

Rafał Mańko  
(Uniwersytet Amsterdamski)

# IDEE WOLNOŚCI, RÓWNOŚCI I WŁASNOŚCI W PRAWIE PRYWATNYM (ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM UMÓW O DOSTARCZANIE TREŚCI CYFROWYCH KONSUMENTOM)

---

ABSTRACT

## CONCEPTS OF LIBERTY, EQUALITY AND PROPERTY IN PRIVATE LAW (WITH PARTICULAR EMPHASIS ON CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT TO CONSUMERS)

The article traces the realization of the concepts of liberty, equality, and property in the context of private law, with particular emphasis on the contracts for the supply of digital content. Reflections on each of the three aforementioned concepts consist of a general and specific part. The general part is historical and comparative in nature, while the specific part covers proposed rules governing contracts for the supply of digital content to consumers.

**KEYWORDS:** freedom, equality, property, private law, contracts for the supply of digital content

**SŁOWA KLUCZOWE:** wolność, równość, własność, prawo prywatne, umowy o dostarczanie treści cyfrowych

---

## 1. Wprowadzenie

Idee polityczne i prawne – takie jak tytułowe: wolność, równość i własność – znajdują swoje urzeczywistnienie, w mniejszym lub większym stopniu, w konkretnych normach prawnych, a także w złożonych z tych

norm instytucjach prawnych<sup>1</sup>. Można bez przesady powiedzieć, że treść każdego aktu prawnego, pomijając normy całkowicie techniczne<sup>2</sup>, stanowi w istocie wypadkową określonych idei politycznych i prawnych, które – mniej lub bardziej świadomie – wpłynęły na jego treść<sup>3</sup>. Analizę tego zjawiska można wpisać w ramy badań nad prawem i ideologią<sup>4</sup>, traktując je jako przejaw wpływu określonej ideologii (będącej w pewnym uproszczeniu mniej lub bardziej spójnym zbiorem określonych idei politycznych i prawnych) na treść norm prawa obowiązującego.

Niniejszy artykuł stawia sobie jednak za cel nie tyle zanalizowanie wpływu określonej ideologii na prawo obowiązujące, co analizę projektu aktu prawnego – dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych<sup>5</sup> – w perspektywie realizacji trzech wskazanych w tytule niniejszej pracy idei, które można bez przesady uznać za przewodnie dla współczesnego prawa

- 1 Pojęcie „instytucji prawnej” rozumiem tu jako zespół powiązanych ze sobą norm prawnych, które cechuje spójność i współzależność, przy czym regulują one określony wycinek życia społecznego i łącznie spełniają określoną funkcję społeczną. Por. A. Łopatka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969, s. 260; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 34; W. Gromski, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 187; A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 35 i 61; R. Mańko, *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” t. XVI: 2006, z. 2, s. 13–14.
- 2 Por. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, „American Journal of Comparative Law” R. XXXIX: 1991, z. 2, s. 393–394; R. Mańko, *Transformacja...*, *op. cit.*, s. 29–30.
- 3 Przy czym należy rozróżnić wpływ idei (ideologii) na tworzenie aktów prawnych, jak też na ich wykładnię. O tym drugim zjawisku por. R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, Riga 2016.
- 4 Zob. szerzej: A. Halpin, *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” R. XI: 2006, z. 2; R. Mańko, M. Stambulski, *Law and ideology: critical explorations*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1; D. Šulmane, *Ideology, nationalism and law: legal tools for an ideological machinery in Latvia*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. VI: 2015, z. 1. R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation*, *op. cit.* Por. ujęcie problemu prawa i ideologii w perspektywie socjologii krytycznej Pierre’a Bourdieu w pracy: H. Dębska, *Law’s Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- 5 Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. COM(2015) 634 final; 2015/0287 (COD).

prywatnego, a mianowicie: wolności, równości i własności<sup>6</sup>. Idee te zostaną, dla potrzeb niniejszej analizy, skonkretyzowane w ramach lokalnego dyskursu prawa prywatnego. I tak, w obrębie idei wolności analizowana będzie jej konkretyzacja cywilistyczna w postaci wolności (swobody)<sup>7</sup> umów; w ramach idei równości – jej konkretyzacja w postaci równości stron stosunków cywilnoprawnych, zaś w ramach idei własności – cywilnoprawne<sup>8</sup> prawo własności i inne prawa rzeczowe, w tym także prawa na dobrach niematerialnych niebędących w rozumieniu Kodeksu cywilnego rzeczami.

Analiza konkretnego projektu aktu prawnego pod kątem realizacji określonych idei (tu: wolności, równości i własności) jest o tyle wartościowa poznawczo, że pozwala rzucić nowe światło na treść takiego projektu. W odróżnieniu od analiz czysto funkcjonalistycznych, które postrzegają projekt w perspektywie instrumentalnej (jak poprawi funkcjonowanie rynku wewnętrznego? czy zapewni należyłą ochronę konsumentom?), jak też analiz *stricte* dogmatycznych (do których artykuł niniejszy się nie zalicza) analiza w perspektywie wybranych idei politycznych i prawnych pozwala na przyjęcie świeżego spojrzenia, wolnego od określonych przesądów poznawczych siłą rzeczy implikowanych przez perspektywę funkcjonalistyczno-instrumentalną<sup>9</sup>. Potencjalnie może to przyczynić się do odświeżenia, w ramach analizowanego projektu, warstw znaczeniowych, które w przeciwnym

- 
- 6 Por. jednak wypowiedź jednego z twórców kodeksu Napoleona, Cambacérès, który wskazywał, że „wszystkie prawa cywilne sprowadzają się do praw *wolności, własności i zawierania umów*” (cyt. za: K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 75). Jeżeli utożsamimy – jak czynię to niżej – wolność (swobodę) umów z ogólniejszą ideą wolności, okaże się znamienne, że w sformułowaniu Cambacérès brakuje idei równości. Jest to symptomatyczne dla XIX-wiecznego prawa prywatnego, o czym będzie jeszcze mowa niżej.
  - 7 Terminy „wolność” i „swoboda” będą w niniejszej pracy używane zamiennie.
  - 8 W odróżnieniu np. od konstytucyjnego pojęcia własności – por. A. Frankiewicz, *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” t. III: 2009, s. 187.
  - 9 Artykuł niniejszy nawiązuje zatem do nurtu badań charakterystycznego m.in. dla holenderskich badaczy skupionych w Uniwersytecie Amsterdamskim: M.W. Hesselink i C. Mak. Zob. np. M.W. Hesselink, *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” nr 11: 2008; M.W. Hesselink, *Democratic contract law*, „European Review of Contract Law” R. XI: 2015, z. 2; M.W. Hesselink, *The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law*, „European Review of Private Law” t. XXIV: 2016, z. 3–4; C. Mak, *Justice Through European Private Law*, „Centre for the Study of European Contract Law Working Paper” nr 4: 2016.

wypadku pozostałyby ukryte dla czytelnika. Poza tak pojętym walorem poznawczym, analiza projektu aktu prawnego w perspektywie wskazanych w tytule idei może mieć także konkretny walor praktyczny. Ustalenie, w jakim stopniu projekt realizuje bądź nie realizuje określone idee może bowiem stanowić podstawę do wysnucia wniosków w przedmiocie jego modyfikacji, szczególnie jeśli analiza wykaże, że określone idee nie są w nim realizowane w należyтым stopniu, podczas gdy z innych względów – jak choćby z uwagi na specyfikę prawa prywatnego jako gałęzi – należałoby oczekiwać, że idee te będą urzeczywistnione w wyższym stopniu.

Po tych uwagach wprowadzających i metodologicznych wypada w kilku słowach naszkicować i uzasadnić strukturę niniejszego artykułu. Zważywszy, że jego motywem przewodnim jest analiza realizacji trzech wskazanych w tytule idei, to właśnie one będą głównym czynnikiem wyznaczającym strukturalne ramy prowadzonych rozważań. Niemniej jednak konieczne jest także ogólne choćby przybliżenie samego projektu, jego genezy i kontekstu. Z tych względów struktura artykułu jest następująca: w sekcji 2 zatytułowanej „Projekt dyrektywy i dostarczaniu treści cyfrowych” czytelnik zostanie wprowadzony w problematykę omawianego projektu; w sekcji 3 zatytułowanej „Wolność” najpierw poczynione zostaną rozważania dotyczące idei wolności w prawie prywatnym, a następnie stosownej analizie poddany zostanie przedmiotowy projekt; podobnie rzecz się ma z dwoma kolejnymi sekcjami – sekcją 4 zatytułowaną „Równość” tudzież sekcją 5 zatytułowaną „Własność”. Podsumowanie rozważań ujęte zostanie w sekcji 6, gdzie zostanie dokonana próba oceny, na ile omawiany projekt realizuje wskazane trzy wartości i w jaki sposób świadczy to o jego zapleczu ideologicznym.

## 2. Projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych

Pojęcie „treści cyfrowych” pojawiło się<sup>10</sup> na gruncie prawa unijnego po raz pierwszy w dyrektywie o prawach konsumentów z 2011 r.<sup>11</sup>, gdzie zdefiniowano pojęcie „treści cyfrowych” a także zawarto szereg przepisów

---

<sup>10</sup> R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016, s. 3.

<sup>11</sup> Dyrektywa 2011/83/UE z dnia 25 listopada 2011 r.

dotyczących umów o ich dostarczanie. Niemniej jednak trudno uznać przepisy o dostarczaniu treści cyfrowych zawarte w dyrektywie o prawach konsumentów za wyczerpującą regulację tego rodzaju umowy. Wręcz przeciwnie, uregulowanie dyrektywy – w odniesieniu do treści cyfrowych – uznać należy za wybitnie fragmentaryczne. Projekt Wspólnego europejskiego prawa sprzedaży (*Common European Sales Law*) z 2011 r. obejmował już umowy o dostarczanie treści cyfrowych w sposób kompleksowy, przy czym traktował je jako część umów sprzedaży w ogólności. Na gruncie Wspólnego prawa sprzedaży treści cyfrowe traktowane były bowiem jako przedmiot umowy sprzedaży na równi z *res corporales*<sup>12</sup>. Jak powszechnie jednak wiadomo, projekt Wspólnego europejskiego prawa sprzedaży ostatecznie nie wszedł w życie, m.in. z powodu kontrowersji związanych z jego podstawą prawną<sup>13</sup>, a w 2015 r. nowa Komisja Europejska oficjalnie zapowiedziała jego zastąpienie innym projektem<sup>14</sup>.

W międzyczasie, w 2015 r. ustawodawca brytyjski podjął oryginalny krok polegający na uregulowaniu umowy o dostarczaniu treści cyfrowych (*contracts for supply of digital content*) jako nowego typu *contractus nominatus*. Nastąpiło to w brytyjskiej ustawie o prawach konsumentów z 2015 r. (*Consumer Rights Act 2015*)<sup>15</sup>, która weszła w życie na jesieni 2015 roku. Także Irlandia podjęła prace nad podobną ustawą<sup>16</sup>, wzorowaną, jak się

---

12 Zob. art. 5 projektu rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży [KOM(2011) 635], a także art. 91 Wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (stanowiących załącznik I do ww. projektu rozporządzenia).

