

PRAWNA OCHRONA TREŚCI CYFROWYCH

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz



Wolters Kluwer

Polecamy w serii:

Media w erze cyfrowej. Wyzwania i zagrożenia

redakcja naukowa

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Monika Nowikowska, Krzysztof Wąsowski

Wpływ decyzji Urzędu Patentowego RP na postępowanie cywilne
w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej

Arkadiusz Sadza

Ochrona wzorów użytkowych

Marcin Balicki

Tłumaczenie w prawie autorskim

Jakub M. Doliński

Test trójstopniowy w prawie autorskim. Paradygmaty prawa autorskiego

Piotr Niezgodka

Domeny internetowe. Teoria i praktyka

redakcja naukowa Ireneusz Matusiak

Ustalenie kwoty stosownego wynagrodzenia za naruszenie autorskich praw majątkowych

Łukasz Maryniak

Naukowe i krytyczne wydania tekstów jako przedmiot prawa autorskiego i praw pokrewnych

Bohdan Widła

Ograniczenia ochrony patentowej a naruszenie patentu

Justyna Ożegalska-Trybalska

Pośrednicy internetowi w prawie Unii Europejskiej. Rola i obowiązki wobec treści użytkowników

Magdalena Piech

Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym

Michał Wyrwiński

Swoboda wypowiedzi artystycznej. Standardy międzynarodowe i krajowe

Marcin Górski

Naruszenie prawa do znaku towarowego renomowanego. Studium prawnoporównawcze

Joanna Sitko



PRAWNA OCHRONA TREŚCI CYFROWYCH

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja dofinansowana przez Akademię Sztuki Wojennej

Stan prawny na 1 października 2021 r.

Redakcja serii

Janusz Barta, Ryszard Markiewicz

Andrzej Matlak, Alicja Pollesch

Recenzenci

Dr hab. Adrian Niewęglowski

Dr hab. Dorota Sokołowska, prof. US

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Kinga Zajac

Opracowanie redakcyjne

Violet Design Wioletta Kowalska

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8246-234-0

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19; e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Moim Dzieciom

Duże stanowcze państwo lub korporacja może dyktować warunki i ograniczenia wolności wypowiedzi, ale największa siła generowana jest wówczas, gdy władza publiczna i władza prywatna łączą się ze sobą; powstaje w ten sposób „władza do kwadratu”, czyli w skrócie „W²”. Stwarza ona niektóre z najpoważniejszych dla niej zagrożeń.

T. Garton Ash, *Wolne słowo. Dziesięć zasad dla połączonych świata*, Kraków 2018, s. 90

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	15
----------------------------	-----------

Wstęp	23
1. Integralność treści cyfrowych i ich moderowanie	27
2. Rodzaje treści cyfrowych	30
3. Treści cyfrowe jako dane automatycznie przetwarzane	37
4. Prawo dostępu do treści cyfrowych	37
5. Prawo własności do zasobów cyfrowych (danych internetowych)	38
6. Odpowiedzialność	39

Rozdział I

Treść cyfrowa jako dobro prawnie chronione –

charakterystyka ogólna	45
1. Treści cyfrowe – definicja	46
2. Integralność treści cyfrowych	58
3. Treści cyfrowe – dane osobowe jako przedmiot obrotu	60
4. Treść cyfrowa jako utwór	61
5. Usługi cyfrowe	66
6. Treści cyfrowe a usługi medialne udostępniania treści online	78
6.1. Rodzaje audiowizualnych usług medialnych	80
6.2. Usługi udostępniania treści online	81
6.3. Audiowizualne usługi medialne	85
6.4. Audiowizualne usługi medialne na żądanie	90
6.5. Treści cyfrowe a usługi operatora platformy udostępniania plików wideo	94

7. Treści cyfrowe jako informacje prasowe	101
7.1. Odpowiedzialność redakcyjna	107
7.2. Mowa nienawiści w treściach cyfrowych	113

Rozdział II

Treść cyfrowa na jednolitym rynku cyfrowym	119
1. Treść cyfrowa jako przedmiot regulacji w strategii UE	125
2. Problematyka jurysdykcji a ochrona treści cyfrowych	163
2.1. Wyłączenia od zasady państwa pochodzenia	173
2.2. Skuteczność odesłania z art. 11 u.s.u.d.e. na tle zasady państwa pochodzenia	178
2.3. Jurysdykcja	179
2.4. Orzecznictwo TSUE	189
3. Zarządzanie rozwojem jako funkcja administracji publicznej na jednolitym rynku treści cyfrowych	196
3.1. O biznesowych wymiarach udostępniania treści cyfrowych	199
3.2. O wizerunkowym i ekonomicznym potencjale cyfryzacji	201
3.3. O podwójnej funkcji prawa	202
3.4. Podstawowy cel – nowe zadania publiczne?	205

Rozdział III

Treści cyfrowe i ich użytkownik w mediach społecznościowych	209
1. Wpływ mediów społecznościowych na sferę publiczną	212
2. Status dostawców treści cyfrowych i ich odpowiedzialność	218
3. Prawa użytkowników usług w otoczeniu cyfrowym	229
4. Powiadamianie i zatrzymywanie w działalności dostawców usług udostępniania online	235
5. Problematyka powiadamiania i blokowania a prawo do prywatności, wolność słowa i prawo własności	245

Rozdział IV

Ochrona prawnoautorska treści cyfrowych – wybrane zagadnienia	265
1. Treści cyfrowe a domena publiczna	274
2. Promocja idei wolnego dostępu do zasobów cyfrowych w społeczeństwie informacyjnym	281
3. Multimedia – generowanie treści cyfrowych	287

4. Aplikacje mobilne	298
5. Transgraniczne zarządzanie prawami do treści cyfrowych	303
6. Korzystanie z treści cyfrowych w ramach platform edukacyjnych	316
7. E-book a audiobook	320
8. Wyczerpanie prawa – e-booki	327
9. Udostępnianie publiczne utworu a używanie udostępnionych treści cyfrowych	343
10. Piractwo	350

Rozdział V

Treść cyfrowa jako dobro w stosunkach konsumenckich	367
1. Treść cyfrowa w systemie praw konsumenckich	371
2. Ochrona praktyk konsumenckich w warunkach umownych	378
3. Środki ochrony prawnej w przypadku niedostarczenia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej	390
3.1. Środki ochrony prawnej w przypadku braku zgodności z umową	392
3.2. Środki marketingowe wpływu na wybory konsumenckie a prawo do prywatności	401
3.2.1. Profilowanie	407
3.2.2. <i>Web bugs</i>	411
3.2.3. Ciasteczka (ang. <i>cookies</i>)	412

Rozdział VI

Prawna ochrona treści cyfrowych dostarczanych przez użytkownika	429
1. Warunki samoregulacyjne korzystania z treści cyfrowych – wybrane media cyfrowe	431
1.1. Facebook	432
1.2. Twitter	437
1.3. Instagram	440
1.4. Storytel	444
1.5. Audioteka	446
2. Rodzaje dostarczanych treści cyfrowych	449
3. Treści generowane przez użytkowników	452
4. Monetyzacja treści cyfrowych	461

Rozdział VII

Odpowiedzialność za treści cyfrowe	487
1. Odpowiedzialność pośredników przekazu treści cyfrowych	492
2. Odpowiedzialność redakcyjna za treści cyfrowe	495
3. Projekt aktu o usługach cyfrowych – nowe zasady odpowiedzialności pośredników	503
3.1. <i>Mere conduit</i> (art. 3 projektu aktu o usługach cyfrowych)	504
3.2. <i>Caching</i> (art. 4 projektu aktu o usługach cyfrowych)	505
3.3. <i>Hosting</i> (art. 5 projektu aktu o usługach cyfrowych)	506
4. Powiadomienia i inne mechanizmy działania pośredników	513
5. Odpowiedzialność dostawcy usług medialnych za treści cyfrowe	528
6. Odpowiedzialność operatorów platform udostępniania plików wideo	530
7. Odpowiedzialność na gruncie przepisów dyrektywy 2019/790 o prawie autorskim na jednolitym rynku cyfrowym	542

Rozdział VIII

Ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego –

<i>re-use</i> treści cyfrowych	557
1. Prawo dostępu do internetu jako prawo podstawowe człowieka	566
2. Publiczne zasoby cyfrowe	568
3. Zasoby cyfrowe jako zasoby zawierające informacje sektora publicznego i zasady ich udostępniania	572
4. Ustawa <i>re-use</i> – nowa regulacja	576
4.1. Dane o wysokiej wartości, dane dynamiczne i dane badawcze	589
4.2. Szanse	609
4.3. Zagrożenia	610

Podsumowanie	619
1. Interes publiczny	624
2. Własność w sieci	626
3. Odpowiedzialność	627
4. Prawo do przenoszenia danych i monetyzacja	632

Wnioski	639
1. Regulacja treści cyfrowych	639
2. Poziom regulacji	640
3. Otwartość zasobów cyfrowych	640
4. Regulacja mediów społecznościowych	643
5. Jurysdykcja	644
6. Regulacja zawartości	652
7. Bezpieczeństwo prawne obrotu treściami cyfrowymi	654
8. Konkurencja	655
9. Odpowiedzialność za przekazywane treści cyfrowe	657
 Bibliografia	 661

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- akt o rynkach cyfrowych** (projekt) – wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), COM(2020) 842 *final*
- akt o usługach cyfrowych** (projekt) – wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE, COM(2020) 825 *final*
- decyzja 2008/913/WSiSW** – decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z 28.11.2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz.Urz. UE L 328, s. 55)
- decyzja 2016/1250** – decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z 12.07.2016 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę Prywatności UE–USA (Dz.Urz. UE L 207, s. 1)
- dyrektywa 96/9/WE** – dyrektywa 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.03.1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych (Dz.Urz. WE L 77, s. 20, ze zm.)
- dyrektywa 98/34/WE** – dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.06.1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. WE L 204, s. 37, ze zm.)
- dyrektywa 2000/31/WE** – dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.06.2000 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, s. 1)
- dyrektywa 2001/29/WE** – dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. WE L 167, s. 10, ze zm.)
- dyrektywa 2002/58/WE** – dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. UE L 201, s. 37, ze zm.)
- dyrektywa 2004/48/WE** – dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.04.2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.Urz. UE L 157, s. 45)
- dyrektywa 2006/112/WE** – dyrektywa 2006/112/WE Rady z 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. UE L 347, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa 2006/115/WE** – dyrektywa 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (Dz.Urz. UE L 376, s. 28)
- dyrektywa 2009/24/WE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z 23.04.2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.Urz. UE L 111, s. 16)
- dyrektywa 2009/110/WE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z 16.09.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz.Urz. UE L 267, s. 7, ze zm.)
- dyrektywa 2010/13/UE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących

- świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz.Urz. UE L 95, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa 2011/83/UE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 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, s. 64, ze zm.)
- dyrektywa 2011/93/UE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z 13.12.2011 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, ze zm.)
- dyrektywa 2014/26/UE** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 84, s. 72)
- dyrektywa 2015/1535** – dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z 9.09.2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. UE L 241, s. 1)
- dyrektywa 2017/541** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 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)
- dyrektywa 2018/1808** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z 14.11.2018 r. zmieniająca dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (Dz.Urz. UE L 303, s. 69)

- dyrektywa 2019/770** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.Urz. UE L 136, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa 2019/771** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE oraz uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz.Urz. UE L 136, s. 28, ze zm.)
- dyrektywa 2019/790** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z 17.04.2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz.Urz. UE L 130, s. 92)
- dyrektywa 2019/1024** – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1024 z 20.06.2019 r. w sprawie otwartych danych i ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 172, s. 56)
- EKPC** – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- k.k.** – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.)
- k.p.c.** – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
- Konstytucja RP** – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- konwencja berneńska** – Akt paryski Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych, sporządzony w Paryżu 24.07.1971 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474)
- konwencja lugańska z 2007 r.** – Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 339 z 2007 r., s. 3, ze zm.)
- KPP** – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)

- p.s.w.n.** – ustawa z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2021 r. poz. 478 ze zm.)
- porozumienie EOG** – Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym (Dz.Urz. WE L 1 z 1994 r., s. 3, ze zm.)
- porozumienie TRIPS** – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej – załącznik nr 1 do obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z 12.02.1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz.U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143)
- pr. aut.** – ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062)
- pr. pras.** – ustawa z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 1914)
- pr. tel.** – ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2021 r. poz. 576)
- RODO** – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1)
- rozporządzenie brukselskie I** – rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. WE L 12 z 2001 r., s. 1, ze zm.)
- rozporządzenie rzymskie I** – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. WE L 177, s. 6)
- rozporządzenie rzymskie II** – rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.07.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozauumownych („Rzym II”) (Dz.Urz. UE L 199, s. 40)
- rozporządzenie 2019/1150** – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z 20.06.2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz.Urz. UE L 186, s. 57)

TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
traktat WIPO o prawie autorskim	– Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim, sporządzony w Genewie 20.12.1996 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 3, poz. 12)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
u.d.i.p.	– ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.)
u.d.k.	– ustawa z 25.10.1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 194 ze zm.)
u.p.k.	– ustawa z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 287 ze zm.)
u.p.w.i.s.p.	– ustawa z 25.02.2016 r. o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1446)
u.r.t.	– ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2020 r. poz. 805 ze zm.)
u.ś.u.d.e.	– ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344)

Czasopisma i publikatory

OSAWr	– Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
ZNUJ PPWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej
ZNUJ PWiOWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej

Inne

EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
HUDOC	– baza orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

ICT/TIK	– technologie informacyjno-komunikacyjne
IPN	– Instytut Pamięci Narodowej
KRRiT	– Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji
OZZ	– organizacja zbiorowego zarządzania
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

WSTĘP

W okresie wzmożonych procesów cyfryzacji pojawiają się istotne pytania o granice podporządkowywania zawartości regulacjom dotyczącym infrastruktury, gdzie dominujące znaczenie zawsze miała kwestia reglamentacji rynku i ustalenie warunków prawnych odpowiedzialności podmiotów, które są pośrednikami w przekazie. Wydaje się, że nowym kierunkiem jest sytuacja odwrotna, kiedy to regulację infrastruktury przyporządkujemy regulacji w zakresie zawartości treści cyfrowych. Można powiedzieć, że mamy również do czynienia z początkiem nowego podejścia do kwestii odpowiedzialności za treści udostępniane cyfrowo. Z wykorzystaniem takiego charakteru regulacji powstaje również obecna koncepcja ochrony treści cyfrowych. Problematyka regulacji tych dwóch obszarów w zakresie polityki związanej z funkcjonowaniem cyberprzestrzeni, jako ważnej sfery komunikacji i wymiany dóbr oraz usług, jest od dawna przedmiotem rozważań i wątpliwości, przede wszystkim na forum unijnym. Podstawowym przedmiotem wymiany są treści cyfrowe, czyli dane, na podstawie których za pomocą odpowiedniego oprogramowania i sprzętu można po przetworzeniu uzyskać informację. Przykładem takich danych są wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, takich jak: książki elektroniczne (e-booki, audiobooki), programy komputerowe, aplikacje na urządzenia mobilne, pliki z muzyką, filmami oraz zdjęciami. Ogólnie mówiąc, każdy produkt, który istnieje w formie zapisu cyfrowego, może stać się przedmiotem odpowiedzialności prawnej – jako dobro chronione. Jednak ochrona ta ma charakter wielowymiarowy. Regulacje dotyczące treści cyfrowych związane są głównie z ochroną autorskoprawną oraz prawami konsumentckimi, jednak należy zauważyć, że coraz częściej treści cyfrowe to dane związane z osobą użytkownika

sieci i jego działalnością, które nie stanowią przedmiotu obrotu konsumenckiego ani nie są utworami w rozumieniu prawa autorskiego. Pojawia się więc pytanie, kto jest ich właścicielem. Kto może z nich korzystać, w jakim zakresie, kto ma prawo decydowania o ich dalszym udostępnianiu, czy mogą one być poddane zmianom i jak daleko posunięta jest możliwość naruszenia integralności tych treści, czy np. mogą być one wykorzystywane do profilowania, które stanowi podstawę w dzisiejszych działaniach marketingowych, także w marketingu politycznym. Jak daleko sięga upoważnienie dostawców usług cyfrowych do ingerencji w te dane, także generowane przez użytkownika sieci z zasobów tam dostępnych.

