

Treści cyfrowe jako przedmiot obrotu gospodarczego – zagadnienia definicyjne

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Definicja treści cyfrowych
- III. Dostarczane treści cyfrowe jako dobro chronione prawem autorskim
- IV. Treści cyfrowe a ochrona konsumencka ich dostarczania
- V. Podsumowanie

Streszczenie

„Treści cyfrowe” to jeszcze jedno pojęcie wymagające dokładnej definicji, które nie zostało do końca ustalone. Pierwotnie definicja treści cyfrowych została zawarta we wniosku w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów dotyczących internetowej sprzedaży towarów i innej sprzedaży na odległość, zgodnie z którą „treści cyfrowe” oznaczają dane generowane i dostarczane w formie cyfrowej, niezależnie od tego czy jej właściwości zostały zdefiniowane przez konsumenta, a są to gry wizualne, dźwiękowe, fotograficzne lub pisemne, gry cyfrowe, oprogramowanie i treści cyfrowe umożliwiające personalizację istniejących urządzeń lub oprogramowania. Oczywiście pojęcie to może być definiowane na różne sposoby przez ustawodawcę krajowego. Na przykład polska ustawa z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta określa „treści cyfrowe” jako nową kategorię „produktu – towaru”. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy „treści cyfrowe” są rozumiane jako dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej. Dotychczas prawo odnosiło się wyłącznie do odpowiedzialności za dostarczenie fizycznych produktów konsumentowi lub za świadczone usługi. Obecnie treści cyfrowe są kluczowym i ważnym elementem codziennych interakcji między użytkownikami sieci. Treści cyfrowe to dane, które przy użyciu odpowiedniego oprogramowania i urządzeń mogą zostać przetworzone na informacje, na przykład informacje przechowywane w plikach elektronicznych, takich jak eBooki, programy komputerowe, aplikacje na telefony komórkowe, pliki audio, filmy i obrazy. Rozpowszechnianie treści cyfrowych za pośrednictwem medialnych usług audiowizualnych ma z definicji charakter transgraniczny, co jest korzystne dla producentów, twórców i beneficjentów, a przede wszystkim konsumentów – odbiorców i użytkowników usługi. Digitalizacja i udostępnianie treści cyfrowych przyczynia się do globalnego wzrostu gospodarczego, dostępu do wiarygodnych źródeł informacji, a także zasobów uprzednio zaniedbywanych, w tym zasobów pozostających w domenie publicznej, a także nowych zasobów wytwarzanych na podstawie archiwaliów. Oczywiście treści cyfrowe wymagają ochrony i zabezpieczenia ich własności także w środowisku online. W dobie

* Doktor habilitowana, profesor Akademii Sztuki Wojennej; Katedra Prawa Cyberbezpieczeństwa i Nowych Technologii, Instytut Prawa; e-mail: k.jentkiewicz@akademia.mil.pl; <https://orcid.org/0000-0003-0188-5704>.

rozwoju nowoczesnych technologii szczególnie ważną staje się własność intelektualna – wyjątkowy rodzaj własności. Jej ochrona wiąże się z kluczowym aspektem rozwojowym, który dotyczy nie tylko cech samych chronionych dzieł w wielu różnych dziedzinach ludzkiej działalności, lecz także ściśle określonych lukratywnych i moralnych korzyści, do których właściciel treści cyfrowych jest uprawniony.

Słowa kluczowe: treści cyfrowe; własność intelektualna; dostarczanie treści cyfrowych; digitalizacja; prawa konsumenckie.

JEL: K 24

I. Wstęp

Konwergencja technologiczna powoduje, że współczesne media są nieodłącznym atrybutem działań ludzkich w każdej dziedzinie. Rozwój sieci multimedialnych, telefonii mobilnej i telewizji satelitarnej sprzyja wymianie informacji. Pojawia się problem jej nadmiaru i poszukiwania wiarygodnych źródeł. W następstwie tej ewolucji dokonują się zmiany w przepisach prawnych, które w coraz większym zakresie obejmują dziedzinę mediów, także społecznościowych. Proces ten następuje w okresie rozwoju technologicznego, rozwoju techniki cyfrowej, przy jednoczesnym wzroście potrzeb konsumenckich i globalizacji przekazu.

Wprowadzenie sieci teleinformatycznej i World Wide Web całkowicie zmieniło tendencję regulacyjną, przejawiającą się we fragmentaryzacji zasięgu terytorialnego mediów informacyjnych. Co więcej, zmieniło tę tendencję w tak istotny sposób, że przekształciło rozpowszechnianie informacji w zjawisko globalne, a nie krajowe. Wykorzystując nośnik o charakterze technicznym, ale zarazem niematerialnym, umożliwiającym gromadzenie informacji w wielkich ilościach i ich natychmiastowe rozpowszechnienie w jakimkolwiek miejscu i czasie, stajemy się eksploratorami treści o zróżnicowanym charakterze, kierowanymi paradoksalnie do masowego odbiorcy. Nowe technologie przekazu dostarczają bezprecedensowej platformy dla komunikacji społecznej. W ten sposób, z jednej strony przekształceniu ulega koncepcja przestrzenna związana z terytorialnym aspektem komunikowania się, według której globalizuje się stosunki społeczne, z drugiej zaś – dochodzi do minimalizacji znaczenia wpływu regionalnego lub państwowego, co ostatecznie wpływa na rozwój przestrzeni niematerialnej, której nie można zdefiniować w oparciu o aspekt stricte rzeczowy, czyli „cyberprzestrzeń” – miejsce i nie miejsce – pozbawione granic i wydawać się może, że w równym stopniu ograniczeń, w tym ograniczeń prawnych. Ponadto dochodzi do zmiany koncepcji czasowej stosunków społecznych ze względu na natychmiastową dostępność treści, jak również ze względu na to, iż mogą one pozostawać w sieci, co do zasady, nieskończenie długo. W konsekwencji środki przekazu, które decydują się na rozpowszechnianie treści w sieci teleinformatycznej tworzą metodę ich dystrybucji odmienną od tej konwencjonalnej. Dystrybucja odbywa się w dowolnym miejscu, w którym istnieje dostęp do sieci teleinformatycznej, przy czym inne są techniki marketingowe towarzyszące temu przekazowi. Dodatkowym problemem wydaje się być kontrola sprawowana przez media w zakresie dystrybucji i dostępu do treści. Jest ona rozproszona na wielu poziomach odbioru i dalszego przekazu treści. Zarówno osoby prywatne,

jak i instytucje oraz organizacje publiczne stają się bezpośrednimi dystrybutorami treści. Takim środkiem przekazu mogą być portale społecznościowe, wiadomości elektroniczne, linki i blogi, serwisy informacyjne i sklepy online. Nie ma tu praktycznie znaczenia czy dystrybucja ta jest ograniczana za pomocą przyjętego modelu biznesowego (np. *pay per view*), czy za pomocą granic cyfrowych. Także te metody w wolnym obszarze dystrybucji treści, jakim jest sieć teleinformatyczna, napotykają poważne przeszkody w kontrolowaniu i monitorowaniu treści, ich odbiorców – użytkowników i całego procesu ich udostępniania (przykładem tych trudności jest ustalenie zasięgu dotarcia reklamy w sieci). Pojawiają się potencjalnie o wiele istotniejsze naruszenia dotyczące treści cyfrowej w środowisku nowych technologii, a przysługująca im ochrona prawna (np. w zakresie praw konsumenckich czy praw autorskich etc.) jednocześnie ulega osłabieniu.