13 R. Mańko, *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumer sales law?* European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 568.322, Brussels 2015, s. 15–18; R. Mańko, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” Rok XXV: 2016, z. 1, s. 52–53.

14 Zob. załącznik 2 do Programu pracy Komisji na 2015 r. „Nowy początek” z dnia 16 grudnia 2014, sygn. COM(2014) 910 final. Por. R. Mańko, *Kompetencje*, *op. cit.*, s. 53–54.

15 *Consumer Rights Act 2015*, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga\\_20150015\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga_20150015_en.pdf) [dostęp: 10 lipca 2016]. Zob. szerzej R. Mańko, P. Tereszkiewicz, *Digitale Inhalte nach britischem Consumer Rights Act 2015 unter dem Eindruck der Brexit*, [w:] *Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, red. M. Kramme i in., Baden Baden 2017.

16 Zob. projekt *Consumer Rights Bill* z maja 2015 r., <https://www.djei.ie/en/Consultations/Consultations-files/Scheme-of-a-proposed-Consumer-Rights-Bill-May-2015.pdf> [dostęp: 10 lipca 2016].

wydaje, na brytyjskiej<sup>17</sup>, w której także umowa o dostarczanie treści cyfrowych miała być wyodrębniona jako samodzielny typ umowy nazwanej.

Wolno sądzić, że właśnie pod wpływem nowej brytyjskiej ustawy (i planowanej ustawy irlandzkiej) Komisja Europejska zdecydowała się – w ramach prac nad projektem aktu prawnego mającego zastąpić wycofane Wspólne europejskie prawa sprzedaży – wyodrębnić umowę o dostarczanie treści cyfrowych jako nowy *contractus nominatus*, odrębny od klasycznej umowy sprzedaży<sup>18</sup>. W konsekwencji, w miejsce wycofanego projektu Wspólnego prawa sprzedaży Komisja przedłożyła Parlamentowi i Radzie dwa projekty dyrektyw – o internetowej sprzedaży towarów<sup>19</sup> oraz właśnie o dostarczaniu treści cyfrowych. O ile ta pierwsza dyrektywa zasadniczo stanowi rozwinięcie, a właściwie tylko przeróbkę przepisów dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej z 1999 r.<sup>20</sup>, przy czym mającą zastosowanie jedynie do umów zawieranych na odległość<sup>21</sup>, o tyle projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych – pomimo niewątpliwych podobieństw konstrukcyjnych łączących go z projektem dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów – stanowi jednak dzieło pod pewnymi względami odrębne i oryginalne.

- 
- 17 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content to consumers*, European Parliamentary Research Service Briefing, PE 581.980, 2016, s. 3.
- 18 Należy jednak stanowczo podkreślić, że takie wyodrębnienie następuje na gruncie prawa UE, ale jego wdrożenie do krajowych porządków prawnych nie jest obowiązkowe – państwa członkowskie nie muszą (przynajmniej na gruncie aktualnego tekstu projektu) tworzyć takiego typu umowy nazwanej w prawie krajowym. Zob. V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.494, Brussels 2016, s. 12.
- 19 Projekt dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów zawieranych przez internet lub w inny sposób na odległość z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn.: COM(2015) 635 final; 2015/0288 (COD).
- 20 Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. XV, t. 4, s. 223).
- 21 R. Mańko, *Contracts for online and other distance sales of goods*, European Parliamentary Research Service Briefing, PE 577.962, 2016, s. 4: „In essence, the proposed Directive is a de facto recast of the [Consumer Sales Directive], but limited to online (and other distance) contracts only, and switched from minimum harmonisation to total (maximum) harmonisation. Most of the provisions of the proposal are either taken over from the existing [Consumer Sales Directive], or from the [European Court of Justice] case law interpreting it”.

Przede wszystkim więc, w sposób niewątpliwie hybrydowy, projekt łączy umowy *quasi-sprzedazy*, mające za przedmiot *res incorporales* w postaci treści cyfrowych, z umowami o świadczenie usług, takich jak umowa o wypożyczenie treści cyfrowych (np. oglądanie treści cyfrowych bez ich ściągania), umowa o uczestnictwo w portalu społecznościowym czy umowa o korzystanie z chmury obliczeniowej<sup>22</sup>. Połączenie w jednym typie umowy nazwanej tak różnych rodzajów świadczeń może budzić uzasadnione wątpliwości, tym bardziej że większość przepisów omawianej dyrektywy dotyczy zasadniczo *quasi-sprzedazy* treści cyfrowych, a nie świadczenia usług.

Drugą innowacją omawianego projektu jest wprowadzenie możliwości, by konsument za dostęp do treści cyfrowych płacił nie w pieniądzu, ale za pomocą dostarczenia danych osobowych lub innych danych<sup>23</sup>. Umowa wyraża więc schemat *facio ut facias*, tzn. jest umową o wymianę usług. Należy jednak odnotować, że aby umowa weszła w zakres zastosowania dyrektywy, dane dostarczone przez konsumenta muszą wykroczać poza to, co niezbędne do spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę (a zatem np. podanie adresu poczty elektronicznej czy rzeczywistego imienia i nazwiska przez konsumenta raczej nie może być traktowane jako świadczenie). Ponadto dyrektywa wymaga, by konsument dostarczył owych danych aktywnie, a zatem dane zbierane przez „ciasteczka” także pozostają poza zakresem potencjalnego świadczenia niepieniężnego<sup>24</sup>.

Gdy chodzi o przepisy merytoryczne, w największym skrócie należy wskazać, że dyrektywa reguluje przede wszystkim odpowiedzialność przedsiębiorcy za zgodność treści cyfrowych z umową (tj. odpowiedzialność za wady treści cyfrowych), uprawnienia konsumenta na wypadek niezgodności owych treści z umową, w tym żądanie spełnienia świadczenia *in natura*, a także prawo odstąpienia od umowy, wreszcie prawo konsumenta do wypowiedzenia umowy długoterminowej oraz kwestię roszczeń odszkodowawczych konsumenta z tytułu szkody powstałej

22 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 8–13.

23 *Ibidem*, s. 15–16.

24 Odmienne: H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.493, Brussels 2016, s. 13, który twierdzi, że zgoda na działanie ciasteczek jest już formą aktywnego działania konsumenta. Problem ten niewątpliwie wymaga dalszej analizy.

w jego środowisku cyfrowym<sup>25</sup>. Z racji celu badawczego, jaki stawia sobie niniejszy artykuł, tj. przesłedzenia realizacji w projekcie idei wolności, własności i równości, dalszy szczegółowy opis przepisów projektu jest zbyt techniczny<sup>26</sup>, przejść natomiast wypada do *meritum* rozważań.

## 3. Wolność

### 3.1. Idea wolności w prawie zobowiązań

Idea wolności w prawie prywatnym ściśle wiąże się z ideą autonomii woli stron, wyrażającą ogólniejszą koncepcję swobody stron stosunków cywilnoprawnych w kształtowaniu swojej sytuacji prawnej<sup>27</sup>. W tym sensie idea wolności jest dystynktywna dla prawa prywatnego, albowiem radykalnie odróżnia jest od prawa publicznego, w którym sytuację prawną podmiotów prywatnych wyznacza jednostronnie, zazwyczaj decyzją administracyjną, organ administracji publicznej. Dotyczy to także prawa karnego, gdzie poza nielicznymi wyjątkami, jak instytucja prywatnego aktu oskarżenia, status prawny jednostek wynika z jednostronnych decyzji podejmowanych przez organy państwa (postawienie zarzutów; sporządzenie aktu oskarżenia; uznanie za pokrzywdzonego).

Ucieleśnieniem idei wolności w prawie zobowiązań jest koncepcja swobody umów (*libertas contrahendi*), która – rozumiana jako kompetencja podmiotów prawa prywatnego do swobodnego kształtowania treści stosunku umownego, byleby nie nastąpiło to *contra legem* lub *contra bonos mores* – wyłoniła się stopniowo. Należy podkreślić za P. Machnikowskim, że swoboda umów ma cztery aspekty<sup>28</sup>:

- 1) swobodna decyzja co do zawarcia umowy;
- 2) swoboda wyboru kontrahenta;
- 3) swoboda kształtowania treści stosunku umownego;
- 4) swoboda zakończenia stosunku umownego.

<sup>25</sup> Zob. obszernie omówienie przepisów projektu w opracowaniu: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 7–32.

<sup>26</sup> Szczegółowe omówienie przepisów dyrektywy zawiera opracowanie: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 7–34.

<sup>27</sup> E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997, s. 27–28.

<sup>28</sup> P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 3.

Doświadczenie historyczne pokazuje, że aspekty te są od siebie niezależne. W klasycznym prawie rzymskim występowała bowiem swoboda *zawarcia* umowy, jednakże swoboda określenia jej treści była ograniczona w ten sposób, że obowiązywał *numerus clausus* typów umów (*contractus nominati*) (aczkolwiek poniekąd możliwy do obejścia poprzez zawarcie stypulacji). Dopiero w prawie poklasycznym nastąpiło rozluźnienie rygoryzmu tej zasady (wprowadzenie kontaktów *do ut des, facio ut facias, do ut facias* oraz *facio ut des*), jednakże dopiero pod wpływem prawa kanonicznego *numerus clausus* typów umów został całkowicie przezwyciężony na rzecz pełnej swobody zawierania umów nienazwanych (*contractus innominati*). Zasadę tę wyrażono za pomocą paremii *pacta quacumque nuda servanda sunt*. Współcześnie zasadę tę wyrażają europejskie kodeksy cywilne – na gruncie polskim był to art. 55 k.z., a obecnie – art. 353<sup>1</sup> k.c. Z kolei w socjalistycznym prawie cywilnym swoboda umów była w wysokim stopniu ograniczona<sup>29</sup>. Przykładowo, jednostki gospodarki społecznej mogły być zobowiązane do zawarcia umowy oznaczonej treści z oznaczonym kontrahentem, co niweczyło praktycznie swobodę umów w całości<sup>30</sup>. Z kolei rzeczywistą swobodę umów niweczyła wszelkie monopole – jeżeli tylko jeden kontrahent oferuje dany towar lub usługę, swoboda umów – choć istniejąca wciąż na papierze – staje się w istocie iluzoryczna. Stąd też w nauce prawa prywatnego przyjęto się rozróżniać i przeciwstawiać sobie „formalną” i „materialną” (bądź „rzeczywistą”) swobodę umów. W szczególności twierdzi się, że w sytuacji, gdy słabsza strona umowy znajduje się w sytuacji znaczącej przewagi ekonomicznej i prawnej drugiej strony (np. konsument w relacji z przedsiębiorcą; zatrudniony w relacji z pracodawcą), wówczas swoboda umów – choć unormowana wprost w Kodeksie cywilnym – ma w istocie charakter iluzoryczny. Z tego względu określa się jako formalną swobodę umów, albowiem formalnie rzecz ujmując, umowa o określonej treści dochodzi do skutku w wyniku oświadczeń woli obu stron.

