

MIROSLAW GUMULARZ*

OCHRONA KONSUMENTA
A FENOMEN „ROZSZERZONEJ RZECZYWISTOŚCI” —
NOWE WYZWANIA POLITYKI PRAWA

WSTĘP

Problem asymetrii informacyjnej pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą a ich kontrahentami, którzy nie są przedsiębiorcami, stanowi fundamentalną kwestię, wokół której zbudowany jest system ochrony konsumentów w Unii Europejskiej. W związku z tym przyjmuje się, iż polityka ochrony konsumentów w Unii Europejskiej oparta jest na paradygmacie ochrony przez informacje¹. Można powiedzieć, iż asymetria informacyjna jest zasadniczym przejawem braku równorzędności zachodzącej pomiędzy profesjonalistą i konsumentem. Jest to jednocześnie — obok zaburzenia konkurencji — podstawowy objaw wadliwości danego rynku². Wskazany problem jest wielopłaszczyznowy, dotyczy zarówno faktycznej dostępności (niezależnie od źródła, w tym od proponenta danej umowy) informacji — w szczególności jej jakości — jak i skłonności konsumentów do poszukiwania i korzystania z dostępnych informacji. Z punktu widzenia polityki prawa pierwszorzędne znaczenie ma obiektywna dostępność informacji. Natomiast

* Doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikant radcowski przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie.

¹ E. Lętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 27; P. Mikłaszewicz: *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 34 i podana tam literatura.

² P. Mikłaszewicz: *Obowiązki...*, *op. cit.*, s. 214. Zaburzenia w funkcjonowaniu rynku mogą wynikać także ze specyficznych problemów danego rynku (np. o podłożu kulturowym) — J. Bazylińska: *Ochrona zbiorowych interesów konsumentów w prawie Unii Europejskiej i wybranych porządkach prawnych państw członkowskich*, Toruń 2012, s. 218.

kwestia skłonności do samodzielnego poszukiwania informacji jest problemem bardziej psychologicznym i socjologicznym.

Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, iż w dzisiejszych czasach zasadniczym katalizatorem zmian w dostępie do informacji jest rozwój nowych technologii informacyjnych. Natomiast na tym obszarze obecnie najbardziej dynamiczny i znaczący postęp dotyczy technologii tzw. rozszerzonej rzeczywistości (dalej też jako „AR”)³. Jak to zostanie przedstawione poniżej, możliwości płynące z zastosowania technologii AR mogą znacząco wpływać na redukcję asymetrii informacyjnej. Przyjmując założenie, iż system ochrony konsumenta powinien reagować na zmieniające się realia obrotu, w tym związane z dostępem do informacji, należy zadać pytanie o efektywność instrumentów tej ochrony przyjętych w prawie Unii Europejskiej oraz prawa polskiego. Chodzi przede wszystkim o to, czy instrumenty te uwzględniają możliwości płynące z zastosowania nowych technologii informacyjnych, w tym AR. Rezultatem tej analizy będzie ocena możliwego wpływu wskazanego zjawiska na założenia regulacyjne poszczególnych instrumentów polityki prawa ochrony konsumentów.

POJĘCIE ROZSZERZONEJ RZECZYWISTOŚCI

Aby odpowiedzieć na powyższe pytania, należy w pierwszej kolejności zarysować specyfikę współczesnego — w coraz większym stopniu z informatyzowanego — obrotu masowego. Jak to wskazano powyżej, w tym zakresie istotne znaczenie ma rozwój AR. Najogólniej rzecz ujmując, zjawisko to polega na powiązaniu realnej rzeczywistości z rzeczywistością wirtualną, tj. z informacją w formie elektronicznej, dostępną w szczególności na stronach internetowych (WWW czy WAP). Instrumentem wiązania tych rzeczywistości są wielofunkcyjne urządzenia korzystające z aplikacji mobilnych, w szczególności smartfony⁴. Małe rozmiary oraz dostępność tego typu urządzeń dla coraz szerszej grupy osób (w szczególności konsumentów) ma istotne znaczenie dla obiegu informacji. Informacja zapisana w formie elektronicznej staje się częścią realnej rzeczywistości i czynnikiem bezpośrednio kształtującym obrót.

Patrząc z informatycznego punktu widzenia, wskazuje się, iż AR nie tworzy nowego świata — na przykład świata 3D (jak wirtualna rzeczywistość, Virtual Re-

³ Określenie „rozszerzona rzeczywistość” to tłumaczenie angielskiego terminu *augmented reality*.

⁴ Jak podaje Wikipedia: „smartfon (*smartphone*) — przenośne urządzenie telefoniczne łączące w sobie funkcje telefonu komórkowego i komputera kieszonkowego (PDA — *Personal Digital Assistant*). Łączą one funkcje telefonu komórkowego, poczty elektronicznej, przeglądarki sieciowej, pageda, GPS, jak również cyfrowego aparatu fotograficznego i kamery wideo” — źródło: <http://pl.wikipedia.org/wiki/Smartfon> (ostatnio odwiedzana: 15.01.2013). Jak wskazują badania, Polska jest najszybciej rozwijającym się rynkiem smartfonów w Europie Środkowo-Wschodniej — zob. tekst zamieszczony na stronie: <http://www.networld.pl/news/369868/Pyramid.Research.polski.rynek.smartfonow.rosnie.najszybciej.w.regionie.html> (ostatnio odwiedzana 3.03.2013).

ality — VR). AR uzupełnia i „rozszerza” ten, który znamy⁵. Badania naukowe w dziedzinie informatyki, a dotyczące AR, skupiają się na wykorzystaniu obrazu świata rzeczywistego i „rozszerzeniu” go przez dodanie grafiki wygenerowanej za pomocą komputera⁶. Takie zastosowanie AR wykorzystywane jest przede wszystkim w medycynie i architekturze⁷. Natomiast z perspektywy przedmiotu niniejszego tekstu istotne jest wykorzystanie AR w obrocie masowym z udziałem konsumentów.

Jak to wskazano powyżej, urządzenia (w szczególności smartfony) zapewniające szybki dostęp do informacji zawartych na stronach internetowych stanowią ogniwo pośredniczące pomiędzy realną rzeczywistością a cyberprzestrzenią. Powiązanie to może być „pośrednie” (np. możliwość samodzielnego wyszukania informacji na stronach internetowych dostępnych poprzez urządzenia mobilne) albo „bezpośrednie”, w szczególności poprzez połączenie (przy użyciu aplikacji mobilnych) technologii GPS i Internetu. Jako przykład tego ostatniego można wskazać usługi geolokalizacyjne umożliwiające bezpośrednie (tj. w czasie rzeczywistym) uzyskanie informacji na temat podmiotów świadczących usługi w danej lokalizacji i o określonym profilu (np. usługi gastronomiczne)⁸. Dobrym przykładem zastosowania AR jest także możliwość uzyskania informacji znajdujących się w Internecie poprzez zeskanowanie (np. aparatem fotograficznym w smartfonie) kwadratowych fotokodów (inaczej kodów QR)⁹. Wskazany kod jest formą zapisu adresu strony internetowej odczytywanego dzięki zainstalowanej na smartfonie aplikacji mobilnej. Pozwala to na automatyczne połączenie się ze stroną internetową, której adres został w ten sposób zapisany.

Powyżej wskazano na nowoczesne mechanizmy uzyskiwania informacji. Istotny jest także zakres informacji, do których możliwy jest bezpośredni dostęp przy wykorzystaniu technologii AR. Dotyczy to wszelkich aspektów zawieranej

⁵ P. Pardel: *Przegląd ważniejszych zagadnień rozszerzonej rzeczywistości*, *Studia Informatica — Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej* 2009, vol. 30, nr 1, s. 35.

⁶ P. Pardel: *Przegląd...*, *op. cit.*, s. 35 i n.; zob. także tekst „7 things you should know about Augmented Reality”, gdzie lapidarnie scharakteryzowano AR: „Unlike virtual reality, augmented reality does not create a simulation of reality. Instead, it takes a real object or space as the foundation and incorporates technologies that add contextual data to deepen a person’s understanding of the subject” — źródło: <http://www.educause.edu/library/resources/> (ostatnio odwiedzana: 15.01.2013).

