

Justyna Sarkowicz¹

Przedstawiciel prawny usługodawcy w transgranicznym postępowaniu ws. groma- dzenia e-dowodów – uwagi *de lege lata* i postu- laty *de lege ferenda* z perspektywy ochrony praw podejrzanego i oskarżonego

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest transgraniczne gromadzenie dowodów elektronicznych. W pierwszej kolejności zbadany zostanie proces uznania i wykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, a następnie proces niewykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych i konsekwencje z tego wynikające. Całość pracy będzie analizowana w kontekście organu wykonawczego, którym jest przedstawiciel prawny usługodawcy. Kluczową rolę odegra analiza wskazanych procesów w świetle zagrożeń dla praw podejrzanego/oskarżonego.

Słowa kluczowe

Europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych, przedstawiciel prawny usługodawcy, dowody elektroniczne.

1. Wstęp

Europejski *nakaz wydania dowodów elektronicznych* należy kierować do przedstawiciela prawnego wyznaczonego przez usługodawcę w celu gromadzenia dowodów w postępowaniu karnym zgodnie z proponowaną dyrektywą, ustanawiającą zharmonizowane zasady wyznaczania tych przedstawicieli². Przekazanie będzie miało formę zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, o którym mowa w art. 8³. Wyznaczony przedstawiciel prawny będzie odpowiedzialny za

¹ Justyna Sarkowicz, absolwentka prawa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² D. Chankova, R. Voynova, Towards New European Regulation for Handling Electronic Evidence, *US-China Law Review* 2018, nr 3, s. 121–129.

³ D. Chankova, R. Voynova, Towards New..., s. 121–129.

jego odbiór oraz terminowe i kompletne wykonanie. Jednocześnie pozostawiono usługodawcom wybór, w jaki sposób zorganizują się w celu przedstawiania danych żądanych przez organy państw członkowskich. Jeżeli nie wyznaczono przedstawiciela prawnego, zaświadczenia można kierować do dowolnego zakładu usługodawcy w UE⁴.

Zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przekazuje się bezpośrednio w dowolny sposób pozwalający uzyskać pisemny zapis oraz w warunkach umożliwiających adresatowi ustalenie jego autentyczności. Jeżeli usługodawcy, państwa członkowskie lub organy Unii utworzyły specjalne platformy lub inne bezpieczne kanały do obsługi wniosków o dane przez organy ścigania i organy sądowe, organ wydający może również zdecydować o przekazaniu zaświadczenia za pośrednictwem tych kanałów⁵.

Powyżej zaprezentowano proces przekazania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych. Kolejnym etapem, który zostanie przedstawiony w dalszej części artykułu, jest uznanie i wykonanie wspomnianego zaświadczenia przez przedstawiciela prawnego usługodawcy. Następnie omówiony zostanie proces niewykonania i towarzyszący mu proces egzekwowania. Na podstawie powyższej analizy, ukazane zostaną zagrożenia wynikające dla praw podejrzanego/oskarżonego, ze wskazaniem pożądaných zmian legislacyjnych.

2. Przedstawiciel Prawny Usługodawcy jako organ wykonujący Europejski Nakaz Produkcji

Organem wykonującym europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych jest przedstawiciel prawny usługodawcy. Legitymacja procesowa w postępowaniu w sprawie gromadzenia dowodów elektronicznych obejmuje fazę uznania i wykonania, a w przypadku niewykonania – w postępowaniu egzekucyjnym.

2.1. Proces wykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przez przedstawiciela prawnego usługodawcy

Pierwszym i najważniejszym zagrożeniem są przesłanki wydania, które stanowią podstawę wykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przez przedstawiciela prawnego usługodawcy.

⁴ D. Chankova, R. Voynova, *Towards New...*, s. 121–129.

⁵ D. Chankova, R. Voynova, *Towards New...*, s. 121–129.

