obszarami.

Kolejne dwa panele poświęcone zostały wystąpieniom prelegentów zagranicznych. Pierwsze dwa referaty dotyczyły zaangażowania konsumentów w zrównoważony rozwój i dbanie o środowisko. Profesor Evelyne Terryn z Katolickiego Uniwersytetu w Lueven, Belgia, przedstawiła wystąpienie pt. „Informing Consumers on Sustainability: A Must and a Challenge”, a profesor Jorge Morais Carvalho z Nova School of Law, Portugalia, zaprezentowała referat pt. „Sale of Consumer Goods and Sustainability – Did the Member States do Anything About the Premature Obsolescence of Directive 2019/771?”. Podczas tego panelu poruszono m.in. kwestie świadomości konsumentów odnośnie do ekologii, a także zagrożeń związanych z greenwashingiem, czyli praktyką wywoływania u konsumentów wrażenia, że dany produkt został wytworzony z poszanowaniem środowiska

<sup>1</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady, Nowy program na rzecz konsumentów Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy, COM/2020/696 final; dalej: Program.

naturalnego lub, że dane przedsiębiorstwo prowadzi swoją działalność z nastawieniem na jak najmniejsze zanieczyszczanie planety.

W drugim panelu wzięło udział trzech zagranicznych prelegentów, których wystąpienia skupiały się na rosnącym znaczeniu Internetu w praktykach przedsiębiorców wobec konsumentów. Jako pierwszy z referatem pt. „Regulation of Online Reviews and Consumer Protection” wystąpił dr Mateja Durović z King’s College London, Wielka Brytania. Następnie swoją prezentację zatytułowaną „Retail Investing Apps: Investing Made Too Easy?” przedstawiła profesor Caroline Cauffman z Uniwersytetu w Maastricht, Holandia. Jako ostatni referat pt.: „Regulating the Matrix: How to Protect Consumer Agency in the Digital World” wygłosił dr Kasper Drażewski, przedstawiciel Europejskiej Organizacji Konsumentów BEUC. Prelegenci poruszyli wiele istotnych wątków z perspektywy ochrony konsumentów przed zagrożeniami wynikającymi z coraz powszechniejszego przenoszenia obrotu konsumenckiego do sieci. Nacisk położony był na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z RODO<sup>2</sup> oraz stosowanie nieuczciwych praktyk handlowych zakazanych dyrektywą 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>3</sup>. Zwrócono uwagę, że zachodzi potrzeba uaktualnienia wytycznych do tej dyrektywy, aby odnosiły się do aktualnych wyzwań rynku, przede wszystkim – praktyk wprowadzających w błąd w Internecie i potrzebę zwiększonego nadzoru ze strony organów ochrony konsumentów.

Po wygłoszeniu referatów odbyły się dwa panele dyskusyjne. Każdy dotyczył jednego z obszarów priorytetowych wskazanych w programie. W pierwszym panelu zatytułowanym „Konsumentki wobec transformacji cyfrowej” uczestniczyli: r.pr. Dorota Karczewska, Kancelaria WKB, Wierciński, Kwieciński, Baehr; dr Arkadiusz Michalak z Centrum Praw Własności Intelektualnej im. H. Grocjusza; dr Agnieszka Kubiak-Cyruł z Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego; Janusz Magoń i Marlena Błażejewska z Polskiej Grupy Energetycznej Obrót S.A; Katarzyna Wilk z P4 Sp. z o.o.; Łukasz Janda z Wonga.pl Sp. z o.o.; Radosław Fotyga z TeleGo Sp. z o.o. W drugim panelu dyskusyjnym pt.: „Konsumentki wobec transformacji ekologicznej” głos zabrali: dr Elwira Macierzyńska-Franaszczyk z Akademii Leona Koźmińskiego i Uniwersytetu w Osnabrück; dr hab. Marzena Czarnecka, prof. UE w Katowicach; Maciej Czapliński z Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; Marta Mikliszańska z Allegro.pl Sp. z o.o. oraz Jacek Hutyra z Orange Polska S.A. Dyskusje dotyczyły stosunku konsumentów do przeobrażeń rynku w związku ze zmianami środowiska i postępującą digitalizacją. Przedstawiciele przedsiębiorców wskazywali jednak na działania podejmowane przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą i ich konieczność dostosowania się do zmian rynku oraz potrzeb konsumentów.