Konwergencja technologiczna powoduje, że współczesne media są nieodłącznym atrybutem działań ludzkich w każdej dziedzinie. Pojawia się problem nadmiaru informacji i poszukiwania ich wiarygodnych źródeł. W następstwie tej ewolucji dokonują się zmiany w przepisach prawnych, które w coraz większym zakresie obejmują dziedzinę mediów, także tych 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, doprowadziło to do zmiany tendencji w tak istotny sposób, że przekształciło rozpowszechnianie informacji w zjawisko globalne, a nie tylko krajowe. Zauważalne jest to w szczególności w regulacjach dotyczących zarządzania danymi, w tym danymi osobowymi i nieosobowymi. Wykorzystując nośnik o charakterze technicznym, w postaci cyfrowej, ale zarazem niematerialnym, umożliwiając gromadzenie informacji w wielkich ilościach i ich natychmiastowe rozpowszechnienie w jakimkolwiek miejscu i czasie, stajemy się eksploratorami treści o zróżnicowanym charakterze, kierowanych paradoksalnie do powszechnego odbiorcy, co czynimy całkiem świadomie lub wcale nie. 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 – dochodzi do minimalizacji

znaczenia wpływu regionalnego lub państwowego. Ostatecznie wpływa to na rozwój przestrzeni niematerialnej, której nie można zdefiniować w oparciu o aspekt *stricte* rzeczowy, czyli cyberprzestrzeni – miejsca i niemiejsca – pozbawionej granic, i wydawać się może, że w równym stopniu ograniczeń, w tym ograniczeń prawnych. Ponadto dochodzi do zmiany koncepcji czasowej stosunków społecznych zarówno ze względu na natychmiastową dostępność treści cyfrowych, jak i ze względu na to, że mogą one pozostawać w sieci – co do zasady – nieskończenie długo. W konsekwencji środki społecznego przekazu, które decydują się na rozpowszechnianie treści w sieci teleinformatycznej, tworzą metodę ich dystrybucji odmienną od tej konwencjonalnej, klasycznie analogowej. 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 duże korporacje – platformy internetowe (BIG TECH) – w zakresie dystrybucji i dostępu do treści. Jest ona rozproszona na wielu poziomach odbioru i dalszego przekazu treści cyfrowych. Zarówno osoby prywatne, jak i instytucje publiczne stają się bezpośrednimi dystrybutorami treści, będąc jednocześnie ich odbiorcami. Takim środkiem przekazu mogą być portale społecznościowe, komunikatory przekazujące wiadomości elektroniczne, 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 na 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 dotychczasowa ochrona prawna (np. w zakresie praw konsumenckich czy praw autorskich) jednocześnie ulega osłabieniu.

Zagadnienie niepewności co do stosowania prawa w warunkach funkcjonowania cyberprzestrzeni jest tym bardziej złożone, że korzystanie z treści cyfrowych może podlegać całemu szeregowi reżimów

prawnych na poziomie lokalnym, regionalnym, państwowym, unijnym oraz międzynarodowym. Potrzeba globalnych uregulowań w połączeniu z różnorodnością norm prawa międzynarodowego prywatnego ustanowionych przez poszczególne państwa sprawia, że internetowe środki społecznego przekazu, jak też 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 w pełni dozwolone w innym. Zasięg sieci teleinformatycznej powoduje, że występuje problem wielości reżimów prawnych znajdujących zastosowanie do jednego przekazu, gdyż rozproszony zasięg terytorialny powoduje, że współistnieją różne systemy prawa krajowego, a wraz z nimi dodatkowo różne systemy sądownictwa krajowego, właściwe do rozpoznania sytuacji spornej. Nie inaczej wygląda sytuacja z zapewnieniem ochrony prawnej w różnych obszarach korzystania. Innym elementem tego rozproszenia jest fragmentaryzacja regulacji tych samych treści w różnych obszarach prawnych uzależnionych od przedmiotu ochrony. Taka sytuacja może zniechęcać do zgodnego z prawem korzystania ze swobody komunikowania się i prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, a także w określonych przypadkach wolności gospodarczej (mówimy tu o tzw. *chilling-effect*).

Podobnie istotne zmiany nastąpiły w myśleniu o użytkowniku treści cyfrowych – konsumentcie – jako podmiocie znajdującym się pod szczególną ochroną zarówno w przepisach UE, jak i w prawie krajowym. Zmiany te są dowodem na to, jak w wyniku przeobrażeń cyberprzestrzeni zmieniają się role uczestników rynku usług cyfrowych. W niniejszej pracy podjęto analizę głównych zagadnień związanych z regulacją treści cyfrowych w warunkach cyfrowych, w cyberprzestrzeni, ze szczególnym wskazaniem uwarunkowań odpowiedzialności za działania wkraczające w obszar prawnie chronionych treści cyfrowych oraz tych, które takiej ochrony obecnie nie posiadają.

1. Integralność treści cyfrowych i ich moderowanie

Jednym z kluczowych zagadnień związanych z korzystaniem z treści cyfrowych jest kwestia ich moderowania. Definicję moderowania wprowadzono w projekcie aktu o usługach cyfrowych (*digital services act*)¹ (art. 2 lit. p). Oznacza ono działania podejmowane przez dostawców usług pośrednich, których celem jest wykrywanie, identyfikowanie i zwalczanie nielegalnych treści lub informacji niezgodnych z ich warunkami korzystania z usług przekazywanych przez odbiorców usługi, w tym wdrażane środki, które wpływają na dostępność, widoczność i osiągalność takich nielegalnych treści lub informacji, takie jak nieekspozowanie takich treści lub informacji, uniemożliwienie dostępu do nich lub ich usunięcie, lub które wpływają na możliwość przekazywania takich informacji przez odbiorców, takie jak usunięcie lub zawieszenie konta odbiorcy.

Platformy internetowe, tworzące miejsce udostępniania treści cyfrowych na dużą skalę, nie pozwalają na społecznościowe moderowanie treści. Jednak trzeba zauważyć, że sami operatorzy takich platform nie muszą być podmiotem jedynie udostępniającym treści, ale mogą je moderować, tym samym mogą ponosić odpowiedzialność redakcyjną. Podkreślono ten fakt przykładowo w motywie 47 dyrektywy 2018/1808: „Znacząca część treści dostępnych w usługach platformy udostępniania wideo nie podlega odpowiedzialności redakcyjnej dostawcy takiej platformy. Jednak dostawcy ci z reguły decydują o sposobie zestawienia treści, czyli audycji, wideo stworzonych przez użytkownika i handlowych przekazów audiowizualnych, w tym również środkami automatycznymi lub przy pomocy algorytmów”. Dlatego dyrektywa objęła regulacją tych dostawców w zakresie zastosowania odpowiednich środków w celu ochrony minimalnej, czyli małoletnich przed treściami mogącymi zaszkodzić ich rozwojowi fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu. Zdaniem prawodawcy unijnego należy

¹ Wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE, COM(2020) 825 final.

wymagać od nich również zastosowania odpowiednich środków w celu ochrony ogółu społeczeństwa przed treściami zawierającymi nawoływanie do przemocy lub nienawiści wobec grupy osób lub członka grupy z powodów, o których mowa w art. 21 KPP, lub przed treściami, których rozpowszechnianie stanowi przestępstwo na mocy prawa unijnego.

Zatem zmiany dotyczące odpowiedzialności za treści cyfrowe będą skupiać się wokół ograniczeń odpowiedzialności platform internetowych za treści naruszające prawo. Chociaż we wspominanej powyżej dyrektywie 2018/1808 podkreśla się, że celem dyrektywy 2010/13/UE dotyczącej audiowizualnych usług medialnych nie jest regulowanie funkcjonowania serwisów społecznościowych jako takich, jednak usługa ta powinna zostać objęta jej zakresem, jeżeli zasadniczą funkcją danej usługi jest dostarczanie audycji lub wideo stworzonych przez użytkownika. Zgodnie z motywem 5 dyrektywy 2018/1808: „Dostarczanie audycji oraz wideo stworzonych przez użytkownika można uznać za zasadniczą funkcję serwisu społecznościowego, jeżeli treści audiowizualne nie są jedynie dodatkiem do działalności tej usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części. Aby zapewnić jasność, skuteczność i spójność wdrażania dyrektywy, Komisja powinna w razie potrzeby wydać – po konsultacjach z Komitetem Kontaktowym – wytyczne w sprawie praktycznego stosowania kryterium zasadniczej funkcji serwisu zawarte w definicji «usługi platformy udostępniania wideo»². Wytyczne te powinny zostać opracowane z należytym poszanowaniem celów leżących w ogólnym interesie publicznym, które mają być osiągnięte za pośrednictwem środków podejmowanych przez dostawców platform udostępniania wideo, oraz z poszanowaniem prawa do wolności wypowiedzi”.

² Dodać należy, że aby zapewnić spójne stosowanie unijnych ram regulacyjnych w sektorze audiowizualnym we wszystkich państwach członkowskich, decyzją z 3.02.2014 r. Komisja powołała ERGA (europejską grupę regulatorów audiowizualnych usług medialnych) mającą służyć Komisji wiedzą specjalistyczną w jej pracach na rzecz spójnego wdrażania dyrektywy 2010/13/UE we wszystkich państwach członkowskich oraz ułatwiać współpracę między krajowymi władzami lub organami regulacyjnymi oraz między krajowymi władzami lub organami regulacyjnymi a Komisją.

Wydaje się, że jest to regulacja, która powinna być pozostawiona państwu członkowskim, które muszą uwzględniać nie tylko trójstopniowy test³, ale także własne krajowe postrzeganie celów interesu publicznego. Notyfikacja nielegalnych treści mogłaby uruchamiać procedurę odpowiedzialności. Jednocześnie konieczne staje się monitorowanie treści zamieszczanych przez użytkowników, tym bardziej że popularność platform udostępniania plików wideo jest coraz większa i skutecznie zastępuje media tradycyjne. Podobnie niezbędne staje się coraz bardziej wprowadzenie dodatkowych obowiązków informacyjnych związanych ze sprawozdawczością i transparentnością działania podmiotów świadczących e-usługi, a zwłaszcza operatorów platform internetowych. To obowiązki informacyjne, regulowane najczęściej na poziomie samoregulacji (regulaminy), stają się głównym instrumentem ochrony interesów użytkowników sieci. Jednak nie stanowią rozwiązania dla prawnej ochrony samych treści cyfrowych.

Wyłączenie odpowiedzialności za zawartość treści nie może jednak oznaczać generalnego zwolnienia z odpowiedzialności za działania operatorów platform internetowych. Jakakolwiek forma moderacji treści (np. algorytmiczna selekcja informacji, profilowanie, geolokalizacja) powinna być objęta dodatkowymi obowiązkami, w szczególności obowiązkiem podawania do publicznej wiadomości zasad działania algorytmu odpowiedzialnego za dobór, tasowanie i udostępnianie treści.

³ Trybunał Sprawiedliwości UE odwołał się do doktryny wymogów imperatywnych w celu możliwego uzasadnienia ustanowionych w prawie krajowym ograniczeń (zob. wyroki: z 20.02.1979 r., 120/78, Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, EU:C:1979:42 – dalej wyrok 120/78, Cassis de Dijon; z 3.12.1974 r., 33/74, Johannes Henricus Maria van Binsbergen przeciwko Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, EU:C:1974:131 – dalej wyrok 33/74, Van Binsbergen; z 23.02.2006 r., C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i in. przeciwko Commissariaat voor de Media, EU:C:1991:323 – dalej wyrok C-288/89, Gouda; z 25.07.1991 r., C-76/90, Manfred Säger przeciwko Dennemeyer & Co. Ltd, EU:C:1991:331 – dalej wyrok C-76/90, Säger; z 10.05.1995 r., C-384/93, Alpine Investments BV przeciwko Minister van Financiën, EU:C:1995:126 – dalej wyrok C-384/93, Alpine Investments). Zastosowanie doktryny wymogów imperatywnych wymaga dowiedzenia spełnienia trójstopniowego testu, obejmującego konieczność zbadania: 1) istnienia nadrzędnego interesu ogólnego (publicznego), 2) adekwatności zastosowanych środków dla realizacji tego interesu, 3) proporcjonalności zastosowanych środków dla wdrożenia tego interesu.