Artykuł 5⁶ określa warunki wydania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, które muszą zostać ocenione przez wydający nakaz organ sądowy. Europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych może zostać wydany tylko wtedy, gdy jest to konieczne i proporcjonalne w indywidualnym przypadku. Ponadto powinien być wydawany tylko wtedy, gdy podobny środek byłby dostępny w porównywalnej sytuacji krajowej w państwie wydającym. Nakazy udostępnienia danych abonenta i danych dostępowych mogą zostać wydane za każde przestępstwo. Dane transakcyjne i dotyczące treści powinny podlegać bardziej rygorystycznym wymogom, aby odzwierciedlić bardziej wrażliwy charakter takich danych i odpowiednio wyższy stopień inwazyjności zamówień na takie dane w porównaniu z danymi abonenta i danymi dostępowymi. Dlatego w tej kategorii spraw nakazy można wydać tylko w przypadku przestępstw, za które grozi kara pozbawienia wolności na co najmniej trzy lata lub dłużej. Ponadto, nakazy udostępnienia danych dotyczących transakcji lub treści mogą być również wydawane w przypadku niektórych określonych przestępstw zharmonizowanych wymienionych w art. 5 projektowanego rozporządzenia⁷, w przypadku których dowody są zwykle dostępne wyłącznie w formie elektronicznej⁸. Uzasadnia to zastoso-

⁶ Art. 5 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

⁷ Art. 5 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

⁸ Przestępstwa te są wymienione w szczegółowych przepisach: Decyzja ramowa Rady 2001/413/WSiSW z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania fałszowania i oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi (Dz. Urz. UE L 149, s. 1–4); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, (Dz. Urz. UE L 335, s. 1–14); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne i zastępująca decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW, (Dz. Urz. UE L 218, s. 8–14); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2017/541 z 15.03.2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępująca decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniająca decyzję Rady 2005/671/WSiSW, (Dz. Urz. UE L 88, s. 6–21).

wanie rozporządzenia w przypadkach, gdy maksymalny okres pozbawienia wolności jest krótszy niż trzy lata⁹.

Powyżej zostały wskazane podstawy wydania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przez organ sądowy państwa wydającego. Następnie przedstawiciel prawny usługodawcy na podstawie art. 8 ust. 3 otrzymuje zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, będące podstawą do wydania danych, którymi dysponuje. Zaświadczenie zawiera następujące elementy:

- organ wydający oraz w stosownych przypadkach, organ zatwierdzający;
- adresata europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych;
- osoby, których dane są wymagane, z wyjątkiem przypadków, gdy jedynym celem nakazu jest identyfikacja osoby;
- żadaną kategorię danych (dane subskrybenta, dane dostępne, dane transakcyjne lub dane dotyczące treści);
- w stosownych przypadkach, przedział czasowy, który ma być przedstawiony;
- mające zastosowanie przepisy prawa karnego w nagłych przypadkach lub w przypadku wniosku o wcześniejsze ujawnienie danych przyczyny takiego stanu rzeczy; państwo wydające;
- w nagłych wypadkach lub wniosku o wcześniejsze ujawnienie, powody takiego ujawnienia;
- w przypadku, gdy poszukiwane dane są przechowywane lub przetwarzane w ramach infrastruktury dostarczonej przez usługodawcę spółce lub innemu podmiotowi niebędącemu osobami fizycznymi, potwierdzenie złożenia nakazu zgodnie z ust. 6¹⁰.

Biorąc pod uwagę powyższe regulacje, zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych nie zawiera przesłanek proporcjonalności i konieczności.

Kolejnym zagrożeniem dla praw podejrzanego są ramy czasowe wykonania zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych.

Artykuł 9 projektowanego rozporządzenia¹¹ stanowi, że po otrzymaniu zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych

⁹ D. Chankova, R. Voynova, *Towards New...*, s. 121–129.

¹⁰ Art. 5.5 Komisji Europejskiej (2018b), „Wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie europejskich nakazów wydania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych w sprawach karnych”, COM(2018) 225 final, 17 kwietnia.

¹¹ Art. 9 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i eu-

adresat zapewnia przekazanie żądanych danych bezpośrednio organowi wydającemu lub organom ścigania wskazanym w zaświadczeniu najpóźniej w ciągu 10 dni, chyba że organ wydający wskazuje przyczyny wcześniejszego ujawnienia. W nagłych przypadkach adresat przekazuje żądane dane bez zbędnej zwłoki, najpóźniej w ciągu sześciu godzin po otrzymaniu zaświadczenia¹².