Pierwszy dzień konferencji zakończył się tradycyjnie panelem młodych naukowców, który jednak wyjątkowo w tym roku podzielony była na dwa dni. W części pierwszej wzięło udział siedmiu prelegentów. Prezentacje dotyczyły wpływu nowych technologii na konsumentów i ich zmieniające się potrzeby oraz konieczności wzmocnienia ochrony ich praw i zaufania do rynku. Poruszony został m.in. temat praktyk tzw. *dark patterns* polegających na skłanianiu użytkowników witryn internetowych lub aplikacji do podejmowania decyzji, których wcale nie chcą podejmować, np. do

<sup>2</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz.Urz. UE L 119, 4.5.2016, s. 1–88.

<sup>3</sup> Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.5.2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz. UE L 149, 11.6.2005, s. 22–39.

zakupu jakiegoś towaru lub usługi albo stosowania banerów reklamowych, które udają fragmenty interfejsu strony<sup>4</sup>. Równie istotne z perspektywy rozwoju nowych technologii są bankowość internetowa i utrudniony dostęp do niej dla określonych grup konsumentów czy brak zaufania konsumentów wobec przetwarzania ich danych osobowych. Panel zakończył referat poświęcony udziałowi i ochronie praw konsumentów w postępowaniach antymonopolowych w Europie Środkowo-Wschodniej.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się od referatów dotyczących potrzeby zwiększenia ochrony konsumentów oraz innych stron słabszych w relacjach z przedsiębiorcami w różnych gałęziach rynku. Jako pierwsi wystąpili prof. dr hab. Ewa Rott-Pietrzyk z Uniwersytetu Śląskiego i dr Mateusz Grochowski z Instytutu Prawa Porównawczego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego im. Maxa Plancka. Referat „Ochrona pośredników handlowych jako słabszej strony umowy – i o wspólnych założeniach i mechanizmach ochrony agenta i konsumenta” podkreślał znaczenie pośredniego wzmocnienia ochrony konsumentów przez zagwarantowanie bezpieczeństwa innym stronom w relacjach B2C<sup>5</sup>. Następnie dr hab. Katarzyna Klafkowska-Waśniowska z Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu w prezentacji „Ochrona konsumenta usług platform udostępniania plików wideo – nowe rozwiązania w świetle dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych 2018/1808” skupiła się na regulacji dotyczącej korzystania z platform internetowych. Podczas tego panelu Uniwersytet Jagielloński reprezentowali dr hab. Piotr Tereszkiwicz oraz dr Przemysław Pałka. Prezentacja profesora Tereszkiwicza przygotowana wspólnie z dr Ewą Cichowicz ze Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie była zatytułowana „Konsument na rynku ubezpieczeniowym w świetle transformacji cyfrowej (perspektywa prawno-regulacyjna)”. Z kolei dr Pałka, w swoim referacie „Szkody mentalne ponoszone przez konsumentów w procesie monetyzacji danych o osobach (i prawo)”, skupił się na problemie płacenia danymi osobowymi, które często ma miejsce np. podczas zakładania kont w serwisach społecznościowych. Ostatnie dwa wystąpienia podczas tego panelu dotyczyły rynku finansowego i kredytów konsumenckich. Dr hab. Lesław Góral z Uniwersytetu Łódzkiego przedstawił referat „Propozycja rozwiązań instytucjonalnych ograniczających problem nadmiernego zadłużenia konsumentów w Polsce”. Pan Profesor zwrócił uwagę, że aż co 11 dorosły Polak na ma koncie niezapłacone zobowiązanie. Na koniec prezentację „Wyzwania w zakresie egzekwowania prawa konsumenckiego na rynku finansowym w Polsce” przedstawiła dr hab. Edyta Rutkowska-Tomaszewska z Uniwersytetu Wrocławskiego. Wszystkie wystąpienia poruszały ważne i aktualne problemy stanowiące wyzwania dla prawa konsumenckiego. Wątki poruszone w wystąpieniach były punktem wyjścia dla wielu pytań ze strony słuchaczy i burzliwych dyskusji.