Zagadnienie tej niepewności co do stosowania prawa w warunkach funkcjonowania cyberprzestrzeni jest tym bardziej złożone, iż to korzystanie z treści może podlegać całemu szeregowi reżimów prawnych na poziomie lokalnym, regionalnym, państwowym i międzynarodowym. Potrzeba globalnych uregulowań w połączeniu z różnorodnością norm prawa międzynarodowego prywatnego ustanowionych przez poszczególne państwa sprawiają, że media internetowe, jak i cały obszar funkcjonowania sieci stają się miejscem zastosowania ram prawnych, które mogą być wzajemnie ze sobą sprzeczne, gdyż to, co może być zabronione w jednym państwie, może być z kolei w pełni dozwolone w innym. Taka sytuacja może zniechęcać do zgodnego z prawem korzystania ze swobody komunikowania się i prawa do informacji, a także w określonych przypadkach wolności gospodarczej (tzw. *chilling-effect*). Zasięg sieci teleinformatycznej powoduje, że występuje problem wielości reżimów prawnych znajdujących zastosowanie do jednego przekazu, gdyż rozproszony zasięg terytorialny sprawia, że współistnieją różne systemy prawa krajowego, a wraz z nimi dodatkowo różne systemy sądownictwa krajowego właściwe do rozpoznania sytuacji spornej. Możemy powiedzieć, że pojawia się problem z tzw. cyberodpowiedzialnością, odpowiedzialnością za dostarczane treści cyfrowe oraz odpowiedzialnością za dostarczanie treści cyfrowych.

II. Definicja treści cyfrowych

Pierwotnie definicja treści cyfrowych została umieszczona w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów zawieranych przez Internet lub w inny sposób na odległość¹, według której treści cyfrowe oznaczały dane, wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, niezależnie od tego czy ich właściwości zostały określone przez konsumenta, w tym treści wizualne, dźwiękowe, treści w formie obrazów lub pisma, gry cyfrowe, oprogramowanie i treści cyfrowe umożliwiające personalizację istniejącego sprzętu lub oprogramowania, przy czym definicja ta nie obejmowała:

- „usług finansowych, w tym usług bankowości internetowej;
- doradztwa prawnego lub finansowego w formie elektronicznej;
- elektronicznych usług zdrowotnych;
- usług i sieci łączności elektronicznej oraz powiązanych zasobów i usług;

¹ Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów zawieranych przez Internet lub w inny sposób na odległość. COM(2015) 635, finał 2015/0288 (COD) Bruksela, dnia 9.12.2015 r. COM(2015) 635 finał 2015/0288 (COD).

- gier hazardowych;
- tworzenia nowych treści cyfrowych oraz zmiany istniejących treści cyfrowych przez konsumentów lub innych form interakcji z działami innych użytkowników².

Oczywiście definicja ta może być ostatecznie określana w różny sposób przez ustawodawcę krajowego. Przykładowo w ustawodawstwie polskim ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta³ określa nową kategorię „towaru”, jakim jest treść cyfrowa. I tak zgodnie z art. 2 pkt 5 tej ustawy treść cyfrowa oznacza dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. Do tej pory przepisy prawa odnosiły się tylko do fizycznych przedmiotów dostarczanych do konsumenta oraz do świadczonych usług w zakresie odpowiedzialności⁴. O ile do tej pory przepisy polskiego prawa odnosiły się głównie do świadczenia usług oraz do fizycznych przedmiotów dostarczanych do konsumenta, o tyle wraz z wprowadzeniem nowych regulacji prawnych, treść cyfrowa stała się nową kategorią ekonomiczną, przyjęła bowiem formę towaru.

Obecnie treści cyfrowe są nierozłącznym i znaczącym elementem codziennych interakcji, jakich dokonują użytkownicy sieci. Treści cyfrowe są to dane, na podstawie których za pomocą odpowiedniego oprogramowania i sprzętu, można po przetworzeniu uzyskać informację. Przykładem są chociażby wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, takie jak e-booki, programy komputerowe, aplikacje na urządzenia mobilne, pliki z muzyką, filmami oraz zdjęcia. Rozpowszechnianie w sieci teleinformatycznej treści cyfrowych za pomocą usług medialnych jest z definicji transgraniczne. Korzystają na tym ich producenci, twórcy, ich spadkobiercy, przede wszystkim korzysta odbiorca – konsument – użytkownik usługi. Procesy digitalizacji oraz udostępnianie treści cyfrowych w sposób globalny przyczyniają się do zwiększenia dostępu do wiarygodnych źródeł wiedzy, zasobów pozostających dotychczas w zapomnieniu, nie wyłączając tych pozostających w domenie publicznej oraz zasobów nowych powstałych w oparciu o archiwa. Wyróżnia się dwa typy treści cyfrowych: a) treści cyfrowe, które są dostarczone konsumentowi na trwałym nośniku, takim jak pendrive, dysk przenośny, płyta DVD; b) treści cyfrowe dostarczane w inny sposób, np. przez e-mail.

Niezbędne wydaje się więc odwołanie do wyżej wspomnianej dyrektywy 2011/83/WE, która w sposób szerszy i bardziej precyzyjnie określa to czym są treści cyfrowe⁵. Dokonując analizy unijnego ujęcia treści cyfrowej, nie można pominąć również definicji zawartej w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży 2011/0284 (COD), w którym pojęcie „treści cyfrowej” zostało zdefiniowane odmiennie niż w dyrektywie 2011/83/WE, a co za tym idzie, odmiennie niż w polskiej ustawie

² Wniosek Komisji Europejskiej z dnia 20 października 2011 r. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, COD (2011) 284, COM (2011) 635 wersja ostateczna.

³ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. DzU 2019, poz.134).

⁴ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. WE L 178 z 17.07.2000 r., s. 1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 25, s. 399), która reguluje wszystkie usługi społeczeństwa informacyjnego, czyli usługi świadczone za pośrednictwem Internet Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance OJ L 304, 22.11.2011, s. 64–88 Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC OJ L 257, 28.8.2014, s. 73–114.

⁵ 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.

o prawach konsumenta. Do kategorii treści cyfrowych zaliczyć więc także można wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, obejmujących również książki w formie elektronicznej, aplikacje mobilne – ogółem za treści cyfrowe uważane będzie wszystko to, co może być formą obrotu towarowo-pieniężnego, ale ma postać zapisu cyfrowego z wyjątkiem: usług finansowych, w tym usług bankowości internetowej, doradztwa prawnego lub finansowego w formie elektronicznej, elektronicznych usług zdrowotnych, usług i sieci łączności elektronicznej oraz powiązanych zasobów i usług, gier hazardowych, tworzenia nowych treści cyfrowych oraz zmiany istniejących treści cyfrowych przez konsumentów lub innych form interakcji z dziełami innych użytkowników. Według T. Targosza przywołane powyżej rozbieżne „definicje treści cyfrowych, w sposób wyraźny wskazują na fakt, że projektodawca europejski dostrzega liczne kolizje i problemy związane z regulacją samego pojęcia treści cyfrowych i w konsekwencji powyższego świadomie dąży do uszczegółowienia zakresu tej instytucji” (Targosz i Wyrwiński, 2015).

