

P
ME

2/2018

PRAWO

Mediów Elektronicznych

Zmiany w elektronicznym postępowaniu upominawczym
i zmiany w elektronicznych doręczeniach w świetle
nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego
z 27.11.2017 r.

dr *Berenika Kaczmarek-Templin*

Regulacja polska na tle przepisów systemu prawa
amerykańskiego – procedura *notice and takedown*

Przemysław Katarzyński

Prawne aspekty umów elektronicznych w Chińskiej
Republice Ludowej

Karolina Michulec

Zgoda(-y) na otrzymywanie newslettera z informacjami
handlowymi drogą e-mailową

Martyna Mielniczuk

Ustalenie prawa właściwego dla umów sprzedaży
zawartych za pośrednictwem serwisu e-commerce
pomiędzy konsumentem z Polski a sprzedawcą z Chin

Rafał Skibicki

Charakterystyka memów internetowych w kontekście
wybranych zagadnień prawa autorskiego

Ewelina Szabla

RADA PROGRAMOWA:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*

SNSA Jacek Czaja

adw. *Rafał Dębowski*

prof. *Włodzimierz Gromski*

prof. *Ryszard Jaworski*

adw. *Xawery Konarski*

prof. *Michele Angelo Lupoi*

prof. *Jacek Mazurkiewicz*

prof. *Vytautas Nekrošius*

dr *Grzegorz Sibiga*

prof. *Grażyna Szpor*

prof. *Andreas Wiebe*

dr *Wojciech Wiewiórowski*

prof. *Krzysztof Wójtowicz*

www.ksiegarnia.beck.pl



Cena 65 zł (w tym 5% VAT)



P ME

2/2018

Redakcja Kwartalnika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych

Redaktor naczelny: prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*, UWr
Sekretarz redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Dariusz Szostek*
Członek redakcji dr hab. prof. nadzw. UOp *Piotr Stec*
Członek redakcji dr *Marek Leśniak*, UWr
Członek redakcji dr *Aleksandra Klich*, USz

Rada programowa:

r.pr. *Włodzimierz Chróścik*
sędzia *Jacek Czaja*, NSA
adw. *Rafał Dębowski*
dr hab. prof. nadzw. UWr *Włodzimierz Gromski* (przewodniczący)
prof. dr hab. *Ryszard Jaworski*, UWr
adw. *Xawery Konarski*
prof. Avv. *Michele Angelo Lupoi*, Uniwersytet Boloński
prof. nadzw. UWr *Jacek Mazurkiewicz*
prof. habil. dr *Vytautas Nekrošius*, Uniwersytet Wileński
dr *Grzegorz Sibiga*, INP PAN
dr hab. prof. nadzw. UKSW *Grażyna Szpor*
prof. dr *Andreas Wiebe*, University of Goettingen
dr *Wojciech Wiewiórowski*, UG
prof. dr hab. *Krzysztof Wójtowicz*, UWr

Recenzenci:

dr hab. prof. nadzw. UMK *Andrzej Adamski*
prof. *Zsolt Balogh*, Uniwersytet Corvinus Budapeszt
dr hab. prof. UŁ *Sławomir Cieślak*
dr hab. prof. nadzw. *Kinga Flaga-Gieruszyńska*, USz
prof. dr hab. *Jacek Górecki*, UŚ w Katowicach
prof. em. dr *Wolfgang Kilian*, University of Hannover
dr hab. prof. nadzw. UJ *Ryszard Markiewicz*
dr hab. *Marek Świerczyński*, UKSW
prof. *Richard Warner* Ph.D, Chicago – Kent College of Law
dr hab. prof. nadz. UŚ *Kazimierz Zgryzek*

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych
Komunikacji Elektronicznej
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław
e-mail: pme@beck.pl



Wydawca:

Wydawnictwo C.H. Beck
ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa

tel.: 22 33 77 600
fax: 22 33 77 602
www.czasopisma.beck.pl

Nakład: 250 egz.

Spis treści

Zmiany w elektronicznym postępowaniu upominawczym i zmiany w elektronicznych doręczeniach w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 27.11.2017 r. dr <i>Berenika Kaczmarek-Templin</i>	4
Regulacja polska na tle przepisów systemu prawa amerykańskiego – procedura <i>notice and takedown</i> <i>Przemysław Katarzyński</i>	9
Prawne aspekty umów elektronicznych w Chińskiej Republice Ludowej <i>Karolina Michulec</i>	23
Zgoda(-y) na otrzymywanie newslettera z informacjami handlowymi drogą e-mailową <i>Martyna Mielniczuk</i>	28
Ustalenie prawa właściwego dla umów sprzedaży zawartych za pośrednictwem serwisu e-commerce pomiędzy konsumentem z Polski a sprzedawcą z Chin <i>Rafał Skibicki</i>	36
Charakterystyka memów internetowych w kontekście wybranych zagadnień prawa autorskiego <i>Ewelina Szabla</i>	44

Contents

Changes in electronic proceedings by writ of payment and changes in electronic deliveries in the light of amendment of civil procedures code of 27.11.2017 <i>Berenika Kaczmarek-Templin</i>	4
Polish regulation in the context of American legal system – procedure notice and takedown <i>Przemysław Katarzyński</i>	9
Legal aspects of electronic contracts in PRC <i>Karolina Michulec</i>	23
Consent(s) to receive commercial newsletter via email <i>Martyna Mielniczuk</i>	28
Determining applicable law for contract of sale conducted via e-commerce website between Polish consumer and seller from PRC <i>Rafał Skibicki</i>	36
Characteristic of internet memes in the scope of certain aspects of the Polish copyright law <i>Ewelina Szabla</i>	44



Szanowni Państwo,

zachęcam Państwa do lektury kolejnego numeru Prawa Mediów Elektronicznych. Znajdziecie w nim Państwo wypowiedzi dotyczące: planowanych nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie informatyzacji; ustalenia prawa właściwego dla umów sprzedaży zawartych za pośrednictwem serwisu e-commerce pomiędzy konsumentem z Polski a sprzedawcą z Chin; odpowiedzialności usługodawców hostingowych; zgody na otrzymywanie newslettera; prawnych aspektów umów elektronicznych w Chinach, a także procedury *notice and takedown*. Ciekawa jest również opinia na temat memów internetowych, w tym ich prawnego charakteru.

Zapraszam do publikacji w ramach Prawa Mediów Elektronicznych oraz do kontaktu z nami pod adresem: pme@beck.pl.

Z poważaniem
prof. dr hab. *Jacek Gołaczyński*

Zmiany w elektronicznym postępowaniu upominawczym i zmiany w elektronicznych doręczeniach w świetle nowelizacji¹ Kodeksu postępowania cywilnego z 27.11.2017 r.²

dr Berenika Kaczmarek-Templin³

Celem niniejszego opracowania jest analiza projektowanych zmian Kodeksu postępowania cywilnego w przedmiocie elektronicznego postępowania upominawczego i elektronicznych doręczeń oraz ocena skutków nowelizacji. Elektroniczne postępowanie upominawcze funkcjonuje od kilku lat, jednakże potrzebne są modyfikacje, które usprawnią postępowanie. Elektroniczne doręczenia, które byłyby skuteczne w ramach całej procedury cywilnej, wymagają wprowadzenia odpowiednich przepisów szczegółowych, dlatego też projektowana nowelizacja wychodzi naprzeciw oczekiwaniom. W artykule przeprowadzona została wnikliwa ocena konsekwencji nowych przepisów oraz zaproponowane zostały zmiany, które pozwoliłyby zachować cele nowelizacji przy jednoczesnym uniknięciu wątpliwości i rozbieżności, które mogą się pojawić w odniesieniu do projektowanych norm.

Uwagi wstępne

Elektroniczne postępowanie upominawcze istnieje w polskim procesie cywilnym od 1.1.2010 r.⁴. Wprowadzono je jako jedno z postępowań odrębnych, które ma charakter fakultatywny, to jest zależny wyłącznie od woli powoda. Tylko on jest władny zainicjować postępowanie w takim trybie poprzez złożenie pozwu drogą elektroniczną za pośrednictwem dedykowanego systemu teleinformatycznego sądu.

Ten szczególny rodzaj postępowania może być prowadzony przez wybrany jeden sąd w kraju, to jest SR Lublin Zachód. Z uwagi na to, że większość czynności prowadzona jest w postaci elektronicznej, kwestia właściwości sądu pozostaje bez znaczenia.

Obecny model postępowania zakłada, że elektroniczne postępowanie upominawcze może mieć charakter samodzielny i niezależny od innych postępowań, a jego efektem może być nakaz zapłaty o walorze tytułu wykonawczego, jeśli pozwany skutecznie nie wniesie sprzeciwu. Jednakże w sytuacji gdy okaże się, że stwierdzono brak podstaw do wydania nakazu zapłaty lub gdy pozwany skutecznie wniesie środek odwoławczy, elektroniczne postępowanie upominawcze staje się jedynie etapem wstępnym rozpoznania sprawy w trybie zwykłym (ewentualnie z uwzględnieniem innych postępowań odrębnych).

Ustawodawca dostrzegł wiele niedogodności wiążących się z takim modelem postępowania, w tym konieczność uzupełniania braków formalnych pozwu, uzupełniania ewentualnych dowodów i uzupełniania opłat sądowych. Konieczność dopasowania sprawy do wymogów ogólnych często wiąże się z długim upływem czasu, kiedy to pozew złożony w elektronicznym postępowaniu upominawczym trafi fizycznie do sądu właściwego.

Zmiana modelu elektronicznego postępowania upominawczego

Ustawodawca uznał, że należy zachować możliwość inicjowania i prowadzenia postępowania upominawczego elektronicznego po to, by strony mogły korzystać z jego dobrodziejstw (takich jak uproszczone wymogi formalne, niższe opłaty i szybkość postępowania). Jednakże, by zniwelować jego niedogodności, zdecydował się na zmianę jego modelu.

Artykuły: 505³³, 505³⁶ oraz 505³⁷ KPC w nowym, projektowanym⁵ brzmieniu wraz z jednoczesnym uchyleniem art. 505³² oraz 505³⁴ KPC doprowadzą do przerwania więzi pomiędzy elektronicznym postępowaniem upominawczym a dalszym postępowaniem procesowym. Nastąpi to przez utratę mocy nakazu zapłaty i umorzenie postępowania w razie skutecznego wniesienia od nakazu zapłaty bądź w razie stwierdzenia braku podstaw do wydania nakazu zapłaty przez umorzenie postępowania.

Po nowelizacji utrwalony zostanie krótki byt elektronicznego postępowania upominawczego, które zakończy się wydaniem nakazu zapłaty lub wydaniem postępowania o umorzeniu postępowania.

¹ Projekt zmiany ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw przedłożony w Rządowym Centrum Legislacji 27.11.2017 r. przez Ministra Sprawiedliwości.

² Artykuł powstał w wyniku realizacji projektu badawczego w ramach programu NCN Sonata 6 pt. Zasady procesowe a elektroniczny obieg dokumentów w procesie cywilnym (Nr 2013/11/D/HS5/01449).

³ Uniwersytet Opolski.

⁴ Przepisy regulujące elektroniczne postępowanie upominawcze wprowadzone zostały do Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 9.1.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 26, poz. 156 ze zm.

⁵ Projekt zmiany ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw przedłożony w Rządowym Centrum Legislacji 27.11.2017 r. przez Ministra Sprawiedliwości.

Polskie elektroniczne postępowanie upominawcze wzorowane było na rozwiązaniu angielskim (elektroniczne postępowanie *Money claim on line*) i częściowo niemieckim (*Mahnverfahren*)⁶. Projektowana zmiana modelu tego postępowania zbliży polskie rozwiązanie do niemieckiego, w którym postępowanie upominawcze stanowi swoiste sądowe wezwanie do zapłaty. Brak reakcji pozwanego powoduje usankcjonowanie obowiązku uiszczenia żądanej przez powoda kwoty. Natomiast podjęcie obrony przez pozwanego powoduje konieczność prowadzenia zwykłego procesu. Takie rozwiązanie powielone będzie przez projektowane nowe polskie rozwiązanie.

Kontynuacja postępowania

Umorzenie elektronicznego postępowania upominawczego nie będzie stanowiło dla strony, w dalszym ciągu zainteresowanej dochodzeniem roszczenia, przeszkody do wszczęcia postępowania w trybie zwykłym (z ewentualnym uwzględnieniem postępowań odrębnych) i kontynuacji sporu sądowego.

Powód będzie mógł w dowolnym czasie zainicjować dalsze postępowanie procesowe, jeśli nie dojdzie do przedawnienia roszczenia. Jednakże, w sytuacji gdy zdecyduje się na szybkie wytoczenie powództwa przeciwko pozwanemu o to samo roszczenie, to jest w terminie miesiąca od uprawomocnienia postanowienia o umorzeniu postępowania, skutki prawne, które ustawa wiąże z wytoczeniem powództwa, następują z dniem wytoczenia powództwa w elektronicznym postępowaniu upominawczym.

Zachowanie skutków procesowych wcześniejszego postępowania upominawczego oznacza, że zachowane będzie ewentualne przerwanie biegu przedawnienia roszczenia⁷, a także że pierwotny termin wytoczenia powództwa będzie mógł stanowić podstawę do rozpoczęcia terminu naliczania odsetek.

Pewnym *novum* będzie także rozwiązanie dotyczące kosztów postępowania. Na żądanie stron sąd, rozpoznając sprawę, uwzględni koszty poniesione przez strony w elektronicznym postępowaniu upominawczym.

Strona zainteresowana zachowaniem korzyści z uprzedniego elektronicznego postępowania upominawczego będzie zobowiązana zwrócić uwagę sądu na ten fakt, a także wykazać, że takie postępowanie faktycznie się toczyło. Sąd, przed którym wytoczono powództwo w elektronicznym postępowaniu upominawczym, nie będzie przekazywał z urzędu informacji o postępowaniu do sądu właściwości ogólnej.

Powód, który zdecyduje się na kontynuację postępowania w trybie zwykłym, będzie mógł skierować pozew wedle swojego wyboru zarówno do sądu właściwości ogólnej, jak i do sądu właściwości przemiennej, a nawet do sądu właściwości umownej. W obecnym modelu taka opcja została wykluczona, gdyż w razie wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty

sprawa trafia do sądu właściwości ogólnej, nawet jeśli strony są związane umową prorogacyjną.

Podobieństwa do postępowania pojednawczego

Proponowany przez nowelizację z 27.11.2017 r. model elektronicznego postępowania upominawczego przypomina pod pewnymi względami postępowanie pojednawcze.

W sytuacji gdy obie strony są zainteresowane szybkim zakończeniem sprawy lub gdy roszczenie nie jest sporne, postępowanie może się zakończyć nakazem zapłaty, czyli podobnie jak w przypadku postępowania pojednawczego – ugodą.

Jedno i drugie postępowanie może poprzedzać zwykłe postępowanie procesowe, czyli stanowić swego rodzaju zamknięcie woli powoda sądowego dochodzenia roszczenia oraz preludium do zwykłego postępowania procesowego. W żadnym z tych postępowań nie prowadzi się postępowania dowodowego i weryfikacji żądania zgłoszonego przez inicjatora postępowania. Sąd nie ma także prawa ingerencji ani możliwości modyfikacji roszczenia strony.

W obu postępowaniach przewidziano możliwość uwzględnienia kosztów ich prowadzenia w orzeczeniu kończącym następcze postępowanie procesowe.

Doręczenia za pośrednictwem Portalu Informacyjnego

Nowelizacja z 27.11.2017 r. wprowadza także zmiany dotyczące doręczeń. Na uwagę zasługuje przede wszystkim usankcjonowanie zapoznawania się z aktami sprawy (czynnościami sądowymi) za pośrednictwem Portalu Informacyjnego⁸. Generalnie taki zabieg należy ocenić pozytywnie, jednakże dokładna analiza przepisu dostarcza uwag krytycznych.

Zgodnie z projektowanym art. 131² § 1 zapoznanie się z pismem sądowym przez użytkownika Portalu Informacyjnego, o którym mowa w art. 175h ustawy z 27.7.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁹, jest równoznaczne z jego doręczeniem. Doręczenie następuje w dniu odczytania pisma.

⁶ B. Kaczmarek-Templin, [w:] J. Gołaczyński (red.), Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz, Warszawa 2010, s. 39–52, a także B. Kaczmarek, [w:] J. Gołaczyński (red.), Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i prawie wybranych państw, Warszawa 2009, s. 77–79.

⁷ W kwestii przerwania biegu przedawnienia przez wytoczenie powództwa w elektronicznym postępowaniu upominawczym wypowiedział się już SN w uchwale z 21.11.2013 r., III CZP 66/13, OSNC 2014, Nr 7–8, poz. 72.

⁸ O Portalu Informacyjnym zob. B. Kaczmarek-Templin, Zasady procesowe a informatyzacja postępowania cywilnego, [w:] I. Gil (red.), Transformacje postępowania cywilnego w postępowaniach rozpoznawczych, Sopot 2017, s. 287; A. Zalesińska, Wpływ informatyzacji na założenia konstrukcyjne procesu cywilnego, Warszawa 2016, s. 106–114; A. Zalesińska, T. Januszkiewicz, Udostępnianie akt sądowych on-line przy wykorzystaniu dedykowanych portali internetowych, Człowiek i Dokumenty 2013, Nr 1, s. 55–58.

⁹ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 23 ze zm.

Z Portalu Informacyjnego najczęściej korzystają profesjonalni pełnomocnicy (adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, radcowie Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa), chociaż nie ma przeszkód, by korzystały z niego same strony postępowania.

Pewien problem z korzystaniem z Portalu Informacyjnego wiąże się z tym, że obecnie istnienie wiele portali, a każdy z nich jest prowadzony niezależnie przez każdą apelację sądową. W przypadku gdy jeden pełnomocnik prowadzi sprawy w sądach różnych apelacji, kłopotliwe może być weryfikowanie momentu odczytania doręczanych pism.

Moment doręczenia

Zastrzeżenia budzi określenie momentu, w którym następuje doręczenie. Z projektowanego art. 131² § 1 wynika, że mogą być dwa alternatywne momenty doręczenia. Pierwszy, gdy użytkownik Portalu Informacyjnego zapoznał się pismem sądowym, i drugi, gdy pismo odczytał. Analiza semantyczna słów „zapoznać się” i „odczytać” wskazuje, że nie są to pojęcia tożsame. Termin „zapoznać się” jest pojęciem, które wiąże się z dokładnym poznaniem, wdaniem się w szczegóły, dokonaniem analizy¹⁰. Zapoznanie się z treścią pisma oznacza uważne rozważenie jego treści, przeanalizowanie jego znaczenia, czyli przyswojenie jego treści ze zrozumieniem. Natomiast „przeczytanie” nie zawsze będzie odnosiło się do zgłębienia znaczenia treści pisma, może się ono wiązać z pobieżnym, skrótowym przejrzeniem jego zawartości.

Na marginesie dodać można, że zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN zapoznać się to poznać coś nowego¹¹, natomiast w przypadku doręczeń sądowych obejmują one także pisma, których treść jest już stronie znana, na przykład gdy strona złożyła wniosek o wydanie odpisu wyroku ze stwierdzeniem prawomocności bądź o wydanie kserokopii jakiegoś dokumentu znajdującego się w aktach sprawy.

Zasadniczo nie ma możliwości weryfikacji momentu odczytania pisma, i to zarówno w przypadku doręczeń tradycyjnych (dotyczących materialnego nośnika), jak i w przypadku doręczeń elektronicznych. Do tej pory uznawano, że doręczenie następuje z chwilą, kiedy adresat uzyskał możliwość zapoznania się z treścią kierowanej do niego korespondencji. Dla skuteczności doręczenia nie miało nigdy znaczenia, czy adresat faktycznie przeczytał otrzymane pismo.

Nie jest zrozumiałe, w jakim celu w jednym przepisie pojawia się taki dualizm. Wydaje się, że jest to niedopatrznie ustawodawcy. Możliwe, że chodziło o zwrócenie uwagi na okoliczność, że użytkownik Portalu Informacyjnego (w szczególności adwokat lub radca prawny) może mieć dostęp do wielu spraw i konieczna jest granularyzacja doręczeń. Jednakże nie jest zasadne, by użytkownik dokonywał

wyboru pisma, które chce w danym momencie odebrać, tak by korzystnej kreować swoją pozycję procesową.

Doręczenia za pośrednictwem Portalu Informacyjnego a doręczenia elektroniczne

Do niedawna sztandarowym przykładem doręczeń elektronicznych w Kodeksie postępowania cywilnego było elektroniczne postępowanie upominawcze¹². W postępowaniu tym doręczenia dokonywane są za pośrednictwem systemu teleinformatycznego obsługującego to postępowanie. Momentem doręczenia jest chwila, w której użytkownik zaloguje się do systemu i uzyska wgląd do akt sprawy. We wrześniu 2016 r. weszła w życie kolejna nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego¹³, wprowadzająca tzw. elektroniczne biuro podawcze, to znaczy możliwość składania do sądu pism i odbierania korespondencji z sądu drogą elektroniczną (doręczenia elektroniczne).

System doręczeń uprzednio właściwy dla elektronicznego postępowania upominawczego, a teraz także przewidziany do elektronicznego biura podawczego, funkcjonalnie odpowiada systemowi doręczeń tradycyjnych, gdyż przede wszystkim w podobny sposób uregulowano moment doręczenia, który utożsamiany jest z momentem uzyskania możliwości zapoznania się z treścią pisma. Z uwagi na to, że Portal Informacyjny jest także systemem teleinformatycznym, zasadne byłoby zatem uregulowanie doręczeń w sposób identyczny, zwłaszcza, że przepisy o doręczeniach w ramach doręczeń elektronicznych pozostaną bez zmian. W przeciwnym razie pozostaną dwa różne modele doręczeń, w zależności od tego, w jakim systemie będą dokonywane. Nie znajduje to jednak żadnego uzasadnienia ani technicznego, ani funkcjonalnego, ani prawnego.

Rozporządzenia wykonawcze

Warto także zwrócić uwagę na delegację do wydania rozporządzeń wykonawczych. Obecnie w odniesieniu do doręczeń elektronicznych, zgodnie z art. 131¹ § 3 KPC, Minister Sprawiedliwości, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw informatyzacji, określa w drodze rozporządzenia tryb i sposób

¹⁰ Porównaj synonimy słowa „zapoznać się” wskazane na stronie: <https://synonim.net/synonim/zapoznac+się> (dostęp z 31.3.2018 r.).

¹¹ Zob. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/zapoznac%20sie.html> (dostęp z 31.3.2018 r.).

¹² Wcześniej była także możliwość elektronicznych doręczeń w postępowaniu rejestrowym. Zob. także I. Wolwiak, *Doręczenia w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2015, s. 312–315.

¹³ Ustawa z 10.7.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1311 ze zm. Ustawa ta weszła w życie 8.9.2016 r.

dokonywania doręczeń elektronicznych, mając na względzie zapewnienie skuteczności doręczeń oraz ochronę praw osób, którym pisma są doręczane. Wydaje się, że powyższy przepis mógłby odnosić się także do doręczeń dokonywanych za pośrednictwem Portalu Informacyjnego, zwłaszcza że ma on także zastosowanie do elektronicznego postępowania upominawczego. Projektowany art. 131² § 2 wprowadza dodatkowy element, który powinien znaleźć się w rozporządzeniu wykonawczym, to jest „sposób przekazywania danych potwierdzających doręczenie z systemu Portalu Informacyjnego do systemów obsługujących postępowanie sądowe”. W obecnym stanie prawnym rozporządzenie w sprawie doręczeń elektronicznych odnosi się także do tej kwestii, mimo że nie została ona wprost wymieniona w art. 131¹ § 3 KPC.

Doręczenia w dni wolne od pracy i w porze nocnej

Porównując art. 131¹ KPC z projektowanym art. 131² KPC, należy zwrócić uwagę także na to, że regulacja zawarta w tym drugim przepisie jest niekompletna. Ustawodawca zdaje się zapomnieć o istnieniu art. 134 § 1 KPC. Nie byłoby racjonalne zachowanie obowiązku uzyskiwania uprzedniego zarządzenia prezesa sądu, by doręczenie za pośrednictwem Portalu Informacyjnego mogło być dokonywane w dniu ustawowo uznane za wolne od pracy, jak również w porze nocnej. Tym bardziej że ustawodawca wcześniej zadbał o wyłączenie stosowania tego przepisu w przypadku doręczeń elektronicznych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, który nie obejmuje Portalu Informacyjnego.

Termin uznania doręczenia za skuteczne

Dość interesujące jest również rozwiązanie przyjęte w doręczeniach poprzez Portal Informacyjny, dla których ustawodawca nie przewidział żadnego terminu końcowego, po którym następowałoby uznanie doręczenia za dokonane. Generalnie polski model doręczeń akceptuje okoliczność, że bierność adresata okaże się równoznaczna ze skutecznym dokonaniem doręczenia. Takie rozwiązanie w odniesieniu do doręczeń za pośrednictwem operatora pocztowego przewiduje art. 139 KPC i n., natomiast dla doręczeń elektronicznych art. 131¹ § 2 KPC. Brak analogicznego przepisu dla doręczeń przez Portal Informacyjny będzie rodził znaczące konsekwencje prawne. Będzie to dodatkowe narzędzie dla użytkowników Portalu Informacyjnego, którzy okażą się przegrany w sprawie, na przedłużenie terminu uprawomocnienia orzeczenia. W skrajnych przypadkach byłoby możliwe doprowadzenie do sytuacji, gdy nigdy nie dojdzie do prawomocnego zakończenia postępowania, kiedy to użytkownik nigdy więcej

nie zaloguje się do swojego konta w Portalu i nie zapozna się z pismem sądowym. Z rozwiązania takiego na pewno ucieszą się pełnomocnicy (adwokaci, radcowie prawni), którzy będą mogli udać się na urlop dłuższy niż dwa tygodnie bez obawy, że upłynie im jakiś termin dokonania czynności procesowej, jeśli nie zalogują się w tym czasie do Portalu i nie zapoznają się z treścią pism sądowych, żaden termin nie rozpocznie biegu. Wątpliwe jest jednak, czy istotnie taka była intencja ustawodawcy.

Postulaty do nowelizacji

Wydaje się, że wprowadzenie art. 131² § 2 do Kodeksu postępowania cywilnego nie jest rozwiązaniem optymalnym. Lepszym zabiegiem byłoby wprowadzenie dodatkowego ustępu do art. 131¹ lub ewentualnie rozbudowa samego § 1 o wyszczególnienie Portalu Informacyjnego z systemu teleinformatycznego, do jakiego odwołuje się ten przepis.

Jeśli jednak ustawodawca zdecyduje się pozostawić oddzielny przepis dotyczący doręczeń przez Portal Informacyjny, będzie to wymagało interwencji przez uzupełnienie regulacji w wyżej wskazanym zakresie.

Doręczenia elektroniczne pomiędzy pełnomocnikami

W związku z funkcjonującym już od wielu lat nakazem wzajemnego doręczania sobie przez profesjonalnych pełnomocników (adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, radców Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa) odpisów pism procesowych z załącznikami w toku sprawy ustawodawca, rozszerzając zakres doręczeń elektronicznych, uznał, że i w tym zakresie należy wprowadzić nowe możliwości. Zgodnie z projektowanym art. 132 § 1³ KPC „pisma, o których mowa w § 1, pełnomocnicy, o których w nim mowa, doręczają sobie nawzajem wyłącznie w formie elektronicznej, jeżeli złożą sądowi zgodne oświadczenia odpowiedniej treści i podadzą do wiadomości sądu używane dane adresowe, w szczególności adres poczty elektronicznej lub numer faksu. Oświadczenia nie podlegają odwołaniu, a zastrzeżenia warunku lub terminu uważa się za niebyłe. W uzasadnionych przypadkach sąd może zarządzić odstąpienie od takiego sposobu doręczania”. Jednakże i tu znajdują się uchybienia. Przepis § 1, do którego się odwołano, wcale nie posługuje się sformułowaniem „pełnomocnik”, podobnie jak przepis § 1². Kodeks postępowania cywilnego raczej nie posługuje się terminem „pełnomocnik”, a enumeratywnie wylicza adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, radców Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa. Tym bardziej zdziwienie może budzić zastosowanie różnej nomenklatury w ramach jednej jednostki redakcyjnej (artykułu). Ponadto odwołanie do „formy elektronicznej” pism procesowych może sugerować, że chodzi o formę elektroniczną

w rozumieniu formy czynności prawnych, zwłaszcza że dalsza część przepisu odnosi się do zastrzeżenia warunku lub terminu.

Doręczenia faksem

Kolejna nieścisłość dotyczy faksu, który z technicznego punktu widzenia nie jest zaliczany do elektronicznej formy komunikacji. Odwołanie do faksu jest dość oryginalne, gdyż w Polsce usługi faksu nie upowszechniły się, jak choćby w Niemczech, gdzie przekaz faksowy stanowi jedną z dróg komunikacji z sądem¹⁴.

Możliwość przesyłania i odbierania pism faksem została zastrzeżona jedynie dla profesjonalnych pełnomocników. Rozwiązania takiego nie przewidziano dla komunikacji stron z sądem.

Jeszcze do niedawna obowiązywał pogląd zaprezentowany przez SN w postanowieniu z 27.5.2015 r.¹⁵, zgodnie z którym pismo procesowe wniesione faksem wywołuje skutki prawne dopiero z chwilą przybicia na nim prezentaty pracownika sądu, samo wniesienie pisma faksem nie jest równoznaczne z zarejestrowaniem go w ewidencjach sądu.

Ciekawy pogląd został wyrażony także przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku¹⁶ z 5.12.2006 r., w którym sąd uznał, iż doręczenie pisma za pośrednictwem faksu nie jest doręczeniem za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną, o którym mowa w art. 39¹ § 1 KPA. Stanowisko było uzasadniane tym, że faks nie jest urządzeniem informatycznym, gdyż przez tego rodzaju urządzenia należy rozumieć komputery wyposażone w pamięć umożliwiającą zapisywanie i odtwarzanie danych. Dlatego też wysyłanie informacji pomiędzy urządzeniami faksowymi nie zostało uznane za komunikowanie się za pomocą urządzeń tworzących zespół teleinformatyczny.

Jednakże należałoby w tym miejscu zwrócić uwagę na tzw. faks przez Internet, czyli technologię umożliwiającą odbieranie i wysyłanie faksów za pośrednictwem Internetu. Polega ona na przekazywaniu danych w postaci impulsów elektronicznych poprzez linię telefoniczną do odbiorcy, którym jest inna telekopiarka, przetwarzająca te impulsy w obrazy, a następnie drukująca je na papierze. Usługa „faksu przez Internet” pozwala na wysyłanie telekopii ze swojego komputera podłączonego do Internetu. W tym celu należy posłużyć się interfejsem Web, który jest dostępny na stronie dostawcy tejże usługi.

Podsumowanie

Kierunek zmian zaproponowany przez ustawodawcę w ustawie nowelizującej Kodeks postępowania cywilnego z 27.11.2017 r., mimo wymienionych wyżej mankamentów, należy ocenić pozytywnie. Wydaje się, że wskazane niedociągnięcia mogą zostać usunięte jeszcze na etapie postępowania legislacyjnego.