Po wystąpieniu referentów odbyły się dwa panele dyskusyjne. Pierwszy z nich, w którym uczestniczyli praktycy oraz przedstawiciele przedsiębiorców, dotyczył egzekwowania praw konsumentów. W dyskusji udział wzięli: r.pr. Jarosław Sroczyński z Kancelarii Markowicz & Sroczyński; dr Piotr Cybula z Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie, dr Piotr Kukuryk z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Krzysztof Jarmusz z Allegro.pl Sp. z o.o.; Dawid Kryszczyński z Lidl sp. z o.o. sp. k.; Aleksandra Kapnik z Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Małgorzata

<sup>4</sup> Baroni, L. Cardoso de Castro Salgado, L. Puska, A. Pereira, R. (2021). *Dark Patterns: Towards a Socio-technical Approach*. Conference: IHC '21: XX Brazilian Symposium on Human Factors in Computing Systems. Nr 15. s. 1.

<sup>5</sup> Business-to-consumer.

Miś, Prezes Stowarzyszenia „Aquila”. Rozmowa dotyczyła m.in. problemów z transparentnością pochodzenia produktów wystawionych na sklepowych półkach i niechęci konsumentów do dochodzenia roszczeń. Przede wszystkim, jak wskazali przedstawiciele przedsiębiorców, konsumenci często sami przestawiają produkty na półkach sklepowych tak, że nie są potem w stanie stwierdzić, z którego kraju pochodzi dany produkt. Z kolei pracownicy sklepów nie zawsze mają czas na bieżąco odkładać towary na miejsce. W zakresie dochodzenia roszczeń prelegenci zwrócili uwagę na problem z niechęcią do wchodzenia na drogę sądową. Konsument boi się długiego procesu, zwłaszcza jeśli nie stać go na profesjonalnego pełnomocnika. Skoro konsumenci są niechętni do dochodzenia roszczeń, przedsiębiorcy dalej stosują nieuczciwe praktyki.

Drugi panel dyskusyjny obejmował współpracę międzynarodową i ochronę konsumentów w kontekście globalnym. W dyskusji udział wzięli: dr Edyta Figura-Góralczyk z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, dr Joanna Kulesza z Uniwersytetu Łódzkiego, Agnieszka Wachnicka, Prezes Zarządu Fundacji Rozwoju Rynku Finansowego, dr Grzegorz Kinelski z Akademii WSB w Dąbrowie Górniczej oraz dr Łukasz Czarnecki z Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie. Dyskusja skupiła się wokół problemu cyberprzestępczości zwłaszcza w sektorze finansowym. Ponadto prelegenci odnosili się do projektu tzw. Aktu o usługach cyfrowych<sup>6</sup>, który miałby zmienić dyrektywę o handlu elektronicznym<sup>7</sup>. Jak podkreślono podczas dyskusji, jednym z najważniejszych wyzwań jest odpowiednie uregulowanie korzystania przez konsumentów z platform internetowych i odpowiedzialności przedsiębiorców.

Drugi dzień konferencji zamknął panel z wystąpieniami młodych naukowców. Tym razem referaty poruszały problemy wyzwań związanych z ochroną środowiska i potrzeb określonych grup konsumentów. Wystąpienia dotyczyły m.in. szczególnych potrzeb dzieci, kredytobiorców i osób z niepełnosprawnościami oraz tego, jak na te grupy wpływają praktyki przedsiębiorców. Referenci poruszyli też kwestię danych wrażliwych dotyczących zdrowia na rynku ubezpieczeniowym.

Tegoroczna konferencja dała uczestnikom możliwość zaktualizowania wiedzy na temat wyzwań ochrony konsumentów w różnych branżach. Podejmowane rozważania często wychodziły nawet poza zakres problemów wskazanych w Programie, wskazując na inne zagadnienia, które również wymagają rozważań ze strony prawodawcy. Przygotowywana obecnie pokonferencyjna publikacja dokładniej przybliży tematy, nad którymi dyskutowali prelegenci i zaprezentuje wyniki ich badań.

