

Ekspertyza
w sprawie wymagań dotyczących trwałego nośnika informacji
w unijnych i krajowych przepisach o usługach płatniczych

Opinia została przygotowana w ramach Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego na zlecenie kancelarii Sołtysiński Kawecki & Szlęzak. Celem opinii jest udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. W ramach regulacji dotyczących trwałego nośnika informacji, aby rozwiązanie spełniało cechy trwałego nośnika należy wykluczyć możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji przez bank, a brak takiej możliwości musi być zagwarantowany na poziomie organizacyjnym, prawnym oraz technologicznym. Czy do przedsiębiorcy, który na zlecenie banku przechowuje w zarządzanym i kontrolowanym przez siebie archiwum informacje klientów banku w ramach trwałego nośnika informacji, znajdują zastosowanie reguły, zgodnie z którymi należy wykluczyć możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji umieszczonych na trwałym nośniku przez takiego przedsiębiorcę?
2. Czy pojęcie „innego przedsiębiorcy” o którym mowa w wyroku BAWAG (C-375/15) dotyczy wyłącznie podmiotów zależnych od banku, który ma obowiązek przekazywać informacje na trwałym nośniku, czy dotyczy ono każdego podmiotu, któremu bank powierzył przechowywanie informacji na takim trwałym nośniku?
3. Zgodnie z wyrokiem BAWAG, trwały nośnik informacji powinien umożliwiać klientowi banku dostęp do informacji na trwałym nośniku w trakcie oraz po ustaniu relacji prawnej z bankiem. Czy warunek ten jest spełniony, jeżeli przedsiębiorca, któremu bank powierzył zarządzanie trwałym nośnikiem ma możliwość zablokowania klientowi dostępu do informacji na trwałym nośniku?

Ad. 1. Zastosowanie wymogów dotyczących trwałego nośnika do nośnika dostarczanego przez przedsiębiorcę na zlecenie banku

Pytanie dotyczy wykładni przepisów prawa Unii Europejskiej oraz odpowiadających im przepisów prawa krajowego. Zagadnienie objęte ekspertyzą powstaje na tle przepisów dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającej dyrektywę 97/5/WE (Dz.U. 2007, L 319, s. 1, ze zm., zwanej dalej „dyrektywą 2007/64/WE”). Dyrektywa ta jest implementowana w prawie krajowym przepisami ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2003, dalej „u.u.p.”). Należy zaznaczyć, że dyrektywa 2007/64/WE traci moc z dniem 12 stycznia 2018 r. w związku z rozpoczęciem stosowania dyrektywy Parlamen-

tu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylającej dyrektywę 2007/64/WE (Dz. U. 2015, L 337/35, z 23.12.2015). Pojęcie trwałego nośnika informacji występuje praktycznie w tej samej postaci w dyrektywie dotychczas obowiązującej, jak i w nowym akcie (art. 4 pkt 35). Nowa dyrektywa nie została jeszcze transponowana do polskiego porządku prawnego, natomiast opublikowany obszerny projekt ustawy o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw z dnia 28 kwietnia 2017 r. nie wskazuje na zamiar nowelizowania definicji trwałego nośnika informacji¹. Pojęcie „trwałego nośnika informacji” lub „trwałego nośnika” występuje również w innych przepisach Unii Europejskiej oraz aktach ustawowych implementujących te przepisy w krajowym porządku prawnym². Dotyczy to m.in. dyrektyw i ustaw dotyczących kredytu konsumenckiego³, praw konsumentów⁴, zaś orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE w tej sprawie dotyczy także aktów prawnych poprzedzających te dyrektywy i ustawy.

W art. 4 pkt 25 dyrektywy 2007/64/WE zdefiniowano "trwały nośnik informacji" jako „dowolny instrument umożliwiający użytkownikowi usług płatniczych przechowywanie informacji adresowanych osobiście do niego w sposób umożliwiający dostęp do nich w przyszłości przez okres właściwy do celów tych informacji i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci”. Odpowiednikiem tej definicji w prawie krajowym jest przepis art. 2 pkt 30 u.u.p., zgodnie z którym trwały nośnik informacji to „nośnik umożliwiający użytkownikowi przechowywanie adresowanych do niego informacji w sposób umożliwiający dostęp do nich przez okres odpowiedni do celów sporządzenia tych informacji i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci”. Pojęcia trwałego nośnika informacji i trwałego nośnika są używane w ekspertyzie jako pojęcia ekwiwalentne.