Od kilku lat widoczny jest trend uwzględniania zdobyczy techniki w postaci nowych form komunikacji w postępowaniu sądowym. Wynika to z tego, że realizacja prawa do sądu wymaga usankcjonowania środków komunikacji elektronicznej stosowanych w życiu codziennym obywateli.

Z uwagi na to, że wiele spraw administracyjnych może być załatwionych drogą elektroniczną, stąd oczekiwania obywateli, by podobne rozwiązania stosowane były w także postępowaniach sądowych.

¹⁴ B. Kaczmarek, [w:] J. Gołaczyński (red.), Informatyzacja postępowania..., s. 79, a także *taż*, Elektroniczne doręczenia według niemieckiego cywilnego prawa procesowego E-Biuletyn CBKE 2007, Nr 1.

¹⁵ II CZ 20/15, Legalis.

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 5.12.2006 r., III SA/Wa 1836/06, Legalis.

Słowa kluczowe: elektroniczne postępowanie upominawcze, doręczenia elektroniczne, Portal Informacyjny

Changes in electronic proceedings by writ of payment and changes in electronic deliveries in the light of amendment of civil procedures code of 27.11.2017

The aim of the present study is the analysis of changes to the civil procedures code in regard to electronic proceedings by writ of payment and electronic deliveries and evaluation of consequences of the amendment. Electronic proceeding by writ of payment exist for many years now, however, certain modifications are necessary in order to streamline the proceedings. Electronic deliveries, which were efficient within whole civil procedure, require implementation of proper and detailed regulations, therefore, the planned amendment exceeds all expectations. The article presents detailed evaluation of consequences of new regulations and proposes changes, which would allow to keep aims of the amendment and at the same time avoid doubts and discrepancies that may appear in regard to planned norms.

Keywords: electronic proceedings by writ of payment, electronic deliveries, Information Portal.

Regulacja polska na tle przepisów systemu prawa amerykańskiego – procedura *notice and takedown*

Przemysław Katarzyński¹

Celem niniejszego opracowania jest diagnoza aktualnego stanu prawnego w Polsce w zakresie odpowiedzialności dostawców usługi hostingowej. Autor przedstawienie tej problematyki rozpocznie od zobrazowania pojawiających się w literaturze zastrzeżeń odnoszących się do istniejących w polskim systemie prawnym rozwiązań kwestii wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług internetowych. Wskaże ponadto realne potrzeby wprowadzenia zmian, w szczególności odnoszących się do procedury *notice and takedown*. W pracy dużo uwagi zostało poświęcone omówieniu, pojawiających się w odpowiedzi na te potrzeby, propozycji nowych uregulowań prawnych. By zapewnić szersze spojrzenie na rozpatrywane kwestie, zostały przywołane rozwiązania przyjęte w ustawodawstwie Stanów Zjednoczonych odnoszące się do postępowania z bezprawnymi treściami.

Uwagi wstępne

Problem, na kim powinna spoczywać odpowiedzialność za naruszenia w sieci, jest kluczowy dla dalszego funkcjonowania Internetu i zdaje się, że jeszcze nie został do końca rozstrzygnięty. D. Lichtman na gruncie prawa amerykańskiego sugerował, że obłożenie ISP (pośredniczących dostawców usług internetowych, z ang. *intermediary service providers*) odpowiedzialnością za naruszenia stanie się dla nich bodźcem do wprowadzenia odpowiednich zabezpieczeń². Całkiem innego zdania jest J. Harper, twierdząc, że odpowiedzialność za zachowania łamiące prawo powinna pozostać po stronie osób bezpośrednio za nie odpowiedzialnych³. Polska doktryna zdaje się opowiadać za modelem, w którym odpowiedzialność za treści umieszczone w serwisie internetowym spoczywałaby bezpośrednio na użytkownikach. Jednak zdania w tej kwestii również są podzielone.

Na gruncie polskiej ustawy powinność poszukiwania wszelkich naruszeń została przeniesiona przede wszystkim na podmioty, których prawa ucierpiały, i na ich własny koszt. Jednak pomimo istnienia szczerych zamiarów, ze względu na zakres sieci Internet, powyższe osoby nie są w stanie badać wszystkich miejsc, w których dochodzi do bezprawnych zachowań. Nietrudno oprzeć się wrażeniu, że model biznesowy niektórych przedsiębiorstw opiera się właśnie na aktywności łamiącej prawo. Dotyczy to zwłaszcza podmiotów prowadzących działalność polegającą na prowadzeniu witryn internetowych, umożliwiających wymianę danych objętych ochroną prawa autorskiego. W takiej sytuacji niemal zawsze jedynymi podmiotami ponoszącymi odpowiedzialność stają się sami użytkownicy. Dla osób, których prawa zostały naruszone, zdecydowanie dogodniejszym rozwiązaniem – ze względu na możliwość szybkiej identyfikacji oraz na potencjał finansowy – byłoby dochodzić odpowiedzialności od administratorów serwisów internetowych, czyli podmiotów bezpośrednio czerpiących zyski. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do wi-

tryn, w których naruszenia dóbr osobistych i praw autorskich są na porządku dziennym. Zasłanianie się brakiem wiedzy o takich zdarzeniach wydaje się często nieracjonalne. Obecna regulacja, zdaniem R. Markiewicza, faworyzuje dostawców usług internetowych kosztem podmiotów poszkodowanych. Za taką tezę przemawiają przede wszystkim trzy argumenty:

- hostingodawcy nie są obowiązani do filtrowania treści zamieszczanych przez innych użytkowników;
- istniejące wątpliwości co do zakresu zastosowania art. 439 KC w kontekście możliwości wydania orzeczenia zakazującego funkcjonowanie danego serwisu internetowego;
- brak unormowań prawnych stwarzających podmiotom, których prawa zostały naruszone, możliwości uzyskania od hostingodawców w drodze procesu cywilnego danych o osobach, które dokonały naruszeń⁴.

Niepowodzenia polskich rozwiązań prawnych

Zasadniczym problemem regulacji prawnej dotyczącej odpowiedzialności dostawców usług hostingowych jest zagwarantowanie równowagi, znalezienie złotego środka, pomiędzy interesami posiadaczy praw wyłącznych czy innych osób, których prawa stały się przedmiotem naruszeń, interesami użytkowników końcowych oraz interesami dostawców

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Opracował i obronił pracę magisterską dotyczącą wyłączenia odpowiedzialności cywilnej dostawców usług hostingowych, pod kierunkiem prof. Piotra Machnikowskiego. Artykuł stanowi część powyższej, niepublikowanej pracy magisterskiej.

² D. Lichtman, Supreme Court Economic Review, 2006, t. 16, <https://pdfs.semanticscholar.org/ede3/0af1f98b63efe36560d8aa73e566c7003a48.pdf> (dostęp z 12.3.2018 r.).

³ J. Harper, Regulation, t. 28, 2005, Nr 1, s. 33, <https://pl.scribd.com/document/1794673/EFF-v28n1-5> (dostęp z 12.3.2018 r.).

⁴ R. Markiewicz, Internet i prawo autorskie – wykaz problemów i propozycje ich rozwiązań, Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2013, Nr 3 (121), s. 7.

usług internetowych. Pierwsza grupa podmiotów wskazuje, że obecna regulacja nie zapewnia im odpowiedniej ochrony własności intelektualnej oraz dóbr osobistych. Użytkownicy, w opozycji do nich, podkreślają konieczność zredukowania ochrony prawnoautorskiej, jako ograniczającej dostęp do kultury czy nauki zwłaszcza w stosunku do osób znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej, jak też zapewnienia respektowania wolności wyrażania opinii w sieci. Natomiast ISP wskazują na niezbędność zapewnienia im poczucia pewności co do prawa poprzez sprecyzowanie przepisów oraz objęcie ich określonymi przywilejami, umożliwiającymi rozwój świadczonych usług. Istnienie wskazanej kolizji wartości zostało również zauważone przez Trybunał Sprawiedliwości m.in. w wyroku *Scarlet Extended SA przeciwko SABA*⁵.

Osoby dochodzące swoich praw w ramach przedstawianych postulatów żądają nałożenia na hostingodawców powszechnego obowiązku udostępnienia danych umożliwiających identyfikację podmiotów podejmujących działania w sieci. Realizacja powyższego postulatu z jednej strony ograniczyłaby anonimowość i poczucie bezkarności, z drugiej zaś, gdyby objąć nią również podmioty zgłaszające, mogłaby stać się skutecznym instrumentem w walce z nierzetelnym posługiwaniem się procedurą *notice and takedown*. Korzystający z procedury notyfikacyjnej, w obecnym stanie prawnym, może czuć się bardzo swobodnie. Wprowadzenie obowiązku udostępnienia danych osoby, która swoim zachowaniem doprowadziła do zablokowania treści, doprowadziłoby niewątpliwie do większej refleksji po stronie podmiotów zgłaszających, a usługobiorcom umożliwiłoby skuteczne rozpoczęcie drogi sądowej w przypadku wystąpienia nadużyć.

Zasadniczy cel polskiej regulacji stanowiło skonstruowanie przesłanek wyłączających odpowiedzialność dostawców usług internetowych. Warto przypomnieć, że dostawcy usług hostingowych będą obciążeni odpowiedzialnością z tytułu pomocnictwa⁶ jedynie w sytuacji, gdy ich zachowanie nie będzie wypełniać warunków określonych w art. 14 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁷. Charakter regulacji pomocnictwa budzi jednak pewne wątpliwości. Na gruncie obowiązujących postanowień prawnych ujawniły się pewne wątpliwości, czy regulacji normującej pomocnictwo nadać charakter samodzielny w stosunku do przesłanek wyłączenia odpowiedzialności. Pewna grupa przedstawicieli polskiej doktryny⁸ opowiada się za stanowiskiem, że dostawcom usług internetowych może być przypisana odpowiedzialność z tytułu pomocnictwa, pomimo spełnienia przez nich przesłanek z art. 14 *ŚwUsłElekU*. Wskazują jednocześnie na konieczność zamieszczenia stosownego przepisu rozstrzygającego te kwestie.

Ponadto wielokrotnie przytaczaną kwestią jest problem ponownego udostępniania materiałów, nierzadko przez tych samych usługobiorców, już wcześniej objętych procedurą notyfikacyjną⁹. W końcu i chyba przede wszystkim najczęściej pod-

noszonym zagadnieniem jest brak konkretnej regulacji toku postępowania umożliwiającego zwalczania nielegalnych treści.

Zarzuty co do funkcjonowania procedury *notice and takedown* w polskim systemie prawnym

Coraz częściej pojawiają się głosy o braku precyzyjnego unormowania procedury mającej na celu usunięcie bezprawnych informacji. Podstawową i wartą rozważenia kwestią jest ustalenie, kiedy dostawca usług internetowych jest obowiązany usunąć materiał naruszający prawa innych osób. O ile ustalenie sposobu postępowania, w przypadku gdy hostingodawca otrzymuje urzędowe zawiadomienie o bezprawności przechowywanych na swoich serwerach informacji, nie wydaje się sprawiać trudności, o tyle rozstrzygnięcie, jak usługodawca powinien się zachować w momencie otrzymania wiarygodnej informacji od osoby prywatnej, nastrocza więcej kłopotów¹⁰. Ustawodawca w żaden sposób nie rozstrzyga o tym, jakie podmioty są uprawnione do występowania z powyższym powiadomieniem czy jakie elementy wiadomości powinna zawierać. Rozwiązania tego problemu nie ułatwia fakt istnienia rozbieżności pomiędzy polskim, oficjalnym tłumaczeniem dyrektywy a wersjami językowymi innych państw. Różnica polega na posługiwaniu się określeniem wiarygodnej wiadomości zamiast pozytywnej wiedzy¹¹. Innym problemem jest brak precyzyjnego ujęcia okresu, w jakim ISP powinien podjąć stosowne działania w celu zablokowania dostępu do bezprawnych danych. Hostingodawca, rozpatrując otrzymane informacje, przybiera rolę arbitra. Od imperatywnej decyzji usługodawcy zależy, czy uzna powiadomienie za uzasadnione i zablokuje dostęp do rzekomo bezprawnych treści, czy odmówi i skieruje podmiot komunikujący naruszenie na drogę sądową.

⁵ Stan faktyczny wskazanej sprawy zostanie opisany w dalszej części pracy. W orzeczeniu podkreślono konieczność zapewnienia równowagi między ochroną prawa własności intelektualnej, z której korzystają podmioty prawa autorskiego, a ochroną wolności prowadzenia działalności gospodarczej, z której korzystają podmioty gospodarcze, takie jak ISP (pkt 46 i 49 wyroku), a prawem użytkowników do ochrony danych osobowych oraz wolności otrzymywania i przekazywania informacji (pkt 50 wyroku) – zob. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d4ddda10865b8a0486bb57d9a6415aa504e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbhf0?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=995495> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁶ Art. 422 KC.

⁷ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 ze zm.; dalej jako: *ŚwUsłElekU*.

⁸ Zob. m.in. G.J. Pacek, P. Wasilewski, Pełnomocnictwo w ujęciu cywilistycznym a odpowiedzialność dostawców usług hostingowych – dwugłos w sprawie, PPH 2008, Nr 7, s. 27–32.

⁹ Np. w sporze Google oraz Viacom zakończonym ugodą w 2014 r.

¹⁰ Problem, jak należy interpretować określenie „wiarygodna wiadomość”, budził również wątpliwości w polskiej judykaturze, tak np. w wyrokach SA: w Katowicach z 13.2.2014 r., I A Ca 1086/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl oraz w Warszawie z 11.6.2015 r., I A Ca 1842/14, www.orzeczenia.ms.gov.pl.

¹¹ M. Zieliński, Odpowiedzialność deliktowa pośredniczących dostawców usług internetowych, Warszawa 2013, s. 205.

Istniejące nieścisłości prawne rozstrzyga się głównie w drodze interpretacji przepisów prawnych. Pewną pomocą dla użytkowników są, udostępniane w ramach serwisów internetowych, regulaminy świadczenia usług, gdyż pozwalają przewidzieć zachowania usługodawców w razie zaistnienia zdefiniowanych w nich sytuacji. Powinny one nie tylko zawierać pojęcie bezprawnych treści i sposobu postępowania z nimi, ale także wszystkie dopuszczalne sposoby przeciwstawiania się użytkownikom wobec decyzji o pozbawieniu do nich dostępu¹². Ponadto, zdaniem Komisji Europejskiej, w sytuacji gdy dostawcy usług rozstrzygają o tym, jakim treściom powinno się nadać przymiot bezprawności, a jakie uznać za legalne, powinno się wdrożyć stosowne mechanizmy kontroli oraz równowagi¹³.

Taka sytuacja ustawodawcza z pewnością nie sprzyja poczuciu pewności prawa podmiotów bezpośrednio zainteresowanych w rozstrzygnięciu konkretnych spraw.

Kształtowanie się rozwiązań prawnych w odniesieniu do odpowiedzialności ISP

System prawa amerykańskiego położył kamień węgielny pod unormowanie odpowiedzialności dostawców usług internetowych. Porządek prawny Stanów Zjednoczonych różni się swym charakterem od rozwiązań przyjętych na kontynentalnej Europie. W systemie *common law* niezwykle ważną rolę odgrywa orzecznictwo sądów. Precedensy utorowały drogę nowym rozwiązaniom dostosowującym ówczesne prawodawstwo do szybko rozwijającej się sieci Internet. W kwestii odpowiedzialności dostawców usług internetowych sądownictwo oparło swoje wyroki na dwóch wykształconych już wcześniej instytucjach: *contributory liability*¹⁴ oraz *vicarious liability*¹⁵. Modele te odnoszą się do przypisania określonej osobie odpowiedzialności za zachowania innych podmiotów. Wykazują zatem podobieństwo do polskiej instytucji pomocnictwa.

Określonej osobie można przypisać *vicarious liability*, jeżeli posiadała:

- zdolność bądź prawo do nadzorowania osoby będącej bezpośrednim sprawcą zaistniałej szkody oraz
- uprawnienie do uzyskiwania bezpośrednich korzyści z zachowania osoby naruszającej prawo.

Contributory liability występuje wówczas, gdy podmiot, którego działanie nie stanowi bezpośredniej przyczyny szkody:

- posiada świadomość, że zachowanie innej osoby łamie prawo,
- nakłania bądź znacząco przyczynia się do takiego zachowania¹⁶.

W związku z orzeczeniem w sprawie MGM przeciwko Grokser warto wspomnieć również o *inducement*¹⁷. Z *inducement* mamy do czynienia, w sytuacji gdy:

- dostawca usług w sposób aktywny zachęca użytkowników do podjęcia zachowań niezgodnych z obowiązującym porządkiem prawnym, np. poprzez wskazywanie sposobów działania łamiących prawo autorskie, odpowiednią reklamę wskazującą, że w określonym miejscu dochodzi do łamania prawa;
- istnieje po stronie hosta zamiar promowania zachowania sprzecznego z prawem¹⁸.

Kształtowanie się prawa stanowi rozbudowany proces społeczny. Sądy funkcjonujące w nowej rzeczywistości nie zawsze utrzymywały jednolitą linię orzeczniczą. W orzeczeniu *Playboy enterprises* przeciwko Frena z 1993 r. sąd obciążył odpowiedzialnością ISP. Usługodawca, pomimo braku wiedzy i usunięciu bezprawnych materiałów po uzyskaniu o nich wiedzy, poniósł karę za bezprawne umieszczenie przez użytkowników na prowadzonym przez siebie elektronicznym biuletynie zdjęć pochodzących z magazynu *Playboy*¹⁹. Z czasem regulacja nabierała jednak swojego kształtu i stała się coraz częściej stosowana w judykaturze²⁰. Ustawodawca amerykański w 1996 r. w Communications Decency Act (dalej zwanej jako CDA), a następnie w 1998 r. w DMCA²¹ postanowił, na bazie wyroków sądowych, przenieść wykształcone już sposoby postępowania na grunt prawa stanowionego. W aktach tych znalazły się, opracowane już w orzecznictwie, przesłanki wyłączenia odpowiedzialności stosowane w ramach *contributory* oraz *vicarious liability*. W odniesieniu do *contributory liability* hostingodawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, jeśli wykaże, że nie posiadał świadomości o danych naruszających prawo, natomiast *vicarious liability* zakłada, że dostawca usług internetowych uniknie odpowiedzialności, jedynie w przypadku gdy nie uzyskiwał bezpośrednich korzyści finansowych z tego bezprawnego

¹² Komunikat Komisji Europejskiej z 28.9.2017 r. COM(2017) 555 final, s. 18–19.

¹³ *Ibidem*, s. 23.

¹⁴ W orzeczeniu w sprawie Sony Corp. of America przeciwko Universal City Studios, Inc. z 1984 r. zasada ta została przejęta z prawa patentowego: §271b i §271c Patent Act, zgodnie z którymi za podmiot naruszający traktuje się każdego, kto „aktywnie zachęca do naruszenia patentu” (*M. Król, Rozpowszechnianie utworów w sieciach typu peer-to-peer*, PiP 2008, z. 3, s. 97).

¹⁵ Zob. orzeczenie United States Court of Appeals Second Circuit w sprawie Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H. L. Green Company, Inc., and Third Party Jalen Amusement Company, Inc., and Third Party z 1963 r., pozew 316 F.2d 304, Nr sprawy 27979, <https://www.courtlistener.com/opinion/260338/shapiro-bernstein-co-inc-v-h-l-green-company-inc-and-third/> (dostęp z 29.6.2018 r.).

¹⁶ *G.J. Pacek, P. Wasilewski, Pełnomocnictwo...*, s. 27.

¹⁷ Zob. orzeczenie Supreme Court Of The United States w sprawie MGM przeciwko Grokser z 2005 r., No. 04-480, <https://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf> (dostęp z 29.06.2018 r.).

¹⁸ *M. Król, Rozpowszechnianie...*, s. 98.

¹⁹ Zob. https://en.wikipedia.org/wiki/Playboy_Enterprises,_Inc._v._Frena (dostęp z 13.3.2018 r.).

²⁰ Stanowi to cechę charakterystyczną systemu *common law*, który za źródła prawa uznaje także orzeczenia sądowe.

²¹ Zob. <https://www.copyright.gov/title17/92chap5.html> (dostęp z 13.3.2018 r.).

zachowania²². Regulacja CDA, odnosząca się do naruszenia dóbr osobistych, wprowadziła uwagę, zgodnie z którą: „żaden dostawca interaktywnych usług komputerowych nie może być traktowany jako wydawca informacji dostarczonych przez *content provider* jednocześnie zastrzegając, że cytowany przepis: nie może być interpretowany w celu ograniczenia lub rozszerzenia praw związanych z własnością intelektualną”²³.

Regulacja zawarta w DMCA

W DMCA prawodawca dokonał kompleksowej regulacji odpowiedzialności dostawców usług internetowych. Jak już zostało wspomniane, skupiono się na odpowiedzialności ISP w sytuacji posiadania przez nich wiedzy, świadomości o naruszających prawo materiałach oraz na wypracowaniu skutecznych metod eliminowania skutków ich zamieszczenia. Stworzono w tym celu procedurę zwaną *notice and takedown*, którą tłumaczy się jako: „po ostrzeżeniu usunąć dostęp do materiału”²⁴.

Ustawa amerykańska pod względem samych postanowień odnoszących się do wyłączenia odpowiedzialności hostingodawców niewiele różni się od rozwiązań ustalonych w systemie prawnym UE. W obu prawodawstwach zostały przewidziane odpowiednie przesłanki opierające się przede wszystkim na braku wiedzy o bezprawności zachowań użytkowników, zwalniające dostawców usług od odpowiedzialności. Wiedza interpretowana jest szeroko, obejmując również świadomość faktów jednoznacznie wskazujących na bezprawność zachowania²⁵. Ponadto, zarówno w systemie amerykańskim, jak i naszym rodzimym dostawcy usług mogą uniknąć odpowiedzialności, jeśli wykażą, że nie wpływali w żaden sposób na publikowane materiały. Wówczas jedynym ich obowiązkiem, w sytuacji poinformowania ich o zaistniałych naruszeniach, będzie usunięcie, zablokowanie dostępu do zakwestionowanych materiałów czy uniemożliwienie dostępu do sieci Internet dostawcy treści²⁶. Hostingodawcy nie są również obciążeni obowiązkiem monitorowania przechowywanych materiałów.

Na tym jednak podobieństwa się kończą. Na wstępie warto by przywołać definicję, jaką posługuje się prawodawca w odniesieniu do dostawcy usług. Zgodnie z ustawą DMCA jest nim dostawca usług online lub dostępu sieciowego bądź operator służących do tych celów urządzeń²⁷.

System amerykański opiera się na koncepcji wertykalnej. System wertykalny od horyzontalnego różni się przede wszystkim zakresem zastosowania²⁸. W Stanach Zjednoczonych każda dziedzina prawa posiada odrębną regulację warunków eliminujących możliwość pozwania dostawcy usług. Prawo amerykańskie wyróżnia dwie dodatkowe przesłanki neutralizujące odpowiedzialność, które nie występują w rozwiązaniach unijnych. Dostawcy usług będą zwolnieni z odpowiedzialności, jeżeli:

- we właściwy sposób wprowadzili w życie oraz poinformowali użytkowników serwisu o zastosowanych procedurach umożliwiających usunięcia ich kont w sytuacji powtarzającego się naruszenia przez nich przepisów (tzw. recydywy);
- dostosowali się do zasad określających standardowe środki zabezpieczające, rozumiane jako środki stosowane przez właścicieli praw autorskich do identyfikacji lub ochrony utworów, które zostały opracowane poprzez zawarcie porozumienia zawartego między właścicielami praw autorskich i dostawcami usług w ramach jawnego, uczciwego, dobrowolnego oraz spełniającego standardy wielobranżowe procesu. Zabezpieczenia powinny być powszechnie dostępne na rozsądnych, niedyskryminujących zasadach oraz nie powinny obciążać istotnymi kosztami lub innego rodzaju obciążeniami dostawców usług²⁹.

²² G.J. Pacek, P. Wasilewski, Pełnomocnictwo..., s. 27.

²³ G.J. Pacek, Wybrane zagadnienia związane z odpowiedzialnością dostawców usług hostingowych, MoP 2007, Nr 4, s. 18.

²⁴ J. Barta, R. Markiewicz, Ja tu tylko przesyłam, Rzeczpospolita z 31.8.1999 r.

²⁵ P. Polański, Odpowiedzialność prawna za treści rozpowszechnione w Internecie, Warszawa 2012, s. 65.

²⁶ DMCA Section 512, (c) Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users.

(1) In general. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provide (A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

²⁷ (k) Definitions. (B)As used in this section, other than subsection (a), the term „service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A). Punkt A odnosi się do podmiotów świadczących usługę tymczasowego przekazu.

²⁸ B. Hugenholtz, Online Service Provider Liability for Copyright Infringement, WIPO workshop on service provider liability, Genewa 1999, s. 23, http://www.wipo.int/mdocsarchives/WIPO_OSP_LIA_99/WIPO_OSP_LIA_1_E.pdf (dostęp z 29.6.2018 r.).

²⁹ § 512(i) DMCA, (i) Conditions for Eligibility. –

(1)Accommodation of technology. – The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider –

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider’s system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider’s system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

(2)Definition. – As used in this subsection, the term „standard technical measures” means technical measures that are used by copyright owners to identify or protect copyrighted works and –

(A) have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process;

(B) are available to any person on reasonable and nondiscriminatory terms; and

(C) do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks.

Różnice występują również w zakresie kategorii podmiotów objętych ograniczeniem odpowiedzialności. Poza podmiotami oferującymi usługi *mere conduit*, *cachingu* czy *hostingu*, ustawa obejmuje ochroną również podmioty świadczące usługi wyszukiwania informacji oraz świadczące usługi edukacyjne.

Inną cechą charakterystyczną postanowień DMCA jest łączenie uniknięcia odpowiedzialności przez ISP z warunkiem braku uzyskania korzyści finansowych, pozostających w związku z bezprawną działalnością, w przypadku gdy dostawca usług posiadał prawo i możliwości kontrolowania takiej aktywności³⁰. Wskazuje się, że chodzi tu o bezpośrednie korzyści, jakie host uzyskuje od osób trzecich w związku z zapewnieniem dostępu do danych umieszczonych w serwisie niezgodnie z prawem, a nie o zyski pośrednie otrzymywane np. z działalności reklamowej. W sytuacji otrzymania powiadomienia o naruszeniu, zgodnie ze szczególną procedurą określoną w DMCA, hostingodawca obowiązany jest niezwłocznie usunąć lub uniemożliwić dostęp do materiałów objętych powiadomieniem o naruszeniu bądź materiałów, z którymi związane są naruszające zachowania³¹. Nad procedurą notyfikacyjną, ze względu na propozycję zmian ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, warto się nieco pochylić.

Procedura notyfikacyjna w amerykańskim systemie prawnym

Procedura *notice and takedown* w ramach systemu amerykańskiego została uregulowana w ustawie DMCA w sekcji 512(b)(2)(E), (c)(1)(C) oraz (d)(3). Jeden z podstawowych warunków, jakie host musi spełnić, aby móc korzystać z tzw. przystani bezpieczeństwa (ang. *safe harbour*), stanowi wyznaczenie i zarejestrowanie w Copyright Office pełnomocnika upoważnionego do odbierania zawiadomień dotyczących naruszeń prawa autorskiego. Ponadto host musi stworzyć możliwość kontaktu z wyznaczonym pełnomocnikiem poprzez umieszczenie odpowiednich informacji na prowadzonej stronie i podać podstawowe dane osobowe pełnomocnika do informacji Copyright Office. Copyright Office prowadzi dostępny publicznie, w tym przez Internet, katalog pełnomocników desygnowanych przez dostawców usług³². Zalety takiego unormowania dostrzega P. Litwiński, podkreślając, że zapobiega ona świadczeniu usług przez podmioty anonimowe³³.

Jak już zostało wspomniane, zasadniczą wadą regulacji unijnej oraz polskiej jest brak konkretyzacji, czyli odpowiedniej procedury umożliwiającej walkę z nielegalnymi materiałami umieszczanymi w sieci. Naprzeciw tym problemom stają unormowania regulujące tzw. procedurę *notice and takedown* zawarte w § 512 DMCA. Aby wywarła ona skutek prawny,

musi zostać spełnionych wiele kryteriów. Podstawowym jest odpowiednia forma, a konkretniej forma pisemna. Bez różnicy jest jednak, czy podmiot uprawniony do reprezentowania dysponenta praw chronionych posłuży się podpisem własnoręcznym czy elektronicznym. Do niezbędnych elementów zawiadomienia należą:

- 1) określenie, jakie dzieło bądź dzieła objęte ochroną prawną, zostały naruszone bezprawnym zachowaniem;
- 2) przedstawienie materiału, rzekomo naruszającego prawa uprawnionego do utworu bądź utworów wskazanych w pkt 1, w stosunku do którego wnosi się o usunięcie albo uniemożliwienie dostępu (informacje w tym zakresie powinny umożliwić host providerowi lokalizację bezprawnego materiału);
- 3) dane osobowe zgłaszającego umożliwiające host providerowi skontaktowanie się z nim;
- 4) oświadczenie zgłaszającego o działaniu w dobrych intencjach oraz o przekonaniu, że wskazany materiał nie został użyty przez uprawnionego, osoby działające w jego imieniu czy zgodnie z prawem oraz
- 5) oświadczenie o prawdziwości informacji zawartych w powiadomieniu i zapewnienie pod rygorem odpowiedzialności za krzywoprzysięstwo, że jest uprawniony do działania w imieniu posiadacza praw wyłącznych, które rzekomo zostały naruszone.

W przypadku niespełnienia powyższych warunków powiadomienie nie będzie skuteczne. W sytuacji jednak, w której nie są spełnione wszystkie postanowienia wymagane dla skuteczności zawiadomienia, ale są spełnione przesłanki wymienione w pkt 1–3, zawiadomienie będzie skuteczne, jeśli usługodawca podejmie niezwłocznie próbę

³⁰ DMCA Section 512 (j)(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity.

³¹ DMCA Section 512 (j)(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

³² DMCA Section 512 (c)(2) Designated agent. – The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate. The Register of Copyrights shall maintain a current directory of agents available to the public for inspection, including through the Internet, and may require payment of a fee by service providers to cover the costs of maintaining the directory.

Katalog pełnomocników dostępny jest na stronie: https://www.copyright.gov/onlinesp/list/a_agents.html.

³³ P. Litwiński, Internet: zbędna procedura, Rzeczpospolita z 19.1.2012 r., <http://archiwum.rp.pl/artykul/1113885-Internet-z-bedna-procedura.html> (dostęp z 29.6.2018 r.).

kontaktu z zawiadamiającym w celu uzyskania pozostałych informacji³⁴.

Dostawca usług, w przypadku gdy usunie bądź uniemożliwi dostęp do materiałów będących przedmiotem zawiadomienia, podejmuje odpowiednie kroki w celu poinformowania użytkownika o zaistniałej sytuacji. Takie zachowanie ISP powoduje zwolnienie go od odpowiedzialności za hostowane materiały. Zasady postępowania ustalone przez niektórych ISP przewidują możliwość usunięcia materiałów, co do których została zgłoszona wątpliwość co do zgodności z prawem, przez samych dostawców treści³⁵.