## Anna Urbanek

doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Łódzkiego<sup>8</sup>

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0042-4172>

e-mail: [anna.urbanek@wpia.uni.lodz.pl](mailto:anna.urbanek@wpia.uni.lodz.pl)

<sup>6</sup> Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE, COM/2020/825 final

<sup>7</sup> Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz.Urz. UE L 178, 17.7.2000, s. 1–16.

<sup>8</sup> Z dniem 1.12.2021 r. zrezygnowała z kształcenia w SDNS UŁ.



## Sprawozdanie z 2. edycji projektu TechLawClinics na Uniwersytecie Jagiellońskim i Uniwersytecie Łódzkim (rok akademicki 2020/2021)

W roku akademickim 2020/2021 odbyła się 2. edycja projektu dotyczącego prawa technologii najnowszych i technologii przyszłości. Ta pionierska tematyka jest przedmiotem zajęć na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, które są realizowane w ramach międzynarodowego projektu TechLawClinics, współfinansowanego przez Erasmus+<sup>1</sup>. Uczelnią koordynującą projekt jest Katolicki Uniwersytet w Lyonie (Francja), a uczestniczą w nim ponadto Uniwersytet im. Radbouda w Nijmegen (Holandia) oraz Uniwersytet Piemontu Wschodniego (Włochy). Dla studentów wyłonionych w procedurze rekrutacyjnej odbywają się zajęcia równoległe we wszystkich partnerskich uniwersytetach. Na WPiA UJ zajęcia te pod nazwą „Cyfrowa Klinika Prawa” prowadzi dr hab. Piotr Tereszkievicz, prof. UJ. Opiekunem „Kliniki Prawa Technologii Przyszłości” na WPiA UŁ jest dr hab. Monika Namysłowska, prof. UŁ.

Projekt ma na celu rozwój wiedzy, umiejętności oraz kompetencji społecznych o kluczowym znaczeniu dla prawników XXI wieku. Również w 2. edycji programu zastosowaliśmy nowoczesną formułę zajęć, która łączyła symulację procesu, wykłady, warsztaty i spotkania z praktykami. Dzięki temu studenci mogli pogłębić wiedzę z zakresu tematyki nowych technologii i ćwiczyć umiejętności jej praktycznego zastosowania. Przykładaliśmy wagę do rozwoju umiejętności miękkich, jak np. praca w grupie, kreatywność, formułowanie argumentów. Ideą projektu jest też interdyscyplinarny charakter zajęć, co realizowane jest na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, w zajęciach mogą uczestniczyć studenci prawa i informatyki. Po drugie, opracowywany casus wymaga zrozumienia skomplikowanych technologii. Po trzecie, by ułatwić studentom kompleksowe rozwiązanie problemów prawnych organizujemy spotkania z praktykami, nie-prawnikami. Po czwarte, interdyscyplinarny charakter znajduje odzwierciedlenie w sformułowanym casusie, który zawiera elementy z kilku dziedzin istotnych dla funkcjonowania nowych technologii. Projekt obejmuje trzy edycje w latach 2019–2022, a sprawozdanie z 1. edycji ukazało się w iKAR 2020, nr 7.

W roku akademickim 2020/2021 wątkiem przewodnim było zastosowanie smart kontraktów w wykonaniu umowy między przedsiębiorcą a nieprofesjonalnym inwestorem. Casus dotyczył oceny prawnej kryptowaluty z blockchainu Ethereum jako środka rozliczeń między stronami<sup>2</sup>. Zadaniem studentów UJ i UŁ było rozstrzygnięcie sporu w ramach *moot court*. Studenci przyjęli role procesowe powoda, pozwanego, sądu oraz biegłych (na UŁ) i rzecznika interesu publicznego (na UJ).

Studentów UŁ<sup>3</sup> szkolili pracownicy Wydziału Prawa i Administracji UŁ (dr hab. Monika Namysłowska, prof. UŁ; dr Izabela Skomerska-Muchowska) oraz partnerzy projektu: dr Wiktor Matysiak, sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi, a także r.pr. Witold Chomiczewski oraz adw. Adam

<sup>1</sup> Nr umowy: 2019-1-FR01-KA203-062630.

<sup>2</sup> Autorem casusu jest prof. Pietro Ortolani z Uniwersytetu w Nijmegen.