Narracja przeciwstawiająca wolność umów „formalną” wolności umów „materialnej” czy „rzeczywistej” służy uzasadnieniu przemodelowania prawa umów w określonym kierunku. Legitymizuje instrumenty,

<sup>29</sup> Por. R. Mańko, *‘We Do Not Recognise Anything »Private«: Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, [w:] *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. Sitek i in., Olsztyn 2015, s. 42–43.

<sup>30</sup> Art. 397–404 k.c.

mające – w ocenie ich promotorów – służyć „przywróceniu” rzeczywistej swobody umów, rozumianej w sposób „materialny”. Na gruncie prawa konsumenckiego są to w szczególności rozbudowane obowiązki informacyjne przedsiębiorcy, mające jakoby umożliwić konsumentowi świadome podjęcie decyzji. Podejście to nie bierze jednak pod uwagę rzeczywistej okoliczności, iż konsument zwyczajnie nie ma czasu na lekturę rozbudowanych komunikatów przedumownych, i w gruncie rzeczy instrument, który miał służyć budowie materialnej swobody umów, sam staje się czymś formalizmem<sup>31</sup>. Inna sprawa, że w ostatecznym rozrachunku prawne przywileje, nadawane konsumentom, mają swoją cenę, którą płacą sami konsumenci, gdyż przedsiębiorcy uwzględniają rozmaite uprawnienia konsumentów (np. do odstąpienia od umowy bez powodu) w cenie towaru lub usługi<sup>32</sup>.

Na gruncie prawa prywatnego ograniczenia swobody umów dokonuje się przede wszystkim poprzez wprowadzanie do treści aktów prawnych norm imperatywnych (*ius cogens*), których strony nie mogą przez czynność prawną modyfikować. Czyni się to zazwyczaj w celu ochrony słabszej ekonomicznie strony umowy, np. konsumenta, pracownika, czy najemcy. Taka technika legislacyjna oparta jest bowiem na założeniu, że silniejsza ekonomicznie strona umowy, np. przedsiębiorca, pracodawca czy wynajmujący, będzie mogła narzucić stronie słabszej niekorzystne dla niej postanowienia umowy. Strona słabsza przystanie na takie ułożenie stosunku prawnego, gdyż albo nie ma możliwości wyboru innego kontrahenta (sytuacja monopolu), bądź też podobne warunki kontraktowania proponują jej wszyscy potencjalni kontrahenci, bądź też wyrazi zgodę na takie warunki umowy z braku wiedzy i doświadczenia życiowego, bądź też z uwagi na bagatelny charakter umowy nie uzna za stosowne lub też nie będzie to praktyczne, by strona słabsza zapoznawała się ze szczegółowymi postanowieniami wzorca umownego<sup>33</sup>. Aktualnie ochrony strony

---

31 Zob. w szczególności krytykę skuteczności obowiązków informacyjnych z perspektywy ekonomicznej analizy prawa w pracy: O. Ben Shahr, *The Failure of Mandated Disclosure*, „University of Pennsylvania Law Review” t. CVIX: 2011.

32 G.G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot 1995, s. 121–122; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, wyd. 6, New York 2003, s. 116–117; R. Mańko, *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, Warszawa 2004, s. 84–85.

33 Por. M. Schilling, *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair*

słabszej dokonuje się zarówno za pomocą wymienionych wyżej przepisów bezwzględnie wiążących, bądź też – na gruncie prawa umów konsumencjskich – za pomocą przepisów o wzorcach umownych<sup>34</sup>.

Nie wchodząc w głębsze rozważania nad zasadnością ochrony słabszej strony umowy<sup>35</sup>, godzi się jednak zauważyć, że poprzez ograniczanie formalnej swobody umów, w istocie wskazane wyżej mechanizmy mają na celu zabezpieczenie rzeczywistej wolności takich podmiotów, która byłaby w przeciwnym wypadku częstokroć iluzoryczna. Mamy więc do czynienia z przeciwstawieniem sobie wolności „formalnej” i „materialnej” (nawiasem mówiąc, podobnie rzecz się ma z równością, o czym będzie mowa niżej). Można przyjąć, że miarą wolności danej instytucji prawa prywatnego jest stosunek, zarówno ilościowy, jak i jakościowy, przepisów dyspozytywnych (pozostawiających stronom wolność) do przepisów imperatywnych (wolności tej strony pozbawiających).

## 3.2. Realizacja idei wolności w projekcie dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych

### 3.2.1. Prymat umowy nad kryteriami obiektywnymi przy ocenianiu wadliwości treści cyfrowych

Projekt dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych w interesujący sposób odbiega od bliźniaczego projektu o internetowej sprzedaży towarów oraz od obowiązującej dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej. Mianowicie przewiduje on pierwszeństwo umowy jako źródła kryteriów do oceny wadliwości treści cyfrowych<sup>36</sup>. Art. 6 ust. 1 projektu stanowi: „Treści cyfrowe są zgodne z umową, jeżeli, w stosownych przypadkach: a) ich ilość, jakość, czas trwania oraz wersja, a także funkcjonalność, interoperacyjność

---

*Contract Terms*, „European Law Review” t. III: 2008; M.G. Faure, H.A. Luth, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations*, „Journal of Consumer Policy” 2011, s. 337–358; R. Mańko, *Unfair contract terms in EU law: Unfair Terms Directive and Common European Sales Law*, European Parliament Library Briefing, 19 września 2013 r., s. 2.

34 Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.Urz. UE – wyd. spec. w jęz. pol. rozdz. XV, t. 1, s. 288–293; art. 384–385<sup>3</sup> k.c.

35 Por. R. Mańko, *Prawo prywatne...*, s. 84–85.

36 C. Mak, *The new proposal...*, s. 15; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 16.

i inne ich właściwości, takie jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, są *zgodne z umową*, w tym z wszelkimi *informacjami* przekazywanymi przed zawarciem umowy *stanowiącymi część umowy*; b) nadają się do *szeregowego* celu, do jakiego potrzebne są konsumentowi i o którym konsument powiadomił dostawcę w momencie zawarcia umowy, a dostawca to zaakceptował; c) zostały dostarczone wraz z instrukcją i wsparciem technicznym dla konsumenta wymaganymi *na podstawie umowy* oraz d) są aktualizowane *zgodnie z umową*".

Co istotne, każde z trzech kryteriów wymienionych w art. 6 ust. 1 w wyraźny sposób odsyła do umowy (lit. a-d) bądź też do informacji przedumownych, ale jedynie takich, które i tak „stanowią część umowy” (lit. a). W rezultacie więc, treści cyfrowe są „zgodne z umową” (tj. wolne od wad) gdy... są zgodne z umową. Jak wspomniane zostało wyżej, takie uregulowanie odbiega od obowiązującej dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej (a także od projektu dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów), w których pierwszeństwo przed postanowieniami umowy mają tzw. kryteria obiektywne. Komisja Europejska tłumaczy przejście od kryteriów obiektywnych do prymatu umowy trudnym do uchwycenia postępem technologicznym; argument ten jest jednak nietrafiony, gdyż postęp technologiczny dotyczy w równym stopniu *res corporales*, szczególnie tych, w których zawarte są treści cyfrowe (np. telefony komórkowe, tablety i inne tzw. inteligentne urządzenia).

Nie znaczy to, by kryteria tzw. obiektywne w ogóle nie miały zastosowania do oceny wadliwości treści cyfrowych. Są one wspomniane w art. 6 ust. 2 projektu, jednakże można do nich sięgnąć wyłącznie „w zakresie, w jakim umowa nie zawiera, tam, gdzie jest to istotne [*sic!*], jasno i szczegółowo określonych wymagań dotyczących treści cyfrowych zgodnie z ust. 1” tegoż artykułu<sup>37</sup>. W konkluzji należy stwierdzić, że projekt dyrektywy

37 Art. 6 ust. 2 projektu stanowi: „W zakresie, w jakim umowa nie zawiera, tam, gdzie jest to istotne, jasno i szczegółowo określonych wymagań dotyczących treści cyfrowych zgodnie z ust. 1, treści cyfrowe służą osiągnięciu pewnych celów, do jakich zwykle służą treści cyfrowe tego samego rodzaju, włącznie z zachowaniem funkcjonalności, interoperacyjności i innych ich właściwości, takich jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, mając na uwadze: a) czy treści cyfrowe są dostarczane odpłatnie czy w zamian za inne świadczenie niż zapłata ceny; b) tam, gdzie ma to zastosowanie, istniejące międzynarodowe normy techniczne lub w przypadku braku takich norm, obowiązujące w branży kodeksy postępowania oraz dobre praktyki oraz c) wszelkie publiczne oświadczenia składane przez

o treściach cyfrowych realizuje ideę wolności (swobody umów) w większym stopniu, niż projekt dyrektywy o internetowej sprzedaży towarów oraz istniejąca dyrektywa o sprzedaży konsumenckiej, albowiem w sposób wyraźny i niekwestionowany przyznaje pierwszeństwo umowie stron jako podstawowemu kryterium oceny jakości treści cyfrowych. Granicą tak zakreślonej swobody kontraktowej jest jednak kryterium przejrzystości – na mocy art. 6 ust. 2 *in principio* kryteria umowne mają pierwszeństwo przed kryteriami obiektywnymi tylko wtedy, gdy umowa zawiera „jasno i szczegółowo określone wymagania dotyczące treści cyfrowych”. *A contrario* więc, jeżeli wymagania dotyczące treści cyfrowych wyrażone będą niejasno lub ogólnikowo, umowa ustąpi na rzecz kryteriów obiektywnych. W takim postawieniu sprawy można doszukać się prymatu materialnej (rzeczywistej) swobody umów nad formalną swobodą umów, albowiem przedsiębiorca może powołać się na umowę w sporze z konsumentem jedynie wtedy, gdy określił w niej jakość treści cyfrowych w sposób „jasny i szczegółowy”, a co za tym idzie – gdy konsument (o ile chciałby) mógł świadomie się z takimi kryteriami zapoznać. Idąc dalej tym samym tropem należy też odnotować, że obowiązki informacyjne przedsiębiorcy wobec konsumenta zostały *explicite* przywołane w kontekście formułowania wymagań odnośnie do jakości towarów (art. 6 ust. 1 lit. a *in fine*).

