

## **Wykorzystanie dóbr osobistych usługobiorcy dla celów handlowych w obrocie elektronicznym**

Roman Gąsczyk

*Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*

### **Wstęp**

Celem niniejszego artykułu jest opisanie świadczeń konsumenckich powstałych na skutek wykorzystania dóbr osobistych usługobiorcy dla celów komercyjnych, które w chwili obecnej, przynajmniej w praktyce polskiego handlu elektronicznego, wydają się być najbardziej rozpowszechnioną formą ekwiwalentu za usługi świadczone drogą elektroniczną, takie jak poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, bramki SMSowe czy oprogramowanie typu *adware*, powszechnie określane jako „bezpłatne”.

Wyodrębnienie świadczeń polegających na komercjalizacji różnorodnych dóbr osobistych konsumenta wiąże się z uznaniem powyżej wymienionych umów za dwustronnie zobowiązujące, co stanowi ujęcie oryginalne, wzięwszy pod uwagę fakt, że w powszechnym odczuciu, na skutek treści różnych ofert, regulaminów, ogłoszeń czy reklam przedstawiających tego rodzaju usługi jako „bezpłatne” uznaje się kontrakty, na podstawie których są one świadczone, za jednostronnie zobowiązujące. W tym wypadku dostrzega się jedynie wyraziste świadczenie przedsiębiorcy, polegające na dostarczeniu odpowiedniej usługi drogą elektroniczną, natomiast nie zauważa się świadczenia konsumenckiego, polegającego na znoszeniu szeregu niedogodności.

Prezentacja tej problematyki wymaga już na wstępie przedstawienia pojęcia, dotychczas bez precedensu w doktrynie prawa cywilnego, czyli „konsumenckich transakcji wymiennych”.

Przed przystąpieniem do szczegółowej charakterystyki wspomnianej kategorii umów należy zauważyć, iż znakiem naszych czasów jest nieprzystosowanie prawa do potrzeb obecnego obrotu cywilnoprawnego. O ile w ciągu XIX w. prawo stanowiło istotny stymulator zmian społecznych i gospodarczych związanych z nastaniem tzw. rewolucji przemysłowej oraz

transformacji ekonomicznej prowadzącej do przekształcenia się gospodarki feudalnej w kapitalistyczną, co objawiło się uchwalaniem wielkich kodyfikacji, np. *code civil* w 1804 r., *Allgemeine Bürgerliche Gesetz Buch* z 1811 r., czy późniejszego *Bürgerliches Gesetz Buch*, o tyle uczestnicy obrotu w wieku XX i obecnym XXI musieli i muszą liczyć się z faktem, iż prawo stanowi czynnik utrudniający wymianę dóbr majątkowych. Przejawia się to np. w merytorycznym „opóźnieniu” prawa względem aktualnego stanu rozwoju techniki bądź jego niedostosowaniu do wymogów obrotu międzynarodowego. Oczywiście ustawodawca nie pozostaje obojętny względem rozwoju sytuacji i stara się dostosowywać materię normatywną do potrzeb chwili. Objawia się to np. poprzez typizowanie w ustawach umów, które zostały wypracowane w praktyce, i których treść została już dostatecznie ugruntowana (np. umowa leasingu). Wobec takiej praktyki w kontekście ewentualnego procesu legislacyjnego niezwykle znaczenie uzyskują wszelkie opracowania charakteryzujące najistotniejsze cechy kontraktów masowo pojawiających się w obrocie cywilnoprawnym.

Umowy, wspomniane w tym kontekście, zostały właśnie całkowicie wypracowane w praktyce obrotu elektronicznego i jak dotychczas nie były obiektem zainteresowania doktryny. Ponadto, jak już wspomniano, w odczuciu wielu użytkowników usług świadczonych drogą elektroniczną, będących konsumentami, funkcjonuje przeświadczenie o jednostronnie zobowiązującym charakterze tego typu umów, dodatkowo podsycane przez oferujące je podmioty, toteż to opracowanie może mieć walor dydaktyczny, interesujący nie tylko dla prawników.

Niniejszy stan rzeczy spowodowany jest powszechnym utożsamianiem pojęcia odpłatności jedynie ze świadczeniami pieniężnymi, podczas gdy rolę „środka płatniczego” w tych kontraktach stanowi przyzwolenie konsumenta na naruszenie jego dóbr osobistych i dalsze tolerowanie tego stanu rzeczy, polegające, np. w przypadku świadczenia usługi poczty elektronicznej, na obowiązku znoszenia niedogodności związanych z przesyłaniem przez usługodawcę niezamówionych listów elektronicznych, które w innych okolicznościach uznane byłyby za tzw. *spam* (czyli niezamówioną informację handlową). W przytoczonym przykładzie bezprawność działania przedsiębiorcy jest wyłączona na mocy zgody konsumenta (która *nota bene* stanowi zdarzenie inicjujące jego świadczenie), wyłączając możliwość zaskarżenia takiego działania na mocy art. 23 ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną kwalifikującego, *spamming* jako wykroczenie zagrożone karą grzywny i ścigane na wniosek pokrzywdzonego. Tego typu sytuacje bywały opisywane w doktrynie za pomocą paremii *volenti non fit iniuria*. Ponadto, w tym przypadku naruszenie dóbr osobistych konsumenta postępuje o wiele dalej niż konieczność odbioru niezamówionej korespondencji o charakterze reklamowym. Dochodzi tu bowiem do procederu, który określiłbym mianem naruszenia integralności

korespondencji, polegającego na konieczności zaakceptowania przez usługobiorcę ingerencji przedsiębiorcy w treść listów elektronicznych, które przesyła w ramach korzystania z usługi świadczonej przez profesjonalistę. Sprowadza się to do zaopatrzenia każdego wysyłanego listu w tzw. stopkę reklamową, sprawiającą, iż także adresat takiego maila musi zapoznać się z komunikatem reklamowym.

Prawna dopuszczalność tego typu umów wynika z fundamentalnej dla obrotu cywilnoprawnego zasady swobody umów, zasady autonomii woli stron oraz z art. 353<sup>1</sup> k.c., na podstawie, których kontraktujące strony mogą ułożyć dany stosunek prawny całkowicie według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego<sup>1</sup>. Umowy te, biorąc pod uwagę ich treść, należy sklasyfikować jako umowy mieszane bądź umowy z elementami różnych stosunków prawnych<sup>2</sup>. Charakter kontraktów, w których pojawia się świadczenie konsumenta stanowiące przedmiot niniejszej pracy pozwala postawić tezę, że są one w pewnym stopniu zbliżone do dwóch umów stypizowanych w kodeksie cywilnym: umowy o świadczenie usług (art. 750 k.c.) oraz z zamiany, w przypadku której różnica sprowadza się odmiennego przedmiotu świadczenia. Szczególną cechą zamiany jest tożsamość podstawowych obowiązków obu stron oraz treści ich świadczeń przy odmiennym przedmiocie świadczenia każdej z nich<sup>3</sup>. W umowie zamiany każda ze stron zobowiązuje się do przeniesienia na drugą stronę własności rzeczy w zamian za zobowiązanie się do przeniesienia własności innej rzeczy. Ponadto uznaje się, iż przedmiotem zamiany mogą być nie tylko rzeczy (a właściwie prawo własności rzeczy), lecz także inne prawa majątkowe, dobra zbywalne i niezbywalne, np. wierzytelności<sup>4</sup>. Jednakże w doktrynie podkreśla się, iż przedmiotem zamiany nie mogą być usługi<sup>5</sup>. Oznacza to, że omawiane umowy muszą być uznane za kontrakty nienazwane, bowiem świadczenie przedsiębiorcy polega w nich właśnie na wykonaniu usługi *on-line*, zaś świadczenie konsumenta jest trudne do sklasyfikowania, bowiem sprowadza się nie do działania a do znoszenia skutków postępowania usługodawcy tzn. odbiorze jego reklamowych komunikatów przybierający różną formę. Niemniej jednak taką szczególną formę działania można uznać za usługę w ujęcie k.c.