<sup>3</sup> Uczestnikami byli studenci Wydziału Prawa i Administracji UŁ: Michał Byczyński, Małgorzata Krzemińska, Paweł Kubicki, Piotr Michalak, Aleksandra Miksa, Magdalena Rogozińska, Maciej Rzeszutek, Magdalena Szustorowska, Adrian Szymanowski oraz studenci Wydziału Fizyki i Informatyki Stosowanej: Patryk Góra i Weronika Miksa.

Szkurłat z Lubasz i Wspólnicy. Kancelaria Radców Prawnych. Studentami UJ<sup>4</sup> opiekowali się pracownicy WPiA UJ (dr hab. Piotr Tereszkievicz, prof. UJ; dr Katarzyna Południak-Gierz; dr Michał Kućka), a także adw. dr Julita Zawadzka z kancelarii Kubas Kos Gałkowski w Krakowie. Partnerem zewnętrznym wspierającymi studentów UJ był Sąd Apelacyjny w Krakowie.

W drugiej edycji projektu zajęcia odbywały się zdalnie ze względu na pandemię wirusa SARS-CoV-2 i w takiej formie odbyły się rozprawy sądowe kończące pracę nad kazusem. Również formę zdalną przybrała międzynarodowa szkoła wiosenna, zorganizowana dla wszystkich uczestników przez Uniwersytet w Nijmegen. Studenci uczestniczyli w wykładach i warsztatach, w tym dotyczących sztuki prezentowania się. Pod okiem trenerów studenci przygotowywali się do konkursu na najlepszy projekt aktu prawnego regulującego zagadnienia zilustrowane przez kazus. Warto dodać, że efektem projektu jest też przygotowany przez uczestników zajęć na WPiA UŁ – Małgorzatę Krzemińską i Macieja Rzeszutka – artykuł naukowy dotyczący problematyki smart kontraktów, który opublikowany jest w niniejszym numerze iKAR-a.

Trzecia i niestety ostatnia już edycja projektu trwa w roku akademickim 2021/2022. Tematem przewodnim jest ochrona konsumentów przed zagrożeniami wynikającymi z zastosowania chatbotów. Sprawozdanie z tej edycji ukaże się w konsumenckim numerze iKAR w 2022 roku.

**dr hab. Monika Namysłowska, prof. UŁ**

Wydział Prawa i Administracji UJ

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3379-2940>

**dr hab. Piotr Tereszkievicz, prof. UJ**

Wydział Prawa i Administracji UJ

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-9022-2536>

<sup>4</sup> Uczestnikami byli studenci Wydziału Prawa i Administracji UJ: Łukasz Bartosiewicz, Piotr Blank, Zuzanna Daszkiewicz, Dominika Janiuk, Maksymilian Kaszubowski, Michał Kulikowski, Magdalena Kurdziel, Katarzyna Pomykała, Szymon Skalski, Igor Szpotakowski, Katarzyna Szynek, Sebastian Tymczyszyn, Wojciech Walczak, Karolina Wojciechowska.

## A few words about consumer protection on the market and current problems

(from the volume editor)

### ARTICLES

**Martyna Wurm, Łucja Olszewska**, Protection of consumers against unfair practices concerning the dual-quality of products in the light of the changes introduced by the Omnibus Directive

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Protection against dual-quality or against the differentiation of products
- III. Inadequate protection under existing regulations
- IV. Legislative procedure and various concepts for regulating the dual-quality practice
- V. Prerequisite of significant difference in the composition or characteristics of a product
  1. Studies of food products carried out by the Polish NCA
  2. Harmonized testing methodology
  3. EU-wide testing campaign
- VI. Possible exceptions to the prohibition on product differentiation
- VII. Enforcement of the new regulations on dual-quality
  1. Changes to Polish law
  2. Cross-border cooperation between authorities on dual-quality issues
  3. Adjustment to the new legislation
- VIII. Summary

**Summary:** Strengthening consumer protection against unfair market practices in the area of so-called 'dual-quality of products' is one of the key changes introduced by the Omnibus Directive, which is part of the New Deal for consumers. The article is devoted to the legal analysis of the problem of dual-quality of products, in particular the regulatory changes in this area introduced by the Omnibus Directive. Particular importance was attached to the description of key issues, from the perspective of the application of the new legal solutions in practice, and their impact on consumer rights protection in the European Union. In particular, the study analyses the prerequisites for ascertaining an unfair business practice in relation to the dual quality of products, as well as the catalogue of possible objective justifications that maybe used by entrepreneurs to try to justify their actions. Taking into account the results of research efforts of national authorities and the European Commission, the article discusses the understanding of the term 'significant difference' between products intended for different markets and indicates the means by which entrepreneurs should adjust their practices to the new regulations.