Wyróżnia się dwa typy treści cyfrowych: treści cyfrowe, które są dostarczone konsumentowi na trwałym nośniku, takim jak pendrive, dysk przenośny, płyta DVD oraz treści cyfrowe dostarczane w inny sposób, np. przez e-mail. Każdy rodzaj treści cyfrowych w powiązaniu ze sposobem ich oferowania i udostępniania charakteryzować się może innym rodzajem obowiązków wynikających z ustawy o prawach konsumenta. Znaczenie „treści cyfrowych” nadaje motyw 19 dyrektywy 2011/83/UE, który przykładowo wymienia jako treści cyfrowe: programy komputerowe, aplikacje, gry, muzykę, nagrania wizualne bądź teksty. Szeroki dostęp do owych treści jest możliwy „poprzez pobieranie czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków”. W praktyce można wyodrębnić przykładowo treści cyfrowe, takie jak: utwory audiowizualne pod postacią audycji telewizyjnych (w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji); programy telewizyjne (w rozumieniu urt); utwory audiowizualne w postaci filmów fabularnych lub rysunkowych; utwory muzyczne i słowno-muzyczne; transmisje wydarzeń sportowych bądź też innych wydarzeń publicznych (np. uroczystości państwowych lub kościelnych); gazety, czasopisma etc. (mające pierwotną lub równoległą postać papierową; audycje bądź programy radiowe; oprogramowania; książki w formie cyfrowej (e-booki); serwisy informacyjne o różnorodnym charakterze. Ustawa o prawach konsumenta nie zawiera definicji „nośnika materialnego”, chociaż definiuje ona w art. 2 pkt 4 „trwały nośnik” jako „materiał lub narzędzie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych osobiście do niego, w sposób umożliwiający dostęp do informacji w przyszłości przez czas odpowiedni do celów, jakim te informacje służą i które pozwalają na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci”. Podobnie dyrektywa 2011/83/UE właściwie w ogóle nie posługiwała się pojęciem „materialnego nośnika”, a jedynie pojęciem nośnika „trwałego”. Jej motyw 19 wskazuje, iż do trwałego nośnika można zaliczyć np. płyty CD lub DVD. Z kolei, motyw 23 rozszerza ową listę przykładów trwałych nośników: pamięć USB, dyski twarde komputerów, karty pamięci, pocztę elektroniczną. W tym ostatnim przypadku podkreśla się, iż „informacje przesyłane za pomocą poczty elektronicznej są zapisywane na serwerach dostawcy usług hostingowych, co w istocie oznacza, że na trwałym nośniku (takim jak twardy dysk, serwer, macierz), tyle że niebędącym w fizycznym władaniu konsumenta. (...) Do kategorii takiej jak poczta elektroniczna powinno zaliczać się także usługi przesyłania krótkich wiadomości tekstowych w cyfrowych sieciach telefonii komórkowej i stacjonarnej (sms), komunikatory typu Gadu Gadu, MSN Messenger czy chat na Skype (w zakresie

przesyłania tekstu) itd.”. Natomiast, jeśli za trwałe 1 nośnik jest uznawana poczta elektroniczna, wówczas tym trwałym nośnikiem są także różne narzędzia, które są dostarczane przez rozwiązania „chmurowe”, czyli w miejscu, gdzie informacje także są zapisane na trwałych nośnikach, do których zalicza się dyski twarde czy serwery i to nawet w sytuacji, gdy osoba zapisująca nie wie gdzie one się znajdują bądź też gdy są one całkowicie rozproszone.

Wobec tak różnych ujęć pojęcia „nośnika” powstaje wątpliwość czy pojęcie trwałego nośnika oraz materialnego nośnika są tożsame w obu reżimach prawnych. Nośnik materialny swoim zakresem nie obejmuje informacji zapisanych w szeroko pojętej poczcie elektronicznej bądź w narzędziach chmurowych. Dane, zgodnie z definicją powinny być nie tylko „wytworzone”, ale i „dostarczone” w formie cyfrowej. Jednakże proces wytworzenia w formie cyfrowej nie oznacza tego wytworzenia pierwotnego. Inaczej ujmując, wszelkie dane pierwotnie mogą mieć postać analogową, która to dzięki dokonaniu procesu cyfryzacji zyskuje postać cyfrową, a także staje się treścią cyfrową (Kaczmarek-Templin, 2014). Istotnym przykładem może być utwór audiowizualny, który w pierwszej wersji utwalony na taśmie światłoczułej, następnie poddany został poddany digitalizacji. W związku z tym, treściami cyfrowymi, które nie są zapisane na konkretnym nośniku materialnym są dane wytwarzane oraz dostarczane właśnie w postaci cyfrowej, dalej są one udostępniane zupełnie inaczej aniżeli poprzez dostarczenie ich w formie utwalonej za pomocą materiału bądź narzędzia. W praktyce ważne jest ich przesyłanie drogą elektroniczną, przewodowo bądź bezprzewodowo, a także odbiór danych poprzez pomocą urządzenia, które umożliwiają ich przetworzenie, przechowanie czy odtworzenie.

Zgodnie z motywem 41 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych treści cyfrowe lub usługi cyfrowe mogą być dostarczane konsumentom przez przedsiębiorcę na różne sposoby. Treści cyfrowe lub usługa cyfrowa powinny być uważane za udostępnione lub dostępne dla konsumenta, gdy te treści cyfrowe lub usługa cyfrowa bądź środki służące do uzyskania dostępu do nich lub ich pobrania dotarły do sfery konsumenta i nie są konieczne ze strony przedsiębiorcy żadne inne działania, aby umożliwić konsumentowi zgodne z umową korzystanie z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Biorąc pod uwagę, że przedsiębiorca nie jest zasadniczo odpowiedzialny za działania lub zaniechania osoby trzeciej, która obsługuje fizyczną lub wirtualną przestrzeń, np. platformę elektroniczną lub obiekt przechowywania w chmurze, wybrane przez konsumenta w celu otrzymania lub przechowywania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, powinno wystarczyć, że przedsiębiorca dostarczy treści cyfrowe lub usługę cyfrową tej osobie trzeciej. Jednakże takiej fizycznej lub wirtualnej przestrzeni nie można uznać za wybraną przez konsumenta, jeżeli przestrzeń ta znajduje się pod kontrolą przedsiębiorcy lub jest z nim związana umową, ani też w przypadku, gdy konsument wybrał tę fizyczną lub wirtualną przestrzeń do otrzymania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, lecz była to jedyna zaoferowana mu przez przedsiębiorcę możliwość otrzymania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej bądź uzyskania do nich dostępu.

Polska ustawa stanowić miała transpozycję dyrektywy PE i Rady nr 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, która zmieniała: dyrektywę Rady 93/13/EWG oraz dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, oraz uchylała: dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Polska ustawa uchyliła natomiast ustawę z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, ustawę z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego.

Niezbędne wydaje się więc odwołanie do wyżej wspomnianej dyrektywy 2011/83/WE która w sposób szerszy i bardziej precyzyjnie określała to czym są treści cyfrowe. Treści cyfrowe oznaczały „dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej, takie jak: programy komputerowe, aplikacje, gry, muzyka, nagrania wizualne lub teksty, bez względu na to, czy dostęp do nich osiąga się poprzez pobieranie czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków”⁶. Dokonując analizy unijnego ujęcia treści cyfrowej, nie można pominąć również definicji zawartej w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży 2011/0284 (COD) – *CESL*, w którym pojęcie „treści cyfrowej” zostało zdefiniowane odmiennie niż w dyrektywie 2011/83/WE, a co za tym idzie, odmiennie niż w polskiej ustawie o prawach konsumenta. Do kategorii treści cyfrowych zaliczyć więc można także wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, obejmujących również książki w formie elektronicznej, aplikacje mobilne – ogółem za treści cyfrowe uważane będzie wszystko to, co może być formą obrotu towarowo-pieniężnego, ale ma postać zapisu cyfrowego z wyjątkiem (Kaczmarek-Templin i Szostek, 2014): a) usług finansowych, w tym usług bankowości internetowej; b) doradztwa prawnego lub finansowego w formie elektronicznej; c) elektronicznych usług zdrowotnych; d) usług i sieci łączności elektronicznej oraz powiązanych zasobów i usług; e) gier hazardowych; f) tworzenia nowych treści cyfrowych oraz zmiany istniejących treści cyfrowych przez konsumentów lub innych form interakcji z dziełami innych użytkowników. Według T. Targosza przywołane powyżej rozbieżne „definicje treści cyfrowych, w sposób wyraźny wskazują na fakt, że projektodawca europejski dostrzega liczne kolizje i problemy związane z regulacją samego pojęcia treści cyfrowych i w konsekwencji powyższego świadomie dąży do uszczegółowienia zakresu tej instytucji” (Targosz i Wyrwiński, 2015). Należy podkreślić, iż zawartej w polskiej ustawie definicji treści cyfrowych zarzuca się również brak uwzględnienia różnic pomiędzy świadczeniem ciągłym a jednorazowym.

