

Rozdział I. Pojęcie i rodzaje umów elektronicznych

*prof. dr hab. Jacek Gołaczyński**

§ 1. Uwagi ogólne

Rozwój nowych technologii istotnie wpływa na prawo umów¹. Można zatem zadać pytanie, czy prawo stanowiące jest władne, aby nadążyć za rozwojem technologii w tym obszarze? Często słyszy się, że normy prawne nie nadążają za rozwojem technologicznym, problemami praktycznymi, a także coraz śmielszymi pomysłami podmiotów prawa i dlatego proponowane są inne rozwiązania, jak adaptowanie zwyczajów handlowych w obrocie elektronicznym.

Upowszechnienie wykorzystania komputerów przez osoby fizyczne w połączeniu z pojawieniem się sieci *World Wide Web*, tj. internetu, dało początek wielu problemom, które postawiły nowe wyzwania przed tradycyjnym prawem kontraktów. Zwiększone wykorzystanie komputerów stwarzało zapotrzebowanie na programy przeznaczone dla rynku konsumenckiego. Programy komputerowe ujmuje się klasycznymi regulacjami prawnoautorskimi, co rodziło i wciąż rodzi wiele problemów interpretacyjnych. Ponadto początkowo programy te były co do zasady przekazywane użytkownikom na podstawie „standardowych” licencji niewyłącznych, które często pakowano do pudełka wraz z oprogramowaniem (tzw. licencje *shrink-wrap*). Tym samym licencjodawca nie był w stanie zapoznać się z treścią umowy przed nabyciem oprogramowania. Rozwój prawa, w szczególności konsumenckiego, a także

* Profesor zwyczajny zatrudniony w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ORCID: 0000-0002-3295-7099.

¹ Zob. W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004.

bogate orzecznictwo rozwiązały ten, szczególnie dotkliwy w krajach anglosaskich, problem.

Innym zagadnieniem, z którym prawodawcy mierzą się z różnym efektem, jest ustalenie tożsamości stron umowy elektronicznej w handlu elektronicznym. Umożliwienie dokonywania czynności prawnych na odległość, za pomocą środków komunikacji elektronicznej dało ramy dla znaczącej liberalizacji formy czynności prawnej. Jednakże co do istotnej części czynności prawnych wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności lub dla celów dowodowych. Co więcej, w praktyce umowa zawierana za pomocą środków komunikacji elektronicznej często wciąż jest umową, w której trudno jest zweryfikować drugą stronę umowy. Szczególnie gdy świadczenia stron są wartościowe, może dochodzić do próby oszukania potencjalnego kontrahenta. Celem egzemplifikacji można przytoczyć przykład tzw. oszustwa nigeryjskiego (ang. *Nigerian scam*, *419 scam* – nazwa od artykułu w Kodeksie Karnym Nigerii, typizującego to przestępstwo) inicjowanego kontaktem poprzez środki komunikacji elektronicznej (najczęściej *e-mail*), polegającego na próbie przekonania potencjalnego kontrahenta – ofiary, o fikcyjnym transferze znaczącej kwoty środków finansowych (np. sfalszowane potwierdzenie przelewu) z jednego z krajów afrykańskich (najczęściej Nigerii) celem wyłudzenia przedmiotu świadczenia umowy sprzedaży (często na aukcjach internetowych)².

Prawo kontraktów od zawsze dawało bardzo duży zakres uznania stronom, choćby co do określenia formy czynności prawnej. Wynika to z zasady swobody umów, która jest przejawem autonomii woli stron w prawie zobowiązań umownych. W sytuacji szybko rozwijających się technologii strony chętnie stosują środki komunikacji elektronicznej do zawierania oraz wykonywania umów różnego rodzaju. Regulacje prawne zwykle nie nadążają za praktyką umów elektronicznych, zwłaszcza co do formy takich kontraktów (forma elektroniczna, dokumentowa), oraz ich wykonywania (smart kontrakty). Od momentu powszechnego wykorzystywania internetu skutecznie zawiera się jednak umowy z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej, mimo wspomnianego braku regulacji, czy też niedostatecznych regulacji. Wykorzystywanie środków komunikacji elektronicznej do składania oświadczeń woli od wielu lat jest najpopularniejsze w zakresie zawierania umów, które nie wymagają formy szczególnej (np. formy pisemnej lub formy aktu notarialnego).

² D. Klimas, w: J. Gołaczyński (red.), *Sporządzanie umów elektronicznych. Komentarz praktyczny. Wzory umów*. Orzecznictwo, Warszawa 2017, s. 6.