Warunkiem powstania odpowiedzialności jest charakter nielegalny treści cyfrowych, zawsze jednak będzie tu powstawał problem wartości chronionych przez wolność słowa, nawet jeśli są one niepożądane społecznie czy też mogą wyrządzić szkodę. Regulacja prawna powinna odnosić się zarówno do treści nielegalnych, jak i legalnych, ale przykładowo niepożądanych (np. do nielegalnych treści zaliczymy mowę nienawiści, treści dyskryminacyjne, a do legalnych, ale niepożądanych *fake news*, *deep fakes* oraz elementy postprawdy). Istotna wydaje się tutaj ocena nakazu usuwania treści legalnych, a niepożądanych ze względu na ich możliwość kształtowania dyskursu publicznego i wpływania na debatę polityczną poprzez przekaz nieprawdziwy czy wykorzystujący czyjąś naiwność bądź po prostu niewiedzę. Potrzebny wydaje się być również przejrzyste stosowany już w usługach świadczonych drogą elektroniczną system *notice and take down*, zróżnicowany w zależności od treści, których dotyczy, który jednocześnie umożliwia zainteresowanym stronom, użytkownikom i innym podmiotom skuteczne powiadamianie pośredników o nielegalnych treściach lub legalnych, lecz społecznie niepożądanych, ale też dochodzenie swoich praw w przypadku, gdy ich treści zostały usunięte niezgodnie z zasadami. Nowy system *notice and action* wprowadza wymóg proaktywności ze strony platform w zakresie identyfikacji bezprawnych treści, a także automatycznego wykrywania bezprawnych treści. Taki system powinien przewidywać odpowiednie ramy czasowe, które umożliwią osobom poszkodowanym skorzystanie z prawa do sądu i innych praw podstawowych, chociaż zaznaczyć trzeba szczególną trudność z ustaleniem takich ram czasowych, które będą odpowiednie dla interaktywnego środowiska internetowego. Samo blokowanie bądź usuwanie treści cyfrowych wymagałoby zastosowania trybu odwoławczego od decyzji operatorów platform o usunięciu treści, z uwzględnieniem drogi sądowej przystosowanej do rozpatrywania takich spraw.

2. Rodzaje treści cyfrowych

Treści dostarczone przez użytkownika są określane najczęściej poprzez taksonomię danych, w szczególności dotyczy to danych osobowych, z uwzględnieniem źródła ich pochodzenia. Treści cyfrowe to zasób

składający się z danych, które w konsekwencji różnych klasyfikacji obejmują informacje, które tworzą, i dają wiedzę (nośnikami są obrazy, nagrania audio i wideo, zdjęcia itp.). Jednak można pozwolić na identyfikację treści „dostarczonych przez użytkownika” i uznać jako kategorię, która wymaga określonych zasad. G. Malgieri proponuje podział treści według tradycyjnego rozróżnienia na „dane surowe proste” i „dane złożone”⁴. Te pierwsze nie mogą powstać w oparciu o działanie oprogramowania i algorytmów, podczas gdy drugie mogą być efektem takiego przetwarzania. W konsekwencji nieprzetworzone dane mogą być pozyskane (z perspektywy administratora danych) lub przekazane dobrowolnie (z perspektywy osoby, której dane dotyczą). Dane są to surowe liczby i fakty wyrażone w określonej postaci znakowej⁵. Jest to taka postać danych, która może być przetworzona z użyciem sprzętu komputerowego. Wiadomości są to dane w postaci uporządkowanych zbiorów. Natomiast informacja powstaje poprzez przeanalizowanie i uporządkowanie danych w jakiś znaczący sposób⁶. Informacja jest pewną pochodną danych, związaną z określonym celem jej późniejszego wykorzystania, a wiedza – pochodną informacji, stąd dane mają istotny potencjał rozwojowy, twórczy. Rozróżnienie to pozwala na ustalenie relacji pomiędzy tymi pojęciami i dookreślenie zbioru takich danych, które zostały poddane

⁴ G. Malgieri, *Property and (Intellectual) Ownership of Consumers' Information: A New Taxonomy for Personal Data*, „Privacy in Germany” 2016/4, s. 133.

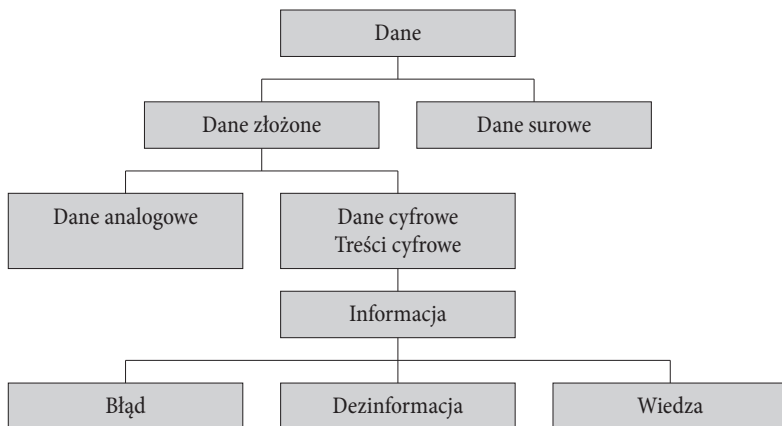
⁵ Dane dzielimy na: pierwotne – rekord w bazie danych, szereg zer i jedynek czy choćby czerwona lampka sygnalizująca rozładowanie się baterii; wtórne – przeciwieństwo danych pierwotnych, konstytuowane przez ich brak, np. wymowna cisza; metadane – opisują właściwości takie jak położenie, format, dostępność, ograniczenia w korzystaniu, aktualizacje; operacyjne – dotyczą całego systemu danych, jego dynamiki; pochodne – trudne do zdefiniowania, np. rachunek płatności kartą kredytową dostarcza informacji o dokonywanych zakupach, a tym samym położeniu jej właściciela w określonym czasie.

⁶ Informacja według *Słownika języka polskiego PWN* oznacza: „to, co powiedziano lub napisano o kimś lub o czymś, także zakomunikowanie czegoś”, „dział informacyjny urzędu, instytucji”, „dane przetwarzane przez komputer” (<https://sjp.pwn.pl/sjp/informacja;2466189.html>, dostęp: 7.06.2021 r.); informacja genetyczna to „dane o cechach dziedzicznych organizmu zakodowane w genach” (<https://sjp.pwn.pl/sjp/informacja-genetyczna;2466191.html>, dostęp: 7.06.2021 r.); informacja naukowa to „dział nauki zajmujący się opracowywaniem i rozpowszechnianiem danych naukowych dotyczących aktualnego stanu wiedzy w określonej dziedzinie” (<https://sjp.pwn.pl/sjp/informacja-naukowa;2466190.html>, dostęp: 7.06.2021 r.).

konwersji cyfrowej lub powstały w formacie cyfrowym (*born in digital*), a które tworzą ostatecznie zbiór tzw. treści cyfrowych. Poniższy schemat przedstawia podział danych na rodzaje.

Informacja ma pewne cechy odróżniające ją od danych, a wynikające głównie z faktu ludzkiej interpretacji i celów jej wykorzystywania, dlatego ten aspekt użytkowy informacji jest szczególnie ważny w kontekście regulacyjnym. Z kolei wiedza jest czymś więcej niż informacja, głównie z powodu uczenia się, przyswajania *novum*. Testem przydatności nowego fragmentu wiedzy powinna być odpowiedź na pytanie, na ile ta nowa wiedza zwiększa rozumienie określonego fragmentu rzeczywistości. Z punktu widzenia zarządzania informacją dane będą wymagały głównie inwestycji technologicznych, a informacja i wiedza będą opierały się na wykorzystaniu potencjału intelektualnego⁷.

Schemat 1. Rodzaje danych



Źródło: opracowanie własne

⁷ M.J. Earl, *Evolving the E-Business*, „Business Strategy Review” 2000/2, s. 33–38.

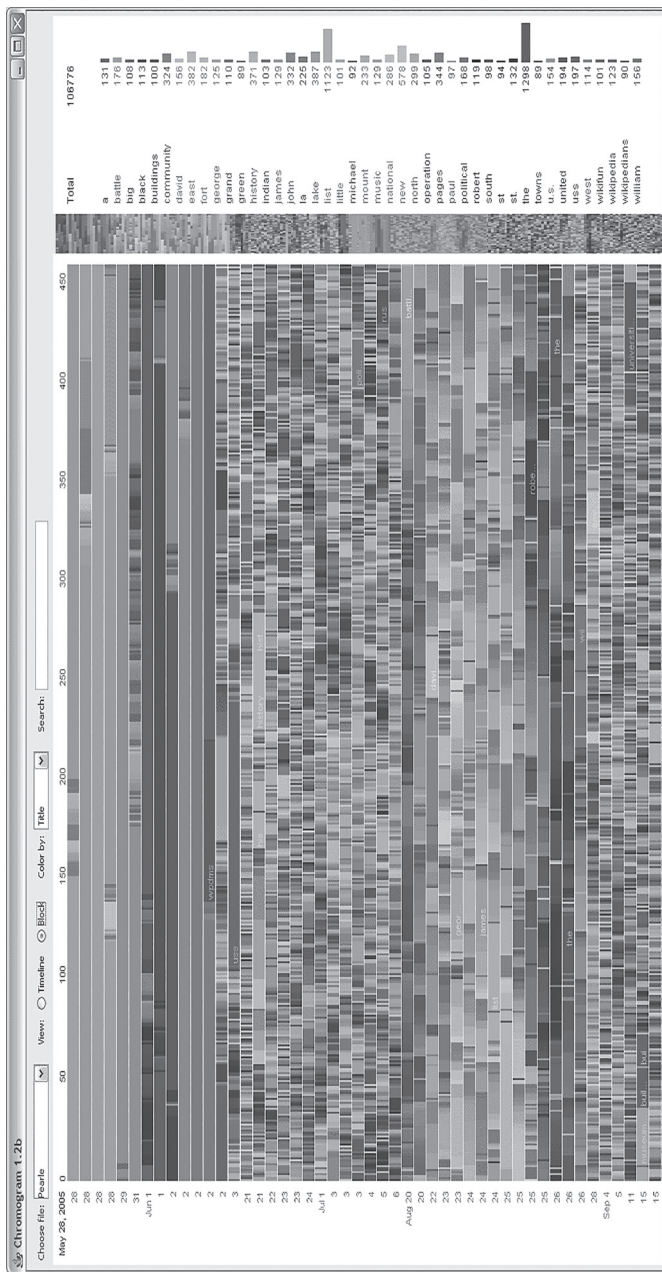
X. Konarski wyróżnia dwie grupy informacji zbieranych w internecie. Pierwszą stanowią te przekazywane dobrowolnie. Do drugiej z kolei zalicza wszelki obieg danych odbywający się bez wiedzy, a zarazem zgody użytkownika⁸. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że klasyfikacja ta nie jest pełna. Słusznie A. Karpiński spostrzega, że konieczne jest wyróżnienie co najmniej jeszcze jednej kategorii danych, na którą składać się będą te informacje, w przypadku których użytkownik wyraził częściową zgodę na ich gromadzenie, a zatem zezwolenie dotyczy tylko poszczególnych ich rodzajów (np. co do lokalizacji, słów kluczowych wpisywanych w przeglądarkę, cookies), wyłączając tym samym możliwość legalnego wykorzystywania poszczególnych informacji w sposób zbiorczy⁹. Dodatkowo możemy mówić o danych, które są generowane w wyniku zachowań użytkownika sieci, także o tych, które powstają w wyniku przetwarzania danych jednego użytkownika przez drugiego użytkownika lub użytkowników.

Z przekazywaniem czy udostępnianiem danych, w szczególności danych osobowych, mamy do czynienia w przypadku, gdy w praktyce osoba fizyczna wypełnia formularz rejestracyjny lub udziela odpowiedzi na zapytania przy transakcji. Z kolei dane obserwowane lub inaczej dane generowane to dane gromadzone przez administratora, operatora platformy za zgodą, często nawet dorozumianą, osoby fizycznej, wynikającą z zasad regulaminu usług cyfrowych. Mogą być one śledzone za pośrednictwem czujników GPS lub poddawane różnym kombinacjom, różnym rodzajom przetwarzania i konfigurowania. Wtedy stają się one dobrem cyfrowym, którego status budzi wątpliwości pod względem własności i jej ochrony. Jednak w oczywisty sposób tworzą one tzw. zasób *big data*.

⁸ X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 118.

⁹ Zob. A. Karpiński, *Pliki cookies w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych*, cz. 1, „Edukacja Prawnicza” 2014/1, s. 21.

Rysunek 1. Wizualizacja stworzona przez IBM obrazująca dzienne edytowania Wikipedii (tekst i obrazy wielkości rzędu terabajtów są przykładem big data)



Źródło: F.B. Viégas, *User activity on Wikipedia*, <https://pl.wikipedia.org/wiki/Plik:Viégas-UserActivityonWikipedia.gif> (dostęp: 7.06.2021 r.)

Inną jeszcze kategorię tworzą tzw. dane złożone, dane wygenerowane przez administratora treści cyfrowych. Mogą być to dane opisowe dotyczące przeszłości lub obecnego życia danej osoby, wywnioskowane za pomocą eksploracji danych lub kombinacji surowych danych. Możemy też mówić o danych pozyskanych z innych danych i odnoszących się do życia prywatnego osoby, użytkownika usług cyfrowych.

Wszystkie te kategorie mają odmienny charakter, a także różny stopień ochrony, także tej, którą można zagwarantować za pośrednictwem prawa własności intelektualnej¹⁰. W rzeczywistości granica między danymi otrzymanymi a danymi obserwowanymi jest dość niejednoznaczna. Różnica powinna polegać na tym, że osoby, których dane dotyczą, same je przetwarzają, a jeśli chodzi o gromadzenie danych obserwowanych – wyrażają zgodę na ich przetwarzanie administratorowi danych. W zakresie zapewnienia prawa do prywatności można tu mówić o obowiązku ochrony danych jako prawie podstawowym, odnoszącym się zarówno do odpowiedzialności deliktowej, jak i kontraktowej.

Jednak między tymi dwoma wspomnianymi powyżej rodzajami danych istnieje zakres treści, w przypadku których osoba, której dotyczą, nie przekazuje świadomie swoich danych osobowych, ale aktywnie wybiera treści (np. obrazy zawarte w określonym folderze) i udostępnia te, które służą do generowania nowych danych na temat tej osoby. Problemem staje się więc ustalenie prawa własności tych treści: czy są to dane użytkownika, w oparciu o które zostały wygenerowane nowe treści, czy też stają się one własnością podmiotu, który umożliwił takie wygenerowanie i jednocześnie poniósł koszty tego procesu? Często warunki, w jakich dochodzi do korzystania z treści cyfrowych, nie dają nam pewności, czy niosą one dane przekazywane lub obserwowane oraz czy są one wykorzystywane daleko poza obszarem działań związanych z ich wygenerowaniem. Zwrócił na to uwagę prawodawca unijny w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie

¹⁰ G. Maligneri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, „International Data Privacy Law” 2007/4, s. 243–265.

niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych¹¹. W motywie 13 projektu przyjęto, że w gospodarce cyfrowej wartość informacji o poszczególnych osobach jest coraz częściej postrzegana przez uczestników rynku jako porównywalna z wartością pieniężną. Treści cyfrowe są często dostarczane nie w zamian za pieniądze, ale jako ekwiwalent innych świadczeń niż zapłata ceny, tj. za dostęp do danych osobowych lub innych treści cyfrowych. Mówimy w tym przypadku o procesie tzw. monetyzacji danych.