Celem opisanie takiego świadczenia, już we wstępie, można odwołać się do tradycyjnego podziału świadczeń o rzymskim rodowodzie, do których nawiązywał kodeks zobowiązań, gdzie

<sup>1</sup> tak P. Podrecki [w:] P. Podrecki et al., Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004, s. 40

<sup>2</sup> *Ibidem*

<sup>3</sup> Cz. Żuławska [w:] G. Bieniek et al., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania., pod red. G. Bienka, Warszawa 1999, t. 2, s. 117

<sup>4</sup> tak Cz. Żuławska, Komentarz..., s. 117 i A. Olejniczak [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, pod red. J. Rajskego, Warszawa 2001, t.7, s. 145

<sup>5</sup> A. Olejniczak, *Ibidem*

tego typu zachowania były klasyfikowane, jako *pati* czyli znoszenie<sup>6</sup> i które to moim zdaniem jest przejawem komercjalizacji dóbr osobistych konsumenta. W związku z tym kategorię umów, jakimi są konsumenckie transakcje wymienne trzeba uznać za zbliżoną do zamiany ze względu na konstrukcję oraz do umowy o świadczenie usług regulowanej, przez art. 750 k.c., ze względu na przedmiot świadczenia przedsiębiorcy.

Konieczność funkcjonowania opisywanych umów w krajowym obrocie prawnym wiąże się z przyjętym przez polskiego ustawodawcę systemem dopuszczalności rozsyłania za pomocą sieci Internet komunikatów o charakterze komercyjnym, czyli tzw. systemem *opt-in*. Niniejsze rozwiązanie uzależnia rozsyłanie poczty do adresatów od uzyskania od nich uprzedniej zgody. Oznacza to, że każdy komunikat, nawet ten pierwszy, potencjalnie zdolny do uzyskania aprobaty odbiorcy wymaga jego uprzedniej akceptacji<sup>7</sup>. Może być ona wyrażona w dowolny, lecz zrozumiały sposób, przy czym to nadawca jest obciążony ciężarem dowodu na okoliczność jej otrzymania.

System *opt-in*, podobnie jak opisywane umowy, stanowi dorobek praktyki obrotu elektronicznego. Wywodzi się on z koncepcji *permission marketing* tzn. marketingu za przyzwoleniem klienta, opracowanej przez członka kierownictwa portalu Yahoo! Seta Godina. U podstaw tej idei leży przekonanie o kompletnym nasyceniu rynku reklamy, co uniemożliwia dotarcie z informacją reklamową do potencjalnego klienta oraz całkowicie wyklucza możliwość zainteresowania go treściami o charakterze marketingowym. W konsekwencji przedsiębiorców i reklamodawcy zwiększają natężenia przekazu takich komunikatów, co wywiera skutek całkowicie odwrotny od zamierzonego, w postaci zniechęcenia potencjalnych odbiorców. Ten sposób reklamowania określa się mianem *interruption marketing*<sup>8</sup>. Odmienny sposób prowadzenia działalności reklamowej polega na stopniowym budowaniu więzi pomiędzy nadawcą a odbiorcą komunikatów reklamowych. Jego realizacja może sprowadzać się do zaoferowania potencjalnym reklamobiorcom rzekomo bezpłatnych usług, w zamian za które będą musieli zapoznawać się z informacjami o charakterze handlowym, tak jak w przypadku konsumenckich transakcji wymiennych. Ponadto stwierdzenie tej prawidłowości pozwala wyjaśnić fakt dlaczego te umowy wykształciły się i nadal funkcjonują w systemach prawnych nie znających takich jurydycznych ograniczeń swobody obrotu cywilnoprawnego jak system *opt-in*.

Natomiast w krajach, gdzie funkcjonują obwarowania nakładane przez system *opt-in*, w praktyce obrotu eliminowane są za pomocą opisanego powyżej mechanizmu, czyli poprzez

<sup>6</sup> R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, § 7

<sup>7</sup> D. Kasprzycki [w:] *Prawo Internetu...*, s. 492

<sup>8</sup> S. Godin, *Permission Marketing: Turning Strangers into Friends and Friends into Customers*, Nowy Jork 1999 cyt. za D. Kasprzycki [w:] *Prawo Internetu...*, s. 492-493

uzyskanie zgody adresata na odbiór komunikatów reklamowych w zamian za zobowiązanie się do świadczenia na jego rzecz określonych usług *on-line* (np. usługi poczty elektronicznej).

Stwierdzony już wcześniej dwustronnie zobowiązujący charakter konsumenckich transakcji wymiennych determinuje konieczność wystąpienia w tym rodzaju umów świadczeń po stronie usługobiorcy. Polegają one na zachowaniu określonym jako *pacti* i są przejawem komercjalizacji, czyli wykorzystania dla celów handlowych, wartości niemajątkowych przynależnym konsumentom, za jakie niewątpliwie należy uznać ich dobra osobiste – właśnie to zagadnienie zostanie poddane analizie w niniejszym artykule.

## I. Zagadnienia ogólne.

### 1. Pojęcie konsumenckie transakcji wymiennych.

Konsumenckie transakcje wymienne są to umowy zawierane za pośrednictwem Internetu, w ramach obrotu jednostronnie profesjonalnego, w których przedmiot stosunku zobowiązaniowego stanowi z jednej strony świadczenie usług drogą elektroniczną, zaś z drugiej świadczenie polegające na zaniechaniu, a ściślej rzecz ujmując na znoszeniu naruszania dóbr osobistych poprzez tolerowanie i odbieranie niezamówionych komunikatów o charakterze reklamowym. Opisywany stosunek cywilnoprawny stanowi umowę nienazwaną zawieraną na podstawie sformułowanej przez art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody umów konstytuującej na gruncie polskiego prawa zobowiązań, w zasadzie nieograniczoną dowolność w zakresie ukształtowania treści zobowiązania.

Pierwszy z członów nazwy „konsumenckie transakcje wymienne” ma wskazywać na to, że umowy te zachodzą w ramach obrotu jednostronnie profesjonalnego, zaś ostatni ma określać specyfikę trybu wzajemnego przekazywania świadczeń. Zdecydowałem się na użycie słowa „wymienne”, gdyż posłużenie się terminem „zamienne” uważam za nieuprawnione. Na gruncie języka potocznego obydwie pojęcia rozpatrywane w znaczeniu szerokim stanowią synonimy. Jednakże wobec faktu, iż słowo zamiana na gruncie języka prawnego i prawniczego odnosi się jedynie do umów, w których przedmiot świadczeń po obu stronach stanowią prawa majątkowe, jego użycie dla opisanego innych stosunków zobowiązaniowych, np. takich, w których jedna ze stron świadczy usługę *on-line*, będzie, jak już wspomniano, nieuzasadnione. W tym wypadku słowo „wymiana” o podobnej treści, jednakże niewykazujące podobnych konotacji co „zamiana”, może być użyte dla opisanego transakcji powoływanych w niniejszym opracowaniu, tzn. może zostać wprowadzone na grunt języka prawniczego jako określenie kontraktów polegających

na wzajemnym transferze równoważnych świadczeń, nie będących przeniesieniem własności rzeczy lub innych praw majątkowych, przy braku elementu ceny w treści stosunku zobowiązaniowego.