Rozwój internetu, a następnie handlu elektronicznego spowodował konieczność znalezienia rozwiązania, które w elektronicznym świecie może skutecznie zastąpić podpis własnoręczny. Pierwszym aktem prawnym, który proponował podpis elektroniczny, stanowiący niejako substytut podpisu własnoręcznego, była ustawa o podpisach cyfrowych stanu Utah z 9.3.1995 r. (ang. *Utah Digital Signature Act*). Następnie opracowano ustawę modelową o handlu elektronicznym, przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w rezolucji 51/196 z 16.12.1996 r., oraz ustawę modelową o podpisie elektronicznym, przyjętą w rezolucji 56/80 w grudniu 2001 r. Akty te miały zmierzać do ujednolicenia regulacji dotyczących handlu elektronicznego i podpisów elektronicznych. Istotne znaczenie mają także konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r. oraz Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT. Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych będą miały zastosowanie w przypadku ich wyboru przez strony umowy³. Konwencja wiedeńska nie dotyczy co prawda bezpośrednio handlu elektronicznego, ale obrotu handlowego opartego na umowie sprzedaży w ogólności (czyli także tradycyjnej). Istotne znaczenie mogła mieć konwencja ONZ o używaniu komunikacji elektronicznej w międzynarodowych kontraktach z 23.11.2005 r., ponieważ zamierzeniem twórców tej regulacji było ułatwienie posługiwania się środkami komunikacji elektronicznej w handlu międzynarodowym przez zapewnienie, że umowy zawarte w formie elektronicznej są ważne jak umowy zawarte w formie pisemnej. Ważnym założeniem tej konwencji jest przyjęcie neutralności technologicznej⁴. W Unii Europejskiej problematyka handlu elektronicznego oraz podpisów elektronicznych od początku regulowana była kilkoma dyrektywami, z których wymienić należy przede wszystkim uchyloną już dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 99/93/WE z 13.12.1999 r. w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpi-

³ Zob. W. Kocot, Wpływ Internetu na prawo umów, s. 38.

⁴ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts z 23.11.2005 r.; więcej W. Kilian (red.), UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, 2006. Zasada naturalności technologicznej polega na zakazie dyskryminowania i wspierania konkretnych rozwiązań technologicznych lub standardów i nakazuje tworzenie warunków uczciwej konkurencji i rozwoju na podstawie obiektywnych kryteriów, wszystkich rozwiązań technologicznych. Jak wskazał M. Węgiński, Charakterystyka prawna umów zawieranych drogą elektroniczną, Warszawa 2020, s. 13 przypis 39, zasada ta została przyjęta w prawie polskim w ustawie z 17.2.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 57 ze zm.). Zob. też S. Gali, Umowy elektroniczne w obrocie międzynarodowym, w: J. Gołaczyński (red.), Sporządzanie umów elektronicznych, s. 313.

sów elektronicznych⁵, a także wciąż obowiązującą dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego⁶. Druga z wymienionych dyrektyw reguluje usługi społeczeństwa informacyjnego świadczone w celu wspierania sprawnego funkcjonowania wewnętrznego rynku elektronicznego, który w ostatnich latach przeistoczył się w Jednolity Rynek Cyfrowy (ang. *Digital Single Market*). Z uwagi na okoliczność, że usługi społeczeństwa informacyjnego są w znakomitej większości świadczone na podstawie umów zawieranych za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, wskazana dyrektywa reguluje tę problematykę w całej części trzeciej pt. „Umowy zawierane za pomocą środków elektronicznych”. Przedmiotowy akt prawny jako pierwszy bezpośrednio nakładał na państwa członkowskie Unii Europejskiej obowiązek zapewnienia możliwości zawierania umów za pomocą środków elektronicznych, a także aby wewnętrzne regulacje prawne nie stwarzały przeszkód w posługiwaniu się elektronicznymi umowami, ani nie skutkowały pozbawieniem takich umów prawnej skuteczności i ważności z powodu ich zawarcia za pomocą środków elektronicznych⁷. Dyrektywa o handlu elektronicznym umożliwia państwom członkowskim wyłączenie niektórych kategorii umów spod jej obowiązywania, w tym:

- 1) umów, które tworzą lub przenoszą prawa do nieruchomości, z wyjątkiem prawa najmu;
- 2) umów, dla których prawo wymaga czynności sądów, władz publicznych lub zawodów związanych z wykonywaniem władzy publicznej;
- 3) umów poręczenia oraz dodatkowych zabezpieczeń zawieranych przez osoby, u których działania te nie mieszczą się w ramach ich działalności zawodowej lub handlowej;
- 4) umów podlegających prawu rodzinnemu lub prawu spadkowemu.

Ponadto, co istotne, z wyjątkiem przypadków, gdy strony niebędące konsumentami postanowią inaczej, w przypadku gdy usługobiorca składa zamów-

⁵ Dz.Urz. UE L 013, 19/01/2000, s. 12–20.