Gdyby wprowadzono zróżnicowanie statusu treści cyfrowych w oparciu o rodzaj świadczenia, doprowadziłoby to do dyskryminacji niektórych modeli biznesowych i stanowiłoby dla przedsiębiorstw nieuzasadniony bodziec do oferowania treści cyfrowych w zamian za dane. Podobnie w przypadku treści generowanych przez użytkowników. Powinny być one traktowane w taki sam sposób jak inne treści cyfrowe (takie jak pliki muzyczne i pliki wideo, zdjęcia, gry lub aplikacje), dostarczane lub przechowywane przez konsumentów w czasie trwania umowy. Treści generowane przez konsumenta obejmują szereg form, w tym obrazy cyfrowe, pliki wideo i pliki audio, blogi, fora dyskusyjne, formaty do współpracy oparte na tekście, posty, czaty, tweety, rejestry, podcasty, treści tworzone na urządzeniach przenośnych, treści tworzone w internetowym środowisku wirtualnym, rankingi i listy odnośników odsyłających do treści internetowych.

W konsekwencji mamy tu do czynienia z ogromną ilością treści cyfrowych, które są danymi surowymi, stanowiącymi często dane przekazywane lub dane obserwowane – przetwarzane w ramach działalności platform cyfrowych, a także generowane przez operatorów platform w trakcie korzystania z nich, jak też generowane przez użytkowników. Dane te często poddane są także ochronie własności intelektualnej. Wydaje się, że wymagane jest tu dodatkowo dokonanie systemowego wyróżnienia tych treści cyfrowych, które nie będą ani poddane ochronie w obszarze danych osobowych, ani też nie będą stanowiły przedmiotu ochrony prawnej w aspekcie autorskoprawnym.

¹¹ Wniosek – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, COM(2015) 634 *final*.

3. Treści cyfrowe jako dane automatycznie przetwarzane

Biorąc za punkt wyjścia gwarancje już przewidziane w RODO (por. art. 22), niezbędne staje się uregulowanie rozliczalności automatycznie podejmowanych decyzji (z wykorzystaniem algorytmów), oczywiście zarówno wtedy, kiedy treści cyfrowe stanowią dane osobowe, jak i wtedy, kiedy nie opierają się one na danych osobowych, są danymi nieosobowymi, ale jednocześnie mogą być wykorzystywane w celu profilowania lub podejmowania decyzji z udziałem człowieka, przy czym algorytm ma w takim przypadku charakter pomocniczy. Kluczowym kryterium, za którym idą dodatkowe obostrzenia dla zastosowania algorytmów, powinien być wpływ wspieranych przez te algorytmy decyzji na sytuację (prawną, ekonomiczną lub psychologiczną) zarówno jednostki lub grupy społecznej, jak i państwa. Jeśli ten wpływ jest istotny (nie tylko jeśli jest negatywny i nie tylko jeśli wywołuje skutki prawne), twórcy systemów wykorzystujących algorytmy w procesie podejmowania decyzji powinni informować o tym użytkowników. W stosunku do operatorów platform internetowych wydaje się konieczne wprowadzenie dodatkowych obowiązków w sferze ludzkiego nadzoru (rozliczalności), przejrzystości oraz *due proces*, czyli zagwarantowania uczciwej procedury oraz prawa do interwencji człowieka, zwłaszcza w przypadku, gdy operator platformy wykorzystuje algorytmy do moderowania, filtrowania treści wyświetlanych użytkownikom. W konsekwencji obowiązki operatorów platform internetowych będą wynikały z charakteru prawnego wykorzystywanych treści lub usług mających na celu ich wykorzystywanie. Kierunkowo niezbędna wydaje się tu rekomendacja dla każdego systemu, w ramach którego algorytm wspiera lub zastępuje człowieka oraz którego działanie może mieć istotny wpływ na dobrostan jednostki lub określonej grupy społecznej.

4. Prawo dostępu do treści cyfrowych

Jednym z kluczowych problemów związanych z prawną ochroną treści cyfrowych jest ustalenie zasad interoperacyjności platform internetowych oraz otwarty dostęp do różnorodnych danych zbieranych

i generowanych przez platformy internetowe. Wydaje się to konieczne ze względu na podniesienie standardu ochrony praw użytkowników platform oraz właścicieli generowanych tam treści cyfrowych. Zapewnienie interoperacyjności danych nie jest charakterystycznym obecnie modelem zarządzania treściami przez platformy, dzisiaj opartym na idei *walled garden*, czyli ogrodzonej przestrzeni, kontrolowanej przez właściciela platformy. Prawo do przenoszenia danych przez użytkowników – szczególnie w ograniczonej postaci przewidzianej w RODO – nie jest w stanie zrealizować tego celu. Zwiększa wprawdzie możliwość wyboru usług przez konsumentów, ale pozostawia na rynku platformy internetowe, które zachowują kontrolę nad treściami cyfrowymi i opartą na nich wiedzą wygenerowaną w oparciu o dane miliardów ludzi. Zapewnienie interoperacyjności powinno się odbywać przy jednoczesnym zagwarantowaniu wysokich standardów ochrony treści cyfrowych stanowiących własność użytkowników, w tym danych osobowych, oraz ich cyberbezpieczeństwa, tak aby uniknąć sytuacji, w której dzięki interoperacyjności jeszcze większa grupa podmiotów zacznie wykorzystywać dane o użytkownikach wbrew założeniom interesu publicznego. Zatem głównym celem jest zapewnienie ochrony interesu publicznego w środowisku funkcjonowania platform internetowych. Charakter funkcjonowania tych platform, oparty na zasadzie interoperacyjności, przejrzystości i jawności postępowania z treściami cyfrowymi, gwarantuje ochronę treści cyfrowych użytkowników sieci. Kluczowym wyzwaniem jest także zapewnienie anonimizacji współdzielonych treści. Minimalny poziom interoperacyjności powinien zakładać zapewnienie dostępu do serwisu społecznościowego konkurencyjnym usługodawcom, korzystającym ze wspólnego *social graph* i podstawowych treści o użytkownikach, jak również tych generowanych przez samych użytkowników.

5. Prawo własności do zasobów cyfrowych (danych internetowych)

Jednym z kluczowych wyzwań dotyczących kwestii ochrony treści cyfrowych jest ustalenie potrzeby tworzenia nowych uprawnień właścicielskich wobec treści nieprzetworzonych, a także nieosobowych jako dobra indywidualnego i dobra wspólnego. Jednak w sytuacji uznania takich

danych za treści cyfrowe o charakterze autorskoprawnym konieczne jest zapewnienie otwartego dostępu do nich tym podmiotom, które działają przede wszystkim w interesie publicznym. Zatem dozwolony użytek publiczny powinien obejmować np. wykorzystanie danych pacjentów w nowoczesnych badaniach medycznych, treści oparte na maszynowej analizie dużych zbiorów danych w innych badaniach naukowych. Przykładem takiego postępowania, już wdrożonym, może być wymuszanie przez władze Nowego Jorku udostępniania danych przez platformy transportu pasażerskiego (np. Uber), które następnie zostają udostępnione publicznie jako dane otwarte. Jak zaznaczono powyżej, udostępnianie danych wymaga zagwarantowania ich bezpieczeństwa i ochrony prywatności ich właścicieli. Oznacza to także w praktyce, że niezbędne jest wypracowanie nowych modeli zarządzania treściami, w tym modelu otwierania zasobów cyfrowych, stosowanego w przypadku tzw. danych nieosobowych.

6. Odpowiedzialność

Ostatnim i najważniejszym zagadnieniem, które wymaga analizy i nowego spojrzenia na kwestie ochrony treści cyfrowych, jest odpowiedzialność. Problematyka związana z odpowiedzialnością za treści cyfrowe udostępniane w sieci obejmuje kwestie regulacji stosunków konsumenckich (aspekt cywilnoprawny), regulacji własności treści (aspekt cywilno- i karnoprawny), regulacji naruszeń dotyczących danych osobowych (aspekt administracyjnoprawny) oraz regulacji udostępniania treści szkodliwych (aspekt administracyjno- i karnoprawny). Bardzo szeroko ujmowany jest zarówno zakres zagadnienia, jak i sama dziedzina obejmująca także sferę mediów społecznościowych, które jako obszar są trudne w jednoznacznym ustaleniu, czym są w kontekście odpowiedzialności, zwłaszcza kiedy mamy do czynienia z zagadnieniem transgranicznego przenoszenia usług online zawierających treści cyfrowe. Zagadnienie to dotyczy kwestii związanych z jurysdykcją i odpowiedzialnością za działania w sieci. Jednak jednym z kluczowych elementów analizy definicji rynku online i mediów cyfrowych jest ich charakter gospodarczy. Podstawowym argumentem w ocenie aspektów gospodarczych procesów cyfrowych, które wymagają nowego definiowania

cyberodpowiedzialności, jest przyjęcie pojęcia digitalizacji jako zjawiska społecznego o charakterze interdyscyplinarnym. Dlatego zarówno ona sama, jak i związane z nią procesy wymagają nowego podejścia regulacyjnego oraz redefinicji celów interesu publicznego oraz zadań państwa w tym obszarze. Procesy konwergencji mediów cyfrowych z mediami tradycyjnymi przyczyniają się także do powstania szczególnego rodzaju konfliktu w obszarze ustaleń co do zakresu i poziomu odpowiedzialności za działania w sieci. Zakres omawianego obszaru jest niezwykle szeroki, dlatego należy skupić uwagę na zagadnieniach kluczowych. Odpowiedzialność dostawców usług cyfrowych zawierających treści cyfrowe kształtowała się wielotorowo. Usługa transmisji danych polega na przesłaniu informacji po zainicjowaniu transmisji do podmiotu pośredniczącego, gdzie jest przechowywana, a następnie wysyłana dalej do adresata albo też do innego podmiotu pośredniczącego. Podmiot odbiera całość treści, sprawdza jej poprawność, korzystając z dołączonych sum kontrolnych, następnie przesyła ją dalej.

W systemie prawa amerykańskiego przyjęto, że w zależności od rodzaju naruszenia zastosowanie znajdą odmienne zasady odpowiedzialności¹². W odniesieniu do dysponentów sieci telekomunikacyjnych oraz dostawców dostępu do sieci powszechnie przyjmowano, że nie powinni oni odpowiadać za naruszenia spowodowane treściami rozpowszechnianymi w sieciach przez użytkowników, gdyż ich rola sprowadza się jedynie, jak to określił obrazowo N. Bortloff, do otwierania drogi do cudzych treści¹³. Kluczowym uzasadnieniem takiego podejścia był brak związku przyczynowo-skutkowego. J. Barta i R. Markiewicz wskazują na podobieństwo działania takich podmiotów do funkcjonowania poczty, operatorów sieci telekomunikacyjnej czy przedsiębiorstw komunikacji publicznej, wykluczając możliwość postawienia im zarzutu bezpośredniego naruszenia praw osób trzecich w przypadku naruszeń prawa autorskiego¹⁴. Pierwszym ustawodawcą, który zdecydował się na wyłączenie

¹² Zob. np. D.J. Solove, P.M. Schwartz, *Information privacy law*, New York 2018.

¹³ N. Bortloff, *Neue Urteile in Europa betreffend die Frage der Verantwortlichkeit von Online-Diensten*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 1997/3, s. 169; zob. też D.K. Gęsicka, *Wyłączenie odpowiedzialności cywilnoprawnej dostawców usług sieciowych za treści użytkowników*, Warszawa 2014, LEX, przyp. 282.

¹⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 222.

odpowiedzialności dostawców usług sieciowych, w tym dostawców dostępu do sieci, był ustawodawca niemiecki, który dokonał podziału usług świadczonych drogą elektroniczną na usługi telekomunikacyjne oraz usługi medialne. Do pierwszej kategorii zaliczył elektroniczne usługi informacyjne i komunikacyjne przeznaczone do indywidualnego użytku, jak np. zapewnienie dostępu do sieci czy handel elektroniczny. Za usługi medialne uznał zaś świadczenia przeznaczone do odbioru masowego (publicznego), jak oferowanie dostępu do np. elektronicznych czasopism, dzienników, biuletynów prezentujących działalność spółek lub newsletterów (biuletynów informacyjnych).

Następnie próbę uregulowania zasad odpowiedzialności dostawców usług sieciowych podjęto na poziomie międzynarodowym. Artykuł 8 uzgodnionych deklaracji załączonych do traktatu WIPO o prawie autorskim zawierał stwierdzenie, zgodnie z którym udostępnienie urządzeń umożliwiających publiczne rozpowszechnianie utworu nie stanowiło rozpowszechniania w rozumieniu art. 8 traktatu WIPO o prawie autorskim. Polski ustawodawca początkowo nie zauważył potrzeby odrębnego uregulowania zasad odpowiedzialności dostawców usług sieciowych. Jako podstawę odpowiedzialności cywilnej dostawców dostępu do sieci wskazywano art. 422 k.c.¹⁵: „Za szkodę odpowiedzialny jest nie tylko ten, kto ją bezpośrednio wyrządził, lecz także ten, kto inną osobę do wyrządzenia szkody nakłonił albo był jej pomocny, jak również ten, kto świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody”. Jednak przepis ten miał zastosowanie jedynie w sytuacji ustalenia związku przyczynowo-skutkowego, co w praktyce byłoby trudne do ustalenia.

W Stanach Zjednoczonych odpowiedzialność ta początkowo oparta została na konstrukcji zaniechania (ang. *negligence*), co związane było z istnieniem obowiązku prawnego monitorowania treści osób trzecich. Następnie ewoluowała ona w kierunku odpowiedzialności opartej na zasadzie bezprawności dokonania naruszenia przez osobę trzecią (ang. *strict liability*), aby ostatecznie przyjąć postać ograniczenia odpowiedzialności (ang. *near-immunity*) w wyniku wprowadzenia Digital Millennium Copyright Act w 1998 r. W odniesieniu do naruszeń praw

¹⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, s. 224.

własności intelektualnej orzecznictwo amerykańskie przyjęło dwie konstrukcje prawne – odpowiedzialności pośredniej (lub zastępczej) za pomocnictwo w naruszeniu (ang. *contributory liability*) oraz odpowiedzialności za czyny cudze (ang. *vicarious liability*). Ta ostatnia koncepcja ma wpływ na ustalenia zakresu odpowiedzialności wielkich platform internetowych, które podlegają prawu amerykańskiemu¹⁶.