Dostarczenie treści cyfrowych ma polegać na dostarczeniu jednego przedmiotu, np. treści cyfrowej utrwalonej na nośniku materialnym bądź też jednego pliku, który będzie transferowany od dostawcy do nabywcy bez nośnika materialnego. Oba wskazane przykłady stanowią świadczenie jednorazowe, ponieważ ich istotę stanowi przekazanie władztwa nad treścią utrwaloną na nośniku materialnym bądź jednorazowo dostarczoną w postaci wyłącznie cyfrowej do nabywcy. Usługi „dostarczania treści cyfrowych” świadczone za pośrednictwem sieci Internet rzadko obejmują przekazywanie treści cyfrowych w postaci danych do zapisywania na urządzeniu nabywcy. Bardzo często usługodawca jedynie je udostępnia – do wykorzystania przez nabywcę. Na tej zasadzie użytkownik może przeglądać, wyszukiwać, oglądać, słuchać, czytać określone treści, bez ich pobierania i zapisywania. Tego rodzaju świadczenie przybiera postać usługi polegającej na umożliwieniu użytkownikowi dostępu do określonej treści. Jest to świadczenie o charakterze

⁶ 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.

ciągłym, a nie jednorazowym (Targosz i Wyrwiński, 2015). Celem transpozycji dyrektywy unijnej PE i Rady nr 2011/83/UE było ujednoczenie, doprecyzowanie i zaktualizowanie przepisów prawnych odnoszących się głównie do umów konsumenckich zawieranych w okolicznościach typowych, w zakresie obowiązków informacyjnych oraz do ujednoczenia i doprecyzowania przepisów odnoszących się do zawierania umów w okolicznościach nietypowych – poza lokalem przedsiębiorstwa, na odległość, w zakresie obowiązków informacyjnych, wymogów formalnych związanych z zawieraniem takich umów oraz prawa odstąpienia od nich. Wraz z wprowadzeniem w życie ustawy, kładzie się również szczególny nacisk na obowiązek informacyjny spoczywający na przedsiębiorcy w sytuacji zawierania umów na odległość, m.in. w sytuacji sprzedaży wysyłkowej w Internecie.

W nowej dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (tekst mający znaczenie dla EOG) określono czym są „treści cyfrowe”, które oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. Przy czym „usługa cyfrowa” oznacza:

- a) usługę pozwalającą konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej; lub
- b) usługę pozwalającą na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi, lub inne formy interakcji za pomocą takich danych. Celem regulacji jest przyczynianie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnianie przy tym wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez ustanowienie wspólnych przepisów dotyczących niektórych wymagań w odniesieniu do umów zawartych między przedsiębiorcami a konsumentami o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, w szczególności przepisów dotyczących: zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową, środków ochrony prawnej w przypadku braku zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową lub ich niedostarczenia oraz sposobów korzystania z tych środków, oraz zmiany treści cyfrowych lub usługi cyfrowej.

Należy zaznaczyć, iż projektodawcy CESL, ograniczając zakres pojęcia „treści cyfrowych” musieli dokonać analizy poszczególnych grup problemów związanych z „dostarczaniem treści cyfrowych” bądź też wynikających z szerokiej definicji „dostarczanych treści cyfrowych”. Przy pracy nad projektem CESL kwestie te zostały poddane szczegółowej analizie. Dowodzą tego raporty opracowane na zlecenie Komisji Europejskiej, traktujące stricte o problematyce dostarczania treści cyfrowych. Na szczególne uwzględnienie zasługują trzy propozycje konstruowania przepisów dotyczących zagadnienia (Targosz i Wyrwiński, 2015): klasyfikację *in concreto*, polegającą na stosowaniu tradycyjnego rozróżnienia między towarami i usługami, co w kontekście dostarczania treści cyfrowych prowadzi do konieczności analizowania rodzaju świadczenia w każdym przypadku, klasyfikację dostarczania treści cyfrowych jako usługi oraz klasyfikację dostarczania treści cyfrowych w ramach umów *sui generis*.

III. Dostarczane treści cyfrowe jako dobro chronione prawem autorskim

Kiedy mówimy o treściach cyfrowych w sposób naturalny pojawia się myśl na temat potrzeby ich ochrony, konieczności zabezpieczenia ich własności w sieci. W warunkach rozwoju nowych technologii szczególne znaczenie ma specjalny rodzaj własności, czyli własność intelektualna.

Jej ochrona kryje w sobie niezwykle ważny aspekt rozwojowy związany nie tylko z cechami samej twórczości w bardzo wielu dziedzinach ludzkiej aktywności, lecz także ze ściśle określoną korzyścią materialną oraz moralną przynależną uprawnionym z tytułu własności podmiotom. Ochrona własności intelektualnej ma aspekt ekonomiczny. Według A. Potempy „własność intelektualna oznacza różnorodne wytwory umysłu człowieka, takie jak wynalazki, utwory literackie i artystyczne oraz symbole, nazwy, grafiki i wzory stosowane w szeroko rozumianej gospodarce. Obejmuje ona zarówno wytwory i oznaczenia mające zastosowanie dla celów działalności gospodarczej (własność przemysłowa), jak również dzieła będące przedmiotem praw autorskich, tj. utwory o charakterze naukowym, literackim i artystycznym”⁷. Z powyższej definicji wynika, że własność intelektualna jest ściśle związana z procesami tworzenia, rozwijania i wykorzystywania zdobytej wiedzy, a także jest wynikiem ludzkiej twórczości i kreatywności oraz wszelkich inwencji, które stanowią przedmiot obrotu gospodarczego. Z jednej strony mamy zatem przemysł medialny, rynek audiowizualny usług medialnych, z drugiej zaś – rynek usług związanych z dystrybucją i wszelkim innym korzystaniem z treści cyfrowych.

Ten dualizm w każdym przypadku wpływa na ocenę odpowiedzialności za treści cyfrowe udostępniane w sieci teleinformatycznej, podobnie jak określa warunki przyszłych regulacji.

W grudniu 2015 roku Komisja wydała komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego⁸. W dokumencie tym Komisja Europejska wskazała trzy cele niezbędnej regulacji: a) wspieranie starań podmiotów praw autorskich oraz dystrybutorów o osiągnięcie porozumienia dotyczącego licencji, które umożliwiają transgraniczny dostęp do treści cyfrowych (instrumentem realizacji takich celów ma być mediacja oraz podobne alternatywne mechanizmy rozwiązywania ewentualnych sporów); b) ułatwienie digitalizacji utworów nieobecnych w obrocie rynkowym i udostępniania ich, w tym w całej UE; c) zwiększenie transgranicznej dystrybucji programów telewizyjnych i radiowych. W kontekście dozwolonego użytku publicznego Komisja określiła trzy obszary interwencji regulacyjnej: transgraniczne wykorzystanie treści cyfrowych w edukacji, w obszarze badań naukowych oraz w celu zachowania dziedzictwa kulturowego.

W tym nowym kontekście regulacji praw autorskich jednym z jej celów jest zagwarantowanie wynagrodzenia na rzecz autorsko uprawnionych za korzystanie transgraniczne z treści cyfrowych online, ochronę wydawców prasy, którzy napotykają trudności w licencjonowaniu swoich publikacji online (regulacja ta może mieć wpływ na podstawowe prawo dostępu do informacji) oraz wprowadzenie nowych reguł negocjowania/mediacji w zakresie udzielania zezwoleń na korzystanie z treści cyfrowych. W zakresie dostępności utworów audiowizualnych na platformach wideo na żądanie zastosowano regułę organizacji negocjacji, przy czym mechanizm przeprowadzania negocjacji powinien być opracowany na poziomie państwa członkowskiego. W stosunku do treści pozostających poza obiegiem komercyjnym przyjęto zasadę rozszerzenia zakresu negocjacji na wszystkie, a nie wybrane tego typu utwory. W przypadku korzystania z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w cyfrowych i transgranicznych działaniach dydaktycznych pozostawiono

⁷ Autor przytacza definicję sformułowaną przez Światową Organizację Własności Intelektualnej (por. Potempa, 2010, s. 121).