Pierwsze pytanie dotyczy tego, czy wymagania dotyczące trwałego nośnika odnoszą się również do trwałego nośnika, który na zlecenie banku (instytucji płatniczej) jest zapewniany przez innego przedsiębiorcę. W szczególności należy ocenić, czy do takiego przedsiębiorcy znajdują zastosowanie reguły, zgodnie z którymi należy wykluczyć możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji umieszczonych na trwałym nośniku.

¹ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12298151/katalog/12432050#12432050>

² Genezę pojęcia trwały nośnik przedstawia Berenika Kaczmarek-Templin, w B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 20.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG, implementowana ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1528 ze zm.)

⁴ Dyrektywa 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 L 304 z 22.11.2011, str. 64) implementowana ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 683).

Definicja trwałego nośnika w dyrektywie 2007/64/WE oraz w u.p.p. nie zawiera żadnych elementów podmiotowych dotyczących jednostki zapewniającej trwały nośnik. Jedynym podmiotem występującym w tych definicjach jest użytkownik, czyli zgodnie z art. 2 pkt 34 u.p.p., osoba korzystająca z usług płatniczych w charakterze płatnika lub odbiorcy. Na gruncie wykładni językowej z definicji trwałego nośnika można zatem wyprowadzić wniosek, że każdy podmiot zapewniający trwały nośnik informacji powinien zapewnić taką funkcjonalność nośnika, jaka została określona w definicji trwałego nośnika. Będzie to dotyczyło zarówno dostawcy usługi płatniczej, jak i przedsiębiorcy któremu dostawca powierza zapewnienie trwałego nośnika do przekazywania użytkownikom informacji wymaganych przepisami.

Podobne wnioski wynikają również z analizy celów posługiwania się trwałym nośnikiem informacji, wynikających z art. 2 pkt 30 u.p.p. Posługiwanie się trwałym nośnikiem ma umożliwić przechowywanie adresowanych do użytkownika informacji, w sposób umożliwiający dostęp do nich przez okres odpowiedni do celów sporządzenia tych informacji i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Osiągnięcie celów związanych z przechowaniem informacji, dostępem do nich i odtwarzaniem ich w niezmienionej postaci nie może być zależne od tego, czy trwały nośnik zapewnia dostawca usługi płatniczej, czy przedsiębiorca działający na jego zlecenie. Wyniki analizy przepisów u.p.p., w których przewidziano dostarczanie informacji na trwałym nośniku informacji (m.in. art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 26 ust. 1 i art. 28 ust. 1 u.p.p.) nie wskazują, aby w jakimkolwiek przypadku można było zróżnicować wymogi dotyczące trwałego nośnika w zależności od tego, czy nośnik dostarcza dostawca usługi płatniczej (banku), czy też przedsiębiorca działający na jego zlecenie.

Pytanie pierwsze dotyczy w szczególności zastosowania do przedsiębiorcy działającego na zlecenie dostawcy usługi płatniczej (banku) reguły, zgodnie z którą należy wykluczyć możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji umieszczonych na trwałym nośniku przez takiego przedsiębiorcę. Wspomniana reguła jest związana z zasadniczą funkcją przepisów o trwałych nośnikach. Funkcja ta dotyczy ochrony interesów użytkowników usług płatniczych w stosunkach z dostawcą tych usług.

Motyw 24 dyrektywy 2007/64/WE, wyjaśniając wymogi dotyczące wstępnych informacji o umowach wskazuje, że informacje powinny być zawsze dostarczane na papierze lub innych trwałych nośnikach informacji, takich jak wydruki z drukarek wyciągów, dyskietki, płyty CDROM, DVD i twarde dyski komputerów osobistych, które umożliwiają przechowywanie poczty elektronicznej, oraz strony internetowe, o ile strony takie umożliwiają dostęp do nich w przyszłości przez okres właściwy do celów tych informacji i pozwalają na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Definicja trwałego nośnika informacji w art. 4 pkt 25 dyrektywy 2007/64/WE również wskazuje, że nośnik powinien pozwalać na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Identyczne sformułowanie występuje także w krajowej definicji trwałego nośnika informacji w art. 2 pkt 30 u.p.p. Nie ma zatem wątpliwości, że zarówno w świetle prawa unijnego, jak i prawa krajowego zapewnienie niezmienności informacji przekazanej na trwałym nośniku powinno być podstawową cechą tego nośnika. Niezmiennosc informacji ma chronić interesy użytkownika usług w ramach stosunków łączących go z dostawcą usługi płatniczej. Również sformułowanie o