⁶ Dz.Urz. UE L Nr 178, s. 1, dalej jako dyrektywa 2000/13/WE.

⁷ J. Gołaczyński, Prawo umów elektronicznych, Warszawa 2006, s. 13; art. 9 ust. 1 i 2 dyrektywy 2000/13/WE.

wienie za pomocą środków technologicznych, będą miały zastosowanie następujące zasady:

- 1) usługodawca musi drogą elektroniczną niezwłocznie potwierdzić odbiór zamówienia usługobiorcy;
- 2) zamówienie oraz potwierdzenie odbioru uważane są za przyjęte, jeżeli strony, do których są one adresowane, mogą mieć do nich dostęp (art. 11 ust. 1 dyrektywy 2000/13/WE).

Dla kształtowania się elektronicznego prawa kontraktowego istotne znaczenie miała także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 97/7/WE z 9.5.1997 r. o ochronie konsumentów w odniesieniu do umów zawieranych na odległość (uchylona)⁸. Obecnie problematyka ochrony konsumentów jest objęta zakresem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁹. Przedmiotowy akt prawny, podobnie jak uchylona nim poprzednia dyrektywa, bezpośrednio reguluje kwestie związane z zawieraniem umów elektronicznych w stosunkach pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą. Szczególnie istotną regulację stanowią zapisy dotyczące umów zawieranych na odległość, które zostaną szerzej opisane w rozdziale drugim niniejszej monografii. Zgodnie z art. 2 pkt 7 dyrektywy 2011/83/UE umowa zawierana na odległość oznacza każdą umowę zawartą między przedsiębiorcą i konsumentem w ramach zorganizowanego systemu sprzedaży lub świadczenia usług na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności przedsiębiorcy i konsumenta, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy włącznie. W motywie 20 preambuły do przedmiotowej dyrektywy prawodawca unijny wprost stanowi, że definicja umowy zawieranej na odległość obejmuje także internet. W praktyce interpretacja umów zawieranych na odległość jako umów elektronicznych nie budzi wątpliwości.

Istotną rolę odgrywają także rozporządzenie e-IDAS, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 524/2013 w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) Nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie

⁸ Dz. Urz. UE L Nr 144, s. 19.

⁹ Dz. Urz. UE L Nr 304, s. 64 ze zm., dalej jako dyrektywa 2011/83/UE.

ODR w sporach konsumenckich)¹⁰, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 5216/2013 w sprawie Agencji Unii Europejskiej ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji (ENISA)¹¹, rozporządzenie Nr 808/2004 dotyczące statystyk Wspólnoty w sprawie społeczeństwa informacyjnego¹², rozporządzenie (WE) Nr 733/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.4.2002 r. w sprawie wprowadzania w życie Domeny Najwyższego Poziomu.eu¹³ oraz rozporządzenie Komisji Europejskiej Nr 611/2013 w sprawie środków mających zastosowanie przy powiadamianiu o przypadkach naruszenia danych osobowych, na mocy dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady o prywatności i łączności elektronicznej¹⁴. Pewien wpływ na rozwój handlu elektronicznego mają także rozporządzenia regulujące międzynarodowe postępowanie cywilne w sprawach transgranicznych, czyli rozporządzenie Bruksela Ia o jurysdykcji uznawania i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych (Nr 1215/2012)¹⁵, rozporządzenie (WE) Nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty¹⁶ i rozporządzenie (WE) Nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń¹⁷.

Nie można pominąć także dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.5.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym¹⁸ oraz dyrektywy 2011/83/WE w sprawie praw konsumentów. Ustawą o prawach konsumenta implementowano dyrektywę w sprawie praw konsumentów, dyrektywę 2011/83/UE, dyrektywę 20002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.9.2002 r. dotyczącą sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającą dyrektywę Rady 90/619/WE/EWG oraz dyrektywę 97/7/WE i 98/27/WE oraz dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.5.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów kon-

¹⁰ Dz.Urz. UE L Nr 165, s. 1. Szerzej zob. *Ł. Goździaszek*, Internetowy system pozasądowego rozstrzygania sporów konsumenckich w Unii Europejskiej. Komentarz, Warszawa 2017.

¹¹ Dz.Urz. UE L Nr 165, s. 41.

¹² Dz.Urz. UE L Nr 143, s. 49.

¹³ Dz.Urz. UE L Nr 113, s. 1.

¹⁴ Dz.Urz. UE L Nr 173, s. 2.

¹⁵ Dz.Urz. UE L Nr 351, s. 1.

¹⁶ Dz.Urz. UE L Nr 399, s. 1.

¹⁷ Dz.Urz. UE L Nr 199, s. 1.