W ustawie przewidziano również mechanizmy obrony zapobiegające nadużyciom. Użytkownicy w celu obrony swych praw mogą złożyć tzw. kontr – zawiadomienie. Aby uzyskało ono skuteczność prawną, musi być ono zgodne z regulacją DMCA i zawierać:

- podpis elektroniczny bądź własnoręczny osoby zawiadamiającej;
- określenie, jakie materiały zostały usunięte bądź pozbawiono do nich dostępu ze wskazaniem ich poprzedniej lokalizacji;
- oświadczenie dostawcy treści, pod groźbą kary za krzywoprzysięstwo, że działając zgodnie z dobrą wiarą, informuje, iż materiały zostały usunięte bądź pozbawiono do nich dostępu wskutek pomyłki albo złego rozpoznania materiału będącego przedmiotem zawiadomienia;
- dane osobowe dostawcy treści i zgoda na objęcie sprawy jurysdykcją właściwego sądu oraz że użytkownik przyjmuje pisma procesowe od osoby, która dostarczyła zawiadomienie, bądź od przedstawiciela takiej osoby³⁶.

W przypadku nieotrzymania przez użytkodawcę powyższego powiadomienia zostaje on zwolniony od odpowiedzialności wobec podmiotu zlecającego usługę hostingu. W sytuacji gdy „kontr zawiadomienie” zostanie jednak złożone, host service provider będzie obowiązany w terminie 10 dni od jego otrzymania do przesłania kopii osobie zgłaszającej naruszenie wraz z informacją, że kwestionowane dane zostaną przywrócone (ISP musi przywrócić dane w terminie nie krótszym niż 10 i nie dłuższym niż 14 dni roboczych, licząc od momentu otrzymania kontr zawiadomienia). Proces przywracania hostowanych informacji nie nastąpi, jeśli pełnomocnik ISP otrzyma powiadomienie o wszczęciu przez oskarżyciela postępowania sądowego, mającego na celu wydanie nakazu powstrzymującego ponowne udostępnienie materiałów.

Zastrzeżenia co do postanowień DMCA

Regulacje „bezpiecznych przystani” oraz procedury *notice and takedown* wzbudza u wielu osób wątpliwości co do ich zgodności z wolnością użytkowników do wyrażania swoich opinii. Podkreśla się, że udostępnione informacje są często usuwane bądź dostęp do nich jest blokowany, jeszcze przed

rozpatrzeniem danej sprawy przez sędziego czy dostarczeniem powiadomienia dostawcy treści o zamierzonych działaniach dostawcy usług. Ustawa DMCA przewiduje procedurę umożliwiającą ustosunkowanie się twórcy treści na zarzuty, lecz ponowne przywrócenie do sieci zablokowanych materiałów, zgodnie z § 512 (g)(2)(C) DMCA, nie może nastąpić szybciej niż po okresie 10 dni. Powoduje to często znaczną utratę wartości informacji, które powinny być opublikowane niezwłocznie³⁷. Nierzadko materiały są usuwane przez hostingodawców

³⁴ (3) Elements of notification:

(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.

(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(B)(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).

³⁵ G.J. Pacek, Wybrane zagadnienia..., s. 19.

³⁶ (3) Contents of counter notification. –To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:

(A) A physical or electronic signature of the subscriber.

(B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled.

(C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.

(D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person.

³⁷ R. Polk Wagner, DMCA's Safe Harbor Is Dangerous For Business, Introduction to Intellectual Property Law & Policy, 2007 za: T. Dangnam, Internet Service Provider liability for third-party copyright infringement A comparative study between US and EU approaches, s. 68, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96103> (dostęp z 29.6.2018 r.).

po bardzo krótkiej bądź żadnej analizie. Swoista nadgorliwość podejmowana w celu uniknięcia ryzyka pociągnięcia do odpowiedzialności (cechuje to też system europejski) może wywołać tzw. *chilling effect* wobec podmiotów prowadzących działalność przez Internet, obawiających się pozbawienia ich dostępu do sieci przez dwa tygodnie³⁸.

Wydaje się, że większą uwagę powinno się również zwracać w stronę samych posiadaczy praw autorskich. Wielokrotnie bowiem dochodziło do nadużywania przez nich prawa, działania bez zastanowienia nad legalnością treści umieszczonych w sieci. Każde najmniejsze zachowanie, dotyczące chronionych praw autorskich, było rejestrowane, a następnie stawało się przedmiotem zawiadomienia. W samej ustawie DMCA znajdują się stosowne przepisy mówiące o odpowiedzialności w przypadku nieuzasadnionego żądania zablokowania wskazanych treści. W praktyce jednak przepisy te nie były często stosowane³⁹. Nadzieję na rozstrzygnięcie tego problemu przyniosło orzeczenie *Lenz* przeciwko Universal Music Corp.

W powyższej sprawie spór toczył się wokół wykorzystania w nagraniu udostępnionym w serwisie YouTube fragmentu piosenki Prince'a⁴⁰. S. *Lenz* zauroczona zachowaniem swojego dziecka, podrygującego w rytm muzyki wspomnianego artysty, postanowiła nagrać krótki filmik z jego udziałem, a następnie udostępnić go poprzez serwis YouTube. Szybko zdobył popularność, zainteresowało się nim również wydawnictwo Universal. Mimo że nagranie w żaden sposób nie przypominało profesjonalnie tworzonych utworów audiowizualnych, a sama piosenka była zagłuszona przez liczne szumy, wspomniane wydawnictwo rozpoznało w nim złamanie praw autorskich i złożyło zawiadomienie o stwierdzonym naruszeniu. *Stephanie Lenz*, nie chcąc pogodzić się z koniecznością usunięcia filmiku, wraz z organizacją Electronic Frontier Foundation, która zdecydowała się udzielić pomocy matce, skierowała sprawę do sądu. Strona powodowa podtrzymywała, że wykorzystanie utworu objętego ochroną prawa autorskiego nastąpiło w ramach tzw. dozwolonego użytku. Sąd przyznał rację stronie powodowej, uznając, że posiadacze praw autorskich obowiązani są do działania z większą rozważką przy posługiwaniu się procedurą *notice and takedown* oraz rozpatrzenia uprzednio, czy rozpowszechnianie danych treści nie mieści się w zakresie instytucji dozwolonego użytku. Jednocześnie nie przyznał racji stronie pozwanej, twierdzącej, że odszkodowanie należy się jedynie w sytuacji stwierdzenia uszczerbku majątkowego⁴¹.

Wyrok ten jest istotny z dwóch zasadniczych powodów. Biorąc pod uwagę zjawisko dyfuzji regulacji prawnych, można zauważyć, że znaczna część państw, w tym posługujących się kontynentalnym systemem prawnym, przenosi rozwiązania przyjęte w DMCA do swojego ustawodawstwa. O ile system anglosaski opiera się w znacznej mierze na precedensach sądowych, o tyle np. w państwach kontynentalnej

Europy niezbędne są konkretne i łatwe do zastosowania procedury. Orzeczenie to jest również ważne z tego powodu, że dotyczy zachowań powszechnie spotykanych w sieci. Z serwisu YouTube korzysta ponad miliard użytkowników⁴², a co najmniej 85 tysięcy nowych nagrań codziennie⁴³ jest udostępnianych na tę platformę⁴⁴. Wyrok w tej sprawie pozwala na swobodne umieszczanie swoich utworów, bez troski, czy jakieś powiązane ze sobą dźwięki stanowiące jedynie tło naruszają prawa autorskie.

Procedura notyfikacyjna w systemie europejskim. Propozycje zmian w polskim porządku prawnym

Argument stanowiący, że o wyważeniu interesów i oczekiwań stron komunikacji elektronicznej, gdy chodzi o zapewnienie należytej ochrony, świadczy brak istniejącej satysfakcji po żadnej z nich, nie wydaje się przekonywać. W tym celu podjęto próby konkretyzacji istniejących procedur powiadamiania usługodawców o materiałach naruszających prawo oraz blokowania do nich dostępu. Spośród krajów członkowskich Unii pierwsze przepisy normujące omawiane zagadnienia zostały przyjęte w fińskim porządku prawnym⁴⁵. Parę lat później pierwsze próby regulacji tej materii podjął polski ustawodawca. Zbiegło się to w czasie z próbami wprowadzenia ACTA⁴⁶. Społeczeństwo obawiało się, że jest to kolejna próba wprowadzenia cenzury. Strach ten wynikał jednak z niewiedzy i zdaje się pewnego przewrażliwienia na zachowania ingerujące w jakikolwiek sposób w szeroko ujętą sferę wolności. Pierwsza próba konkretyzacji procedury *notice and takedown* skończyła się niepowodzeniem, projekt został wycofany w I kwartale 2013 r.⁴⁷.

³⁸ *Ibidem*, s. 69.

³⁹ M. Maj, Sąd: Nie można bezmyślnie usuwać filmów z YouTube. Dozwolony użytek się liczy, <http://di.com.pl/sad-nie-mozna-bezmyslnie-usuwac-filmow-z-youtube-dozwolony-uzYTEK-sie-liczy-53055> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁴⁰ Zob. w serwisie YouTube nagranie pt. Let's Go Crazy #1, <https://www.youtube.com/watch?v=N1KfjHFWlhQ> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁴¹ M. Maj, Sąd: Nie można...

⁴² Stan na 27.2.2017 r.

⁴³ Stan na 2010 r.

⁴⁴ Statystyki pochodzą ze strony: <https://pl.wikipedia.org/wiki/YouTube> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁴⁵ Przepisy zostały zamieszczone w Act on provision of information society services (458/2002), <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2002/en20020458.pdf> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁴⁶ Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA (pol. Umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrabianymi) – porozumienie wielostronne, mające ustalić międzynarodowe standardy w walce z naruszeniami własności intelektualnej. Przedmiotem regulacji są kwestie obrotu podrabianymi dobrami, zasady handlu lekami generycznymi oraz problem rozpowszechniania dzieł prawnie chronionych poprzez Internet (tzw. piractwo medialne) – definicja pochodzi z serwisu internetowego Wikipedia, https://pl.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁴⁷ Wykaz prac legislacyjnych zob. <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r193,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-swiadczeniu-uslug-droga-elektroniczna-oraz-ust.html> (dostęp z 29.6.2018 r.).

W tym podrozdziale zostaną przedstawione przypadki stosowania dyrektywy e-commerce w praktyce sądowej oraz przyczyny, które doprowadziły do tego, że ustawodawcy europejscy ponownie zwrócili wzrok w kierunku amerykańskich rozwiązań prawnych. Zostanie również przedstawiony obecny projekt ustawy zmieniający ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną, konkretyzujący procedurę informowania i blokowania dostępu do treści łamiących prawo.

Odpowiedzialność hostingodawców w praktyce sądów europejskich

W sprawie SABAM przeciwko Tiscali (Scarlet) rozpatrywanej przed sądem w Belgii przedmiot postępowania stanowiła możliwość nałożenia na dostawcę usług obowiązków kontrolnych. W zapadłym orzeczeniu pozwany Tiscali (który następnie został przejęty przez Scarlet Extender S.A.) został obciążony powinnością zastosowania środków technicznych powstrzymujących udostępnianie przez użytkowników na prowadzonej stronie internetowej tzw. pirackiej muzyki. Pozwany odwołał się, argumentując, że nakładanie powszechnego obowiązku kontroli na dostawcę usług jest sprzeczne z postanowieniami art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym. Sąd apelacyjny zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czy istnieje możliwość, poprzez nakaz sądu krajowego, nakładania na dostawcę powinności zastosowania odpowiednich filtrów w celu powszechnej, prewencyjnej kontroli przesyłanych materiałów w celu wyeliminowania nielegalnej wymiany plików. Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł, że takie postępowanie jest niezgodne z art. 15 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym, zgodnie z którym: państwa członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12, 13 i 14 ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność⁴⁸.

Warto w tym miejscu przytoczyć również wyrok ETPCZ w sprawie: Delfi przeciwko Estonii z 2013 r. Delfi AS jako administrator portalu internetowego został pozwany za zniesławiające komentarze użytkowników zamieszczone pod artykułem dotyczącym przedsiębiorstwa żegluga promowej SLK. Artykuł odnosił się do decyzji o ustaleniu nowej trasy kursowania promów na poszczególne wyspy. Zmiana trasy przyczyniła się, wskutek łamania lodów, do opóźnień w korzystaniu z tańszych (w stosunku do stosowania transportu promowego) i bardziej dogodnych dróg po zamrzniętych wodach. Właściciel SLK domagał się od hostingodawcy usunięcia naruszających dobre imię komentarzy oraz kwoty 320 tysięcy euro tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Administrator witryny internetowej po uzyskaniu

informacji o treściach naruszających dobra osobiste niezwłocznie usunął stosowne komentarze, zadośćuczynienia jednak nie zamierzał uiścić. Sprawa została skierowana przez SLK do sądu, który obciążył odpowiedzialnością za zachowania użytkowników dostawcę usług i nałożył na niego karę w wysokości 320 euro. Sąd Najwyższy oddalił apelację pozwanego. Dla zrozumienia postępowania sądów estońskich warto dodać, że uznały podmiot Delfi AS nie za pośredniczącego dostawcę usług internetowych, (hostingodawcę), a za osobę pełniącą funkcję wydawcy, przez co ponoszącą odpowiedzialność na równi z bezpośrednimi naruszcicielami⁴⁹. Pozwany twierdził, że wyrok narusza art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Założył bowiem, że wymagania, jakie zostało nałożone na ISP, są równoważne z zastosowaniem cenzury prewencyjnej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swym orzeczeniu przyjął, że ograniczenie wolności słowa w omawianym przypadku nie stanowi pogwałcenia prawa i jest proporcjonalne. Estoński portal internetowy nie zastosował bowiem żadnych środków chroniących przed łamaniem prawa w sieci, komentarze były wysoce niestosowne, podmiot pozwany czerpał zyski z takiej działalności oraz zagwarantował anonimowość dostawcom treści. Nie odniósł się w żaden sposób do unormowania wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług internetowych zamieszczonych w dyrektywie i akcie ją implementującym⁵⁰.

Można zauważyć, że pomimo zamierzonego skutku, w postaci złagodzenia odpowiedzialności dostawców usług hostingowych, orzecznictwo państw członkowskich często rozszerzało jej zakres. Sami dostawcy usług, w obawie przed pociągnięciem do odpowiedzialności, stali się bardziej ostrożni, nierzadko nadmiernie reagując na informacje o bezprawnym charakterze przechowywanych danych⁵¹.

Pozornie odmienne stanowisko od zaprezentowanego w sprawie Delfi Europejski Trybunał Praw Człowieka zajął w sprawie skargi Magyar Tartalomsgálátók Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom⁵². W serwisie Magyar Tartalomsgálátók Egyesülete został opublikowany artykuł dotyczący spółki zajmującej się publikowaniem ofert nieruchomości. Następnego dnia po opublikowaniu tekst został

⁴⁸ P. Dudek, Przegląd kluczowych zagadnień zapadłych w różnych krajach w sprawach związanych z sieciami peer to peer, *Palestra* 2013, Nr 7–8, s. 207–208.

⁴⁹ Estonia jako kraj będący członkiem UE jest związana postanowieniami dyrektywy e-commerce.

⁵⁰ Zob. https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2013/10/Omowienie_orzeczenia_Delfi_przeciwko_Estonii.pdf (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁵¹ Tak np. w sprawie Totalise PLC przeciwko Motles Fool Ltd, <https://www.out-law.com/page-8693> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁵² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Magyar Tartalomsgálátók Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom z 2.2.2016 r., skarga Nr 22947/13, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/06/Omowienie_orzeczenia_Magyar_Tartalomsgalattok_Egyesulete_i_Indexhu_Zrt_przeciwko_Wegrom.pdf (dostęp z 29.6.2018 r.).

przekopiowany i umieszczony na stronie prowadzonej przez Index.hu. Przedsiębiorca, którego dotyczył wyżej wskazany tekst, oferował 30-dniowy okres rzekomo bezpłatnego korzystania ze świadczonych usług, po którym żądał od klientów, bez wcześniejszego uprzedzenia, zapłaty jako należność za prowadzoną reklamę. W samym artykule ani razu nie pojawiła się nazwa spółki. Pod opublikowanymi opiniami o działalności spółki zajmującej się obrotem nieruchomości, a także na witrynie samej spółki, zaczęły pojawiać się liczne nieprzychylnie komentarze, konkretyzujące też podmiot odpowiedzialny za wprowadzanie konsumentów w błąd.

Istotne w tej sprawie jest również, że oba podmioty umożliwiały na prowadzonych stronach skorzystanie w łatwy sposób z procedury notice and takedown, jednak spółka nie zdecydowała się tej możliwości wykorzystać. Po wytoczeniu procesu przez spółkę administratorzy serwisów natychmiast usunęli komentarze mogące naruszać dobre imię powoda. Węgierski sąd uznał winę dostawców usług, twierdząc, że dysponowali technicznymi możliwościami weryfikacji zamieszczanych komentarzy. Umożliwienie wprowadzenia na prowadzoną stronę internetową komentarzy naruszających czyjeś dobra osobiste jest jednoznaczne z przyczynieniem się do zaistniałego naruszenia. Zasądził jednocześnie kwotę 75 tys. forintów od każdego z pozwanych tytułem zwrotu kosztów. Skarga konstytucyjna w tej sprawie została odrzucona. Węgierski Sąd Najwyższy wskazał, że w przypadku udostępnienia na prowadzonej witrynie usługi komentowania hostingodawca musi liczyć się z przyjęciem odpowiedzialności za naruszenia prawa popełnione przez użytkowników.

Pozwani zdecydowali się skierować sprawę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zarzucając rozstrzygnięciom węgierskich sądów, na podstawie art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, naruszenie zasady wolności wypowiedzi. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że węgierskie sądy uchybiły postanowieniom zawartym w Konwencji. Trybunał przyznał rację skarżącym, potwierdzając, że w rozpatrywanej sprawie miało miejsce naruszenie zasady wolności wypowiedzi. Zauważył jednocześnie, że opublikowane komentarze mają wydźwięk negatywny, ale nie można ich utożsamiać z mową nienawiści. Odpowiedzialność portali z tytułu naruszenia dóbr osobistych uznał za dyskusyjną. ETPCz swoje stanowisko uargumentował tym, że dostawcy usług podjęli bezzwłoczne działania zmierzające do usunięcia kwestionowanych materiałów po uzyskaniu informacji o rzekomym naruszeniu. Trybunał ponadto wskazał, że spółka powinna w pierwszej kolejności dążyć do zaspokojenia swoich roszczeń od osób bezpośrednio odpowiedzialnych za opublikowane wpisy. Podsumowując, ETPCz orzekł, że administratorzy strony nie popełnili naruszenia prawa, w związku z czym wymierzona wobec nich kara nie znajduje żadnej podstawy.

Trybunał w przedstawionym orzeczeniu podkreślił, że negatywne komentarze, w odróżnieniu od tych, o których

była mowa w sprawie Delfi, odnosiły się do spółki, a nie osoby fizycznej. Kolejną cechą różnicującą było natężenie negatywnych emocji zawartych w kwestionowanych wpisach. Komentarze umieszczanych pod opiniami udostępnionymi przez Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt, mimo ich krytycznego w stosunku do spółki charakteru, nie można jednak identyfikować z mową nienawiści. Każdy podmiot ponadto miał możliwość skorzystania z procedury notice and takedown. Celem działalności pozwanych dostawców usług było nakreślenie szkodliwej dla konsumentów postawy, a nie zdobycie popularności i związanych z tym korzyści finansowych. Nie bez znaczenia dla ETPCz było pozbawienie użytkowników poczucia anonimowości, przez wprowadzenie obowiązkowej rejestracji. Te różnice spowodowały, zdaniem Trybunału, że sytuacja dostawców usług hostingowych w obu sprawach znacząco się różni.

Sytuacja dostawców usług nadal nie wydaje się całkowicie klarowna. Granica pomiędzy tym, co jest obraźliwe, a tym, co stanowi mowę nienawiści, wydaje się nierzadko płynna. Wiele zależy od okoliczności danego przypadku, a być może też składu sądu orzekającego. *Natalia Zawadzka* zwraca uwagę, że w sprawie Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom orzekali sędziowie, którzy zgłosili zdania odrębne do wcześniejszego orzeczenia w sprawie Delfi⁵³. W swoim orzeczeniu ETPCz wskazał konieczność wyważenia, w kontekście odpowiedzialności dostawców usług internetowych, takich wartości, jak wolność wypowiedzi oraz ochrona reputacji (dobrego imienia) danego podmiotu. ETPCz podkreślił rolę portali internetowych, polegającą na umożliwieniu swobodnego komunikowania się użytkowników i wyrażania swoich opinii, dla funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego. Obciążenie odpowiedzialnością host providers mogłoby doprowadzić do tzw. efektu mrożącego wolność wypowiedzi w Internecie.

Europejski Trybunał Praw Człowieka zwrócił ponadto uwagę na znaczenie treści regulaminów. Szczególną doniosłość w ustaleniu sytuacji prawnej usługodawcy miałyby pełnić postanowienia zakazujące udostępniania wpisów naruszających prawa osób trzecich oraz tzw. klauzule komunikujące o wyłączeniu odpowiedzialności hostingodawcy za bezprawne działania użytkowników.

Trybunał przedstawił opinię, że skutecznie działająca procedura powiadamiania i usuwania rzekomo bezprawnych treści jest narzędziem wystarczającym do zagwarantowania poszanowania praw oraz interesów ogółu zainteresowanych podmiotów. Jedynie w przypadku, gdy zamieszczane wpisy są na tyle obelżywe i nienawistne, że należy je rozpoznawać jako mowę nienawiści, lub wiążą się z bezpośrednim zagrożeniem

⁵³ *N. Zawadzka*, ETPCz łagodniej o odpowiedzialności administratorów portali, <https://portalprawait.com/entry/etpcz-lagodniej-o-odpowiedzialnosc-administratorow-portali> (dostęp z 29.6.2018 r.).

naruszenia nietykalności cielesnej, praw oraz interesów innych osób czy całego społeczeństwa, administratorzy portali internetowych mogą zostać zobowiązani do podjęcia działań w celu bezzwłocznego pozbawienia dostępu do oczywiście bezprawnych treści, mimo braku uzyskania zawiadomienia w tym przedmiocie. W przypadku braku podjęcia odpowiednich działań, we wskazanej wyżej sytuacji wykazania uzyskiwania bezpośrednich korzyści z działalności bezprawnej lub zapewnienia anonimowości podmiotom naruszającym prawo, istnieje możliwość pociągnięcia usługodawcy do odpowiedzialności prawnej.

Procedura notyfikacyjna w europejskim porządku prawnym

Procedura polegająca na zawiadamianiu oraz blokowaniu dostępu do określonych treści nie została objęta zakresem normowania dyrektywy o handlu elektronicznym. Zgodnie jednak z pkt 40 preambuły: dyrektywa powinna stworzyć podstawę odpowiednią dla opracowania szybkich i niezawodnych procedur pozwalających na usuwanie lub uniemożliwienie dostępu do bezprawnych informacji; należy opracować takie mechanizmy na podstawie umowy dobrowolnej negocjowanej między wszystkimi zainteresowanymi stronami, które byłyby wspierane przez państwa członkowskie; przyjęcie oraz zastosowanie takich mechanizmów leży w interesie wszystkich stron, które uczestniczą w świadczeniu usług społeczeństwa informacyjnego; przepisy niniejszej dyrektywy odnoszące się do odpowiedzialności nie powinny stanowić przeszkody w rozwoju i w skutecznym wykorzystywaniu, przez różne strony, systemów technicznych ochrony i identyfikacji, jak też instrumentów technicznych nadzoru możliwych dzięki technologiom cyfrowym w ramach ograniczeń ustanowionych przez dyrektywy 95/46/WE oraz 97/66/WE. Sama jednak procedura polegająca na powiadomieniu oraz usunięciu bezprawnych treści nie znalazła się w zakresie normowanym przez dyrektywę.

Brak wypracowania odpowiedniego sposobu postępowania niewątpliwie skutkuje mniejszą ochroną, a co za tym idzie – pewnością prawną ISP. Ustawa DMCA ustanawia procedurę, która jest dokładna (przez bardziej precyzyjne określenie praw i obowiązków) i rozstrzygająca o odpowiedzialności dostawców usług. Powoduje to, że w systemie amerykańskim hostingodawcy cieszą się większą ochroną od tej zapewnianej przez dyrektywę e-commerce.

Nie oznacza to jednak, że państwa członkowskie zostały pozbawione możliwości skonstruowania w ramach własnych porządków prawnych odpowiedniego toku postępowania. Pierwszym państwem, które zdecydowało się na wprowadzenie odpowiedniego systemu notyfikacyjnego, była Finlandia. W *Act on provision of information society services* zo-

stała unormowana kompleksowa procedura zawiadamiania o udostępnieniu w Internecie materiałów bezprawnych oraz blokowania do nich dostępu. Odnosi się ona jedynie do naruszenia praw autorskich i pokrewnych. Stosowne zawiadomienie może pochodzić zarówno od podmiotu dotkniętego bezprawnym zachowaniem w sieci, jak i od osoby trzeciej. Warunek konieczny skuteczności zawiadomienia stanowi umieszczenie w nim nazwiska i danych kontaktowych osoby zgłaszającej. W przypadku zaistnienia braków została przewidziana odpowiednia procedura ich uzupełnienia. Osoba bezpośrednio odpowiedzialna za umieszczenie materiałów łamiących prawo w terminie 14 dni od powiadomienia jej o tym fakcie ma możliwość przedstawienia własnych zarzutów zawiadamiającemu, przesyłając równocześnie kopie usługodawcy. Podmioty składające fałszywe informacje są obciążane obowiązkiem naprawienia szkody. Przesłanką zwalniającą od odpowiedzialności jest udowodnienie przez składającego, że posiadał istotne podstawy, by uznać określone informacje za prawdziwe bądź informacje nieprawdziwe są mało istotne⁵⁴. Odpowiednie kroki w tym zakresie podjęły również Węgry, Wielka Brytania, Włochy oraz Francja.

Oprócz znanej z DMCA procedury *notice and takedown* rozważane są również inne sposoby działania, mające na celu sprawne usunięcie bezprawnych treści. Proponowane w tym zakresie są takie modele postępowania, jak: *notice-and-stay* oraz *stay-and-stay*. W ramach pierwszej wskazane w zawiadomieniu materiały byłyby usuwane z sieci, a dostawca treści nie miałby możliwości żądania ich przywrócenia. Zgodnie z drugą koncepcją, ISP byłby obowiązany poinformować dostawcę treści o uniemożliwieniu dostępu do wprowadzonych danych (został on w części wprowadzony do polskiego porządku prawnego)⁵⁵.

Nowelizacja ustawy o świadczenie usług drogą elektroniczną – procedura *notice and takedown*

Często, w różnych artykułach odnoszących się do projektu nowelizacji ustawy o świadczenie usług drogą elektroniczną, można przeczytać, że wprowadza ona procedurę *notice and takedown*. Wydaje się, że nie jest to do końca prawdą, gdyż odpowiedni sposób postępowania już istnieje w polskim systemie prawnym, lecz jest niedokładny i budzi sporo wątpliwości przy stosowaniu. W celu zobrazowania można posłużyć się przykładem, zaprezentowanym przez G.J. Packa

⁵⁴ Zob. uzasadnienie do projektu nowelizującego ustawę o świadczenie usług drogą elektroniczną, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/10251/14519/14520/dokument54918.pdf> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁵⁵ J. Jastrzębski, Przekazywanie treści internetowych. Odpowiedzialność pośredników – stan obecny i planowane zmiany, Biuletyn Euro Info 2016, Nr 168, s. 11.

dotyczącym problemów rodzących się w trakcie postępowania po otrzymaniu wiarygodnej informacji o rzekomym naruszeniu prawa w sieci. W sytuacji uzyskania urzędowego zawiadomienia host niezwłocznie blokuje wskazane w nim treści. Sytuacja mająca miejsce po otrzymaniu przez dostawcę usług wiarygodnej wiadomości, pochodzącej od podmiotu niepublicznego, jest już bardziej złożona. Wówczas usługodawca musi poinformować dostawcę treści o zamierzeniu podjęcia kroków w celu zablokowania dostępu do rzekomo bezprawnych danych. W odpowiedzi na takie zawiadomienie osoba, która udostępniła materiały, może w sposób wiarygodny dowodzić, że jego postępowanie jest zgodne z prawem. Odpowiedź na zawiadomienie może z kolei zripostować podmiot zgłaszający naruszenie. Polska ustawa nie zawiera, w przeciwieństwie do DMCA, ograniczeń kontrakcji⁵⁶. Sytuacja ta niewątpliwie wymaga zmiany.

Już od kilku lat podejmowane są próby wprowadzenia regulacji konkretyzującej wspomniany tok postępowania⁵⁷. Prace nad nowelizacją są obecnie bardzo zaawansowane. W tym podrozdziale przybliżone zostanie, na czym prawdopodobnie powyższe zmiany będą polegać.

W dniu 22.6.2016 r. została podjęta, przez Radę do spraw cyfryzacji, uchwała w sprawie kontynuowania prac nad nowelizacją ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁸. Wznowione prace miałyby się opierać na projekcie przygotowanym i przedłożonym Radzie 29.8.2014 r. przez Departament Społeczeństwa Informacyjnego. Zgodnie z założeniami tego dokumentu, w trakcie procesu legislacyjnego powinno się rozważyć m.in. takie zagadnienia, jak: prawo do złożenia sprzeciwu przez osobę, której dane zostały usunięte, uściślenie przepisów odnoszących się do sytuacji usługodawcy, przejmującego kontrolę nad usługobiorcą, rozszerzenie odpowiedzialności dostawców usług w sytuacji posiadania przez nich wiedzy o faktach lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o bezprawnym charakterze informacji, wprowadzenie procedury *notice and takedown*, ograniczenie podmiotów, którym przysługiwałoby uprawnienie do zgłaszania naruszeń, sprecyzowanie elementów wiarygodnej informacji i sprzeciwu, wprowadzenia dobrowolności wyboru pomiędzy postępowaniem sądowym i *notice and takedown*.

Zgodnie z pismem ówczesnej Minister Cyfryzacji A. Streżyńskiej z 8.12.2017 r.: „w Ministerstwie Cyfryzacji trwają koncepcyjne prace nad nowelizacją ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. MC dostrzega bowiem rosnący problem ograniczania wolności wypowiedzi i prawa do informacji w Internecie. (...) Jedną z zakładanych zmian jest objęcie polską jurysdykcją zagranicznych serwisów społecznościowych świadczących usługi na terytorium Polski w sprawach dotyczących wolności słowa i prawa do informacji. (...) W efekcie tych zmian w przypadku naruszeń wolności słowa i prawa do informacji przez portale społecznościowe osobie

z terytorium Polski będą przysługiwały środki zaskarżenia w polskim porządku prawnym, w ramach tzw. sądów 24-godzinnych. (...) Ponadto, projektowane zmiany wprowadzają zasadę, zgodnie z którą portale społecznościowe nie będą mogły na terytorium RP ograniczać dostępu do przechowywanych danych, w szczególności z powodu linii programowej, charakteru tych danych czy też na podstawie regulaminów świadczenia usług drogą elektroniczną (...) (o ile te treści nie będą naruszać polskiego prawa)”⁵⁹.

Powyższe pismo nie zawiera informacji o planowanym terminie zakończenia prac nad ustawą.