W ramach tych umów, konsument musi bowiem oprócz obowiązków przewidzianych w regulaminach świadczenia konkretnych usług, zobowiązać się *per facta concludentia* do dokonania szeregu czynności faktycznych oraz świadczeń polegających nie na działaniu, lecz, jak już wspomniano, na znoszeniu skutków działania podmiotu świadczącego daną usługę. Fakt wzajemności tych zobowiązań ukrywany jest przez usługodawców ze względów marketingowych, zaś sami usługobiorcy, a nawet niektórzy przedstawiciele doktryny<sup>9</sup>, zdają się nie dostrzegać ich dwustronnie zobowiązującego charakteru. W zależności od transakcji usługobiorca jest bowiem zobowiązany do wielu działań i do znoszenia szeregu niedogodności np. do odbioru różnorodnych komunikatów zawierających informację handlową (tzn. reklamy bądź oferty). Wobec tego powszechnie uważa się umowy tego typu za zawarte pod tytułem darmym, a więc za jednostronnie zobowiązujące. Dzieje się tak między innymi dlatego, że nazwanie dóbr osobistych podlegających naruszeniu dostarcza poważnych trudności, w związku z czym osoby o niskiej świadomości prawnej nie postrzegają konieczności akceptowania działań usługodawcy jako świadczenia. Za taką postawą przemawia pozornie bierny charakter tego zachowania oraz niedoceniając nakładów, jakie trzeba ponieść w toku dopełniania obowiązków umownych. Drugim elementem, który wpływa na powszechne uznanie konsumenckich transakcji wymiennych za umowy jednostronnie zobowiązujące, jest myląca treść zaproszeń do zawarcia tych umów. W przypadku wszystkich znaczących podmiotów krajowych prowadzących komercyjne portale internetowe, a także podmiotów zagranicznych, oferujących zawarcie reprezentatywnej dla tej grupy kontraktów umowy o świadczenie usługi poczty elektronicznej, określana jest ona zawsze jako bezpłatna albo darmowa<sup>10</sup> (odpowiednio używanym określeniem obcojęzycznym jest np. angielskie słowo *free*). Sformułowanie bezpłatna w tym kontekście można by uznać za uprawnione, gdyby rozumieć je wąsko, jako dotyczące stosunku zobowiązaniowego, w którym nie występuje świadczenie pieniężne. Praktyka wprowadzająca opisany zamęt terminologiczny ma zapewne na celu przede wszystkim pozyskanie przychylności klienteli, która w zamian za pozornie darmową usługę staje się bardziej podatna na treść komunikatów reklamowych, jakie musi następnie odbierać w toku korzystania z usługi przedsiębiorcy.

<sup>9</sup> G. Rączka, Zagadnienie dóbr osobistych w świetle ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, *Radca Prawny* 2004, nr 4, s. 106-107

<sup>10</sup> Wśród usługodawców świadczących usługę poczty elektronicznej można wyróżnić podmioty rzeczywiście czyniące to w formie umów jednostronnie zobowiązujących, jako że nie wymagają one od usługodawców żadnych świadczeń dotyczących odbioru informacji handlowej. Do takich usługodawców należy portal TurboSoft.pl, który zapewnia dostęp do tej usługi pod adresem <http://www.download.info.pl> (stan na dzień 27.02.2005 r. 13:10).

## 2. Pojęcie dóbr osobistych.

Charakteryzację świadczeń usługobiorcy zachodzących w ramach konsumenckich transakcji wymiennych należy poprzedzić opisaniem szczególnie rozumianego przedmiotu tego świadczenia, czyli dóbr osobistych. Konieczne jest również określenie tych dóbr, które ulegają naruszeniu poprzez działalność przedsiębiorcy w ramach omawianego stosunku zobowiązaniowego. Odpowiednie wyszczególnienie zostanie przeprowadzone w kolejnych rozdziałach tego opracowania.

Dobra osobiste są instytucją prawa cywilnego, która wprawdzie nie została zdefiniowana w przepisach kodeksu cywilnego, lecz stała się przedmiotem dogłębnej analizy w licznych wypowiedziach przedstawicieli doktryny. Ustawodawca poprzestał na sformułowaniu otwartego katalogu tych dóbr i wymienieniu kilku ich przykładów. Wykładnia art. 23 prowadzi do wniosku, iż na gruncie prawa polskiego koncepcja jednego dobra osobistego i odpowiadającego mu prawa osobistego podmiotowego jest nieuzasadniona<sup>11</sup>. Wobec tego należy przyjąć, że istnieje wiele dóbr korzystających z ochrony prawnej i wiele praw osobistych chroniących te dobra<sup>12</sup>. W nauce prawa cywilnego panuje powszechny konsens co do uznania ich za atrybut wszystkich osób cywilnych i prawnych. Katalog dóbr osobistych ma charakter zmienny i dynamiczny, w ciągu lat na skutek zmian społecznych, rozwoju technologicznego oraz tym podobnych zjawisk obserwowano kształtowanie się nowych dóbr i zanikanie starych, zmieniały się również sposoby postrzegania tej instytucji, zaś proces ten można prześledzić w oparciu o analizę głosów doktryny.

Pierwsze powojenne wypowiedzi dotyczące dóbr osobistych zostały sformułowane w pracach S. Grzybowskiego. Przyjął on koncepcję, która w definiowaniu tych praw odwoływała się do kryteriów subiektywnych. Grzybowski utożsamiał dobra osobiste z niemajątkowymi wartościami świata uczuć i stanu życia psychicznego danej osoby<sup>13</sup>. Takie ujęcie spotkało się z krytyką innych przedstawicieli nauki prawa cywilnego, którzy zaproponowali rozwiązania odmienne. Z. Radwański uznał, iż kryterium subiektywne ze względów dydaktycznych nie stanowi dogodnego założenia dla definiowania tych praw podmiotowych i stwierdził, że dogodniejszym będzie obiektywne, odwołujące się do ocen funkcjonujących w opinii większości społeczeństwa<sup>14</sup>. W związku z tym Radwański postrzega dobra osobiste człowieka za uznane przez system prawny wartości, obejmujące fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz

<sup>11</sup> S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2004, s. 99

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> S. Grzybowski, Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego, Warszawa 1957, s. 78

<sup>14</sup> Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1993, s. 121

godność i pozycję w społeczeństwie, stanowiącą przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej<sup>15</sup>. Kolejną definicję, nawiązującą do kryteriów obiektywnych, sformułował A. Szpunar, według którego dobra osobiste to niemajątkowe wartości związane z osobowością człowieka, powszechnie uznawane w danym społeczeństwie<sup>16</sup>.

Koncepcję nieco odmienną, którą można określić jako dynamiczną, konstruuje A. Wojciechowska. Według tej autorki dobra osobiste to wartości niemajątkowe, związane, co prawda z danym indywiduum, z osobowością określonego człowieka i przez niego jako dobra odczuwane, lecz jednocześnie są to wartości zmienne w czasie, bowiem ich treść jest determinowana przez przemiany warunków życia społecznego i ewolucję poglądów dotyczących różnych aspektów tego zagadnienia<sup>17</sup>. W tym wypadku definicyjne odniesienie do odczuć danego człowieka nie nosi znamion subiektywizacji, lecz jest jedynie odniesieniem do człowieka jako zobiektywizowanego wzorca, toteż koncepcja ta zalicza się do grupy obiektywnych. Podobna definicja została sformułowana przez A. Ciska. Stoi ona również na gruncie koncepcji obiektywnej, skonstruowanej w odwołaniu do zobiektywizowanego wzorca, którym jest w tym wypadku interes przeciętnej jednostki ludzkiej. Ponadto autor ten uznaje, iż prawo nie może chronić osób zbyt przewrażliwionych, pozostawiając jednocześnie poza ochroną te jednostki, które z różnych powodów nie są zdolne do określonych przeżyć o charakterze pozytywnym bądź negatywnym<sup>18</sup>.

Problematyka dóbr osobistych stanowi również przedmiot zainteresowania judykatury. Zgodnie ze stanowiskiem Sadu Najwyższego, przy ocenie naruszenia czci należy mieć na uwadze nie tylko subiektywne odczucie osoby żądającej ochrony prawnej, ale także obiektywną reakcję w opinii społeczeństwa, poza tym nie można przy takowej ocenie ograniczać się do analizy pewnego zwrotu w abstrakcji, ale należy ten zwrot wyklądać na tle całej wypowiedzi<sup>19</sup>. Oprócz zainteresowania sądu stosowaniem teorii hermeneutycznej dla wykładni oświadczeń woli, można z tej wypowiedzi odczytać inspirację wyżej omawianymi stanowiskami doktryny, co pozwala mówić o dominacji w polskiej nauce prawa koncepcji obiektywnie ujmujących dobra osobiste.