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów W kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego COM/2015/0626 final.

pewną swobodę państwu członkowskiemu, które może podjąć decyzję o zastosowaniu dozwolonego użytku publicznego w zależności od możliwości pozyskania licencji. W przypadku korzystania z treści cyfrowych w celach badawczych ograniczono możliwości swobodnego korzystania do określonego kręgu podmiotów. W przypadku działań związanych z ochroną dziedzictwa kulturowego wprowadzono zasadę polegającą na obowiązkowym przekazywaniu kopii utworu w celów przechowywania treści przez instytucje kultury odpowiedzialne za ochronę tego dziedzictwa. Zastosowanie określonych tu wyjątków od konieczności uzyskania zezwolenia ograniczono jednak do kilku sytuacji. Korzystanie z treści cyfrowych musi dotyczyć: a) prac prowadzonych przez instytucje naukowo-badawcze w celach naukowych (artykuł 3); b) korzystanie to może następować wyłącznie w celu zilustrowania w ramach nauczania (artykuł 4) i c) instytucje kultury, których zadaniem jest ochrona dziedzictwa kulturowego zobowiązane są do sporządzania kopii utworów oraz innych przedmiotów objętych ochroną, które stanowią ich zbiory, w zakresie niezbędnym do ich konserwacji (artykuł 5). W art. 7 projektu dyrektywy wprowadzono zasady korzystania z dzieł pozostających poza obiegiem komercyjnym przez instytucje kultury. I tak państwa członkowskie zostały zobowiązane, aby organizacja zbiorowego zarządzania podejmowała w imieniu swoich członków decyzje w zakresie udzielenia niewyłącznej licencji instytucji kultury na niekomercyjne korzystanie w zakresie digitalizacji, dystrybucji, publicznego komunikowania lub udostępniania *out-of-commerce*. Przedmiotem licencji mogłyby być zbiory, co do których udzielono licencji niewyłącznej w zakresie jej przedłużenia lub domniemywa się, że dotyczą one praw tej samej kategorii, jak te objęte licencją, a które nie są reprezentowane przez organizacje zbiorowego zarządzania, pod warunkiem, że: a) organizacja zbiorowego zarządzania reprezentuje uprawnionych; b) równe traktowanie jest zagwarantowane dla wszystkich uprawnionych, w związku z warunkami licencji; c) wszystkie podmioty praw autorskich mogą w każdym czasie domagać się uznania przedmiotów objętych ochroną za utwory pozostające w obiegu handlowym i wykluczyć stosowanie licencji. W przypadku dzieł filmowych lub audiowizualnych stosuje się regulacje państwa, w którym znajduje się siedziba lub miejsce stałego pobytu producenta. W motywie 27 projektu dyrektywy wskazano, iż projekty digitalizacji mogą pociągać za sobą znaczne inwestycje, dlatego przyjmuje się, że instytucje kultury jako podmioty uprawnione z tytułu praw autorskich mogą generować przychody z tytułu udzielenia licencji na podstawie omawianych tu mechanizmów w celu pokrycia kosztów licencji oraz kosztów digitalizacji i rozpowszechniania dzieł.

Wskazana powyżej konstrukcja wydaje się oczywista, jeśli chodzi o regulacje dotyczące zawartości, treści przekazywanych w ramach działalności audiowizualnej. Jednak wątpliwości powstają w sytuacji, kiedy zadajemy pytanie, jakie sprawy z zakresu polityki audiowizualnej w ramach działalności kulturalnej, w tym dotyczące treści również cyfrowych (także ich ochrony oraz warunków przekazu) z uwzględnieniem takich wartości, jak moralność publiczna, tożsamość narodowa czy inne cele interesu publicznego, realizowane także w ramach regulacji rynku mediów powinny pozostawać ciągle w kompetencji samych państw członkowskich, a w jakim zakresie określone elementy polityki audiowizualnej, stanowiącej część jednolitego rynku cyfrowego, powinny być przedmiotem koncepcji unijnej. Konwergencja środków społecznego przekazu powoduje, że zastanawiamy się nad tym, jak powinien być ukształtowany system odpowiedzialności w sytuacji, kiedy tradycyjne role jego użytkowników zaczynają się przenikać. Należy zauważyć, że w dokumentach nawiązujących do kwestii autorsko prawnych ustawodawca unijny posługuje

się pojęciem „dzieła” czy „kontentu”, podczas gdy zakres przedmiotowy przyszłych regulacji na jednolitym rynku cyfrowym obejmuje szerszy kontekst, na który składają się także infrastruktura (*hardware*) oraz treści cyfrowe i usługi cyfrowe (*software*). Dotychczas powstawały istotne pytania o granice podporządkowywania zawartości regulacjom dotyczącym infrastruktury, gdzie dominujące znaczenie ma kwestia reglamentacji rynku. Wydaje się, że nowym kierunkiem jest sytuacja odwrotna, kiedy to regulację infrastruktury przyporządkujemy regulacji w zakresie zawartości cyfrowej. Wydaje się, że z wykorzystaniem takiego charakteru regulacji powstała proponowana reforma. Problematyka regulacji tych dwóch obszarów w zakresie polityki audiowizualnej jako ważnej sfery polityki kulturalnej jest od dawna przedmiotem rozważań i wątpliwości, także na forum unijnym. Jednak pojęciem podstawowym, związanym z kwestią odpowiedzialności za działania w cyberprzestrzeni, jest pojęcie „treści cyfrowych”. Treści cyfrowe są to dane, na podstawie których za pomocą odpowiedniego oprogramowania i sprzętu, można po przetworzeniu uzyskać informację. Przykładem są chociażby wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, takie jak książki elektroniczne (e-booki), programy komputerowe, aplikacje na urządzenia mobilne, pliki z muzyką, filmami oraz zdjęciami. Ogólnie mówiąc, każdy towar, który nie istnieje fizycznie, a istnieje w formie zapisu cyfrowego, może stać się celem cyberprzestępców i przedmiotem cyberodpowiedzialności – jako dobra chronionego (zob. szerzej: Chałubińska-Jentkiewicz, 2019, s. 56).

Zgodnie z Zaleceniem Komisji (UE) 2018/334 z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w Internecie Ogólne zalecenia dotyczące wszystkich rodzajów nielegalnych treści należy ustanowić przepisy regulujące mechanizm składania zgłoszeń takich naruszeń. Mechanizmy te powinny być łatwo dostępne, przyjazne dla użytkownika i powinny pozwalać na składanie zawiadomień drogą elektroniczną. Powinny również pozwalać na składanie zawiadomień dostatecznie precyzyjnych i odpowiednio uzasadnionych i zachęcać do składania takich zawiadomień, aby umożliwić zainteresowanemu dostawcy usług hostingowych podejmowanie świadomych i rzetelnych decyzji w odniesieniu do treści, których dotyczy zawiadomienie, zwłaszcza w odniesieniu do tego czy daną treść należy uznać za nielegalną, czy nie oraz czy należy ją usunąć bądź uniemożliwić dostęp do niej. Mechanizmy te powinny ułatwiać składanie zawiadomień, które zawierają wyjaśnienie powodów, dla których podmiot zgłaszający uznaje treść za nielegalną, a także wyraźne określenie lokalizacji takiej treści. Jeżeli podejmą taką decyzję, ich anonimowość wobec dostawcy treści powinna być zagwarantowana. Jeżeli dostawca usług hostingowych zdecyduje o usunięciu jakiegokolwiek treści, którą przechowuje, lub o uniemożliwieniu dostępu do niej, ponieważ uważa ją za treść nielegalną, niezależnie od sposobów wykorzystanych do celów wykrywania, wskazywania lub usuwania takiej treści bądź uniemożliwiania dostępu do niej, i jeżeli dane kontaktowe dostawcy treści są dostawcy usług hostingowych znane, dostawca treści powinien, bez zbędnej zwłoki, zostać poinformowany w sposób proporcjonalny o tej decyzji oraz o powodach jej podjęcia, a także o możliwości zaskarżenia tej decyzji. Dostawcy treści powinni mieć możliwość zakwestionowania decyzji podjętej przez dostawcę usług hostingowych, w rozsądnym terminie, za pomocą sprzeciwu kierowanego do danego dostawcy usług hostingowych. Mechanizm zgłaszania takich sprzeciwów powinien być przyjazny dla użytkownika i umożliwiać składanie sprzeciwu drogą elektroniczną.