W ostatnim czasie do sieci trafił projekt przepisów nowelizujących ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną. W dokumencie tym duży nacisk położono na to, co wydaje się największym brakiem obecnej regulacji, a mianowicie podjęto próbę konkretyzacji sposobu postępowania z bezprawnymi treściami udostępnionymi w sieci⁶⁰. Należy jednak podkreślić, że w myśl projektu procedura *notice and takedown* stanowiłaby jedną z alternatywnych dróg rozwiązania konfliktu. Nieskorzystanie z tego toku postępowania nie stanowiłoby przeszkody do wniesienia powództwa do sądu. Jednak nie będzie możliwe jednoczesne wykorzystanie obu rozwiązań.

Największą uwagę skupiają postanowienia odnoszące się do wiarygodnej wiadomości oraz sprzeciwu. W planowanej nowelizacji określono: podmioty, którym ten środek by przysługiwał, elementy, które muszą zawierać oba pisma, terminy dla usługodawcy, w ramach których mieliby je odrzucić z powodu niezachowania elementów ustawowo określonych, jak też czas na reakcję usługobiorcy po otrzymaniu od hostingodawcy wiarygodnej wiadomości.

W sytuacji otrzymania przez usługobiorcę wiarygodnej wiadomości o naruszeniu prawa, zawierającej wszystkie elementy określone przez ustawę, hostingodawca stawałby się obowiązany do zablokowania dostępu do wskazanych treści. Dla usługobiorcy została przewidziana możliwość kontrakcji, w postaci możliwości wniesienia sprzeciwu. Zgodnie z planowanymi zmianami, w powyższej sytuacji, od uznania hosta zależałoby, czy uzna sprzeciw i przywróci dostęp do zablokowanych materiałów, czy odrzuci, nie podejmując dalszych działań. Na administratorze, w sytuacji odrzucenia sprzeciwu, spoczywałby jedynie obowiązek poinformowa-

⁵⁶ G.J. Pacek, Wybrane zagadnienia..., s. 21.

⁵⁷ Pierwszy projekt ustawy konkretyzującej procedurę *notice and takedown* w polskim porządku prawnym został opublikowany 10.11.2011 r.

⁵⁸ Zob. <https://mc.bip.gov.pl/fobjects/download/146643/uchwala-nr-19-rady-do-spraw-cyfryzacji-i-protokol-z-glosowania-pdf.html>. (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁵⁹ Pismo Ministra Cyfryzacji A. Streżyńskiej z 8.12.2017 r. dotyczące pisma z 24.11.2017 r. Posła na Sejm RP A. Andrzejewicza w sprawie nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (interpelacja Nr 16992).

⁶⁰ Zob. <http://bi.gazeta.pl/im/7/22271/m22271017,USTAWA.pdf> (dostęp z 29.6.2018 r.).

nia użytkownicy, o przysługującej mu, wobec zgłaszającego naruszenie, drodze sądowej oraz udostępnienia jego danych osobowych.

Gdyby dostawca treści zdecydował się wystąpić na drogę sądową, sąd byłby obowiązany do pracy w szczególnym trybie. W jednym z wywiadów ówczesna minister cyfryzacji pokreśliła, że „natura Internetu nie znosi dłuższych przerw w byciu online”⁶¹. Idea tzw. sądów 24-godzinnych nie jest czymś nowym w polskim systemie prawnym i została uprzednio wprowadzona na grunt postępowania karnego⁶². Cechą wyróżniającą postępowanie przyspieszone, w ramach analizowanego projektu, stanowią 24-godzinne terminy. Usługobiorca będzie dysponował takim okresem od chwili powzięcia wiadomości o: nieuzasadnionym ograniczeniu lub utrudnieniu w dostępie do świadczonych przez hostingodawców usług bądź zastosowaniu względem jego wypowiedzi cenzury, by wnieść wniosek o zaprzestanie takich działań. Wniosek powinien zawierać elementy określone w projektowanej ustawie. Doręczenia pism uczestnikom i pism sądowych miałyby się odbywać za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wniosek, sąd niezwłocznie przesyłałby do usługodawcy, który byłby obowiązany do udzielenia na niego odpowiedzi w terminie 24 godzin. Po upływie okresu wskazanego w zdaniu poprzednim sąd przystępowałby do rozpatrzenia przedłożonego konfliktu. Orzeczenia zapadałyby przed upływem jednej doby. W tym samym czasie, liczonym od momentu otrzymania postanowienia, strony mogłyby wystąpić z apelacją. Sąd II instancji również dysponowałby okresem 24 godzin na rozstrzygnięcie sprawy.

Powyższa koncepcja postępowania przyspieszonego wydaje się, że może być trudna do realizacji. Na gruncie procedury karnej mamy do czynienia ze sprawcami złapanymi na gorącym uczynku, w szczególności w sprawach dotyczących: kradzieży, wandalizmu, kierowców prowadzących pod wpływem alkoholu, czynów chuligańskich⁶³.

W omawianym projekcie, jak też projekcie nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, który został opublikowany w 2011 r., usługodawca nie został objęty ochroną, w postaci zwolnienia od odpowiedzialności, w przypadku gdy zdecyduje się, na skutek sprzeciwu, udostępnić ponownie wskazane w zawiadomieniu dane. Krytycznie do takiego uregulowania tej kwestii, choć w odniesieniu do wcześniejszego projektu nowelizacji, odnieśli się: M. Kępiński, J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska oraz R. Sikorski, wskazując, że takie ukształtowanie *put back procedure* doprowadzi do sytuacji, w której hostingodawcy, obawiając się pociągnięcia ich do odpowiedzialności, nie będą starali się jej stosować. W każdym przypadku gdy zawiadomienie będzie spełniać warunki formalne wskazane treści będą blokowane. Doprowadzi to do swoistej cenzury prewencyjnej. Przepisom tym stawiany jest zarzut braku wystarczającej ochrony osób, których naruszenie w sieci dotyka, oraz sprzeczności

z zasadami wolności słowa i zakazu wprowadzania cenzury prewencyjnej⁶⁴.

Kolejną wartą uwagi zmianę stanowi nałożony na usługodawców obowiązek umieszczania, na prowadzonych przez siebie stronach internetowych, formularza wiarygodnej wiadomości, zawierającego ustawowo określone informacje. Warto w tym miejscu przyrzeć się działalności największej platformy komunikacyjnej na świecie, jaką jest Facebook. Według punktu 4 podpunktu 10 regulaminu portalu: w przypadku wybrania przez użytkownika nazwy użytkownika lub podobnego identyfikatora dla konta lub strony, Facebook zastrzega sobie prawo do usunięcia lub odebrania go w razie potrzeby⁶⁵. Wśród przykładów podawany jest przypadek bezprawnego wykorzystania znaku towarowego. W pkt 5 ppkt 1 i 2 regulaminu możemy przeczytać, że Facebook dba o to, by umieszczane na portalu treści były zgodne z prawem, i podejmuje w tym celu odpowiednie działania. Najbardziej istotne w kontekście rozpatrywanego problemu jest, że serwis udostępnia specjalny formularz, który umożliwia zgłoszenie wszelkich naruszeń prawa autorskiego oraz prawa do znaku towarowego. Rozwiązanie takie stanowi ogromną zaletę, gdyż przedsiębiorca bądź inna osoba, której prawo zostało naruszone, posiada skuteczne narzędzie umożliwiające niezwłoczne usunięcie bezprawnych informacji.

Inne proponowane zmiany

Zgodnie z projektem nowelizującym ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną dostawcy usług zostaną obciążeni odpowiedzialnością odszkodowawczą, gdy posiadając wiedzę, z której wynika w sposób oczywisty bezprawny charakter przechowywanych przez usługobiorcę danych lub związanej z tymi danymi działalności, nie uniemożliwi niezwłocznie do nich dostępu.

Ponadto zagraniczne portale internetowe, prowadzące działalność na obszarze Polski, zostaną podporządkowane polskiej jurysdykcji w zakresie spraw odnoszących się do ochrony wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. W dodatku usługodawcy nie będą mogli ograniczać ani utrudniać dostępu do świadczonych przez siebie usług, dystrybucji przekazanych

⁶¹ Wywiad z 6.11.2017 r. z A. Streżyńską, <http://wyborcza.pl/10,-155168,22611125,24-godzinne-sady-beda-rozstrzygac-co-jest-hejtem-a-co-fake.html> – zmian omawianej procedury dotyczy fragment nagrania pomiędzy 7 a 13:20 minutą (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁶² Postępowanie przyspieszone zostało wprowadzone ustawą z 16.11.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 226, poz. 1648).

⁶³ W postępowaniu przyspieszonym rozpoznawane są sprawy, w których prowadzi się dochodzenie – art. 325b w zw. z art. 517b KPK.

⁶⁴ M. Kępiński (red.), Własność intelektualna w obrocie elektronicznym. T. V, Warszawa 2015, s. 14–15.

⁶⁵ Zob. Regulamin portalu internetowego Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (dostęp z 29.6.2018 r.).

do rozpowszechniania komunikatów lub rzeczowych wypowiedzi wytwarzanych przez usługobiorców, z powodu ich linii programowej, treści albo regulaminów świadczenia tych usług. Dotyczyć to miałyby również dzienników, czasopism lub innych publikacji prasowych.

Podsumowanie

K. Szymielewicz, odnosząc się do powyższego projektu, jest zdania, że jest to krok w dobrą stronę, choć same przepisy są jeszcze niedopracowane. Podkreśla, że każdy, jeśli działa zgodnie z prawem, powinien dysponować równym dostępem do społecznej infrastruktury komunikacyjnej, jaką tworzy np. portal Facebook. Taka regulacja jest bardzo istotna z punktu widzenia ograniczenia arbitralności działania dostawców usług internetowych⁶⁶. Mimo, że nie istnieje jeszcze oficjalny projekt, a powyższy dokument nazywany był przez A. Streżyńską jedynie roboczym (prawdopodobnie został ujawniony w trakcie przeprowadzania konsultacji społecznych), wiele wskazuje, że unormowania tej płaszczyzny stosunków społecznych pojawią się niebawem w polskim porządku prawnym. W rozmowie z portalem 300polityka.pl ówczesna Minister Cyfryzacji podkreśliła, że rozwiązanie problemu rozpowszechniania błędnych informacji, blokowania kont z powodu poglądów i wypowiedzi niewpisujące się w politykę serwisu jest oczekiwane przez „obywateli, przedsiębiorców oraz organizacje pozarządowe, a powyższa materia stanowi obszar intensywnej analizy”⁶⁷.

Całkiem innego zdania na temat proponowanych zmian jest P. Litwiński. Uważa, że planowane rozwiązania są niemożliwe do zrealizowania. Dostawcy usług internetowych są podmiotami prywatnymi, które przeznaczają odpowiednie środki na utrzymanie swoich portali. Wprowadzenie rozpatrywanych postanowień projektu doprowadziłoby do sytuacji, w której hostingodawcy musieliby poważnie się zastanowić nad udostępnianiem swoich usług⁶⁸. Podkreśla, że Polska stanowi rynek o wiele mniejszy niż np. Chiny, z tego też powodu, jego zdaniem, hostingodawcom nie opłaca się podporządkowywać polskiemu systemowi prawnemu i prowadzić odrębny departament prawny⁶⁹.

Sprawne narzędzia działania są niezbędne w walce z nieprawdziwymi bądź naruszającymi czyjeś dobra informacjami. W Polsce obecnie dostęp do Internetu posiada ponad 28 milionów osób, w Europie liczba ta przekracza 659 milionów⁷⁰, skutkuje to tym, że każde naruszenie dokonane w sieci ma ogromny zasięg oddziaływania. Łatwość dostępu do Internetu i towarzyszące temu powszechne poczucie anonimowości skłaniają ludzi do podejmowania zachowań niezgodnych z prawem w przeświadczeniu o prawdopodobnym uniknięciu konsekwencji.

Wydają się słuszne działania podejmowane w kierunku doprecyzowania obecnego stanu prawnego. Najistotniejszymi zaletami proponowanych zmian są: uregulowanie, czym jest wiarygodna wiadomość poprzez określenie jej elementów oraz skonkretyzowanie procedury zgłaszania i uniemożliwiania dostępu do danych o bezprawnym charakterze. Procedura *notice and takedown* jest niezbędna w celu sprawnego radzenia sobie z bezprawnymi działaniami użytkowników, jednak dotyczy ona materii bardzo wrażliwej i delikatnej. Obecny projekt ustawy stanowi duży krok na przód, lecz wymaga doprecyzowania. Dobrym rozwiązaniem byłoby rozszerzenie zakresu wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług hostignowych także na przypadki, kiedy usługodawcy zdecydowaliby się na skutek uznania sprzeciwu przywrócić dostęp do uprzednio zablokowanych danych. Takie rozwiązanie przewiduje amerykańska ustawa DMCA. Pewnym medium na te braki mogą stać się sprawnie funkcjonujące sądy 24-godzinne.

⁶⁶ K. Szymielewicz, Zmiany w UŚUDE: odpowiedź rządu na arbitralne działania pośredników internetowych, <https://panoptykon.org/wiadomosc/zmiany-w-usude-odpowiedz-rzadu-na-arbitralne-dzialania-posrednikow-internetowych> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁶⁷ Rozmowa z A. Streżyńską, <http://300polityka.pl/news/2017/08/24/strezyńska-dla-300-nie-ograniczymy-niczyjej-wolności-w-internecie-chcemy-zrownowazyc-prawa-serwisow-i-uzytkownikow/> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁶⁸ Rozmowa z P. Litwińskim, <http://www.rp.pl/Internet/309069904-Paweł-Litwiński-o-wolności-w-internecie.html> (dostęp z 29.6.2018 r.).

⁶⁹ Zob. P. Litwiński, [w:] E. Świętochowska, Facebook nie będzie polski, *Gazeta Prawna* z 20.9.2017 r.

⁷⁰ Zob. dane statystyczne, <https://www.internetworldstats.com/stats4.htm#links> (dostęp z 29.6.2018 r.).

Słowa kluczowe: ISP, dostawcy usługi hostingowej, hosting, Internet, pośredniczący dostawcy usług internetowych, procedura notice and takedown, regulacja DMCA, ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, usługi społeczeństwa informacyjnego, usługi świadczone drogą elektroniczną, przesłanki wyłączenia odpowiedzialności, nowelizacja ustawy.

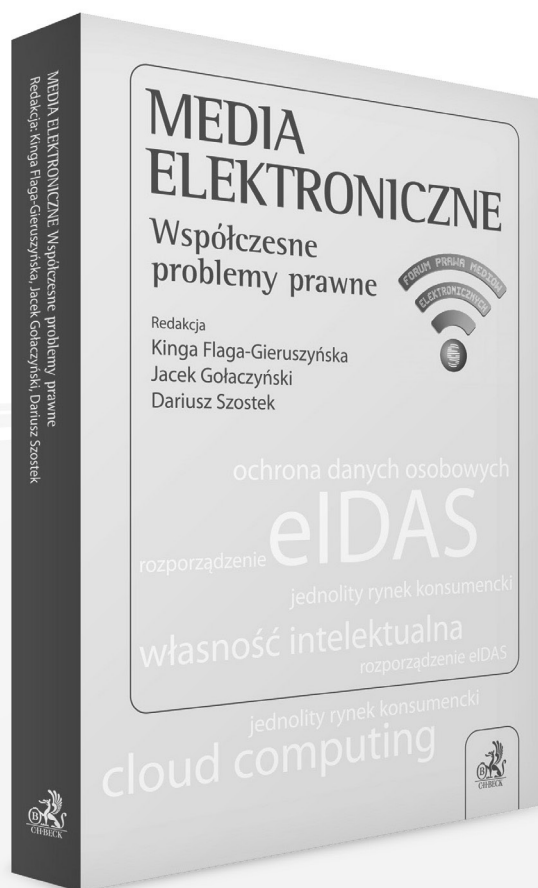
Polish regulation in the context of American legal system – procedure notice and takedown

The aim of the present study is a diagnosis of the current legal state in Poland regarding responsibility of web hosting providers. The author begins to present the issue by depicting reservations, which can be found in literature, in regard to solutions that exist in Polish legal system and which regard excepting responsibility of Internet service providers. The author will also show a real need of introducing changes, especially in regard to the procedure notice and takedown. The paper pays attention to description of proposals, of new law regulations, which appeared as answers to those needs. In order to provide broader view of the issues at hand, the author cites solutions that were approved in legislation of the United States which regard proceedings on illegal content.

Keywords: ISP, web hosting provider, hosting, the Internet, intermediary service providers, notice and takedown procedure, DMCA regulations, Act on Electronic Services, information society services, electronically supplied services, premises for excluding liability, amendment of the Act.



Media elektroniczne



Zamów:
tel. 22 31 12 222
www.ksiegarnia.beck.pl

Prawne aspekty umów elektronicznych w Chińskiej Republice Ludowej

Karolina Michulec¹

Coraz częstsze korzystanie przez obywateli UE z usług chińskich firm, takich jak Alibaba czy Aliexpress, rodzi pytania prawne dotyczące formy regulacji transakcji zawieranych za pomocą takich portali. Celem niniejszego opracowania jest opisanie funkcjonowania umów elektronicznych oraz szeroko pojętego handlu elektronicznego w Chińskiej Republice Ludowej pod względem prawnym, w tym wskazanie zarówno na niedociągnięcia, jak i zalety przyjętych w Chinach regulacji prawnych.

Uwagi wstępne

Chińska Republika Ludowa w XXI w. kojarzy się nie tylko z rozwojem, ale coraz bardziej także z innowacyjnością. Chcąc „dogonić” rozwijające się kraje zachodu, Państwo Środka stawia na rozbudowywanie i coraz częstsze użycie nowych technologii w życiu codziennym. W związku z tym koncepcja „biura bez papieru” staje się nie tylko coraz bardziej popularna, ale w niektórych przypadkach ze względu na ogromną konkurencję na chińskim rynku wręcz niezbędna. Dla firm pragnących obniżyć koszty i zwiększyć wydajność produkcji umowy elektroniczne wydają się niezwykle atrakcyjną alternatywą dla umów papierowych. Otwarcie rynku na konsumentów z całego świata skutkuje także zetknięciem się ich z handlem elektronicznym, chociażby poprzez takie portale, jak alibaba.com czy aliexpress.com.

Podstawowymi aktami prawnymi, które regulują handel elektroniczny w Chińskiej Republice Ludowej, pozostają Prawo Kontraktowe oraz uchwalone w 2004 r. Prawo o podpisie elektronicznym. Przyjęty system prawny został w dużym stopniu uzależniony od wzorców prawnych UNCITRAL w zakresie handlu elektronicznego, ustawy modelowej UNCITRAL o podpisach elektronicznych oraz Konwencji Narodów Zjednoczonych o stosowaniu komunikacji elektronicznej w kontraktach międzynarodowych². Za wzór przyjęto również ustawodawstwo UE, m.in. prawo o handlu elektronicznym w UE i dyrektywę w sprawie podpisów elektronicznych³.

Uregulowania prawne w Ustawie o Prawie Kontraktowym Chińskiej Republiki Ludowej

1. Pojęcie umowy elektronicznej

Zgodnie z art. 2 ustawy z 15.3.1999 r. o Prawie Kontraktowym Chińskiej Republiki Ludowej umowa to porozumienie pomiędzy osobami fizycznymi, osobami prawnymi lub innymi organizacjami o porównywalnym statusie, w celu ustanowienia, zmiany lub realizacji praw i zobowiązań cy-

wilnych. Definicję zawartą w chińskim „kodeksie cywilnym” można określić jako bardzo ogólną, przez co pojęcie umowy w Państwie Środka ma szerokie zastosowanie. Rozdział II tejże ustawy określa jednak, jaką formę mogą przyjmować umowy. Zgodnie z art. 10 umowa może zostać zawarta w formie pisemnej, w formie ustnej, a także w innej formie. Umowa powinna zostać zawarta na piśmie, jeżeli wymaga tego odpowiednie prawo lub rozporządzenie administracyjne. Z przywołanego przepisu wynika, że prawo dopuszcza także formę elektroniczną, co zostało wprost ujęte w kolejnych przepisach. Prawo Kontraktowe definiuje bowiem formę pisemną również jako:

- przedwstępne porozumienie zawierające prawne postanowienia przyszłej umowy,
- listy, pisma lub
- wiadomość elektroniczną, która została określona poprzez wymienienie w ustawie urzędzeń, za pomocą których wiadomość może zostać wysłana, tj. telegram, teleks, faks, elektroniczna wymiana danych, poczta elektroniczna.

Wymieniony katalog nie jest jednak zamknięty, przy czym cechą wspólną wszystkich form pisemnych dopuszczalnych w chińskim prawie musi być możliwość wyrażenia treści w namacalnej formie. Na podstawie tych informacji umowę elektroniczną w Chińskiej Republice Ludowej możemy zdefiniować jako pisemną formę umowy składającą się z przesyłanych elektronicznie wiadomości, zawierających dane (przekaz elektroniczny)⁴. Inny przykład definicji został zaproponowany przez Hu Zhe oraz Chen Fushen’a w artykule pt. *Tricky aspects of E-contracts*, który za umowę elektro-

¹ Autorka jest magistrem prawa, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii.

² R. Kariyawasam, *Chinese Intellectual Property and Technology Laws*, Cheltenham 2011, s. 260.

³ Zob. Global Guide to Electronic Signature Law, <https://acrobat.adobe.com/content/dam/doc-cloud/en/pdfs/document-cloud-global-guide-electronic-signature-law-ue.pdf> (dostęp z 12.3.2018 r.).

⁴ Zob. Electronic Contracts in China Can Improve Efficiency with Strong Controls, <http://www.china-briefing.com/news/2017/08/23/electronic-contracts-china-can-improve-efficiency-strong-controls.html> (dostęp z 11.3.2018 r.).

niczną uznają umowę zawartą w komunikacji elektronicznej, która jest objęta zakresem odpowiednich przepisów⁵. Ostatnim przykładem próby zdefiniowania pojęcia umowy elektronicznej w prawie Państwa Środka jest definicja *Cong Lixian'a*, który w książce pt. *Chinese Intellectual Property and Technology Laws* użył następującego sformułowania: „umowy elektroniczne to umowy, które są tworzone za pomocą środków elektronicznych za pośrednictwem Elektronicznej Wymiany Danych (EDI), e-maili, telegramów, teleksu lub faksu. E-umowy odnoszą się więc do umów, które są tworzone za pośrednictwem Internetu przy użyciu EDI lub e-maili, (...) a ich wykonanie odbywa się za pośrednictwem sieci komputerowych”⁶.

2. Moment zawarcia umowy elektronicznej

Powyższe rozważania wskazują, że umowy elektroniczne podlegają pod takie same zasady jak umowy zawarte w innych formach, tj. pod przepisy uregulowane w Ustawie o Prawie Kontraktowym, ze wskazanymi w tym akcie wyjątkami. W art. 16 tego aktu uregulowano moment zawarcia umowy poprzez wiadomość elektroniczną. Zgodnie z nim umowa staje się skuteczna, gdy dotrze do oferenta. Momentem dojścia umowy do oferenta w przypadku umów elektronicznych jest czas zarejestrowania wiadomości elektronicznej w specyficznym uregulowanym systemie do jej odbioru. Jednakże ustawa wyróżnia umowy elektroniczne, w których został oznaczony system odbioru wiadomości elektronicznych oraz umowy, w których nie został wskazany żaden konkretny system. W tym drugim przypadku za moment zawarcia umowy będzie uważany czas, w którym oferta wejdzie do dowolnego systemu komputerowego pozostającego pod kontrolą odbiorcy⁷.

Strony mogą także określić, że momentem zawarcia umowy elektronicznej będzie przesłanie drugiej stronie listu potwierdzającego przyjęcie umowy. W takich wypadkach umowa zostaje zawarta nie z momentem zarejestrowania wiadomości elektronicznej w oznaczonym systemie elektronicznym, lecz w chwili nadejścia powiadomienia o przyjęciu oferty⁸.

3. Miejsce zawarcia umowy elektronicznej

Zgodnie z art. 34 Prawa Kontraktowego miejscem zawarcia umowy elektronicznej jest główna siedziba odbiorcy oferty. W przypadku gdy adresat nie posiada siedziby za miejsce zawarcia umowy elektronicznej, uznaje się jego miejsce stałego zamieszkania. Pierwszeństwo przed powyższymi zasadami będą miały jednak ustalenia pomiędzy stronami. Strony umowy mogą bowiem same regulować miejsce zawarcia umowy elektronicznej, co jest związane z zasadą swobody umów.

Podpis elektroniczny w prawie Chińskiej Republiki Ludowej

1. Podstawowe założenia podpisu elektronicznego w Państwie Środka

Ustawa o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej weszła w życie 1.4.2005 r. Wskazuje się na trzy powody wprowadzenia tego aktu do chińskiego systemu prawnego:

- w celu nadania podpisu elektronicznego takiego samego statusu prawnego, jak podpis odręczny;
- w celu uregulowania procedur związanych z wykorzystaniem podpisu elektronicznego;
- w celu określenia praw i obowiązków stron umowy posługujących się podpisem elektronicznym⁹.

W art. 2 ustawy wskazuje się, że podpis elektroniczny stanowi podstawę do weryfikacji tożsamości osoby podpisującej za jego pomocą dokument. Jest to również dowód, że osoba podpisująca dokument zgadza się z jego treścią. Zazwyczaj podpis elektroniczny składa się z trzech elementów: certyfikatu cyfrowego, wiarygodnych sygnatur czasowych i innych informacji¹⁰. Strony mogą jednak swobodnie regulować posługiwanie się tego rodzaju podpisem i mogą nie wyrazić zgody na jego użycie. Jeżeli strony wyrażą jednak zgodę na użycie podpisu elektronicznego, dokumenty utworzone za jego pomocą będą miały taką samą moc prawną jak dokumenty utworzone w formie papierowej.

Ustawa o podpisie elektronicznym zawiera jednocześnie ograniczenia w użyciu podpisu elektronicznego. „Tradycyjna” forma, przez którą będziemy rozumieć odręczny podpis, będzie wymagana w następujących sytuacjach:

- w dokumentach regulujących prawa rodzinne (np. małżeństwo, adopcja lub dziedziczenie);
- w dokumentach regulujących obrót nieruchomościami, takimi jak grunty lub miejsca zamieszkania;
- w dokumentach dotyczących zakończenia świadczenia usług publicznych (np. dostawy wody, ciepła, gazu lub energii elektrycznej);
- w innych sytuacjach regulowanych przez prawo lub przepisy administracyjne.

⁵ Zob. Tricky aspects of E-contracts, <http://www.kwm.com/en/cn/knowledge/insights/the-legality-of%20e-contract-20151208#> (dostęp z 11.3.2018 r.).

⁶ R. Kariyawasam, *Chinese Intellectual Property and Technology Laws*, Cheltenham 2011, s. 277.

⁷ S.E. Blythe, *China's new electronic signature law and certification authority regulations: a catalyst for dramatic future growth of e-commerce*, Chicago 2007, s. 10.

⁸ Zob. art. 26 Prawa Kontraktowego Chińskiej Republiki Ludowej.

⁹ S.E. Blythe, *China's new...*, s. 14.

¹⁰ Zob. Electronic Contracts in China Can Improve Efficiency with Strong Controls, <http://www.china-briefing.com/news/2017/08/23/electronic-contracts-china-can-improve-efficiency-strong-controls.html> (dostęp z 12.3.2018 r.).

W powyższych sytuacjach wykluczone jest zatem użycie podpisu elektronicznego.

2. Czas i miejsce otrzymania wiadomości

Podstawową zasadą podkreśloną również w ustawie o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej jest swoboda negocjowania zasad i ich utrwalania w umowie przez strony. W związku z tym regulacje odnoszące się do czasu, miejsca oraz momentu dotarcia wiadomości do adresata mogą być inne, jeśli strony tak zadecydują¹¹.

Regulacje Państwa Środka zakładają, że wiadomość z danymi zawierającymi podpis elektroniczny uważa się za doręczoną w trzech przypadkach:

- w momencie nadania przez adresata wiadomości;
- w momencie automatycznego nadania wiadomości przez komputerowy system informacyjny adresata;
- weryfikacja danych przesłanych przez odbiorcę zgodnie z metodą uznaną przez adresata dowodzi, że komunikat jest identyczny z wysłanym.

Czas i miejsce otrzymania wiadomości może jednak zależeć od innych praw, które w celu określenia tych czynników wymagają potwierdzenia otrzymania wiadomości przez nadawcę. Jeżeli nadawca otrzymał potwierdzenie od odbiorcy, wówczas zakłada się, że odbiorca odebrał wiadomość z danymi. W pozostałych przypadkach przyjmuje się, że wiadomość zostaje wysłana, a zatem dostarczona w momencie jej pierwszego wprowadzenia do systemu informacyjnego poza kontrolą nadawcy. Jeśli nastąpiło to za pomocą specjalnego systemu informacyjnego do wysyłania wiadomości, momentem otrzymania wiadomości przez odbiorcę będzie moment wprowadzenia jej do wspomnianego systemu.

3. Wiarygodność podpisów elektronicznych

W art. 14 omawianej ustawy wprost stwierdza się, że „skutki prawne podpisów elektronicznych są takie same, jak podpisów złożonych ręcznie”. Aby jednak podpis elektroniczny mógł zostać uznany za wiarygodny, musi spełniać cztery warunki:

- dane tworzące podpis elektroniczny w momencie ich użycia do podpisów elektronicznych muszą być własnością wyłącznie podpisującego;
- w momencie tworzenia podpisu dane, które tworzą podpis elektroniczny, muszą być kontrolowane wyłącznie przez podpisującego;
- wszelkie zmiany, jakie zostaną dokonane w formie oraz treści danych elektronicznych po podpisaniu, muszą być widoczne i wykrywalne;
- wszelkie zmiany, jakie zostaną dokonane w podpisach elektronicznych po podpisaniu, muszą być widoczne i wykrywalne¹².

Ustawa zawiera przepisy regulujące warunki, które muszą zostać spełnione, aby dane mogły stanowić podpis elektronicz-

ny. Przede wszystkim muszą one pokazywać swoją zawartość w dowolnym momencie oraz gwarantować pełny, niezmienny status zawartości po jej powstaniu¹³. Jednocześnie dane tworzące podpis elektroniczny zostały zdefiniowane jako znaki, kody i inne, które niezawodnie wiążą podpis elektroniczny z elektronicznym sygnatariuszem w procesie podpisywania¹⁴.

Ustawodawca chiński uregulował także problem uznania za dowód przesyłanych danych w procesie sądowym. Aby móc uznać takie za dowód, sąd musi rozważyć ściśle określone czynniki przy ocenie prawdziwości informacji zawartych w komunikacie danych, które obejmują:

- wiarygodność metod zastosowanych przy tworzeniu, przechowywaniu lub przesyłaniu danych;
- czy metody stosowane w celu zachowania integralności treści były wiarygodne;
- czy metody stosowane do identyfikacji adresata były wiarygodne oraz
- inne czynniki, które mogą mieć znaczenie w konkretnym przypadku¹⁵.

4. Odpowiedzialność prawna

W ramach ustawy o elektronicznych podpisach elektronicznych w Chińskiej Republice Ludowej przewidziano także odpowiedzialność za szkody, jakie mogą powstać w związku z używaniem podpisów elektronicznych. Prawo Państwa Środka przewiduje przykładowo, że w przypadku niepoinformowania przez stronę posługującą się podpisem elektronicznym drugiej strony o możliwości odszyfrowania danych tworzących podpis, to na stronie posługującej się takim podpisem spoczywa вина za powstałą szkodę. Dodatkowo wprowadzono przepisy o charakterze karnym, które przewidują, że osoby fałszujące i kopiujące podpisy elektroniczne innych osób, oprócz odpowiedzialności karnej będą ponosić odpowiedzialność cywilną¹⁶.