**Key words:** dual-quality; product differentiation; Omnibus Directive; New deal for consumers, misleading commercial practices; unfair commercial practices; consumer protection law; consumer; branded products.

**JEL:** K15, K20, K23

**Justyna Ziobrowska**, Social Trading as an alternative form of investing for non-professional investors

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Investing in terms of definition
- III. Individual (non-professional) investor and the consumer
- IV. Social trading as an investment model
- V. Review of brokers and social trading platforms
- VI. Opportunities and threats for beginner investors
- VII. Summary

**Summary:** The aim of the study is to present the concept of social trading as an alternative form of investing for non-professional investors. The research methods used includes the critical appraisal of literature, document research and reasoning. The analysis carried out indicates that social trading is an attractive alternative to traditional investing or investment funds. It is a good way to build relationships between investors, get to know their points of view and discuss techniques. However, this is not a flawless solution. This concept, which involves copying or duplicating the strategies of other players, no matter how experienced the entity is, doesn't guarantee a profit.

**Key words:** social trading; investor; consumer; crowd.

**JEL:** E2, G10, G18, G23

**Małgorzata Krzemińska, Maciej Rzeszutek**, Application of smart contracts in consumer transactions – selected problems

### Table of contents

- I. Introduction
  1. The term 'smart contracts'
  2. The interpretation of smart contracts
  3. The use of smart contracts
- II. Potential problems in the application of smart contracts in consumer transactions
  1. Pre-contractual stage – information obligations
  2. Conclusion of the contract
    - 2.1. Transcription in blockchain as a carrier of the standard contract
    - 2.2. Prohibited contractual clauses
  3. Performance of the contract
    - 3.1. Withdrawal from the contract
    - 3.2. Warranty for defects of a token
    - 3.3. Impossibility of service
    - 3.4. Contractual liability and unjust enrichment
- III. Summary

**Summary:** The progressive development of new technologies contributes to the more and more frequent use of smart contracts in consumer trading. This is due to the specific features of smart contracts, which affect the availability and ease of use of this legal solution, but, on the other hand, may also lead to negative consequences for the consumer. In the context of potential threats that

may be faced by consumers, the immutability of smart contracts is particularly important. This article explains why attention should be paid to consumers who use smart contracts. The article focuses on possible solutions to problems connected with consumers who perform legal transactions using smart contracts at every stage of the transaction, starting from the pre-contractual stage, through the conclusion of the contract, to its performance.

**Key words:** smart contracts; blockchain; consumer protection; token.

**JEL:** K15, K24

**Aleksandra Gnas**, Responsibility for intelligent robots

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. The gist of intelligent robots
  1. The concept of an intelligent robot
- III. The concept of artificial intelligence
- IV. Legal personality of an intelligent robot
- V. Principles of responsibility of an intelligent robot
  1. General remarks
  2. Strict liability
  3. Liability for defective products
  4. Fault-based liability
- VI. Intelligent robots and insurance
  1. General remarks
  2. Mandatory civil responsibility insurance
  3. *No-fault insurance*
- VII. Conclusions

**Summary:** The article presents the concepts of intelligent robots and artificial intelligence. The author analyzes the possibility of giving intelligent robots a legal personality and defines the rules, regimes and premises of responsibility for actions caused by an intelligent robot. The subject of the work is also to characterize possible variants of insurance against damages caused by an intelligent robot – compulsory liability insurance and no-fault insurance.

**Key words:** artificial intelligence; intelligent robots; liability for intelligent robots; liability insurance; no-fault insurance.