Charakteryzując przyjęte w doktrynie definicje dóbr osobistych wykazałem, iż nawiązują one do koncepcji obiektywnych, co sprawia, że należy je postrzegać zawsze w kontekście wartości powszechnie uznawanych przez dane społeczeństwo. Nie znaczy to jednak, iż w pojęciu dóbr osobistych nie można doszukać się elementów uniwersalnych i aktualnych w każdej społeczności. Wraz z ogólnością popularyzacją takich koncepcji jak prawa człowieka, dochodzi do

---

<sup>15</sup> *Ibidem*

<sup>16</sup> A. Szpunar: *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s.104

<sup>17</sup> A. Wojciechowska: *Czy autorskie dobra osobiste są dobrami osobistymi prawa cywilnego?*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1994, z. 3, s. 375

<sup>18</sup> A. Cisek: *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 37-38

<sup>19</sup> Orzeczenie SN z 16 stycznia 1976 r., II CR 692/75, nr 11, poz. 251



przeobrażania się dóbr osobistych pod ich wpływem. Ponadto w doktrynie zwraca się uwagę na niemożność wykreowania jednej legalnej definicji odnoszącej się do wszystkich dóbr osobistych, wobec dynamicznego procesu kształtowania się ich treści. Zmianę treści tego pojęcia powodują przesłanki, które można podzielić na dwie kategorie. Pierwsza skupia wspomniane już przyczyny związane z przemianami społecznymi i ewolucją poglądów odnośnie tych przemian, druga zaś przesłanki związane z rozwojem technologicznym, szczególnie istotne ze względu na problematykę tej pracy. Jako przykład można tu podać różne aspekty prywatności, która w odniesieniu np. do odmiennych form komunikacji międzyludzkiej musi być uznawana za nową kategorię w ramach dóbr osobistych. Inaczej należy postrzegać prywatność w komunikacji pocztowej (prawo do tajemnicy korespondencji), a inaczej w komunikacji *via* Internet, jako że choćby zakres różnych możliwości naruszania tych dóbr świadczy o braku tożsamości pomiędzy nimi.

W doktrynie podkreśla się, że dobra osobiste mają charakter niemajątkowy. Z. Radwański uznaje, iż nie dają się wyrazić w kategoriach ekonomicznych, jednakże mogą pośrednio wpływać na sytuację ekonomiczną człowieka, tytułem przykładu wymienia on wpływ opinii dobrego pracownika na jego zarobki<sup>20</sup>. Powszechnie uznaje się, że naruszenie dóbr osobistych może mieć wymiar majątkowy, oprócz wymienianych w różnych wypowiedziach takich dóbr jak prawo do firmy, dobre imię podmiotu gospodarczego, nazwisko czy wizerunek, status naruszenia o wymiarze majątkowym należy przyznać również komercjalizacji różnorodnych dóbr osobistych, jaka zachodzi w ramach konsumenckich transakcji wymiennych oraz innych instytucjach prawa cywilnego, które to zostaną omówione w kolejnych rozdziałach tej pracy. W takich sytuacjach, w myśl zasady *volenti non fit iniuria*, przyjęcie świadczenia polegającego na zezwoleniu naruszenia dobra nie będzie mogło być uznane za bezprawne.

Ochronie dóbr osobistych służy instytucja praw podmiotowych. Tak jak same dobra osobiste, mają one charakter niemajątkowy. Są ściśle związane z podmiotem, bowiem powstają wraz z jego narodzinami i wygasają w momencie śmierci. Są bezwzględnie skutecznymi (*erga omnes*) i nie mogą być przeniesione na inną osobę.

## **II. Świadczenia usługobiorcy w ramach elektronicznych transakcjach wymiennych.**

### **1. Charakterystyka ogólna.**

---

<sup>20</sup> Z. Radwański, *op. cit.*, s. 96

Jak już wspomiano świadczenia, usługobiorcy w konsumenckich transakcjach wymiennych sprowadzają się nie do działania, tak jak to jest w dominującej liczbie stosunków zobowiązaniowych, lecz do powstrzymania się od działań wobec określonego postępowania przedsiębiorcy świadczącego dane usługi. Wyodrębnienie i nazwanie tych świadczeń stanowi naczelną tezę tego artykułu.

Moim zdaniem, sposób obligowania dłużnika, występujący w umowach o świadczenie takich usług jak poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, bramki SMSowe czy oprogramowanie typu *adware*, wbrew stanowisku podmiotów je świadczących, nie pozwala na uznanie tych kontraktów za jednostronnie zobowiązujące, a co za tym idzie świadczeń usługodawcy nie można określić jako przekazywanych pod tytułem darmym.

Nie oznacza to jednak, że świadczenia będące udziałem usługobiorcy polegające na powstrzymaniu się od pewnych działań, wykształciły się w praktyce handlu elektronicznego. Ustawodawca, we wszystkich rodzajach stosunków zobowiązaniowych, na mocy art. 353 § 2 k.c. dopuszcza dwie postaci świadczenia: działanie i zaniechanie, czyli powstrzymanie się od działania. Jednakże dla opisanego obowiązku, będącego, w wypadku transakcji wymiennych, udziałem konsumenta, stosowne jest odwołanie się do tradycyjnego, bardziej szczegółowego podziału świadczeń.

Świadczenia sprowadzające się do znoszenia skutków działań wierzyciela opisywali już prawnicy rzymscy określając je mianem *pati* i odróżniali je od zwykłego niedziałania (*non facere*), podając za przykład stosunek zobowiązaniowy, w którym jedną ze stron był właściciel nieruchomości służebnej (obciążanej z tytułu służebności)<sup>21</sup>.

Podział świadczeń oparty na powyższej klasyfikacji dominował w polskiej doktrynie w okresie przedkodyfikacyjnym, a nawiązano doń również w kodeksie zobowiązań. Na tle jego przepisów wyróżniano takie świadczenia jak, danie, czynienie, nieczynienie i opisywane znoszenie (*dare, facere, non facere, pati*)<sup>22</sup>.

Najistotniejsze z punktu widzenia omawianej problematyki świadczenie znoszenia uznawano w doktrynie okresu międzywojnia za modyfikację obowiązku nieczynienia, które na ogół uznawano za obowiązek dodatkowy i uzupełniający zobowiązanie główne<sup>23</sup>. Jako taki wyróżniano obowiązek niesprzedawania rzeczy przez osobę, która zawarła już umowę sprzedaży, jednakże nie oddała jeszcze przedmiotu transakcji w posiadanie nabywcy<sup>24</sup>. Niemniej jednak niniejsze świadczenie mogło także występować jako główne w kontraktach nienazwanych (np. umowa

<sup>21</sup> W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Prawo rzymskie. Instytucje, Warszawa 2000, s. 160

<sup>22</sup> W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2002, s. 70

<sup>23</sup> R. Longchamp de Berier, Zobowiązania (wydanie anastatyczne), Poznań 1999, s. 26-27

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

o powstrzymanie się od grania na fortepianie)<sup>25</sup>. Z kolei świadczenie polegające na znoszeniu cudzego działania rozpatrywano, tak jak w dorobku prawników rzymskich, w odniesieniu do służebności i utożsamiano je z nakazem tolerowania działań właściciela rzeczy panującej zmierzających do realizacji swych uprawnień przez właściciela rzeczy służebnej, podobny obowiązek miał najemca względem wynajmującego<sup>26</sup>.

## **2. Komerccjalizacja dóbr osobistych usługobiorcy jako mechanizm kreujący jego świadczenia.**

W przypadku usług świadczonych drogą elektroniczną w ramach transakcji wymiennych, obowiązki usługobiorcy (zostaną tu one zaprezentowane w odniesieniu do usługi poczty elektronicznej), polegające na znoszeniu skutków działań przedsiębiorcy są konsekwencją zgody konsumenta na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych<sup>27</sup>. To oświadczenie woli obejmuje swym zakresem także przesyłanie informacji handlowej<sup>28</sup>, a to z kolei umożliwia uprawnione (poprzez zgodę) naruszenie dóbr osobistych usługobiorcy przez usługodawcę, który oprócz wyrażonej zgody dysponuje niezbędnym w tym celu adresem poczty elektronicznej danej osoby. Można, więc sformułować tezę, iż konsument, wyrażając zgodę na naruszanie swych dóbr osobistych, w zamian za świadczenie konkretnych usług drogą elektroniczną, dokonuje swoistego ograniczenia niektórych spośród swych praw podmiotowych służących do ochrony odpowiedniego dobra osobistego, co można porównać do ograniczenia praw właściciela, zachodzącą w ramach instytucji służebności osobistej. Różnica pomiędzy służebnością osobistą, funkcjonującą na gruncie prawa rzeczowego, a opisywanym świadczeniem polega na odmiennym przedmiocie obciążenia: w pierwszym wypadku będzie to nieruchomości, zaś w drugim odpowiednie prawo podmiotowe, którego naruszenie stworzy możliwość wykreowania odpowiedniego w formie komunikatu reklamowego. Niniejsze porównanie jest niewątpliwie uzasadnione jako reminiscencja proveniencji świadczenia *pati*, które, jak już wspomniano, było charakterystyczne dla stosunków sąsiedzkich w ramach prawa rzeczowego, jednakże jego skonstruowanie służy jedynie wyjaśnieniu konstrukcji i nie należy dopatrywać się pomiędzy tymi instytucjami zbyt daleko idących analogii.