W Europie dyrektywa 2000/31/WE o handlu elektronicznym wprowadziła system horyzontalnego wyłączenia odpowiedzialności usługodawców. Pierwsze regulacje prawne oraz poglądy doktryny różnicowały zasady odpowiedzialności w zależności od postaci aktywności podejmowanej przez dostawców usług sieciowych. Wyróżniano wówczas trzy grupy podmiotów: dostawców dostępu do sieci (*access provider*), dostawców treści w sieci (*content provider*) oraz dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną (*service provider*). Z uwagi na to, że problematyka ta była stosunkowo nowa, a konwergencja różnych usług postępująca, konsekwentnie do kategorii dostawców usług cyfrowych zaliczano także dostawców treści cyfrowych. Niemniej jednak już wtedy zauważono, że nie zachowują oni neutralności wobec treści, a zatem nie mogą korzystać z wyłączenia odpowiedzialności. Dotyczy to także użytkowników mediów cyfrowych. Działalność dostawców treści cyfrowych polega na ich udostępnianiu przez systemy teleinformatyczne. Kategoria ta jest bardzo zróżnicowana – można do niej zaliczyć nie tylko wyspecjalizowane instytucje lub jednostki, ale także użytkowników końcowych. Ostatnia grupa podmiotów jest szczególnie aktywna ze względu na coraz większą popularność *user-generated-sites* (lub *user-generated-content*). Z uwagi na aktywną formę ich działania w sieci dostawcy treści (*content providers*) ponoszą bezpośrednią odpowiedzialność za naruszenia spowodowane taką działalnością.

Korzystając subsydiarnie z zakresu odpowiedzialności autorskoprawnej, należy podkreślić, że w systemie prawa polskiego dostawcy treści ponoszą odpowiedzialność za naruszenia praw osób trzecich w sposób bezpośredni. Jak wskazują J. Barta i R. Markiewicz, kontrowersje pojawiły się przy próbach zakwalifikowania czynności udostępniania utworów

¹⁶ K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Cyberodpowiedzialność*, Warszawa 2019, s. 164.

w sieciach komputerowych, które ostatecznie zostało zakwalifikowane jako nowe pole eksploatacji, tzn. udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy miał do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. W sieciach teleinformatycznych, których funkcjonowanie oparte jest na interaktywności, zagadnienie to miało istotne znaczenie. Na skutek procesów cyfrowych modyfikacja treści i dalsze jej upowszechnianie przez użytkowników nie stanowiły problemu. Pojawiła się koncepcja ochrony *sui generis* praw producenta lub dostawcy zawartości w sieci. Zagadnienie to było przedmiotem dyskusji podczas kongresu L'Association Littéraire et Artistique Internationale w 1996 r. Zastanawiano się nad sformulowaniem takiej konstrukcji, która umożliwiłaby producentowi dochodzenie ochrony przeciw osobom trzecim. Rozważano m.in. nadanie im charakteru autorskich praw osobistych lub quasi-praw osobistych, z zastrzeżeniem, że prawa te nie mogłyby ograniczać praw osobistych twórców treści¹⁷. Według J. Barty i R. Markiewicza uprawnienia te konstrukcyjnie nie przypominają osobistych praw autorskich, ale raczej prawa majątkowe¹⁸. Taki też cel, głównie ekonomiczny, przyświecał tym podmiotom, stąd zbliżał te uprawnienia ostatecznie do cech praw pokrewnych.

¹⁷ A. Dietz, *General Report* [w:] *Copyright in Cyberspace*, red. M. Dellebeke, Amsterdam 1997, za: D.K. Gęsicka, *Wyłączenie...*, przyp. 290.

¹⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, s. 228.

Rozdział I

TREŚĆ CYFROWA JAKO DOBRO PRAWNIE CHRONIONE – CHARAKTERYSTYKA OGÓLNA

Musisz dokonać właściwego wyboru.

Dopóki nie wybierzesz, wszystko jest możliwe.

Wiek Nemo 9, „Pan. Nikt” Pan Europeenne, 2009

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, umożliwiając 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 strony 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. Ponadto dochodzi do zmiany koncepcji czasowej stosunków społecznych zarówno ze względu na natychmiastową dostępność treści oraz ich trwałość w czasie i przestrzeni. W konsekwencji środki przekazu, które decydują się na rozpowszechnianie treści w sieci teleinformatycznej, tworzą metodę ich dystrybucji odmienną od tej konwencjonalnej, tradycyjnej, i nie odnosi się to jedynie do kwestii nośnika czy sposobu dystrybucji treści cyfrowych. Dystrybucja odbywa się w dowolnym miejscu, w którym istnieje dostęp do sieci teleinformatycznej, przy czym inne są techniki marketingowe towarzyszące temu przekazowi, a wykorzystujące także dane, które poddane zostają wygenerowaniu zarówno przez użytkowników sieci, jak i przez dostawców usług cyfrowych w oparciu o dane udostępniane, jak też wygenerowane w procesie korzystania z tych usług. Dodatkowym problemem wydaje się być kontrola sprawowana przez platformy internetowe w zakresie dystrybucji i dostępu do treści. Jest ona rozproszona na wielu poziomach odbioru i dalszego przekazu treści.

1. Treści cyfrowe – definicja

Na rynku usług cyfrowych, na jednolitym rynku cyfrowym, podstawowym pojęciem, które wymaga wyjaśnienia definicyjnego, jest pojęcie 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. Zgodnie z tą definicją treści

¹ Zob. wniosek – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów zawieranych przez internet lub w inny sposób na odległość, COM(2015) 635 *final*.

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. Definicja ta nie obejmuje: 1) usług finansowych, w tym usług bankowości internetowej; 2) doradztwa prawnego lub finansowego w formie elektronicznej; 3) elektronicznych usług zdrowotnych; 4) usług i sieci łączności elektronicznej oraz powiązanych zasobów i usług; 5) gier hazardowych; 6) tworzenia nowych treści cyfrowych oraz zmiany istniejących treści cyfrowych przez konsumentów lub innych form interakcji z działami innych użytkowników². Oczywiście definicja treści cyfrowych może być określana w różny sposób przez ustawodawcę krajowego. Ta definicja może być także zróżnicowana w zależności od tego, z jakim obszarem regulacyjnym mamy do czynienia. Przykładowo, w ustawodawstwie polskim to przepisy dotyczące kwestii konsumenckich, czyli ustawa z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta, określają nową kategorię „towaru”, jakim jest treść cyfrowa. Zgodnie z art. 2 pkt 5 tej ustawy treść cyfrowa oznacza dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. Z kolei rozpowszechnianie w sieci treści cyfrowych za pomocą audio-wizualnych usług medialnych jest z definicji transgraniczne i dotyczy rozpowszechniania zawartości sieci, przede wszystkim w kontekście autorskoprawnym. Natomiast zakazy dotyczące rozpowszechniania określonych treści cyfrowych będą wynikały z uwarunkowań prawa medialnego. Dotychczas przepisy prawa wprost odnosiły się tylko do fizycznych przedmiotów dostarczanych do konsumenta oraz do świadczonych usług cyfrowych, w szczególności w zakresie odpowiedzialności za dostarczanie towaru³. W obecnym stanie rozwoju usług cyfrowych treści cyfrowe są nieodłącznym i znaczącym elementem codziennych interakcji użytkowników sieci. Procesy digitalizacji oraz udostępnianie treści cyfrowych w sposób globalny przyczyniają się do

² Wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, COM(2011) 635 *final*.

³ Dyrektywa 2000/31/WE; dyrektywa 2011/83/UE; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L 257, s. 73).

zwiększenia dostępu do wiarygodnych źródeł wiedzy, w tym często zasobów pozostających dotychczas w zapomnieniu, nie wyłączając także tych pozostających w domenie publicznej, jak też zasobów zupełnie nowych powstałych w oparciu o archiwum. Kiedy mówimy o treściach cyfrowych, w sposób naturalny pojawia się myśl – z jednej strony – o potrzebie ich ochrony, konieczności zabezpieczenia ich własności w sieci, z drugiej zaś – zwalczania ich nielegalnego charakteru. 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, ale także ze ściśle określoną korzyścią materialną oraz moralną przynależną uprawnionym podmiotom. Podkreślić tu trzeba, że ochrona własności intelektualnej związana z treścią cyfrową ma przede wszystkim aspekt ekonomiczny. „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”⁴. Własność intelektualna jest ściśle związana z procesami tworzenia, rozwijania i wykorzystywania zdobytej wiedzy, a także stanowi wynik ludzkiej twórczości i kreatywności oraz wszelkich inwencji, które stanowią przedmiot obrotu gospodarczego. Zatem z jednej strony mamy przemysł medialny, rynek audiowizualnych usług medialnych, obszar wymiany idei, myśli, z drugiej – rynek usług związanych z dystrybucją i wszelkim innym korzystaniem z treści cyfrowych. Kolejnym aspektem definiowania treści cyfrowej jest jej charakter dobra osobistego, w tym szczególnie rodzaj jego odmiany – dane osobowe. Informacje na temat osób prywatnych, ich życia zawodowego i rodzinnego, ich intymności przybierają postać cyfrową, stając się jednocześnie przedmiotem wymiany za szeroko pojętą partycypacją ich właściciela lub posiadacza w świecie mediów społecznościowych, grupach zainteresowań, wspólnej ideologii czy po prostu w sklepach internetowych, na platformach udostępniania treści.

⁴ A. Potempa, *Zarządzanie prawami własności intelektualnej i ich wycena w przedsiębiorstwie* [w:] *Własność intelektualna w działalności przedsiębiorców*, red. U. Promińska, Łódź 2010, s. 121 – autor przytacza definicję sformułowaną przez Światową Organizację Własności Intelektualnej.

Ustawa o prawach konsumenta, która bezpośrednio odwołuje się do treści cyfrowych, w polskim porządku prawnym stanowić miała transpozycję dyrektywy 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów, która zmieniała dyrektywę 93/13/EWG⁵ i dyrektywę 1999/44/WE⁶ oraz uchylała dyrektywę 85/577/EWG⁷ i dyrektywę 97/7/WE⁸. Ustawa ta uchylała ustawę z 2.03.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny⁹, ustawę z 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego¹⁰. Co więcej, poza transpozycją dyrektywy 2011/83/UE ustawa o prawach konsumenta miała na celu uporządkowanie oraz scalenie przepisów, które dotyczyły odpowiedzialności za jakość rzeczy sprzedanej. Projektowane wówczas dodatkowe zmiany w Kodeksie cywilnym odnosiły się do regulacji umowy sprzedaży, a w szczególności do przepisów dotyczących pojęcia rękojmi i gwarancji. Projektowana nowela Kodeksu cywilnego obejmowała przede wszystkim art. 555, który w pierwotnej wersji projektu brzmiał: „Przepisy o sprzedaży rzeczy stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii, praw, wody oraz do umów o dostarczanie treści cyfrowych”¹¹. Ostatecznie ustawodawca zrezygnował z koncepcji regulacji dostarczania treści cyfrowych w oparciu o odpowiednie stosowanie przepisów o sprzedaży. W tym miejscu należy dodać, że w konsekwencji brakuje kodeksowej definicji treści cyfrowej, a jednocześnie należy zauważyć, że określenie tego pojęcia w art. 2 u.p.k. nie jest do końca precyzyjne. W trakcie prac legislacyjnych toczona była dyskusja odnośnie do

⁵ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95, s. 29).

⁶ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE L 171, s. 12).

⁷ Dyrektywa Rady 85/577/EWG z 20.12.1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz.Urz. WE L 372, s. 31).

⁸ Dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.05.1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz.Urz. WE L 144, s. 19).

⁹ Dz.U. z 2012 r. poz. 1225.

¹⁰ Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm.

¹¹ T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2015/1, s. 19.

potrzeby, a także różnych sposobów regulacji problematyki dostarczania treści cyfrowych¹². Praktyczna doniosłość problemu kwalifikacji prawnej dostarczania treści cyfrowych może w przyszłości stanowić o konieczności wprowadzenia pozytywnej regulacji prawnej w polskim systemie prawa. Zwłaszcza w warunkach uregulowania tych kwestii w dyrektywie 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych. Problematyka tej regulacji dotyczy różnych aspektów pewności obrotu gospodarczego oraz dostępu do wiedzy, a także ostatecznie rozwoju nowoczesnych technologii.

Zatem w definiowaniu pojęcia treści cyfrowych niezbędne jest odwołanie do wyżej wspomnianej dyrektywy 2011/83/UE, która w sposób szerszy i bardziej precyzyjnie niż zostało to określone w ustawie o prawach konsumenta określa pojęcie treści cyfrowych. Dokonując analizy unijnego ujęcia treści cyfrowych, nie można pominąć również definicji zawartej w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży¹³, w którym pojęcie treści cyfrowej zostało zdefiniowane odmiennie niż w dyrektywie 2011/83/UE, a co za tym idzie – odmiennie niż w polskiej ustawie o prawach konsumenta. Do kategorii treści cyfrowych zaliczyć więc można wszelkie informacje zawarte w formie plików elektronicznych, obejmujących również książki w formie elektronicznej, aplikacje mobilne. Za treści cyfrowe uważane więc 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 i M. Wyrwińskiego przywołane powyżej rozbieżne definicje treści cyfrowych, w sposób wyraźny wskazują na fakt, że „projektodawca europejski dostrzega liczne

¹² Raport PWC, *Analiza wpływu zjawiska piractwa treści wideo na gospodarkę w Polsce*, Warszawa 2014, s. 42 i n.

¹³ COM(2011) 635 final.

kolizje i problemy związane z regulacją samego pojęcia treści cyfrowych i w konsekwencji powyższego świadomie dąży do uszczegółowienia zakresu tej instytucji”¹⁴.

Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2019/770 treści cyfrowe oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. W pkt 3 art. 2 określono dodatkowo, czym są tzw. towary z elementami cyfrowymi, które oznaczają materialne rzeczy ruchome, które zawierają w sobie treści cyfrowe lub usługę cyfrową lub są z takimi treściami lub taką usługą wzajemnie połączone w taki sposób, że brak tych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej uniemożliwiłby tym towarom wykonywanie ich funkcji. Zgodnie z motywem 21 dyrektywy 2019/770 można przykładowo powołać się na sytuację, w której smartfon może zawierać standardowo zainstalowaną aplikację, dostarczaną na podstawie umowy sprzedaży, taką jak budzik lub kamera. Innym przykładem może być inteligentny zegarek. W takim przypadku sam zegarek należałoby uważać za towar z elementami cyfrowymi mogący pełnić swoje funkcje wyłącznie z aplikacją, która udostępniana jest na podstawie tej samej umowy sprzedaży, którą jednakże konsument musi pobrać na smartfon. Aplikacja byłaby wówczas wzajemnie połączonym elementem cyfrowym. Reguła ta powinna mieć również zastosowanie, jeżeli zawarte w towarze lub wzajemnie połączone z nim treści cyfrowe lub usługa cyfrowa nie są dostarczane przez samego sprzedawcę, lecz zgodnie z umową sprzedaży przez osobę trzecią. W celu uniknięcia niepewności wśród przedsiębiorców i konsumentów w przypadku wątpliwości, czy dostawa treści cyfrowych lub usługi cyfrowej objęta jest umową sprzedaży, prawodawca unijny uznał, że zastosowanie powinna mieć dyrektywa 2019/771 w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów. Ponadto na potwierdzenie dwustronnego stosunku umownego między sprzedawcą a konsumentem, którego częścią jest dostarczanie zawartych w towarze lub wzajemnie z nim połączonych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, nie powinien mieć wpływu sam fakt, że dla korzystania z tych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej konsument musi wyrazić zgodę na umowę licencyjną z osobą trzecią.