odtworzeniu informacji umieszczonych na trwałym nośniku wskazuje, że funkcja trwałego nośnika jest związana z możliwością korzystania z zapisanej informacji w dowolnym momencie całego okresu, w którym dostęp do tej informacji jest konieczny dla ochrony interesu użytkownika. Jakakolwiek możliwość dokonywania jednostronnej zmiany informacji przekazanej na trwałym nośniku, przez dostawcę usługi płatniczej lub przedsiębiorcę zapewniającego trwały nośnik na zlecenie tego dostawcy, nie daje się pogodzić z wymogami dotyczącymi niezmienności informacji oraz możliwości jej wielokrotnego odtwarzania.

Wymóg niezmienności informacji przechowywanych na trwałym nośniku jest podkreślany w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE. W wyroku z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie *Content Services Ltd* przeciwko *Bundesarbeitskammer*, C-49/11 (ECLI:EU:C:2012:419) wydanym na gruncie innej dyrektywy⁵, w której również występuje pojęcie trwałego nośnika, Trybunał stwierdził, że nośnik może być uznany za trwały jeżeli gwarantuje brak zmian w zawartości informacji, które zostały przekazane konsumentowi (pkt 43). Identyczny wymóg sformułowano na gruncie kolejnej dyrektywy⁶ określającej wymagania dotyczące posługiwania się trwałym nośnikiem, w wyroku z dnia 9 listopada 2016 r. w sprawie *Home Credit Slovakia a.s.* przeciwko *Klárze Bíróovej*, C-42/15 (EU:C:2016:842, pkt 35). To stanowisko podtrzymane zostało także w wyroku z dnia 25 stycznia 2017 r. w sprawie *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG* przeciwko *Verein für Konsumenteninformation*, C-375/15 (ECLI:EU:C:2017:38, pkt 42) dotyczącym już bezpośrednio pojęcia trwałego nośnika informacji w dyrektywie 2007/64/WE. W wyroku tym (dalej jako „wyrok BAWAG”) Trybunał jednoznacznie potwierdził wymóg niezmienności, wskazując w odniesieniu do stron internetowych będących trwałymi nośnikami, że „aby stronę internetową można było uznać za „trwały nośnik” (...) „należy wykluczyć możliwość wszelkiej jednostronnej zmiany jej treści przez dostawcę usług płatniczych lub innego przedsiębiorcę, któremu powierzy się zarządzanie tą stroną” (pkt 44). Gwarancja braku technicznej możliwości wprowadzania zmian w zawartości informacji, czyli niezmiennosc tej informacji, jest konieczną w świetle tych orzeczeń cechą trwałego nośnika. W orzecznictwie Trybunału wymóg gwarancji braku zmian w treści informacji (niezmiennosci informacji) nie zawiera jakichkolwiek elementów pozwalających na różnicowanie zasięgu podmiotowego tego wymogu w zależności od tego, czy trwały nośnik zapewnia instytucja płatnicza, czy przedsiębiorca działający na zlecenie tej instytucji. Gwarancja ta dotyczy zarówno zmiany treści informacji umieszczonej na trwałym nośniku, jak i usunięcia tej informacji.

W zdaniu wprowadzającym do pytania pierwszego stwierdza się, że brak możliwości dokonywania zmiany informacji jest cechą trwałego nośnika, a brak takiej możliwości powinien być zagwarantowany na poziomie organizacyjnym, prawnym oraz technologicznym. Są to gwarancje o różnym charakterze. Dlatego pełna odpowiedź na pytanie pierwsze wymaga ustalenia, w jakich okolicznościach można uznać, iż możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji nie występuje. Sprawa ta jest omawiana w literaturze. Agnieszka Ku-

⁵ Dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, (Dz.U. 1997, L 144, s. 19).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającej dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. 2008, L 133, s. 66, ze zm.)