Zaprezentowane ujęcie opisywanego problemu można określić, nawiązując do terminologii przyjętej w doktrynie, mianem komercjalizacji osobowości bądź dóbr osobistych<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 27

<sup>26</sup> *Ibidem* s. 27-28

<sup>27</sup> P. Litwiński, [w:] P. Podrecki et al., *Prawo Internetu*, Warszawa, s.227

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> por. M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, *Merchandising – czyli komercjalizacja popularnych symboli*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1998, Nr 10, s. 7; K. Grzybczyk, *Komercyjne wykorzystanie dóbr niematerialnych (merchandising)*, [w:] *Valeat aequitus* Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu, Katowice 2000, s. 157-158

Mechanizm ten został opisany w kontekście zjawiska *merchandising'u*, polegającego na wykorzystaniu znanych symboli, wytworzonych zazwyczaj w ramach kultury masowej, mających siłę przyciągającą zainteresowanie potencjalnych nabywców towarów i usług, która zostaje wykorzystana poza pierwotnym zakresem używania tych symboli, czyli w celu promocji i reklamy określonych dóbr materialnych bądź usług<sup>30</sup>. Ponadto termin ten jest wykorzystywany również celem opisanie „zagadnień związanych z udzielaniem licencji na korzystanie z nazw i podobizn postaci fikcyjnych bądź prawdziwych, w celu oznaczania produktów i usług”<sup>31</sup>.

Wykorzystanie dóbr osobistych dla celów handlowych, zachodzące w przypadku konsumenckich transakcji wymiennych, gdzie świadczenia konsumenta powstają poprzez przyzwolenie na naruszanie tych dóbr, sprawiając że pełnią one rolę ekwiwalentu przekazywanego w zamian za konkretne usługi, występuje w przypadku jednego z rodzajów *merchandising'u*, jakim jest, tzw. *personality merchandising*. Instytucja ta polega na tzw. komercjalizacji znanych osobowości, czyli posługiwaniu się dobrami osobistymi tych osób, takimi jak imię, nazwisko, a nawet głos lub wizerunek, w celu promocji towarów czy usług, przy czym do takiego wykorzystania wymienionych dóbr może dojść tylko za zgodą ich dysponenta<sup>32</sup>. To, co różni świadczenia usługobiorcy w ramach konsumenckich transakcji wymiennych od *personality merchandising'u* to katalog dóbr, podlegających naruszeniu oraz odmiennosc świadczeń ekwiwalentnych, którymi w pierwszym wypadku są usługi, zaś w drugim na ogół świadczenie pieniężne.

W doktrynie dopuszcza się takie rozwiązania wobec ewolucji tradycyjnych poglądów odnośnie tej problematyki, głoszących całkowitą niezbywalność i niemożność zrzeczenia się praw osobistych<sup>33</sup>. Przemiana ta nastąpiła na skutek powstania takich konstrukcji, jak zgoda (odwołaalna) poszkodowanego na naruszenie dóbr osobistych, wykształcona w stosunku do autorskich praw osobistych, odnośnie których już wcześniej formułowano koncepcje dopuszczające możliwość *quasi-zrzeczenia* się tych praw<sup>34</sup>. Ponadto niektórzy autorzy postulowali możliwość obrotu prawami osobistymi<sup>35</sup>, zachodzącego moim zdaniem właśnie w przypadku transakcji wymiennych. Jednakże należy zauważyć, iż możliwość całkowitego „zbywania” dóbr osobistych jest niedopuszczalna, ponieważ oznaczałoby to przyzwolenie na tak haniebne praktyki, jak niewolnictwo i niewątpliwie byłoby sprzeczne z regulacjami publicznoprawnymi np. ustawodawstwem karnym. Prawa osobiste mogą jedynie w ograniczonym zakresie posłużyć za

<sup>30</sup> M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, op. cit., s. 1

<sup>31</sup> K. Grzybczyk, op. cit., s. 147

<sup>32</sup> K. Grzybczyk, op. cit., s. 157-158

<sup>33</sup> M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, op. cit., s. 7

<sup>34</sup> *Ibidem*

<sup>35</sup> S. Sołtyński, Recenzja pracy zbiorowej pt. Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym – zagadnienia wybrane, Państwo i Prawo 1987, z. 2, s. 105

swoisty przedmiot świadczenia (np. osoba fizyczna czasowo rezygnuje ze swej wolności, rozumianej jako swoboda poruszania się, oraz pewnego zakresu swego prawa do prywatności celem wzięcia udziału w programie telewizyjnym typu *reality show*, w zamian za promesę uzyskania wymiernej korzyści materialnej w postaci głównej wygranej). Cofnięcie zgody na dalsze naruszanie dóbr osobistych w tym wypadku natychmiastowo uchyli bezprawność działań drugiej strony danego stosunku zobowiązaniowego tego rodzaju obliczonych na realizację wynikających zeń uprawnień.

Wobec tego, mimo rozumianej jako zasada aksjologiczna, niezbywalności dóbr osobistych oraz ich niemajątkowego charakteru, nie mogą one, same w sobie, być przedmiotem obrotu. Jednakże za zgodą ich dysponenta mogą ulec komercjalizacji, tzn. że zgoda na ich naruszenie, może stać się treścią świadczenia o charakterze *pati*.

### **III. Dobra osobiste naruszane w ramach świadczeń usługobiorcy.**

Po ogólnym omówieniu instytucji dóbr osobistych na gruncie polskiego prawa cywilnego, można przystąpić do zidentyfikowania i opisanie tych, które na mocy zgody konsumenta ulegają naruszeniu, co powoduje konieczność znoszenia skutków zachowań podmiotu świadczącego usługi elektroniczne, które w innych okolicznościach byłyby uznane za bezprawne. Bezprawność tych zachowań, jak już wspomniano, w myśl paremii *volenti non fit iniuria*, uchyla zgoda usługobiorcy na naruszenie jego dóbr osobistych stanowiąca, *conditio sine qua non*, zawarcia danej transakcji wymiennej. Zgoda konsumenta na tego rodzaju zachowania powoduje komercjalizację tych dóbr, co sprawia, iż możliwe stają się świadczenia ekwiwalentne wobec usług przedsiębiorcy. Jako że naruszeniu nie ulega jedno dobro, lecz kilka, konieczne jest ich wyodrębnienie i nazwanie, celem identyfikacji swoiście rozumianego przedmiotu świadczenia. Za dobra ulegające naruszeniu uznaje prawo do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej oraz prawo do swobodnego kształtowania treści własnej korespondencji. Wyszczególnienie to ma jedynie charakter propozycji, w związku z czym w literaturze przedmiotu spotyka się inne ujęcia tej problematyki, polegające np. na wyodrębnieniu innych dóbr lub na rozszerzającej interpretacji treści dóbr już określonych w ustawie, judykaturze lub doktrynie.

#### **1. Prawo do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej.**

Dobro osobiste chronione prawem do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej uważam za pochodne dobra określanego w polskiej doktrynie jako sfera życia prywatnego (lub prywatność).

Początków tej idei należy doszukiwać się w Stanach Zjednoczonych, gdzie pod koniec XIX stulecia dwóch amerykańskich profesorów Warren i Brandeis na łamach „Harvard Law Review”<sup>36</sup>, sformułowało koncepcję *right to privacy* (określaną również mianem *right to be let alone*). Nawiązywała ona do ugruntowanego w krajach kultury *common-law* sposobu postrzegania tego obszaru wolności jednostki wyrażanego za pomocą paremi „*my home is my castle*”. Jednakże, jak zauważa się w doktrynie, takie ujęcie początków tej idei, od strony funkcjonalnej będzie już tylko częściowo trafne<sup>37</sup>. Dzieje się tak dlatego, iż, nie tylko w USA, lecz również w Europie sądy udzielały ochrony wobec różnych stanów faktycznych, które dziś określono by mianem naruszenia prywatności, a co było zrozumiałe z kilku powodów: po pierwsze zakresy poszczególnych dóbr osobistych jednostki nie tworzą zbiorów rozłącznych, lecz nakładają się na siebie, wobec czego sąd rozpatrując dany czyn może powoływać się na naruszenie różnych dóbr, po drugie w systemach wzorowanych na kodeksie Napoleona operujących szeroką, otwartą formułą ochrony deliktowej, istniała możliwość udzielenia ochrony poprzez proste wskazanie, iż dane działanie stanowi czyn niedozwolony (w tym wypadku należało również wykazać zaistnienie szkody), po trzecie, ochronę tej sfery życia ludzkiego zapewniano poprzez odwołanie się do ochrony własności<sup>38</sup>.