⁷ P. Pardel: *Przegląd...*, *op. cit.*, s. 38.

⁸ Np. aplikacja „Google + Lokalnie”, która umożliwia: 1) publikowanie opinii i zdjęć ulubionych miejsc użytkownika; 2) czytanie opracowanych podsumowań opinii wystawianych przez innych użytkowników; 3) wyświetlanie lokalnej strony Google + danej firmy, celem przejrzenia opinii na jej temat, zdjęć, wpisów i innych przydatnych informacji; 4) znajdowanie opinii osób, które użytkownik zna i darzy zaufaniem. Wskazane informacje dotyczą przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze, w którym znajduje się w danym momencie użytkownik.

⁹ Jak podaje Wikipedia: „kod QR (QR jest skrótem od ang. *Quick Response*) — alfanumeryczny, dwuwymiarowy, matrycowy, kwadratowy kod kreskowy. Można ją stosować do zapisywania i umieszczania w różnych miejscach adresów URL, a następnie odczytywać za pomocą odpowiednio oprogramowanych urządzeń przenośnych” — zob. szerzej: http://pl.wikipedia.org/wiki/QR_Code oraz <http://pl.wikipedia.org/wiki/Fotokod> (ostatnio odwiedzane: 19.01.2013).

umowy: informacji związanych z towarem (usługą), osobą przedsiębiorcy oraz postanowieniami umowy.

Należy zwrócić uwagę na informacje odnoszące się do właściwości oferowanych przez przedsiębiorców towarów (usług)¹⁰. AR daje możliwość bezpośredniego dostępu do informacji dotyczących ceny, jakości, cech produktu czy miejsca ich pochodzenia¹¹. Istotna jest przede wszystkim możliwość porównywania różnych ofert (dotyczących produktów i usług). Należy zwrócić uwagę także na serwisy internetowe umożliwiające wymianę (pomiędzy konsumentami) komentarzy i ocen odnośnie do usługodawców: lekarzy, nauczycieli, prawników etc.¹² Serwisy tego typu stają się coraz bardziej popularne także w Polsce. Istotna jest również możliwość uzyskiwania informacji na temat proponowanych postanowień umowy. W tym ostatnim przypadku chodzi nie tylko o dostępność on-line informacji na temat proponowanych postanowień umownych (np. regulaminów sklepów internetowych). W USA powstały serwisy dające możliwość wymiany informacji dotyczących stosowania przez określonych przedsiębiorców — niekorzystnych dla konsumentów — klauzul umownych¹³. Można powiedzieć, iż jest to — wytworzony w praktyce — odpowiednik urzędowego spisu klauzul abuzywnych (np. dostępnego na stronach internetowych Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów)¹⁴. Można założyć, iż wymiana informacji dotyczących klauzul zamieszczanych we wzorcach umownych z czasem będzie zwiększać znaczenie jakości stosowanych postanowień.

REAKCJA SYSTEMU NA ZWIĘKSZONY DOSTĘP DO INFORMACJI — NA PRZYKŁADZIE KONSTRUKCJI *UNCONSCIONABILITY* W PRAWIE AMERYKAŃSKIM

Przechodząc w tym miejscu do analizy prawnych implikacji AR, należy zwrócić uwagę, iż kwestia wpływu zjawiska rozszerzonej rzeczywistości na prawo umów (w szczególności w obrocie masowym) prawdopodobnie została dostrzeżona po raz pierwszy w USA¹⁵. Niewątpliwie jest to związane z niezwykle rozwiniętym rynkiem

¹⁰ Odnośnie do serwisów udzielających informacji o produktach — zob. np. <http://www.fooducate.com/> dotycząca produktów żywnościowych, czy www.carfax.com, gdzie można znaleźć informacje dotyczące używanych samochodów: poprzednich właścicieli, przebiegu, gwarancji.

¹¹ Informacje te nazywane są cieniem informacyjnym — tak np. S.R. Peppet: *Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumer Contracts*, *UCLA Law Review* 2012, nr 59, s. 698.

¹² Zob. anglojęzyczne serwisy: <http://www.healtgrades.com>; <http://www.ratemyprofessors.com>; <http://www.eopinions.com>.

¹³ Zob. np. <http://www.complaintsboard.com>; <http://www.complaints.com/>; <http://www.consumeraffairs.com>; <http://www.scamfound.com>; <http://www.cardratings.com>; powstają także serwisy oferujące aplikacje przeznaczone dla smartfonów pozwalające na szybkie zamieszczenie komentarza na stronie WWW, np. <http://consumerist.com>.

¹⁴ Zob. www.uokik.gov.pl.

¹⁵ Zob. w szczególności artykuł S.R. Peppet, *Freedom...*, *op. cit.*, s. 676 i n.

nowych technologii informacyjnych w tym kraju oraz — co zostanie przedstawione poniżej — szczególną rolę informacji przedkontraktowej dla oceny związania konsumenta postanowieniami umowy, które na gruncie prawa europejskiego nazwalibyśmy jako nieuczciwe (abuzywne).

Na wstępie należy zwrócić uwagę, iż ograniczenie autonomii woli konsumenta najbardziej jaskrawie przejawia się w odniesieniu do wpływu na treść umowy¹⁶. W związku z tym punktem wyjścia budowy mechanizmów ochrony konsumenta, zarówno w USA, jak i w Europie (w szczególności w Niemczech), było ustanowienie sądowej kontroli uczciwości klauzul umownych z udziałem konsumentów¹⁷.

Dla rozwoju polityki ochrony konsumentów w USA podstawowe znaczenie ma sprawa *Williams v. Walker–Thomas Furniture Co.*¹⁸ Sprawa ta wyznaczyła kierunek polityki ochrony konsumentów przed nieuczciwymi klauzulami umownymi. Sąd w tej sprawie orzekł, iż możliwość związania adresata oświadczenia woli (*non-drafting party*) postanowieniami bezzasadnie faworyzującymi drugą stronę uzależniona jest od dostatecznego poinformowania go o tych klauzulach¹⁹. Zdaniem sądu tylko w tym przypadku dochodzi do wyrażenia prawnie doniosłej zgody²⁰. W konsekwencji sąd orzekł, iż władny jest uznać za niewiążącą klauzulę narzuconą przez jedną stronę (*drafting party*) w oparciu o jej „niewspółmierność” (*unconscionability*)²¹. Sąd wskazał, że istotą *unconscionability* jest brak doniosłego prawnie wyboru po stronie podmiotu, któremu proponowane są postanowienia niezasadnie faworyzujące drugą stronę („*unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party*”)²².

Przedstawiona powyżej sprawa była niezwykle istotna dla rozwoju doktryny *unconscionability* w USA. Jak się wskazuje w piśmiennictwie, wcześniejsze rozstrzygnięcia dotyczyły jedynie pewnych aspektów *unconscionability* i nie wyrażały ogólnej reguły²³. Istotnym elementem, który ugruntował pozycję doktryny *unconscionability* w USA, było wprowadzenie w 1952 r. do Uniform Commercial Code

¹⁶ Por. E. Łętowska (w:) *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2005, s. 2.

¹⁷ A. Maurer: *Consumer Protection and Social Models of Continental and Anglo–American Contract Law and the Transnational Outlook*, Indiana Journal of Global Legal Studies 2007, nr 14, s. 369–370.

¹⁸ *Ibidem*, s. 370–371; S.R. Peppet: *Freedom...*, *op. cit.*, s. 681.

¹⁹ S.R. Peppet: *Freedom...*, *op. cit.*, s. 681–682 („The court found the clause unenforceable, in part because Ms. Williams was not sufficiently informed about the collateralization clause; the cross–collateralization clause was not conspicuous—it was »hidden in a maze of fine print«”).

²⁰ Nie wskazano jednak bezpośrednio, czy chodzi o samo dostarczenie — w odpowiedniej formie i czasie — treści przyszłej umowy (problem inkorporacji), czy o wyjaśnienie drugiej stronie sensu zawartych w niej postanowień. Jak się zdaje, chodzi o oba aspekty tego zagadnienia.

²¹ „Courts had the power not to enforce contracts that were so one–sided as to be unconscionable” — zob. szerzej na temat tego orzeczenia E. Colby: *What did the doctrine of unconscionability do to the Walker–Thomas furniture company?*, Connecticut Law Review 2002, nr 34, s. 625.

