

Aktualizacja prawa cywilnego w kontekście rozwoju bankowości wirtualnej

Jerzy Mroczek

pracownik Inteligo PKO BP SA

Obserwując dynamikę rozwoju techniki na przełomie XX i XXI stulecia można odnieść wrażenie, że współczesny świat obraca się wokół własnej osi jakby szybciej, niż jeszcze sto lat temu. Teza taka przeczy podstawowym prawom fizyki i na tej płaszczyźnie jest oczywiście nieprawdziwa, jednakże w dziedzinach nauki takich jak informatyka, biologia, czy elektronika proces rozwoju nigdy dotąd nie przebiegał tak gwałtownie. Wdrożenie w latach czterdziestych XX w. szeregu wysoko zaawansowanych innowacji technicznych sprawiło, iż okres ten zaczęto określać mianem rewolucji naukowo-technicznej, która pod koniec ubiegłego stulecia wkroczyła w nową fazę, nazywaną rewolucją informatyczną. Być może używanie określenia „rewolucja” w odniesieniu do tych kilkunastoletnich okresów wzmożonego rozwoju techniki jest nie do końca uprawnione, ponieważ nie zaowocowały one przeobrażeniem struktur społecznych w stopniu porównywalnym choćby z rewolucją przemysłową z XIX w., która spowodowała upadek rzemiosła i wykreowała fundamenty rozwoju kapitalizmu, niemniej, socjologowie posługują się już pojęciem „społeczeństwo informatyczne” opisując stosunki społeczne panujące u progu naszego stulecia.

Rozszerzenie dostępności informacji oraz zwiększenie szybkości jej przekazywania nie pozostało bez wpływu na kształt współczesnego rynku. W literaturze podkreśla się, że bez rozwoju infrastruktury technicznej instytucji finansowych niemożliwy byłby tak dynamiczny rozwój inżynierii finansowej oraz tak intensywnie postępująca globalizacja gospodarki¹. Pojawiły się nawet poglądy, wedle których konsekwencje rozwoju technik informatycznych dla gospodarki są tak daleko idące, że uzasadnione jest obwieszczenie nastania ery Nowej Ekonomii². Głosy te wprawdzie dość szybko ucichły, ponieważ okazało się, że nazbyt futurystyczne wizje rozwoju

¹ E. Głogowski, M. Munch; „Nowe usługi finansowe”, Warszawa 1996, s. 15

² J. Woroniecki: „Nowa gospodarka – ułuda czy rzeczywistość”, „Ekonomista” nr 5/2002

przedsiębiorstw nadal weryfikowane są przez klasycznie liczone zyski i straty, czego dowiodły spektakularne upadki kilkunastu firm z branży teleinformatycznej, jakie miały miejsce na giełdzie nowojorskiej w połowie lat dziewięćdziesiątych XX w. Nie można jednak nie zauważyć, iż informatyzacja pozwoliła na znaczące obniżenie kosztów działania uczestników gry rynkowej i zwiększenie wydajności pracy³, w efekcie czego wyraźnie zaostrzyła się konkurencja. Równocześnie, dzięki wykorzystaniu nowoczesnych technologii komunikacyjno-informatycznych (ICT) oraz innych wysokorozwiniętych rozwiązań technicznych, a także wyraźnej rozbudowie potencjału *Business + Research* przedsiębiorstw bazujących w działalności operacyjnej na ICT, wciąż pojawiają się nowe produkty, co jeszcze bardziej stymuluje rywalizację o wpływy na rynku.

Zjawiskiem, które jest w równej mierze pochodną procesu intensywnego wdrażania innowacji przez przedsiębiorstwa zmagające się ze stale rosnącą presją konkurencyjności, jak i rozwoju technik teleinformatycznych, jest bankowość wirtualna. Istota tej usługi osadza się na maksymalnym zredukowaniu bezpośredniego kontaktu banku z klientem na rzecz komunikacji prowadzonej przy wykorzystaniu nowoczesnych rozwiązań technicznych. Wirtualizacja usług przynosi bankowi wymierne profity ekonomiczne, ponieważ pozwala obniżyć koszty działalności operacyjnej poprzez zmniejszenie zatrudnienia personelu ludzkiego. Usługi świadczone przez bank na odległość są jednocześnie produktem bardzo atrakcyjnym z punktu widzenia szerokich rzesz klientów, ponieważ w dobie chronicznego braku czasu możliwość dysponowania środkami finansowymi o dowolnej porze bez konieczności ustawiania się kolejce przed okienkiem bankowym to korzyść nie do przecenienia. Ekonomia i funkcjonalność to główne filary sukcesu bankowości wirtualnej, która w ciągu kilku lat zyskała sobie na świecie dziesiątki milionów zwolenników.

Przypatrując się zagadnieniu bankowości wirtualnej warto na wstępie uporządkować siatkę nomenklaturową używaną przy analizie tego zjawiska. Bankowość elektroniczna, bankowość wirtualna oraz bankowość internetowa to pojęcia, które często błędnie używane są jako synonimy. Należy zauważyć, iż nie są to kategorie tożsame, ponieważ bankowość internetowa to określenie dotyczące tylko jednego z kanałów komunikacji wykorzystywanych przez bankowość wirtualną, czyli wymagającą od klienta dokonania projekcji mentalnej instytucji bankowej świadczącej usługi nie wymagające fizycznego kontaktu. Internet jest wprawdzie dla bankowości wirtualnej instrumentem podstawowym i najczęściej wykorzystywanym, jednakże poza internetem klienci mogą korzystać ze zdalnego dostępu do usług bankowych poprzez platformę WAP (*Wireless Application Protocol*), IVR (*Interactive Voice Response*) oraz inne rozwiązania techniczne. Bankowość elektroniczna natomiast wydaje się być w tym kontekście pojęciem najszerszym, które należałoby wiązać nie tylko z elektroniką używaną dla potrzeb kontaktów z klientami,

³ J. Rutkowski; „Kierunki rozwoju polskiego rynku finansowego w procesie integracji z Unią Europejską”, Szczecin 1998, s.66

lecz także z rozwiązaniami elektronicznymi wprowadzonymi w celu systemowej obsługi operacji realizowanych przez bank. Tych subtelnych, aczkolwiek wyraźnych różnic pomiędzy omawianymi pojęciami nie dostrzegł niestety ustawodawca, który w ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych⁴ dla określania usług bankowych świadczonych za pośrednictwem urządzeń łączności przewodowej lub bezprzewodowej posłużył się nazbyt szerokim pojęciem „bankowość elektroniczna”.