**JEL:** K1, K15

**Adrianna Michałowicz**, Facial recognition systems and the protection of individuals – challenges, threats, opportunities

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Facial recognition technologies – general characteristics in the context of threats to the rights and freedoms of individuals
- III. Use of systems based on processing biometric data, including facial recognition, from the General Data Protection Regulation (GDPR) perspective

IV. Remote biometric identification systems in the light of the draft act on artificial intelligence

V. Summary

**Summary:** In recent years, we have observed a dynamic development of technologies based on the processing of personal data using biometrics, that is, special data processing techniques that allow the unequivocal identification of an individual. This growth is largely supported by the increasing use of artificial intelligence in individual identification processes, enabling better and more accurate results when processing biometric data. However, the use of different biometric techniques in connection with the provision of services to consumers, including facial recognition systems, and the processing of data in this way on a massive scale, raises legal and ethical questions as well as questions about the legitimacy and necessity of 'biometric control' over society. This article deals with the processing of biometric data of consumers, with particular emphasis on one of the methods of biometric processing namely facial recognition. This is an issue that raises many legal questions, especially in the context of a possible interference with the fundamental rights of individuals, as well as in the context of the growing use of artificial intelligence mechanisms for this type of processing. The publication presents a general overview of the purposes and uses of facial recognition systems, including the risks they may pose to individuals. This is followed by an analysis of the most frequently observed violations of the GDPR in connection with the processing of biometric data, including those in systems equipped with facial recognition functions. The analysis also takes into account the proposed regulations for the use of remote biometric identification systems in the EU.

**Key words:** personal data; biometric data; artificial intelligence; GDPR; remote biometric identification systems; facial recognition systems.

**JEL:** K32

**Piotr Gałązka**, Statutory credit moratorium in Poland in the context of the crisis caused by Covid-19 – in the light of the Constitution and the proportionality principle

#### **Table of contents**

- I. Introduction
- II. Definition of a moratorium and a credit moratorium
  1. The concept of a moratorium
  2. Definition of a credit moratorium
- III. Credit moratoria in the pandemic era in Poland
  1. Private banking moratorium in Poland
  2. Statutory moratorium in Poland
- IV. Analysis of a statutory moratorium in the light of constitutional norms
  1. Constitutional restrictions on the freedom of economic activity
    - 1.1. Condition of a statutory path
    - 1.2. Important public interest
    - 1.3. Proportionality of a restriction on the economic freedom
  2. Assessment of the compatibility of provisions on a statutory moratorium in Poland with constitutional premises

- 2.1. Formal prerequisites
- 2.2. Substantive prerequisites

## V. Conclusions

**Summary:** The article covers the general definition of a moratorium and the definition of a credit moratorium based on the European Banking Authority's (EBA) definitions, as well as the presentation of Polish solutions regarding credit moratoria – both statutory and non-statutory – announced in the face of the Covid-19 coronavirus pandemic in the first half of 2020. Statutory solutions (a statutory moratorium) – introduced pursuant to the Act of 19 June 2020 on interest subsidies for bank loans granted to entrepreneurs affected by COVID-19 and on simplified proceedings for approval of an arrangement in connection with the occurrence of COVID-19, have been assessed for their constitutional compliance principles of restricting the freedom of the economic activity under the Polish Constitution. Non-statutory solutions – based on the moratorium announced by the Polish Bank Association – have been presented for comparison with the statutory provisions.

**Key words:** credit; consumer credit; financial services; European Union; credit moratoria.

**JEL:** G21, G28, K22

**Damian Littwin,** The scope of cover for damages resulting from non-physical business disruptions, based on the example of BI and NDBI insurance in the context of the COVID-19 pandemic

### Table of contents

- I. Introduction
- II. The concept of 'damage'
- III. The subject of the insurance in BI and NDBI insurances
- IV. Premises of insurer's liability
- V. Limitations and exclusion of liability
- VI. The temporal scope of insurance protection
- VII. The liability of the insurer for damages caused by the COVID-19 epidemic under an insurance contract for lost profits
- VIII. Summary

**Summary:** The article presents legal issues related to loss of profit management, such as the concept of 'damage' and material damage in the context of the practices in the insurance sector. In the global context, the paper characterises Business Interruption (BI) and Non Damage Business Interruption (NDBI) insurance, as well as their subject and scope. The author analyses also what is actually on offer in Poland with respect to loss of profit insurance considering insurance protection in the wake of the pandemic taking into account the jurisprudence and legal solutions applicable in other countries.