¹⁸ Dz.Urz. UE L Nr 67, s. 10.

sumenckich i związanych z tym gwarancji¹⁹. Nowym rozwiązaniem wprowadzonym w dyrektywie 2011/83/UE i implementowanym przez PrKonsU jest pojęcie „treści cyfrowe”. Pojęcie treści cyfrowych należy rozumieć w powiązaniu z motywem 19 preambuły do dyrektywy o prawach konsumenta, zgodnie z którym treści cyfrowe oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, takie jak programy komputerowe, aplikacje, gry, muzyka, nagrania wizualne lub teksty bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobieranie, czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków.

§ 2. Podpis elektroniczny a umowa elektroniczna

Na wstępie należy zwrócić uwagę na istotne znaczenie identyfikacji stron zawierających umowę elektroniczną, sygnalizując, że prawodawca europejski już pod koniec lat 90. zaprezentował regulację mającą rozwiązać ten problem. Niemniej na gruncie dyrektywy o podpisie elektronicznym, pomimo prawidłowej jej implementacji do polskiego porządku prawnego, stosunkowo niewiele osób (zarówno fizycznych, jak i prawnych) decydowało się na korzystanie z tzw. bezpiecznych podpisów elektronicznych weryfikowanych ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Tym samym należy uznać, że regulacja ta nie poprawiła w sposób kompleksowy bezpieczeństwa handlu elektronicznego. Było to spowodowane różnymi aspektami przedmiotowej regulacji, które niestety utrudniały stosowanie podpisów elektronicznych gwarantujących najwyższy poziom zaufania. Do istotnych ograniczeń należał obowiązek posiadania specjalnego urządzenia zewnętrznego (tokena, karty kryptograficznej) umożliwiającego złożenie takiego podpisu. Niemniej prawodawca europejski przeanalizował zapotrzebowanie rynku cyfrowego i dzięki temu 1.7.2016 r. weszło w życie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z 23.7.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE²⁰. Rozporządzenie to wprowadziło 3 rodzaje podpisów elektronicznych (podpis elektroniczny, zaawansowany podpis elektroniczny i kwalifikowany podpis elektroniczny), ale co istotniej-

¹⁹ B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek, M. Załucki, Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz, Legalis, kom. do art. 2.

²⁰ Dz.Urz. UE L Nr 257, s. 73, dalej jako rozporządzenie eIDAS.

sze, wprowadziło wiele domniemań prawnych, które mają na celu zwiększenie zaufania interesariuszy do przedmiotowych usług zaufania. Jedną z zasad wprowadzonych przez rozporządzenie eIDAS jest powinność niekwestionowania skutku prawnego podpisu elektronicznego z tego powodu, że podpis ten ma postać elektroniczną.

Przez podpis elektroniczny (art. 3 pkt 10 rozporządzenia eIDAS) należy rozumieć dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logicznie powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej, i które użyte są przez podpisującego jako podpis. Powyższe przykłady będą spełniały przesłankę podpisu elektronicznego, jeżeli zostaną dołączone do innych danych lub będą logicznie z nimi powiązane tak, aby świadczyły o użyciu ich jako podpisu. Istotna jest oczywiście elektroniczna postać tych danych. Nie trzeba wiele namysłu, aby dojść do wniosku, że taki „zwykły” podpis elektroniczny nie stanowi właściwego zabezpieczenia transakcji w ujęciu identyfikacji stron umowy elektronicznej.

Wymóg „identyfikacji” jako element podpisu elektronicznego pojawia się dopiero w odniesieniu do „zaawansowanego podpisu elektronicznego”, zdefiniowanego w art. 3 pkt 11 oraz art. 26 rozporządzenia eIDAS jako podpis elektroniczny (a więc służący do podpisywania), unikalnie przyporządkowany podpisującemu, umożliwiający ustalenie tożsamości podpisującego, składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą, oraz powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna. Innymi słowy, dla uznania podpisu elektronicznego za zaawansowany wymagane jest zastosowanie odpowiednich środków technicznych i jednoznaczne związanie z dokumentem oraz autorem. Z uwagi na wymogi przepisu art. 26 rozporządzenia eIDAS taki podpis powinien być trudny do sfałszowania.

Dla spełnienia wymagań wskazanych wyżej można używać podpisów elektronicznych opartych na infrastrukturze klucza publicznego. Podpisy cyfrowe są stosowane przy użyciu elektronicznego certyfikatu, który można porównać do elektronicznej wersji paszportu lub dowodu osobistego, wydanego dopiero po dokładnej weryfikacji tożsamości podpisującego przez tzw. zaufaną trzecią stronę (podmiot świadczący usługi zaufane). Certyfikaty elektroniczne i ich wynikowy podpis są unikalne i niezmiennie trudne do oszukania, spełniające pierwsze dwa wymagania zaawansowanego podpisu elektronicznego.