²² E. Colby: *What did the doctrine...*, *op. cit.*, s. 640.

²³ *Ibidem*, s. 628–634, jako przykłady podaje następujące sprawy: *Scott v. United States; Campbell Soup Co. v. Wentz; Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*

przepisu 2–302²⁴, upoważniającego sąd do odmowy zastosowania klauzul uznanych za *unconscionable*²⁵.

W doktrynie zwraca się uwagę, iż zastosowanie konstrukcji *unconscionability* wymaga analizy dwóch elementów: etapu zawierania umowy (*the contract formation proces*) oraz treści kwestionowanej klauzuli (*the substantive terms of the contract*). Co do zasady, aby sąd uznał daną klauzulę za niewiążącą w oparciu o konstrukcję *unconscionability*, należy wykazać, iż na obu tych etapach doszło do nadużycia (*abuse*)²⁶. Obie wskazane płaszczyzny są ze sobą ściśle powiązane i jak się wydaje, ich rozróżnienie ma walor bardziej dydaktyczny niż praktyczny²⁷. Przedmiotem analizy pod kątem *unconscionability* są wyłącznie klauzule jednostronnie opracowane (*unilaterally determined terms*)²⁸. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż zakres pojęcia *unconscionability* nie jest ograniczony wyłącznie do stosunków: konsument — przedsiębiorca. W szczególności ograniczenia takiego nie zawiera UCC w przepisie 2:302. Jednakże w praktyce konstrukcja ta stosowana jest prawie wyłącznie do tego typu relacji²⁹.

Na etapie zawierania umowy nadużycie może polegać na:

- zaskoczeniu adresata (*unfair surprise*), w szczególności poprzez ukrycie w tekście niekorzystnych postanowień albo użycie niezrozumiałych — dla przeciętnego odbiorcy — zwrotów³⁰, lub
- wykorzystaniu nierówności stron (*oppression*)³¹.

W tym ostatnim przypadku chodzi o wykorzystanie nierównej pozycji negocjacyjnej stron (*bargaining power*) wynikającej z silnej ekonomicznej pozycji proponenta (np. w przypadku braku dostatecznej konkurencji na danym rynku) albo słabej pozycji odbiorcy oświadczenia woli (np. gdy osoba ta jest biedna lub w podesz-

²⁴ Obecne jego brzmienie jest następujące: „§ 2–302[Unconscionable contract or Term]. (1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result. (2) If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination”. Źródło: <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-302> (ostatnio odwiedzana 10.04.2013).

²⁵ Na ten temat zob. np. J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing Unconscionability Problems*, University of Pennsylvania Law Review 1969, nr 117, s. 932.

²⁶ *Ibidem*, s. 932.

²⁷ Świadczą o tym w szczególności kontrowersje związane z definiowaniem pojęcia *oppression* — czy jest to problem proceduralny, czy materialny — zob. np. A. Leff: *Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause*, University of Pennsylvania Law Review 1967, nr 115, s. 499–501, a także J.E. Murray, Jr.: *Murray on Contracts*, ed. 4, Pittsburgh 2001, s. 556–557.

²⁸ J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 936.

²⁹ E.R. Warkentine: *Beyond...*, *op. cit.*, s. 483.

³⁰ J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 931 oraz s. 943.

³¹ *Ibidem*, s. 944; inaczej R.J. Hunter, Jr.: *Unconscionability Revisited: a Comparative Approach*, North Dakota Law Review 1992, nr 68, s. 152–154, który dokonuje rozróżnienia na element materialny *unconscionability* — *oppression* oraz proceduralny — *unfair surprise*.

łym wieku)³². W przypadku *oppression* chodzi głównie o sytuacje, kiedy „pokrzywdzona” strona (*aggrieved party*) obiektywnie nie ma możliwości sprzeciwić się przyjęciu danej klauzuli w proponowanym kształcie³³. Słabsza strona decyduje się zawrzeć umowę w oparciu o zaproponowane postanowienia, ponieważ nie ma rozsądnej alternatywy (*he or she has no reasonably alternative*)³⁴.

Jak to wskazano powyżej, analiza kwestii proceduralnych (*procedural abuse*) jest tylko etapem wstępnym badania danej klauzuli pod kątem *unconscionability*. W związku z tym istotny jest także aspekt materialny — treść danego postanowienia. Z tego punktu widzenia kluczowe jest następujące pytanie: czy konkretna klauzula prowadzi do nieuzasadnionych korzyści dla strony, która ją opracowała?³⁵ Chodzi o klauzule, które są nieuzasadnione (*unreasonable*) albo niesprawiedliwe (*unfair*)³⁶. Jest to ściśle związane asymetrią alokacji ryzyka kontraktowego. W szczególności dotyczy to następujących postanowień:

- naruszających porządek publiczny (*violation of public policy*);
- stojących w sprzeczności z podstawowymi obowiązkami proponenta (*drafting party*) stanowiącymi istotę danej umowy;
- osłabiających uzasadnione oczekiwania adherenta (*non-drafting party*);
- stwarzających, iż dochodzi do niewspółmierności świadczeń³⁷.

Dla stwierdzenia *unconscionability*, co do zasady, musi dojść do nadużycia (*abuse*) na obu wskazanych płaszczyznach — proceduralnej oraz materialnej³⁸. Powiązanie pomiędzy tymi płaszczyznami jest następujące: im bardziej jednostronne jest dane postanowienie (*one-sided*), tym mniej istotne są okoliczności zawierania umowy³⁹. W wyjątkowych sytuacjach sądy przyjmują *unconscionability*, biorąc pod uwagę wyłącznie element materialny⁴⁰.

Co istotne, ze względu na zasadniczą wagę obu przedstawionych elementów, w piśmiennictwie zwraca się uwagę na możliwość — przedkontraktowego — wyłączenia późniejszego powoływania się na *unconscionability*⁴¹. Istotnym przykładem takiego kierunku w doktrynie USA jest koncepcja „świadomej zgody” (*knowing assent*)⁴². Zgodnie z tym stanowiskiem przyjęcie, iż doszło do „świadomej zgody”, wyłącza możliwość powoływania się na *unconscionability*. Formuluje się następu-

³² J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 944–949.

³³ Jak wskazuje A. Leff: *Unconscionability...*, *op. cit.*, s. 500.

³⁴ J.E. Murray: *Murray...*, *op. cit.*, s. 556–557.

³⁵ J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 943.

³⁶ Odnośnie do przykładów zob. P.B. Bennett Marrow: *Contractual unconscionability: identifying and understanding its potential elements*, *New York State Bar Journal* 2000, nr 72, s. 23.

³⁷ J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 932.

³⁸ P.B. Bennett Marrow: *Contractual...*, *op. cit.*, s. 19.

³⁹ J.A. Spanogle, Jr.: *Analyzing...*, *op. cit.*, s. 950.

⁴⁰ Np. sprawa *Campbell Soup Co. v. Wentz*, cytowana w oficjalnym komentarzu do 2:302 UCC (dostępny na WESTLAW).

⁴¹ Wyrazem takiego zapatrywania jest także treść UCC 2–302; zob. powyżej.

⁴² E.R. Warkentine: *Beyond...*, *op. cit.*, s. 473.

jące wymogi „świadomej zgody” obejmujące postanowienia jednostronnie przygotowane:

- postanowienia te powinny być łatwo zauważalne;
- waga tych postanowień powinna być wyjaśniona przez ich proponenta;
- strona przystępująca do umowy (*adhering party*) powinna w sposób obiektywny wyrazić zgodę na niewynegocjowane postanowienia⁴³.

W przedstawionym powyżej kierunku idzie także część orzeczeń sądowych. Na gruncie określonych stanów faktycznych sądy wykluczyły, iż doszło do *procedural unconscionability* ze względu na przekazanie przez przedsiębiorcę multimedialnej informacji na temat postanowień umowy⁴⁴. W związku z tym zwraca się uwagę, iż konsumentowi może być trudno wykazać proceduralną wadliwość umowy, gdy uzyska przed zawarciem umowy bogate wyjaśnienie dotyczące kwestionowanych postanowień (np. w formie przekazu multimedialnego)⁴⁵.