¹⁴ T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie...*, s. 21–22.

W projekcie zmian Kodeksu cywilnego oraz ustawy o prawach konsumenta¹⁵, których celem jest implementacja dyrektywy 2019/770 oraz dyrektywy 2019/771, wprowadzono m.in. definicję towaru z elementami cyfrowymi, którym według proponowanej regulacji jest towar zawierający treść cyfrową lub usługę cyfrową lub z nimi połączony w taki sposób, że brak treści cyfrowej lub usługi cyfrowej uniemożliwiłby jego prawidłowe funkcjonowanie.

Wskazane powyżej dyrektywy weszły w życie 11.06.2019 r., a państwa członkowskie zobowiązane są do przyjęcia implementujących je przepisów do 1.07.2021 r., z mocą od 1.01.2022 r. Zasadniczym celem obu dyrektyw jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnienia przy tym wysokiego poziomu ochrony konsumentów, w szczególności poprzez ustanowienie wspólnych przepisów dotyczących niektórych wymagań w odniesieniu do umów zawartych między przedsiębiorcami a konsumentami o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych, zwłaszcza przepisów dotyczących zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową, środków ochrony prawnej w przypadku braku zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową lub ich niedostarczenia oraz sposobów korzystania z tych środków, zmiany treści cyfrowej lub usługi cyfrowej, umów sprzedaży zawartych między sprzedawcą a konsumentem, w tym przepisów dotyczących zgodności towarów z umową, środków ochrony prawnej przysługujących w przypadku braku takiej zgodności, sposobów korzystania z tych środków, gwarancji handlowych. Przedmiotowe dyrektywy wprowadzają wymóg harmonizacji maksymalnej, co oznacza, że państwa członkowskie nie mogą przyjmować ani utrzymywać regulacji odmiennych od tych przyjętych w dyrektywach, w tym ustanawiać wyższego poziomu ochrony konsumentów, z pewnymi wyjątkami.

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 treściom

¹⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz ustawy – Kodeks cywilny, UC 53, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12341810/katalog/12752756#12752756> (dostęp: 8.06.2021 r.).

cyfrowym nadaje motyw 19 dyrektywy 2011/83/UE, który przykładowo wymienia jako treści cyfrowe: programy komputerowe, aplikacje, gry, muzykę, nagrania wizualne bądź teksty. W praktyce można wyodrębnić jako treści cyfrowe utwory audiowizualne pod postacią audycji telewizyjnych (w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji), 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 (także te mające pierwotną lub równoległą postać papierową), audycje bądź programy radiowe, oprogramowania, książki w formie cyfrowej (e-booki i audiobooki), serwisy informacyjne o różnorodnym charakterze.

Pod względem utrwalenia treści cyfrowych wyróżnia się dwa typy treści cyfrowych: treści cyfrowe, które są dostarczone konsumentowi na trwałym nośniku, takim jak pendrive, dysk przenośny, DVD, oraz treści cyfrowe dostarczane w inny sposób, np. przez e-mail, za pośrednictwem platformy udostępniania itp. W przypadku obrotu treścią cyfrową musi ona mieć nośnik. Treści cyfrowe umieszczone na nośnikach danych powinny być traktowane dokładnie tak jak towary fizyczne. Aby treść cyfrowa mogła być uznana za towar, dane cyfrowe powinny znajdować się w chwili dostarczenia na nośniku, który ma postać materialną, np. na pendrivie. Ustawa o prawach konsumenta w swojej istocie nie zawiera definicji nośnika materialnego, chociaż definiuje ona w art. 2 pkt 4 trwałą 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 posługuje się pojęciem materialnego nośnika, a jedynie pojęciem nośnika trwałego. Powyżej wspomniany motyw 19 tej dyrektywy wskazuje, że do trwałego nośnika można zaliczyć np. CD lub DVD. Z kolei motyw 23 rozszerza listę przykładów trwałych nośników o pamięć USB, dyski twarde komputerów, karty pamięci, pocztę elektroniczną. W tym ostatnim przypadku podkreśla się, że informacje przesyłane za pomocą poczty elektronicznej są zapisywane na serwerach dostawcy usług hostingowych, co w istocie

oznacza, ich utrwalenie na trwałym nośniku (takim jak twardy dysk, serwer, macierz), tyle że niebędącym w fizycznym władaniu konsumenta. Do tej samej kategorii co poczta elektroniczna powinno zaliczać się także usługi przesyłania krótkich wiadomości tekstowych w cyfrowych sieciach telefonii komórkowej i stacjonarnej (sms), komunikatory typu Messenger czy chat oraz Skype (w zakresie przesyłania tekstu) itd. Natomiast w przypadku uznania poczty elektronicznej za trwały nośnik, wówczas tym trwałym nośnikiem są także różne narzędzia, które są dostarczane przez rozwiązania „chmurowe”, czyli miejsca, 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. Jeżeli treści cyfrowe dostarczane są na trwałym nośniku, takim jak CD lub DVD, treści te powinny być uznawane za towary w rozumieniu dyrektywy 2011/83/UE. Tak jak w przypadku umów, których przedmiotem jest dostarczanie wody, gazu lub energii elektrycznej, w przypadku gdy nie są one wystawione na sprzedaż w ograniczonej objętości lub w ustalonej ilości, tak również w przypadku umów, których przedmiotem jest dostarczanie treści cyfrowych, które nie są dostarczane na trwałym nośniku, nie powinny być one klasyfikowane, do celów dyrektywy, ani jako umowy sprzedaży, ani jako umowy o świadczenie usług.

Wobec tak różnych ujęć pojęcia nośnika powstaje wątpliwość, czy pojęcia trwałego nośnika oraz materialnego nośnika są tożsame w obu reżimach prawnych. Nośnik materialny swoim zakresem nie obejmuje jednak treści zapisanych w poczcie elektronicznej bądź w narzędziach chmurowych. Powstaje także pytanie dotyczące charakteru samego pliku, tj. ustalenia, czym jest plik. Czy taki zapis, w postaci cyfrowej, zero-jedynkowej, stanowi nośnik, czy tylko formę utrwalenia i wtedy nie stanowi egzemplarza utworu? Zgodnie z dyrektywą 2019/770 powinna mieć ona również zastosowanie do treści cyfrowych dostarczanych na nośniku materialnym, takim jak DVD, CD, pamięć podręczna USB i karty pamięci, a także do samego nośnika materialnego, pod warunkiem że służy on jedynie jako nośnik treści cyfrowych. Jednak zamiast przepisów dyrektywy dotyczących obowiązku dostarczenia przez przedsiębiorcę treści cyfrowych lub usług cyfrowych oraz przysługujących konsumentowi środków ochrony prawnej w razie ich niedostarczenia

powinny mieć zastosowanie przepisy dyrektywy 2011/83/UE dotyczące obowiązków związanych z dostarczeniem towarów oraz środków ochrony prawnej. Ponadto do wskazanych nośników materialnych i do dostarczanych na nich treści cyfrowych powinny nadal mieć zastosowanie przepisy dyrektywy 2011/83/UE dotyczące, przykładowo, prawa odstąpienia od umowy oraz charakteru umowy, na podstawie której towary te są dostarczane (motyw 20 dyrektywy 2019/770).

Należy zauważyć, że proces wytworzenia w formie cyfrowej nie musi oznaczać wytworzenia pierwotnego. Wszelkie dane pierwotnie mogą mieć postać analogową, która dzięki procesowi cyfryzacji zyskuje postać cyfrową, staje się treścią cyfrową¹⁶. Oznacza to, że treść cyfrowa nie musi być treścią cyfrową od początku powstania. Istotnym przykładem może być utwór audiowizualny, który w pierwszej wersji utrwalony został na taśmie światłoczułej, a następnie poddany został digitalizacji. W związku z tym do kategorii treści cyfrowych, które nie są zapisane na konkretnym nośniku materialnym, zaliczamy dane wytwarzane oraz dostarczane właśnie w postaci cyfrowej, a następnie udostępniane najczęściej w streamingu, zamiast dostarczenia ich w formie utrwalonej za pomocą nośnika materialnego. Zatem i samo utrwalenie za pomocą nośnika materialnego nie jest cechą definicyjną treści cyfrowych. W praktyce ważne jest ich przesyłanie drogą elektroniczną, przewodowo bądź bezprzewodowo, a także odbiór danych za pomocą urządzenia, które umożliwia ich przetworzenie, przechowanie czy odtworzenie. 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, co nie odbiera takim treściom przesłanek definicji treści cyfrowych. I ten zakres treści cyfrowych jest najbardziej rozwijającym się w ramach funkcjonowania platform internetowych i wymagającym szczególnej analizy.

Podkreślić należy, że celem transpozycji dyrektywy 2011/83/UE było ujednolicenie, doprecyzowanie oraz zaktualizowanie przepisów prawnych odnoszących się głównie do umów konsumenckich zawieranych

¹⁶ B. Kaczmarek-Templin [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, red. B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek, Warszawa 2014, art. 2 u.p.k.

w okolicznościach typowych, w zakresie obowiązków informacyjnych, a także 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. Dla tego zakresu regulacji została wprowadzona wskazana powyżej definicja treści cyfrowych.

Obecnie obowiązująca dyrektywa 2019/770 przyjęła, że w celu uwzględnienia szybkiego rozwoju technologicznego oraz w celu zachowania nieulegającego dezaktualizacji charakteru pojęcia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej obejmuje m.in. programy komputerowe, aplikacje, pliki wideo, pliki audio, pliki muzyczne, gry elektroniczne, e-booki lub inne publikacje elektroniczne, a także usługi cyfrowe pozwalające na tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie danych w postaci cyfrowej bądź dostęp do nich, w tym usługi typu „oprogramowanie jako usługa”, takie jak udostępnianie treści wideo i audio oraz innego rodzaju hosting plików, edycja tekstu lub gry oferowane w chmurze obliczeniowej i w mediach społecznościowych. Zważywszy na fakt, że treści cyfrowe lub usługa cyfrowa mogą być dostarczane na różne sposoby: przekazywane na nośniku materialnym, pobierane przez konsumentów na ich własne urządzenia, przesyłane strumieniowo, w formie dostępu do treści cyfrowych przechowywanych w chmurze obliczeniowej lub dostępu do mediów społecznościowych, na definicję treści cyfrowej nie wpływa charakter nośnika użytego do przekazania bądź do udostępnienia treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (zob. motyw 19 dyrektywy 2019/770). Jeżeli treści cyfrowe dostarczane są na trwałym nośniku, takim jak CD lub DVD, treści te powinny być uznawane za towary w rozumieniu dyrektywy. W przypadku takich umów konsument powinien mieć prawo do odstąpienia od umowy, chyba że wyraził zgodę na rozpoczęcie wykonywania umowy w okresie zastrzeżonym dla prawa do odstąpienia od umowy i przyjął do wiadomości, że w związku z tym utraci prawo odstąpienia.

W dokumentach unijnych wskazuje się na potrzebę ochrony konsumenta będącego usługobiorcą usług świadczonych drogą elektroniczną oraz konieczność ustalenia zasad odpowiedzialności podmiotów

świadczących usługi łączy hipertekstowych i wyszukiwarek internetowych, a także unormowania procedury notyfikacyjnej. Wciąż jednak w wyniku rozwoju nowych technologii pojawiają się coraz to nowsze środki techniczne świadczenia usług, a wraz z nimi nowe zagrożenia dla bezpieczeństwa jednostki – odbiorcy usług, jak też dla bezpieczeństwa samej usługi. Komisja Europejska w 2010 r. przeprowadziła konsultacje społeczne, których celem było ustalenie, dlaczego mimo upływu dekady od uchwalenia dyrektywy 2000/31/WE o handlu elektronicznym udział handlu elektronicznego w całkowitym handlu wynosi niecałe 2%. Komunikat Komisji Europejskiej pt. „Spójne ramy na rzecz wzmocnienia zaufania na jednolitym rynku cyfrowym handlu elektronicznego i usług online”¹⁷ stanowi odpowiedź na to pytanie oraz zawiera postulaty *de lege ferenda*. Ponadto od 4.06 do 11.09.2012 r. przeprowadzone zostały publiczne konsultacje odnośnie do procedury notyfikacyjnej oraz środków prawnych podejmowanych w związku z bezprawnymi treściami przechowywanymi przez dostawców usług w sieciach. Zostały one skierowane zarówno do obywateli państw członkowskich, jak i zainteresowanych organizacji. Takie działania rozpoczęły się wraz z pracami nad regulacją jednolitego rynku usług cyfrowych. Dotyczy to zwłaszcza projektu aktu o usługach cyfrowych (*digital services act*)¹⁸. Projektowane rozporządzenie wprowadza m.in. nowe przepisy dotyczące usług cyfrowych, w tym mediów społecznościowych, platform handlu elektronicznego i innych platform internetowych działających w Unii Europejskiej. Odnosi się także do zagadnień kluczowych dla rozwoju sieci, m.in. usuwania nielegalnych treści z internetu, ochrony wolności słowa, zasad moderowania treści przez platformy internetowe, reklamy online. Podczas prac nad tym dokumentem Komisja Europejska podkreślała potrzebę przyjęcia zasady, że co jest nielegalne offline, jest też nielegalne online. Wyraźnie obrazuje to motyw 12, w którym przedstawiono szeroką interpretację

¹⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Spójne ramy na rzecz wzmocnienia zaufania na jednolitym rynku cyfrowym handlu elektronicznego i usług online, COM(2011) 942 *final*.