**Key words:** business insurance; BI; NDBI; pandemic as a premise for the payment of compensation; first party insurance; damage; insurance interest.

**JEL:** K12, K15

**Anna Urbanek**, Decisions of the Polish competition authority concerning infringements of collective consumer interests for 2020–2021 in non-financial cases

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Infringements of the Act on Combating Unfair Market Practices
  - 1. Misrepresentation of prices and the characteristics of goods as well as of the conditions of promotions – decisions concerning Jeronimo Martins Polska S.A.
  - 2. Misleading as to the identity of the trader
  - 3. Misleading as to the real reason for the market practice
  - 4. Using aggressive market practices
- III. Violation of the Telecommunications Law
- IV. Violation of the Consumer Rights Act
- V. Infringement of other selected legal acts
- VI. Conclusions

**Summary:** This paper presents selected decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection (the Polish NCA) concerning infringements of collective consumer interests issued in the period from June 2020 to September 2021. The paper analyses and assesses practices of entrepreneurs contrary to selected legal acts and the general principles of fairness in relations with consumers. The article also includes the most frequent violations as well as cases of particular interest due to their circumstances.

**Key words:** Office of Competition and Consumer Protection; collective consumer interests; decisions by the President of OCCP; consumer protection.

**JEL:** K12, K15, K42

## LAW AND CASE LAW REVIEWS, REPORTS, DISCUSSIONS

**Małgorzata Miś, Grzegorz Miś**, Implementation of the Omnibus Directive into the Polish legal order – selected comments on the draft of Act amending the draft Act on consumer rights and certain other acts

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Comments on specific provisions
  - 1. Definition of an online trading platform
  - 2. Definition of product demonstration
  - 3. Exclusion of the application of consumer rules to contracts where the offeror is not a trader
  - 4. Prohibition of accepting payment before the end of the withdrawal period
  - 5. Inclusion of VAT and excise duties in the price
- III. Summary

**Summary:** This paper evaluates selected provisions of the draft Act on amending the Act on consumer rights and certain other acts. The authors have adopted a practical point of view, without going into far-reaching theoretical considerations; instead, they follow the criteria of legal utilitarianism and the possibility of applying the law in practice. The critical remarks included in



the text are intended to draw attention to the direction that practice and jurisprudence may take if the legislation in the proposed form is enacted and enters into force. Finally, the authors formulate postulates *de lege ferenda* aiming to improve the draft to such an extent that it does not become a dead law in the future.

**Key words:** online platform; demonstration; consumer protection; information obligations.

**JEL:** G21, G28, K22

## REPORTS

**Report on the 8<sup>th</sup> International Consumer Science Conference ‘Challenges for Consumer Law in the Global, Regional and Local Dimension’, Łódź, 5–6 October 2021** (Anna Urbanek)

**Report on the 2<sup>nd</sup> edition of the TechLawClinic’s project at the Jagiellonian University and the University of Łódź (academic year 2020/2021)** (Monika Namysłowska, Piotr Tereszkiwicz)

# internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

## REKOMENDOWANY SKRÓT CYTOWANIA iKAR

---

### PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

### ZASADY RECENZOWANIA

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (*double blind peer review*).

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawnych i ekonomicznych, dostępnym na stronie [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl). Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorca lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

### PRAWA AUTORSKIE

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl>).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

### UDOSTĘPNIANIE

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl).

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

## CENTRUM STUDIÓW ANTYMONOPOLOWYCH I REGULACYJNYCH



prowadzi badania naukowe



wydaje książki i periodyki,  
w tym YARS [www.yars.wz.uw.edu.pl](http://www.yars.wz.uw.edu.pl)  
oraz iKAR [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)



organizuje konferencje naukowe i warsztaty



świadczy usługi doradcze i prowadzi  
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS  
[www.aris.wz.uw.edu.pl](http://www.aris.wz.uw.edu.pl)



prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie



współpracuje z instytucjami naukowymi  
w kraju i zagranicą oraz z organami  
regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)