Regulacje prawne umów elektronicznych przez władze prowincji oraz w specjalnych strefach ekonomicznych w Chińskiej Republice Ludowej

Ze względu na specyfikę ustroju obowiązującego w Chińskiej Republice Ludowej wszelkie ustawy podejmowane przez

¹¹ S.E. Blythe, *China's new...*, s. 16.

¹² Zob. art. 13 ustawy o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej.

¹³ Zob. art. 6 ustawy o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej.

¹⁴ Zob. art. 34 ustawy o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej.

¹⁵ Zob. art. 8 ustawy o podpisie elektronicznym w Chińskiej Republice Ludowej.

¹⁶ Zob. art. 32 Law of the People's Republic of China on Electronic Signatures.

rzędy prowincjonalne, a także przez władze poszczególnych stref ekonomicznych, muszą być zgodne z prawem stanowiącym przez centralne władze Państwa Środka. Pomimo tego pierwsze ustawy regulujące umowy zawierane drogą elektroniczną w Chinach pojawiły się na poziomie prowincjonalnym¹⁷. Ze względu na ogólność przepisów federalnych przepisy regulowane w poszczególnych rejonach Chin mogą jednak znacząco się od siebie różnić. Przykładem jest prawo przyjęte przez władze Pekinu oraz Szanghaju. Przyjęta przez stołeczny rząd w 2008 r. regulacja zakłada, że podmioty chcące prowadzić działalność gospodarczą polegającą na handlu elektronicznym muszą dokonać rejestracji tejże działalności. Prowadzenie takiej działalności może rozpocząć się dopiero po uzyskaniu odpowiedniej licencji na prowadzenie działalności. Regulacja nie objęła swym zasięgiem osób nieuzyskujących z tego tytułu stałego dochodu oraz osób dokonujących handlu w celach prywatnych¹⁸. Przyjęte natomiast przez szanghajski rząd prawo jest o wiele bardziej szczegółowe i zawiera m.in. definicję handlu elektronicznego jako umowy sprzedaży przez Internet. Skupia się ono także na wskazaniu promowanych przez region poszczególnych elementów e-biznesu w celu rozwoju handlu elektronicznego.

Pomimo skrótownego opisanie problemu można zauważyć różnice pomiędzy dwoma regulacjami. Prawo zaaplikowane przez miasto Pekin stanowi swego rodzaju wytyczne administracyjne, podczas gdy przepisy zaproponowane przez Szanghaj są znacznie elastyczniejsze i skupiają się na promocji e-handlu¹⁹. Niejednorodność prawa w tym względzie, a także ogromna różnorodność przepisów prowincjonalnych stanowi nie lada wyzwanie dla przedsiębiorców.

Alternatywne sposoby załatwiania sporów w handlu elektronicznym Chińskiej Republiki Ludowej

Możemy wyróżnić dwa rodzaje sposobów załatwiania sporów w handlu elektronicznym w Chinach: mechanizmy publiczne oraz prywatne. Prywatne rozwiązywanie sporów będzie opierało się standardowo na poszukiwaniu pomiędzy stronami konsensusu oraz wzajemnych ustępstwach w trakcie rozmów. Do metod publicznych możemy natomiast zaliczyć znane prawu międzynarodowemu instytucje arbitrażu, mediacji oraz litygację²⁰. Ze względu na specyfikę prawa handlu elektronicznego obecnie poszukuje się nowych form rozwiązywania sporów wyłącznie dla tej dziedziny, jak np. rozwiązywanie sporów online.

W ramach stosowania instytucji ADR (Alternative Dispute Resolution) w e-handlu, jako dowód można wykorzystywać dokumenty elektroniczne, które wymagają jednak zbadania ich autentyczności. Aby dokument mógł zostać uznany za taki, trzeba wykazać jego integralność, trafność i niezawod-

ność. W przypadku tworzenia alternatywnych sposobów załatwiania sporów charakterystycznych wyłącznie dla handlu elektronicznego pierwszym problemem byłoby określenie sposobu ustanowienia dowodu elektronicznego, który spełniałby cechy podobne do dowodów stosowanych w tradycyjnych instytucjach, przy jednoczesnym uwzględnieniu specyfiki tej dziedziny. Kolejnym problemem jest natomiast kwestia jurysdykcji i wybór właściwego prawa, zwłaszcza na tle międzynarodowym. Określenie takowego jest zdecydowanie trudne i mylące ze względu na wirtualny charakter zawieranych umów. Z tego względu sądy Chińskiej Republiki Ludowej rozpatrujące spory z zakresu e-handlu decydują się najczęściej na zastosowanie „tradycyjnego” prawa, biorąc jednak pod uwagę specyfikę transakcji. W związku z tym sądy określają prawo właściwe po analizie porównawczej opartej na rzetelnym i bezstronnym badaniu²¹.

W obecnej sytuacji w Chinach badania i popularyzacja ADR online jako kluczowy proces do dalszego rozwoju handlu elektronicznego wciąż postępują bardzo powoli. Pomimo dość wczesnego przyjęcia regulacji dotyczących samego e-handlu oraz podpisu elektronicznego nie ma żadnego dojrzałego systemu rozwiązywania sporów elektronicznych, który wydaje się kluczowy nie tylko dla globalizacji, ale także popularyzacji tej dziedziny.

Podsumowanie

Chińska Republika Ludowa stojąca u progu XXI w., widząc potencjał wynikający z rozwijającego się handlu elektronicznego, słusznie przyjęła przepisy regulujące ten rodzaj działalności. Należy docenić wprowadzenie jednolitej definicji umowy elektronicznej, zrównania jej z umową pisemną po spełnieniu określonych warunków, a także innych elementów takich jak miejsce czy moment zawarcia umowy elektronicznej oraz uregulowanie kwestii podpisu elektronicznego. Wśród wspomnianych już problemów wskazać można natomiast brak konkretnego systemu rozwiązywania sporów, który uwzględnia specyfikę handlu elektronicznego. Kolejnym negatywnym aspektem uregulowania w systemie prawnym umów elektronicznych jest różnorodność praw na poziomie prowincjonalnym²². Szerokie ujęcie przez władze federalne Państwa Środka przepisów e-handlu stwarza ogromne pole do popisu dla władz poszczególnych prowincji, co może uderzać w przedsiębiorców.

¹⁷ S.E. Blythe, *China's new...*, s. 15.

¹⁸ R. Kariyawasam, *Chinese...*, s. 283.

¹⁹ *Ibidem*, s. 284.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Qin Hu, Xun Wu, C.K. Wang, *Lessons from Alibaba.com: government's role in electronic contracting*, Bingley 2004, s. 304.

Swoistą blokadą rozwoju handlu elektronicznego, oprócz nieuregulowanych kwestii prawnych, są także elementy wskazane w raporcie o badaniu aplikacji internetowych i handlu elektronicznym przedsiębiorstw w Chinach z 2001 r. Wśród elementów hamujących wskazano m.in. brak bezpieczeństwa w sieci, niewystarczającą infrastrukturę telekomunikacyjną czy też brak świadomości korzyści płynących z handlu

elektronicznego. Biorąc pod uwagę rozwój Państwa Środka w przeciągu ostatnich 17 lat wydaje się, że Chiny sprostają poruszanym problemom. Pozostaje mieć nadzieję, że w obliczu ogromnego potencjału drzemącego w Chińskiej Republice Ludowej przepisy dalej będą sprzyjać rozwojowi handlu elektronicznego, a kwestie nieuregulowane znajdą rozwiązanie w przyszłości.

Słowa kluczowe: Chiny, system prawny, handel elektroniczny, prawo umów elektronicznych, prawo podpisu elektronicznego

Legal aspects of electronic contracts in PRC

Citizens of EU more and more use services of Chinese companies, e.g. Alibaba or AliExpress. The situation raises legal doubts regarding the form of regulation connected with transactions concluded via such portals. The aim of the present study is to describe functioning of electronic contracts and electronic commerce in a broad sense in PRC in terms of law, and also to indicate advantages and disadvantages of accepted legal standards in China.

Keywords: China, legal system, electronic commerce, law of electronic contracts, law of electronic signature.

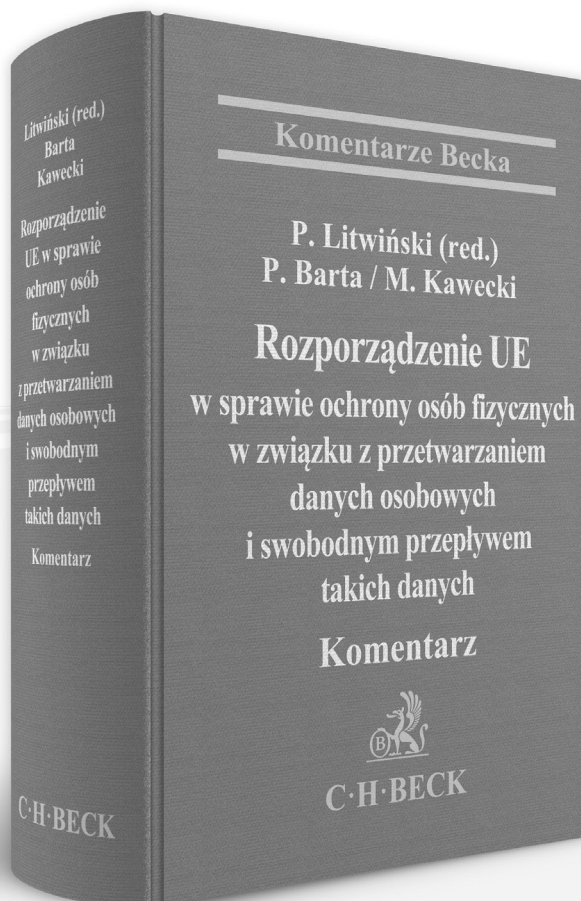


RODO 2018

Zamów:

tel. 22 31 12 222

www.ksiegarnia.beck.pl



Zgoda(-y) na otrzymywanie newslettera z informacjami handlowymi drogą e-mailową

Martyna Mielniczuk¹

Aby otrzymać newsletter zgodnie z prawem, wyrażamy jedną zgodę czy kilka osobnych zgód? Wyrażamy ją/je w sposób wyraźny czy dorozumiany? Na co właściwie zgadzamy się „zapisując się” do newslettera? Na jakiej podstawie różni adresaci od tego samego nadawcy otrzymują newsletter o różnej treści? Czy zgody zazwyczaj są zbierane od konsumentów zgodnie z prawem? Celem niniejszego opracowania jest wskazanie, jakie zgody przedsiębiorcy powinni uzyskać, chcąc przysyłać konsumentom swoje newslettery i jak zgodnie z prawem powinni je zbierać, z uwzględnieniem profilowania. W rzeczywistości bowiem wielu nadawców, czego odbiorcy zazwyczaj nie są świadomi, wysyła newsletter niezgodnie z przepisami. Autorka omawia najważniejsze zagadnienia związane ze zgodnym z prawem wysyłaniem do subskrybentów newsletteru e-mail z informacjami handlowymi w świetle przepisów dotyczących świadczenia usług drogą elektroniczną, prawa telekomunikacyjnego i ochrony danych osobowych.

Uwagi wstępne

Dynamiczny rozwój Internetu spowodował, że podstawą gospodarki stał się e-handel oraz e-społeczeństwo². Wiele dotychczasowych barier w komunikacji zniknęło, przez co dla konsumenta nie ma znaczenia odległość między nim a punktem handlowym, nowe sklepy internetowe zaś powstają w częstotliwości grzybów po deszczu. Wreszcie Internet pozwolił na utworzenie nowych kanałów bezpośredniego kontaktu przedsiębiorcy z konsumentem, co umożliwia precyzyjne rozpoznanie potrzeb klientów oraz ułatwia przysyłanie komunikatów reklamowych bezpośrednio do zainteresowanych zakupem. Przez marketing bezpośredni za pomocą Internetu zmniejszyła się zdecydowanie rola bardziej tradycyjnych form promocji i reklamy³.

Jednym z potężniejszych narzędzi promocyjnych XXI w. jest e-mail marketing, w tym newsletter zawierający informacje handlowe. Jest on wysyłany niemalże codziennie na skrzynki e-mailowe przez każdego z nas – konsumentów, od różnej maści przedsiębiorców. Taki newsletter można zdefiniować jako biuletyn skierowany do klientów bądź potencjalnych klientów⁴, który zachęca subskrybentów do odwiedzenia strony internetowej przedsiębiorcy, informuje o produktach przez niego oferowanych i wreszcie buduje lojalność wśród swoich klientów⁵ oraz ich za nią nagradza, np. poprzez informowanie o przeznaczonych tylko dla nich kodach rabatowych oraz innych specjalnych ofertach. Przy niewielkich kosztach przygotowania i wysyłki newslettera ma on ogromny wpływ na dokonywanie przez nas zakupów, korzystanie z wyprzedaży czy dedykowanych tylko adresatom newslettera rabatów. Czasem bywa on irytujący i umieszczaony przez odbiorcę w folderze przeznaczonym dla spamu, choć spamem przecież nie jest. Spam oznacza bowiem przysyłanie w formie elektronicznej wiadomości niezamówionych i niechcianych⁶. Na otrzymywanie newslettera odbiorcy wyrażają

natomiast mniej lub bardziej świadomą zgodę, zazwyczaj klikając na odpowiednie check-boxy⁷ na stronach e-sklepów bądź wypełniając formularze w sklepach stacjonarnych.

Zgody na newsletter

Ustawodawca wymaga uzyskania od odbiorcy dwóch zgód. Po pierwsze, na podstawie art. 10 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁸ konieczna jest zgoda na przysyłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówionej informacji handlowej. O konieczności uzyskania tej zgody pamięta duża część oferujących newsletter przedsiębiorców. Po drugie, o czym większość rozsyłających newslettery nie wie bądź nie chce wiedzieć, art. 172 ustawy z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁹ nakłada na przedsiębiorcę wymóg uzyskania od adresata newslettera zgody na korzystanie z telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego.

¹ Autorka jest absolwentką stacjonarnych studiów prawa na Uniwersytecie Wrocławskim.

² H. Brdulak, Uwarunkowania funkcjonowania społeczeństwa informacyjnego, [w:] A. Mokrysz-Olszyńska, B. Targański (red.), Uwarunkowania prawne marketingu w społeczeństwie informacyjnym. Zagadnienia wybrane, wyd. 1, Warszawa 2011, s. 27.

³ Ibidem.

⁴ J. Konikowski, Lista Dystrybucyjna. Narzędzie, e-marketingu, Internet 1998, Nr 5, s. 64.

⁵ K. Medyk, E-Mailing – sposób na zdobycie lojalnego klienta?, PME 2005, Nr 2, Legalis/el. 2005.

⁶ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Lex/el. 2009.

⁷ Po polsku – przyciski wyboru, przy czym znacznie popularniejsza wśród podmiotów tworzących newslettery jest jednak nazwa w wersji angielskiej.

⁸ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 ze zm.; dalej jako: ŚwUsłElekU.

⁹ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2062 ze zm.; dalej jako: PrTelU.

1. Zgoda na przesyłanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ŚwUsłElekU)

Ustawodawca w art. 10 ust. 1 ŚwUsłElekU zakazuje przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Z przepisu tego naturalnie można wywnioskować, że dozwolone jest przesyłanie zamówionej informacji handlowej. Kiedy informacja handlowa jest zamówiona? Na to pytanie odpowiada ust. 2 przywołanego przepisu. Otóż zgodnie z jego brzmieniem informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.

Newsletter wysyłany w celu osiągnięcia efektu handlowego przez przedsiębiorcę lub osobę wykonującą zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, niewątpliwie jest informacją handlową w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Określenie „informacja handlowa” na gruncie tej ustawy oznacza bowiem każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi¹⁰.

Niewątpliwie zatem chcąc wysyłać newsletter na skrzynkę e-mailową subskrybentów bez naruszenia art. 10 ust. 1 ŚwUsłElekU (dotyczącego naturalnie wszystkich środków komunikacji elektronicznej, a nie tylko poczty elektronicznej¹¹), należy uzyskać od adresatów wyraźną i odwoływalną w każdym czasie¹² zgodę na przesyłanie informacji handlowej za pomocą poczty elektronicznej, o której mowa w ust. 2 tego przepisu. Zgoda ta może być odwołana przez subskrybenta w każdym czasie. Przyjęty przez polskiego ustawodawcę wymóg uzyskania zgody nazywany jest konstrukcją *opt-in*¹³. Taki sam system został wprowadzony w odniesieniu do marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 PrTelU, co będzie tematem dalszej części niniejszego artykułu. Konstrukcja ta polega na konieczności działania adresata, czyli wyrażenia przez niego pozytywnej deklaracji¹⁴. W żadnym wypadku nie może być oparta na jego bierności, charakterystycznej dla konstrukcji *opt-out*, w której zakłada się dopuszczalność

przesyłania materiałów bez wyrażonej uprzednio zgody odbiorcy, jeśli tenże odbiorca się temu nie sprzeciwi¹⁵.

Cytowany powyżej art. 10 ust. 2 ŚwUsłElekU sugeruje, że zgoda odbiorcy może być uzyskana także poprzez podanie przez niego identyfikującego go adresu elektronicznego. Naturalnie za wyrażenie zgody nie może być uznane upublicznienie swojego adresu e-mail na dowolnej stronie internetowej¹⁶, ponieważ odbiorca powinien wyrazić zgodę swobodnie, ze świadomością, że jej udziela oraz na co jej udziela¹⁷. Natomiast już umieszczenie tego adresu w odpowiedniej rubryce formularza przeznaczonego do zapisania się na newsletter będzie emanacją zgody, o której mowa w art. 10 ust. 2 ŚwUsłElekU¹⁸.

Większość podmiotów wysyłających newsletter przy zapisywaniu się do niego wymaga jednak od przyszłych odbiorców „podpisania” osobnej klauzuli zgody. Najbardziej popularnym sposobem uzyskania takiej wyraźnej zgody jest zamieszczenie klauzuli zgody o odpowiedniej treści wraz ze wspomnianym już *check-boxem*, który odbiorca musi zaznaczyć. Możliwe, że wymóg zaznaczenia odpowiedniego okienka przy zapisywaniu się do newslettera jest niejako niedopatrzaniem nadawców, którzy te same *check-boxy* umieszczają zarówno przy formularzach dedykowanych wyłącznie zapisaniu się na newsletter, jak i np. w formularzach przeznaczonych do podania danych osobowych wymaganych do zawarcia umowy sprzedaży. Można zatem uznać, że w praktyce wielu przedsiębiorców stosuje system *double opt-in*, w którym odbiorca dwukrotnie wyraża zgodę na otrzymywanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Takie dwukrotne wyrażenie zgody przez odbiorcę na otrzymywanie informacji handlowych pozwala również nadawcy na łatwiejsze i skuteczniejsze udokumentowanie faktu wyrażenia tej zgody przez daną osobę, co może być konieczne w ewentualnym postępowaniu w sprawie o wykroczenie ściganej na wniosek pokrzywdzonego odbiorcy¹⁹. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 ŚwUsłElekU, kto przesyła za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówione

¹⁰ Art. 2 pkt 2 ŚwUsłElekU.

¹¹ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa..., Lex/el. 2009.

¹² Art. 4 ust. 1 ŚwUsłElekU.

¹³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Polska ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona Danych Osobowych. Komentarz, wyd. VI, Lex/el. 2015.

¹⁴ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Przetwarzanie i ochrona danych osobowych w sieciach komputerowych, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona..., Lex/el. 2015.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa..., Lex/el. 2009.

¹⁷ D. Kasprzycki, Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna: zagadnienia cywilnoprawne, Kraków 2005, s. 185.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Art. 24 ust. 2 ŚwUsłElekU.

informacje handlowe, podlega karze grzywny. „Odkładanie” zgód, jak specjaliści od marketingu nazywają zapisywanie kliknięcia przez subskrybenta w odpowiedni *check-box* w systemie elektronicznym nadawcy newslettera, jest także potrzebne do obrony przed zarzutami popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, którym zgodnie z art. 10 ust. 3 ŚwUsEleku jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

2. Zgoda na korzystanie z telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego (art. 172 PrTelU)

Zgodnie z art. 172 ust. 1 PrTelU zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Zakaz ten, jak stanowi art. 172 ust. 3 PrTelU, nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej, wynikających z odrębnych ustaw. Przepis art. 172 ust. 1 PrTelU ze względu na nieprecyzyjne brzmienie budzi liczne wątpliwości interpretacyjne zarówno wśród przedstawicieli doktryny, jak i organów stosowania prawa.

O ile pojęcie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 2 pkt 43 PrTelU jako urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci, o tyle brak definicji ustawowej automatycznych systemów wywołujących. Telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym będą zatem na przykład telefon, komputer²⁰ i tablet, za pomocą których mamy dostęp do poczty elektronicznej, czyli do interesującego nas e-mail newslettera. Odpowiedź na pytanie, co ustawodawca rozumie pod pojęciem automatycznych systemów wywołujących, nie jest jednak już tak prosta. Wydaje się jednak, że pod tym pojęciem, posiłkując się odpowiednimi dyrektywami, które powinny być implementowane do porządku krajowego, należy rozumieć wyłącznie systemy do komunikacji głosowej, prawodawca unijny oddziela bowiem automatyczne urządzenia wywołujące od faksów i poczty elektronicznej²¹. Warto zauważyć, że nie ma możliwości przekazania komunikatu głosowego na odległość z wykorzystaniem telekomunikacji inaczej niż za pomocą urządzenia podłączonego do sieci²². Istnieje pogląd głoszący, że skoro racjonalny ustawodawca pomiędzy oboma tymi pojęciami użył natomiast spójnika „i”, powinno to zatem oznaczać, że zakaz z art. 172 PrTelU dotyczy tylko systemów głosowych²³. Jednakże nie taka była intencja ustawodawcy²⁴ i nie tak jest ten przepis rozumiany przez Prezesa UKE, który za nieprzestrzeganie art. 172 PrTelU może nałożyć karę finan-

sową w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym²⁵. Wydaje się zatem, że należy w ślad za P. Litwińskim uznać, iż, pomimo niefortunnego sformułowania tego przepisu, jego zakresem przedmiotowym objęte jest zarówno wykorzystanie „systemów technicznych służących do przekazywania komunikatów głosowych indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka” (czyli automatycznych systemów wywołujących), jak i „urządzeń służących do nadawania i odbioru informacji, podłączonych do zakończenia sieci telekomunikacyjnej” (czyli telekomunikacyjnych urządzeń końcowych)²⁶.

Na marginesie należy wskazać, że art. 172 ust. 1 PrTelU kreuje względny zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w odniesieniu do abonentów lub użytkowników końcowych. W odróżnieniu zatem od zakazu z art. 10 ust. 1 ŚwUsEleku dotyczy on nie tylko osób fizycznych, ale także osób prawnych.

W polskim systemie prawnym brak jest nie tylko definicji automatycznych systemów wywołujących, ale także definicji marketingu bezpośredniego. Warto zatem sięgnąć do interpretacji tego pojęcia przez organy stosowania prawa. Jak wskazuje Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, „istotą marketingu są działania mające na celu kształtowanie popytu poprzez poszerzenie kręgu nabywców na usługi (lub produkty – przyp. M.M.) świadczone przez firmę, jak również poprawienie relacji pomiędzy firmą a klientem²⁷”. Za marketing bezpośredni powinno się zatem uznać wszystkie działania promujące produkty lub usługi skierowane do osoby, której dotyczą dane osobowe wykorzystywane w celu prowadzenia tej formy marketingu²⁸.

Jak zatem zdobyć od przyszłego subskrybenta uprzednią zgodę na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego? Zgodnie ze wspomnianym powyżej art. 174 PrTelU, jeżeli przepisy tej ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia

²⁰ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni, MoP 2015, Nr 8, s. 399.

²¹ *Ibidem*.

²² A. Krasuski, Art. 172, [w:] *tenże*, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 4, Lex/el. 2015.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Odpowiedź Ministra Administracji i Cyfryzacji na oświadczenie senatora Rafała Muchackiego z 27.4.2015 r., https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/muchacki/72010a.pdf (dostęp z 30.3.2018 r.).

²⁵ Art. 210 ust. 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 PrTelU.

²⁶ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa..., s. 399.

²⁷ Decyzja GIODO z 11.5.2012 r., DOLiS/DEC-412/12/29474, 29481, http://www.giodo.gov.pl/302/id_art/6126/j/pl/ (dostęp z 30.3.2018 r.).

²⁸ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa..., s. 399.

i potwierdzenia przez użytkownika oraz może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Nie ma tutaj zatem możliwości wywnioskowania takiej zgody z samego udostępnienia przez subskrybenta swojego adresu e-mail, na co pozwala art. 10 ŚwUsłElekU. Zgoda musi być odrębnym oświadczeniem woli złożonym przez odbiorcę przed rozpoczęciem wysyłania do niego wiadomości przez adresata newslettera. Według Prezesa UKE, „należy uznać, że praktyki polegające na przysyłaniu wiadomości lub kierowaniu połączeń w celu zapytań o zgodę na marketing bezpośredni (bez uprzedniej zgody na kontakty) mogą (...) stanowić naruszenie art. 172 PrTelU²⁹”. Zatem zgodę tę najpierw musi wydać nieprzymuszony do tego subskrybent. Najczęściej będzie to się odbywać poprzez kliknięcie odpowiedniego okienka obok tekstu oświadczenia woli w formularzu zapisu na newsletter, według którego odbiorca wyraża zgodę na marketing bezpośredni za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Należy podkreślić, że *check-box* ten pod żadnym pozorem nie może być domyślnie zaznaczony³⁰. Dodatkowo w oświadczeniu tym należy precyzyjnie wymienić, za pomocą jakich telekomunikacyjnych urządzeń końcowych będzie odbywać się marketing bezpośredni, na który subskrybent wyraża zgodę, aby nie było wątpliwości co do zakresu zgody przez niego wyrażonej.

Ustawodawca w art. 174 pkt 2 PrTelU wskazuje, że zgoda ta może być wyrażona drogą elektroniczną, jednak pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika. Utrwalenie zgody najczęściej nastąpi przez odpowiedni zapis w systemie nadawcy, tzw. odłożenie zgody w tymże systemie. Natomiast wymóg potwierdzenia zgody przez użytkownika wprowadza wspomnianą już konstrukcję *double opt-in*. Najbardziej popularnym sposobem uzyskania powtórnej zgody, której wymaga art. 172 PrTelU, jest wysłanie e-maila do subskrybenta z informacją, że zapisał on się do newslettera, oraz prośbą o kliknięcie w link aktywacyjny, potwierdzający, że użytkownik chce także newsletter otrzymywać³¹.

Relacja między zgodą wymaganą art. 10 ŚwUsłElekU a zgodą wymaganą art. 172 PrTelU

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należy stwierdzić, że marketing bezpośredni to pojęcie zakresowo szersze niż informacja handlowa, o której mowa w art. 10 ŚwUsłElekU. Informacja handlowa skierowana do oznaczonego odbiorcy zawiera się bowiem w zakresie pojęcia marketingu bezpośredniego.

Nie oznacza to jednak, że zgoda na przysyłanie newslettera, której wymaga art. 10 ŚwUsłElekU, zawiera się w zgodzie, o której mowa w art. 172 PrTelU. Nie mogą one także być łączone w jedno oświadczenie, jakkolwiek problematyczne

i trudne do zrozumienia może to być dla osób zajmujących się marketingiem. Takie stanowisko prezentuje znakomita większość doktryny³², w tym także między innymi Prezes UKE.

Jak wskazuje Prezes UKE, łączenie zgód z art. 10 ŚwUsłElekU i art. 172 PrTelU nie powinno nastąpić, ponieważ zgody te mają inne podstawy prawne i nie mogą być stosowane zamiennie³³. Z kolei w doktrynie podnosi się, że do zgód (czyli oświadczeń woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego) wyrażonych na gruncie wspomnianych wyżej przepisów, z uwagi na wiele cech wspólnych, jakie wykazują one ze zgodą na przetwarzanie danych osobowych na gruncie czy to ustawy o ochronie danych osobowych, czy też – od 25.5.2018 r. – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 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)³⁴, do oświadczeń tych powinno stosować się reguły dotyczące wyrażania zgody właśnie na gruncie prawa ochrony danych osobowych, jak choćby wymóg konkretności i świadomości. Na tej właśnie podstawie należy wywnioskować konieczność odebrania dwóch odrębnych zgód³⁵. Biorąc jednak pod uwagę, że zgoda na przysyłanie informacji handlowej, której wymaga art. 10 ŚwUsłElekU, może być wyrażona poprzez podanie adresu e-mail w formularzu w celu zapisania się do newslettera, wydaje się, że nadawcy newslettera mogą umieścić w formularzach tylko jedną klauzulę zgody wraz z *check-boxem* do jej zaznaczenia, a mianowicie zgodę, o której mowa w art. 172 PrTelU.

Problem uzyskiwania dodatkowej zgody na przetwarzanie danych osobowych wobec konieczności przetwarzania danych w celu marketingu bezpośredniego

Należy podkreślić, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych³⁶

²⁹ Zob. <https://odo24.pl/blog-post.prawo-telekomunikacyjne-8211-interpretacja-uke> (dostęp z 30.3.2018 r.).

³⁰ Podobnie jak *check-box* dotyczący wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych – tak np. W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne Rozporządzenie o Ochronie Danych. Komentarz, Lex/el. 2018.

³¹ Por. A. Malarewicz, Spamming – istota i skutki prawne, [w:] A. Malarewicz, Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne, Lex/el. 2009.

³² A. Krasuski, podnosi jednak, że dwie zgody mogłyby być zawarte w jednej klauzuli zgody – zob. tenże, Art. 172, [w:] A. Krasuski, Prawo..., Lex/el. 2015.

³³ Odpowiedź Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 21.10.2015 r. na zapytanie Stowarzyszenia Administratorów Bezpieczeństwa Informacji, Nr pisma: DP034.32.2015.2, http://www.sabi.org.pl/attachments/File/do_pobrania/UKE-2015/odpowiedz-UKE-21-10-2015.pdf (dostęp z 28.3.2017 r.).

³⁴ Dz.Urz. UE L Nr 119, s. 1; dalej jako: RODO.

³⁵ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni, MoP 2015, Nr 8, s. 399.

³⁶ T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.; dalej jako: ustawa z 1997 r.

nie jest wymagana zgoda na przetwarzanie danych osobowych w celu marketingu bezpośredniego, jakim niewątpliwie jest newsletter. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy z 1997 r. marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych jest prawnie usprawiedliwionym celem, do wypełnienia którego jest konieczne przetwarzanie danych. Według art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy z 1997 r., ustanawiającego tzw. klauzulę usprawiedliwionego celu³⁷, przetwarzanie danych jest dopuszczalne, jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Realizacja prawnie usprawiedliwionego celu administratora, w tym prowadzenie marketingu bezpośredniego, jest zatem jedną z autonomicznych przesłanek legalnego przetwarzania danych osobowych.

Nie uległo to zmianie również na gruncie stosowanego od 25.5.2018 r. RODO.