Pojawienie się bankowości wirtualnej to tylko jeden z przykładów ilustrujących metamorfozę obrotu gospodarczego w Polsce. Nowoczesne formy komunikacji szybko wprzęgły dla swoich potrzeb również inne podmioty działające na rynku finansowym, jak np. zakłady ubezpieczeń i fundusze inwestycyjne. Nie można przy tym nie zauważyć, że coraz większą popularnością cieszy się również sprzedaż prowadzona bez wykorzystania tradycyjnych placówek handlowych. Z roku na rok zwiększają się obroty wirtualnych sklepów i aukcji internetowych.

Głębokie przeobrażenia w gospodarce nie mogą pozostać bez wpływu na faktor wyznaczający ramy obrotu gospodarczego, jakim jest prawo. Jak trafnie zauważa L.L. Fuller, prawo jest rezultatem przemyślanego powołania do życia zbioru reguł usprawniających funkcjonowanie społeczności ludzkiej⁵, dlatego gwałtowne przemiany warunków obrotu gospodarczego jako jednego z zasadniczych przejawów koegzystencji indywidualnych istnień ludzkich składających się na ową społeczność. Praktyczna konfrontacja nowych zjawisk występujących w obrocie na płaszczyznę norm prawnych regulujących ten obrót w Polsce wykazuje, iż prawo stanowione, czyli kreowane przez uprawnione organy państwa, w znaczącym stopniu nie przystaje do zmienionych uwarunkowań.

Przyczyn takiego stanu rzeczy można doszukiwać się we wpisanej w istotę prawa statyce. Prawo ilustruje pewien pożądany stan układu relacji międzyludzkich z okresu, w którym było tworzone. Podstawowym zadaniem prawa jest wyznaczanie pewnych reguł, dlatego jednym z zasadniczych jego przymiotów powinna być stabilność. System prawny dla swego prawidłowego funkcjonowania jako zbioru zasad postępowania winien zawierać w sobie wyraźny element stałości. Zderzenie statycznego prawa z dynamiką cechującą społeczność ludzką wykazuje jednak, iż przedmiot regulacji nierzadko wymyka się poza ramy wyznaczone przez te uregulowania. W konsekwencji pojawia się konieczność dokonania procesu swoistej aktualizacji prawa, to jest wypracowania nowych reguł, definicji, bądź całych konstrukcji jurydycznych pozwalających na zmodyfikowanie systemu prawnego w taki sposób, aby znów obejmował on całość regulowanej materii.

⁴ Ustawa z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych, Dz.U.02.169.1385

⁵ L.L. Fuller: „Anatomia prawa”, Lublin 1993, s.76

Proces aktualizacji prawa nie jest zadaniem prostym. Nowe normy wprowadzane w ramach aktualizacji powinny być możliwie uniwersalne i pojemne, aby w krótkim czasie nie pojawiła się potrzeba ponownego dostosowania prawa do wymykającej się z jego ram rzeczywistości. Jednocześnie normy te powinny być na tyle precyzyjne, aby ryzyko rozbieżności w ich rozumieniu było możliwie małe. Problem aktualizacji komplikują dodatkowo spory aksjologiczne, jakie nierzadko towarzyszą efektom rozwoju cywilizacyjnego. Zjawiska takie jak klonowanie, żywność transgeniczna, czy transseksualizm to problemy, z którymi przed prawnikami powinni uporać się etycy.

Niemniej, aktualizacja prawa w sytuacji, kiedy przedmiot regulacji wymyka się unormowaniom, jest nieodzowna. Prawo stanowione, które nie obejmuje swym zakresem normatywnym przedmiotu regulacji albo wyznacza reguły nie spełniające oczekiwań jego adresatów, nie będzie używane. W konsekwencji stanie się martwe.

Osiągnięcia postępu technicznego stawiają przez ustawodawcę wciąż nowe wyzwania na polu dostosowywania prawa do zmieniającej się rzeczywistości. Przykładem innowacji, którą kilkadziesiąt lat temu wymagała wkomponowania w ramy prawne, była energia elektryczna. Dziś istnieją całe dziedziny prawa, które swój byt zawdzięczają wyłącznie procesowi wprowadzania innowacji technicznych, np. prawo kosmiczne i prawo atomowe.

Obecnie jedną z gałęzi prawa, którą w związku z rozwojem techniki oraz pojawieniem się w obrocie gospodarczym szeregu nowych instytucji należy poddać procesowi pilnej aktualizacji, jest prawo cywilne. Zakres zmian, jakie należałoby wprowadzić w tej gałęzi prawa, prześledzić można na przykładzie barier, jakie napotyka w swoim rozwoju bankowość wirtualna.

Powiązane z prawem cywilnym czynniki hamujące rozwój bankowości wirtualnej w warunkach polskiego obrotu gospodarczego podzielić można zasadniczo na dwie grupy. Na grupę pierwszą składają się trudności wpływające ze zdezaktualizowania się fundamentalnych pojęć prawa cywilnego określających zasady zawierania umów. Drugi zbiór problemów wynika z błędnej w założeniu wiary w onnipotencję prawa i niedostrzeganiu przez ustawodawcę podstawowych mechanizmów rządzących obrotem gospodarczym.