W polskim porządku prawnym nie ma wymogu korzystania z zaawansowanego podpisu elektronicznego. Nie ma przeszkód jednak, aby strony dla

ważności czynności prawnej wprowadziły wymóg zaawansowanego podpisu elektronicznego. W razie potrzeby przeprowadzenia dowodu na okoliczność dokonania czynności prawnej, do której zawarcia wymagana jest np. forma dokumentowa, w przypadku której wykorzystano zaawansowany podpis elektroniczny, taki dowód będzie łatwiejszy i skuteczniejszy w przeprowadzeniu.

Kwalifikowany podpis elektroniczny to natomiast zaawansowany podpis elektroniczny, ale musi opierać się na kwalifikowanym certyfikacie. Istotne jest podkreślenie, że kwalifikowany podpis elektroniczny powinien spełniać wymogi zaawansowanego podpisu elektronicznego opisane powyżej, a także dodatkowe dwa wymogi. Chodzi o wykorzystanie do złożenia podpisu kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego. Według rozporządzenia eIDAS urządzenie do składania podpisu elektronicznego oznacza skonfigurowane oprogramowanie lub skonfigurowany sprzęt (urządzenie), które wykorzystuje się do składania podpisu elektronicznego. Kwalifikowane urządzenie do składania podpisu elektronicznego musi (samo w sobie) dodatkowo spełniać wymagania określone w załączniku II do rozporządzenia eIDAS. Nadto kwalifikowany certyfikat musi być wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, tj. takiego dostawcę, który spełnił warunki określone rozporządzeniem eIDAS oraz regulacjami wewnętrznymi państw członkowskich, a także został wpisany na listę kwalifikowanych dostawców usług zaufania.

Kwalifikowany podpis elektroniczny może być składany przy użyciu – jak dotychczas – sprzętu (urządzenia zewnętrznego) i oprogramowania albo jedynie samego oprogramowania. W Unii Europejskiej wprowadzony został tzw. serwerowy kwalifikowany podpis elektroniczny, do którego złożenia wystarczy jedynie odpowiednie oprogramowanie (w praktyce uruchamiane loginem i hasłem), bez konieczności użycia dodatkowego fizycznego urządzenia. Może ono być zainstalowane na urządzeniu podpisującego lub w tzw. chmurze, gdzie podpisujący ma dostęp *on-line* do „oprogramowania podpisującego” praktycznie z każdego kompatybilnego urządzenia z dostępem do internetu²¹.

Na podstawie art. 25 ust. 2 rozporządzenia eIDAS kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu.

²¹ Kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi (QES) są m.in.:

1) *Procertum Smartsign* (Asseco Data Systems S.A.),

2) *Sigillum PCCE* (Polskie Centrum Certyfikacji Elektronicznej Sigillum, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A.),

3) inne certyfikaty kwalifikowanych podpisów określone w rejestrze kwalifikowanych dostawców usług zaufania (w Polsce – Narodowe Centrum Certyfikacji Narodowego Banku Polskiego).

Oznacza to, że prawodawca unijny wprowadza daleko idące ramy prawne mające na celu zwiększenie zaufania pomiędzy stronami umów elektronicznych.

Kolejną istotną zmianą, w porównaniu z poprzednią regulacją, jest automatyczna uznawalność kwalifikowanych podpisów elektronicznych wydanych w innych państwach członkowskich. Kwalifikowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie członkowskim jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach członkowskich (art. 25 ust. 3 rozporządzenia eIDAS). Zatem e-podpis dokonany przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego wydanego przez polskiego świadceniodawcę, będzie ważny również w innym państwie członkowskim, np. we Francji.

Zgodnie z art. 4 rozporządzenia eIDAS podmioty zaufane (świadczące kwalifikowane usługi zaufania, w tym wydające podpisy elektroniczne i pieczęcie elektroniczne) mogą swobodnie świadczyć swoje usługi we wszystkich państwach członkowskich. Oznacza to, iż dla spełnienia wymogów formy elektronicznej z art. 78¹ KC wystarczające jest użycie dowolnego kwalifikowanego podpisu elektronicznego wydanego przez którykolwiek podmiot zaufania mający siedzibę w Unii Europejskiej, a nie tylko przez podmiot krajowy.

W związku z możliwymi wątpliwościami co do ważności kwalifikowanych podpisów elektronicznych strony umowy mogą zweryfikować je *on-line*.