biak-Cyrul stwierdza, że w przypadku trwałego nośnika „[s]posób przechowywania informacji na stronie internetowej musi zapewniać ochronę informacji przed jednostronną ich zmianą przez przedsiębiorcę”⁷. Podobne stanowisko w odniesieniu do poszczególnych rodzajów potencjalnych trwałych nośników zajmuje Jan M. Szczygieł, który w odniesieniu do serwisów bankowości internetowej za trwały nośnik uznaje tylko taki serwis, który m.in. „zagwarantuje brak jakiegokolwiek możliwości modyfikacji przekazanych komunikatów przez właściciela serwisu”⁸.

Istotne argumenty w analizowanej sprawie wynikają z wyroku Trybunału Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) z dnia 27 stycznia 2010 r.⁹, który dotyczy definicji pojęcia trwałego nośnika na gruncie dyrektywy 2002/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (art. 2 pkt 12). W wyroku tym zmierza się bowiem do ustalenia w jakim przypadku strona internetowa może być uznana za trwały nośnik (pkt 27). Sprzyja temu rozbudowana definicja trwałego nośnika w tej dyrektywie, która odnosi się w szczególności do warunków jakie musi spełniać strona internetowa, aby można ją było uznać za trwały nośnik. Rozważając tę sprawę z uwzględnieniem stanowisk państw uczestniczących w tym postępowaniu, Trybunał EFTA uwzględnia takie wymagania, jak to aby klient miał samodzielny dostęp do oryginalnej treści wiadomości, a także aby jakiegokolwiek zmiany tej informacji były dla niego widoczne. Poruszana jest kwestia gwarancji dla klienta, iż informacja zawarta na stronie nie była zmieniana, który uzyskuje taką pewność jedynie poprzez zapisanie treści tej informacji na własnym urządzeniu, co pozbawia taką stronę cechy trwałego nośnika. Warunki gwarantujące niezmiennosc informacji muszą być oceniane w każdym przypadku, a klient powinien mieć możliwość samodzielnego dostępu do informacji, bez konieczności odwoływania się do pośrednictwa innego podmiotu. Jeżeli zatem przedsiębiorca może zmienić lub usunąć informację w jakimkolwiek czasie, strona taka nie ma cech trwałego nośnika. Strona internetowa jako trwały nośnik wymagałaby takich zabezpieczeń, aby podmiot zapewniający tę stronę nie mógł jej samodzielnie zmienić. W wyroku tym Trybunał odwołuje się (pkt 56) do raportu grupy eksperckiej ESME (European Securities Markets Expert Group) z roku 2007, na temat pojęcia „trwałego nośnika”¹⁰. W raporcie tym ESME stwierdza, że strony internetowe, które są często zmieniane, a użytkownik nie ma możliwości zabezpieczenia informacji, nie mogą być traktowane jako trwały nośnik.

Formułując wymagania dotyczące stron spełniających wymagania dla trwałego nośnika Trybunał EFTA wskazuje, że informacja musi być przechowywana w taki sposób, który uniemożliwia przedsiębiorcy jednostronną zmianę tej informacji (pkt 61). Podsumowując ustalenia dotyczące stron, które mogą być w związku z tym uznane za trwały nośnik, Trybu-

⁷ Agnieszka Kubiak-Cyrul, Udostępnianie wzorca umownego w elektronicznym obrocie konsumencim z perspektywy prawa unijnego i orzecznictwa TS, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2017, 3(6), s. 17, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/42/00.pdf>

⁸ Jan Marek Szczygieł, Trwały nośnik w obrocie konsumenckim, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2017, 3(6), s. 24, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/42/19.pdf>

⁹ Wyrok z dnia 27 stycznia 2010 r. w sprawie Inconsult Anstalt przeciwko Finanzmarktaufsicht, E-4/09, Dz. Urz. UE. C Nr 305 z 11.11.2010 r., s. 16.