Unijny prawodawca jako jedną z równoprawnych przesłanek legalnego przetwarzania danych osobowych również wymienił niezbędność przetwarzania do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, gdy nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych, w szczególności gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem³⁸. Jednakże w treści art. 6 RODO mówiącym o przesłankach zgodności przetwarzania z prawem nie wskazano *expressis verbis*, że marketing bezpośredni jest takim prawnie usprawiedliwionym celem przetwarzania, jak uczynił to krajowy ustawodawca w cytowanym powyżej art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy z 1997 r.

Ewentualne wątpliwości co do zawierania się marketingu bezpośredniego w zakresie tejże przesłanki powinna rozwiać treść motywu 47 preambuły RODO, zawierającej wskazówki interpretacyjne przy stosowaniu przepisów RODO³⁹. Według ostatniego zdania tego motywu za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie administratora można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego. Istotnie prawodawca posłużył się słowem „można”, również w innych wersjach językowych⁴⁰. Na pytanie, czy na pewno słowa tego użyto celowo oraz, jeśli tak, kiedy zatem takie przetwarzanie do celów marketingu bezpośredniego nie będzie prawnie uzasadnione, odpowiedzi zapewne będzie mógł udzielić organ nadzorczy, o którym mowa w art. 51 ust. 1 RODO, bądź sądy, które będą sprawować nad nim kontrolę. Z pewnością jednak znakomita większość newsletterów zawiera się w przesłance legalizującej przetwarzanie, wskazanej w art. 6 ust. 1 lit. f, czyli przechodzi test równowagi⁴¹ między prawnie uzasadnionymi interesami administratora bądź strony trzeciej, do realizacji których

przetwarzanie jest niezbędne, a interesami lub podstawowymi prawami i wolnościami osoby, której dane dotyczą.

W doktrynie *ratio legis* rezygnacji przez prawodawcę z konieczności posiadania zgody (dorosłego) odbiorcy na przetwarzanie danych w celach marketingu bezpośredniego oraz katalogu dozwolonych w ramach tego marketingu operacji na danych upatruje się w przepisach szczególnych. W Polsce będą to właśnie cytowane powyżej art. 10 ŚwUsłElekU oraz art. 172 PrTelU⁴².

Imponujący odsetek podmiotów oferujących newsletter, mimo braku takiego obowiązku, uparczywie żąda od osoby podającej swoje dane w celu otrzymywania go zgody na przetwarzanie danych osobowych. Domaganie się wyrażenia zgody osoby, której dane administrator pozyskuje w celu wysyłania jej newsletteru, kiedy na takie przetwarzanie zezwalają odpowiednie przepisy, wprowadza w błąd tę osobę oraz może prowadzić do sytuacji konfliktowych, gdy osoba taka odmówi wyrażenia takiej zgody⁴³. Istnieje pogląd, zgodnie z którym gdy taka osoba wyraźnie odmówi wyrażenia zgody na przetwarzanie danych w celach marketingowych, takie przetwarzanie istotnie nie będzie dozwolone⁴⁴, co postawi administratora danych w patowej sytuacji.

Trzeba jednak pamiętać, że do danych, których przetwarzanie jest dozwolone na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO, nie należy zaliczać jednak danych dotyczących dziecka. Zgodnie z wykładnią językową tego przepisu, w przypadku gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem, jego interesy lub podstawowe prawa i wolności mają charakter nadrzędny w stosunku do interesów administratora⁴⁵. Z uwagi na wzmożoną aktywność dzieci w Internecie oraz ich podatność na działania marketingowe, administratorzy danych powinni

³⁷ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, wyd. VI, Lex/el. 2015.

³⁸ Art. 6 ust. 1 lit. f RODO.

³⁹ P. Litwiński, Art. 6, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz, Legalis/el. 2017.

⁴⁰ Np. w wersji angielskiej: „The processing of personal data for direct marketing purposes may be regarded as carried out for a legitimate interest”.

⁴¹ Test równowagi jest metodą oceny możliwości zastosowania przesłanki prawnie usprawiedliwionego interesu zgodnie z opinią 6/2014 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych w sprawie pojęcia prawnie uzasadnionych interesów administratora danych na mocy artykułu 7 dyrektywy 95/46/WE, 844/14/EN WP 217. Rozważania te jednak obejmowały już projektowane wówczas RODO. Po 25.5.2018 r. Grupa Robocza Art. 29 została zastąpiona przez Europejską Radę Ochrony Danych (art. 68 RODO).

⁴² Tak np. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych..., Lex/el. 2015; W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁴³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych..., Lex/el. 2015

⁴⁴ P. Litwiński, Art. 13, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

⁴⁵ P. Litwiński, Art. 6, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

wziąć ten przepis szczególnie pod uwagę oraz nie wysłać dzieciom na ich adresy e-mailowe, które często przecież posiadają, swoich newsletterów. Unijny prawodawca podkreśla ten fakt w motywie 38 preambuły RODO, wskazując, że dzieci wymagają szczególnej ochrony danych osobowych, ponieważ mogą one być mniej świadome ryzyka, konsekwencji, zabezpieczeń i praw przysługujących im w związku z przetwarzaniem danych osobowych. W motywie tym podkreśla się, że taka szczególna ochrona powinna mieć zastosowanie przede wszystkim do wykorzystywania danych osobowych dzieci do celów marketingowych lub do tworzenia profili osobowych lub profili użytkownika oraz do zbierania danych osobowych dotyczących dzieci, gdy korzystają one z usług skierowanych bezpośrednio do nich.

Newsletter jako usługa, na świadczenie której zawarto umowę

Choć do legalizacji przetwarzania danych osobowych wystarczy spełnienie tylko jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 6 RODO przesłanek, zdarza się, że jednocześnie występują stany faktyczne, w których zastosowanie znajdzie równolegle więcej niż jedna przesłanka⁴⁶. Wydaje się, że można także przyjąć, iż będzie tak i w tym przypadku. Wszak subskrybent, wypełniając formularz rejestracyjny w celu otrzymania newsletteru oraz składając odpowiednie oświadczenia woli, o których mowa w niniejszym artykule, niejako zawiera z nadawcą newslettera umowę o świadczenie usług.

Przedmiotem tej umowy jest właśnie przysyłanie mu przez nadawcę (usługodawcę) informacji handlowych drogą elektroniczną. Subskrybent w zamian za tę usługę nie spełnia świadczenia pieniężnego, jednak wydaje się, że swoistą zapłatą za nią jest udostępnienie nadawcy swoich danych osobowych. Wykonanie tej usługi stwarza jednak korzyści dla obu stron umowy – nadawca może zachęcić subskrybenta do nabywania jego towarów lub usług, odbiorca z kolei ma możliwość dowiedzenia się jako pierwszy o aktualnej ofercie przedsiębiorcy, którego towary bądź usługi lubi, a często także może poprzez newsletter uzyskać dodatkowe promocje i rabaty.

Zgodnie natomiast z art. 6 ust. 1 lit. b RODO autonomiczną i równorzędną innym przesłanką legalizacyjną jest niezbędność przetwarzania do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy. W tym przypadku zastosowanie znajdzie przesłanka wskazana w pierwszej części tego przepisu, czyli konieczność przetwarzania danych do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą. Naturalnie zakres przetwarzanych danych osobowych powinien pozostawać w bezpośrednim związku z realizacją praw lub obowiązków wynikających

z umowy⁴⁷. A zatem w przypadku obowiązku wysłania newslettera nadawca (który zapewne będzie jednocześnie administratorem danych osobowych) będzie mógł przetwarzać w tym celu tylko te dane, które pozostają w związku z wysłanką e-maila do subskrybenta. W innym przypadku nie zostanie spełniona przesłanka niezbędności przetwarzania.

Profilowanie oraz przetwarzanie szczególnej kategorii danych a wysyłka newslettera na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f lub b RODO

Warto także podkreślić, że zgoda osoby, której dane są przetwarzane, w wielu przypadkach nie będzie wymagana nawet wtedy, gdy newsletter będzie jej dostarczany na bazie profilowania. Zgodnie z art. 4 pkt 4 RODO profilowanie to dowolne zautomatyzowane przetwarzanie 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.

W dzisiejszych czasach coraz więcej przedsiębiorców chce trafić ze swoją ofertą jak najbardziej w gusta konsumentów. Aby ich marketing był jeszcze bardziej skuteczny, bazuje on właśnie na profilowaniu, choćby dostarczając adresatom newslettera oferty ludzaco podobne do tych, które ostatnio oglądali na stronach danego przedsiębiorcy. Nie przypadkiem użytkownicy serwisu Booking.com co kilka dni dostają e-maile z atrakcyjnymi ofertami noclegów w mieście, w którym ostatnio szukali zakwaterowania na stronach serwisu. Nie przypadkiem też Zalando, przysyłając subskrybentom swojego newslettera informacje o wyjątkowej, dostępnej tylko do jutra, ofercie promocyjnej, ilustruje ją zdjęciami torebek, które użytkowniczka ostatnio przeglądała w e-sklepie odzieżowego potentata, z żalem powstrzymując się od ich kupna.

Jak podkreśla Grupa Robocza Art. 29 ds. Ochrony Danych, do ogólnego profilowania – czyli takiego, które nie jest związane z zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji i nie wywołuje wobec osoby, której dane są przetwarzane, skutków prawnych lub w podobny sposób istotnie na nią nie wpływa – znajdują zastosowanie ogólne przesłanki legalizujące przetwarzanie, o których mowa w art. 6 RODO⁴⁸.

⁴⁶ W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielik-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Guidelines of Article 29 Working Party on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, 17/EN WP 251.

W przypadku profilowanego newslettera, którego wysyłka z ogromnym prawdopodobieństwem nie wpływa istotnie na subskrybenta, zastosowanie znów może zatem znaleźć przesłanka usprawiedliwionego interesu z art. 6 ust. 1 lit. f RODO lub przesłanka niezbędności przetwarzania w celu wykonania umowy, o której mowa w art. 6 ust. 1 lit. b RODO. Naturalnie i w tym przypadku administrator przetwarzający na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO powinien przeprowadzić test równowagi⁴⁹. Aby ustalić, czy marketing bezpośredni oparty na profilowaniu nie narusza praw osoby, której dane są przetwarzane, należy także upewnić się, czy w danych okolicznościach osoba ta uznałaby działania administratora danych za postępowanie do przyjęcia⁵⁰. Inaczej mówiąc, profilowanie w marketingu bezpośrednim, tak jak marketing bezpośredni w ogólności, będą dozwolone na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f, jeśli subskrybenci mają rozsądne przesłanki, by spodziewać się przetwarzania ich danych⁵¹. Przykładowo pizzeria może skutecznie powołać się na tę przesłankę, jeśli po zamówieniu przez klientkę pizzy poprzez mobilną aplikację wysła jej na adres e-mail kupony rabatowe na ten sam rodzaj pizzy⁵². W doktrynie wskazuje się bowiem, że w dzisiejszych czasach nie jest niczym nadzwyczajnym fakt, że przedsiębiorca będzie chciał zaproponować klientom kolejne zakupy⁵³.

Należy także odnotować, że do celów marketingu bezpośredniego administratora czy podmiotu trzeciego nie można na podstawie usprawiedliwionego interesu przetwarzać szczególnych kategorii danych osobowych, czyli danych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby⁵⁴. Danych tych nie można również przetwarzać na podstawie przesłanki jego niezbędności do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane wrażliwe dotyczą. W art. 9 ust. 2 RODO osobno reguluje się podstawy przetwarzania tychże danych i na próżno szukać w nim podstawy opartej na usprawiedliwionym interesie administratora bądź osoby trzeciej oraz podstawy opartej na konieczności przetwarzania w celu wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą. O ile wysyłając prosty newsletter trudno o przetwarzanie tychże wrażliwych danych, o tyle marketing oparty na profilowaniu na podstawie danych wrażliwych może nastąpić. Trzeba podkreślić, że na taki proceder nie ma zgody unijnego prawodawcy. Przykładowo apteka internetowa, chcąc przysyłać oferty specyfików przeznaczonych na dolegliwości podmiotów danych, o których informacje posiada w swoich systemach, mogłaby to zrobić, posiadając wyraźną zgodę na takie przetwarzanie danych w celach dostarczania newslettera. Wówczas mogłaby dokonywać profilowania na podstawie przesłanki z art. 9 ust. 2 lit. a RODO, według której zakaz

przetwarzania szczególnej kategorii danych nie obowiązuje, jeśli osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić tego zakazu.

Konieczność uczynienia zadość obowiązkom informacyjnym

Nawet jeśli do przetwarzania danych osobowych do celów wysyłki newslettera co do zasady może dojść bez konieczności pozyskania zgody osoby, której dane osobowe są przetwarzane – wszak można przyjąć, że newslettery profilowane przy użyciu danych wrażliwych nie stanowią imponującego odsetka codziennie wysyłanych setek tysięcy newsletterów – trzeba pamiętać, że RODO nakłada liczne obowiązki informacyjne, którym administrator powinien uczynić zadość podczas pozyskiwania danych osobowych⁵⁵. W przypadku newsletterów będzie to musiało nastąpić w momencie podawania przez osobę odpowiedzialną danych oraz wyrażania zgód, o których mowa w art. 10 ŚwUsłElekU i art. 172 PrTelU. Chętnych do otrzymywania newslettera nie powinna zatem dziwić (choć z pewnością będzie mogła irytować) długa lista z pozoru niepotrzebnych informacji, o których mogą sobie oni przypomnieć w momencie, gdy uznają, że ktoś przetwarzając dane osobowe, narusza ich prawa.

Oferując newsletter na podstawie klauzuli usprawiedliwionego celu, czyli art. 6 ust. 1 lit. f RODO, bądź na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b. RODO, czyli w wykonaniu umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, warto szczególnie zwrócić uwagę na obowiązek przetwarzającego poinformowania osoby, której dane dotyczą, jakie to prawnie usprawiedliwione interesy zbierającego dane lub podmiotu trzeciego pozwalają na przetwarzanie danych na tejże podstawie prawnej⁵⁶. W przypadku wysyłki newsletteru na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO należy wskazać osobie, której dane dotyczą, że prawnie usprawiedliwionym interesem administratora danych jest chęć promowania jego produktów⁵⁷. Oferując newsletter oparty na profilowaniu jako celu przetwarzania

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Opinia 6/2014 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych w sprawie pojęcia prawnie uzasadnionych interesów administratora danych na mocy art. 7 dyrektywy 95/46/WE, 844/14/EN WP 217.

⁵¹ Motyw 47 preambuły RODO.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielik-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁵⁴ Art. 9 ust. 1 RODO.

⁵⁵ Art. 13 RODO.

⁵⁶ Art. 13 ust. 1 lit. d RODO.

⁵⁷ P. Litwiński, Art. 13, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

powinno się także wskazać chęć dostosowania oferty do preferencji klienta.

Podsumowanie

Jak wskazano w niniejszym artykule, podmioty oferujące newsletter swoim subskrybentom potrzebują od nich rozłącznych zgód na przesyłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówionej informacji handlowej oraz na korzystanie z telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego. Co do zasady nie jest natomiast wymagana osobna zgoda na

przetwarzanie danych osobowych osoby zapisującej się do newslettera. Dlaczego zatem tak wiele podmiotów oferujących newsletter prosi subskrybentów o wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych, choć najczęściej wcale nie jest ona wymagana przepisami prawa? Prawdopodobnie jedną z przyczyn jest niewiedza. Możliwe jednak, że administratorzy danych robią to niejako z ostrożności. Wydaje się jednak, że niekiedy żądanie zgody, w przypadku braku takiego wymogu w przepisach prawa, może spowodować konflikt między otrzymującym treści marketingowe a administratorem je wysyłającym oraz niepewność co do legalności przesyłania takich informacji.

Słowa kluczowe: newsletter, informacja handlowa, marketing bezpośredni, e-mailing, telekomunikacyjne urządzenia końcowe, zgoda, przetwarzanie danych osobowych, usprawiedliwiony interes administratora danych, profilowanie, komunikacja elektroniczna, Prawo telekomunikacyjne, RODO, świadczenie usług drogą elektroniczną

Consent(s) to receive commercial newsletter via email

Do we give one consent or a few separate consents to receive an email newsletter in accordance with the applicable law? Do we express it/them in an explicit way or in an implied manner? Subscribing to the newsletter, what exactly do we agree to? On what basis do different recipients receive different content from the same sender? Are consents from consumers usually collected in accordance with the applicable law? The aim of this article is to indicate what consents should entrepreneurs collect if they want to send their newsletters to consumers and how should they collect them legally, bearing in mind the fact that they often profile their subscribers. In fact, many of them send the newsletter contrary to legal regulations of which the recipients are usually unaware of. The author discusses the most important issues related to the lawful sending of an email newsletter with commercial information in the light of provisions in regard to providing services by electronic means, telecommunications law and personal data protection.

Keywords: newsletter, commercial information, direct marketing, emailing, telecommunication terminal equipment, consent, personal data processing, legitimate interest pursued by the controller, profiling, electronic communication, Telecommunications Law, GDPR, providing services by electronic means.

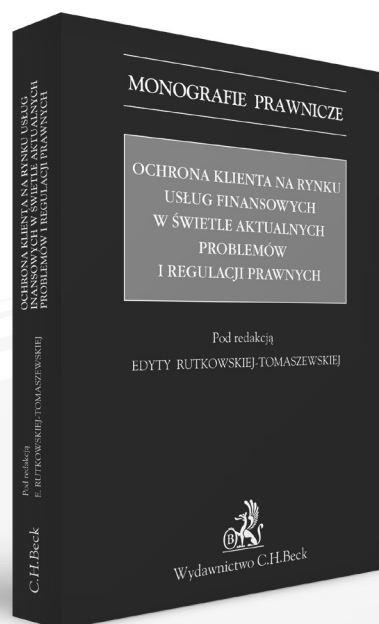


Monografie Prawnicze

Zamów:

tel. 22 31 12 222

www.ksiegarnia.beck.pl



Ustalenie prawa właściwego dla umów sprzedaży zawartych za pośrednictwem serwisu e-commerce pomiędzy konsumentem z Polski a sprzedawcą z Chin

Rafał Skibicki¹

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie prawo będzie właściwe dla kontraktów zawieranych między konsumentami mającymi miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polsce a sprzedawcami znajdującymi się w Chińskiej Republice Ludowej. Nie jest to problem hipotetyczny. Wyrósł on bowiem na tle wzmożenia aktywności polskich konsumentów w chińskich serwisach handlu elektronicznego² (z ang. *e-commerce*), zwłaszcza zaś w serwisie AliExpress. Wskazanie prawa właściwego ma kluczowe znaczenie co do określenia uprawnień, które przysługują konsumentowi w przypadku dokonania transakcji.

Uwagi wstępne

Z dnia na dzień rynek handlu elektronicznego stale się powiększa. Coraz częściej okazuje się, że regulacje mające za zadanie ochronę praw konsumentów wprowadzane czy to do krajowego, czy też unijnego porządku prawnego nie wystarczają, ponieważ nie ma pewności, że znajdą zastosowanie w każdej sytuacji, w której konsument będzie potrzebował ochrony. Konsument, który na swoim krajowym rynku jest uważany za podmiot słabszy, jest nim tym bardziej, kiedy działa na rynku międzynarodowym. Nie zna on bowiem regulacji prawnych, które obowiązują w miejscu działalności jego profesjonalnego kontrahenta³. W efekcie rośnie ryzyko zawarcia niekorzystnej dla niego transakcji.

E-commerce a polski rynek

W związku z brakiem w polskim prawie definicji normatywnej e-commerce należy sięgnąć po definicje praktyczne. Jedną z donioślejszych jest definicja przedstawiana przez Główny Urząd Statystyczny, stworzona w celu objaśnienia pojęć używanych w jego raportach. Handel elektroniczny definiuje się jako „transakcje przeprowadzone przez sieci, oparte na protokole IP i przez inne sieci komputerowe”⁴. Zgodnie z najnowszymi badaniami pochodzącymi z ubiegłego roku aż 54% Polaków dokonało zakupów on-line (odnotowano tym samym wzrost o cztery punkty procentowe w stosunku do 2016 r.), z czego około 30% dokonało zakupów w zagranicznych e-sklepach. Powoli w świadomości polskich konsumentów pokonywany jest strach przed dokonywaniem zakupów w Internecie, co w większości badań było przedstawiane jako główna bariera dla respondentów⁵. Cały polski rynek e-handlu wycenia się na około 36–40 mld złotych z dynamiczną tendencją wzrostową⁶. W związku z tym na rynku e-commerce pojawia się (i będzie się pojawiało) coraz więcej zachodnich graczy takich jak E-bay czy Amazon.

Z okazji skorzystali też potentaci z Państwa Środka tacy jak AliExpress czy Gearbest⁷.

Serwis AliExpress oraz gwarantowane przez niego uprawnienia kupującego

„Polacy coraz chętniej zamawiają przez Internet towary z Chin”⁸ – co ciekawe, nie jest to tytuł jednej z polskich gazet, lecz nagłówek chińskiej Gazety Ludowej. Zgodnie z badaniami Internetu prowadzonymi przez PBI/GEMIUS w Polsce znajduje się ok. 5 mln użytkowników samego serwisu AliExpress⁹. Co więcej, w ciągu roku liczba kupujących Polaków wzrosła o 66,6%¹⁰. Naturalnie wciąż nie są to wyniki

¹ Autor jest absolwentem stacjonarnych studiów prawa na Uniwersytecie Wrocławskim.

² Zwany też e-handlem.

³ T. Pajor, O zagadnieniach ochrony konsumenta w prawie prywatnym międzynarodowym, [w:] L. Ogięto, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2005, s. 250.

⁴ GUS, Sprawozdanie o wykorzystaniu technologii informacyjno-telekomunikacyjnych w przedsiębiorstwach, 2014, <http://form.stat.gov.pl/formularze/2014/passive/SSI-01.pdf> (dostęp z 21.3.2018 r.).

⁵ Odsetek ludzi uznających zakupy w Internecie za ryzykowny – za takie uznano je jedynie 38% ankietowanych, co oznacza 13% spadek w stosunku do 2016 r.

⁶ Zob. <https://www.gemius.pl/wszystkie-artykuly-aktualnosci/najnowsze-dane-o-polskim-e-commerce-juz-dostepne.html> (dostęp z 21.3.2018 r.) oraz <https://businessinsider.com.pl/finanse/handel/rynek-e-commerce-w-polsce-raport-gemiusa-za-2017-rok/mpw8rs5> (dostęp z 21.3.2018 r.).

⁷ Podkreślenia wymaga informacja, że serwis Gearbest zajmujący się handlem chińską elektroniką (co wciąż uważa się za synonim tandety, aczkolwiek coraz częściej mylnie) założył ze względu na dużą ilość zamówień od polskich konsumentów swój magazyn w Polsce.

⁸ Zob. <http://world.people.com.cn/n1/2018/0112/c1002-29761205.html> (dostęp z 11.3.2018 r.).

⁹ Liczba ta nie oddaje jednakże całkowicie skali zjawiska, ponieważ w badaniu nie zostały przedstawione dane dla pozostałych chińskich serwisów internetowych kierujących swą ofertą do Polaków (np. wcześniej wspomniany Gearbest). Pomimo że najprawdopodobniej większość z nich dokonała również zakupu na największym chińskim serwisie, jakim jest Aliexpress, nie można wykluczyć jednak, że przynajmniej w niewielkiej części obie grupy są od siebie niezależne.

¹⁰ Zob. <https://www.spidersweb.pl/2018/01/zakupy-na-aliexpress-polacy.html> (dostęp z 11.3.2018 r.).

porównywalne do serwisu allegro.pl (ponad 17 mln użytkowników), jednakże AliExpress wyprzedził już takie serwisy jak zalando.pl (ok. 3,6 mln użytkowników) czy domodi.pl (ok. 4,4 mln użytkowników) i depcze po piętach serwisowi empik.com (5,6 mln użytkowników).

Do zrozumienia tego fenomenu potrzebne jest przedstawienie, czym tak naprawdę jest serwis AliExpress oraz jakie są powody, dla których Polacy tak często z niego (i podobnych do niego serwisów) korzystają. Jest to chiński serwis sprzedaży internetowej założony w 26.4.2010 r. przez chińską grupę kapitałową Alibaba¹¹ należącą do chińskiego multimilionera *Jacka Ma*. Na AliExpress można kupić niemal wszystko – od elektroniki, przez ubrania, wyposażenie domu i zabawki, aż po akcesoria sportowe. Sprzedawcami w serwisie mogą być albo spółki, albo przedsiębiorcy indywidualni¹². Tym samym AliExpress to serwis działający na bardzo podobnych zasadach do polskiego Allegro. Istnieje jednakże jedna zasadnicza różnica – AliExpress stworzony jest przede wszystkim do promocji i sprzedaży całkowicie chińskich produktów na rynkach międzynarodowych¹³ (w odróżnieniu od innego popularnego chińskiego serwisu, Taobao, który przeznaczony jest do zakupów „wewnątrz” Państwa Środka). To serwis niebywale ekspansyjny¹⁴, który rok w rok notuje wzrost obrotów rzędu ok. 40%, co obrazuje, jak olbrzymim potencjałem rozwoju dysponuje¹⁵.

Zasadniczym powodem popularności serwisu AliExpress (i działających na podobnych zasadach innych chińskich serwisów e-commerce) jest cena towarów – nierzadko niższa kilkukrotnie od porównywalnych produktów zachodnich przedsiębiorstw przy jednocześnie zbliżonej jakości do zachodnich odpowiedników. Cena w tym serwisie jest na tyle niska, że często zdarza się, iż rodzimi przedsiębiorcy zaopatrują się w towar najpierw na AliExpress, a później odsprzedają towar w Polsce z pokaźną prowizją¹⁶. Nie jest to jednak jedyny powód popularności chińskiego giganta. Serwis oferuje bowiem szeroką gamę przeróżnych towarów, kusi częstymi promocjami, umożliwia szeroki wybór metod płatności (w tym niezwykle popularną w Polsce metodę szybkich przelewów przez PayU¹⁷) oraz gwarantuje darmową przesyłkę do Polski¹⁸. Co więcej, AliExpress ma także polską wersję językową strony, dzięki czemu pozwala na dokonywanie zakupów nawet osobom, które nie znają żadnego innego języka niż polski.

Bardzo istotne znaczenie ma również sama koncepcja gwarancji, jaką daje serwis. Sprzedawca otrzymuje bowiem pieniądze klienta, dopiero gdy ten dostanie go w nienaruszonym stanie lub minie przewidziany dla towaru okres ochronny¹⁹. Natomiast jeżeli paczka nie dotrze do klienta lub otrzyma on towar uszkodzony bądź niekompletny, ma gwarantowany zwrot kosztów. W razie sporów pomiędzy stronami umowy sprzedaży w całej procedurze pośredniczy

sam serwis, starając się rzeczywiście dojść do porozumienia, z reguły trzymając stronę kupującego²⁰.

Umowa sprzedaży i ustalenie jej prawa właściwego

Umowy zawierane przez serwisy zajmujące się e-commerce najczęściej klasyfikuje się²¹ jako umowy sprzedaży, jakkolwiek ze względu na zawarcie jej przy pośrednictwie sieci Internet będzie się ona charakteryzowała kilkoma odmiennostkami w stosunku do klasycznej umowy sprzedaży. Wydaje się, że rozpatrywaną umowę należałoby przede wszystkim przeanalizować pod względem jej przynależności do umów elektronicznych, umów konsumenckich oraz umów zawieranych na odległość. Każda z wyżej wymienionych kategorii będzie miała znaczący wpływ na to, jak zostanie ukształtowany stosunek prawny między stronami.

Na wstępie – przed rozważaniami nad treścią i cechami rozpatrywanej umowy (w celu ustalenia rządzącego nią prawa właściwego) – zostanie dokonana kwalifikacja prawna pojęć zgodnie z polskim systemem prawnym. W związku z powyższym przedstawione uprawnienia i obowiązki stron znajdą zastosowanie tylko wtedy, kiedy właściwym prawem dla umów takiego rodzaju będzie prawo polskie. Dla przejrzystości pracy i zmieszczenia się w przewidzianych dla niej rozmiarach rozpatrywanie prawa właściwego będzie odbywać się w stosunku do kupującego mającego miejsce zamieszkania w Rzeczypospolitej Polskiej, a sprzedającego mającego swoją siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej.

¹¹ Będąca zgodnie z danymi Forbesa 63. najwartościowszą grupą kapitałową na świecie, <https://www.forbes.com/companies/alibaba/> (dostęp z 24.3.2018 r.).

¹² Zob. https://sell.aliexpress.com/zh/___pc/procedure.htm?spm=5261.8110209.2336.2.wF03oc (dostęp z 24.3.2018 r.).

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Jest np. najczęściej odwiedzanym serwisem e-commerce w Rosji czy Brazylii.

¹⁵ Zob. <https://businessinsider.com.pl/finanse/handel/ilu-polakow-korzysta-z-aliexpress/pqtzsb1> (dostęp z 24.3.2018 r.).

¹⁶ Zob. <http://antyweb.pl/na-allegro-roi-sie-od-aukcji-z-produktami-z-aliexpress-posrednicy-niezsie-oblawiaja/> (dostęp z 17.3.2018 r.).

¹⁷ Zob. <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Polacy-coraz-chetniej-kupuja-na-AliExpress-4058694.html> (dostęp z 24.3.2018 r.).

¹⁸ Sama przyczyna tego zjawiska jest niezwykle ciekawa, ponieważ wiąże się to z dotacjami chińskiego rządu dla małych przedsiębiorców, dzięki czemu mogą korzystać z państwowej poczty za darmo, jeżeli kraj odbiorcy należy do Światowego Związku Pocztowego, <https://www.spidersweb.pl/2018/01/zakupy-na-aliexpress-polacy.html> (dostęp z 24.3.2018 r.).

¹⁹ Zob. <https://www.spidersweb.pl/2018/01/zakupy-na-aliexpress-polacy.html> (dostęp z 24.3.2018 r.).

²⁰ Zon. m.in. <https://www.spidersweb.pl/2018/01/zakupy-na-aliexpress-polacy.html> (dostęp z 24.3.2018 r.).

²¹ Przyjmując klasyfikację umów przewidzianych w polskich systemie prawa prywatnego.

1. Klasyfikacja umowy sprzedaży zawieranej za pośrednictwem serwisu e-commerce i jej konsekwencje

W polskim systemie prawnym nie istnieje definicja legalna umów elektronicznych (choć w wielu aktach prawnych pojawia się to pojęcie lub regulują one związane z nimi zagadnienia²²), w związku z czym od wielu lat próbę zdefiniowania umów elektronicznych podejmuje doktryna prawa nowych technologii. Za jedną z najlepszych i najprostszych definicji uznaje się definicję zaproponowaną przez J. Gołaczyńskiego, który wskazuje, że umowami elektronicznymi są „umowy zawierane za pomocą środków elektronicznych”²³. Istotny w świetle rozpatrywanej umowy jest także podział wewnętrzny umów elektronicznych ze względu na ich sposób wykonania²⁴. Wobec tego, że w rozpatrywanej umowie świadczeniem najbardziej charakterystycznym jest przeniesienie własności rzeczy oraz jej wydanie, będziemy mieli do czynienia z umową zawartą on-line oraz wykonywaną off-line, czyli w sposób tradycyjny – wykonanie bowiem nie nastąpi w sieci Internet lub innych podobnych sieciach. Innymi słowy, taka umowa będzie przynależała do tzw. pośredniego handlu elektronicznego.