Zawarte w Kodeksie cywilnym pojęcia i reguły zakreślające ramy obrotu gospodarczego w Polsce, w zderzeniu z nowymi zjawiskami ekonomicznymi takimi jak bankowość wirtualna, wydają się trzeszczeć w szwach. Przepisy Kodeksu cywilnego z 1964 r. konstruowane były w oparciu o dokonania doktryny z pierwszej połowy XX w., przy uwzględnieniu ówczesnego poziomu technik komunikacyjnych. Niemal przez cały XX w. podstawowym nośnikiem oświadczeń woli składanych w toku zawierania umów był papier, na którym strony nawiązujące stosunek prawny mogły złożyć własnoręczne podpisy jako widoczny przejaw uzewnętrznienia

swojej woli. Przez stulecia cywilistyczne rozumienie dokumentu poświadczającego dokonanie czynności prawnych było immanentnie powiązane z papierem. Jednakże techniki komunikacyjne, jakie stosowane są w obrocie gospodarczym u progu XXI w., dalece wybiegają poza ramy wyznaczane przez przepisy sprzed półwiecza. Z tego powodu nieodzowne jest przewartościowanie podstawowych pojęć prawa cywilnego wyznaczających reguły zawierania umów.

Komunikacja pomiędzy klientem a bankiem nawiązywana w orbicie bankowości wirtualnej z zasady odbywa się praktycznie bez użycia papieru. Kontrahenci porozumiewają się wykorzystując elektroniczne nośniki informacji, dzięki czemu komunikacja jest tańsza i szybsza. Niestety, obowiązujące przepisy wyraźnie faworyzują metody porozumiewania się powiązane z papierem, co spowalnia rozwój sektorów rynku wykorzystujących komunikację opartą na ICT.

W myśl art. 78 § 1 K.c., dla zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Celem przedmiotowego unormowania było zwiększeniu pewności obrotu poprzez nałożenie na strony dokonujące czynności prawnej pewnego rygoryzmu formalnego, którego nieprzestrzeganie może grozić utraty lub znaczącym utrudnieniu możliwości dochodzenia ochrony praw zapewnianej przez państwo jako swoistego gwaranta egzekwowalności zobowiązań ciążących na uczestnikach tegoż obrotu. W literaturze uwypukla się również swoiste wymuszenie koniecznością złożenia podpisu refleksji nad znaczeniem dokonywanej czynności⁶.

Jednak tak wyraźnie zakotwiczona w papierowej postaci dokumentu konstrukcja formy pisemnej czynności prawnej stanowi potężną przeszkodę utrudniającą rozwój usług bazujących na komunikacji wykorzystującej nowoczesne zdobycze teleinformatyki. Własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli można złożyć wyłącznie na fizycznie istniejącym nośniku komunikatu, którym obecnie jest w pierwszym rzędzie papier, lecz teoretycznie może to również być odpowiednio wyprawiona skóra, gliniana tabliczka i każdy inny materiał umożliwiający dokonanie na nim ręcznego zapisu. Oświadczenia woli składane w postaci elektronicznej cechuje natomiast ich zdematerializowanie. Niemożliwe jest zatem ręczne, fizyczne oddziaływanie na nośnik oświadczenia woli w postaci elektronicznej, ponieważ medium tym jest urządzenie pozwalające zapisać to oświadczenie wyłącznie przy użyciu specjalnych narzędzi nadających oświadczeniu postać kodu informatycznego, który możliwy jest do odczytania również wyłącznie dzięki specjalnemu osprzętowi i oprogramowaniu. Widzialna postać oświadczenia jest efektem jego wizualizacji uzyskanej dzięki oprogramowaniu odkodowującemu zapis zawarty na nośniku w postaci dysku magnetycznego, optycznego itp.

⁶ „Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga I” pod red. G. Bieńka, Warszawa 2001, s. 264.

Dematerializacja komunikatu przekazywanego w formie elektronicznej powoduje, iż podmioty korzystające z takich właśnie metod porozumiewania się nie mogą w pełni korzystać z instrumentów, jakie ustawodawca daje do dyspozycji uczestnikom obrotu posługującym się materialnymi i możliwymi do ręcznego zapisania nośnikami informacji. Wprawdzie w art. 60 K.c. ustawodawca uznaje, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby w sposób dostateczny ujawniający tę wolę, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Niemniej, legislator nie zdecydował się na zrównanie mocy prawnoprocesowej oświadczeń woli złożonych elektronicznie z mocą nadaną oświadczeniom woli wyrażonym na papierze. Procedura cywilna wciąż przyznaje prymat oświadczeniom woli udokumentowanym zgodnie z wymogami przewidzianymi w Kodeksie cywilnym dla formy pisemnej. Nie wszystkie oświadczenia woli złożone w postaci elektronicznej są zrównane w mocy procesowej z oświadczeniami woli udokumentowanymi pismem, co dla sektorów rynku opartych w swej działalności na ICT, a zwłaszcza dla bankowości wirtualnej, ma niebagatelne znaczenie.

Zarysowany wyżej problem miała rozwiązać ustawa o podpisie elektronicznym⁷, którą ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawa cywilnego pojęcie bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W art. 78 § 2 K.c. znalazło się stwierdzenie normatywne, zgodnie z którym oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Przepis ten z pewnością rozwiązywałby wiele problemów, jakie napotykają uczestnicy obrotu cywilnego korzystający z nowoczesnych form komunikacji, gdyby technologia, do jakiej legislator nawiązał w przywołanym przepisie, była w praktyce powszechnie stosowana. Niestety, ustawodawca wprowadził do Kodeksu cywilnego pojęcie bezpiecznego podpisu elektronicznego nie zważając na ukształtowaną już praktykę rynku w zakresie stosowania podobnych instrumentów.