2.2. Niewykonanie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przez przedstawiciela prawnego usługodawcy

Proponowane rozporządzenie pozwala usługodawcom sprzeciwić się automatycznej realizacji europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych. Jednak jedyne uzasadnione podstawy do zgłaszania wyjątków są zasadniczo ograniczone do przypadków, w których zaświadczenie o przekazaniu zamówienia jest niekompletne, ewidentnie nieprawidłowe lub żądane dane zostały (zgodnie z prawem) usunięte, lub nie znajdują się w posiadaniu adresatów¹³. Poza tymi przypadkami odmowa wykonania zamówienia przez dostawcę usług internetowych lub firmę jest automatycznie uznawana za przypadek „niezgodności”¹⁴.

Niewykonanie nakazu może skutkować dwoma rodzajami konsekwencji: sankcjami i postępowaniem egzekucyjnym.

Jeśli chodzi o sankcje, rozporządzenie pozostawia państwom członkowskim określenie niezbędnych przepisów w tym zakresie. Ponadto Rada dodała klauzulę, zgodnie z którą państwo członkowskie zapewni możliwość nałożenia sankcji w wysokości do 2% całkowitego rocznego obrotu światowego¹⁵.

ropejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

¹² Art. 9 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

¹³ Art. 9 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

¹⁴ M. Stefan, G. González Fuster, Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters, State of the art and latest developments in the EU and the US, CEPS, 2018, s. 24–40.

¹⁵ Art. 13 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania

Organ wydający przekazuje europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych właściwemu organowi w państwie wykonania, który powinien uznać i wykonać nakaz. Podobnie jak w klasycznym wzajemnym uznawaniu, organ wykonujący może powoływać się na szereg podstaw odmowy¹⁶. Podstawy te są zasadniczo ograniczone do przypadków, w których organ egzekucyjny stwierdzi¹⁷:

- europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych nie został wydany lub zatwierdzony przez właściwy organ wydający
- europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych nie został wydany w związku z określonym przestępstwem
- adresat nie mógł zastosować się do zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych z powodu faktycznej niemożności lub siły wyższej, lub ze względu na oczywiste błędy zawarte w zaświadczeniu europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych;
- europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych nie dotyczy danych przechowywanych przez usługodawcę lub w jego imieniu w momencie otrzymania zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych;
- usługa nie jest objęta zakresem rozważanego rozporządzenia;
- informacje zawarte w zaświadczeniu europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych wskazują na to, że zaświadczenie, w sposób oczywisty narusza przepisy Karty Praw Podstawowych lub ma charakter oczywistego nadużycia¹⁸.

Na wskazane wyżej powody może powoływać się usługodawca, jednak ostatecznie słowo należy do organu egzekucyjnego, a ten może zignorować ten sprzeciw¹⁹.

dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

¹⁶ S. T o s z a, *All evidence is equal...*, s. 161–183.

¹⁷ M. S t e f a n, G. G o n z á l e z F u s t e r, *Cross-border Access...*, s. 24–40.

¹⁸ Art. 14 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

¹⁹ Art. 14 wniosku Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

3. Uwagi *de lege lata*

Mając na uwadze powyższe, obowiązkiem przedstawiciela prawnego usługodawcy jest sprawdzenie istnienia podstaw uzasadniających odmowę wykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych. Ta nowa rola, jaką projekt rozporządzenia przypisuje prywatnym przedsiębiorstwom, jest bardzo problematyczna z wielu powodów. Wydaje się, że propozycja nakłada na prywatne firmy ogólny obowiązek przestrzegania zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych.

Należy pamiętać, że przedstawiciel prawny usługodawcy to podmiot prywatny, który może nie posiadać wiedzy prawnej i narzędzi prawnych do weryfikacji istnienia przesłanek do wydania, a następnie wykonania. Zgodnie z art. 2 pkt 1 „przedstawiciel prawny” oznacza osobę prawną lub fizyczną, wyznaczoną na piśmie przez usługodawcę do celów wskazanych w art. 1 ust. 1, art. 3 ust. 1²⁰.