Polskie prawo nie zawiera wprost definicji umów konsumenckich, definiuje je jednak w sposób pośredni, poprzez definicję konsumenta. Pojęcie „konsumenta” zostało zdefiniowane w art. 22¹ KC, przez kogo rozumie się „osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”. Niewątpliwie większość zawieranych umów za pomocą serwisu AliExpress jest zawierana w sytuacji, gdy kupującym jest osoba fizyczna, która w świetle przedstawionej definicji będzie występowała jako konsument. W związku z powyższym można przyporządkować rozpatrywaną umowę do kategorii umów konsumenckich. Zastosowanie zatem znajdą tutaj specjalne uprawnienia i obowiązki, jakie prawodawca powiązał z osobą konsumenta. Zasadniczo można wyróżnić ich trzy podstawowe rodzaje. Po pierwsze, mowa tu przede wszystkim o instytucji klauzul niedozwolonych (art. 385¹ i n. KC), pozwalającej na kontrolę treści umów oraz eliminację postanowień umownych narzuconych konsumentowi przez drugą stronę umowy postanowieniami kształtującymi wiążący ich stosunek cywilnoprawny w sposób rażąco godzący w interesy tego pierwszego i sprzeczny z dobrymi obyczajami²⁵. Po drugie, wiąże się to z instytucją obowiązków informacyjnych. Składa się na nią wiele licznych uregulowań nakładających na przedsiębiorcę obowiązek przekazywania konsumentowi na etapie przedkontraktowym informacji, które umożliwią mu podjęcie świadomej, racjonalnej decyzji o zawarciu umowy i jej warunkach (zob. np. art. 546¹ KC, art. 12 ustawy z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta²⁶). Trzecim, niezwykle ważnym uprawnieniem, jest wiążące się z zaklasyfikowaniem

umowy do kategorii umów zawieranych na odległość uprawnienie do odstąpienia od umowy bez podawania przyczyn i bez ponoszenia dodatkowych kosztów (art. 27 i n. PrawKonsU). Normy prawa konsumenckiego klasyfikowane są głównie jako normy semiimperatywne. Normy takiego typu przewidziane są najczęściej w wypadku ochrony teoretycznie słabszej strony umowy (np. konsument, pracownik zatrudniony na umowę o pracę). Są one minimalnym standardem, poniżej których układające się strony nie mogą zejść. Strony mogą jednak przyjąć ustalenia korzystniejsze dla słabszej strony umowy.

Umowa zawierana na odległość ma swoją definicję legalną w ustawie o prawach konsumenta. W art. 2 pkt 1 PrawKonsU definiuje się ją jako „umowę zawartą z konsumentem w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności stron, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy włącznie”. W doktrynie²⁷ wyróżnia się cztery cechy, których łączne występowanie pozwala na zakwalifikowanie umowy do kategorii umów zawieranych na odległość. Po pierwsze, musi być to umowa konsumencka. Po drugie, wymagany jest jednoczesny brak fizycznej obecności stron. Po trzecie, umowa musi zostać zawarta przy wykorzystaniu jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość. Po czwarte zaś, przedsiębiorca musi działać w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość.

W świetle wcześniejszych rozważań o umowach elektronicznych oraz umowach konsumenckich nie może być wątpliwości co do spełniania przez umowy zawierane w serwisie AliExpress trzech pierwszych cech tychże umów. Ze względu na niejasne sformułowanie przez ustawodawcę czwartej cechy mogą pojawić się co do niej wątpliwości. Sytuację wyjaśnia jednak prawodawca unijny w motywie 20 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r.

²² Taka sytuacja zachodzi w dyrektywie 2000/31/WE z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz.Urz. UE. L Nr 178, s. 1–16.

²³ J. Gołaczyński, [w:] W. Katner (red.), System Prawa Prywatnego t. 9, Warszawa 2015, s. 482.

²⁴ Zgodnie z podziałem W. Kiliana wyróżnia się jej cztery kategorie: 1) umowę elektroniczną *sensu stricto* (zawartą i wykonaną on-line); 2) umowę zawartą w postaci elektronicznej off-line i wykonaną w sposób tradycyjny; 3) umowę zawartą on-line i wykonaną w sposób tradycyjny; 4) umowę zawartą w postaci tradycyjnej i wykonaną przez spełnienie świadczenia w postaci elektronicznej on-line – zob. W. Kilian, [w:] J. Gołaczyński, Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej, Warszawa 2006, s. 209 i n.

²⁵ R. Strugała, Art. 22¹, [w:] P. Machnikowski, E. Gniewek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis/el. 2017.

²⁶ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 683 ze zm.; dalej jako: PrawKonsU.

²⁷ Zob. m.in. B. Kaczmarek-Templin, Art. 2 [w:] B. Kaczmarek-Templin (red.), Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis/el. 2014.

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 Rady²⁸, którą implementuje do polskiego systemu prawnego właśnie ustawa o prawach konsumenta. Według tego motywu „zawierając z konsumentami umowy na odległość, przedsiębiorca może korzystać z własnego systemu albo systemu prowadzonego przez osobę trzecią”²⁹. Ponadto w doktrynie wskazuje się, że „sposób prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę powinien przybrać określone ramy organizacyjne i techniczne”³⁰. Bez wątpliwości serwis AliExpress można zatem uznać za taki właśnie system. W związku z powyższym rozpatrywaną umowę powinno się również potraktować jako umowę zawieraną na odległość.

2. Znaczenie ustalenia prawa właściwego oraz źródła prawa mające zastosowanie

Wobec tego, że mamy tutaj do czynienia ze stosunkiem z zakresu prawa prywatnego związanym z prawem co najmniej dwóch państw, możliwość zastosowania powyższych uprawnień będzie zależeć od prawa właściwego regulującego rozpatrywany stosunek prawny. Do jego zaś ustalenia będzie potrzebne wykorzystanie właściwych norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego. Jak wiadomo, nie są to normy zunifikowane w skali całego świata, dlatego też polskie normy kolizyjne będą różnić się w stosunku do chińskich. Ze względu na małą liczbę aktualnych źródeł chińskiego prawa prywatnego międzynarodowego trzeba zastanowić się, jakie byłoby prawo właściwe jedynie w wypadku stosowania norm prawa prywatnego międzynarodowego stosowanych w Polsce.

Ustalając prawo właściwe rządzące tym stosunkiem, polski sąd będzie musiał zastosować ustawę z 4.2.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe³¹ oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych zwane potocznie jako rozporządzenie Rzym I³².

Na marginesie należy dodać, że co do zasady zastosowanie nie znajdzie konwencja z 11.4.1980 r., czyli Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów³³, nawet pomimo że zarówno Rzeczpospolita Polska, jak i Chińska Republika Ludowa są jej sygnatariuszami³⁴. Zgodnie bowiem z art. 1 CISG przepisy tej konwencji znajdują zastosowanie, m.in. jeżeli państwa stron umawiających są państwami sygnatariuszami, pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy sprzedaży, strony nie wyłączyły przepisów konwencji oraz obie mają stałe miejsce prowadzenia działalności handlowej w różnych państwach. Nie powinno być zatem wątpliwości co do zastosowania przepisów CISG tylko do umów dwustronnie profesjonalnych.

2.1. Wybór prawa. Analiza możliwości umieszczenia klauzuli wyboru prawa w regulaminie

Podstawową zasadą kolizyjną rozporządzenia Rzym I jest wyrażona w jego art. 3 zasada wyboru prawa właściwego przez strony. Tym samym wyraźnie daje ona pierwszeństwo koncepcji autonomii woli stron³⁵. Jest ona określana mianem wyboru nieograniczonego – dopuszczalny jest bowiem wybór prawa obowiązującego w jakimkolwiek państwie³⁶. Wybór prawa właściwego może dotyczyć zarówno całej umowy, jak i jej części. Aby był on skuteczny, musi zostać dokonany wyraźnie lub w sposób jednoznaczny wynikać z postanowień umowy lub okoliczności sprawy. Innymi słowy, oznacza to, że nie jest konieczne wyraźne wskazanie przez strony prawa właściwego wybranego państwa. Nie można zatem wykluczyć w rozpatrywanej sytuacji skutecznego umieszczenia klauzuli wyboru prawa właściwego w regulaminie korzystania z serwisu e-commerce. Takie stanowisko poparł TS w wyroku z 28.7.2016 r.³⁷. Wskazał tam, że postanowienie ogólnych warunków sprzedaży czy też regulaminów przedsiębiorcy, „które nie zostało indywidualnie wynegocjowane, a zgodnie z którym prawo państwa członkowskiego siedziby tego przedsiębiorcy reguluje umowę zawartą w handlu elektronicznym z konsumentem, jest niedozwolone w zakresie, w jakim wprowadza tego konsumenta w błąd, dając mu do zrozumienia, że jedynie prawo tego państwa członkowskiego znajduje zastosowanie do umowy, i nie informując go o tym, iż korzysta on również, na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, z ochrony zapewnianej mu przez bezwzględnie wiążące przepisy prawa, które byłoby właściwe w braku tej klauzuli”³⁸.

Co ciekawe, odmienne stanowisko zajął polski SN w wyroku z 17.9.2014 r.³⁹ dotyczącym regulaminów sprzedaży biletów na Mistrzostwa Europy EURO 2012, których sprzedaż zgodnie z jego postanowieniami była podporządkowana

²⁸ Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64–88.

²⁹ 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 Nr 304, s. 64–88.

³⁰ T. Czech, Art. 2, [w:] T. Czech (red.), Prawa konsumenta. Komentarz Lex/el. 2017.

³¹ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792; dalej jako: PPM.

³² Dz.Urz. UE. L Nr 177, s. 6–16; dalej jako: rozporządzenie Rzym I.

³³ Ang. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*; Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 287; dalej jako: CISG.

³⁴ Zob. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> (dostęp z 25.3.2018 r.).

³⁵ J. Gołaczyński, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2015, s. 204.

³⁶ M. Pazdan, System Prawa Prywatnego, t. 20B, Warszawa 2015, s. 82.

³⁷ C-191/15, w sprawie *Verein für Konsumenteninformation* przeciwko *Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612.

³⁸ *Ibidem*, pkt 71.

³⁹ I CSK 555/13, OSNC 2015, Nr 7–8, poz. 94.

prawa szwajcarskiemu. Sąd Najwyższy stwierdził, że wybór prawa wprowadza niedopuszczalną nierównowagę między przedsiębiorcą a konsumentem. Uznał, że możliwość zarówno stosowania prawa krajowego, jak i prawa obcego (ze względu na zastosowanie standardów ochrony) jest nieprzejrzysta dla przeciętnego konsumenta, przez co nie będzie on w stanie ustalić swoich uprawnień. Tym samym stawia to przedsiębiorcę w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do drugiej strony umowy. W związku z tymi argumentami SN uznał taką klauzulę za niedozwoloną w rozumieniu art. 385¹ § 1 KC.

Wydaje się jednak, że wyrok wydany przez SN idzie za daleko⁴⁰. Jednolite prawo unijne przewiduje bowiem dostateczny poziom ochrony konsumenckiej i nie ma potrzeby, aby pozbawiać przedsiębiorców możliwości wyboru prawa właściwego w stosunku do ich umów z konsumentem⁴¹. Stąd, powołując się na ww. orzeczenie TS (C-191/15), należałoby opowiedzieć się za możliwością zamieszczania klauzul wyboru prawa, lecz pod takim warunkiem, że konsumenci zostaną poinformowani o przysługujących im prawach wynikających z prawa unijnego, a sama klauzula zostanie napisana w sposób jasny⁴².

Trzeba jednak dodać, że z takiej możliwości serwisy e-commerce nie korzystają. W swoich regulaminach regulują jedynie prawo właściwe dla umowy na linii użytkownik – serwis⁴³. Podobnie czynią także chińskie serwisy e-commerce⁴⁴.

Paradoksalnie wybór prawa może być czasem ograniczony. Przewiduje to m.in. art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Statuuje on, że wybór prawa nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta⁴⁵ ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów, których nie można wyłączyć w drodze umowy, na mocy prawa, jakie zgodnie z ust. 1 byłoby właściwe w braku wyboru. W mojej ocenie słuszny wydaje się pogląd części doktryny prawa prywatnego międzynarodowego dopatrującej się w normach art. 6 rozporządzenia Rzym I nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku zapewnienia przynajmniej takiego samego poziomu ochrony konsumentom, jaki mają oni zagwarantowany w państwie ich miejsca zwyczajnego pobytu⁴⁶. Możliwe byłoby zatem dokonanie wyboru prawa np. chińskiego, jeżeli zasady serwisu dawałyby co najmniej minimalne uprawnienia, jakie są przewidziane na terytorium UE.

O jakich zatem uprawnieniach stanowi art. 6 rozporządzenia Rzym I? Odpowiedzi zdaje się miał udzielić art. 30 PPM wymieniający kilka aktów prawnych, których nie można wyłączyć dla umowy, wykazujący ścisły związek z obszarem co najmniej jednego państwa członkowskiego⁴⁷. Wydaje się jednak, że ustawodawca krajowy wykazał się w tej sprawie nadgorliwością. Nie może on bowiem dokonywać zmian prawa unijnego, którego celem jest ujednolicenie przepisów kolizyjnych i które musi wskazywać wyraźnie, że ustawodawca krajowy może dokonać zmiany takiego przepisu. Dlatego też większość doktryny przychyliła się do stanowiska wskazują-

cego, że art. 30 ust. 1 PPM normuje tylko sytuacje, które nie są objęte zakresem zastosowania rozporządzenia Rzym I, wobec czego polski ustawodawca dopełnił jedynie przepisy rozporządzenia⁴⁸.

Prawodawca unijny przewidział szeroką ochronę uprawnień konsumenta. Wydaje się, że mogą mieć zastosowanie tutaj przede wszystkim konsumenckie prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość, jak również obowiązki informacyjne przewidziane ustawą o prawach konsumenta⁴⁹, regulacje dotyczące klauzul abuzywnych⁵⁰ czy nawet sama definicja pojęcia konsumenta.

2.2. Świadczenie charakterystyczne

W wypadku niedokonania wyboru prawa właściwego przez strony umowy zastosowanie znajdzie art. 4 rozporzą-

⁴⁰ M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, Wybór prawa jako klauzula abuzywna, iKAR 2016, Nr 3(5).

⁴¹ M. Szczepański, Ł. Lasek, Klauzula wyboru prawa obcego w relacjach z konsumentem nie zawsze skuteczna, <http://www.codozasady.pl/klauzula-wyboru-prawa-obcego-w-relacjach-z-konsumentem-nie-zawsze-skuteczna/> (dostęp z 26.3.2018 r.).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Zob. np. art. 17 regulaminu serwisu Allegro, <https://allegro.pl/regulamin/pl#artykul-17.-prawo-wlasciwe-i-spy> (dostęp z 25.3.2018 r.) czy też regulamin świadczenia usług serwisu Amazon, https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/ref=ap_desktop_footer_cou?ie=UTF8&nodeId=508088 (dostęp z 25.3.2018 r.).

⁴⁴ Zob. regulamin AliExpress, <https://rule.alibaba.com/rule/detail/2042.htm> (dostęp z 26.3.2018 r.). Zdarzają się jednak też takie, które tego nie regulują, np. serwis Gearbest.

⁴⁵ W doktrynie wskazuje się często na autonomiczność pojęć prawa prywatnego międzynarodowego, stąd też m.in. rozporządzenie Rzym I definiujące pojęcie „konsumenta” w art. 6 jako osobę fizyczną, która zawarła w celu, który można uznać za niezwiązany z jej działalnością gospodarczą lub zawodową, umowę z osobą wykonującą działalność gospodarczą lub zawodową (czyli „przedsiębiorcą”).

⁴⁶ A. Jaroszek, Prawo właściwe dla umów konsumenckich w rozporządzeniu Rzym I – art. 6, [w:] A. Jaroszek (red.), Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet, Lex/el. 2009.

⁴⁷ Są to kolejno: 1) dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L Nr 95, s. 29); 2) dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.5.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE L Nr 171, s. 12); 3) dyrektywa 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.9.2002 r. dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywę 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.Urz. UE Nr L Nr 271, s. 16); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 23.4.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającą dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.Urz. UE L Nr 133, s. 66 ze zm.).

⁴⁸ M. Czepelak, Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej, Warszawa 2012, s. 210; podobnie również B. Gneta, Art. 30, [w:] J. Poczuł (red.), Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz, Lex/el. 2017.

⁴⁹ Oba te uprawnienia są efektem wdrożenia przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L Nr 304, s. 64), dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.5.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE L Nr 171, s. 64–88).

⁵⁰ Wcześniej wspomniana dyrektywa Rady 93/13/EWG.

dzenia Rzym I. Prawodawca unijny w takiej sytuacji wskazał sztywne łączniki, działające na zasadzie „świadczenia charakterystycznego”⁵¹, z reguły będącego świadczeniem niepieniężnym⁵². Zasada ta jest uzupełniana przez wyrażoną w art. 4 ust. 2–3 rozporządzenia Rzym I zasadę „najściślejszego związku” umowy z danym państwem, działającym w pewnym sensie jak klauzula salwatoryjna⁵³.

Istotne w zakresie zrozumienia reguł rządzących ustaleniem prawa właściwego jest także pojęcie miejsca zwykłego pobytu. Jest to tzw. łącznik podmiotowy (domicyliu) normy kolizyjnej występujący co do wielu rodzajów zobowiązań w rozporządzeniu Rzym I⁵⁴. Zgodnie z art. 19 rozporządzenia Rzym I za miejsce zwykłego pobytu w wypadku osób prawnych i podmiotów nieposiadających osobowości prawnej uważa się miejsce siedziby ich głównego organu zarządzającego. Natomiast za miejsce zwykłego pobytu osoby fizycznej działającej w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej uznaje się miejsce głównego przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 19 ust. 3 rozporządzenia ustalenia miejsca zwykłego pobytu dokonuje się z chwilą zawarcia umowy. Rozporządzenie niestety nie definiuje pojęcia miejsca zwykłego pobytu osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Pojęcie to należy w takim razie wyklądać autonomicznie jako miejsce, w którym osoba fizyczna ma stałe miejsce swoich interesów⁵⁵. W doktrynie wskazuje się, że pod uwagę należy brać np. długość i regularność pobytów w danym miejscu, miejsce pobytu rodziny lub bliskich, miejsce wykonywania pracy czy pobierania wynagrodzenia⁵⁶. Warto wskazać, że na tle rozporządzenia Rzym I nie jest możliwe posiadanie więcej niż jednego miejsca zwykłego pobytu⁵⁷. W takiej sytuacji za miejsce zwykłego pobytu osoby fizycznej powinno się uznać miejsce, gdzie dana osoba przebywa najdłużej lub gdzie koncentrują się jej interesy życiowe⁵⁸.

W przypadku umowy sprzedaży prawodawca unijny wprowadził sztywny łącznik działający na zasadzie „świadczenia charakterystycznego”. Umowa sprzedaży towarów podlega prawu państwa, w którym sprzedawca ma miejsce zwykłego pobytu. W rozpatrywanej sprawie dokonywania transakcji za pośrednictwem serwisów e-commerce pomiędzy kupującym z polski a sprzedawcą z Chin prawem właściwym byłoby zatem właśnie prawo chińskie. Dotyczyć to będzie jednie obrotu profesjonalnego (B2B). W przypadku pojawienia się po stronie kupującego konsumenta prawodawca unijny przewidział inne normy kolizyjne.

3. Umowy konsumenckie w rozporządzeniu Rzym I

Wyjątek od powyższej zasady został przewidziany w art. 6 rozporządzenia Rzym I regulującego umowy konsumenckie. Podlega ona bowiem prawu państwa, w którym konsument

ma miejsce zwykłego pobytu, jednakże czyni to pod dwoma alternatywnymi dla siebie warunkami. Po pierwsze, gdy przedsiębiorca wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Po drugie zaś, jeżeli przedsiębiorca w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta lub do kilku państw z tym państwem włącznie, a umowa wchodzi w zakres tej działalności. Dopiero zaś, zgodnie z art. 6 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, gdy nie spełnia powyższych warunków, prawo właściwe dla umowy między konsumentem a przedsiębiorcą ustala się na zasadach ogólnych świadczenia charakterystycznego (czyli w rozpatrywanym przypadku będzie to miejsce zwykłego pobytu sprzedawcy).

Nie ma wątpliwości co do sytuacji, kiedy przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą w kraju, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Wtedy na linii polski konsument – chiński przedsiębiorca prawem właściwym byłoby prawo polskie⁵⁹. Co więcej, nie powinno być także problemu z jurysdykcją i wykonalnością orzeczenia, ponieważ w tej sytuacji zastosowanie znalazłyby również przepisy polskiego prawa.

Bardziej niejasna sytuacja dotyczy jednak drugiego warunku, czyli kierowania swojej działalności do państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta. Uważa się, że pojęcie działalności ukierunkowanej można interpretować na podstawie rozważań i opinii doktryny powstałych na tle rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych⁶⁰ – rozporządzenia Bruksela I⁶¹. Wprowadzenie do tekstu obu rozporządzeń tego pojęcia wynikało z woli objęcia tymi regułami także transakcji dokonywanych w handlu internetowym⁶².

⁵¹ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 205.

⁵² M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007, s. 133. W doktrynie pojawiają się także inne definicje. Pojęcie świadczenia charakterystycznego odnosi się do zobowiązania, które stanowi istotę umowy (M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 181).

⁵³ J. Gołaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 205.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 31.

⁵⁵ M. Pazdan, *Prawo prywatne...*, s. 56.

⁵⁶ P. Staszczuk, Art. 19, [w:] P. Fik, P. Staszczuk, *Prawo właściwe dla zobowiązań umownych – rozporządzenie (WE) Nr 593/2008 (Rzym I)*. Komentarz [online], Lex/el. 2013.

⁵⁷ D. Baetge, [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 313.

⁵⁸ P. Staszczuk, Art. 19, [w:] P. Fik, P. Staszczuk, *Prawo właściwe...*, Lex/el. 2013.

⁵⁹ Dotyczyć to będzie np. serwisu e-commerce Gearbest.

⁶⁰ Dz.Urz. UE L Nr 12, s. 1 ze zm.; dalej jako: rozporządzenie Bruksela I.

⁶¹ A. Lewestam-Rodziewicz, A. Sojat, *Prawo właściwe dla umów elektronicznych*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Sporządzanie umów elektronicznych*. Komentarz praktyczny, wzory umów, orzecznictwo, Legalis/el. 2017.

⁶² J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005, s. 52.

Znaczący wkład w rozumienie tego pojęcia ma przede wszystkim wyrok TS z 7.12.2010 r., w sprawie C-144/09⁶³. W orzeczeniu tym Trybunał dokonał interpretacji postanowień rozporządzenia Bruksela I mających zastosowanie do umów konsumenckich w przypadku oferowania usług w Internecie. Trybunał uznał, że „sama dostępność strony internetowej przedsiębiorcy lub pośrednika w państwie członkowskim, na terytorium którego konsument ma miejsce zamieszkania, nie jest wystarczająca”⁶⁴. Co więcej, wskazał, że to samo dotyczy podawania adresu elektronicznego, jak również użycia języka lub waluty, które są zwyczajowo używane w państwie członkowskim, gdzie przedsiębiorca ma swoją siedzibę. Jednakże w innym miejscu tego samego uzasadnienia wyroku TS zauważył, że jeżeli „strona internetowa pozwala konsumentom na używanie innego języka lub innej waluty, mogą one zostać uwzględnione i stanowić oznakę pozwalającą na stwierdzenie, że działalność przedsiębiorcy jest kierowana do innych państw członkowskich”⁶⁵. W przypadku zawarcia takiej umowy należy zatem zbadać, czy występowały przesłanki wskazujące na to, że przedsiębiorca zamierzał prowadzić interesy z konsumentami zamieszkającymi w innych państwach członkowskich, co tłumaczy się jako gotowość do zawarcia umowy z tymi konsumentami⁶⁶.

Czy zatem tak rozumiane przesłanki kierowania działalności do państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta spełnia serwis AliExpress? Należałoby przeanalizować po kolei elementy jego strony internetowej. Po pierwsze, jest ona dostępna z Polski, po drugie zaś, jest dostępna w polskiej wersji językowej⁶⁷ (choć trzeba wskazać, że jest to mocno kulejące tłumaczenie). Po trzecie, zarówno serwis, jak i przedsiębiorcy oferujący w nim swoje towary pozwalają na bezproblemową dostawę towarów do Polski. Po czwarte zaś, umożliwiające jest dokonywanie płatności w złotych i w złotych są pokazywane również ceny wszystkich towarów. Ponadto serwis kieruje także swoje reklamy do polskiego użytkownika⁶⁸ oraz umożliwia mu branie udziału we wszystkich promocjach. Nie można także wykluczyć, by wpływ na zastosowanie tego pojęcia miały także dopuszczone metody płatności. Rozpatrywany serwis umożliwia dokonania płatności zarówno przez przelewy²⁴, jak i przez PayU⁶⁹. Z tych wszystkich powyżej wskazanych względów wydaje się, że działalność serwisu AliExpress jak najbardziej powinna zostać uznana za działalność kierowaną do polskiego konsumenta. W świetle przytoczonych argumentów nie powinny powstać co do zasady żadne wątpliwości co do tego, czy przedsiębiorca zamierzał prowadzić interesy z polskimi konsumentami. Innymi słowy – prawem właściwym w rozpatrywanej sytuacji będzie prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta, czyli prawo polskie.

Na marginesie trzeba dodać, że prawdopodobnie w niedalekiej przyszłości, śladami Amazonu oraz Gearbestu, AliExpress utworzy w Polsce swój magazyn oraz centrum

logistyczne na Europę⁷⁰. Jeżeli rzeczywiście by do tego doszło, byłby to kolejny argument uzasadniający kierowanie swojej działalności do państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta. Oznaczałoby to w razie braku wyboru prawa podporządkowanie umowy prawu państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta, czyli prawa polskiego, jako prawa właściwego w tego typach umów.

Podsumowanie

Za pomocą najpopularniejszego chińskiego serwisu e-commerce aż 5 mln Polaków dokonało transakcji z chińskimi przedsiębiorcami. Tym samym serwis AliExpress stał się jednym z najpopularniejszych serwisów zajmujących się e-handlem w Polsce.

Ustalenie prawa właściwego jest pierwszym krokiem do określenia uprawnień, jakie przysługują konsumentowi w wypadku dokonania transgranicznej transakcji, zwłaszcza z tak „egzotycznymi” kontrahentami jak Chińczycy przedsiębiorcy. Zgodnie z rozporządzeniem Rzym I, ze względu na szeroki zakres ochrony, jakim otoczeni są konsumenci w UE, większość argumentów przemawia za tym, że prawem właściwym w przypadku konsumenta mającego miejsce zwykłego pobytu w Polsce będzie prawo polskie. Kluczowe znaczenie w rozpatrywanej sprawie ma przede wszystkim pojęcie kierowania działalności przedsiębiorcy do kraju miejsca zwykłego pobytu konsumenta, które powinno oceniać się, biorąc pod uwagę całość stanu faktycznego oraz to, czy przedsiębiorca był rzeczywiście gotowy do prowadzenia interesów z konsumentem z danego kraju.

W związku z tym zawierana przez niego umowa sprzedaży będzie zarazem umową elektroniczną, umową konsumencką, jak również umową zawieraną na odległość. Z tej przyczyny konsumentowi będzie przede wszystkim przysługiwało prawo do konsumenckiego odstąpienia od zakupu towaru. Co więcej, zastosowanie znajdzie też kontrola abuzywności konkretnych postanowień umownych.

⁶³ Zob. wyrok TS z 7.12.2010 r., C-144/09, *Peter Pammer przeciwko Rederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) i *Hotel Alpenhof GesmbH przeciwko Oliver Helle*, Zb.Orz. 2010, s. I-12527.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 94.

⁶⁵ Zob. wyrok TS z 7.12.2010 r., C-144/09, *Peter Pammer przeciwko Rederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) i *Hotel Alpenhof GesmbH przeciwko Oliver Helle*, Zb.Orz. 2010, s. I-12527, pkt 84.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 79.

⁶⁷ Należy jednak podkreślić, że w dobie automatycznego tłumaczenia stron dzięki odpowiednim wtyczkom przeglądarek internetowych istnienie tłumaczenia strony internetowej na ojczysty język konsumenta może być bardzo zwodnicze.

⁶⁸ Nie dotyczy to jednak wszystkich przedsiębiorców bezpośrednio, natomiast dochodzi tutaj do reklamy pośredniej poprzez zamieszczenie informacji o serwisie umożliwiającym dokonanie transakcji pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą korzystającym z tego serwisu.

⁶⁹ Zob. http://activities.aliexpress.com/adcms/help-aliexpress-com/categories_Payment.php (dostęp z 27.3.2018 r.).

⁷⁰ Zob. <https://www.spidersweb.pl/2018/03/alibaba-magazyn-aliexpress-polska.html> (dostęp z 27.3.2018 r.).

Nie wyłącza to równocześnie pozostałych uprawnień, jakie daje konsumentowi serwis. Mowa tutaj przede wszystkim o gwarancji otrzymania produktu w przewidzianym terminie, jak również przyjaznej konsumentowi swoistej wersji rękopisu za wady rzeczy.

Ponadto strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego innego niż prawo państwa miejsca zwykłego pobytu konsumenta. W mojej ocenie taka klauzula wyboru prawa może zostać umieszczona w regulaminie serwisu lub ogólnych warunkach umowy, jeśli będzie napisana w sposób dla konsumenta jasny i równocześnie poinformuje się go o uprawnieniach, jakie mu przysługują wg prawa unijnego.

W XXI w. w dobie coraz szybszego rozwoju branży e-commerce, jak też przełamywania kolejnych barier gospodarczych, zagadnienie ustalenia prawa właściwego będzie tylko zyskiwało na znaczeniu. Trudno bowiem przypuszczać, by pomimo zaniku barier ekonomicznych doszło do zaniku barier prawnych poprzez ogólnoswiatowe ujednolicenie prawa⁷¹. Dopóki to nie nastąpi, zagadnienie ustalenia prawa właściwego czy to w zakresie umów w branży z e-commerce, czy też w jakiegokolwiek innej branży, wciąż będzie aktualne.

⁷¹ J. Gołaczyński, Prawo Prywatne..., s. 1.

Słowa kluczowe: prawo prywatne międzynarodowe, e-commerce, handel elektroniczny, Rzym I, konsument, AliExpress, Polska, Chiny, klauzula wyboru prawa właściwego, prawo właściwe.