Promowana w Kodeksie cywilnym formuła podpisu elektronicznego powiązana została z konkretną technologią, co należy uznać za jej najpoważniejszą wadę, ponieważ prawo powinno pozostawać neutralne technologicznie. Ustawodawca nie powinien przymuszać uczestników obrotu rynkowego do stosowania określonych rozwiązań technicznych. Technologie określane mianem nowoczesnych obecnie bardzo szybko zastępowane są przez rozwiązania jeszcze bardziej nowoczesne, toteż powiązanie konstrukcji prawnych o tak fundamentalnym dla obrotu cywilnego znaczeniu z konkretnymi technologiami może powodować hamowanie rozwoju rynku, co rzecz jasna jest działaniem wysoce niepożądanym. Wprowadzony do kodeksu cywilnego model

⁷ Ustawa z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz.U.01.130.1450

bezpiecznego podpisu elektronicznego wymusza konieczność dysponowania specyficzną i mało funkcjonalną infrastrukturą narzędziową niezbędną przy korzystaniu z tego instrumentu, co jak się wydaje jest podstawową przyczyną nikłego rozpowszechnienia się tego rozwiązania w praktyce obrotu. W realiach wolnego rynku szansa na spopularyzowanie się narzucanych odgórnie mało funkcjonalnych narzędzi jest znikoma, dlatego próbę aktualizacji prawa cywilnego polegającą na wdrożeniu do systemu prawa cywilnego nowoczesnej formy podpisu należy uznać za całkowicie nieudaną.

Rozwiązania wprowadzone przez ustawę o podpisie elektronicznym spotkały się z krytyką doktryny⁸ i należy przewidywać, że w nieodległej przyszłości zostaną zmienione. Należy przy tym postulować, aby legislator przygotowujący kolejną aktualizację podstaw obrotu cywilnego w tym zakresie nie pominął doświadczeń, jakie można zebrać obserwując skutki wprowadzenia bardzo udanej i zaakceptowanej przez rynek konstrukcji jurydycznej zaimplementowanej w art. 7 ustawy Prawo bankowe⁹.

Dostrzegając szczególnie dynamiczny rozwój elektronicznych środków komunikacji w bankowości, w zakresie formy składania oświadczeń woli wyrażonych przy użyciu elektronicznych nośników informacji ustawodawca w odniesieniu do banków zastosował rozwiązanie odmienne od przewidzianego w art. 78 § 2 K.c.. Artykuł 7 ustawy Prawo bankowe, konstytuuje zasadę, iż oświadczenia woli składane w związku z dokonywaniem czynności bankowych mogą być wyrażone za pomocą elektronicznych nośników informacji.

Wyjątkowość wprowadzanych na potrzeby bankowości odstępstw od generalnych zasad określających formę składania oświadczeń woli zawartych w art. 78 k.c. uwypuklana jest przez art. 7 ust. 3 przywołanego aktu prawnego, który stanowi, że jeśli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, iż czynność dokonana w oparciu o oświadczenia woli złożone za pomocą elektronicznych nośników informacji spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma pisemna została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Nie ulega zatem wątpliwości, że ustawodawca w przepisach normujących funkcjonowanie bankowości wprowadził uregulowania, dzięki którym uczestnicy obrotu korzystający z usług bankowych opartych na elektronicznych środkach komunikacji objęci zostali procesowymi instrumentami ochrony obrotu przewidzianymi dla oświadczeń woli składanych przy wykorzystaniu nośnika papierowego.

Warto przy tym zauważyć, że w art. 7 P.b. zagadnienie formy oświadczenia woli oddzielone zostało od kwestii związanych z jego dokumentowaniem. Mając na uwadze szalenie istotne znaczenie problematyki dokumentacyjnej dla praktyki obrotu bankowego, w art. 7 ust. 2 P.b.

⁸ W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2003, s. 332

⁹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, Dz.U. 97.140.393

ustawodawca wyznaczył specjalny reżim dokumentowania czynności prawnych dokonanych w ramach obrotu bankowego przy wykorzystaniu elektronicznych nośników informacji. W myśl przywołanego przepisu, dokumenty związane z czynnościami bankowymi mogą być sporządzane na elektronicznych nośnikach informacji, jeżeli będą one w sposób należyty utworzone, utrwalone, przekazane i zabezpieczone.

Szczegółowe uregulowania dotyczące tworzenia, utrwalania, przechowywania oraz zabezpieczania dokumentów bankowych związanych z czynnościami bankowymi dokonanymi w oparciu o oświadczenia woli wyrażone za pomocą elektronicznych nośników informacji określa wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 7 ust. 4 P.b. rozporządzenie Rady Ministrów z 25 lutego 2003 r.¹⁰ Należy podkreślić, iż rozporządzenie to, w przeciwieństwie do ustawy o podpisie elektronicznym, nie wiąże wyznaczanych przez nie wymogów dokumentacyjnych z konkretną technologią, lecz odwołuje się do technologii powszechnie uznawanych za rozwiązania spełniające skutecznie swoją rolę w danym czasie. Zastosowanie takiej elastycznej formuły sprawia, iż wdrożona konstrukcja jurydyczna nie powinna w krótkim czasie rodzić konieczności szybkiej aktualizacji prawa w tej materii, ponieważ antycypuje ona wprowadzanie do powszechnego użytku nowych koncepcji technicznych.

Nie sposób przecenić znaczenia rozwiązań wprowadzonych w art. 7 P.b. dla rozwoju współczesnej bankowości w ogóle, a bankowości wirtualnej w szczególności. W ciągu niespełna czterech lat od pojawienia się na polskim rynku usług bankowych opartych na wirtualnym dostępie do środków zgromadzonych na rachunku liczba tego rodzaju kont otwartych przez polskie banki przekroczyła 2,5 mln, co stanowi 17 % wszystkich otwartych rachunków¹¹. Z pewnością rozwój tego segmentu rynku finansowego byłby o wiele mniej dynamiczny, gdyby bankowość w zakresie oświadczeń woli składanych elektronicznie mogła korzystać wyłącznie z instrumentarium przewidziane w ogólnych zasadach prawa cywilnego oraz ustawie o podpisie elektronicznym.