Ustawodawca pozostawił więc usługodawcy wybór podmiotu pełniącego funkcję przedstawiciela ustawowego – może to być osoba fizyczna lub prawna, która jest prawnikiem lub nie. Ustawodawca nie nałożył na usługodawcę żadnych warunków w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, istnieją dwie możliwości:

Jeżeli przedstawicielem prawnym usługodawcy jest wyspecjalizowany prawnik, to podmiot ten będzie gwarantem wiedzy prawniczej i narzędzi prawnych.

Jeżeli na przedstawiciela prawnego ustawowego została wyznaczona osoba niebędąca prawnikiem, wówczas osoba ta może nie posiadać wiedzy prawniczej i znajomości instrumentów prawnych. Tym samym *a priori* można przyjąć, że przedstawiciel ten nie jest gwarantem prawidłowej procedury uznania i późniejszego wykonania europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych.

Wiedza prawnicza jest niezbędna do właściwej oceny:

- czy zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych zawiera wszystkie dane wskazane w art. 8 pkt 3 projektowanego rozporządzenia²¹,

²⁰ Art. 2 Komisji Europejskiej (2018), „Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej zharmonizowane zasady wyznaczania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów w postępowaniu karnym”, COM(2018) 226 final, 17 kwietnia.

²¹ Art. 8 pkt 3 Komisji Europejskiej (2018b), „Wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie europejskich nakazów wydania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych w sprawach karnych”, COM(2018) 225 final, 17 kwietnia.

- czy właściwy organ wydał zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych,
- wskazanych przepisów karnych państwa wydającego – czy surowość grożącej kary jest podstawą wydania danej kategorii danych,
- znajomości praw podstawowych, które mogą być zagrożone lub naruszone w wyniku wystawiania dowodów elektronicznych,
- istnienia przywilejów i immunitetów,
- znajomości i prawidłowego zakwalifikowania przesłanki „podstawowe interesy”, tj. obrona, bezpieczeństwo.

Należy podkreślić, że istnieje szczególny problem z oceną, czy państwo wydające zapewniło odpowiednią kontrolę sądową. W takich przypadkach przedstawiciel prawny usługodawcy miałby obowiązek:

- sprawdzić, czy sędzia był zaangażowany w wydanie orzeczenia w państwie wydającym,
- ocenić, czy zaangażowanie danego organu sądowego daje wystarczające gwarancje z punktu widzenia praw podstawowych i praworządności oraz
- zdecydować, czy (lub nie) sprzeciwić się wykonaniu nakazu²².

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem Marco Stefana i Glorii González Fuster, że rozważanie tych kwestii jest bardzo trudne, ponieważ każde państwo członkowskie przewiduje specyficzną metodę sądowej walidacji dostępu do danych w kontekście postępowania karnego. Krajowe przepisy prawne w tym zakresie różnią się znacznie, z wyraźnym rozgraniczeniem kontradyktoryjnego i inkwizycyjnego systemu postępowania karnego. Ponadto, do wydawania transgranicznych wniosków o dostęp do danych mają zastosowanie różne zasady i systemy nadzoru, w zależności od ram konstytucyjnych i instytucjonalnych ustanowionych w danym państwie. Nie jest jasne, w jaki sposób podmiot prywatny oceniałby nie tylko, kto kwalifikuje się jako niezawisły sędzia na mocy prawa krajowego, ale także, czy sądy krajowe różnych państw członkowskich spełniają wymogi prawa UE dotyczące niezawisłości sędziowskiej²³.

Formę zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych należy ocenić bardzo negatywnie. Trudno nie zgodzić się z twierdzeniem Marco Stefana i Glorii González Fuster, że kolejne zagrożenie wynika z faktu, że ewentualnemu „organowi wykonawczemu” nie pozostawia się dalszego marginesu swobody w ocenie legalności, konieczności i proporcjonalności nakazów²⁴. Odmowa wykonania ograni-

²² M. Stefan, G. González Fuster, *Cross-border Access...*, s. 24–40.