Zdaniem prawodawcy UE należy zagwarantować, aby dostawcy usług hostingowych w należyty sposób rozpatrywali otrzymywane zgłoszenia sprzeciwu. Jeżeli zgłoszenie sprzeciwu obejmuje

powody, dla których dostawca usług hostingowych może uznać, że treść, do której odnosi się zgłoszenie sprzeciwu, nie jest treścią nielegalną, powinien bez zbędnej zwłoki cofnąć swoją decyzję o usunięciu treści lub uniemożliwieniu dostępu do niej, bez uszczerbku dla możliwości określenia i wyegzekwowania warunków realizacji usług zgodnie z prawem Unii oraz prawem państw członkowskich. Należy zachęcać dostawców usług hostingowych do podejmowania, tam gdzie jest to odpowiednie, proporcjonalnych i konkretnych proaktywnych działań w odniesieniu do nielegalnych treści. Takie proaktywne działania mogą obejmować stosowanie automatycznych mechanizmów wykrywania nielegalnych treści jedynie wtedy, gdy jest to stosowne i proporcjonalne oraz pod warunkiem stosowania skutecznych i odpowiednich zabezpieczeń, zwłaszcza zabezpieczeń. Należy unikać usuwania treści, które nie są treściami nielegalnymi, bez uszczerbku dla zachowania przez dostawców usług hostingowych możliwości określania i wprowadzania w życie swoich warunków świadczenia usług zgodnie z prawem Unii oraz prawem państw członkowskich. W tym celu należy wprowadzić skuteczne i odpowiednie zabezpieczenia, które pozwolą zagwarantować, aby dostawcy usług hostingowych działali w sposób należyty i proporcjonalny w odniesieniu do treści, które przechowują, zwłaszcza podczas przetwarzania zawiadomień i zgłoszeń sprzeciwu oraz podejmowania decyzji o ewentualnym usunięciu treści uznawanych za nielegalne lub uniemożliwianiu dostępu do nich.

Jeżeli dostawcy usług hostingowych korzystają ze zautomatyzowanych mechanizmów w odniesieniu do przechowywanych przez siebie treści, należy wprowadzić skuteczne i odpowiednie zabezpieczenia gwarantujące, aby decyzje podejmowane w sprawie takich treści, zwłaszcza decyzje o usunięciu treści uznawanych za nielegalne lub uniemożliwieniu dostępu do nich, były precyzyjne i uzasadnione. Zalecenie obejmuje także szczegółowe rekomendacje dotyczące treści o charakterze terrorystycznym. Dostawcy usług hostingowych powinni wyraźnie określić w swoich regulaminach, iż nie będą przechowywać treści o charakterze terrorystycznym oraz powinni wprowadzić środki uniemożliwiające im przechowywanie treści o charakterze terrorystycznym.

Przyjęta powyżej polityka regulacyjna znalazła odzwierciedlenie w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady UE z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym⁹. Dyrektywa w sprawie praw autorskich skupia się na trzech obszarach: dostosowanie wyjątków i ograniczeń do środowiska cyfrowego i transgranicznego; licencjonowanie i zapewnienie szerszego dostępu do treści; zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku w zakresie praw autorskich. Największe kontrowersje wzbudziły zapisy dotyczące funkcjonowania rynku w zakresie praw autorskich. Dostawcy usług udostępniania treści online (platformy internetowe). Korzystanie z treści chronionych przez dostawców usług udostępniania treści online polega na przechowywaniu i zapewnianiu publicznego dostępu do dużej liczby utworów i innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników. Dotyczy to platform, które udostępniają w celach zarobkowych dużą liczbę utworów ochronionych prawem autorskim. Taka definicja wyklucza na przykład encyklopedie internetowe, np. Wikipedię; archiwa edukacyjne i naukowe oraz platformy pasywne (tzw. usługi w chmurze dla indywidualnych

⁹ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 12 września 2018 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)) 1 1. Dz.U.UE.C.2019.433.248 z dnia 23.12.2019. Status: Akt nienormatywny.

użytkowników); platformy w ramach otwartego dostępu; platformy sprzedażowe, jak Ebay czy Amazon i wszystkie platformy, których głównym celem nie jest dostęp do treści objętych prawem autorskim (np. portale randkowe) ani ich magazynowanie. Dostawcy usług udostępniania treści online są zobowiązani zawierać umowy licencyjne z podmiotami praw autorskich. Dyrektywa nakłada na nich obowiązek podjęcia odpowiednich środków, aby zapewnić funkcjonowanie zawartych umów i zapobiec publikowaniu w serwisach treści nielegalnych. W świetle przepisów dyrektywy to dostawcy będą ponosić odpowiedzialność prawną, jeżeli udostępnią treści opublikowane przez użytkowników, za które nie zapłacili twórcom. Chyba że wykażą, że dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenie lub usunąć nielegalnie opublikowany utwór czy że działali niezwłocznie po otrzymaniu zgłoszenia. Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia prawnych mechanizmów ułatwiających zawieranie umów licencyjnych dotyczących utworów niedostępnych w obrocie handlowym między organizacjami zbiorowego zarządzania a instytucjami dziedzictwa kulturowego. Ponadto państwa członkowskie zostały zobligowane do wprowadzenia mechanizmu negocjacji, aby ułatwić korzystanie z utworów w platformach VOD. W ramach negocjacji możliwe byłoby skorzystanie z pomocy bezstronnego organu lub mediatorów. Kolejne zapisy dotyczą udzielania licencji zbiorowych z rozszerzonym skutkiem oraz utworów i sztuk wizualnych znajdujących się w domenie publicznej.

IV. Treści cyfrowe a ochrona konsumentka ich dostarczania

Obecnie obowiązujące regulacje dotyczące treści cyfrowych związane są głównie z ochroną praw konsumentkich. Zmiany w myśleniu o konsumencie jako podmiocie znajdującym się pod szczególną ochroną zarówno w przepisach UE, jak i w prawie krajowym są dowodem na to, jak w wyniku zmian cyberprzestrzeni zmieniają się role uczestników rynku globalnych usług, zwłaszcza usług świadczonych drogą elektroniczną. Pierwsze regulacje unijne odnoszące się do kwestii ochrony praw tak konsumenta, jak i samego przedsiębiorcy zawarte zostały w dyrektywie z 1983 r. o umowie zawieranej poza lokalami handlowymi, a w późniejszych latach w kolejnych dyrektywach m.in. 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. W ujęciu polskiego prawa, problematyka ochrony konsumenta regulowana była przede wszystkim w kodeksie cywilnym. Prace te stały się jeszcze intensywniejsze na skutek zmieniających warunków, będących konsekwencją rozwoju technologicznego oraz popularyzacji tzw. społeczeństwa informacyjnego. Z wejściem w życie ustawy o prawach konsumenta nastąpiły kolejne zmiany regulujące prawa konsumenta w relacji z przedsiębiorcą. W ustawie określone zostały prawa przysługujące konsumentowi, w szczególności obowiązki przedsiębiorcy zawierającego umowę z konsumentem, zasady i tryb zawierania z konsumentem umowy na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa, zasady i tryb wykonania przysługującego konsumentowi prawa odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, a także zasady i tryb zawierania z konsumentem umowy na odległość dotyczącej usług finansowych. Do zmiany wprowadzonej ustawą o prawach konsumenta przepisy polskiego prawa odnosiły się głównie do świadczenia usług oraz do fizycznych przedmiotów dostarczanych do konsumenta. Wprowadzenie nowych regulacji prawnych zmieniło rozumienie pojęcia „treści cyfrowej”, która stała się nową kategorią ekonomiczną.