¹⁰ ESME's Report on Durable Medium - Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf

nał EFTA stwierdza w punkcie 66, że strona internetowa uznawana za trwały nośnik zawiera bezpieczną pojemność do przechowywania dla indywidualnych użytkowników, do której uzyskuje się dostęp za pomocą kodu użytkownika i hasła. Pod warunkiem, że ta metoda przechowania wyklucza jakąkolwiek możliwość zmiany informacji przez przedsiębiorcę, taki sposób przechowywania może być porównywany z własnym twardym dyskiem użytkownika z tą różnicą, że użytkownik uzyskuje dostęp do informacji za pośrednictwem Internetu. Trybunał uznaje, że taki rodzaj zaawansowanej strony internetowej może być kwalifikowany jako trwały nośnik. W punkcie 67 Trybunał stwierdza, że nie można wykluczyć innych rozwiązań technologicznych zapewniających bezpieczne odtwarzanie niezmięnionej informacji, ale ocena musi być dokonywana na podstawie konkretnych cech takiej technologii. Trybunał jedynie wskazuje niezbędne cechy takiej technologii, a jedną z tych cech, wymienioną w punkcie 3 sentencji jest wymóg, aby informacja była przechowywana w taki sposób, że nie jest możliwe dokonanie jednostronnej zmiany tej informacji przez przedsiębiorcę.

W świetle wyroku Trybunału EFTA wykluczenie możliwości jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji przez instytucję płatniczą powinno być zagwarantowane nie tylko na poziomie organizacyjnym lub prawnym, ale przede wszystkim na poziomie technologicznym. Wyrok Trybunału EFTA wymaga, aby możliwość zmiany lub usunięcia informacji została wykluczona. Wymaga zatem gwarancji bezwzględnej, która może wynikać jedynie z zabezpieczeń technologicznych uniemożliwiających dokonanie zmiany. Gwarancje prawne i organizacyjne, w szczególności zobowiązania umowne i przedsięwzięcia organizacyjne mogą wspierać niezmienną informację, ale nie są wystarczające do stwierdzenia, że dany nośnik spełnia wymagania dotyczące trwałego nośnika. Można z tego wyprowadzić wniosek, że gwarancję dostępu do informacji w niezmięnionej postaci użytkownik ma wtedy, gdy zarówno oryginalna postać takich informacji znajduje się poza kontrolą dostawcy, jak i sam dostęp do nich następuje niezależnie od dostawcy, czy też przedsiębiorcy działającego na jego zlecenie.

W związku z powyższym, w odpowiedzi na pierwsze pytanie uznają, że do przedsiębiorcy, który na zlecenie banku przechowuje w zarządzanym i kontrolowanym przez siebie archiwum informacje klientów banku w ramach trwałego nośnika informacji, znajdują w pełni zastosowanie reguły, zgodnie z którymi należy jednoznacznie wykluczyć możliwość jednostronnej zmiany lub usunięcia informacji umieszczonych na trwałym nośniku przez takiego przedsiębiorcę.

Ad. 2. Pojęcie „innego przedsiębiorcy” w wyroku BAWAG (C-375/15)

W powołanym wyżej wyroku BAWAG (C-375/15) Trybunał odnosi wymagania dotyczące trwałego nośnika również do „innego przedsiębiorcy”. Pojęcie innego przedsiębiorcy występuje w motywach wyroku i w samej sentencji. W punkcie 44 wyraźnie odniesiono do trwałego nośnika wymóg wykluczenia możliwości wszelkiej jednostronnej zmiany treści informacji przez dostawcę usług płatniczych lub innego przedsiębiorcę, któremu powierzy się zarządzanie nośnikiem. „Inny przedsiębiorca” występujący w postanowieniach tego wyroku, to przedsiębiorca, któremu dostawca usług płatniczych powierzył zarządzanie stroną internetową.

ową umożliwiającą użytkownikowi usług płatniczych przechowywanie informacji adresowanych do niego. To samo rozumienie określenia „inny przedsiębiorca” potwierdza punkt 51, w którym Trybunał określa wymagania dotyczące wysyłania listu lub wiadomości elektronicznej na adres zwykle używany przez użytkownika usług płatniczych do komunikacji z innymi osobami. Jest to adres uzgodniony w umowie ramowej zawartej przez dostawcę usług płatniczych z użytkownikiem. Trybunał zastrzega, że nie może to być jednak adres przydzielony temu użytkownikowi na stronie internetowej bankowości elektronicznej zarządzanej przez dostawcę usług płatniczych lub innego przedsiębiorcę, któremu powierzono zarządzanie tą stroną. Skrzynka taka nie jest bowiem używana przez tego użytkownika do zwykłej komunikacji z osobami innymi niż ten dostawca. Z tych dwóch motywów wyroku BAWAG (C-375/15) wynika, że „inny przedsiębiorca” jest przedsiębiorcą, któremu dostawca usług płatniczych powierzył zarządzanie stroną internetową do przesyłania informacji użytkownikom, a przedsiębiorca ten może także przydzielać użytkownikom adresy na tej stronie.