Na gruncie polskiej teorii prawa dobro to zostało wyodrębnione przez A. Kopffa w postaci konstrukcji prawa do intymności i do prywatności życia osobistego. Kopff, podobnie jak wielu z autorów wspomnianych w poprzednim podrozdziale, stoi na gruncie koncepcji dynamicznego, czyli rozwijającego się katalogu dóbr osobistych. Przyczyn takiego stanu rzeczy dopatruje się w rozwoju techniki i metod pracy twórczej, związanych z rozwojem coraz to nowych rodzajów mass-mediów oraz nowych form wypowiedzi artystycznej odwołujących się do faktów z życia ludzi, których, ze względu na kontekst wypowiedzi będzie można bez trudu zidentyfikować<sup>39</sup>. Autor ten wymienia opisywane przez siebie prawa wśród dwóch sfer życia danej jednostki: sfery intymności, stanowionej przez fakty dotyczące konkretnej osoby i jej przeżyć, nie ujawnianej zarówno osobom bliskim, jak i postronnym, jako że ich ujawnienie wiązać by się mogło z uczuciem wstydu lub zakłopotania oraz sferą powszechnej dostępności. Prywatność, w tej koncepcji uznana również za jedną ze sfer osobowości jednostki ludzkiej, chroniona przez odpowiednie prawo podmiotowe, zawiera w sobie szereg pomniejszych dóbr osobistych, wśród których należy

<sup>36</sup> S.D. Warren, L.D. Brandeis, The right to privacy, Harvard Law Review 1890, s. 193-220

<sup>37</sup> B. Kordasiewicz, Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2000, z.1, s. 19

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 19-20

<sup>39</sup> A. Kopff, Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego, studia Cywilistyczne vol. XX, Kraków 1972, s. 13

wymienić życie prywatne, rodzinne, domowe, integralność psychofizyczną człowieka, wolność przekonań, cześć, honor, spokój.

Koncepcja sfer zaproponowana przez Kopffa została sformułowana na gruncie monistycznej teorii dóbr osobistych, sprowadzającej się do wyodrębnienia jednolitego prawa osobowości. Jednakże niektórzy autorzy uznają koncepcje Kopffa za skonstruowaną w sposób ograniczający merytoryczny zakres prawa do prywatności jedynie do elementu „*right to be let alone*” pomijając element możliwości decydowania o swoich sprawach osobistych, akcentowany m.in. na gruncie przepisów Konstytucji, a oznaczający samookreślenie informacyjne, w ramach którego jednostka może decydować, kiedy i w jakich granicach ujawniane są informacje na jej temat<sup>40</sup>. W związku z tym w doktrynie formułuje się również koncepcje alternatywne dopatrujące się istoty prawa do prywatności w uprawnieniu do samookreślenia (*Selbstbestimmung*) obejmującej zarówno „*right to be let alone*” oraz autonomię informacyjną objętych jednym prawem osobistym<sup>41</sup>.

„Pola eksploatacji” wykorzystywanego przez przedsiębiorców kontraktujących w ramach konsumenckich transakcji wymiennych, należy dopatrywać się właśnie w tym aspekcie ludzkiej wolności, jakim jest prywatność ograniczona do elementu „*right to be let alone*”. Każdy człowiek w myśl tej koncepcji ma prawo do swobodnego doboru korespondentów i związaną z tym wolność od niepożądanego korespondencji. W konsumenckich transakcjach wymiennych, na przykładzie usługi poczty elektronicznej można wykazać, iż poprzez działanie usługodawcy wolność ta ulega naruszeniu, jako że konsument zobowiązuje się do wyrażenia zgody na odbiór komunikatów o treści reklamowej, co jest konsekwencją przyjęcia na gruncie prawa polskiego systemu *opt-in* uzależniającego możliwość wysłania takiej wiadomości konsumentowi od jego uprzedniej zgody wyrażonej w sposób jasny, bezpośredni i niewymuszony, np. poprzez wstrzymania świadczenia z zawartego uprzednio stosunku zobowiązaniowego. W dalszej kolejności usługobiorca musi, przez wskazanie odpowiednich kategorii tematycznych wyświetlonych w oknie dialogowym programu służącego do zawierania umowy o świadczenie usługi poczty elektronicznej, zadeklarować gotowość odbioru komunikatów reklamowych o treści zdeterminowanej przez ujawnione poprzednio preferencje. Konsekwencją tego wyboru będzie regularne otrzymywanie listów elektronicznych od różnego rodzaju reklamodawców, korzystających z uprawnień świadczącego usługę poczty elektronicznej. Gdyby osoby trzecie względem usługobiorcy i usługodawcy, kontraktujących w ramach konsumenckich transakcji wymiennych, chcieli wysłać, do pierwszego z nich, swe informacje bezpośrednio musieliby liczyć się z odpowiedzialnością z tytułu przesyłania

<sup>40</sup> M. Wild, Ochrona prywatności w prawie cywilnym (koncepcja sfer a prawo podmiotowe), Państwo i Prawo 2001, z. 4, s.58

<sup>41</sup> *Ibidem* s. 69

nie zamówionej informacji handlowej. Taki czyn, popularnie określany jako *spamming*, stanowiłby wykroczenie na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. W związku z tym uprawnienie nabyte przez przedsiębiorcę stwarza możliwość uzyskiwania znacznych dochodów w ramach działalności reklamowej. Działanie takie, mimo iż jego bezprawność została uchylona przez wyrażoną na wstępie zgodę konsumenta, stanowi niewątpliwe naruszenie jego prywatności, w zakresie wolności komunikowania się. Każdy człowiek bowiem, obok powszechnie dostrzeganego prawa do zachowania tajemnicy korespondencji ma ponadto prawo do swobodnego wyboru kręgu swoich korespondentów i prawo do odmowy odbioru przekazów od osób nieznanymi, naruszających swym działaniem spokój danej osoby. W tym miejscu można przytoczyć, argumentację przeciwną odwołującą się do faktu związania usługobiorcy zgodą na otrzymywanie informacji handlowej i domniemanym zainteresowaniem treścią takich komunikatów. Jednakże należy zwrócić uwagę na fakt, iż kategorie tematyczne potencjalnych i przyszłych informacji reklamowych, które konsument musi wskazać na etapie zawierania umów, określone są w sposób ogólnikowy i często nie odpowiadający specyficznym preferencjom danej osoby. Ponadto, jak wspomniano, zadeklarowanie chęci otrzymywania wiadomości przynajmniej z jednej kategorii jest warunkiem *sine qua non* zawarcia umowy, często więc trzeba dokonać wyboru sprzecznego z własnymi preferencjami. Pomijam tutaj fakt, iż poszczególne komunikaty mogą już zupełnie odbiegać od zainteresowań danego użytkownika usługi bądź też ich związek z przypisaną im kategorią może być prowizoryczny.