Użyteczność rozwiązania wprowadzonego na potrzeby obrotu bankowego dość szybko została zauważona przez środowiska reprezentujące inne sektory rynku finansowego, które również dostrzegły szerokie możliwości rozwoju związane z wykorzystywaniem nowoczesnych technik komunikacji. Formuła elektronicznego oświadczenia woli wprowadzona w prawie bankowym recypowana została m.in. do ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹²,

¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z 25 lutego 2003 r. w sprawie zasad tworzenia, utrwalania, przechowywania i zabezpieczania, w tym przy zastosowaniu podpisu elektronicznego, dokumentów bankowych sporządzanych na elektronicznych nośnikach informacji, Dz. U. 04.236.2364

¹¹ Wg danych instytutu europejskiego Forrester

¹² Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Dz.U. 97.118.754

ustawy o funduszach inwestycyjnych¹³, ustawy o giełdach towarowych¹⁴ oraz ustawy o działalności ubezpieczeniowej ustawy¹⁵.

Doświadczenia praktyczne dowiodły zatem, iż konstrukcja bezpiecznego podpisu elektronicznego przyjęta w Kodeksie cywilnym jest obwarowana zbyt rygorystycznym formalno-technologicznym. Z tego względu postulaty nawołujące do zreformowania ustawy o podpisie elektronicznym jawią się jako w pełni uzasadnione.

Podobnie, jak w przypadku podpisu, naszpikowana nowoczesnymi technikami komunikacji rzeczywistość gospodarcza wymusza rewizję poglądów dotyczących pojęcia dokumentu w prawie cywilnym. Głosy przeważające w polskiej doktrynie uparcie wiążą ten termin z jego papierowym substratem stwierdzając, iż dokument elektroniczny jest falą elektromagnetyczną związaną z ruchem elektronów, w której zakodowano informację.¹⁶ Jako podstawowy mankament dokumentu elektronicznego wskazuje się brak możliwości złożenia na nim wymaganego przez art. 78 §1 K.c. własnoręcznego podpisu, przez co nie jest możliwe jednoznaczne powiązanie oświadczenia złożonego na takim dokumencie ze składającą je osobą. W efekcie dokument w postaci elektronicznej rzekomo nie zapewnia pewności obrotu.

Niemniej, konsekwentnie odwołując się do praw fizyki należy stwierdzić, że percepcja ludzka jest skonstruowana w taki sposób, iż komunikat utrwalony ręcznie na papierze jest przez mózg ludzki przetwarzający dane przekazywane przez zmysł wzroku również odbierany jako fala elektromagnetyczna, gdyż taką właśnie naturę ma światło odbijane od papieru. Poza tym osoba odbierająca podpisane ręcznie oświadczenie swojego kontrahenta przesłane pocztą nie ma tak naprawdę żadnych racjonalnych przesłanek pozwalających na powiązanie otrzymanego komunikatu z jego nadawcą, jeśli nie posiada możliwości weryfikacji autentyczności złożonego podpisu. Bieżące wydarzenia polityczne związane z upublicznianiem zasobów archiwalnych dokumentujących działalność tajnych współpracowników służb bezpieczeństwa PRL dobitnie unaoczniają, że badanie autentyczności odręcznego podpisu sprawia problemy nawet biegłym grafologom. Wydaje się zatem, iż nie należy demonizować znaczenia odręcznego podpisu oraz papierowego dokumentu dla bezpieczeństwa obrotu prawnego.

Wbrew stanowisku niektórych przedstawicieli sprowadzających cywilistyczne pojmowanie dokumentu do jednej „lub większej liczby kartek papieru”¹⁷, w ustawodawstwie daje się zauważyć tendencja wskazująca na powolny odwrót od papieru jako jedyne i podstawowe narzędzia dokumentacyjnego honorowanego w obrocie prawnym. Publiczny obrót papierami

¹³ Ustawa z 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych, Dz. U. 97.139.933

¹⁴ Ustawa z 26 października 2000 r. o giełdach towarowych, Dz. U. 00.103.1099

¹⁵ Ustawa z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, Dz.U. 03.124.1151

¹⁶ Z. Radwański: „System prawa prywatnego”, t. II, Warszawa 2002, s. 165

¹⁷ Tamże, s. 124

wartościowymi obywateli już co do zasady bez użycia papieru. Podobnie wcześniej omawiane rozwiązania przyjęte na potrzeby prawa bankowego również nadają dokumentom w postaci elektronicznej moc prawną równą tradycyjnym dokumentom papierowym. Co więcej, w ustawie z 14 lutego 2003 r.¹⁸ nowelizującej Kodeks cywilny ustawodawca znacząco złagodził skutki niezachowania formy pisemnej zastrzeżonej dla celów dowodowych. Należy zatem oczekiwać, iż opór doktryny przejawiany wobec nowych metod dokumentowania oświadczeń nadal będzie słabł, co spowoduje, że papier, jako nośnik nietrwały i nieekologiczny, odejdzie do lamusa.

Niestety, legislator nie jest konsekwentny w swoich działaniach nakierowanych na unowocześnienie ram obrotu prawnego. Pomimo wdrożenia do systemu prawnego nowoczesnych rozwiązań umożliwiających stosowanie alternatywnych dla papieru nośników informacji, w ostatnich latach weszło w życie kilka ważnych aktów prawnych nakładających na strony dokonujące czynności prawnej obowiązek zawarcia umowy w formie pisemnej¹⁹. Przepisy te wprowadzone zostały pod hasłami ochrony praw konsumentów, które to hasła, w konsekwencji pojawienia się nowych form komunikacji oraz dynamicznie rozwijającej się informatyzacji, również wymagają rewizji.

Włączanie do systemu prawa przepisów dających uprzywilejowaną pozycję nieprofesjonalnym uczestnikom obrotu uzasadniane jest koniecznością wyrównywania szans w grze rynkowej, w której z istoty rzeczy pozycja silniejsza przypada przedsiębiorcom. Biorąc pod uwagę podstawowe mechanizmy ekonomii należy stwierdzić, iż teza, wedle której niezbędne jest przeprowadzenie prawnej dystynkcji dzielącej uczestników obrotu cywilnego na podmioty profesjonalne i nieprofesjonalne oraz wprowadzanie instrumentów prawnych faworyzujących tę drugą grupę, jest błędna z założenia.