Pojęcie innego przedsiębiorcy występuje wreszcie w sentencji wyroku, w której Trybunał stwierdza, że strona internetowa może być uznana za trwały nośnik informacji, jeżeli daje użytkownikowi możliwość przechowywania informacji adresowanych osobiście do niego w sposób umożliwiający dostęp do nich i odtworzenie ich w niezmienionej postaci we właściwym okresie, bez możliwości jednostronnego wprowadzenia przez tego dostawcę lub przez innego przedsiębiorcę zmian do ich treści. Innego przedsiębiorcy dotyczy zatem zakaz jednostronnego wprowadzania zmian do treści znajdujących się na takiej stronie.

Z przedstawionych wyżej odniesień do innego przedsiębiorcy wynika, że relacja między dostawcą usług płatniczych a innym przedsiębiorcą, o którym mowa w wyroku, polega na powierzeniu mu zadania polegającego na zarządzaniu stroną internetową, która ma pełnić funkcję trwałego nośnika. Inny przedsiębiorca występuje zatem wyłącznie jako wykonawca określonej funkcji powierzonej przez dostawcę usługi płatniczej.

Pytanie drugie dotyczy tego, czy wymagania odnoszone w wyroku do „innego przedsiębiorcy” dotyczą wyłącznie podmiotów zależnych od banku zobowiązanego do przekazywania informacji na trwałym nośniku, czy dotyczą one każdego podmiotu, któremu bank powierzył przechowywanie informacji na takim trwałym nośniku. Z wyroku nie wynika jakkolwiek przesłanka pozwalająca na zastosowanie takiego rozróżnienia. Nie ma również takiej podstawy w przepisach dyrektywy 2007/64/WE. Za takim stanowiskiem przemawia również jednoznacznie wykładnia funkcjonalna związana z ochronnymi celami przepisów o dostarczaniu informacji na trwałym nośniku. Zakaz jednostronnego zmieniania lub usuwania informacji obowiązuje w przypadku trwałego nośnika niezależnie od tego, czy dostawca usługi zapewnia trwały nośnik samodzielnie, czy posługuje się w tym celu innym przedsiębiorcą. Stosunek pomiędzy dostawcą usługi a przedsiębiorcą dostarczającym trwały nośnik polega jedynie na powierzeniu temu przedsiębiorcy takiego zadania.

Relacja kapitałowa, czy zależność pomiędzy dostawcą usługi płatniczej a innym przedsiębiorcą wynikająca z jakiegokolwiek innej podstawy, nie może mieć wpływu na cechy trwałego nośnika, które mają chronić interes użytkownika usługi. Dopuszczenie zróżnicowania cech trwałego nośnika w zależności od charakteru relacji pomiędzy do-

stawcą usługi płatniczej a dostawcą trwałego nośnika oznaczałoby osłabienie ochrony interesu użytkownika, a w konsekwencji osłabienie efektywności przepisów dyrektywy dotyczących trwałych nośników.

W związku z powyższym, w odpowiedzi na pytanie drugie uznaję, że pojęcie „innego przedsiębiorcy”, o którym mowa w wyroku BAWAG (C-375/15) dotyczy w taki sam sposób podmiotów zależnych od banku, jak i innych przedsiębiorców, którym bank powierzył przechowywanie informacji przekazanych użytkownikom na trwałym nośniku.