## **2. Prawo do swobodnego kształtowania własnej korespondencji elektronicznej.**

Niniejsze dobro osobiste uznaje za pochodne prawa do niezakłóconej komunikacji, sformułowanego w opracowaniu J. Barty oraz R. Markiewicza i wywiedzonego z wolności rozumianej poprzez swobodę poruszania się<sup>42</sup>. Należy je interpretować jako możliwość swobodnego wyznaczania formy (chodzi tu o metodę zredagowania, a nie postać techniczną danej informacji) i treści komunikatów, w ramach korzystania np. z usług komunikacji elektronicznej. Sposób naruszenia tego dobra osobistego omówię również w odniesieniu do poczty elektronicznej. W przypadku tej usługi działanie przedsiębiorcy, godzące w opisywane dobro, można określić jako naruszenie merytorycznej integralności komunikatu. Polega to na tym, że każdy list elektroniczny wysyłany przez użytkownika usługi zostaje automatycznie zaopatrzony w tzw. stopkę reklamową, zawierającą krótki komunikat o treści reklamowej (zazwyczaj tzw. link do strony internetowej reklamodawcy). To zachowanie przedsiębiorcy jest znacznie bardziej inwazyjne względem

---

<sup>42</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 27



swobody komunikacji konsumenta niż poprzednio opisane, bowiem w sposób wyraźnie dostrzegalny ingeruje w treść każdego wysyłanego listu elektronicznego. Ponadto, treści generowanych przy tej okazji komunikatów nie odpowiadają już preferencjom wyrażonym na etapie przedkontraktowym. Niekiedy może wręcz naruszać dobre imię osoby wysyłającej daną wiadomość, zawierając treści obyczajowo kontrowersyjne, bądź w niezamierzony sposób uwłaczać godności adresata danego listu. Należy podkreślić, iż bezprawność tego działania także została uchylona przez omówione już na etapie przedkontraktowym oświadczeniem woli.

Podsumowując, działania przedsiębiorcy świadczącego usługi w ramach konsumenckich transakcji wymiennych, znajdujące się w obrębie jego uprawnień kontraktowych, naruszają wyżej wymienione dobra osobiste. Naruszenia te zachodzą zazwyczaj w takim rozmiarze, iż niestosowne jest twierdzenie, że usługi tego typu świadczone są w ramach umów jednostronnie zobowiązujących, a więc pod tytułem darmym, wobec czego ich występowanie należy odczytać jako argument przemawiający za uznaniem konsumenckich transakcji wymiennych za umowy dwustronnie zobowiązujące.

### **3. Inne ujęcia opisywanej problematyki w świetle wypowiedzi doktryny - wzmianka.**

Zaproponowane powyżej ujęcie opisywanej problematyki, wiążące się z propozycją wyodrębnienia nowych dóbr osobistych, dozwolonego wobec ustawowego przyzwolenia dorozumianego z faktu skonstruowania przez ustawodawcę otwartego katalogu tych dóbr z art. 23 k.c. oraz nową koncepcją kwalifikacji umów zawieranych i realizowanych drogą elektroniczną, w których treści nie występuje świadczenie ceny, należy uznać za oryginalne względem dotychczasowych głosów w doktrynie. Jednakże nie oznacza to, iż problem naruszania dóbr osobistych w kontekście świadczenia usług drogą elektroniczną nie był dyskutowany w nauce prawa polskiego<sup>43</sup>. Powyższa tematyka była komentowana w odniesieniu do praktyki przesyłania tzw. nie zamówionej informacji handlowej określanej jako *spamming*. Inne ujęcie problemu może polegać na dwóch sposobach postrzegania zagadnienia dóbr osobistych w odniesieniu do świadczenia usług drogą elektroniczną w ramach konsumenckich transakcji wymiennych. Można uznać je, moim zdaniem błędnie, za umowy jednostronnie zobowiązujące<sup>44</sup>, nie przyznając zachowaniom usługobiorcy charakteru świadczenia. Ponadto, sam problem naruszania dóbr osobistych bez względu na jego przyczynę można analizować w odniesieniu do innych dóbr niż wskazane w niniejszym opracowaniu, opierając się na odmiennych aspektach naruszenia praw

<sup>43</sup> por. G. Rączka, *op. cit.*

<sup>44</sup> tak G. Rączka, *op. cit.*

podmiotowych danej jednostki, co wydaje się jak najbardziej uzasadnione wobec otwartego katalogu tych dóbr, sformułowanego na gruncie k.c. Wreszcie, można by opisać tę problematykę w kontekście praktyki nie zamówionego przesyłania informacji handlowej poprzez porównanie zakresu tej nazwy z zakresem nazwy „konsumenckie transakcje wymienne w obrocie elektronicznym”, wskazując na jedną, lecz, istotną różnicę, a mianowicie brak bezprawności w przypadku tej drugiej kategorii, uchylony na mocy zgody usługobiorcy na naruszanie jego dóbr osobistych.

#### **IV. Przykładowe świadczenia konsumenckie w odniesieniu do poszczególnych usług dostępnych w formie konsumenckich transakcji wymiennych.**

##### **1. Poczta elektroniczna**

Świadczenia usługobiorcy wymagane przy bezpłatnej usłudze „poczty elektronicznej” zostały wyczerpująco omówione w rozdziale III. W tym miejscu można jedynie wspomnieć, celem usystematyzowania podanych informacji, że polegają one na zgodzie na naruszenie dóbr osobistych. W zaproponowanym przeze mnie ujęciu są to: omówione prawo do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej oraz prawo do swobodnego kształtowania własnej korespondencji elektronicznej.

##### **2. Komunikatory internetowe.**

W przypadku usługi świadczenia komunikatorów internetowych, kwestia wyodrębnienia świadczenia konsumenckiego jest jeszcze bardziej skomplikowana, jako że zachowanie stanowiące treść obowiązku usługobiorcy nastęrcza problemów identyfikacyjnych. Charakteryzacji tego typu usługi dokonam w odniesieniu do najbardziej popularnego polskiego komunikatora, czyli Gadu-Gadu udostępnianego przez sms-express.com Sp. z o.o.

Główne trudności funkcjonujące w przypadku tej usługi wynikają z faktu, iż jej użytkownik nie otrzymuje żadnych bezpośrednio zaadresowanych wiadomości zawierających komunikaty o charakterze handlowym, jak w przypadku poczty elektronicznej. Jednakże mimo pozornie darmowego charakteru tego komunikatora, zadeklarowanego przez usługodawcę w pkt. 1 regulaminu korzystania z serwisu Gadu-Gadu<sup>45</sup>, usługobiorca zobowiązany jest do znoszenia,

<sup>45</sup> Dokument dostępny na stronie - <http://www.gadu-gadu.pl/regulamin.htm>

a więc świadczenia określonego wcześniej jako *pati*, skutków działania oprogramowania służącego do korzystania z tej usługi, polegającego na ciągłym wyświetlaniu animowanego baniera reklamowego zajmującego pewną powierzchnię okna dialogowego, w jakim wyświetla się *interface* programu. Animacja ta zdecydowanie spowalnia funkcjonowanie komputera usługobiorcy, czyniąc korzystanie z pozostałych jego aplikacji mniej komfortowym. Poza tym nie można usunąć tego elementu oprogramowania służącego do korzystania z usługi, bowiem, w myśl pkt. 2 regulaminu, korzystanie z serwisu Gadu-Gadu za pomocą zmodyfikowanego programu Gadu-Gadu jest traktowane jako naruszenie regulaminu.

Odwołując się do wyodrębnionych już dóbr osobistych należy uznać, że tak sformułowany obowiązek stanowi konieczność znoszenia naruszenia prawa do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej przez usługodawcę i jako taki stanowi ekwiwalent jego świadczeń w postaci licencji programu Gadu-Gadu oraz przesyłu generowanych przez użytkownika komunikatów w ramach funkcjonowania serwisu Gadu-Gadu.

### **3. Bramki SMS.**

Omówienia świadczeń usługobiorcy w odniesieniu do tej usługi dokonam na przykładzie serwisu prowadzonego przez PTC sp. z o.o. pod nazwą "Internetowa Bramka SMS - bramka podstawowa".

W tym przypadku konsument, zgodnie z postanowieniami pkt. 14 regulaminu serwisu „Internetowa Bramka SMS - bramka podstawowa”, zobowiązuje się do udostępnienia, celem wykorzystania przez usługodawcę, takich informacji, jak: nazwy konta, IP komputera uczestniczącego w serwisie, numer telefonu odbiorcy wiadomości, treść wiadomości, moment wysyłki, moment doręczenia<sup>46</sup>. Ponadto, zgodnie z pkt. 15 tego regulaminu, uczestniczący w serwisie zgadza się na przetworzenie informacji podanych w formularzu rejestracyjnym, do celów marketingowych, a w szczególności do celów reklamy elektronicznej. Konieczność podania tych danych świadczy o zgodzie usługobiorcy na naruszenie takich dóbr, jak wyrażona w art. 23 k.c. tajemnica korespondencji, prawo do prywatności w zakresie komunikacji elektronicznej oraz, z racji zaopatrzenia każdej wysyłanej za pomocą niniejszej bramki wiadomości tekstowej w treść o charakterze reklamowym, prawa do swobodnego kształtowania własnej korespondencji elektronicznej.