Prawna ochrona określonej grupy społecznej ma charakter planowego działania organów państwa uzasadnianego określonymi wartościami aksjologicznymi. Wybitni przedstawiciele doktryn ekonomicznych zastrzegają, że tego rodzaju działanie nie powinno zaburzać naturalnych procesów gospodarczych. F.A. von Hayek stwierdza wprost, że planowanie i konkurencja mogą być połączone jedynie jako planowanie dla konkurencji, a nie jako planowanie przeciw konkurencji²⁰. Analizując wprowadzone do Kodeksu cywilnego przepisy mające służyć ochronie konsumentów można odnieść wrażenie, że wprowadzony w Polsce model ochrony praw konsumentów jest planowym działaniem skierowanym na zaburzenie mechanizmów rynkowych. Nierówność pozycji ekonomicznej jednostek jest motorem całej gospodarki wolnorynkowej, ponieważ to właśnie ta nierówność motywuje ludzi do podejmowania działań zmierzających do zmiany ich personalnego

¹⁸ Ustawa z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 03.49.408

¹⁹ Tendencję tę ilustruje np. art. 3 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych

²⁰ F.A. von Hayek; „Droga do niewoli”, Londyn 1982, s. 38

układu na korzystniejszy. Można zatem poddawać w wątpliwość zasadność używania prawa jako narzędzia służącego zniekształcaniu fundamentalnych zasad rządzących rynkiem.

Abstrahując od faktu, iż idea opiekuńczej roli państwa wobec jednostki bliższa jest doktrynom, od których społeczeństwo polskie odeszło kilkanaście lat temu na rzecz budowy systemu gospodarczego opartego na zasadach kapitalistycznych, należy mieć na uwadze, iż każdy przywilej przyznany pewnej grupie społecznej wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów z nim związanych przez inną grupę. Rzecz jasna w warunkach wolnego rynku przedsiębiorcy, których działania nastawione są z definicji na maksymalizację zysku i minimalizację kosztu, przetransferują narzucone na nich przez ustawodawcę pod sztandarem ochrony konsumentów obciążenia na swoich kontrahentów. W konsekwencji konsumenci sami ponoszą koszty swojej ochrony.

Tę prostą zależność można łatwo wykazać na przykładzie praktycznych reperkusji wywoływanych w środowisku bankowości wirtualnej przez art. 384 § 2 K.c., który nakłada na bank obowiązek doręczenia każdemu konsumentowi regulaminu wyznaczającego zasady wykonywanych przez siebie usług. Każdy bank wirtualny zamieszcza w serwisie internetowym wzorce umowne stosowane w swojej działalności, zatem konsument zainteresowany treścią takiego dokumentu może z łatwością do niego dotrzeć. Niemniej, art. 384 § 2 K.c. ma charakter normy imperatywnej, dlatego bank zobligowany jest doręczyć regulamin każdemu klientowi będącemu konsumentem. Koszty wydrukowania regulaminu, logistyki oraz koszty doręczenia przemnożone przez ilość klientów dają w iloczynie kwotę dostrzegalnie zmniejszającą zysk banku. Bank nie jest instytucją charytatywną, dlatego koszty przewidzianych w ustawie działań z natury rzeczy przenosi na usługobiorców w postaci np. wyższej opłaty za prowadzenie konta bankowego. W finalnym rozrachunku odgórnie narzucone przez ustawodawcę prokonsumenckie rozwiązanie uderza rykoszetem we wszystkich klientów banku, zarówno tych, którzy zainteresowani byli otrzymaniem papierowej wersji regulaminu, jak i tych, którym taki regulamin do niczego nie jest potrzebny.

Analogiczny mechanizm działa również w przypadku kar nakładanych na podmioty nadużywające swojej dominującej pozycji na rynku przez urzędy powołane w celu ochrony konkurencji i konsumentów. Wielomilionowa kara nałożona przez UOKiK na Telekomunikację Polską S.A. nie powinna być żadnym powodem do radości dla klientów tej firmy, ponieważ to oni faktycznie zapłacą tę karę uiszczając wyższe rachunki (a dodatkowo muszą również finansować funkcjonowanie urzędu).

Jak wykazały wyżej przedstawione przykłady, obecnie funkcjonujący model ochrony praw konsumentów z ekonomicznego punktu widzenia jest nieefektywny. W doktrynie pojawiają

się również głosy, że jest on niezasadny również na płaszczyźnie aksjologicznej²¹. Na przykładzie klientów banków wirtualnych widać doskonale, że ta kategoria usługobiorców nie mieści się w modelu nieporadnego i słabego konsumenta, którego państwo musi chronić. Osoby korzystające z nowoczesnych usług finansowych to w przeważającej masie osoby wykształcone i świadome swoich praw lub dysponujące instrumentami pozwalającymi im te prawa poznać. Poza tym to właśnie do klientów banków wirtualnych należy inicjatywa w nawiązywaniu relacji kontraktowej. Korzystając z nowoczesnych technologii informatycznych to klienci, po zapoznaniu się z ofertą kilku banków, wybierają swojego kontrahenta. Trudno przy takim układzie faktycznym doszukać się argumentów przemawiających na korzyść wprowadzania rozwiązań faworyzujących tę kategorię uczestników obrotu.

Wydaje się, że działaniem pożądanym w zmienionych warunkach gospodarczych byłoby odejście od mało sensownej z ekonomicznego punktu widzenia formuły ochrony praw konsumentów na rzecz wprowadzenia do kodeksu cywilnego specjalnego reżimu stosowanego w odniesieniu do umów masowych, w których jedna ze stron oferuje zawarcie umowy w kształcie wyznaczanym przez stosowane przez nią wzorce umowne, zaś jej kontrahent może je zaakceptować bez jakiegokolwiek możliwości negocjacji albo nie wchodzić w relację prawną.