Ad. 3. Wpływ możliwości zablokowania dostępu użytkownika do informacji na trwałym nośniku na ocenę tego nośnika

Trwały nośnik informacji powinien, zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 25 dyrektywy 2007/64/WE, umożliwiać użytkownikowi usług płatniczych przechowywanie informacji adresowanych osobiście do niego w sposób umożliwiający dostęp do nich w przyszłości przez okres właściwy do celów tych informacji i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Już z tej definicji wynika, że jakakolwiek, nawet potencjalna możliwość blokowania dostępu do informacji umieszczonej na trwałym nośniku narusza podstawowy wymóg dotyczący trwałego nośnika. Dotyczy to możliwości blokowania dostępu w okresie utrzymywania relacji prawnej pomiędzy dostawcą usługi płatniczej a użytkownikiem oraz po ustaniu tej relacji „przez okres właściwy do celów tych informacji”. Przepis art. 2 pkt 30 u.p.p. wymaga, aby dostęp był zapewniany „przez okres odpowiedni do celów sporządzenia tych informacji”. Nie ulega zatem wątpliwości, że jeżeli przechowywanie i udostępnianie informacji odbywa się pod kontrolą dostawcy, który ma techniczną możliwość zablokowania użytkownikowi dostępu do informacji, to nośnik na którym ta informacja się znajduje nie może być uznany za trwały nośnik w rozumieniu dyrektywy 2007/64/WE oraz u.p.p. Blokowanie dostępu, obok możliwości zmiany informacji, zostało wymienione w opinii Rzecznika Generalnego Michała Bobeka w sprawie BAWAG C-375/15¹¹, z powołaniem się na stanowisko rządu polskiego, jako okoliczność niemożliwa do pogodzenia z wymogami przewidzianymi dla trwałego nośnika.

Drugie zagadnienie wynikające z pytania dotyczy tego, czy zakaz blokowania dostępu do informacji na trwałym nośniku dotyczy tylko dostawcy usługi płatniczej, czy również przedsiębiorcy, któremu ten dostawca powierzył zadanie dostarczania trwałego nośnika. Przepisy dyrektywy 2007/64/WE oraz przepisy u.p.p. przewidujące obowiązki w zakresie posługiwania się trwałym nośnikiem nie przewidują żadnych odstępstw od wymaganej charakterystyki trwałego nośnika w zależności od tego, czy nośnik jest dostarczany przez do-

¹¹ Opinia Rzecznika Generalnego Michała Bobeka z dnia 15 września 2016 r. w sprawie C 375/15 BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG przeciwko Verein für Konsumenteninformation, pkt 48.

stawcę usług płatniczych, czy przed przedsiębiorcę działającego na zlecenie dostawcy. Powołane wyżej wyroki w sprawie BAWAG (C-375/15) oraz Content Services (C 49/11) potwierdzają, że wymagania dotyczące trwałego nośnika stosuje się niezależnie od tego, czy trwały nośnik jest zapewniany przez dostawcę usług płatniczych, czy przez innego przedsiębiorcę działającego na jego zlecenie. Zatem można stwierdzić, iż zakaz blokowania dostępu do informacji znajdujących się na trwałym nośniku dotyczy w takim samym stopniu dostawcy usług płatniczych, jak i innych przedsiębiorców, którym taki dostawca powierza zapewnienie trwałego nośnika.

Kwestia możliwości zablokowania dostępu do informacji na trwałym nośniku jest istotna nie tylko w okresie trwania stosunku prawnego użytkownika z dostawcą usługi płatniczej, ale również po ustaniu tego stosunku. Nośnik trwały musi gwarantować dostęp do informacji przez czas odpowiedni do celów, jakim informacje te służą. Oznacza to, że informacje te powinny być dostępne dla użytkownika tak długo, jak są one dla niego istotne w celu ochrony jego interesów wynikających ze stosunków umownych łączących go z dostawcą usługi. Obejmuje to niewątpliwie okres wykonywania umowy, a także okres, w którym użytkownikowi po rozwiązaniu umowy przysługują roszczenia z tytułu tej umowy.

W związku z powyższym uznaję, że zarówno w świetle dyrektywy 2007/64/WE, jak i przepisów u.p.p. oraz zgodnie z wyrokiem w sprawie BAWAG (C-375/15), warunek dotyczący dostępu użytkownika do informacji na trwałym nośniku nie jest spełniony, jeżeli przedsiębiorca, któremu bank powierzył zarządzanie trwałym nośnikiem ma techniczną możliwość zablokowania użytkownikowi dostępu do informacji na trwałym nośniku w okresie wykonywania umowy, lub po jej rozwiązaniu, dopóki użytkownikowi przysługują roszczenia z tytułu tej umowy.

prof. dr hab. Stanisław Piątek

Warszawa, dnia 30 grudnia 2017 r.