### 3.2.2. Wolność zakończenia stosunku umownego

Idea wolności w prawie prywatnym znajduje swój wyraz nie tylko w zakresie (dobrowolnego) zaciągania zobowiązań, ale także w zakresie ich rozwiązywania. Oczywiście, w takim wypadku dochodzi do konfliktu dwóch wartości – swobody podmiotu w zakresie kształtowania swojej sytuacji prywatnoprawnej, oraz oczekiwań innych podmiotów, że podmiot, który dobrowolnie zaciągnął zobowiązanie, spełni świadczenie, którego się w prawnie wiążący sposób podjął. Takie rozumienie prymatu wartości w postaci dotrzymania umów nad wartością w postaci absolutnej wolności wyraża średniowieczna paremia *pacta sunt servanda*. Nie da się jednak ukryć, że skutek jej stosowania wolność podmiotu zobowiązanego ulega

---

dostawcę lub w jego imieniu albo przez inną osobę na wcześniejszych etapach łańcucha transakcji, chyba że dostawca udowodni, że (i) nie był i racjonalnie rzecz biorąc, nie mógł być świadomy takich oświadczeń; (ii) w momencie zawierania umowy oświadczenie zostało skorygowane (iii) oświadczenie nie mogło mieć wpływu na decyzję o zakupie treści cyfrowych”.

ograniczeniu. Jest to szczególnie jaskrawie widoczne w sytuacji, gdy drugi podmiot nie poniósłby znaczącej szkody w razie odstąpienia od umowy.

Istotny wyłom od zasady *pacta sunt servanda* wprowadziło ustawodawstwo konsumenckie, na mocy którego do niektórych umów konsumenckich wprowadzono mocą ustawy *pactum displicentiae*. W polskim prawie dotyczyło to swojego czasu wszelkich umów sprzedaży towarów konsumenckich niezależnie od sposobu ich zawarcia<sup>38</sup>, natomiast w prawie unijnym prawo to dotyczy umów zawieranych na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa<sup>39</sup>. Pozostawiając do odrębnych rozważań kwestię, czy takie kryterium wyróżnienia sytuacji, w których konsument może od umowy odstąpić bez podania przyczyny jest słuszne, należy *in casu* odnotować, że uprawnienie to ma zastosowanie *lege non distinguente* także do umów o dostarczanie konsumentom treści cyfrowych, a to z mocy stosownych przepisów dyrektywy o prawach konsumenta z 2011 r.

Na gruncie samej dyrektywy o treściach cyfrowych możliwości realizacji wolności podmiotu poprzez zakończenie stosunku zobowiązaniowego określone zostały w trzech wypadkach<sup>40</sup>:

- 1) odstąpienie przez konsumenta od umowy z powodu niedostarczenia treści cyfrowych;
- 2) odstąpienie przez konsumenta od umowy z powodu wady treści cyfrowych;
- 3) wypowiedzenie przez konsumenta umowy długoterminowej o dostarczanie treści cyfrowych.

Nie zostały natomiast w ogóle uregulowane uprawnienia przedsiębiorcy do odstąpienia od umowy w wypadku niewykonania zobowiązania przez konsumenta (w szczególności niezapłacenia ceny lub niespełnienia świadczenia *facere* polegającego na dostarczeniu danych osobowych lub innych

<sup>38</sup> § 11 ust. 2 w zw. z § 11 ust. 1 *in principio* uchwały nr 71 Rady Ministrów Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży detalicznej towarów oraz ogólnych warunków gwarancyjnych dotyczących towarów trwałego użytku, sprzedawanych przez jednostki handlu uspołecznionego. (MP nr 21 poz. 118). Termin na odstąpienie od umowy wynosił 5 dni od nabycia towaru.

<sup>39</sup> Art. 9 i nast. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 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 nr 304, s. 64–88); art. 27 i nast. ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. 2014 poz. 827).

<sup>40</sup> R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 22–32.

danych), ani też uprawnienie przedsiębiorcy do wypowiedzenia umowy długoterminowej. Nadto dyrektywa milczy o rozwiązaniu umowy przez obie strony. Należy zatem przyjąć, że zagadnienia te – jako nieuregulowane w ogóle w dyrektywie – pozostawione zostały swobodnemu uznaniu ustawodawcy krajowego i nie są objęte zakresem harmonizacji. W praktyce więc zastosowanie mieć będą przepisy części ogólnej prawa zobowiązań.

Wracając do trzech uregulowanych przez dyrektywę przypadków, gdy konsument może zrealizować własną autonomię poprzez zakończenie, mocą oświadczenia woli, stosunku umownego, należy na wstępie zaznaczyć, że – poza przypadkiem całkowitego niespełnienia świadczenia – możliwości te są jednak obwarowane określonymi i niebagatelnymi ograniczeniami. Zaczynając od pierwszego przypadku, należy wskazać, że art. 5 projektu stanowi: „Jeżeli dostawca nie dostarczył treści cyfrowych zgodnie z art. 5, konsument ma prawo do niezwłocznego rozwiązania [*sic!*] umowy zgodnie z art. 13”. Oznacza to, że w wypadku całkowitego niespełnienia świadczenia przez przedsiębiorcy, konsument może od razu od umowy odstąpić<sup>41</sup>.

Gdy idzie o odstąpienie od umowy z powodu wadliwości treści cyfrowych (*verba legis*: „braku zgodności” tychże treści z umową), należy wskazać na to, że tego rodzaju uprawnienie nie jest konsumentowi dostępne bezpośrednio, lecz dopiero po bezskutecznym skorzystaniu z innych uprawnień. Mamy tu więc do czynienia z tzw. hierarchią uprawnień (*hierarchy of remedies*) czy też ich kaskadowością<sup>42</sup>. Niewątpliwie, służy to ochronie interesu przedsiębiorcy, co odbywa się kosztem interesu – a co szczególnie doniosłe, wolności – konsumenta<sup>43</sup>. Zgodnie z art. 12 ust. 1 akapit pierwszy projektu: „W przypadku braku zgodności z umową konsument ma prawo do nieodpłatnego przywrócenia zgodności treści cyfrowych, o ile nie jest to niemożliwe, nieproporcjonalne lub niezgodne z prawem”<sup>44</sup>.

41 Polski przekład projektu błędnie posłużył się pojęciem „rozwiązania umowy”, chociaż jest oczywiste, że nie chodzi tu o zgodne oświadczenia woli obu stron (*consensus contrarius*), ale właśnie o jednostronne oświadczenie woli, tj. odstąpienie. Pozostaje wyrazić nadzieję, że ten błąd językowy zostanie poprawiony w toku prac ustawodawczych.

42 V. Mak, *The new proposal...*, s. 24; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016, s. 26–27.

43 R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 27.

44 Pojęcie nieproporcjonalności zostało zdefiniowane w akapicie drugim cytowanego ustępu: „Przywrócenie zgodności treści cyfrowych uznaje się za nieproporcjonalne, jeśli oznacza to dla dostawcy nieuzasadnione koszty. Przy podejmowaniu decyzji, czy koszty są nieuzasadnione, uwzględnia się następujące czynniki: a) wartość treści cyfrowych

W efekcie konsument, któremu przedsiębiorca dostarczył wadliwych treści cyfrowych, nie może od umowy odstąpić od razu, lecz musi w pierw w zwać przedsiębiorcę do usunięcia wady („przywrócenia zgodności”) na mocy art. 12 ust. 1 projektowanej dyrektywy. Wolność konsumenta zostaje dalej ograniczona w ten sposób, że przedsiębiorca bynajmniej nie jest zobowiązany usunąć wadę niezwłocznie, lecz jedynie w „rozsądnym terminie”<sup>45</sup>. Mamy więc do czynienia ze zwrotem szacunkowym, co daje dodatkowe pole do nadużyć dla nieuczciwych przedsiębiorców, którzy będą dowodzić, że np. udostępnienie konsumentowi niewadliwej aplikacji musi zająć miesiąc, bo to jest termin „rozsądny”. Niewątpliwie, wskazane byłoby zastąpienie mglistego określenia „rozsądny” jednoznacznym określeniem „niezwłocznie”, co przyczyniłoby się do podniesienia poziomu ochrony konsumenta, a zarazem zwiększenia pewności prawa.

Dopiero po bezskutecznej próbie skorzystania z uprawnienia w postaci żądania spełnienia świadczenia *in natura* może konsument skorzystać z tradycyjnych uprawnień, znanych z edyktu Edylów kurulnych, tj. *actio quanti minoris* bądź *actio redhibitoria*. Stanowi o tym dość niezręcznie sformułowany art. 12 ust. 3 projektu, który stanowi: „Konsument ma prawo do proporcjonalnego obniżenia ceny w sposób określony w ust. 4, jeżeli treści cyfrowe są dostarczane odpłatnie, lub do rozwiązania umowy zgodnie z ust. 5 i art. 13, jeżeli a) zastosowanie środka zaradczego w postaci przywrócenia zgodności treści cyfrowych jest niemożliwe, nieproporcjonalne lub niezgodne z prawem; b) dostawca nie zastosował środka zaradczego w terminie określonym w ust. 2; c) zastosowanie środka zaradczego w postaci przywrócenia zgodności treści cyfrowych spowodowałoby poważne niedogodności dla konsumenta lub d) dostawca oświadczył, że nie przywróci zgodności treści cyfrowych, albo okoliczności wyraźnie wskazują, że tego nie uczyni”.

Pomijając niefortunna kalkę z angielskiego w postaci nieszczęsnego „środka zaradczego” (podczas gdy idzie o *uprawnienia* konsumenta), treść normatywną art. 12 ust. 3 projektu dyrektywy można zrekonstruować następująco: konsument może żądać obniżenia ceny bądź od umowy

---

w sytuacji, gdyby niezgodność z umową nie wystąpiła oraz b) wpływ niezgodności z umową na cele, do jakich zwykle służą treści cyfrowe tego samego rodzaju”.

45 Zob. art. 12 ust. 2 projektu: „Dostawca przywraca zgodność [*sic!*] treści cyfrowych zgodnie z ust. 1 w *rozsądnym terminie*, licząc od momentu, kiedy został poinformowany przez konsumenta o niezgodności z umową oraz bez poważnych niedogodności dla konsumenta, uwzględniając specyfikę treści cyfrowych oraz cel, do jakiego konsument wykorzystuje te treści”.

odstąpić jedynie wówczas, gdy uprzednio żądał dostarczenia treści cyfrowych wolnych od wad, a przedsiębiorca ich nie dostarczył w „rozsądnym” terminie albo oświadczył, że wady nie usunie, bądź też z okoliczności wynika, że jej nie usunie, albo wreszcie jeżeli usunięcie wady jest niemożliwe, nieproporcjonalne lub bezprawne.

Co więcej, dalsze ograniczenie konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy z powodu wad treści cyfrowych doznaje kolejnego ograniczenia w art. 12 ust. 5 projektu, który stanowi: „Konsument może rozwiązać umowę [tj. odstąpić od umowy – R.M.] jedynie wtedy, gdy brak zgodności [treści cyfrowych – R.M.] z umową zakłóca funkcjonalność, interoperacyjność i inne właściwości treści cyfrowych, takie jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo, zgodnie z wymogami art. 6 ust. 1 i 2. Na dostawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że brak zgodności treści cyfrowych z umową nie wpływa na ich funkcjonalność, interoperacyjność i inne ich właściwości”.