²³ M. Stefan, G. González Fuster, *Cross-border Access...*, s. 24–40.

²⁴ M. Stefan, G. González Fuster, *Cross-border Access...*, s. 24–40.

cza się do wcześniej wymienionych podstaw. W szczególności lista nie obejmuje podwójnej karalności, *ne bis in idem* ani kwestii konieczności i proporcjonalności. Ponadto, ponieważ instrument ten jest rozporządzeniem, państwo członkowskie z pewnością nie może dodawać żadnych dodatkowych podstaw do swojego ustawodawstwa krajowego²⁵.

Ponadto czas wykonania (szczególnie 6 godzin) jest niebezpiecznie krótki, niezależnie od tego, czy przedstawiciel jest wyspecjalizowanym prawnikiem, czy nie. Może to spowodować automatyczne europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych bez właściwej oceny konieczności wydania dowodów.

Należy zwrócić uwagę, że problematyczna jest również kwestia immunitetów i przywilejów. Przedstawiciel prawny nie posiada narzędzi prawnych do weryfikacji, czy osoba objęta europejskim nakazem wydania dowodów elektronicznych może posiadać immunitet lub przywilej.

4. Podsumowanie

Wydaje się, że projektowane rozporządzenie nakłada na firmy prywatne ogólny obowiązek przestrzegania zaświadczenia europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych²⁶. Potwierdza to wprowadzenie kar finansowych, przewidzianych w celu zachęcenia przedsiębiorstw do tworzenia lub przechowywania danych poszukiwanych przez organy ścigania w transgranicznych dochodzeniach karnych²⁷.

Rozważania należy rozpocząć od tego, że podmiot prywatny, jakim jest usługodawca, został powołany głównie dla zysku finansowego. Celem jest dochód firmy uzyskiwany w związku z korzystaniem przez jego użytkowników z usług świadczonych drogą elektroniczną. Wspomniane korzystanie odbywa się w przekonaniu, że ich dane przechowywane przez usługodawcę są chronione.

²⁵ Na przykład podczas wdrażania decyzji ramowej w sprawie ENA niektóre państwa członkowskie dodały klauzule dotyczące praw podstawowych nieprzewidziane w decyzji ramowej jako takiej: T. Marguery, *Transfer of Prisoners in the European Union – Towards a better balance between Fundamental Rights and Mutual Trust* (Wolf Legal Publishers 2018), s. 421.

²⁶ Art. 9 i 10 Komisji Europejskiej (2018b), „Wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie europejskich nakazów wydania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych w sprawach karnych”, COM(2018) 225 final, 17 kwietnia.

²⁷ Art. 13 Komisji Europejskiej (2018b), „Wniosek dotyczący rozporządzenia w sprawie europejskich nakazów produkcji i zabezpieczenia dowodów elektronicznych w sprawach karnych”, COM(2018) 225 final, 17 kwietnia.

Stworzenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych w tej formie spowodowało, że usługodawca został umieszczony w dwóch sprzecznych rolach. Z jednej strony ustawodawca europejski zobowiązał podmiot prywatny do przekazywania danych elektronicznych i tym samym do *quasi* ścigania przestępstw, z drugiej zaś, celem jego powstania i warunkiem osiągnięcia korzyści finansowych jest służyć użytkownikom i ochrona danych będących w jego posiadaniu. Warunkiem skorzystania z usług usługodawcy jest zaufanie do bezpieczeństwa danych elektronicznych.

Mając na uwadze powyższe, należy przeprowadzić analizę potencjalnych zysków i strat.

Efekt ustanowienia podmiotu prywatnego jako organu wykonującego jest dwuwymiarowy – przekazywanie dowodu elektronicznego skutkuje brakiem zaufania wśród klientów, a tym samym może skutkować spadkiem liczby użytkowników, natomiast w przypadku nieprzekazania dowodu na usługodawcę zostaje nałożona kara pieniężna.