Dla potwierdzenia skuteczności prawnej (w zakresie zachowania formy elektronicznej z art. 78¹ KC) kwalifikowanego podpisu elektronicznego konieczna jest jego weryfikacja kwalifikowanym certyfikatem. Kwalifikowany certyfikat może wydawać wyłącznie podmiot świadczący kwalifikowaną usługę zaufania w znaczeniu art. 3 pkt 17 rozporządzenia eIDAS. Podmioty te zgodnie z art. 24 ust. 1 rozporządzenia eIDAS są zobligowane zweryfikować (za pomocą odpowiednich środków i zgodnie z prawem krajowym) tożsamość i w stosownym przypadku wszelkie atrybuty osoby fizycznej, której wydaje się kwalifikowany certyfikat²².

Tożsamość może być weryfikowana bezpośrednio przez dostawcę usług zaufania lub za pośrednictwem strony trzeciej zgodnie z prawem krajowym. Weryfikacja ta następuje w obecności osoby fizycznej, zdalnie przy użyciu środka komunikacji elektronicznej (zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt b rozporządzenia eIDAS), za pomocą certyfikatu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub przy użyciu innych metod identyfikacji uznanych na szczeblu krajowym,

²² D. Szostek, w: J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, w: J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego, Warszawa 2016, kom. do art. 78¹.

które zapewniają pewność równoważną, pod względem wiarygodności fizycznej obecności. Równoważna pewność musi być potwierdzona przez jednostkę oceniającą zgodność.

§ 3. Definicja umowy elektronicznej

I. Definicja legalna umowy elektronicznej

Zarówno w prawie unijnym, jak i w prawie polskim brak jest definicji legalnej „umowy elektronicznej”, chociaż, jak wskazano powyżej, wiele aktów prawnych reguluje zagadnienia związane ze świadczeniem usług drogą elektroniczną, ochroną konsumenta w transakcjach *e-commerce* czy pieniądzem elektronicznym²³. Prawodawca europejski wprowadził jednak definicję legalną dokumentu elektronicznego w art. 3 pkt 35 rozporządzenia eIDAS, zgodnie z którym stanowi on każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Z uwagi na szeroki zakres zastosowania tego rozporządzenia należy również odnieść się do definicji dokumentu elektronicznego przy rozważaniach dotyczących pojęcia umowy elektronicznej.

II. Definicja doktrynalna umowy elektronicznej

Z uwagi na, skądinąd celną, bierność prawodawcy próby zdefiniowania pojęcia umowy elektronicznej od lat podejmowane są w doktrynie prawa nowych technologii. Najbardziej właściwa wydaje się definicja proponowana przez W. Kiliana, zgodnie z którą „umowy elektroniczne są porozumieniami pomiędzy osobami fizycznymi lub prawnymi komunikującymi się ze sobą za pomocą środków technicznych (przez cyfrowe sieci komunikacyjne), w celu przeprowadzenia transakcji dotyczących dóbr niematerialnych (tzw. wykonanie *online* lub bezpośredni handel elektroniczny) lub stworzenia na drodze elektronicznej podstaw do wydania dóbr materialnych (tzw. wykonanie *off-line* lub pośredni handel elektroniczny)”²⁴.

²³ J. Gołaczyński, w: W. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, Tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2015, s. 482.

²⁴ J. Gołaczyński, Umowy elektroniczne – próba definicji, w: J. Gołaczyński (red.), Prawo umów elektronicznych, Warszawa 2006, s. 14; W. Kilian, w: J. Gołaczyński (red.), Prawne i ekonomiczne

Umowy elektroniczne nie są jednolite, z tego też względu część autorów odnosi się bezpośrednio do jednego z mediów, za pośrednictwem którego zawiera się umowy elektroniczne. I tak według P. Podreckiego przez „umowy zawierane w Internecie można rozumieć ogół stosunków prawnych, których istotnym elementem jest wykorzystanie stron sieci jako środka komunikowania i przekazywania oświadczeń woli w celu zawarcia umowy. Umowy zawierane w Internecie określane są również umowami *on-line*”²⁵. Niewątpliwie internet jest obecnie najpopularniejszym medium, za pośrednictwem którego zawierane są umowy elektroniczne.

Warto także w tym miejscu podkreślić istotność podziału umów elektronicznych na umowy *on-line* i umowy *off-line*. Umowy *on-line* są zawierane wtedy, gdy strony mają aktywny dostęp do wszystkich zasobów internetu, a w przypadku umów zawieranych *off-line* strony nie mają aktywnego dostępu i z tego względu nie mają możliwości uczestniczenia w bezpośredniej wymianie informacji²⁶.

„Umową elektroniczną jest umowa zawierana za pomocą środków elektronicznych”²⁷. Należy uznać, że definicja ta jest najtrafniejsza, gdyż stanowi najszerze ujęcie tej zdeintegrowanej i bardzo szerokiej kategorii czynności prawnych. Zgodnie z powyższą definicją najistotniejszą cechą umowy elektronicznej jest sposób jej zawarcia.