Podsumowując tę część tekstu, należy stwierdzić, iż po pierwsze, na gruncie prawa amerykańskiego sąd może uznać określoną klauzulę umowną (lub całą umowę) jednostronnie i niesprawiedliwie kształtującą alokację ryzyka, za niewiążącą na podstawie konstrukcji *unconscionability*. Po drugie, konstrukcja *unconscionability* obejmuje dwie płaszczyzny: proceduralną oraz materialną — związaną z treścią kwestionowanej klauzuli. Co do zasady, skuteczne powołanie się na *unconscionability* wymaga wykazania obu tych elementów. Po trzecie, poprzez udzielenie wyczerpujących informacji przedkontraktowych proponent danej klauzuli może wyłączyć lub przynajmniej w istotny sposób ograniczyć ryzyko uznania danego postanowienia umowy za niewiążące na podstawie doktryny *unconscionability*. Ważne jest zarówno to, jakie informacje zostały przekazane, jak i to, w jaki sposób do tego doszło, przy tym nie chodzi o dostarczenie samego tekstu umowy. Im informacja przedkontraktowa jest pełniejsza, tym trudniej wykazać *unconscionability*. Oznacza to ograniczenie ochrony adherenta. Niewątpliwie wpływa to na skłonność przedsiębiorców do informowania o treści proponowanych klauzul umownych.

Przedstawione powyżej uwagi eksponują rolę przedkontraktowej informacji w prawie amerykańskim. Oczywiście powyższa analiza dotyczy wyłącznie oceny wpływu informacji na kwestie badania uczciwości danej klauzuli. Co jednak istotne, badanie danej klauzuli z punktu widzenia *unconscionability* wymaga uwzględnienia wielu elementów mających swoje odpowiedniki w konstrukcjach ukształtowanych w prawie Unii Europejskiej oraz prawie polskim. Chodzi przede wszystkim o następujące problemy:

- inkorporacji klauzuli do umowy;
- transparentności;

⁴³ *Ibidem*, s. 473.

⁴⁴ S.R. Peppet: *Freedom...*, *op. cit.*, s. 724–725, podaje przykłady takich orzeczeń (m.in. *Manning v. Brannon; Hartung v. J.D. Byrider, Inc.*).

⁴⁵ *Ibidem*, s. 725.

- obowiązków informacyjnych i skutków dostarczenia/niedostarczenia informacji;
- badania danej klauzuli pod względem uczciwości;
- wyzysku w zakresie wykorzystania przymusowej sytuacji lub niewiedzy czy niedoświadczenia drugiej strony.

INSTRUMENTY OCHRONY KONSUMENTÓW W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Założenia polityki prawa związane z przyjętym standardem oczekiwań względem konsumentów wpływają na szczegółowe decyzje legislacyjne. Wpływają również na interpretację przyjętych już uregulowań i rozstrzyganie na ich podstawie konkretnych problemów prawnych, także na gruncie indywidualnych stanów faktycznych. Jak się zdaje, model typowego konsumenta przyjmowany w prawie Unii Europejskiej, związany ze stawianymi mu wymaganiami staranności i rozważli⁴⁶, winien uwzględniać realia nowoczesnego z informatyzowanego obrotu. Przy takim ujęciu typowy konsument jest podmiotem korzystającym z dobrodziejstw, jakie dają nowe kanały przekazywania informacji. Model rozsądnego, wyedukowanego konsumenta przyjęty jest w orzecznictwie TSUE (dawniej ETS)⁴⁷. Co jednak istotne, uwzględnienie możliwości, jakie płyną z zastosowania nowych technologii informacyjnych, w tym AR, oznacza podniesienie tego standardu poprzez uwzględnienie nie tylko informacji rzeczywiście kierowanych do konsumenta, lecz także możliwości związanych z samodzielnym uzyskaniem informacji. Przy takim ujęciu standard oczekiwań względem konsumenta byłby powiązany nie tylko z obowiązkiem informacyjnym drugiej strony (i stopniem jego spełnienia), lecz także z możliwością — niezależnego od drugiej strony — uzyskania informacji. Oczywiście uwzględnienie możliwości płynących z wykorzystania nowych technologii informacyjnych, z punktu widzenia wymagań staranności stawianych konsumentowi, uzależnione musi być od okoliczności zawierania danej umowy. Dotyczy to w szczególności sposobu zawierania danej umowy (np. poprzez „elektroniczne” środki porozumiewania się na odległość), skomplikowania danej umowy, czy grupy konsumentów, do której kierowana jest propozycja zawarcia umowy (w szczególności tych, którzy są świadomi możliwości płynących z wykorzystania nowych technologii informacyjnych). Z punktu widzenia niniejszego tekstu podstawowe znaczenie ma powiązanie (ujmowane jak najszerszej) danej umowy z nowoczesnymi technologiami komunikacji, w tym AR.

⁴⁶ E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 53.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 67; na ten temat zob. także F. Wejman, F. Zoll: *Prawo ochrony konsumenta w okresie zmian*, Kraków 1998, s. 24–26.

Należy przyjąć, iż podwyższony standard oczekiwań skierowany byłby nie do całej grupy konsumentów, ale do określonej ich części „świadomych” uczestników rynku. Takie podejście oznacza zróżnicowanie kategorii konsumentów ze względu na ich „cyfrowe” wyrafinowanie. Problem wewnętrznego zróżnicowania określonych kategorii konsumentów nie jest niczym nowym. Już od pewnego czasu wskazuje się na regulacyjne problemy związane ze zróżnicowaniem kategorii podmiotów będących adresatami jednolitych regulacji⁴⁸. W związku z tym otwartą kwestią jest, czy regulacje konsumenckie powinny różnicować standard ochrony ze względu na kategorię chronionych podmiotów. Odpowiadając pozytywnie na to pytanie, w dalszej kolejności należałoby się zastanowić, w jaki sposób miałyby wyglądać to legislacyjne zróżnicowanie, i czy w ogóle jest to techniczno–prawnie możliwe.

W tym miejscu należy podkreślić, iż wskazany powyżej model konsumenta uwzględniający realia współczesnego obrotu ma charakter *de lege ferenda*. Niemniej może być punktem wyjścia oceny efektywności obecnych rozwiązań (obowiązujących przepisów i sposobu ich rozumienia i stosowania). Dotyczy to wszelkich instrumentów bezpośrednio lub pośrednio, związanych z niwelowaniem asymetrii informacyjnej lub jej skutków (jak to przedstawiono na wstępie, w prawie Unii Europejskiej ochrona konsumentów ukierunkowana jest przede wszystkim na niwelowanie negatywnych skutków asymetrii informacyjnej). Bezpośrednio z kwestią tą związany jest mechanizm obowiązków informacyjnych. Natomiast pośrednio mechanizm inkorporacji postanowień umowy (wzorców umownych), wymogów co do transparentności, prawa odstąpienia od umowy, a także kwestia badania uczciwości klauzul umownych (abuzyjności) w prawie Unii Europejskiej.

A. OBOWIĄZKI INFORMACYJNE

W zasadzie każda dyrektywa konsumencka zawiera regulacje dotyczące obowiązków informacyjnych⁴⁹. Można wręcz powiedzieć, iż mechanizm obowiązków informacyjnych to punkt centralny systemu ochrony konsumentów w prawie Unii Europejskiej. Obowiązki te odnoszą się zwykle do informacji dotyczących osoby przedsiębiorcy, specyfikacji towaru lub usługi (w tym zagrożeń związanych z pewnymi świadczeniami jak np. przy usługach finansowych), a także treści wiążącego strony stosunku prawnego (np. obowiązek informacyjny dotyczący sposobu ustalania ceny lub ustawowego prawa odstąpienia). Jak wskazano powyżej, AR ułatwia i przyspiesza dystrybucję tego typu informacji. W związku z tym pojawia się pyta-

⁴⁸ H.–W. Micklitz: *Do consumers and businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse*, EUI Working Paper LAW 2012, nr 23, s. 20, wskazuje na kategorie konsumentów: ostrożnych (*circumspect*), odpowiedzialnych (*responsible*) oraz bezbronnych (*vulnerable*).