---

<sup>46</sup> Dokument dostępny na stronie - [http://www.eraomnix.pl/main.jsp?id=gw\\_std\\_reg](http://www.eraomnix.pl/main.jsp?id=gw_std_reg)

#### **4. Oprogramowanie typu *adware*.**

Adware to termin wywodzący się od dwóch angielskich słów (ad)vertisement – reklama i soft(ware) – wskazane poprzez nawiasy sylaby tworzą to określenie. Stanowi on rodzaj oprogramowania świadczonego na podstawie umów licencyjnych (tzw. click-on licences). Istotnym elementem oprogramowania tego typu jest funkcja wyświetlania reklamy, zwykle w postaci bannerów reklamowych lub tzw. pop-ups („wyskakujących” okien dialogowych). Konieczność tolerowania tychże komunikatów reklamowych sprawia, że również w tym przypadku można mówić o dwustronnie zobowiązującym charakterze umów, na podstawie których udziela się licencji na oprogramowanie tego typu, a usługodawca również jest tu zobligowany do świadczenia *pati*. Licencjodawca oprogramowania zarabia więc na świadczeniu usług reklamowych wobec innych podmiotów, jednocześnie często oferując możliwość nabycia wersji programu bez reklam za opłatą<sup>47</sup>.

Adware stanowią najczęściej aplikacje łączące się z Internetem, co umożliwia ciągle różnicowanie treści wyświetlanych bannerów, zaś przykładem programów tego typu jest przeglądarka internetowa Opera, a w Polsce wspomniana już aplikacja służąca do korzystania z komunikatora Gadu-Gadu<sup>48</sup>. Powszechnie zauważa się, że, podobnie jak w przypadku innych reklam internetowych, da się je niekiedy zablokować za pomocą odpowiednio skonfigurowanych programów typu http proxy<sup>49</sup>, jednakże w świetle regulaminów świadczenia tego typu usług oraz licencji działanie takie należy uznać za nieuprawnione.

### **Zakończenie**

Opisana w niniejszym artykule koncepcja uznania obowiązków usługobiorcy, kontraktującego w ramach konsumenckich transakcji wymiennych, za świadczenia w rozumieniu prawa cywilnego, stanowi niewątpliwie rozwiązanie oryginalne jednak w świetle przedstawionych argumentów, na pewno nie bezzasadne. Stanowi ono zarazem negację postanowień, sformułowanych w regulaminach świadczenia usług drogą elektroniczną powszechnie, które określają regulowane przez nie świadczenia jako bezpłatne.

---

<sup>47</sup> <http://pl.wikipedia.org/wiki/Adware>

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> *Ibidem*

Takie ujęcie omawianej problematyki koresponduje również z poglądami ekonomistów o liberalnej orientacji, takich jak np. Milton Friedman, zgodnie z przekonaniem których w warunkach gospodarki rynkowej niemożliwie jest uzyskanie jakichkolwiek darmowych świadczeń, co krótko ujmowano za pomocą zgrabnego powiedzenia *there is no free lunch*.

Ponadto sposób uzyskiwania dostępu do usług świadczonych drogą elektroniczną, takich jak te wielokrotnie wymienione w niniejszym opracowaniu, w zamian na przyzwolenie naruszania dóbr osobistych, moim zdaniem stanowi swoiste *signum temporis*, naszej pionierskiej, w odniesieniu do stopnia popularyzacji Internetu, epoki. Powszechność tego sposobu pozyskiwania dostępu do różnych rozwiązań komunikacyjnych (takich jak poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, bramki SMS) należy ocenić pozytywnie, jako że dzięki niemu wiele osób może stać się aktywnymi uczestnikami społeczeństwa informacyjnego, funkcjonującego m.in. dzięki tym usługom. Poprzez skorelowanie w tym zakresie interesów reklamodawców i konsumentów możliwe stało się wykreowanie formy wymiany świadczeń, która póki co doskonale spełnia swe zadania, choć należy przypuszczać, iż z czasem ustąpi miejsca bardziej wyrafinowanym postaciom prowadzenia działalności usługowej.

Poszukując innych przyczyn popularności świadczenia usług elektronicznych w drodze konsumenckich transakcji wymiennych należy również wskazać na wciąż poważny niedorozwój elektronicznych instrumentów płatniczych. Świadczenia pieniężne *on-line* w różnych formach nadal łączą się z dużą dozą ryzyka dla dłużnika, przejawiającego się, ot choćby możliwością dostępu do danych warunkujących możliwość dokonywania tego typu płatności przez osoby nieuprawnione np. za pomocą oprogramowanie typu *spyware*. Ten stan rzeczy sprawia, że konserwatywnie usposobione w tej kwestii osoby, póki co, powstrzymają się od pozyskania lepiej skonfigurowanego, bardziej atrakcyjnego pakietu usług elektronicznych, tylko dlatego, że jego otrzymanie związane byłoby z koniecznością dokonania świadczenia pieniężnego za pomocą elektronicznych instrumentów płatniczych, do których te osoby dostępu nie mają i z przyczyn przytoczonych powyżej mieć nie chcą. Zapewne rozwój rozwiązań technicznych wykorzystywanych w funkcjonowaniu poszczególnych elektronicznych instrumentów płatniczych sprawi, że z usług świadczonych w ramach konsumenckich transakcji wymiennych będą korzystały osoby mało wymagające lub pozbawione środków na wykorzystanie w tym celu, a więc przede wszystkim nie uzyskujące dochodów dzieci i młodzież.

W chwili obecnej w kontekście formowania się społeczeństwa informacyjnego możliwość wykorzystania dóbr osobistych usługobiorcy dla celów handlowych w obrocie elektronicznym, w formie współcześnie występującej, należy ocenić pozytywnie, tym bardziej że jest to doskonały przykład samoregulacji handlu elektronicznego, powstały na skutek funkcjonowania mechanizmów

gospodarki rynkowej i może stanowić inspirację dla ustawodawcy chcącego uregulować inne rodzaje stosunków zobowiązaniowych mogące zaistnieć w cyberprzestrzeni.

### **Bibliografia:**

1. Barta J., Markiewicz R., Internet a prawo, Kraków 1998
2. Bieniek G. et al., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania., pod red. G. Bieńka, Warszawa 1999, t. 2
3. Brzozowski A. et al., System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2001, t.7
4. Cisek A., Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym, Wrocław 1989
5. Czachórski W., A. Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2002
6. Czajkowska-Dąbrowska M., Wiszniewska I., Merchandising – czyli komercjalizacja popularnych symboli, Przegląd Prawa Handlowego 1998, Nr 10
7. Dmowski S., Rudnicki S., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2004
8. Grzybczyk K., Komercyjne wykorzystanie dóbr niematerialnych (merchandising), [w:] Valeat aequitas Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu, Katowice 2000
9. Grzybowski S., Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego, Warszawa 1957
10. Kopff A., Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego, studia Cywilistyczne vol. XX, Kraków 1972
11. Kordasiewicz B., Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2000, z.1
12. Longchamp de Berier R., Zobowiązania (wydanie anastatyczne), Poznań 1999
13. Longchamps de Berier R., Zobowiązania, Poznań 1948
14. Podrecki P. et al., Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004
15. Radwański Z., Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1993
16. Rączka G., Zagadnienie dóbr osobistych w świetle o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Radca Prawny 2004, nr 4
17. Sołtyński S., Recenzja pracy zbiorowej pt. Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym – zagadnienia wybrane, Państwo i Prawo 1987, z. 2
18. Szpunar A., Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979
19. Warren S. D., Brandeis L. D., The right to privacy, Harvard Law Review 1890
20. Wild M., Ochrona prywatności w prawie cywilnym (koncepcja sfer a prawo podmiotowe), Państwo i Prawo 2001, z. 4
21. Wojciechowska A.: Czy autorskie dobra osobiste są dobrami osobistymi prawa cywilnego?, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1994, z. 3

22. Wołodkiewicz W., Zabłocka M., Prawo rzymskie. Instytucje, Warszawa 2000