Co prawda w art. 12 ust. 5 zd. 2 wprowadzono *praesumptio iuris tantum* na rzecz tego, że wadliwość treści cyfrowych pozbawia je „funkcjonalności, interoperacyjności i innych właściwości [...], takich jak dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo”, jednakże w praktyce może to oznaczać, że dopiero przed sądem konsument udowodni w sposób skuteczny swoje racje. Przedsiębiorca będzie bowiem twierdził, że udowodnił, iż „brak zgodności treści cyfrowych z umową nie wpływa na ich funkcjonalność, interoperacyjność i inne ich właściwości” i wobec tego odmówi uznania za skuteczne oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy z powodu wad treści cyfrowych, złożonego przez konsumenta. Sytuacja taka jest niewątpliwie niekorzystna dla konsumenta.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wolność zakończenia stosunku umownego przez konsumenta – i to w sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę – jest mocno ograniczona. Rozwiązanie takie nie zasługuje na aprobatę, gdyż w nadmiernym stopniu faworyzuje przedsiębiorcę kosztem konsumenta i to w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie wywiązuje się należycie z zaciągniętego zobowiązania kontraktowego. Ochrona interesu przedsiębiorcy idzie zatem za daleko, prowadząc do niepotrzebnego ograniczenia swobodnej konkurencji. Należy bowiem wskazać, że w wypadku, gdyby konsument mógł od umowy odstąpić w razie wystąpienia dowolnej wady (niezgodności z umową) treści cyfrowych<sup>46</sup>,

<sup>46</sup> Uprawnienie takie przewidziano np. w prawie angielskim – zob. R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: A legal analysis...*, s. 23.

mógłby od razu te same lub podobne treści nabyć od innego przedsiębiorcy. Taki „miecz Damoklesa” wiszący nad niesolidnym przedsiębiorcą, poza tym, że realizowałby w większym stopniu ideę swobody umów, działałby też dyscyplinująco i prokonkurencyjnie.

*De lege ferenda* należy więc postulować, by konsument miał przyznane *ex lege* uprawnienie do odstąpienia od umowy w razie wystąpienia dowolnej wady treści cyfrowych. Tylko takie uregulowanie zapewni pełną realizację zasady swobody umów w wymiarze zakończenia stosunku umownego, a także będzie oddziaływało na przedsiębiorców dyscyplinująco. Pozostawienie jakiegokolwiek zakresu swobodnego uznania, np. co do tego, czy wada jest istotna (tj. czy wpływa na funkcjonalność, interoperacyjność, dostępność, ciągłość dostarczania oraz bezpieczeństwo treści cyfrowych), czy też na takie cechy nie wpływa, może być z łatwością wykorzystywana przez nieuczciwych przedsiębiorców aż do wyroku w I instancji potwierdzającego racje konsumenta. Jak mówi angielskie przysłowie, *justice delayed is justice denied* (opóźnienie sprawiedliwości jest odmową sprawiedliwości), a zatem takie konstruowanie unormowań dotyczących uprawnień konsumenta na wypadek wadliwości treści cyfrowych, które pozostawia nieuczciwym przedsiębiorcom znaczny margines swobodnego uznania, możliwego do ukrócenia dopiero w procesie sądowym (wymagającym powołania biegłych, którzy oceniają istotność wady) w rzeczywistości pozbawia większość konsumentów ochrony. Jak wiadomo bowiem, trzeba znacznej determinacji i wolnego czasu by procesować się – jako konsument – z nieuczciwym przedsiębiorcą o stosunkowo niewielką kwotę. Nieuczciwi przedsiębiorcy są tego świadomi i opracowują wręcz swój model biznesowy w oparciu o założenie, że większość konsumentów albo reklamacji nie złoży, a nawet jeżeli złoży, to pomimo jej odmownego załatwienia nie wytoczy powództwa przed sądem.

W kontekście realizacji swobody umów w wymiarze zakończenia stosunku umownego poważne wątpliwości budzi także uregulowanie kwestii zwrotu świadczenia przez przedsiębiorcę w razie odstąpienia przez konsumenta od umowy. Artykuł 13 ust. 2 lit. a) projektu przewiduje bowiem, że w wypadku odstąpienia przez konsumenta od umowy, przedsiębiorca „zwróci konsumentowi zapłaconą cenę bez zbędnej zwłoki i nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania” oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oczywiście, nieuczciwy przedsiębiorca – jeżeli w ogóle uzna roszczenie konsumenta z własnej woli – twierdził będzie, że „rozsądnym” terminem jest właśnie (maksymalny) termin 14 dni od dnia, w którym

oświadczenie woli konsumenta dotarło do przedsiębiorcy. W praktyce może to oznaczać dalsze przedłużenie oczekiwania na zwrot świadczenia, gdy np. konsument złoży oświadczenie o odstąpieniu listem poleconym za potwierdzeniem odbioru, w szczególności w sytuacji transgranicznej. Ponadto przedsiębiorca może stosować różne chwytty, np. celowo przysyłać ze skrzynki poczty elektronicznej informację o odrzuceniu wiadomości z powodu błędu (np. przepełnienia skrzynki). W tej sytuacji zabezpieczenie uzasadnionych interesów konsumenta zdecydowanie wymaga, by termin na zwrot świadczenia określić w sposób znacznie krótszy, np. 1 dzień roboczy, gdy płatność była dokonana kartą płatniczą bądź za pomocą systemu płatności internetowych, 2 dni robocze, gdy była dokonana przelewem bankowym w obrębie tego samego państwa i 3 dni robocze, gdy był to przelew transgraniczny. Należałoby też przewidzieć odpowiednie odsetki za zwłokę. Odrębną kwestią pozostaje uregulowanie kwestii skuteczności nadania w formie elektronicznej oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy – konieczne jest uniemożliwienie nieuczciwym przedsiębiorcom celowego blokowania dostępu do swoich skrzynek poczty elektronicznej za pomocą stosownego *praesumptio iuris ac de iure*, np. iż nadanie oświadczenia pocztą elektroniczną na skrzynkę takiej poczty wskazaną przez przedsiębiorcę uznaje się za odebrane przez przedsiębiorcę z chwilą nadania. Wówczas ewentualny zwrot wiadomości do nadawcy (spowodowany celowym przepełnieniem skrzynki przez nieuczciwego przedsiębiorcę) nie będzie miał wpływu na bieg terminu do zwrotu świadczenia.

Kolejnym aspektem swobody umów jest problem dalszego wykorzystywania danych osobowych przekazanych przez konsumenta. Co prawda projekt formułuje zakaz takiego przetwarzania (art. 13 ust. 2 lit. b), art. 16 ust. 4 lit. a)), jednakże – w praktyce – będzie on niezwykle trudny do wyegzekwowania, szczególnie w sytuacji, gdy dane zostały już przekazane osobom trzecim. W istocie, uprawnienie konsumenta w tym względzie może mieć charakter iluzoryczny.

## 4. Idea równości

### 4.1. Idea równości w prawie prywatnym

Idea równości w prawie prywatnym znajduje swoje urzeczywistnienie w równości podmiotów cywilnoprawnych w zakresie ich kompetencji do

dokonywania czynności prawnych, w tym zawierania umów oraz nabywania i zbywania praw majątkowych. Z natury rzeczy równość ta jest formalna, gdyż leży ona w sferze prawnej (forma prawna), a nie ekonomicznej (materia czy też treść społeczno-gospodarcza)<sup>47</sup>. Historyczna ewolucja idei równości w prawie prywatnym pokazuje wiele odstępstw od tej idei. Oczywiście, zależy, jakiego rodzaju podmioty chcemy uznać za podlegające zasadę równości. Jeżeli poszczególnych ludzi (osoby ludzkie), to zauważymy, że aż do końca XVIII w. w prawie prywatnym w ogólności, a do XX w. – w niektórych jego działach (prawo rodzinne, prawo zobowiązań) idea równości w ogóle nie była zrealizowana. Wszak prawo starożytne (w tym rzymskie) różnicowało na ludzi wolnych (będących osobami – *personae*) i niewolników<sup>48</sup> (będących rzeczami – *instrumenta vocalia*, „mówiące narzędzia”)<sup>49</sup>. Następnie prawo średniowieczne różnicowało ludzi według ich przynależności stanowej, przewidując wręcz stosowanie innych podsystemów norm prawnych do poszczególnych grup społecznych (w Polsce były to prawo ziemskie, prawa miejskie poszczególnych miast, a także prawo wiejskie – również zróżnicowane regionalnie, a nadto systemy prawne poszczególnych mniejszości etnicznych tudzież prawo kanoniczne). Dopiero Rewolucja Francuska i wyrosły na jej gruzach kodeks Napoleona potraktował wszystkich wolnych ludzi jednolicie (jako jednolite „osoby fizyczne”), choć równolegle istniało niewolnictwo. Pomijając zjawisko *apartheidu* w Republice Południowej Afryki, należy wskazać na zróżnicowanie statusu osób fizycznych w zależności od płci – przewyżnione dopiero w XX w., a mające swój wyraz nie tylko w prawie

47 Por., odnośnie przeciwstawienia sobie prawa jako „formy”, a stosunków społeczno-gospodarczych jako „materii” D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” t. LXXXIX: 1976; I.D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, „Law and Society” t. XI: 1977; R. Mańko, *Form and substance of legal continuity*, „Zeszyty Prawnicze” (w druku).

48 D. 1, 5, 3 (Gaius 1 inst.): *Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. D. 1, 5, 5, pr. (Marcianus 1 inst.): *Et servorum quidem una est condicio: liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini*.

49 Varro, *Rerum rusticarum de agri cultura*, 1, 17, 1: *Quas res alii dividunt in duas partes, in homines et adminicula hominum, sine quibus rebus colere non possunt; alii in tres partes, instrumenti genus vocale et semivocale et mutum, vocale, in quo sunt servi, semivocale, in quo sunt boves, mutum, in quo sunt plaustra*.

rodzinnym (słynne podporządkowanie żony mężowi w k.N.<sup>50</sup>), ale także prawie zobowiązań czy prawie handlowym (wymóg zgody męża na działalność handlową żony). Idąc dalej, należy wskazać na utrzymujące się niezwykle długo (np. w prawie francuskim) upośledzenie dzieci „poza-mażeńskich” (w prawie rodzinnym i spadkowym), co również stanowiło jaskrawe zaprzeczenie zasadzie równości podmiotów cywilnoprawnych.

W innym kierunku poszły kultury prawne państw realnego socjalizmu. Choć niewątpliwym osiągnięciem radzieckiej kultury prawnej było zrównanie statusu cywilnoprawnego kobiet i mężczyzn, a także dzieci „mażeńskich” i „poza-mażeńskich”, to jednak od zasady równości podmiotów cywilnoprawnych wyłom uczyniono w innym kierunku – mianowicie faworyzując tzw. jednostki gospodarki uspołecznionej.