Jednocześnie nieodzowne jest rozszerzenie faktycznych możliwości dochodzenia przez konsumentów swoich praw przed sądami. Nawet najbardziej rozbudowane mechanizmy ochrony wprowadzone do ustaw nie będą spełniać swojej roli, jeżeli nie będą funkcjonować procedury prowadzące do urealnienia instrumentów ochronnych. System ochrony praw konsumentów w obecnym kształcie ma charakter czysto fasadowy, bowiem na przeszkodzie w dochodzeniu swoich uprawnień przez pokrzywdzonych stoją wysokie ceny profesjonalnych usług prawnych. Niewielu konsumentów dysponuje środkami finansowymi pozwalającymi na uruchomienie procedur sądowych. Ochrona konsumentów byłaby o wiele bardziej efektywna nawet bez tak rozbudowanego systemu przepisów prokonsumenckich, gdyby możliwe było obniżenie wynagrodzenia pobieranego przez prawników. Efekt taki można uzyskać poprzez rozbitcie korporacyjnego systemu funkcjonowania środowisk prawniczych i zwiększenie konkurencji wśród tej grupy zawodowej.

Z ideą ochrony praw konsumentów powiązany jest problem dostosowania do zmienionych warunków gospodarczych innego podstawowego pojęcia cywilistycznego, jakim jest umowa.

Na przykładzie nowoczesnych usług bankowych można zauważyć, że pod wpływem ewolucji form komunikacji uwidacznia się tendencja do marginalizacji bezpośredniego kontaktu pomiędzy kontrahentami. Co więcej, rozwój nowoczesnych technologii doprowadził do

²¹ W. Kocot; „Wpływ ...”, s. 426

ugruntowania w piśmiennictwie poglądu, iż możliwe jest zawarcie umowy bez udziału kontrahentów przy wykorzystaniu systemów automatycznej komunikacji. Powszechna akceptacja tego poglądu doprowadziła do ogłoszenia przez niektórych przedstawicieli doktryny ostatecznego zwycięstwa zobiektywizowanej teorii zaufania nad koncepcją subiektywną doszukującą się każdym składanym oświadczeniu woli świadomie przeżywanego aktu psychologicznego²².

Tak głębokie zmiany rzeczywistości gospodarczej uwypuklają potrzebę aktualizacji również tego zasadniczego dla prawa cywilnego obszaru.

Na przykładzie bankowości wirtualnej zaobserwować można postęp procesu marginalizacji znaczenia umowy postrzeganej jako papierowy dokument będący owocem negocjacji stron. Czynność prawna dokonywana przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii ogranicza się do przesłania przez klienta oświadczenia woli zawierającego komunikat, iż akceptuje on warunki umowy określone we wzorcach umownych stosowanych przez instytucję bankową.

W tym kontekście pojawia się problem aktualizacji pojęcia umowy. W doktrynie przyjęcia się definicja określająca umowę jako zgodne oświadczenie woli stron²³. Wydaje się, iż mimo jej powszechnej akceptacji, nie jest to definicja najbardziej trafna. Utożsamianie umowy z czynnością jest nie do końca zasadne, ponieważ czynność ze swej istoty jest pojęciem wskazującym na pewną aktywność nakierowaną na osiągnięcie celu. W przypadku zawierania umowy aktywność ta przejawia się w złożeniu przez kontrahentów oświadczeń woli, zaś celem tej aktywności jest doprowadzenie do pewnego stanu, którym będzie zmiana sytuacji prawnej podmiotów dokonujących czynności prawnej. Umowę należałoby zatem postrzegać jako chroniony przez aparat państwa układ normatywny wykreowany w konsekwencji złożenia zgodnych oświadczeń woli przez co najmniej dwóch uczestników obrotu prawnego. Za takim pojmowaniem umowy przemawia systematyka księgi I K.c., która jako czynność prawną wskazuje zawarcie umowy, a nie samą umowę.

Problemem, który znacznie silniej oddziałuje na praktykę obrotu, niż kwestie nomenklaturowe, jest konieczność określenia minimalnych ram komunikatu, jaki musi obejmować oświadczenie woli, aby możliwe było zawarcie umowy.

Dyspozycje wielu przepisów wskazują, jakie elementy powinna obejmować określona umowa. Powstaje wątpliwość, czy można mówić o zawarciu umowy w przypadku, kiedy strony nie sporządzą dokumentu obejmującego tak zakreśloną treść kontraktu, lecz ze złożonych oświadczeń woli wynikać będzie, iż zamiarem stron jest zawarcie umowy na warunkach określanych wyłącznie przez wzorzec umowny stosowany przez jednego z kontrahentów. Analiza przepisów Kodeksu

²² Z. Radwański, „System ...”, s.351

²³ Z. Radwański, Tamże, s. 323

cywilnego prowadzi o wniosku, że na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Wbrew utartemu schematowi, pojęcia „umowa” nie można sprowadzać wyłącznie do papierowego dokumentu podpisywanego przez strony. W języku potocznym tego rodzaju postrzeganie omawianego terminu jest powszechnie przyjęte, jednakże na gruncie prawa cywilnego, który powinien być zasadniczym punktem odniesienia w rozważaniach prawnych, kategoria ta ma zdecydowanie szersze znaczenie. Umowa, jako jedna z fundamentalnych idei cywilistycznych, jest kategorią abstrakcyjną, a nie pojęciem świata materialnego ograniczonym do kartki papieru z wytłuszczonym napisem „Umowa” w nagłówku.

W myśl przepisów Kodeksu cywilnego, umowa jest relacją prawną, której treść kształtowana jest przez oświadczenia woli określające zobowiązania i uprawnienia podmiotów ją zawierających. Jeżeli ze zgodnych oświadczeń woli złożonych przez kontrahentów wynika, iż treść zawieranej przez nich umowy cywilnoprawnej jest kształtowana przez postanowienia akceptowego przez nich wzorca umownego oraz ogólnych warunków umowy, to zarówno postanowienia tegoż wzorca, jak postanowienia ogólnych warunków umowy, składają się na treść tejże umowy, a tym samym stanowią jej integralne elementy.