Można domniemywać, że ze względu na potencjalne bardzo wysokie kary za niewykonanie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych usługodawcy będą przekazywać dowody elektroniczne zgodnie ze wskazaniami zawartymi w zaświadczeniu europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych. Głównym argumentem jest cel działalności usługodawcy – zysk finansowy, a wysokie kary za niewykonanie doprowadzą do znacznego uszczerbienia zasobu finansowego. Kolejnym czynnikiem popierającym powyższą tezę jest niemożność prawidłowej oceny danych zawartych w zaświadczeniu europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych – można domniemywać, że usługodawca ma świadomość deficytu informacji w danej sprawie, a tym samym ma świadomość braku możliwości prawidłowej oceny zasadności wydania danych, w związku z powyższym istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że automatycznie prześle wspomniany dowód.

Ponadto usługodawcy nie mają narzędzi do weryfikacji europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, jedyną możliwością jest sprzeciw. Należy jednak pamiętać, że w postępowaniu egzekucyjnym działa podmiot będący organem sądowym. Organ ten ma bardzo szerokie uprawnienia, ma również znacznie szerszą wiedzę, ponieważ wraz z europejskim nakazem wydania dowodów elektronicznych otrzymuje zaświadczenie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych, który zawiera przesłanki konieczności i proporcjonalności. Na tej podstawie nakłada na usługodawcę karę za niewykonanie nakazu. Należy podkreślić, że kara ta może wynieść 2 proc. rocznego zysku.

Trudno zakwestionować twierdzenie Marco Stefana i Glorii González Fuster, że tylko niezależne organy sądowe posiadają niezbędne prerogatywy instytucjonalne i kompetencje zawodowe, aby zapewnić odpowiednią ocenę, czy istnieje uzasadniony powód odmowy wykonania środka ścigania innego państwa członkowskiego. W konsekwencji wydaje się, że nowa rola, jaką proponowane rozporządzenie w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych przypisuje usługodawcom, może podważyć spójne stosowanie zasady skutecznej ochrony sądowej zapisanej w art. 19 Karty UE. Jest to wysoce problematyczne z punktu widzenia prawa konstytucyjnego UE²⁸.

Tym samym, aby skutecznie osiągnąć cel, dla którego ustanowiono europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych, z poszanowaniem praw podejrzanego/oskarżonego, niezbędne jest powołanie organu sądowego jako organu wykonującego.

Bibliografia

1. Chankova D., Voynova R., Towards New European Regulation for Handling Electronic Evidence, *US–China Law Review* 2018, nr 3, s. 121–129.
2. Decyzja ramowa Rady 2001/413/WSiSW z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania fałszowania i oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi (Dz. Urz. UE L 149, s. 1–4).
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępująca decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniająca decyzję Rady 2005/671/WSiSW, (Dz. Urz. UE L 88, s. 6–21).
4. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, (Dz. Urz. UE L 335, s. 1–14).
5. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne i zastępująca decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (Dz. Urz. UE L 218, s. 8–14).

²⁸ M. Stefan, G. González Fuster, Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters, State of the art and latest developments in the EU and the US, CEPS, 2018 Brussels, s. 24–40.

6. Marguery T., *Transfer of Prisoners in the European Union – Towards a better balance between Fundamental Rights and Mutual Trust*, Wolf Legal Publishers, Holandia 2018.
7. Stefan M., González Fuster G., *Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters, State of the art and latest developments in the EU and the US*, Centre for European Policy Studies, Bruksela 2018, s. 24–40.
8. Tosza S., *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, *New Journal of European Criminal Law* 2020, nr 11(2), s. 161–183.
9. Wniosek Komisji Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2018 r. dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych (COM/2018/225).

Legal representatives for e-evidence gathering under European Production Orders: comments from the perspective of protecting rights of suspects/accused persons with a view to the law as it stands and as it should stand

Abstract

This paper looks at cross-border electronic evidence gathering. The process of recognizing and executing EPOs is first examined. The process of not executing EPOs is then explored, including consequences of non-execution. E-evidence gathering is analysed in the context of an executing authority, i.e., a legal representative of a service provider. A special focus is put on analysing the processes in terms of risks to rights of suspects/accused persons.

Key words

European Production Order, Legal Representative, E-evidence.