Z kolei zachodnioeuropejska kultura prawna również odeszła od zasady równości, jednakże w imię hasła zastąpienia równości formalnej – materialną. Znalazło to swój przejaw w ustawodawstwie z zakresu prawa pracy oraz prawa konsumenckiego, gdzie mocą norm semiimperatywnych podjęto próbę wyrównania sytuacji konsumentów, najemców i pracowników, będących z natury rzeczy podmiotami słabszymi ekonomicznie, względem ich partnerów kontraktowych – przedsiębiorców, wynajmujących i pracodawców. Doprowadziło to jednak do pewnego zatarcia granicy między prawem publicznym i prywatnym.

## 4.2. Realizacja idei równości w projekcie

Skoro mowa o europejskim prawie konsumenckim, warto pochylić się nad omawianym projektem dyrektywy by prześledzić, na ile realizuje on ideę równości podmiotów stosunków cywilnoprawnych, a także, czy realizuje on ideę równości formalnej (tj. tradycyjną postać idei równości w prawie prywatnym), czy też raczej ideę równości materialnej (tj. w duchu ustawodawstwa konsumenckiego). Ocena jednakże tego aspektu projektowanego aktu prawnego nastrocza pewnych trudności, a to dlatego, że reguluje ona stosunek prawny wynikający z umowy o dostarczanie treści cyfrowych wycinkowo, by nie powiedzieć – jednostronnie. Wynika to z faktu, że dyrektywa określa uprawnienia konsumenta na wypadek

---

<sup>50</sup> Zob. np. art. 213 i nast. k.N. Szczególnie charakterystyczny jest art. 213 k.N.: „Mąż winien obronę dla żony, a żona posłuszeństwo dla męża”. Por. A. Korzeniewska, *Prawo rodzinne w Kodeksie Napoleona*, „Studia Warmińskie” t. XXXIX: 2002.

niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę (roszczenie o spełnienie świadczenia *in natura*, roszczenie o obniżenie ceny; uprawnienie do odstąpienia od umowy i żądania zwrotu ceny), dalej uprawnienie konsumenta do wypowiedzenia umowy długoterminowej (o łącznym czasie trwania przenoszącym 1 rok), a wreszcie kwestię roszczeń odszkodowawczych konsumenta za szkody powstałe w jego środowisku cyfrowym<sup>51</sup>. Projekt milczy natomiast o uprawnieniach przedsiębiorcy na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez konsumenta. Dotyczy to sytuacji nie tylko nieuiszczenia umówionej ceny lub opłaty okresowej, ale także opóźnienia w jej uiszczeniu. Nadto, oprócz niewykonania bądź zwłoki w wykonaniu świadczenia *dare*, konsument może naruszać inne postanowienia umowy, jak choćby regulamin portalu społecznościowego, postanowienia umowy licencyjnej dotyczące treści cyfrowych chronionych prawami autorskimi itp. Ta szeroka gama stanów faktycznych wymyka się spod zakresu zastosowania dyrektywy, a w konsekwencji będzie ona uregulowana odmiennie w każdym krajowym systemie prawnym. Co do zasady będą miały zastosowanie przepisy części ogólnej prawa zobowiązań (a także, co oczywiste, części ogólnej prawa cywilnego), ale nie można wykluczyć w poszczególnych państwach członkowskich posiłkowego stosowania przepisów o sprzedaży, o świadczeniu usług, o najmie (w wypadku wynajęcia treści cyfrowych – np. płyty DVD czy też oglądania filmu w internecie w czasie rzeczywistym). To, czy w wypadku zwłoki w zapłacie kolejnej miesięcznej opłaty przedsiębiorca będzie mógł odciąć konsumenta od treści cyfrowych (np. od korzystania z wykupionego pakietu oprogramowania biurowego) zależeć będzie od postanowień każdej umowy, ocenianych w świetle mającego zastosowanie systemu prawnego. Dopiero *in concreto*, na tle danego systemu prawnego i na tle postanowień danego wzorca umownego będzie można ocenić, na ile uregulowania zawarte w dyrektywie przyczyniają się do ukształtowania sytuacji równości podmiotów stosunków cywilnoprawnych.

Może się bowiem *in casu* okazać, że o ile konsument może odstąpić od umowy dopiero po wezwaniu przedsiębiorcy do usunięcia wady i po długim oczekiwaniu, przedsiębiorca zastrzeże sobie prawo do wstrzymania dostarczania treści cyfrowych już w sytuacji najmniejszego choćby

---

<sup>51</sup> Zob. szerokie omówienie uprawnień konsumenta na gruncie projektu w pracy: R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: legal analysis...*, s. 22 i nast.

opóźnienia w płatności opłaty przez konsumenta, bez konieczności wykazywania, że konsument ponosi za to opóźnienie odpowiedzialność. Nadto umowa może regulować kary umowne i odsetki umowne, które mogą doprowadzić do znaczącego upośledzenia sytuacji konsumenta (i tak ekonomicznie słabej), prowadząc w efekcie do niedających się zaakceptować nierówności. Oczywiście, w takiej sytuacji mogą przyjść w sukurs przepisy o niedozwolonych postanowieniach w umowach konsumenckich – będące wynikiem wdrożenia dyrektywy z 1993 r. – jednakże należy podkreślić, że rzeczywista efektywność tych przepisów zależy w dużej mierze od aktywności krajowych organów ochrony konsumenta, a mówiąc szerzej, od kultury prawnej<sup>52</sup>. Ponadto, z uwagi na wyjście poza ramy dyrektywy o dostarczaniu treści cyfrowych, bliższe omówienie przedmiotowej problematyki wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania.

## 5. Idea własności

### 5.1. Idea własności w prawie prywatnym

Przejszć zatem wypada do rozważań o idei własności na gruncie omawianego projektu dyrektywy. Idea własności w największym uproszczeniu polega na przypisaniu określonemu podmiotowi stosunków cywilnoprawnych wyłącznego i bezwzględno władztwa nad określonym przedmiotem praw majątkowych. Aspekt wyłączności i bezwzględności najlepiej chyba wyrazili twórcy kodeksu Napoleona w art. 544: „Własność jest to prawo używania i rozporządzania rzeczami, w sposobie najrozszybszym, byleby w używaniu nic takiego nie czynić, cokolwiek zabronione jest prawami albo urządzeniami”<sup>53</sup>.

Idea własności w prawie prywatnym i jej konkretna realizacja w normach i instytucjach tej gałęzi prawa przeszła charakterystyczną ewolucję. Patrząc z lotu ptaka, za najbardziej charakterystyczny rys tej ewolucji można uznać napięcie pomiędzy koncepcją własności jako jednolitej instytucji prawnej, a rozmaitymi przejawami jej rozszczepiania. I tak, w rzymskim prawie klasycznym istniała własność kwirytarna (chroniona

<sup>52</sup> R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: legal analysis...*, s. 22.

<sup>53</sup> Por. tekst oryginalny: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

na mocy *ius civile*) i własność bonitarna (chroniona na mocy *ius honorarium*)<sup>54</sup>. Podział wynikał więc z uznawania prawa własności na gruncie różnych warstw rzymskiego porządku prawnego. Co istotne, innemu podmiotowi mogła przysługiwać własność kwirytarna, a innemu bonitarna, co wymagało wyrafinowanych zabiegów prawniczych. W średniowieczu, w warunkach ustroju feudalnego, wyodrębniono *dominium directum* i *dominium utile*. Prawo angielskie w pewnym sensie w dalszym ciągu czerpie z tej feudalnej dychotomii. Nadto zarówno w prawie rzymskim, jak i feudalnym rozszepiano władztwo nad rzeczami przedmiotowo, tj. wyróżniano własność jako prawo absolutne i pomniejsze prawa rzeczowe (*iura in re aliena*) mu przeciwstawne. Wielkie kodyfikacje cywilne – z ich upodobaniem do ładu i systematyki – wprowadziły jednolitą własność (*Eigentum, propriété*), a także uporządkowały katalog praw rzeczowych ograniczonych.

Z kolei w prawie okresu realnego socjalizmu ten ład zaczął się znów chwiać. Powstały instytucje prawne o charakterze *quasi*-neofeudalnym, takie jak jednolity fundusz własności państwowej<sup>55</sup> (porównywalny do *dominium directum*) i tzw. prawo zarządu operacyjnego przedsiębiorstw państwowych<sup>56</sup> (porównywalne do *dominium utile*, albo – w innym ujęciu – do *peculium*)<sup>57</sup>. Nadto wprowadzono – wedle dogmatów podanych do wierzenia przez radzieckiego uczonego Wieniediktowa – drobiazgowy podział na „formy” i „typy” własności, mający na celu przede wszystkim uprzywilejowanie własności państwowej i innej uspołecznionej kosztem własności prywatnej (w obrębie której rozróżniano własność indywidualną i osobistą)<sup>58</sup>. Nie wchodząc bliżej w szczegóły, warto odnotować, że

54 Zob. np. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie...*, s. 125–126.

55 Art. 128 § 1 k.c.: „Socjalistyczna własność ogólnonarodowa (państwowa) przysługuje niepodzielnie Państwu”.

56 Art. 128 § 2 k.c.: „W granicach swej zdolności prawnej państwowe osoby prawne wykonywają w imieniu własnym względem zarządzanych przez nie części mienia ogólnonarodowego uprawnienia płynące z własności państwowej”.

57 Koncepcję porównania praw majątkowych przedsiębiorstwa państwowego do *peculium* poddał mi prof. UWM dr hab. Jerzy Krzynówek podczas dyskusji nad moim referatem na Ogólnopolskim Spotkaniu Romanistów w marcu 2016 r. w Warszawie.

58 Art. 126 k.c.: „Własność społeczna jest albo socjalistyczną własnością ogólnonarodową (państwową), albo własnością spółdzielczą lub własnością innych organizacji społecznych ludu pracującego”. Art. 132 § 1 k.c.: „Własnością osobistą jest własność rzeczy przeznaczonych do zaspokajania osobistych potrzeb materialnych

upadek socjalizmu realnego oznaczał, co do zasady, powrót do tradycyjnych, XIX-wiecznych koncepcji jednolitej własności, niemniej jednak nie można pominąć występowania tzw. relikwów prawnych<sup>59</sup> minionej epoki, a w szczególności prawa użytkownika wieczystego<sup>60</sup> oraz spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu<sup>61</sup>.

Drugim aspektem historycznej zmienności pojęcia własności w prawie prywatnym jest zagadnienie jego przedmiotu. O ile w prawie rzymskim pojęcie *res* było skonstruowane maksymalnie szeroko i przedmiotem własności mogły być nie tylko *res corporales*, ale także wszelkie inne przedmioty własności (*res incorporales*), nie wyłączając mas spadkowych i wierzytelności, o tyle takiemu podejściu hołduje dziś niewiele systemów prawnych. Wyjątkiem jest tu prawo austriackie, gdzie utrzymała się szeroka, rzymska definicja *res*<sup>62</sup>.