Celem implementacji dyrektywy 2011/83/WE do polskiego porządku prawnego (druk sejmowy nr 2076 z dnia 17 stycznia 2014 r. w pierwotnym brzmieniu) było wprowadzenie także zmian kodeksu cywilnego odnośnie do umowy sprzedaży (art. 555.: „Przepisy o sprzedaży rzeczy stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii, praw, wody oraz do umów o dostarczanie treści cyfrowych”). Finalnie, w tym przypadku ustawodawca zrezygnował z koncepcji regulacji dostarczania treści cyfrowych w kontekście stosowania przepisów o sprzedaży. Jednak regulacja art. 555 k.c. nie daje możliwości rozwiązania licznych dyskusyjnych zagadnień. Problematyka tej regulacji dotyczy różnych aspektów pewności obrotu gospodarczego oraz dostępu do wiedzy, a także nowoczesnych technologii. Ponadto, wspomniane zagadnienie obejmuje ważną obecnie materię funkcjonowania społeczeństwa informacyjnego, dlatego też wymaga ona nieco pogłębionej analizy systemu prawnego, a przy tym obszernej dyskusji różnych środowisk i to nie tylko tych, które biorą udział w tworzeniu i dostarczaniu treści cyfrowych, ale też w korzystaniu z nich. Cytowany wcześniej przepis art. 555 k.c., który swoim zakresem wprowadzał regułę stosowania przepisów o sprzedaży „odpowiednio” także do „umów o dostarczanie treści cyfrowych”, w zasadzie nie został opatrzony żadnym uzasadnieniem. Chociaż w trakcie prac legislacyjnych toczona była dyskusja dotycząca potrzeby stosowania przepisów o sprzedaży do treści cyfrowych, a także odnosząca się do różnych sposobów regulacji problematyki dostarczania treści cyfrowych¹⁰. Poza tym, w uzasadnieniu do ustawy zostało w ogóle pominięte pojęcie treści cyfrowych¹¹.

Wydaje się zasadne wprowadzenie tej definicji, zważywszy na istniejące definicje pojęć podstawowych, takich jak „konsument”, „przedsiębiorca”, „rzecz”, które zostały uregulowane w kodeksie cywilnym (Rajski, 2011, s. 9).

Ustawy o prawach konsumenta, podobnie jak dyrektywy 2011/83/UE w praktyce nie stosuje się do treści cyfrowych, które są dostępne w sposób otwarty i całkiem powszechny w Internecie bez konkretnego, wyraźnego zawarcia umowy. Podkreślić należy, iż celem transpozycji dyrektywy unijnej PE i Rady nr 2011/83/UE było ujednoczenie, doprecyzowanie i zaktualizowanie przepisów prawnych odnoszących się głównie do umów konsumenckich zawieranych w okolicznościach typowych, w zakresie obowiązków informacyjnych, oraz do ujednoczenia i doprecyzowania przepisów odnoszących się do zawierania umów w okolicznościach nietypowych – poza lokalem przedsiębiorstwa, na odległość, w zakresie obowiązków informacyjnych, wymogów formalnych związanych z zawieraniem takich umów oraz prawa odstąpienia od nich. Wraz z wprowadzeniem w życie ustawy, kładzie się również szczególny nacisk na obowiązek informacyjny spoczywający na przedsiębiorcy w sytuacji zawierania umów na odległość, m.in. w sytuacji sprzedaży wysyłkowej w Internecie. Przykładem takich obowiązków jest różnorodny ich zakres udostępniającego w przypadku materiału audiowizualnego. W przypadku, gdy udostępnienie materiału następuje w ramach internetowego serwisu wideo na żądanie (VOD), który jest otwarty dla szerokiego spektrum odbiorców, wymagane będzie informowanie o zabezpieczeniu przed sporządzeniem jego kopii. Taka informacja nie będzie potrzebna, jeżeli materiał oferowany jest w ramach zamkniętej, tj. kierowanej wyłącznie do abonentów platformy sprzedażowej przygotowanej przez

¹⁰ PWC, 2014, s. 42 i nast.; 7 Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. poz. 827). 8

¹¹ W takiej sytuacji prawidłowym wydaje się być wskazanie potencjalnych komplikacji, które byłyby związane z wprowadzeniem w życie art. 555 k.c. w projektowej treści. Dotyczą one trudności w stosowaniu przepisów o sprzedaży (sformułowanie „odpowiednio”) do dostarczania treści cyfrowych, a także możliwych kolizji z prawem własności intelektualnej (Kacperek i Zawadzki, 2009, s. 29 i n.), nierozwiązania problemów praktyki obrotu treściami cyfrowymi.

operatora telekomunikacyjnego, w sytuacji, w której operator zawarł z abonentem umowę ramową, w której określił warunki dotyczące możliwości lub braku możliwości utrwalania pobieranych materiałów audiowizualnych. Z tego powodu ustawa o prawach konsumenta obok umowy sprzedaży i ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną wprowadza częściowo warunki nowego rodzaju umowy, czyli umowy o dostarczenie treści cyfrowych. Klasyfikacja czynności związanych z przekazywaniem treści cyfrowych jest jednym z kluczowych problemów obrotu gospodarczego w sieci. Treści cyfrowe umieszczone na nośnikach danych powinny być traktowane dokładnie tak, jak towary fizyczne. W przypadku zawarcia umowy sprzedaży konsumenckiej, odnoszą się do nich ogólne reguły odstąpienia od umowy. Aby treść cyfrowa mogła być uznana za towar, dane cyfrowe powinny znajdować się w chwili dostarczenia na nośniku, który ma postać materialną, np. na pendrive. Konsument jest zwolniony z obowiązku ponoszenia opłat za dostarczenie treści cyfrowych, które nie są zapisane na trwałym nośniku. Ustawa o prawach konsumenta w art. 12 pkt 19 określa obowiązek informacyjny dotyczący „funkcjonalności treści cyfrowych oraz technicznych środków ich ochrony”. To na przedsiębiorcy spoczywa odpowiedzialność za wybór takich informacji, które są potrzebne konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji o zakupie treści cyfrowych. Wspomniany przepis został trochę inaczej sformułowany niż odpowiadający mu przepis art. 6 ust. 1 pkt 19 dyrektywy 2011/83/UE. Dlatego też, o ile zgodnie z przepisami różne środki ochrony treści cyfrowych mieszczą się w pojęciu „funkcjonalności treści cyfrowych”, o tyle w polskiej regulacji, w związku z użyciem słowa „oraz”, „funkcjonalność” to pojęcie, które jest odrębne od technicznych środków ochrony. Poza tym, funkcjonalność należy „odnosić do możliwych sposobów wykorzystywania treści cyfrowych, na przykład do śledzenia zachowania konsumenta” oraz „do braku lub do istnienia jakichkolwiek ograniczeń technicznych, takich jak ochrona za pośrednictwem zarządzania prawami autorskimi do treści cyfrowych lub kodowania regionalnego”. To właśnie na przedsiębiorcy spoczywa odpowiedzialność za wybór takich informacji, które są niezbędne konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji o konkretnym zakupie treści cyfrowych.

Artykuł 12 ust. 1 pkt 20 ustawy o prawach konsumenta wskazuje na obowiązek informacyjny w zakresie „mających znaczenie interoperacyjności treści cyfrowych ze sprzętem komputerowym i oprogramowaniem, o których przedsiębiorca wie lub powinien wiedzieć”. Interoperacyjność ta oznacza „zdolność do komunikacji, wykonywania programów lub przekazywania danych między różnymi elementami funkcjonalnymi” (Kaczmarek-Templin, 2014, s. 73). Tutaj należy podkreślić, że do pojęcia „interoperacyjności” odnosi się motyw 19 dyrektywy 2011/83/UE, zgodnie z którym „pojęcie mającej znaczenie interoperacyjności ma opisywać informacje dotyczące standardowego sprzętu i oprogramowania komputerowego, z którym treści cyfrowe są kompatybilne, na przykład: system operacyjny, wymagana wersja oraz pewne cechy sprzętu komputerowego”. Interoperacyjność techniczna występuje wówczas, gdy są zapewnione właściwe warunki techniczne dla komunikowania się systemów teleinformatycznych – uzgodnione interfejsy aplikacji, protokoły i mechanizmy dla efektywnej i bezpiecznego przesyłu, format oferowanych i wymienianych treści (Chałubińska-Jentkiewicz i Karpiuk, 2015, s. 78–79). W związku z powyższym, obowiązek poinformowania o interoperacyjnościach treści cyfrowych wraz ze sprzętem komputerowym oraz oprogramowaniem sprowadza się do poinformowania konsumenta, na jakiego rodzaju sprzęcie oraz z użyciem jakiego oprogramowania będzie miał możliwość odpowiedniego korzystania z oferowanych