⁴⁹ F. Grzegorzczak: *Prawo konsumenckie w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 49–54, wskazuje na wagę obowiązków informacyjnych (i mechanizmu odstąpienia od umowy) dla prawa UE.

nie, czy warunki, w jakich odbywa się współczesny masowy obrót, w tym fenomen AR, mogą wpłynąć na założenia polityki prawa ochrony konsumentów, w szczególności co do zakresu tych obowiązków. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przede wszystkim rozstrzygnąć, czy można oczekiwać, aby konsument w określonych sytuacjach — w szczególności związanych z wykorzystaniem nowych technologii typu AR — samodzielnie podjął kroki celem uzyskania informacji przed zawarciem umowy. W tym zakresie należy uwzględnić założenia ekonomicznej analizy kosztów transakcyjnych związanych z zawieraniem umów.

Otóż przyjmuje się, iż racjonalnie działająca osoba będzie dążyła do zdobycia informacji, gdy związany z tym koszt nie przekroczy spodziewanych korzyści wynikających z faktu bycia poinformowanym⁵⁰. Istotna jest nie tylko dostępność, lecz także jakość uzyskiwanych informacji, co dotyczy przede wszystkim problemu ich selekcji. W związku z tym do kosztów uzyskania informacji należy zaliczyć także koszt ich przetworzenia, w sposób umożliwiający ich efektywne wykorzystanie⁵¹.

Uwzględniając powyższe, należy zwrócić uwagę, iż wykorzystanie technologii AR zmniejsza nie tylko koszty pozyskiwania, lecz także i przekazywania informacji. W związku z tym należy rozstrzygnąć, kogo powinien obciążać obowiązek informacyjny (tj. obowiązek przekazania informacji przez przedsiębiorcę albo obowiązek samodzielnego jej uzyskania przez konsumenta). Korzystając w dalszym ciągu z teorii kosztów transakcyjnych, należałoby przyjąć, iż obowiązkiem informacyjnym powinien być obciążony podmiot, dla którego koszt ich uzyskania jest mniejszy. Trudno jednak apriorycznie wskazać, który z tych podmiotów w konkretnej sytuacji będzie ponosił niższe koszty. W związku z tym można postawić tezę, iż system apriorycznie obciążający obowiązkiem informacyjnym jedną stronę stosunku prawnego w wielu przypadkach będzie generował nieuzasadnione koszty transakcyjne. Wydaje się, iż w czasach szerokiego wykorzystania nowych technologii, w szczególności AR, bardziej efektywne będzie podejście opierające się na założeniu, że kwestię obowiązków informacyjnych powinny regulować mechanizmy rynkowe. Oznacza to, że możliwość samodzielnego i efektywnego uzyskania informacji mogłaby skutkować w konkretnym stanie faktycznym powstaniem quasi-obowiązku po stronie konsumenta. Z tego punktu widzenia istotny będzie zarówno rodzaj oferowanego świadczenia, jak i docelowa grupa adresatów oferty. Niemniej, aby zapewnić odpowiedni standard ochrony konsumenta, ryzykiem błędnej oceny dostępności informacji w konkretnym stanie faktycznym powinien być obciążony przedsiębiorca. Można także stworzyć system premiujący podmioty udzielające informacji, na przykład poprzez obniżenie ryzyka transakcyjnego, podobnie jak to jest na gruncie prawa amerykańskiego. Podmiot udzielający informacji powinien być w jakiś sposób wynagradzany, zwłaszcza jeżeli rekompensata kosztów z tym związanych nie

⁵⁰ P. Miklaszewicz: *Obowiązki...*, *op. cit.*, s. 59 i podana tam literatura.

⁵¹ *Ibidem*, s. 64–65.

może mieć miejsca poprzez podniesienie ceny danego dobra⁵². Ograniczenie obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy może dotyczyć wszelkich jego aspektów, tj.: sporządzenia i przekazania informacji (np. gdy konsument ma możliwość ich uzyskania z innego źródła), zakresu informacji, sposobu samego przekazywania informacji („rozluźnienie” rygorystyki związanej np. z technicznymi środkami przekazu informacji i formą). Oznacza to, iż zmiana założeń polityki prawa wcale nie musi oznaczać całkowitego zniesienia obowiązków informacyjnych, w szczególności ze względu na potrzebę ochrony podmiotów społecznie (tutaj w szczególności „elektronicznie”) wykluczonych. Nie jest także ekonomicznie uzasadnione zniesienie obowiązków informacyjnych w przypadku specjalistycznych usług, na przykład finansowych. W tym ostatnim przypadku koszt samodzielnego uzyskania informacji jest niewspółmiernie wysoki do możliwych korzyści.

Istotnym argumentem przemawiającym za ograniczeniem obowiązków informacyjnych może być fakt, iż obciążenie przedsiębiorcy takimi obowiązkami na ogół prowadzi do przerzucenia kosztów udzielania informacji na konsumentów⁵³. Dodatkowo, zbytne wzmocnienie ochrony konsumentów może ograniczać konkurencję, co z kolei może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla samych konsumentów⁵⁴.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, iż na gruncie prawa Unii Europejskiej tendencja jest odwrotna. Jako przykład można podać bardzo szeroko zakreślone obowiązki informacyjne przyjęte w projekcie Common European Sales Law (dalej jako „CESL”) ⁵⁵. Projekt ten obejmuje bardzo szeroki katalog obowiązków informacyjnych dotyczących zarówno relacji: przedsiębiorca — konsument (B2C), jak i przedsiębiorca — przedsiębiorca (B2B) (art. 13–26 CESL). Co więcej, projekt ten zawiera także osobny szczegółowy katalog obowiązków informacyjnych w przypadku umów zawieranych drogą elektroniczną (art. 25–26 CESL). Z punktu widzenia przedstawionej powyżej argumentacji należałoby obrać kierunek odwrotny.

Powyższe oznacza, iż efektywny system obowiązków informacyjnych uzależnia ich zakres od okoliczności (rozumianych szeroko) zawierania danej umowy. Chodzi zarówno o jej treść (w szczególności skomplikowanie), jak i okoliczności „zewnętrzne”, w tym środki komunikacji zastosowane do jej zawarcia. Wydaje się, że w tym właśnie kierunku zmierza projekt przepisów dotyczących obowiązków informacyjnych w nowym kodeksie cywilnym⁵⁶. Jak się wskazuje w uzasadnieniu, projekt reguluje różne zakresy obowiązków informacyjnych: obowiązek udostępnienia informacji (bierny obowiązek informacyjny), obowiązek udzielenia informa-

⁵² *Ibidem*, s. 78.

⁵³ *Ibidem*, s. 68.

⁵⁴ J. Bazylińska: *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 217–218.

⁵⁵ „European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law”, Bruksela, 11.10.2011 (źródło: <http://EurLex.Europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>; ostatnio odwiedzana: 3.03.2013).

⁵⁶ Projekt przygotowany przez zespół w składzie: U. Ernst, M. Kučka, M. Pecyna, F. Zoll, opublikowany w: *Transformacje Prawa Prywatnego* 2010, nr 4, s. 70 i n.

cji na wniosek oraz obowiązek udzielenia informacji z inicjatywy strony obowiązanej (spontaniczny obowiązek informacyjny)⁵⁷. Co istotne, ogólne przepisy informacyjne dotyczą zarówno relacji B2B, jak i B2C. Projekt też zawiera szczególne obowiązki informacyjne dotyczące wybranych rodzajów stosunków prawnych, w tym z udziałem konsumentów. Z punktu widzenia niniejszej analizy istotne znaczenie mają przepisy określające relacje zachodzące pomiędzy obowiązkiem informacyjnym a środkiem porozumiewania się. W szczególności chodzi tu o art. 4 (rozdział I)⁵⁸ oraz art. 1 (rozdział III)⁵⁹. Propozycje te — zwłaszcza art. 4 — wskazują na kierunek uwzględniania konkretnych okoliczności do określenia treści obowiązku informacyjnego na gruncie indywidualnego stosunku prawnego⁶⁰. Takie podejście otwiera drogę do uwzględnienia możliwości płynących z zastosowania nowych technologii.