Odmienności mechanizmów kreujących związanie stron postanowieniami umownymi ujętymi w podpisanym przez strony dokumencie oraz postanowieniami zawartymi w ogólnych warunkach, a także różne reżimy wyznaczające zasady ich zmiany, w żaden sposób nie powodują wyłączenia ogólnych warunków z treści umowy. Zarówno pierwsza, jak i druga kategoria postanowień umowy, może być dla stron wiążąca albo nie wiążąca. *Tertium non datur*. W prawie polskim nie istnieje kategoryzacja przepisów na wiążące mniej i wiążące bardziej. Jeśli zatem przesłanki warunkujące związanie stron ogólnymi warunkami czy regulaminem zostały spełnione, strony są związane postanowieniami tychże ogólnych warunków z identyczną mocą prawną, jak postanowieniami ujętymi w podpisywanym dokumencie. Z tego względu twierdzenie, iż ogólne warunki umowy lub regulamin nie stanowią integralnej części umowy, jest nieporozumieniem. Postanowienia ogólnych warunków umowy lub regulaminu stanowią integralną część umowy zawieranej pomiędzy stronami w takim samym stopniu, jak postanowienia stron spisane w sygnowanym przez strony tejże umowy dokumencie. Dlatego wyłączanie postanowień ogólnych warunków czy regulaminu z katalogu wyznaczników treści stosunku prawnego i odseparowywanie ich od umowy zawieranej pomiędzy stronami jest niezasadne.

W praktyce obrotu cywilnego postanowienia określające uprawnienia i obowiązki kontrahentów ujęte w formie papierowego dokumentu podpisywanego przez kontrahentów mogą się w ogóle nie pojawić w procesie zawarcia umowy. W życiu codziennym można wszak zetknąć

się z umowami adhezyjnymi, np. umową o przewóz środkami komunikacji miejskiej. Zawarcie takiej umowy nie wiąże się ze zrozumiałych względów ze składaniem żadnych podpisów pod żadnym dokumentem. Złożenie oświadczenia woli wskazujące na zawarcie umowy odbywa się poprzez zajęcie przez adherenta miejsca wewnątrz pojazdu. Warunki takiej umowy określone są natomiast przez regulamin przewozu pasażerów. Regulamin ten nie jest ani ulotką informacyjną, ani reklamą, ani ogłoszeniem, lecz integralną częścią umowy o przewóz.

Warto podkreślić, iż adhezyjny charakter mają coraz liczniejsze umowy zawierane przez instytucje oferujące nowoczesne usługi finansowe.

W wyżej zarysowanym kontekście należy zwrócić uwagę na proces uprawianego pod hasłem ochrony praw konsumentów ustawicznego psucia dość spójnego w swej pierwotnej konstrukcji aktu prawnego, jakim był Kodeks cywilny.

Nowelizacją z dnia 2 marca 2000 r.²⁴ ustawodawca nadał nowe brzmienie art. 385 § 1 K.c. Obecnie przepis ten stanowi, iż „w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy strony są związane umową”. Analiza tego dalekiego od doskonałości przepisu prowadzić może do wniosku, że strony są związane umową dopiero w przypadku sprzeczności wzorca umownego z umową. Inna jego wykładnia wiedzie do konstatacji, iż zaakceptowany oświadczeniami woli stron zawierających umowę wzorzec umowny nie wyznacza treści umowy. Rzecz jasna obydwie interpretacje przywołanego uregulowania należy rozpatrywać wyłącznie w kategoriach humorystycznych, niemniej niefrasobliwość jaką ustawodawca wykazał tak bezrefleksyjnie żonglując pojęciami „treść umowy”, „wzorzec umowy” i „umowa” jest powodem do niepokoju i powinna być impulsem do jak najszybszej zmiany tego unormowania.

Reasumując rozważania dotyczące konieczności dostosowania podstawowych kategorii prawa cywilnego do realiów szybko przeobrażającego się rynku należy przede wszystkim uwypuklić fakt, iż w relacji prawo-rynek kategorią pierwotną jest rynek, zaś prawo to zbiór reguł mający ułatwić ludziom wymianę dóbr i usług. Niestety, w środowiskach prawniczych bardzo głęboko zakorzeniona jest wiara w omnipotencję prawa. Wielu prawnikom wydaje się, iż wystarczy pewną dziedzinę życia uregulować ustawą, a jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki rozwiążą się wszystkie problemy. Nie zważając na zakreślone ramy normatywne, życie toczy się własnymi ścieżkami, przez co wymusza dokonywanie kolejnych aktualizacji systemu prawnego do zmienionych realiów.

Bariery, jakie napotyka w Polsce rozwój bankowości wirtualnej, uwidaczniają wyraźnie potrzebę zmiany optyki przyjętej przez gremia prawnicze, które nie chcą dostrzec prymatu

24 Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz. U. 00.22.271

mechanizmów rynkowych nad systemami norm prawnych. Efekt uzyskany w wyniku zestawienia błyskawicznie transformującego się w wyniku wprowadzania nowoczesnych technologii rynku ze statycznymi konstrukcjami prawnymi nie nadążającymi za tak szybkimi zmianami dobitnie dowodzi, iż polskie prawo cywilne wymaga głębokiej aktualizacji. Problem ten jest istotny również ze względu na podkreślane w ekonomii sprzężenie zwrotne pomiędzy uregulowaniami normatywnymi a mechanizmami rynkowymi²⁵. Właściwie skonstruowane regulacje prawne mogą być stymulatorem rozwoju rynku, zaś przepisy nie przystające do potrzeb gospodarki rozwój ten hamują.

Proces aktualizacji prawa nie może być przeprowadzany w oderwaniu od realiów rynku. Uwzględnienie uwarunkowań gospodarczych w toku procedur legislacyjnych jest warunkiem *sine qua non*, jaki musi być spełniony, aby możliwe było tworzenie funkcjonalnego, a więc dobrego dla gospodarki prawa.

(Autor jest prawnikiem Inteligo Financial Services S.A.)

²⁵ A. Wojtyna; „Nowe kierunki badań nad ekonomiczną rolą państwa”, „Ekonomista” nr 1/2001