treści cyfrowych. Treści cyfrowe mogą być odbierane też za pomocą różnych rodzajów urządzeń, które w praktyce trudno jest nazywać „sprzętem komputerowym”, chociaż ich cechy wskazują na funkcjonalność komputera. Interpretacja przepisu art. 12 ust. pkt 20 ustawy – Prawa konsumenta wymaga jednak uwzględnienia wykładni celowościowej i rozszerzającej, a w konsekwencji przedsiębiorca powinien podawać informacje, które dotyczą interoperacyjności treści cyfrowych, nie tylko ze sprzętem komputerowym w sensie ścisłym, lecz także z każdym sprzętem, który przeważnie jest przeznaczonym do odbioru konkretnie oferowanych treści cyfrowych, a zachowuje funkcje sprzętu komputerowego. Ustawa o prawach konsumenta w art. 12 ust. 1 nakazuje przedsiębiorcy informować konsumenta o cechach oferowanej usługi lub towaru „najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową”. Przekazanie informacji może nastąpić w chwili zakładania konta w serwisie internetowym lub podczas zawarcia umowy ramowej i nie musi być jednocześnie z zawieraniem umowy na dostarczanie treści. Ważne, aby informacje, jakie są przekazane konsumentowi, nie zmieniły się do chwili zawierania przez niego umowy z przedsiębiorcą. Przedsiębiorcy dostarczający konsumentowi treści cyfrowe powinni także informować go o odpowiedzialności karnej i cywilnej za nieuprawnione korzystanie z tych treści. W zasadzie, tego rodzaju informacja może być potrzebna, jeżeli treść cyfrowa oferowana jest w ramach zamkniętej platformy sprzedażowej, która zostaje przygotowana przez operatora platformy multimedialnej w momencie, kiedy dany operator zawarł z abonentem umowę ramową, gdzie zostały określone warunki dotyczące możliwości bądź braku możliwości utrwalania pobieranych plików. Ponadto, w momencie zawierania umowy na odległość – przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, która nakłada na konsumenta obowiązek zapłaty, przedsiębiorca zobowiązany jest przekazać konsumentowi określone informacje bezpośrednio przed złożeniem przez konsumenta zamówienia, a więc w rzeczywistości przy każdym składaniu zamówienia. Ustawa nakłada na przedsiębiorcę liczne obowiązki wynikające z sytuacji zawarcia umowy o dostarczenie treści, które nie są zapisane na nośniku materialnym¹².

Pewne zmiany w prawodawstwie UE wprowadza wspomniana dyrektywa 2019/770. Celem dyrektywy o niektórych aspektach umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych jest przyczynianie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnianie przy tym wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez ustanowienie wspólnych przepisów dotyczących niektórych wymagań w odniesieniu do umów zawartych między przedsiębiorcami a konsumentami o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, w szczególności przepisów dotyczących: zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową, środków ochrony prawnej w przypadku braku zgodności treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową lub ich niedostarczenia oraz sposobów korzystania z tych środków oraz zmiany treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (art. 1 dyrektywy). Postanowienia dyrektywy stosuje się do umów, na podstawie których przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową, a konsument płaci cenę lub zobowiązuje się do jej zapłaty, jak również, gdy

¹² Na temat ochrony treści cyfrowej zob. Kacperk i Zawadzki, 2009, s. 29 i n.; Kaczmarek-Templin, 2014; Matlak i Stanisławska-Kloc, 2013, s. 807; Rajski, 2011, s. 9; PWC, 2014, s. 42 i n.. Akty prawne: 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 r., s. 64). Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U poz. 827). 8. Wytyczne DG DS. Sprawiedliwości dotyczące dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową, a konsument dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć przedsiębiorcy dane osobowe, z wyjątkiem przypadków, gdy dane osobowe dostarczone przez konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie z niniejszą dyrektywą lub w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych, którym on podlega, a przedsiębiorca nie przetwarza tych danych do żadnych innych celów. Należy także stosować jej postanowienia w przypadku tworzenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie ze wskazówkami klienta. W art. 3 określono czym jest dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Przedsiębiorca dostarcza konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową. Jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, przedsiębiorca dostarcza treści cyfrowe lub usługę cyfrową bez zbędnej zwłoki po zawarciu umowy. Przedsiębiorca wykonuje swoje zobowiązanie do dostarczenia w momencie, gdy:

- a) treści cyfrowe lub środki pozwalające na uzyskanie dostępu do treści cyfrowych lub pobieranie treści cyfrowych zostały udostępnione konsumentowi lub fizycznej lub wirtualnej platformie wybranej przez konsumenta do tego celu lub gdy konsument lub taka platforma uzyskali do nich dostęp;
- b) konsument lub fizyczna lub wirtualna platforma wybrana przez konsumenta do tego celu uzyskali dostęp do treści cyfrowych.

V. Podsumowanie

Definicje związane z dostarczaniem treści cyfrowych i uwagi związane z tą tematyką przytoczone w artykule nie wyczerpują odpowiedzi na pytania związane z odpowiedzialnością za dostarczane treści cyfrowe, a raczej dotyczą kwestii odpowiedzialności za dostarczanie treści cyfrowych. Wydaje się, że problematyka ta stanowić będzie główny nurt przyszłych regulacji rynku usług cyfrowych. Praktyczna doniosłość problemu kwalifikacji prawnej dostarczania treści cyfrowych i odpowiedzialności za dostarczane treści cyfrowe może w przyszłości stanowić o konieczności wprowadzenia pozytywnej regulacji prawnej tejże instytucji w polskim systemie prawa.

Bibliografia

- Chałubińska-Jentkiewicz, K. (2019). *Cyberodpowiedzialność*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Chałubińska-Jentkiewicz, K. i Karpiuk, M. (2015). *Informacja i informatyzacja w administracji publicznej*. Warszawa: Wydawnictwo Akademii Obrony Narodowej.
- Kacperek, E. i Zawadzki, P. (2009). Charakter umów o pobranie z sieci treści chronionych prawem autorskim. *Przegląd Prawa Handlowego*, (10), 29 i n.
- Kaczmarek-Templin, B. (2014). *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz, 1 komentarz do art. 2*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kaczmarek-Templin, B. i Szostek, D. (2014). *Specyfika umów o dostarczanie treści cyfrowych*. Uniwersytet Opolski. Pozyskano z: <http://docplayer.pl/24591205-Specyfika-umow-o-dostarczanie-tresci-cyfrowych-drberenika-kaczmarek-templin-prof-uo-dr-hab-dariusz-szostek.html>.
- Matlak, A. i Stanisławska-Kloc, S. (2013). *Spory o własność intelektualną*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Potempa, A. (2010). Zarządzanie prawami własności intelektualnej i ich wycena w przedsiębiorstwie. W: U. Promińska (red.), *Własność intelektualna w działalności przedsiębiorców*. Łódź: Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- PWC. (2014). *Analiza wpływu zjawiska piractwa treści wideo na gospodarkę w Polsce. Raport PWC*. Pozyskano z: https://www.pwc.pl/pl/publikacje/piractwo/analiza_wplywu_zjawiska_piractwa_tresci_wideo_na_gospodarke_w_polsce_raport_pwc.pdf.
- Rajski, J. (2011). *Prawo zobowiązań – część szczegółowa, System Prawa Prywatnego* (t. 7). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Targosz, T. i Wyrwiński, M. (2015). Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego. *Forum Prawnicze*. Pozyskano z: <http://docplayer.pl/10602533-Dostarczanie-tresci-cyfrowych-aumowa-sprzedazy.html>.