Istotna jest także przewidziana sankcja naruszenia obowiązków informacyjnych. Projekt ujmuje naruszenie obowiązków informacyjnych jako przejaw naruszenia zobowiązania⁶¹. Taka konstrukcja pozwala dostosować sankcję do specyficznych okoliczności zawierania umowy. Można postawić hipotezę, iż w określonych przypadkach wyrządzenia szkody z powodu niewykonania obowiązków informacyjnych, gdy poszkodowany będzie miał możliwość samodzielnego i łatwego zdobycia tych informacji (np. poprzez wykorzystanie technologii AR), można będzie mówić o quasi-przyczynieniu się (poszkodowanego) do powstania szkody, a tym samym i miarkowaniu wysokości odszkodowania. Kwestia ta związana jest z problemem przyczynienia się przez zaniechanie i wymaga pogłębionej analizy wykraczającej poza ramy niniejszego tekstu⁶².

⁵⁷ *Ibidem*, s. 74.

⁵⁸ „Art. 4. [Obowiązek udzielenia informacji o przedmiocie świadczenia] Strona jest obowiązana do udzielenia drugiej stronie informacji o głównych cechach przedmiotu świadczenia, odpowiednio do jego właściwości i środka porozumiewania się”.

⁵⁹ „Art. 1. [Sposób spełnienia obowiązku informacyjnego] Obowiązek udzielenia informacji nie jest spełniony, jeżeli informacja nie była prawdziwa, jednoznaczna i zrozumiała oraz wyrażona w odpowiedniej w danych okolicznościach formie”.

⁶⁰ Także Draft Common Frame of Reference (dalej: DCFR) uwzględnia problem środka przekazu informacji (II.–3:103. Obowiązek udzielenia informacji w przypadku zawarcia umowy z konsumentem znajdującym się w szczególnie niekorzystnym położeniu). Zgodnie z treścią tej regulacji: „W przypadku transakcji, które stawiają konsumenta w istotnie niekorzystnym położeniu pod względem informacyjnym z powodu środka technicznego użytego do kontraktowania, odległości między przedsiębiorcą a konsumentem lub właściwości tej transakcji, przedsiębiorca ma obowiązek, stosownie do okoliczności, podać jasną informację o najważniejszych cechach towaru, innych przedmiotów majątkowych mienia lub świadczonych usług, cenie, adresie oraz danych identyfikacyjnych przedsiębiorcy, postanowieniach umowy, uprawnieniach i obowiązkach obu stron, przysługującym konsumentowi uprawnieniu do odwołania umowy oraz procedurze reklamacyjnej”.

⁶¹ Zgodnie z art. 5 do naruszenia obowiązku informacyjnego stosuje się przepisy o naruszeniu zobowiązania, z tym że odszkodowanie nie może przekraczać wartości przedmiotu świadczenia. Natomiast w przypadku naruszenia obowiązku udostępnienia lub udzielenia informacji przed dokonaniem czynności prawnej odstąpienie od umowy musi być poprzedzone wyznaczeniem terminu do spełnienia świadczenia zgodnie z oczekiwaniem drugiej strony usprawiedliwionym brakiem informacji.

⁶² Dotyczyć może to np. sytuacji, kiedy przedsiębiorca wskazał na związany z umową wzorec umowny (np. regulamin) i odesłał do strony internetowej poprzez kod QR; jedna z koncepcji przyczynienia się do powstania

B. PRAWO REZYGNACJI Z UMOWY (ODSTĄPIENIA OD UMOWY)

W odniesieniu do innych elementów „proceduralnych” należy zwrócić uwagę także na ocenę efektywności instrumentu odstąpienia od umowy bez ponoszenia kosztów (*withdrawal rights*). Jeżeli samo przekazanie informacji (albo samodzielne ich uzyskanie) jest niewystarczające do oceny skutków zawarcia umowy (np. w przypadku skomplikowanych usług finansowych), to odstąpienie od umowy bez ponoszenia kosztów jest efektywnym mechanizmem ochrony konsumenta⁶³. W przypadku możliwości porównywania postanowień różnych ofert zwiększa się prawdopodobieństwo efektywnego wykorzystania tego mechanizmu i uzyskania świadczenia *in natura* od innego przedsiębiorcy. Możliwość szybkiego uzyskania informacji zwiększa efektywność ustalonego ustawowo czasu do namysłu (*cooling-off period*)⁶⁴.

C. INKORPORACJA

Jak to wskazano powyżej, na gruncie prawa amerykańskiego problem prawidłowego dostarczenia postanowień umownych ściśle związany jest z problematyką badania treści danej klauzuli pod kątem jej *unconscionability*. Jest to jeden z elementów wpływających na ocenę związania treścią danej klauzuli, ze względu na jej ewentualną niewspółmierność. Na gruncie obowiązującego w naszym kraju prawa problem przekazania treści postanowień umowy jest badany na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, z punktu widzenia formalnego związania adherenta treścią postanowień wzorca umownego (art. 384 k.c.), czyli inkorporacji tych postanowień do umowy. Po drugie, jako czynnik mogący wpływać na ocenę abuzywności klauzuli umownej (art. 385³ pkt 4 k.c.)⁶⁵. Z problemem inkorporacji związana jest także kwestia trans-

szkody na gruncie art. 362 k.c. wskazuje, iż kompetencja sądu do miarkowania wysokości odszkodowania związana jest także z naruszeniem przez poszkodowanego zasad prakseologicznych rządzących postępowaniem ludzkim — zob. szerzej M. Kaliński: *Odpowiedzialność odszkodowawcza* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2009, s. 182–192.

⁶³ Zob. szerzej na ten temat P. Mikłaszewicz: *Obowiązki...*, *op. cit.*, s. 72–73.

⁶⁴ Odmienne J.M. Smits: *Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change your Mind?*, *Penn State International Law Review* 2011, nr 29, s. 679–680, który wskazuje na nieefektywność instrumentu odstąpienia od umowy bez ponoszenia kosztów (*mandatory withdrawal rights*). Jego zdaniem w przypadku usług finansowych (np. produktów ubezpieczeniowych czy bankowych) termin do odstąpienia (*cooling-off period*) na ogół nie będzie pomocny dla odbiorcy takich świadczeń, ponieważ możliwe konsekwencje takich umów staną się jasne dopiero po dłuższym okresie po zawarciu umowy. Także w odniesieniu do umów zawieranych na odległość (*distance contract*) oraz zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa (*doorstep contract*) podnoszone są argumenty za potrzebą modyfikacji instrumentu odstąpienia od umowy. Przede wszystkim wskazuje się, że nie ma powodu, aby konsument nie mógł zrezygnować z możliwości odstąpienia od umowy w zamian za niższą cenę.

⁶⁵ Zgodnie z treścią tego przepisu, w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności przewidują postanowienia, z którymi konsument nie miał możliwości zapoznać się przed zawarciem umowy.

parentności. Przyjmuje się, iż badanie transparentności klauzuli jest drugim etapem badania skuteczności jej inkorporacji⁶⁶. Kwestia transparentności zostanie omówiona poniżej. Należy zwrócić uwagę, iż problem inkorporacji klauzul do umowy nie dotyczy wyłącznie umów konsumenckich. Niemniej temat niniejszego tekstu wymaga odniesienia tego problemu wyłącznie do tego rodzaju umów.