Zgodnie z przedmiotową tezą, jeżeli do zawarcia umowy strony używają środka elektronicznego komunikowania się na odległość, to należy taką czynność prawną uznać za umowę elektroniczną i nie ma istotnej doniosłości czynnik wymiany oświadczeń woli w postaci elektronicznej *on-line*.

W tym drugim przypadku oświadczenie woli złożone jest także w postaci elektronicznej, ale *off-line*. Dochodzi zatem do zawarcia umowy przez wymianę nośników zawierających oświadczenia stron umowy. Dla określenia „elektroniczności” umowy nie jest zatem istotne aktywne połączenie z siecią internetową (status *on-line*).

W. Kilian wyróżnia dwa kryteria, według których należy pojmować umowę elektroniczną. Zgodnie z przedmiotowym ujęciem umową elektroniczną jest

aspekty komunikacji elektronicznej, Warszawa 2006, s. 209 i n.; J. Janowski, Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym, Warszawa 2008, s. 56.

²⁵ P. Podrecki, w: P. Podrecki (red.), Prawo Internetu, Warszawa 2005, s. 40.

²⁶ W. Srokosz, Umowa rachunku bankowego *on-line*, PB 2001, Nr 21, s. 21.

²⁷ J. Gołaczyński, w: W. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, s. 482.

taka umowa, która według kryterium sposobu zawarcia umowy została zawarta przez złożenie oświadczeń woli:

- 1) w postaci elektronicznej *on-line*;
- 2) w postaci elektronicznej *off-line*, np. przez wymianę zapisanych elektronicznie na nośnikach danych (np. CD, DVD) oświadczeń woli, oraz która w świetle kryterium wykonania umowy została zawarta przez złożenie oświadczeń woli:
 - a) w postaci elektronicznej *on-line* i wykonana przez spełnienie świadczenia w postaci elektronicznej *on-line* – umowa elektroniczna *sensu stricto*,
 - b) w postaci elektronicznej *off-line* i wykonana przez spełnienie świadczenia *off-line*, np. wręczenie nośników informatycznych z oprogramowaniem,
 - c) w postaci elektronicznej *on-line* i wykonana przez spełnienie świadczenia w postaci tradycyjnej,
 - d) w postaci tradycyjnej i wykonana przez spełnienie świadczenia w postaci elektronicznej *on-line*²⁸.

III. Cechy umów elektronicznych

Podstawowymi cechami umów elektronicznych odróżniającymi je od tradycyjnych czynności prawnych podwójnie zobowiązujących są: metoda komunikacji między stronami, używany środek komunikowania się na odległość, sposób zdobywania informacji o stronie umowy, jej treści i sposobie wykonania, ryzyko stron, jakie wynika z zawarcia umowy elektronicznej, brak czynnika czasu i przestrzeni, forma zawarcia umowy i niekiedy sposób wykonania umowy²⁹. Do cech umów elektronicznych należy także zaliczyć interaktywność (rozumianą jako sposób przekazywania informacji pomiędzy stronami), bezosobowość (a niekiedy także również anonimowość) w zakresie kontaktowania się stron, multimedialność w zakresie możliwości prezentacji ofert i innych informacji, szybkość samych czynności zmierzających do zawarcia

²⁸ W. Kilian, w: J. Gołaczyński (red.), Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej, Warszawa 2006, s. 209 i n.; J. Gołaczyński, Umowy elektroniczne – próba definicji, w: J. Gołaczyński (red.), Prawo umów elektronicznych, s. 119–120; J. Janowski, Kontrakty elektroniczne, s. 59 i n.

²⁹ W. Kilian, w: J. Gołaczyński (red.), Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej, Warszawa 2006, s. 210.

umowy oraz globalność umożliwiającą natychmiastowe nawiązanie kontaktów w celu zawarcia umowy z osobą z każdego miejsca na Ziemi³⁰.

W szczególności chodzi tu o stopniowanie wymiany informacji od pasywnej (przez stronę www) do aktywnej przez przesyłanie szczegółowych informacji pocztą elektroniczną. Wskazuje się często na problemy związane z temporalnością, tj. z jakim momentem można mówić o złożeniu oferty oraz przez którą stronę³¹. Wydaje się, że warto w tym miejscu wspomnieć o działaniach prawodawcy unijnego, które doprowadziły do możliwości skorzystania z usługi uwierzytelniania witryn internetowych, za pomocą której odwiedzający daną witrynę internetową może być pewny, że za tą witryną internetową stoi prawdziwy i prawowity podmiot (motyw 67 preambuły oraz art. 45 rozporządzenia eIDAS). Mimo braku skutków prawnych taka usługa ma szansę zwiększyć zaufanie do przedsiębiorców działających w internecie, szczególnie w zakresie handlu elektronicznego, ponieważ jedna ze stron umowy (najczęściej będzie to konsument) – zawierająca umowę za pośrednictwem takiej strony internetowej – będzie miała możliwość relatywnie wiarygodnej identyfikacji przedsiębiorcy prowadzącego taką stronę³².