¹⁸ Wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE, COM(2020) 825 *final*.

tego, co stanowi treść bezprawną (*illegal content*)¹⁹. Zawarcie w tekście takiego zdania z pewnością wzmocniłoby przesłanie całej regulacji i pozwoliłoby na uniknięcie ewentualnych wątpliwości na etapie jej stosowania. Przy czym zgodnie ze słowniczkiem zawartym w projekcie „nielegalne treści” oznaczają wszelkie informacje, które zarówno samodzielnie, jak i w kontekście czynności z nimi związanych nie są zgodne z prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego. Takie podejście pozwala przyjąć, że to państwo członkowskie również na poziomie regulacji krajowej określa zakres tego pojęcia, uwzględniając własne aspekty kulturowe, zachowując wyznacznik aksjologiczny, w tym moralność publiczną.

2. Integralność treści cyfrowych

Integralność treści cyfrowych polega na uzyskaniu pewności, że przekaz cyfrowy nie został w żaden sposób zmodyfikowany. Aby zapewnić integralność, należy rozważyć odpowiednie techniki zapewnienia ochrony cyfrowej, takie jak sumy kontrolne czy podpisy elektroniczne. Integralność należy rozważać zarówno na poziomie pojedynczej publikacji, jak i całego zespołu treści. Autentyczność treści jest więc bardzo ważnym aspektem przetwarzania i ich długotrwałego przechowywania. W przypadku migracji danych do nowych technologii może zaistnieć potrzeba ich konwersji, a co za tym idzie – naruszenia ich integralności.

¹⁹ Motyw 12: „Aby osiągnąć cel polegający na zapewnieniu bezpiecznego, przewidywalnego i budzącego zaufanie środowiska internetowego, do celów niniejszego rozporządzenia należy zdefiniować szeroko pojęcie «nielegalnych treści», które obejmuje również informacje dotyczące nielegalnych treści, produktów, usług i działań. Pojęcie to należy rozumieć w szczególności jako odniesienie do informacji, niezależnie od ich formy, które zgodnie z obowiązującym prawem są albo same w sobie nielegalne, takich jak nielegalne nawoływanie do nienawiści lub treści o charakterze terrorystycznym i niezgodne z prawem treści dyskryminujące, albo odnoszą się do działań, które są nielegalne, takich jak udostępnianie obrazów przedstawiających niegodziwe traktowanie dzieci w celach seksualnych, bezprawne udostępnianie prywatnych obrazów bez zgody, cyberstalking, sprzedaż produktów niespełniających wymogów lub podróbionych, nieuprawnione wykorzystanie materiałów chronionych prawem autorskim lub działania wiążące się z naruszeniem prawa ochrony konsumentów. W tym zakresie nie ma znaczenia, czy nielegalny charakter informacji lub działania wynika z prawa Unii czy z prawa krajowego, które jest zgodne z prawem Unii, oraz jaki jest dokładny charakter lub przedmiot danego prawa”.

Czy proces digitalizacji możemy rozpatrywać w kontekście naruszenia integralności? Powstało kilka ważnych rekomendacji służących zapewnieniu autentyczności danych z pomocą użycia tzw. metadanych konserwatorskich opisujących w sposób standardowy kolejne migracje²⁰. Niezależnie od tego, współcześnie wykorzystanie technologii podpisu elektronicznego i znakowania czasem dla zmigrowanych zasobów wydaje się konieczne. Rozwój internetu doprowadził do tego, że coraz więcej treści przesyłanych jest online. Na rynek zaczęto wprowadzać towary w nowej postaci – cyfrowej, które są odpowiednikami produktów funkcjonujących w świecie rzeczywistym. Niestety, z podobną prędkością w bardzo sprzyjających warunkach cyfrowych rozwija się i umacnia cyberprzestępczość oraz naruszenia dotyczące własności treści cyfrowych. Po wprowadzeniu ustawy o prawach konsumenta w 2014 r. treść cyfrowa zyskała nowe znaczenie. Dotychczas w prawie polskim występowały tylko pojęcia towarów, produktów, rzeczy oraz usług. Pojęcie treści cyfrowej określone w ustawie o prawach konsumenta w pewnym sensie wypełniło ten obszar regulacji, który przyjęto szeroko nazywać zawartością sieci lub kontentem. Należy przy tym zauważyć, że ta sama treść cyfrowa będzie mogła być chroniona odrębnie jako utwór, odrębnie jako przedmiot obrotu w relacjach konsumenckich, a także jako dobro osobiste i w określonych sytuacjach jako dane osobowe lub dane nieosobowe, jednakże osobiste użytkownika.

²⁰ Zob. G. Płoszajski, *O digitalizacji dziedzictwa kulturowego* [w:] *Standardy w procesie digitalizacji obiektów dziedzictwa kulturowego*, red. G. Płoszajski, Warszawa 2008, s. 24: „Typowe obiekty digitalizowane to zbiory biblioteczne, archiwalne i muzealne. Różnorodność tych zbiorów (książki i czasopisma, dokumentacja aktowa, rysunki techniczne, plany i mapy, fotografie, obrazy, nagrania dźwiękowe, nagrania wideo, ale także obiekty 3D takie jak rzeźby, naczynia, ubiory, a nawet pojazdy) implikuje różnorodność odpowiadających im odwzorowań cyfrowych. Odpowiadają im obiekty cyfrowe wtórne: a) graficzne obrazy nieruchome 2D (w tym obrazy graficzne materiałów tekstowych oraz odwzorowania planów, map, fotografii itd.), b) tekstowe i graficzno-tekstowe (w przypadku zamiany obrazu tekstu digitalizowanego materiału za pomocą technologii OCR na postać tekstową lub po prostu ręcznego przepisania), c) graficzne obrazy 3D, d) cyfrowe zapisy dźwięku, e) cyfrowe zapisy obrazów ruchomych (z dźwiękiem lub bez)”.

3. Treści cyfrowe – dane osobowe jako przedmiot obrotu

Specyfika usług społeczeństwa informacyjnego pozwala usługodawcom czerpać korzyści z dwojakiego rodzaju źródła: po pierwsze jest nim wynagrodzenie z tytułu wykonania usługi, po drugie źródłem dochodu są bazy danych zawierające dane osobowe usługobiorców sprofilowane zgodnie z celami gospodarczymi usługodawcy. Dotyczy to przede wszystkim usług cyfrowych. Udzielenie zgody na wykorzystanie danych osobowych, w szczególności w celach marketingowych, oznacza zezwolenie na wprowadzenie tych danych do obrotu gospodarczego. To dane osobowe w usługach cyfrowych stały się przedmiotem, a zarazem źródłem przychodu. Celem regulacji staje się zatem ustalenie materialnoprawnych i formalnych przesłanek umożliwiających wyważenie przeciwnych interesów, czyli prawa do obrotu danymi osobowymi oraz ochrony prywatności. Kluczowym procesem, który wpływa na przyszły zakres korzystania z treści cyfrowych, a także generowanie nowych treści w oparciu o dostarczone dane, jest profilowanie. Profilowanie, zgodnie z treścią art. 4 pkt 4 RODO, oznacza „dowolną formę zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się”. Zgodnie z motywem 69 dyrektywy 2019/770 o dostarczaniu treści cyfrowych, jeżeli konsument dostarcza przedsiębiorcy dane osobowe, przedsiębiorca powinien wykonywać obowiązki wynikające z RODO. Obowiązki te powinny być również wykonywane, jeżeli konsument płaci cenę i dostarcza dane osobowe. Po rozwiązaniu umowy przedsiębiorca powinien powstrzymać się od korzystania z jakichkolwiek treści innych niż dane osobowe dostarczone lub wytworzone przez konsumenta w trakcie korzystania z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę. Takie treści mogą obejmować cyfrowe obrazy, pliki audio i wideo oraz treści tworzone na urządzeniach mobilnych. Jednakże przedsiębiorca powinien mieć prawo do dalszego korzystania z treści dostarczonych lub wytworzonych przez konsumenta, jeżeli takie treści nie są użyteczne poza

kontekstem treści cyfrowych lub usługi cyfrowej dostarczonych przez przedsiębiorcę, dotyczą wyłącznie aktywności konsumenta, zostały połączone z innymi danymi przez przedsiębiorcę i nie mogą zostać z nich wydzielone lub można je wydzielić jedynie przy nakładzie niewspółmiernych wysiłków bądź zostały wygenerowane wspólnie przez konsumenta i inne osoby, a pozostali konsumenci mogą nadal z nich korzystać (treści takie stanowią dane współposiadane).

4. Treść cyfrowa jako utwór

Cele i zasady określone w unijnych i krajowych ramach prawa autorskiego odnoszą się także do treści cyfrowych. Podstawowe i kluczowe pojęcie utworu związane z prawem autorskim zostało wyjaśnione w art. 1 ust. 1 pr. aut. Zgodnie z tym przepisem „przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór)”. Z definicji utworu wynika, że powinien on charakteryzować się trzema przesłankami: powinien być rezultatem pracy człowieka (twórcy); przejawiać się w działalności twórczej o indywidualnym charakterze; musi być wyrażony (akt ustalenia)²¹.

Utwór jako rezultat pracy może być tworem tylko człowieka – osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej prawo do utworu nie przysługuje. Przedmiotem prawa autorskiego nie są twory przyrody²², aczkolwiek mogą one stanowić przedmiot ochrony jako dobro kultury w zakresie dziedzictwa przyrody. Według J. Barty i R. Markiewicza: „Z definicji utworu (zamieszczonej w art. 1 ust. 1 pr. aut.) wynika, że powinien on posiadać następujące właściwości. Po pierwsze, utwór powinien być rezultatem pracy człowieka (twórcy). Nie stanowią zatem przedmiotu prawa autorskiego «twory przyrody» (np. wzory «malowane» na szybie przez mróz). Po drugie, utwór musi

²¹ J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 19.

²² M. Nowikowska, *Utwór jako przedmiot prawa autorskiego* [w:] *Prawo własności intelektualnej*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, Warszawa 2015, s. 65.

być ustalony, a zatem dla zaistnienia utworu konieczne jest jego uzewewnętrznienie (zakomunikowanie innym niż twórca osobom), choćby w postaci nieutralnej (jak to ma miejsce np. przy muzycznej improwizacji lub ustnym przekazie). Powstanie prawa autorskiego nie jest więc zależne od zapisania (utrwalenia) utworu na jakimkolwiek materialnym nośniku. Do czasu zakomunikowania utworu, a więc gdy jest on «usytuowany» tylko w świadomości twórcy, nie powstaje ochrona z tytułu prawa autorskiego. Po trzecie, utwór powinien spełniać przesłankę cechy twórczości o indywidualnym charakterze²³. Wyrok Sądu Najwyższego z 13.01.2006 r., III CSK 40/05²⁴, wskazuje, że „nie może być uznany za utwór i objęty ochroną prawa autorskiego taki przejaw aktywności umysłowej, któremu brak cech dostatecznie indywidualizujących, to jest odróżniających go od innych wytworów podobnego rodzaju i przeznaczenia”. Istotną rolę odgrywa trzecia ze wskazanych przesłanek – to właśnie z momentem ustalenia utwór zostaje z mocy ustawy objęty ochroną prawnoautorską (art. 1 ust. 3 pr. aut.). Jak wskazuje ustawodawca, chodzi tu o ustalenie „w jakiegokolwiek postaci” (art. 1 ust. 1 pr. aut.), czyli dowolne ujawnienie utworu tak, by inne osoby niż jego twórca mogły się z nim zapoznać. Zachodzi tu konieczność uzewewnętrznienia utworu. Tym samym dzieła, które nigdy nie zostały ujawnione, a pozostały jedynie koncepcją, nie będą chronione. W art. 4 pr. aut. ustawodawca wymienia z kolei, co nie stanowi przedmiotu prawa autorskiego. Są to: akty normatywne lub ich urzędowe projekty; urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole; opublikowane opisy patentowe i ochronne; proste informacje prasowe. Ustawodawca w art. 1 ust. 2¹ pr. aut. wskazał, że ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażania; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Te ostatnie przedmioty nie będą poddane ochronie, ponieważ ograniczenia, które nakłada prawo autorskie na osoby trzecie w zakresie korzystania i rozporządzania utworem, mogłyby spowalniać rozwój myśli, twórczości i innowacji. Zatem należy stwierdzić, że większość dzieł podlegających ochronie prawnoautorskiej będzie stanowiła dobro chronione jako wytwór cyfrowy, lecz nie wszystkie treści cyfrowe będą chronione w świetle prawa autorskiego.

²³ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 39.

²⁴ LEX nr 176385.

W świetle przepisów prawa autorskiego twórcą jest każdy, kto stworzył utwór. Dlatego w myśl art. 8 ust. 1 pr. aut. właśnie twórca dysponuje prawem autorskim do powstałego dzieła. Odstępstwem od tej zasady są art. 11 oraz art. 74 ust. 3 pr. aut., dotyczące autorskich praw majątkowych do utworów zbiorowych i programów komputerowych. Ta zasada może także odnosić się do treści cyfrowych stanowiących utwór.

O każdej osobie fizycznej posiadającej zdolność do czynności prawnych (pełną, ograniczoną) lub też jej pozbawionej możemy powiedzieć, że jest podmiotem prawa autorskiego. Podmiotem może być osoba małoletnia, jak też osoba pełnoletnia pozbawiona zdolności do czynności prawnych²⁵. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych ustanawia na rzecz twórcy, w myśl art. 8 ust. 2 pr. aut., domniemanie co do faktu autorstwa: „twórcą jest osoba, której nazwisko w tym charakterze uwidoczniono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu”. Według I. Kuś i Z. Senty taki zapis ustawy pozwala twórcy w prosty sposób wykazywać fakt swojego autorstwa oraz wykonywanie przysługujących mu praw²⁶.

Często zdarza się, że utwór jest rezultatem pracy więcej niż jednej osoby. Mówimy wtedy o współautorstwie utworu, ale tylko wtedy, gdy każda z osób biorących udział w powstawaniu dzieła wniosła twórczy, indywidualny charakter. Za współautora nie możemy uznać kogoś, kto wniósł w pracę nad dziełem tylko ogólną koncepcję. Po drugie, indywidualna praca każdego z współautorów powinna tworzyć jedno spójne dzieło. Po trzecie, przy tworzeniu nowego dzieła niezbędna jest współpraca autorów, muszą oni choćby ustalić wspólne założenia²⁷. Spośród innych poza twórcami podmiotów praw autorskich szczególnej uwagi wymagają pracodawcy. Na podstawie regulacji art. 12 pr. aut. pracodawca staje

²⁵ A. Karpowicz, *Autor – wydawca. Poradnik prawa autorskiego*, Warszawa 2005, s. 36.

²⁶ I. Kuś, Z. Senda, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Poradnik przedsiębiorcy. Zmiany prawa w związku z dostosowaniem przepisów do prawa Unii Europejskiej*, Radom 2004, s. 22 – poradnik powstał na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

²⁷ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, 2016, s. 35–36.

się podmiotem praw autorskich. Dotyczy to także wszelkich instytucji, zwłaszcza przedsiębiorców, którzy nabywają w ten sposób prawa do dzieł tworzonych przez pracowników w ramach ich zadań statutowych.