Możliwy wpływ zjawisk opisanych na wstępie na założenia polityki prawa w omawianym tu aspekcie dotyczy przede wszystkim formalnych wymogów inkorporacji klauzul do umowy. Ogólny model inkorporacji określony w art. 384 § 2–4 k.c. wydaje się zbyt wąski, aby ująć możliwości związane z wykorzystaniem nowych technologii przekazu informacji, w tym dotyczących możliwości zapoznania się z treścią proponowanych klauzul. W związku z tym można zaproponować kierunek zmian regulacji określających przesłanki inkorporacji klauzul umownych (wzorca umownego) uwzględniający możliwości płynące z zastosowania nowoczesnych technologii informacyjnych, w tym AR. Przykładowo można zaproponować rozwiązanie polegające na uogólnieniu regulacji art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną na wszelkie umowy zawierające „pierwiastek” nowych technologii (a nie tylko te, które są wykonywane drogą elektroniczną). Zgodnie z treścią tego przepisu usługodawca nieodpłatnie udostępnia usługobiorcy regulamin przed zawarciem umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, a także — na jego żądanie — w taki sposób, który umożliwia pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Należy przyjąć, iż ustawodawca w sposób celowy posługuje się tutaj pojęciem „udostępnienia”, a nie „doręczenia” treści wzorca. W związku z tym należy opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym do udostępnienia wzorca umownego wystarczy samo umieszczenie go na stronie internetowej usługodawcy⁶⁷. Przy takim ujęciu udostępnienie oznacza samo umożliwienie skorzystania, zapoznania się⁶⁸. Regulacja ta w sposób elastyczny podchodzi do kwestii inkorporacji wzorca umownego, uwzględniając możliwości samodzielnego uzyskania przez usługobiorcę informacji o treści wzorca. Co istotne, nie zwalnia ona usługodawcy z obowiązku udostępnienia treści wzorca umownego, ale umożliwia ona dostosowanie sposobu udostępnienia jego postanowień do okoliczności zawierania umów drogą elektroniczną. Ważne jest także, iż to w dalszym ciągu na usługodawcy spoczywa ryzyko prawidłowego udostępnienia wzorca. To na nim spoczywać będzie ciężar dowodu, iż doszło do wiążącego udostępnienia treści wzorca umownego, nawet gdyby w konkretnych okolicznościach — ze względu na brak żądania nie doszło do udostępnienia w sposób umożliwiający pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści wzorca umownego za pomocą systemu teleinformatycznego.

⁶⁶ F. Wejman, F. Zoll: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 44.

⁶⁷ Tak np. D. Lubosz: *Świadczenie...*, *op. cit.*, s. 140–141; odmiennie F. Wejman: *Wzorce umów na stronach www i w poczcie elektronicznej*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, nr 4, s. 52.

⁶⁸ D. Lubosz: *Świadczenie...*, *op. cit.*, s. 141.

Zaproponowane uogólnienie regulacji ustawy o handlu elektronicznym powinno dotyczyć przede wszystkim umów zawieranych w formie elektronicznej, tj. przy wykorzystaniu wzorca umownego w formie elektronicznej w rozumieniu art. 384 § 4 k.c. Obecnie mechanizm inkorporacji ustawy o handlu elektronicznym dotyczy wyłącznie umów wykonywanych drogą elektroniczną (świadczenie usług drogą elektroniczną). Do pozostałych umów (zawieranych drogą elektroniczną) stosuje się treść art. 384 § 4 k.c. oraz — w przypadku umów konsumenckich — przepisy ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów, dotyczące sprzedaży na odległość⁶⁹.

D. ABUZYWNOŚĆ

Na gruncie prawa amerykańskiego badanie uczciwości postanowień umownych dokonuje się na podstawie konstrukcji *unconscionability*. Uznanie danego postanowienia za niewiążące na podstawie konstrukcji *unconscionability* wymaga zbadania wielu elementów, które mogą wpływać na zachowanie się konsumenta w trakcie procesu zawierania umowy. Ocena danej klauzuli z tego punktu widzenia wymaga zarówno zbadania elementów proceduralnych (związanych z procesem zawierania umowy), jak i materialnych (związanych z treścią danego postanowienia). W związku z tym ocenie poddany jest całokształt okoliczności poprzedzających zawarcie umowy. Podobnie na gruncie art. 385¹ § 1 k.c. można wydzielić dwa elementy — na wzór prawa amerykańskiego — formalny oraz materialny. Ten pierwszy dotyczy narzucenia treści danej klauzuli, co wyraża się w jednostronnym jej przygotowaniu oraz braku rzeczywistego wpływu na jej treść przez konsumenta. Drugi natomiast dotyczy materialnej wadliwości danej klauzuli, wynikającej z tego, że kształtuje ona prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Powyższe oznaczają, że etapem wstępnym badania uczciwości danej klauzuli jest ocena, czy doszło do „narzucenia” jej postanowień. Ustalenie tego elementu poprzedza badanie materialnej treści umowy. Oznacza to, iż brak wpływu na treść danej klauzuli jest dla ustawodawcy uzasadnieniem badania jej uczciwości. Jest ograniczeniem autonomii woli konsumenta uzasadniającym podwyższony standard jego ochrony (ponad reguły ogólne prawa cywilnego).

Można postawić hipotezę, iż takie podejście wynika między innymi z obserwacji, iż koszty porównywania — przez konsumenta — postanowień proponowanych przez różnych przedsiębiorców są zbyt duże w stosunku do możliwych korzyści. Natomiast brak dostatecznej informacji na ten temat uniemożliwia podjęcie decyzji

⁶⁹ W doktrynie przyjęty jest pogląd, iż art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy o handlu elektronicznym stanowi *lex specialis* względem art. 384 § 2 k.c.; z nowszej literatury zob. np. D. Lubasz (w:) *Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, pod red. D. Lubasz oraz M. Namysłowskiej, Warszawa 2011, s. 139 (i przywołaną tam literaturę).

w oparciu o paradygmat maksymalizacji użyteczności danego dobra (*utility-maximizing purchase choices*)⁷⁰. Nie dotyczy to jednak głównych świadczeń stron (w szczególności ceny i wynagrodzenia), czego wyrazem jest wyłączenie z art. 385¹ § 2 zd. 2 k.c. Konsument, nie mając możliwości porównywania różnych klauzul umownych, staje się uzależniony od narzuconej mu woli drugiej strony.

Powyższe uwagi należy skonfrontować z przedstawionymi na wstępie cechami współczesnego zestandaryzowanego obrotu. Jak to wskazano powyżej, AR zapewnia bezpośredni (szybki i stosunkowo tani) dostęp do informacji o towarze, przedsiębiorcy, klauzulach umownych. W szczególności wykorzystanie technologii AR prowadzi do zmniejszenia kosztów porównywania postanowień różnych umów. W przypadku wystarczającej dostępności towarów (i usług) i przy niezaburzonej konkurencji, uzyskanie informacji staje się podstawową gwarancją autonomicznego wyrażenia woli. W związku z tym zwiększa się prawdopodobieństwo dokonania efektywnego ekonomicznie wyboru. Przy wykorzystaniu możliwości płynących z AR, problem braku wpływu na treść konkretnej klauzuli schodzi na dalszy plan. W przypadku bezpośredniego dostępu do informacji o postanowieniach klauzul umownych proponowanych przez różne podmioty, narzucenie klauzuli przez danego przedsiębiorcę nie ogranicza wyboru i poszukiwania lepszych rozwiązań. W związku z tym należy zadać pytanie, czy dostępność informacji na temat postanowień umów proponowanych przez różnych przedsiębiorców nie powinna ograniczać możliwości powoływania się na abuzywność, zgodnie z zasadą, że poinformowanemu nie dzieje się krzywda⁷¹. Innym rozwiązaniem jest modyfikacja przesłanek wstępnych (czyli rozumienia „narzucenia”) badania treści danej klauzuli.

Uwzględniając powyższe, można zaproponować kierunek zmian ujmujący problem narzucenia danej klauzuli — uzasadniający badanie jej treści — w szerszym kontekście. Przy takim ujęciu „narzucenie” związane byłoby przede wszystkim z wykorzystaniem przewagi informacyjnej lub zaburzeniem konkurencji. Oba elementy są tak samo istotne, chociaż nie muszą występować łącznie. Sama możliwość porównywania i oceny klauzul umownych proponowanych przez różnych przedsiębiorców nie jest czynnikiem ochrony autonomii woli w przypadku zaburzenia konkurencji, w szczególności wykorzystywania pozycji dominującej⁷².

Przyjęcie wskazanej powyżej konstrukcji oznaczałoby modernizację (dodanie nowych elementów albo wręcz zastąpienie istniejących nowymi okolicznościami) przesłanek „narzucenia” o elementy znajdujące się poza konkretną umową. Wymagałoby to niewątpliwie zmian legislacyjnych. Oznacza to, iż ewentualne zmiany powinny iść w kierunku uwzględniania, przy badaniu abuzywności danej klauzuli, większej liczby elementów związanych z okolicznościami zawarcia danej umowy.

⁷⁰ A. Schwartz: *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis*, University of Pennsylvania Law Review 1979, nr 127, s. 632 oraz 682.

⁷¹ P. Miklaszewicz: *Obowiązki...*, *op. cit.*, s. 40.

⁷² *Ibidem*, s. 70.