§ 4. Typy umów elektronicznych

I. Uwagi ogólne

Umowy zawierane w zakresie usług świadczonych elektronicznie są bardzo rozpowszechnione w dzisiejszym świecie, zarówno w obrocie profesjonalnym, jak i powszechnym i konsumenckim. Istotne znaczenie ma dyrektywa o handlu elektronicznym, która w Polsce została implementowana zasadniczo w ustawie z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³³. W tej właśnie ustawie przewidziano podstawowe typy umów w zakresie usług elektronicznych, określając, co do zasady, zakres odpowiedzialności przedsiębiorcy świadczącego takie usługi³⁴. Typologia kontraktów w zakresie usług elektronicznych jest jednak niezmiernie zróżnicowana. Mimo że umowy te łączą postać elektro-

³⁰ J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne*, s. 59.

³¹ J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba definicji*, s. 19 i n.

³² J. Gołaczyński, w: W. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, s. 485.

³³ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 344, dalej jako *ŚwiadUsłEIU*.

³⁴ *Usługi społeczeństwa informacyjnego*.

niczna, różnic jest zdecydowanie więcej niż podobieństw, a przedmiot i treść tych czynności prawnych mogą być ujęte umową nazwaną (np. sprzedaż, najem czy zlecenie), a także umową nienazwaną. Z tego względu poniżej zostaną pokrótce przedstawione wybrane umowy elektroniczne.

Z uwagi na sposób spełnienia świadczenia umowy elektroniczne można podzielić na umowy bezpośrednie (*direct e-commerce*) oraz umowy elektroniczne pośrednie, czyli *indirect e-commerce*. Chodzi tu o spełnienie świadczenia wynikającego z umowy, i tak, w sytuacji, gdy mamy do czynienia ze świadczeniem, którego przedmiotem jest świadczenie elektroniczne, to zwykle jest spełniane przez internet. Należy wskazać, że zawarcie takiej umowy i jej wykonanie, ze względu na przedmiot świadczenia następują za pośrednictwem sieci internetowej³⁵. Wskazuje się, że kryterium bezpośredniości i pośredniości odnosi się do sposobu składania oświadczeń woli składających się na czynność prawną dokonywaną elektronicznie. I tak, w przypadku wymiany oświadczeń woli w celu zawarcia umowy przy jednoczesnej obecności strony za pośrednictwem sieci teleinformatycznej mamy do czynienia z umową zawieraną przez internet (*on-line*). Umowy *off-line* polegają natomiast na składaniu oświadczeń woli elektronicznie, ale bez jednoczesnej obecności, czyli np. poprzez wymianę zapisanych na elektronicznych nośnikach oświadczeń woli stron.

Drugi podział dotyczy kryterium rodzaju świadczenia spełnionego przez usługodawcę usług internetowych. Podobnie jak w obrocie powszechnym, w którym można korzystać z usług pośredników, czyli np. przedsiębiorców świadczących usługi przesyłowe jak przesył energii elektrycznej, wody lub gazu, również powrocie elektronicznym konieczne jest korzystanie z usług podmiotów pośredniczących. Należą do nich przedsiębiorcy będący właścicielami sieci telekomunikacyjnej, która umożliwia korzystanie z jej łączy, tj. podmioty umożliwiające dostęp do internetu, a także podmioty świadczące usługi za pośrednictwem internetu, czyli usługi poczty elektronicznej³⁶.

Można zatem zaliczyć do grupy podmiotów świadczących usługi przez internet podmioty zwane *Network provider*, które zapewniają utrzymanie sieci teleinformatycznej; następnie podmioty, których świadczenie polega na umożliwieniu dostępu do tej sieci, czyli *Access Provider* oraz dostawców usług

³⁵ J. Golaczyński, w: W. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, s. 485 i n.; M. Węgiński, Charakterystyka, s. 34.

³⁶ Chodzi o *Internet service provider* oraz *Intermediary service provider*. Pierwsze określenie oznacza podmioty świadczące usługi przy wykorzystaniu internetu. Drugie pojęcie dotyczy natomiast podmiotów pośredniczących w świadczeniu usług za pośrednictwem internetu, czyli np. dostawców mediów, dostępu do sieci (ang. ISP).