O ile kwestia podziału własności według podmiotów, typów i form jest obojętna z punktu widzenia omawianej dyrektywy, o tyle przedmiotowy zakres własności, to jest definicja *res* będzie nas interesować w dalszych rozważaniach prowadzonych już na kanwie projektowanej dyrektywy.

---

i kulturalnych właściciela i jego bliskich”. Art. 130 k.c.: „Grunt, budynki i inne środki produkcji, które nie stanowią wyłącznego przedmiotu własności społecznej, mogą być, na podstawie i w granicach ustaw, przedmiotem własności osób fizycznych (własność indywidualna)”.

59 O pojęciu „relikwów prawnych” zob. ostatnio: R. Mańko, *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” t. CII: 2015.

60 Z literatury zob.: A.W. Rudziński, *A Comparative Study of Polish Property Law*, [w:] *Polish Civil Law*, t. I, red. D. Lasok, Leiden 1973, s. 70–72; Z. Gawlik, *Użytkowanie wieczyste de lege ferenda*, [w:] *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego*, red. M. Sawczuk, Kraków 2006; B. Wierzbowski, *O przydatności użytkowania wieczystego*, [w:] *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001; R. Mańko, *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, „Comparative Law Review” R. IV: 2013, z. 2, s. 21–22; R. Mańko, *Wybrane relikty prawne epoki realnego socjalizmu w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” t. LXVI: 2016.

61 R. Mańko, *The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, „Zeszyty Prawnicze” R. XV: 2015, z. 4.

62 § 285 ABGB: „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt”.

## 5.2. Pojęcie treści cyfrowych a pojęcie rzeczy

Dyrektywa definiuje „treści cyfrowe” w art. 1 pkt 1 jako: „a) dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, jak na przykład pliki wideo, audio, aplikacje, gry cyfrowe i inne oprogramowanie, b) usługę, która umożliwia tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie w formie cyfrowej danych dostarczonych przez konsumenta oraz c) usługę umożliwiającą rozpowszechnianie danych w formie cyfrowej dostarczanych przez innych użytkowników usługi lub inne formy interakcji takich danych”. Jak widać z przytoczonej definicji, „treściami cyfrowymi” mogą być również usługi, a w szczególności usługi świadczone przez operatorów portali społecznościowych (art. 1 pkt 1 lit b) oraz przez operatorów chmur obliczeniowych (art. 1 pkt 1 lit. c). Taka hybrydowa definicja oznacza, że przedmiotem świadczenia przedsiębiorcy w ramach umowy o dostarczanie treści cyfrowych może być zarówno *dare*, jak i *facere*.

Warto zauważyć, że powstanie luki prawnej związanej z pojawieniem się w obrocie treści cyfrowych jest bezpośrednią konsekwencją odejścia od szerokiej, rzymskiej definicji *res*. W prawie austriackim, gdzie szeroka definicja została zachowana w tamtejszym kodeksie cywilnym (ABGB), problem ten nie występuje. Treści cyfrowe – rozpatrywane w oderwaniu od trwałego nośnika – traktowane są jako *res incorporales*, zaś treści cyfrowe inkorporowane w nośniku cyfrowym traktowane są jako *res corporales*<sup>63</sup>. Dzięki temu na gruncie prawa austriackiego można wprost stosować przepisy o sprzedaży czy o najmie do treści cyfrowych, które podpadają pod pojęcie rzeczy (*Sache*) na gruncie ABGB. Próbę przewyciężenia trudności wynikających ze zbyt wąskiego zdefiniowania pojęcia rzeczy podjęto, drogą ustawodawczą, w prawie niemieckim, gdzie przyjęto, że przedmiotem umowy sprzedaży mogą być nie tylko rzeczy (rozumiane wąsko, jako przedmioty materialne), ale także „inne przedmioty” (*sonstige Gegenstände*) (§ 453 ust. 1 BGB). Również w naszym prawie podjęto próbę rozszerzenia umowy sprzedaży na sprzedaż treści cyfrowych, jednak ostatecznie z koncepcji tej zrezygnowano<sup>64</sup>. Warto też odnotować podejście prawa niderlandzkiego, gdzie do obrotu treściami cyfrowymi

<sup>63</sup> B. Eccher, [w:] *Kurzkommentar zum ABGB*, red. H. Koziol et al., wyd. 3, Wien 2010, s. 276.

<sup>64</sup> I. Barańczyk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta*, red. M. Namysłowska, Wolters Kluwer/LEX el. 2015, komentarz do art. 555, ust. 3; T. Targosz, M. Wyrwiński,

stosuje się zarówno przepisy o umowie sprzedaży, jak i przepisy o umowie o świadczenie usług<sup>65</sup>.

Projekt dyrektywy oczywiście nie przesądza, jak państwa członkowskie mają definiować w swoich kodeksach cywilnych pojęcie „rzeczy”, ani nawet nie zobowiązuje ich do wprowadzenia umowy o dostarczanie treści cyfrowych jako odrębnego typu umowy, o czym była już mowa wyżej. Należy z naciskiem podkreślić, że prawidłowe wdrożenie dyrektywy do krajowego porządku prawnego może równie dobrze polegać na powrocie do tradycyjnego, szerokiego ujęcia „rzeczy” (na wzór austriacki) oraz dostosowaniu przepisów o sprzedaży, najmie czy umowie o dzieło do obrotu treściami cyfrowymi. Być może omawiany projekt dyrektywy stanowi dobry powód by powrócić do dyskusji o pojęciu rzeczy i zakresie prawa rzeczowego w prawie polskim. Trwająca rewolucja cyfrowa w sferze społeczno-gospodarczej wymaga bowiem, paradoksalnie, powrotu do rozwiązań bardziej elastycznych, a dostarczyć ich może tradycja prawa rzymskiego, żywa – w omawianym zakresie – w kodeksie cywilnym austriackim.

### 5.3. Dane osobowe jako świadczenie wzajemne

Niewątpliwą innowacją omawianego projektu dyrektywy jest dopuszczenie, by świadczenie konsumenta przybrało postać udostępnienia przedsiębiorcy „danych osobowych lub innych danych”, zamiast świadczenia pieniężnego<sup>66</sup>. Mówiąc potocznie, dyrektywa zakłada, że konsument będzie „płacił” danymi osobowymi. Istotne jest jednak, że czynność faktyczna przekazania danych osobowych, aby mogła zostać uznana za świadczenie wzajemne konsumenta, musi wiązać się z przekazaniem danych, które wykraczają poza to, co niezbędne do spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę (lub których przekazanie jest wymogiem prawnym)<sup>67</sup>.

---

*Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” nr 1(27): 2015, s. 18 i nast.

<sup>65</sup> R. Mańko, *Contracts for supply of digital content to consumers...*, s. 3.

<sup>66</sup> Zob. art. 3 ust. 1 projektu: „Niniejsza dyrektywa stosuje się do wszystkich umów, na mocy których dostawca dostarcza konsumentowi treści cyfrowe bądź się do tego zobowiązuje, a w zamian za to płacona jest określona cena albo konsument aktywnie spełnia inne świadczenie niż zapłata ceny poprzez udostępnienie danych osobowych lub jakichkolwiek innych danych”.

<sup>67</sup> Art. 3 ust. 4 projektu: „Dyrektywa nie stosuje się do treści cyfrowych dostarczanych w zamian za inne świadczenie niż zapłata ceny w zakresie, w jakim dostawca

Możliwe jest jednak uznanie za świadczenie wzajemne przekazania danych, które są co prawda niezbędne do spełnienia świadczenia (lub których przekazania wymaga przepis prawa), o ile będą one przetwarzane przez przedsiębiorcę w dalej idącym, niż niezbędny (lub prawnie wymagany) zakresie<sup>68</sup>. Ponadto konsument musi dane dostarczyć „aktywnie” – a zatem dane zbierane przez przedsiębiorcę bez aktywnego udziału konsumenta (nawet z jego przyzwoleniem)<sup>69</sup>, jak np. dane zbierane przez „ciasteczka” (*cookies*) – które konsument tylko znosi (*pati*) – nie mogą być uznane za świadczenie wzajemne.

Aby zilustrować problem posłużmy się przykładem. Konsument chce uzyskać dostęp do usługi polegającej na możliwości obejrzenia w internecie, w formie cyfrowej, wybranego filmu (można przyjąć, że jest to umowa najmu treści cyfrowych). Przedsiębiorca daje mu dwie opcje – albo zapłatę określonej ceny, albo też dostarczenie danych osobowych, które nie są niezbędne do obejrzenia filmu. Mogą to być np. informacje o sytuacji rodzinnej konsumenta (stan cywilny, liczba dzieci), jego sytuacji mieszkaniowej czy o dochodach. Niewątpliwie, takie informacje są całkowicie zbędne do spełnienia świadczenia w postaci udostępnienia treści cyfrowych na żywo (*streaming*). Dla przedsiębiorcy mogą jednak mieć one określoną wartość i np. może on je następnie z zyskiem odsprzedać innemu przedsiębiorcy.

Można zasadnie zapytać, jak rozważania o „płaceniu” danymi osobowymi mają się do pojęcia własności. Otóż od pewnego czasu prowadzone są dyskusje nad statusem danych osobowych i prawem dysponowania nimi przez ich podmiot. Jak dotąd, w Europie przeważało podejście, które można by określić mianem publicznoprawnego. Kwestię ochrony

---

wymaga od konsumenta przekazania danych osobowych, których *przetwarzanie jest absolutnie niezbędne do wykonania umowy lub których przekazanie wynika z przepisów prawa* i dostawca nie wykorzystuje następnie tych danych w sposób niezgodny z tym przeznaczeniem. Dyrektywa także nie ma zastosowania do danych innych niż osobowe, o których przekazanie dostawca zwraca się do konsumenta w celu zapewnienia zgodności treści cyfrowych z umową lub których przekazanie wynika z przepisów prawa, a dostawca nie wykorzystuje tych danych w celach handlowych”.

68 Art. 3 ust. 4 *in medio* projektu „[...] i dostawca nie wykorzystuje następnie tych danych w sposób niezgodny z tym przeznaczeniem”.