Może się to odbyć poprzez modernizację przesłanek „proceduralnych” badania abuzywności⁷³ albo stworzenie ogólnej klauzuli określającej elementy mogące wpływać na ocenę konkretnej klauzuli pod kątem abuzywności. W tym drugim przypadku nie byłoby rozróżnienia na przesłanki proceduralne i materialne badania abuzywności. Jak się wydaje, tego typu regulacja powinna także uwzględniać problem inkorporacji (przekazania treści umowy oraz jej transparentności). Tylko w ten sposób można uwzględnić wpływ nowych technologii informacyjnych, w tym AR, na daną umowę.

Jak się wydaje, we wskazanym powyżej kierunku idą proponowane regulacje nowego kodeksu cywilnego. Zakładają one, iż przy dokonywaniu oceny danego postanowienia — pod kątem jego abuzywności (nieuczciwości) — należy uwzględnić „przejrzystość określonego sformułowania, okoliczności nawiązania stosunku prawnego, wpływ konsumenta na treść postanowienia, właściwości świadczenia, relację postanowienia podlegającego ocenie do innych postanowień oraz możliwość zapoznania się przez konsumenta z jego treścią w odpowiednim czasie przed nawiązaniem stosunku, przy uwzględnieniu wykorzystanych środków porozumiewania się”⁷⁴. Wskazana klauzula generalna pozwala na powiązanie badania treści danego postanowienia z problemem możliwości zapoznania się z jego treścią⁷⁵. Co istotne, w projekcie zrezygnowano z analizy wpływu konsumenta na treść danego postanowienia jako przesłanki kontroli. Element ten stał się jednym z czynników wpływających na wynik kontroli uczciwości danej klauzuli⁷⁶. Takie założenie zbliża projektowaną regulację do modelu amerykańskiego wskazanego powyżej. Pozwala to na uwzględnienie całokształtu okoliczności zawierania konkretnej umowy, w tym czynników związanych z wpływem AR na daną umowę. Przyjęcie takiego ogólnego instrumentu być może z czasem doprowadzi do uwzględniania — w trakcie badania kwestii abuzywności — elementu możliwości samodzielnego zapoznania się z informacją na temat umowy (czy też możliwości porównywania postanowień umów proponowanych przez różnych przedsiębiorców).

⁷³ Elementu wstępnego związanego z badaniem „narzucenia”, którego analiza poprzedza badanie treści danej klauzuli.

⁷⁴ Projekt opublikowany w *Transformacjach Prawa Prywatnego* 2010, nr 4, s. 78; podobne rozwiązanie zawiera projekt DCFR; w przepisie II.–9:407 określono czynniki brane pod uwagę przy ocenie nieuczciwości; w tym kontekście należy uwzględnić m.in. transparentność, wartość przedmiotu umowy, okoliczności sprzed zawarcia umowy, w tym możliwość rzeczywistego zapoznania się z treścią umowy. DCFR nie rezygnuje (pomimo iż kwestię tę uznaje w komentarzu za problematyczną) z badania wpływu adresata oświadczenia woli na treść danej klauzuli, jako przesłanki jej analizy pod kątem nieuczciwości (zob. II.–9:403. Znaczenie pojęcia nieuczciwości w umowach pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem) — zob. DCFR, treść przepisów z komentarzem, s. 176–181.

⁷⁵ M. Pecyna, F. Zoll: *Krótkie uzasadnienie zbiorcze projektu o kontroli postanowień*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2010, nr 4, s. 79–80, wskazują, iż możliwość zapoznania się z treścią wzorca przed zawarciem umowy jest uwzględniana przy kontroli treści, co nie wyłącza w wyjątkowych przypadkach dopuszczalności uznania za skuteczne postanowienia, z którym konsument nie miał możliwości zapoznania się przed zawarciem umowy.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 81.

ZAKOŃCZENIE

Nieustannie zwiększająca się dostępność informacji jest procesem ciągłym. Częścią tego procesu są także przełomowe momenty. Jednym z nich było wynalezienie i upowszechnienie sieci Internet⁷⁷. Kolejnym znaczącym momentem było powstanie i rozpowszechnienie technologii AR. Dzięki rozwojowi tej technologii, pojęcie społeczeństwa informacyjnego, a więc takiego, którego funkcjonowanie opiera się przede wszystkim na wytwarzaniu, gromadzeniu, przetwarzaniu i obiegu informacji przy użyciu nowoczesnych technologii informacyjnych⁷⁸, nabiera realnego kształtu. Pomijając aspekt socjologiczny, rozwój społeczeństwa informacyjnego ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia budowy rynku opartego na prawidłowej konkurencji. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, iż podstawową cechą takiego idealnego rynku jest jego transparentność, co oznacza stan, kiedy jego uczestnicy mają pełną informację na temat ceny i jakości oferowanych dóbr⁷⁹. W czasach rozwoju nowoczesnych technologii informacyjnych (w tym AR) weryfikacja informacji następuje w sposób naturalny — pomiędzy samymi konsumentami. W świetle powyższego należy zwerfikować przyjmowaną jeszcze do niedawna tezę o pogłębiającej się asymetrii informacyjnej we współczesnym obrocie⁸⁰. Nie dotyczy to całej zróżnicowanej grupy „konsumentów”. Tylko ich pewna część w pełni wykorzystuje możliwości płynące z zastosowania nowych technologii w obrocie masowym. W związku z tym uwagi dotyczące zmian w założeniach polityki prawa odnoszą się do wyodrębnionej kategorii konsumentów wykorzystujących możliwości płynące ze stosowania nowoczesnych technologii informacyjnych. Oznacza to pogłębiające się wewnętrzne zróżnicowanie grupy „konsumentów”. To z kolei stawia pod znakiem zapytania efektywność regulacji jednolicie ujmujących te różne kategorie podmiotów objętych ochroną. Jednakowe traktowanie podmiotów o różnym poziomie „rynkowego wyrafinowania” może prowadzić do nieefektywnych ekonomicznie rozwiązań legislacyjnych. Dlatego pojawia się pytanie o możliwość kreowania różnych poziomów ochrony kierowanych do różnych grup konsumentów. Przede wszystkim dotyczy to techniczno–prawnego problemu przyjęcia kryterium wyodrębnienia tej „wyrafinowanej” grupy konsumentów. Jak to wynika z powyższej analizy, na obecnym etapie rozwoju prawa konsumenckiego, uwzględnienie zróżnicowanych realiów zawierania umów, przez różne kategorie konsumentów, jest problematyczne. Jednym z możliwych rozwiązań jest oparcie regulacji ochrony konsumenta na szerszym zastosowaniu klauzul generalnych, pozwalających w większym stopniu uwzględnić — na przykład przy ocenie abuzywności danej klauzuli — okoliczności zawarcia konkretnej umowy.

⁷⁷ P. Mikłaszewicz: *Obowiązki...*, *op. cit.*, s. 26–27.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 27.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 31.

⁸⁰ Jeszcze w 2004 r. E. Lętowska pisała: „Współcześnie zatem mamy do czynienia ze zwiększeniem »deficytu informacji«, a więc i wzrostem zapotrzebowania na nią” (E. Lętowska: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 128).

MIROŚLAW GUMULARZ

CONSUMER PROTECTION IN RELATION TO THE PHENOMENON
OF „AUGMENTED REALITY” — NEW CHALLENGES
FOR LEGAL POLICY

S u m m a r y

The subject matter of the paper consists in description of the phenomenon of Augmented Reality (as an example of trends in development of new information technologies) and indication of its possible consequences for the consumer protection.

The problem of asymmetry of information between traders and their non-business partners is a fundamental issue for the consumer protection system. Consumer policy in the European Union is based on the paradigm of protection through information. Therefore, consumer protection model is closely connected with the availability of information. In connection with the development of the new information technologies (of which Augmented Reality being an important manifestation) also the availability of information changes. In times when access to information is becoming increasingly easier, the expectations with respect to the consumers are growing.

Against this background, the paper verifies the commonly accepted thesis that the level of the asymmetry of information is growing. In addition, the development of information technology affects the increasing level of stratification among consumers. This in turn calls into question the effectiveness of regulation that treats those different categories of consumers in a unified way. Equal treatment of subjects being on the different level of ‘market sophistication’ can lead to economically inefficient legislative solutions.