Wciąż jednak istnieje problem braku pewności prawa, zarówno dla podmiotów uprawnionych, jak i użytkowników, w odniesieniu do niektórych sposobów korzystania z treści cyfrowych, w tym transgranicznych sposobów korzystania, z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w środowisku cyfrowym. Jak wskazano w komunikacie Komisji z 9.12.2015 r. pt. „W kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego”²⁸, w niektórych obszarach konieczne jest dostosowanie istniejących unijnych ram prawa autorskiego oraz ich uzupełnienie przy zachowaniu wysokiego poziomu ochrony prawa autorskiego i praw pokrewnych. Dyrektywa 2019/790 o prawie autorskim na jednolitym rynku cyfrowym ustanawia zasady dotyczące dostosowania niektórych wyjątków i ograniczeń w zakresie praw autorskich i praw pokrewnych do środowiska cyfrowego i transgranicznego, jak również środki ułatwiające niektóre praktyki w zakresie licencjonowania dotyczące w szczególności, lecz nie wyłącznie, rozpowszechniania niedostępnych w obrocie handlowym utworów i przedmiotów objętych ochroną oraz dostępności w internecie utworów audiowizualnych na platformach wideo na żądanie w celu zapewnienia szerszego dostępu do treści. Zawiera ona również zasady ułatwiające wykorzystywanie treści znajdujących się w domenie publicznej. Aby zapewnić prawidłowe i sprawiedliwe funkcjonowanie rynku prawa autorskiego, należy również wprowadzić zasady dotyczące praw w publikacjach i korzystania z utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną przez dostawców usług internetowych polegających na przechowywaniu i udzielaniu dostępu do treści zamieszczanych przez użytkowników, zasady dotyczące transparentności umów z twórcami i wykonawcami, wynagradzania twórców i wykonawców, a także mechanizm odwołania praw, które twórcy i wykonawcy przenieśli na zasadzie wyłączności²⁹. Ochrona środków technologicznych ustanowio-

²⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – W kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego, COM(2015) 626 *final*.

²⁹ Dyrektywa 96/9/WE w sprawie ochrony prawnej baz danych; dyrektywa 2000/31/WE o handlu elektronicznym; dyrektywa 2001/29/WE w sprawie harmonizacji

na w dyrektywie 2001/29/WE wciąż pozostaje niezbędna, aby zapewnić ochronę i skuteczne wykonywanie praw przyznanych twórcom i innym podmiotom uprawnionym na podstawie prawa Unii i przepisów prawa krajowego.

Ochronę taką należy utrzymać, zapewniając jednocześnie, aby korzystanie ze środków technologicznych nie uniemożliwiało korzystania z wyjątków i ograniczeń przewidzianych w przepisach prawnych. Zgodnie z motywem 53 dyrektywy 2019/770 ograniczenia w korzystaniu z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej przez konsumenta mogą wynikać z ograniczeń nałożonych przez posiadacza praw własności intelektualnej. Ograniczenia te mogą wynikać z umowy licencyjnej dotyczącej użytkownika końcowego, na podstawie której treści cyfrowe lub usługa cyfrowa są dostarczane do konsumenta. Może tak być, gdy przykładowo umowa licencyjna dotycząca użytkownika końcowego zabrania konsumentowi korzystania z niektórych cech funkcjonalnych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. Takie ograniczenie może sprawić, że treści cyfrowe lub usługa cyfrowa naruszają obiektywne wymogi zgodności z umową określone w dyrektywie, jeżeli ograniczenie to dotyczy cech, które zwykle występują w treściach cyfrowych lub usługach cyfrowych tego samego rodzaju i których konsument może zasadnie oczekiwać. W takiej sytuacji konsument powinien mieć możliwość skorzystania z przewidzianych w dyrektywie 2019/770 środków ochrony prawnej w przypadku braku zgodności z umową skierowanych przeciwko przedsiębiorcy, który dostarczył treści cyfrowe lub usługę cyfrową. Przedsiębiorca powinien móc uniknąć pociągnięcia do odpowiedzialności wyłącznie wtedy, gdy spełni warunki umożliwiające odstępstwo od obiektywnych wymogów zgodności z umową określonych w dyrektywie 2019/770, a mianowicie

niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym; dyrektywa 2006/115/WE w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej; dyrektywa 2009/24/WE w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z 25.10.2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych (Dz.Urz. UE L 299, s. 5); dyrektywa 2014/26/UE w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym.

jedynie wtedy, gdy wyraźnie poinformuje konsumenta przed zawarciem umowy o tym, że określona cecha treści cyfrowych lub usługi cyfrowej odbiega od obiektywnych wymogów zgodności z umową, a konsument wyraźnie i odrębnie zaakceptuje to odstępstwo. W konsekwencji można powiedzieć, że mamy tu podwójną funkcję ochrony prawnej: w świetle postanowień dyrektywy 2019/790 o prawie autorskim na jednolitym rynku cyfrowym oraz dyrektywy 2019/770 o dostarczaniu treści cyfrowych.

5. Usługi cyfrowe

Szybki rozwój technologii cyfrowych zmienia sposób, w jaki tworzy się, produkuje, rozpowszechnia i eksploatuje treści cyfrowe. Wciąż pojawiają się nowe modele biznesowe i nowe podmioty. Na przełomie XX i XXI wieku nastąpił szybki rozwój tzw. nowych technologii, a wraz z nimi internetu, czyli sieci szerokopasmowej, teleinformatycznej. Pojawienie się nowych możliwości przekazu wpłynęło na rozwój gospodarczy³⁰, a rozwój technologiczny przyczynił się do wzrostu ilości usług świadczonych na odległość, bez koniecznej jednoczesnej obecności stron tej relacji. Jak podkreśla się w literaturze, nowe technologie „w sposób istotny wpływają na życie poszczególnych jednostek, na organizację pracy przedsiębiorców, a także na sposób zaspokajania niemal każdego rodzaju potrzeb”³¹. Usługi świadczone drogą elektroniczną mimo szybkiego i globalnego rozwoju nie zostały jeszcze wystarczająco uregulowane prawnie, a ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, będąca implementacją dyrektywy 2000/31/WE o handlu elektronicznym, stanowi jedynie wstęp w ustalaniu reguł rządzących przestrzenią internetową. Według S. Stanisławskiej-Kloc „celowe stało się wprowadzenie pewnego ogólnego, ramowego uregulowania w zakresie najistotniejszych aspektów świadczenia usług w Internecie”³². Odpowiednie

³⁰ G. Rączka, *Ochrona usługobiorcy usług elektronicznych*, Toruń 2007, s. 21.

³¹ M. Skory, *O potrzebie interdyscyplinarnego podejścia do tak zwanego obrotu elektronicznego* [w:] *Prawo umów elektronicznych*, red. J. Gołaczyński, Kraków 2006, s. 115.

³² S. Stanisławska-Kloc, *Świadczenie usług drogą elektroniczną – aspekty konsumencie* [w:] *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, red. E. Nowińska, P. Cybula, Kraków 2005, s. 250.

przepisy ustawodawcze powinny uwzględniać przyszłe przemiany, aby nie ograniczać rozwoju technologicznego. W obecnych przepisach prawnych zostały zdefiniowane tzw. usługi społeczeństwa informacyjnego oraz usługi świadczone drogą elektroniczną. W dyrektywie 2000/31/WE o handlu elektronicznym prawodawca unijny uczynił zasadniczym przedmiotem regulacji usługi społeczeństwa informacyjnego³³. Słusznie zauważa się zatem, że zawarte w dyrektywie 2000/31/WE postanowienia dotyczą zobowiązań wynikających ze świadczenia usług, a zarazem wykluczają z zakresu dyrektywy 2000/31/WE wszelkie inne świadczenia, tj. związane z wymianą towarów, ich transportem czy późniejszą odpowiedzialnością za nabyte produkty³⁴. Pojęcie usług zostało zdefiniowane w art. 57 TFUE i oznacza „świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są one objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”. Zawarta w prawie pierwotnym definicja usług ma charakter negatywny. Wskazano w niej bowiem, że pojęciem usługi nie należy obejmować świadczeń, do których nie znajdują zastosowania przepisy traktatowe dotyczące wymiany towarów, przepływu kapitału i osób. Taki sposób definiowania pojęcia usługi kreuje domniemanie pozwalające przyjąć, że każde świadczenie niezwiązane z przepływem towarów, kapitału lub osób należy kwalifikować jako usługę. Usługą będą wszelkie czynności wykonywane za wynagrodzeniem, które służą lub towarzyszą wymianie towarów i swobodzie przepływu kapitału i osób, w tym usługi tzw. pośredników internetowych świadczących usługi dostępu do internetu, a także usługi hostingu lub usługi dostawców platform przechowujących dane pochodzące od użytkowników, a także usługi szyfrowania danych. Usługą będą też świadczenia polegające na udzieleniu dostępu do narzędzi (programy, aplikacje, sieci teleinformatyczne) umożliwiających zawarcie umowy za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (na odległość)³⁵. Zważywszy na charakter usług społeczeństwa informacyjnego, które nie zawsze są zamawiane i wykonywane drogą elektroniczną, niekiedy bowiem tylko jeden z etapów następuje z wykorzystaniem środków

³³ J. Gołaczyński [w:] *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2009, LEX, art. 1.

³⁴ J. Gołaczyński [w:] *Ustawa...*, red. J. Gołaczyński, art. 1, nt 3.

³⁵ J. Taczowska-Olszewska, K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Usługi świadczone drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 46.

komunikacji elektronicznej, w literaturze proponuje się dokonanie podziału tych usług na trzy kategorie: 1) usługi zamawiane i wykonywane drogą elektroniczną (np. sprzedaż treści cyfrowych); 2) usługi zamawiane drogą elektroniczną, a wykonywane drogą tradycyjną (sprzedaż towarów mających materialny substrat); 3) usługi wykonywane drogą elektroniczną (np. usługi dostępu do internetu)³⁶. Określając zakres stosowania ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, polski ustawodawca dla usunięcia wątpliwości wskazał w art. 3 u.ś.u.d.e. katalog przedmiotowych wyłączeń i postanowił, że ustawa nie znajdzie zastosowania do: 1) rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiowych lub programów telewizyjnych i związanych z nimi przekazów tekstowych w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji, z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, a także do 2) używania poczty elektronicznej lub innego równorzędnego środka komunikacji elektronicznej między osobami fizycznymi, w celach osobistych niezwiązanych z prowadzoną przez te osoby, chociażby ubocznie, działalnością zarobkową lub wykonywanym przez nie zawodem oraz 3) świadczenia usług drogą elektroniczną, jeżeli odbywa się ono w ramach struktury organizacyjnej usługodawcy, przy czym usługa świadczona drogą elektroniczną służy wyłącznie do kierowania pracą lub procesami gospodarczymi tego podmiotu. Spod reżimu dyrektywy 2000/31/WE wyłączone zostały usługi świadczone drogą elektroniczną przez administrację publiczną, jeśli mają nieodpłatny charakter. Usługi te nie wypełniają bowiem wskazanych w art. 57 TFUE przesłanek właściwych dla pojęcia usługi, w tym przesłanki odpłatności. Wyłączenie stosowania postanowień dyrektywy 2000/31/WE do tych usług, które nie spełniają przesłanki odpłatności, nie zmienia zakresu stosowania ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Polski ustawodawca nie zdecydował się bowiem na uwzględnienie za wzorem dyrektywy 2000/31/WE kryterium odpłatności jako warunkującego dopuszczalność stosowania przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, a w szczególności tych z nich, które normują zasady i zakres odpowiedzialności usługodawców za rozpowszechnianie w internecie treści. Adresatem norm zawartych w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną będą zatem także wszystkie inne podmioty,

³⁶ P.P. Polański, *Europejskie prawo handlu elektronicznego*, Warszawa 2014, s. 98.

które świadczą usługi drogą elektroniczną, o ile charakter tych usług wskazuje, że są one świadczone na odległość, na indywidualne żądanie odbiorcy usługi oraz za pośrednictwem drogi elektronicznej. Należy zwrócić uwagę, że na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną dopuszczalna wydaje się także interpretacja przeciwna. Pod pojęciem usługodawcy, w myśl art. 2 pkt 6 u.s.u.d.e., należy bowiem rozumieć tylko te podmioty, które świadcząc choćby ubocznie usługi elektroniczne, prowadzą działalność zarobkową lub zawodową. Elementem konstytuującym te rodzaje działalności jest ich zarobkowy charakter. W tym stanie rzeczy dopuszczalna wydaje się zatem także wykładnia, która odpowiada postanowieniom dyrektywy 2000/31/WE oraz treści art. 57 TFUE. W motywie 18 dyrektywy 2000/31/WE wskazane zostały wyłączenia, których prawodawca nie wymienia następnie w treści przepisów merytorycznych. Należy zatem zwrócić uwagę, że pojęciem usług społeczeństwa informacyjnego nie są objęte: 1) używanie poczty elektronicznej lub innych równorzędnych środków do przekazywania informacji indywidualnych na przykład przez osoby fizyczne działające poza zakresem ich działalności handlowej, gospodarczej lub zawodowej, łącznie z używaniem ich w celu zawarcia umowy między tymi osobami, a także 2) stosunek umowny między pracownikiem a jego pracodawcą. Prawodawca unijny zastosował także wyłączenia przedmiotowe, wskazując w art. 1 ust. 3–5 dyrektywy 2000/31/WE, że jej przepisy nie znajdują zastosowania do: 1) dziedziny podatków; 2) zagadnień odnoszących się do umów lub praktyk regulowanych prawem ochrony konkurencji, a także takich rodzajów działalności jak 3) działalności notariuszy lub zawodów równorzędnych w zakresie, w jakim wiążą się one z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej, reprezentowania klienta oraz obrony jego interesów przed sądami, 4) gier hazardowych wiążących się z ustalaniem stawek mających wartość pieniężną w grach losowych, łącznie z loteriami i zakładami wzajemnymi. W art. 1 ust. 3 dyrektywy 2000/31/WE wskazano, że uzupełnia ona prawo wspólnotowe mające zastosowanie do usług społeczeństwa informacyjnego bez uszczerbku dla poziomu ochrony, w szczególności zdrowia publicznego oraz interesów konsumentów, ustanowionego we wspólnotowych aktach prawnych oraz wykonujących je ustawodawstwach krajowych w zakresie, w jakim nie ogranicza to swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego. W motywach 11–16 dyrektywy