69 Art. 3 ust. 1 *in principio* projektu: „...aktywnie spełnia inne świadczenie niż zapłata ceny poprzez udostępnienie danych osobowych lub jakichkolwiek innych danych”. Sformułowanie „aktywnie spełnia [...] świadczenie” oznacza wyraźnie, że świadczenie konsumenta musi mieć charakter *facere*, a nie tylko *pati*.

danych osobowych traktowano jako ochronę jednego z praw podstawowych, a zatem w perspektywie *ius publicum*<sup>70</sup>. Wyrazem takiego podejścia jest zarówno wciąż obowiązująca dyrektywa z 1995 r.<sup>71</sup>, jak i nowe rozporządzenie o ochronie danych osobowych, ogłoszone w maju 2016 r.<sup>72</sup> Warto podkreślić, że w międzyczasie (w grudniu 2009 r.) weszła w życie Karta Praw Podstawowych, która prawo do ochrony danych osobowych formalnie statuuje jako prawo podstawowe<sup>73</sup> – a zatem publiczne prawo podmiotowe.

Projekt dyrektywy czyni od takiego podejścia istotny wyłom. Dane osobowe zostają potraktowane w płaszczyźnie *ius privatum* jako potencjalny przedmiot świadczenia. Jest to, jak się wydaje, przede wszystkim świadczenie *facere* (aktywne przekazanie danych), które następnie przechodzi jednak w świadczenie *pati* (powstrzymanie się przez konsumenta od ingerencji w przetwarzanie danych przez przedsiębiorcę), przy czym etap *facere* jest niezbędny dla uznania przekazania danych za świadczenie konsumenta. Jeżeli dane są równocześnie utworami – np. autorskie zdjęcia z wakacji, mające walor twórczy, ale jednocześnie inkorporujące dane osobowe w postaci wizerunku członków rodziny wraz z informacją o sposobie spędzania wolnego czasu – można zastanawiać się dodatkowo o wystąpieniu po stronie konsumenta obowiązku *dare* w zakresie przeniesienia praw autorskich bądź udzielenia licencji przedsiębiorcy.

„Utowarowanie” danych osobowych jest niezwykle interesującym zjawiskiem zachodzącym w kulturze prawnej. Wiąże się z jednej strony z przejściem danych ze sfery *ius publicum* do sfery *ius privatum*, i to nie do sfery ochrony dóbr osobistych (prawo osobowe), ale do sfery prawa zobowiązań. Choć daleko jeszcze do uznania danych osobowych za *res* czy

---

70 D. Le Métayer, S. Monteleone, *Computer Assisted Consent for Personal Data Protection*, „Computer Law and Security Review” t. XXV: 2009, z. 5; R. Mańko, *Contracts for supply of digital content: a legal analysis...*, s. 6.

71 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.

72 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 nr L 119 z 4 maja 2016 r., s. 1 i nast.).

73 Zob. art. 8 Karty praw podstawowych UE.

*merx*<sup>74</sup>, fakt, że ich przekazanie może stanowić świadczenie wzajemne jest niewątpliwie dużą zmianą w myśleniu o danych osobowych i ich ochronie. Czas pokaże, czy takie rozwiązanie znajdzie się w ostatecznym tekście dyrektywy, jednakże faktem pozostaje, że już dziś wielu przedsiębiorców z obrotu danymi osobowymi uczyniło sobie źródło zarobkowania.

## 6. Podsumowanie

Analiza konkretnego projektu aktu prawnego w perspektywie realizacji trzech wybranych idei polityczno-prawnych: wolności, równości i własności, pozwoliła na twórcze połączenie optyki teoretycznej, historycznej i dogmatycznej. Okazało się bowiem, że idee te stanowią istotny element dorobku kultury prawa prywatnego, a jego ewolucję historyczną można ukazać w perspektywie zmagania się z tymi trzema ideami, w różnym stopniu i w rozmaitych formach realizowanymi. *In concreto* zastosowana perspektywa badawcza pozwoliła na odsłonięcie takich aspektów omawianego projektu, jak nadanie prymatu wolności umów przed ochroną konsumenta, czy ograniczeniem wolności zakończenia stosunku umownego przez konsumenta. Paradoksalnie, takie rozwiązania stanowią raczej realizację „formalnej” niż „materialnej” wolności (swobody) umów. Gdy idzie o realizację idei równości, na przeszkodzie szczegółowej analizie stanęła jednostronność rozwiązań jurydycznych zawartych w projekcie, który skupił się na uprawnieniach konsumenta, pomijając całkowicie uprawnienia przedsiębiorcy. Choć z jednej strony oznacza to ukłon w stronę prawa krajowego, to po pierwsze, nie pozwala ocenić, na ile projekt realizuje ideę równości, a pod drugie i ważniejsze – nie pozwala przewidzieć, na ile konsument będzie chroniony np. przed roszczeniami przedsiębiorcy z tytułu wygórowanych kar umownych czy też przed uprawnieniem przedsiębiorcy do wypowiedzenia umowy bez zachowania terminu w wypadku niewielkiego nawet opóźnienia z płatnością. Biorąc pod uwagę różnorodność 28 porządków prawnych w Unii Europejskiej, nie można takich sytuacji wykluczyć. Podsumowując wreszcie

---

74 Por. N. Purtova, *Property Rights in Personal Data: A European Perspective* (niepubl. rozprawa doktorska, Uniwersytet Tilburski, 2011), [https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova\\_property16-02-2011.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova_property16-02-2011.pdf) [dostęp: 15 lipca 2016]. Zob. także A. Acquisti, L.K. John, G. Loewenstein, *What Is Privacy Worth?*, „Journal of Legal Studies” t. XLII: 2013.

ostatnią część merytorycznych rozważań, poświęconą idei własności, należy podkreślić dwa interesujące zjawiska w perspektywie idei prawnych i kultury prawnej, a mianowicie kwestię ujęcia rewolucji cyfrowej w karby pojęć cywilistycznych (pojęcie rzeczy – szerokie czy wąskie), a po drugie – kwestię „urzeczowienia” czy też „utowarowienia” danych osobowych jako przedmiotu świadczenia wzajemnego, do którego spełnienia – zamiast zapłaty ceny – może zobowiązać się umownie konsument.

## Bibliografia

- Acquisti, A., John, L.K., Loewenstein, G., *What Is Privacy Worth?*, „Journal of Legal Studies” t. XLII: 2013.
- Balbus, I.D., *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, „Law and Society” t. XI: 1977.
- Barańczyk, I. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta*, red. M. Namysłowska, Wolters Kluwer/LEX el. 2015.
- Beale, H., *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.493, Brussels 2016.
- Ben Shahr, O., *The Failure of Mandated Disclosure*, „University of Pennsylvania Law Review” t. CVIX: 2011.
- Dębska, H., *Law’s Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- Eccher, B. [w:] *Kurzkommentar zum ABGB*, red. H. Koziol et al., wyd. 3, Wien 2010.
- Faure, M.G., Luth, H.A., *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations*, „Journal of Consumer Policy” 2011.
- Frankiewicz, A., *Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” t. III: 2009.
- Gawlik, Z., *Użytkowanie wieczyste de lege ferenda*, [w:] *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego*, red. M. Sawczuk, Kraków 2006.
- Gromski, W. [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 2, Warszawa 2008.
- Halpin, A., *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” R. XI: 2006, z. 2.

- Hesselink, M.W., *Democratic contract law*, „European Review of Contract Law” R. XI: 2015, z. 2.
- Hesselink, M.W., *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” nr 11/2008.
- Hesselink, M.W., *The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law*, „European Review of Private Law” t. XXIV: 2016, z. 3–4.
- Howells, G.G., Weatherill, S. *Consumer Protection Law*, Aldershot 1995.
- Kennedy, D. *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” t. LXXXIX: 1976.
- Korzeniewska, A. *Prawo rodzinne w Kodeksie Napoleona*, „Studia Warمیńskie” t. XXXIX: 2002.
- Le Métayer, D., Monteleone, S., *Computer Assisted Consent for Personal Data Protection*, „Computer Law and Security Review” t. XXV: 2009, z. 5.
- Łętowska, E., *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997.
- Łopatka, A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1969.
- Machnikowski, P., *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Mak, C., *Justice Through European Private Law*, „Centre for the Study of European Contract Law Working Paper” nr 4: 2016.
- Mak, V., *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, European Parliament Policy Department C in-depth analysis, PE 536.494, Brussels 2016.
- Mańko, R., *‘We Do Not Recognise Anything »Private«: Public Interest and Private Law Under the Socialist Legal Tradition and Beyond*, w: *Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition*, red. B. Sitek i in., Olsztyn 2015.
- Mańko, R., *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumer sales law?* European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 568.322, Brussels 2015.
- Mańko, R., *Contracts for online and other distance sales of goods*, „European Parliamentary Research Service Briefing”, PE 577.962, 2016.
- Mańko, R., *Contracts for supply of digital content to consumers*, „European Parliamentary Research Service Briefing”, PE 581.980, 2016.
- Mańko, R., *Contracts for supply of digital content: A legal analysis of the Commission proposal*, European Parliamentary Research Service in-depth analysis, PE 582.048, Brussels 2016.

- Mańko, R., *Form and substance of legal continuity*, „Zeszyty Prawnicze” (w druku).
- Mańko, R., *Ideology and Legal Interpretation*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, Riga 2016.
- Mańko, R., *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa prywatnego w ujęciu systemowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” Rok XXV: 2016, z. 1.
- Mańko, R., *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, Warszawa 2004.
- Mańko, R., *Relikty w kulturze prawnej. Uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, „Przełęcz Prawa i Administracji” t. CII: 2015.
- Mańko, R., *Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective*, „Comparative Law Review” R. IV: 2013, z. 2.
- Mańko, R., *The Cooperative Member’s Proprietary Right to an Apartment: A Legal Survival of the Period of Actually Existing Socialism in Polish Private Law*, „Zeszyty Prawnicze” R. XV: 2015, z. 4.
- Mańko, R., *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” t. XVI: 2006, z. 2.
- Mańko, R., *Unfair contract terms in EU law: Unfair Terms Directive and Common European Sales Law*, „European Parliament Library Briefing”, 19 września 2013 r.
- Mańko, R., *Wybrane relikty prawne epoki realnego socjalizmu w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” t. LXVI: 2016.
- Mańko, R., Stambulski, M., *Law and ideology: critical explorations*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” R. V: 2015, z. 1.
- Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, wyd. 6, New York 2003.
- Purtova, N., *Property Rights in Personal Data: A European Perspective* (niepubl. rozprawa doktorska, Uniwersytet Tilburski, 2011), dostępne: [https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova\\_property16-02-2011.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova_property16-02-2011.pdf) [dostęp: 15 lipca 2016].
- Rudziński, A.W., *A Comparative Study of Polish Property Law*, [w:] *Polish Civil Law*, t. I, red. D. Lasok, Leiden 1973.
- Sacco, R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, „American Journal of Comparative Law” R. XXXIX: 1991, z. 2.

- Schilling, M., *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, „European Law Review” t. III: 2008.
- Sójka-Zielińska, K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, wyd. 2, Warszawa 2008.
- Sulikowski, A., *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007.
- Targosz, T., Wyrwiński, M., *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” nr 1(27): 2015.
- Wierzbowski, B., *O przydatności użytkowania wieczystego*, [w:] *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 4, Warszawa 2005.
- Ziemiński, Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.