Determining applicable law for contract of sale conducted via e-commerce website between Polish consumer and seller from PRC

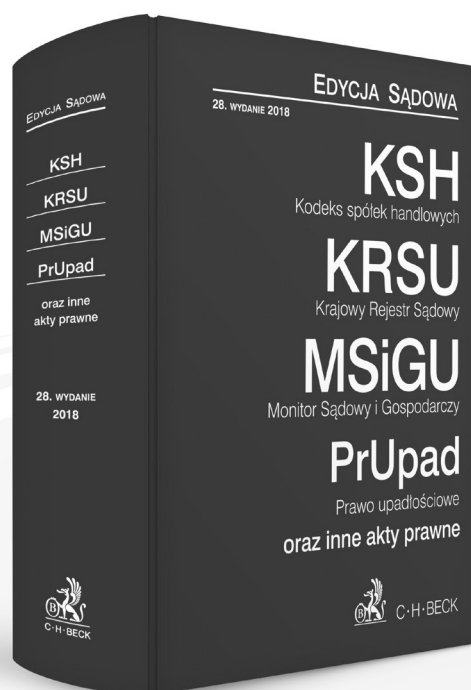
The aim of this paper is to answer the question which law will be applicable to contracts concluded between consumers who have their habitual residence in the Republic of Poland and sellers located in the People's Republic of China. This is not a hypothetical problem. It has grown against the background of an increased activity of Polish consumers on Chinese e-commerce websites, especially on AliExpress. The indication of the applicable law is of key importance for determining the entitlements which the consumer has in case of concluding a transaction.

Keywords: private international law, e-commerce, Rome I, consumer, AliExpress, Poland, China, governing law clause, applicable law.



**Teksty
Ustaw Becka**

Zamów:
tel. 22 31 12 222
www.ksiegarnia.beck.pl



Charakterystyka memów internetowych w kontekście wybranych zagadnień prawa autorskiego

Ewelina Szabla¹

W niniejszym opracowaniu autorka przedstawia stosunkowo nowe zjawisko memów internetowych w kontekście ich znaczenia dla przepisów prawa autorskiego. Memy w odniesieniu do regulacji prawnych budzą wiele wątpliwości interpretacyjnych. Temat ten nie był do tej pory przedmiotem odrębnej analizy autorskoprawnej, trudno także poszukiwać tego terminu, przynajmniej na razie, w orzecznictwie. Szczegółnej analizie poddane zostaje pojęcie, specyfika i struktura memów, jak również ich potencjalna kwalifikacja jako utworów w rozumieniu autorskoprawnym. W opracowaniu przedstawiona została problematyka wielowymiarowego charakteru memów internetowych jako utworów. Autorka omawia także skutki przyznania memom ochrony autorskoprawnej, skupiając się w tym przedmiocie na konsekwencjach, jakie niesie za sobą znowelizowana regulacja parodii, pastiszu i karykatury.

Uwagi wstępne

W dobie rozwijającej się cyberkultury przed ustawodawcą pojawiło się wiele problemów związanych m.in. z brakiem dostosowania prawa do ciągle rozwijającego się świata Internetu. Zmiany legislacyjne nie dorównują swoim tempem postępowi technologicznemu, z jakim mamy do czynienia na przestrzeni ostatnich kilku lat, co powoduje, że pewne kwestie, w tym memy internetowe, wciąż pozostają *terra incognita* dla norm prawa powszechnie obowiązującego.

Internet, mimo wielu pozytywnych aspektów, stał się miejscem, w którym różnego rodzaju naruszenia prawa są niejako na porządku dziennym. Od niedawna jednym ze źródeł owych naruszeń, zdobywającym coraz większą popularność wśród użytkowników Internetu, jest mem internetowy będący sposobem na wyrażanie i wymianę poglądów.

Mem a gen – definicja memu internetowego

Nie sposób rozpocząć rozważań na temat charakterystyki memów internetowych bez uprzedniego zdefiniowania samego pojęcia memu. Słowo „mem” zostało wprowadzone i rozpowszechnione w kulturze przez R. Dawkinsa. Etymologię pojęcia memu autor ten wywodził przede wszystkim z greckiego słowa *mimesis*, które oznacza „naśladownictwo”. Jak sam jednak zauważa, słowo to jest także spokrewnione z angielskim *memory* (pamięć) czy francuskim *même* (taki sam)². Na szczególną uwagę zasługuje zaproponowane przez R. Dawkinsa porównanie memu do genu jako replikatora i nośnika informacji w świecie kultury. Autor ten wskazuje, że replikacja memów zachodzi na drodze szeroko rozumianego naśladownictwa. Co więcej, podobnie jak geny, memy podlegają bezustannym mutacjom, mieszaniu, są długowieczne i posiadają zdolność samokopiowania. Dla tego autora przy-

kładami memów są zarówno melodie, idee, obiegowe zwroty, jak i, co interesujące, sposoby lepienia garnków³.

Memetyką, czyli teorią memu, zainteresował się także R. Brodie, który w swojej pracy pt. *Wirus umysłu*, stworzył kolejną jego definicję. Autor ten pod pojęciem memu rozumie „zawartą w umyśle jednostkę informacji, która wpływając na przebieg określonych wydarzeń, przyczynia się do powstania swoich kopii w innych umysłach”⁴. Z punktu widzenia R. Brodiego mem jest właśnie tytułowym wirusem umysłu, „zaraźliwą cząstką naszej kultury, która błyskawicznie szerzy się w obrębie populacji, odmieniając myśli i losy zakażonych nimi osób”⁵. Według R. Brodiego ten wirus umysłu dąży do zarażenia jak największej liczby osób, jest zdolny do mutacji, szybko ewoluuje, aż w końcu staje się niezależny od swojego twórcy⁶. Istotne znaczenie w odniesieniu do niniejszego opracowania ma skonstruowane przez R. Brodiego przekonanie, że fakt samego rozpowszechnienia danej treści, nawet na wielu nośnikach, nie tworzy jeszcze memu. Fundamentalne znaczenie ma bowiem przedostanie się i zakorzenienie replikatora, jakim jest mem, w ludzkich umysłach.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy omówić pojęcie memu internetowego. Nie ulega wątpliwości, że mem internetowy stanowi specyficzną odmianę memu w rozumieniu przedstawionych do tej pory autorów. W ujęciu podanym przez J. Srokę mem internetowy oznacza reprezentację idei lub pojęcia, przybierającą formę zarówno obrazka, wiadomości e-mail, jak i pliku wideo, która w sposób wirusowy rozprzestrzenia się pomiędzy osobami za pośrednictwem

¹ Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

² R. Dawkins, *Samolubny Gen*, Warszawa 1996, s. 198.

³ *Ibidem*, s. 199.

⁴ R. Brodie, *Wirus umysłu*, Łódź 1997, s. 29.

⁵ *Ibidem*, s. 12.

⁶ *Ibidem*, s. 65.

Internetu⁷. Podobną definicję przyjmuje *M. Zaremba*, twierdząc, że mem internetowy to dowolny fragment informacji, który jest rozpowszechniany i powielany przy użyciu technologii występujących w Internecie⁸. Jak stwierdza *J. Kalina* „internetowe memy rozprzestrzeniają się niczym choroby zakaźne – szybko i globalnie”⁹.

Nasuwa się zatem pytanie, czy przytoczone wcześniej rozumienie memu, oprócz zbieżności nazw, ma coś jeszcze wspólnego z memem internetowym? Analizy tej dokonał *J. Sroka*, dochodząc do wniosku, że między tymi dwoma terminami istnieje więcej podobieństw, niż można by przypuszczać. Po pierwsze, wspólną cechą jest sam przedmiot memu, a dokładniej katalog przybieranych przez niego form. Następnym istotnym aspektem jest wspomniana już zdolność wirusowego rozprzestrzeniania się memu. Memy internetowe rozpowszechniają się za pośrednictwem marketingu wirusowego¹⁰, polegającego na inicjowaniu sytuacji, w której użytkownicy, w tym przypadku Internetu, sami między sobą będą rozpowszechniać dane treści¹¹. Warto także dodać, że memy internetowe łatwo ulegają mutacjom i różnego typu przekształceniom, a ponadto są długowieczne, co stanowi odniesienie do dawkinowskiego porównania do genu.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że pojęcie memu internetowego jest niezwykle szerokie i wiele trudności przysparza przyjęcie jednej, słusznej definicji. Wobec tego, na potrzeby niniejszej pracy, należy ograniczyć zakres terminu mem internetowy do „kompozycji tekstowo-ikonicznej, w której warstwa językowa, obraz i/lub kompozycja są skonwencjonalizowane i wyróżnić w nim można schematy, w oparciu o które budowane są ich poszczególne konkretyzacje, składające się na znaczenie memu”¹². Innymi słowy, za mem internetowy w niniejszym opracowaniu rozumieć powinno się grafikę (zdjęcie, fotomontaż), najczęściej w formie tak zwanego żartu internetowego, opatrzoną co do zasady komentarzem (napisem) w górnej lub w dolnej części komunikatu.

Problematyka zakwalifikowania memu jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego

Mogłoby się wydawać, że mem internetowy nie stanowi szczególnie istotnej materii dla polskiego prawa autorskiego. Świadczy o tym przede wszystkim dotychczasowy brak poruszania tej kwestii wśród najwybitniejszych teoretyków prawa autorskiego, jak też niepodjęcie tematu w orzecznictwie. Niemniej jednak memy od lat budzą kontrowersje wśród użytkowników Internetu, głównie zaś wśród samych ich twórców¹³. Rozważania nad zagadnieniem relacji memów z prawem autorskim rozpocząć należy od próby zakwalifikowania memu jako utworu.

Jak wynika z ustawy z 1.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁴, przedmiotem prawa autorskiego jest utwór rozumiany jako dobro niematerialne. Dla niniejszego opracowania jednym z kluczowych problemów będzie określenie, czy mem internetowy spełnia wszystkie konieczne cechy i przesłanki, aby móc zostać przedmiotem ochrony tego prawa. Opisowa definicja sformułowana w art. 1 ust. 1 PrAutU stanowi, że utworem jest każdy przejaw działalności twórczej. W doktrynie istnieje zgodny pogląd, że działalność twórcza może być jedynie rezultatem pracy człowieka (twórcy)¹⁵. Do zaistnienia utworu konieczne jest również jego ustalenie, czyli uzewnętrznienie działania ludzkiego. Wymóg ten należy rozumieć jako zaistnienie możliwości zapoznania się z utworem przez osoby trzecie, choćby miałyby to być tylko jedna osoba¹⁶. Nie można także pominąć zasadniczej przesłanki, jaką stanowi indywidualny, czyli niepowtarzalny charakter utworu. Dla uznania danego dobra za utwór nie ma znaczenia jego postać, wartość, przeznaczenie oraz sposób jego wyrażenia.

Nie ulega wątpliwości, że mem internetowy stanowi rezultat działania człowieka. Nie można również zaprzeczyć, że spełnia przesłankę uzewnętrznienia, pozwalającą na zapoznanie się z nim przez innych użytkowników Internetu. Wydaje się zatem, że przedmiotem kontrowersji może być stwierdzenie posiadania przez mem twórczego, indywidualnego charakteru.

Cecha twórczości i indywidualności memu

Trudność w jednoznacznym przyporządkowaniu dobra niematerialnego jako utworu wynika m.in. z nieostrości użytych w ustawie pojęć. Jak zauważają *J. Barta* i *R. Markiewicz*, istotnym i niezwykle skomplikowanym problemem prawa autorskiego jest ustalenie, w jaki sposób weryfikować istnienie ustawowej przesłanki „przejawu działalności twórczej o indywidualnym charakterze”. Ma to fundamentalne zna-

⁷ *J. Sroka*, *Obrazkowe memy internetowe*, Warszawa 2015, s. 33.

⁸ *M. Zaremba*, *Memy internetowe (2010–2011)*, Media i Społeczeństwo 2012, Nr 2, s. 61.

⁹ *J. Kalina*, Co to jest memetyka?, <http://tsiss.wordpress.com/2011/10/12/co-to-jest-memetyka/> (dostęp z 23.2.2018 r.).

¹⁰ *P. Levinson*, *Nowe nowe media*, Kraków 2010, s. 115–118.

¹¹ *J. Sroka*, *Obrazkowe memy internetowe*, Warszawa 2015, s. 35.

¹² Zob. <http://memypolskie.pl/memy/definycja-memu/> (dostęp z 23.3.2018 r.).

¹³ Zob. <https://forumprawne.org/dyskusja-ogolna/447060-prawa-autorskie-memy.html>, <https://forumprawne.org/nowe-technologie/439710-memy-z-wykorzystaniem-twarzy-prawo.html> oraz <https://forum.blogowicz.info/topics77/kwejk-demotyatory-etc-a-prawa-autorskie-vt7692.htm> (dostęp z 23.3.2018 r.).

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 880; dalej jako: PrAutU.

¹⁵ *K. Grzybczyk*, [w:] *P. Ślęzak* (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*. Komentarz, komentarz do art. 1 PrAutU, Legalis/el. 2017.

¹⁶ *J. Błęszyński*, *Prawo autorskie*, Warszawa 1988, s. 35.

czenie z tego powodu, że przesłanka ta przesądza o zakresie ochrony utworu¹⁷.

Nie istnieje jedna definicja pojęcia twórczości. *J. Błęszyński* pod pojęciem twórczości rozumie kreowanie czegoś niepowtarzalnego, niebanalnego, projekcję wyobraźni. Przeciwwstawia temu terminowi naśladownictwo, powtarzalność i mechaniczne stosowanie reguł¹⁸. Z kolei, jak stwierdził *W. Tatarkiewicz*, twórczość jest „dawaniem czegoś od siebie i z siebie”¹⁹. Zdaniem *J. Barty* i *R. Markiewicza* „cecha twórczości jest spełniona wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu”²⁰.

Do powstania utworu konieczne jest spełnienie łącznie wszystkich przesłanek przewidzianych w art. 1 ust. 1 PrAutU. Kumulacja ta sprawia, że zarówno cecha twórczości, jak i indywidualności dzieła są ze sobą powiązane i powinny być rozpatrywane wspólnie²¹. Wspomniana indywidualność, w literaturze nazywana także piętnem twórcy, piętnem osobistym, czy po prostu oryginalnością²² oznacza pochodzenie utworu z osobowości człowieka. Jak twierdzi *J. Błęszyński*, utwór musi być „osobistą wizją” autora, tzn. „musi polegać na uformowaniu własnego obrazu, zjawiska, procesu, idei”²³. Przesłanka indywidualności wiąże się z niepowtarzalnością człowieka, oznacza to, że utwór jest jedyny, „jak jedyny, niepowtarzalny jest jego twórca”²⁴.

Memy internetowe wyróżniają się specyficzną budową. Najczęściej mem przedstawia wizerunek postaci, zarówno człowieka, jak i zwierzęcia, który stanowi centralny jego element. Częścią składową takiej grafiki jest podpis, dzielony co do zasady na dwa bloki, znajdujące się odpowiednio przy górnej i dolnej krawędzi obrazka. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że powszechnym i stosowanym na szeroką skalę sposobem masowego tworzenia memów są liczne tzw. generatory memów, w których na gotowy obraz można nanieść własny tekst²⁵. Mając na uwadze wyżej zamieszczone definicje twórczości i indywidualności, należy przyznać, że tego rodzaju memy nie mogą zostać uznane za utwór w rozumieniu prawa autorskiego. Zgodnie z orzeczeniem SA w Szczecinie z 20.9.2014 r. utwór powinien prowadzić do powstania nowego wytworu intelektu²⁶. Dlatego też nie można zakwalifikować jako utworu efektu działalności wyłącznie szablonowej, co bez wątpienia następuje w przypadku tworzenia tzw. szablonowych memów, w przystosowanych do tego generatorach. W tym samym orzeczeniu stwierdzono też, że „samodzielnie wytworzone produkty intelektu można uznać za utwór, jeżeli wykazują dostatecznie doniosłe różnice w porównaniu z uprzednio wytworzonymi produktami intelektualnymi”. Za nieprzyznaniem tego rodzaju memom miana utworu przemawia także wskazany wyżej sposób ich kreowania polegający na dołączeniu nowego podpisu do istniejącej uprzednio grafiki, bez wprowadzania dalszych zmian. Jak zauważa *K. Grzybczyk*, pojedyncze słowa, co do zasady, nie podlegają ochronie autorskoprawnej²⁷. Zgodnie z wy-

rokiem SA w Warszawie z 23.12.2014 r. „krótkie jednostki słowne takie jak zdania, ich części, czy też pojedyncze słowa, nie podlegają generalnie ochronie autorskoprawnej”²⁸.

Inaczej sprawa wygląda w przypadku memów, które tworzone są z udziałem swojego rodzaju wkładu intelektualnego. Należy tu przede wszystkim wskazać różnego typu fotomontaże i modyfikacje istniejących już grafik. Generowanie memów w ten sposób odbywa się, co do zasady, za pomocą wyspecjalizowanych programów graficznych, co nie tylko wymaga pewnych umiejętności, ale również wcześniej zamierzonej wizji autora. Jak zauważył SN w wyroku z 25.1.2006 r. „utworem może być nawet kompilacja wykorzystująca dane powszechnie dostępne pod warunkiem, że ich wybór, segregacja, sposób przedstawienia ma znamiona oryginalności”²⁹. Jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 1994 r. SN wskazał, że „przedmiotem prawa autorskiego jest każde dzieło (...), byle tylko, przynajmniej pod względem formy, wykazywało pewne elementy twórcze, choćby minimalne”³⁰. Niewątpliwie przemawia to za zakwalifikowaniem takich memów do utworów w rozumieniu prawa autorskiego.

Przeglądając strony internetowe poświęcone memom, zauważyć można, że nie wszystkie memy są wynikiem jedynie szablonowego dodania podpisów. Oznacza to, że znaczna ich część wyróżnia się niezwykłą oryginalnością i pomysłowością autorów. Posiadają one zarówno twórczy charakter, jak i osobiste piętno twórcy. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26.11.2014 r. orzekł, że „spełnienia przesłanki twórczości (oryginalności i indywidualności) utworu można doszukiwać się nawet w doborze, układzie lub uporządkowaniu składników utworu, tj. poszczególnych ujęć czy nawet doborze podkładu muzycznego”³¹. Jednak wypada zastanowić się, czy rzeczywiście każdą modyfikację lub fotomontaż, w rezultacie której powstaje mem, będzie można uznać za dzieło.

¹⁷ *J. Barta, R. Markiewicz*, Prawo autorskie i prawa pokrewne, Warszawa 2017, s. 38.

¹⁸ *J. Błęszyński*, Prawo..., s. 34–35.

¹⁹ *W. Tatarkiewicz*, Dzieje sześciu pojęć. Sztuka – piękno – forma – twórczość – odtwórczość – przeżycie estetyczne, Warszawa 1976, s. 294 i n.

²⁰ *J. Barta, R. Markiewicz*, Prawo..., s. 39.

²¹ *R. Golań*, Prawo autorskie i prawa pokrewne, Warszawa 2016, s. 41.

²² Tak np. *J. Barta, R. Markiewicz*, Prawo..., s. 39; *P. Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, komentarz do art. 1 PrAutU, komentarz do art. 1 PrAutU, Legalis/el. 2017; *J. Błęszyński*, Prawo..., s. 40.

²³ *J. Błęszyński*, Prawo..., s. 40.

²⁴ *E. Ferenc-Szydelko*, [w:] *E. Ferenc-Szydelko* (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, komentarz do art. 1 PrAutU, Legalis/el. 2016.

²⁵ *J. Sroka*, Obrazkowe..., s. 40–45.

²⁶ I ACa 574/14, niepubl.

²⁷ *K. Grzybczyk*, [w:] *P. Ślęzak* (red.), Ustawa..., komentarz do art. 1 PrAutU, Legalis/el. 2017.

²⁸ I ACa 703/14, Legalis.

²⁹ I CK 281/05, OSNC 2006, Nr 11, poz. 186.

³⁰ Zob. wyrok SN z 31.3.1953 r., II C 834/52, niepubl.

³¹ VI ACA 212/14, Legalis.

Pamiętać trzeba, że to, co wyróżnia memy spośród innych grafik zamieszczanych w Internecie, jest ich wirusowe rozprzestrzenianie się, które z kolei możliwe jest dzięki masowemu rozpowszechnianiu memów przez użytkowników Internetu. J. Barta i R. Markiewicz są zdania, że nie jest twórczym wyrażeniem danej kwestii sytuacja, „gdy specyfika przedmiotu prowadzi do tworzenia wytworów intelektualnych zasadniczo zbliżonych, różniących się między sobą w kwestiach drugorzędnych, wywołanych względami technicznymi (np. przyjętą metodą prezentacji)”³². Specyfiką memów jest ich powielanie i kopiowanie, jednak niejednokrotnie, mimo posługiwania się profesjonalnymi programami graficznymi, autor powielanego memu nie czyni go ani twórczym, ani oryginalnym.

Ciekawą koncepcją, z punktu widzenia omawianego tematu, są tzw. graniczne wytwory intelektu, tj. utwory o niskim natężeniu oryginalności. W doktrynie wyróżnia się dwa stanowiska: jedno przyznaje ochronę prawną tylko utworom, które odznaczają się wyraźną oryginalnością, z kolei drugie wskazuje, że dla uzyskania ochrony wystarczy już minimalny poziom oryginalności, niezależnie od tego, jak daleko sięga piętno osobiste twórcy³³.

Na zakończenie tej części rozważań trudno nie zauważyć, że argumentów przemawiających za uznaniem memu, wykazującego znaczący wkład autora, za utwór jest tyle, ile przeciw. Niektóre memy rzeczywiście różnią się jedynie minimalnymi zmianami polegającymi bądź na usunięciu danego elementu bądź na jego dodaniu. Odwołując się do tzw. statystycznej jednorazowości M. Kummera, opartej na badaniu, czy istniało już wcześniej dane dzieło i czy jest statycznie możliwe, by inna osoba mogła takie dzieło stworzyć w przyszłości, można stwierdzić, że nieomal żaden mem nie mógłby nosić miana utworu. Już z samej definicji memu internetowego i jego specyfiki wynika bowiem, że będzie on odtwarzany i naśladowany potencjalnie niezliczoną liczbę razy. Komplikacje w definitywnym uznaniu memów za wytwór intelektu dotyczą ponadto umyślnego maskowania obecności twórcy w dziele przez autorów memów³⁴.

Podsumowując, można powiedzieć, że nie jest możliwe stworzenie jednej, ogólnej zasady, według której należałoby klasyfikować dane memy jako utwory w rozumieniu prawa autorskiego. Powracając do koncepcji granicznych wytworów intelektu, zdaniem K. Grzybczyk zakwalifikowanie tego typu przedmiotów za utwory jest sporne i każdorazowo w tej kwestii powinno się podejmować decyzję opartą na uprzednim zbadaniu konkretnego przypadku³⁵. Bez wątpienia z poglądem tym, w zakresie dotyczących konieczności jednostkowego badania, trzeba się zgodzić i można go rozszerzyć nie tylko na memy, które mogłyby być granicznym wytworem intelektu, ale też na pozostałe memy.

Mem – utwór samoistny czy niesamoistny?

Z przedstawionych powyżej rozważań wynika, że memy internetowe stanowią na tyle osobliwy przedmiot, że nie sposób stworzyć jednoznacznych reguł mogących pozwolić na kwalifikację ich jako utworów w rozumieniu art. 1 ust. 1 PrAutU. Stąd też każdorazowo należy rozpatrywać, czy dany mem będzie dziełem. Warto jednak zastanowić się, czy nawet gdyby uznać konkretny mem za utwór, mamy do czynienia z utworem samoistnym, czy też z utworem niesamoistnym, co z punktu widzenia wykorzystania cudzej twórczości będzie miało istotne znaczenie.

Utwory samoistne to takie, które nie są wzorowane na istniejącym wcześniej dziele. Nie obejmują także żadnych elementów twórczych oraz „nie rodzą skojarzeń z innymi dziełami”³⁶, będąc tym samym w pełni oryginalnymi twórcami intelektu. Zgoda twórcy pierwotnego dzieła w takim przypadku nie jest konieczna, zarówno do stworzenia utworu inspirowanego, jak i do korzystania z takiego utworu i rozporządzania nim³⁷. Z tak przyjętej definicji samoistości wydawać by się mogło, że memu nie można uznać za utwór samoistny. Wniosek taki byłby jednak nieuzasadniony.

W ramach utworów samoistnych mamy również do czynienia z utworami inspirowanymi. Zgodnie z definicją ustawową nie są opracowaniem (o opracowaniach będzie mowa w dalszej części pracy) utwory, które powstały w wyniku inspiracji cudzym utworem (art. 2 ust. 4 PrAutU). Dzieło takie co prawda powstaje pod wpływem innego utworu, jednak zachowuje przy tym swoistą oryginalność, a dodatkowo „elementy tego cudzego dzieła są w utworze nowo powstałym rozpoznawalne, ale nie dominujące”³⁸. W jednym z orzeczeń SN stwierdził, że „za kryterium rozgraniczające dzieło inspirowane od dzieła zależnego należy uznać twórcze przetworzenie elementów dzieła inspirującego tak, że o charakterze dzieła inspirowanego decydują już jego własne, indywidualne elementy (nie zaś elementy przejęte). W wypadku utworu inspirowanego (objętego prawem autorskim niezależnym) zaczerpnięty zostaje tylko wątek utworu cudzego, powstaje utwór nowy i o cechach twórczości samodzielnej”³⁹.

Mając tak zarysowane zagadnienie, wolno sądzić, że mem internetowy, co do zasady, może spełniać kryteria utworu

³² J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie, Warszawa 2013, s. 41.

³³ K. Grzybczyk, [w:] P. Ślęzak (red.), Ustawa..., komentarz do art. 1 PrAutU, Legalis/el. 2017.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ K. Grzybczyk, Cytowanie, [w:] P. Ślęzak, Ustawa..., komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

³⁷ J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie..., s. 33.

³⁸ E. Ferenc-Szydelko, [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), Ustawa..., komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2016.

³⁹ Zob. wyrok SN z 23.6.1972 r., I CR 104/72, niepubl.

inspirowanego. Nie ma bowiem przeszkód, aby powstał na skutek inspiracji innym dziełem, zachowując jednak własną odrębność i samodzielność. Jednakże, o czym była mowa wcześniej, memy tworzone są głównie poprzez modyfikację istniejącej już grafiki. Problematyka tego tematu jest o tyle złożona, że aby w ogóle móc rozważać, czy mem będzie utworem inspirowanym, czy nie, musi on najpierw pochodzić od grafiki, która jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego.

Warto jednak mieć na uwadze, że nieczęsto memy powstają „z niczego”, będąc jedynie twórczym i odkrywczym zamysłem autora. Przeglądając strony internetowe poświęcone memom, można zauważyć, że znaczna ich liczba jest rezultatem przeróbek grafik, którymi najczęściej są fotografie, kadry z utworów audiowizualnych, obrazy czy nawet komiksy. Takie grafiki, będące bazą dla twórców memów, zasadniczo objęte są ochroną prawną autorską. Mając na względzie specyfikę memów, oczywiste jest, że mem powstały z jednej grafiki będącej dla niej punktem wyjścia zacznie ulegać dalszym modyfikacjom. W takim przypadku może dojść do sytuacji, w której grafika stanowiąca źródło dla memów będzie bądź utworem samoistnym, bądź utworem niesamoistnym, bądź utworem w ogóle nie będzie. Zakładając, że grafika, która stanowi bazę dla memu, jest utworem samoistnym, mem powstały na skutek jej modyfikacji może być zarówno utworem inspirowanym, jak i nie mieć nic wspólnego z dziełem. Możliwe jest zatem zdarzenie, że dopiero któryś z kolei mem z danej „serii memów” będzie wyróżniał się na tle od swojego pierwowzoru, że nazwiemy go utworem inspirowanym. Jak twierdzi *J. Barta*, związek między utworem a utworem inspirowanym powinien być bardzo luźny i „nie polegać na przejęciu twórczych zawartości”⁴⁰.

Memy internetowe mogą stanowić również kategorię dzieł niesamoistnych. Utwór niesamoistny wywodzi się z innego wcześniejszego utworu, który jest dla niego „podstawą do opracowania, adaptacji czy przeróbki lub też stanowi źródło zapożyczeń, które w całości lub fragmentach umieszcza się w nowym utworze”⁴¹. Jak zauważa *J. Barta*, główną cechą opracowania (utworu niesamoistnego) jest to, że utwór macierzysty jest w nim rozpoznawalny⁴².

W przypadku memów utwór macierzysty, z którego powstają kolejne memy, zostaje dopełniony elementami twórczymi, co w rezultacie prowadzi do powstania całkiem nowego dzieła. Co istotne, musi być tutaj widoczny własny wkład autora dzieła zależnego. Z obserwacji memów zamieszczanych na stronach internetowych wynika, że ich przeważająca część (spośród memów będących w ogóle utworami) stanowi utwory zależne. Przeróbka utworu pierwotnego, o której mowa w art. 2 ust. 1 PrAutU, przejawia się tutaj, co do zasady, w dodaniu lub całkowitym przekształceniu za pomocą programów graficznych danego elementu oraz umieszczeniu odpowiednich napisów, co powoduje wyrażenie w inny sposób istniejącego już dzieła. Według *A. Kopffa* twórca wcale

nie tworzy dzieła zależnego „od nowa”, lecz przerabia utwór macierzysty⁴³, w wyniku czego powstaje nowe dobro, które podlega ochronie prawnoautorskiej.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 2 ust. 5 PrAutU, na egzemplarzach opracowania powinno się wymienić twórcę i tytuł utworu pierwotnego. Z kolei do korzystania i rozporządzania utworem niesamoistnym potrzebna jest zgoda twórcy utworu macierzystego (art. 2 ust. 2 PrAutU), a jeśli twórca zgody takiej nie wyraził, rozpowszechnianie to będzie uznane za naruszenie prawa do integralności utworu⁴⁴ i za naruszenie prawa autorskiego. Zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny publiczne udostępnianie utworu w Internecie uznać trzeba za przejaw korzystania z utworu⁴⁵. Natomiast rozporządzanie utworem dotyczy czynności prawnej polegającej na rozporządzaniu swoim prawem, co często będzie wiązało się z zagwarantowaniem twórcy korzyści ekonomicznych związanych z eksploatacją dzieła⁴⁶. Stąd też uznać można, biorąc pod uwagę specyfikę twórczości memów, że z rozporządzaniem w tym wypadku będziemy mieli do czynienia jedynie w wyjątkowych sytuacjach, np. gdy autor postanowi stworzyć serię gadżetów opatrzonych grafiką stanowiącą mem, którą zechce później sprzedać.

Zakwalifikowanie memu jako utworu inspirowanego lub jako utworu zależnego będzie niosło skutki w zakresie wykorzystywania tak nowo powstałego dzieła. Jak już zostało powiedziane, przez utwór inspirowany należy rozumieć zaczerpnięcie wątku cudzego utworu, natomiast wykonywanie praw do utworu inspirowanego nie wymaga zezwolenia autora dzieła inspirującego, ponieważ jest to utwór samoistny⁴⁷ i zgoda taka byłaby zbędna. *J. Barta* zauważa także, że przy utworach inspirowanych w zasadzie nie będzie miał też zastosowania art. 2 ust. 5 PrAutU, stanowiący o wymogu wymienienia na egzemplarzach opracowania twórcy i tytułu utworu pierwotnego, który, jak ustawa wyraźnie wskazuje, dotyczy opracowań, a nie utworów samoistnych⁴⁸.

Należy także omówić wspomniane tzw. szablonowe memy, powstające za pomocą przystosowanych do tego generatorów, które nie stanowią utworu w rozumieniu prawa

⁴⁰ *J. Barta*, [w:] *J. Barta* (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, System Prawa Prywatnego, t. 13, komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴¹ *K. Grzybczyk*, [w:] *P. Ślęzak*, *Ustawa...*, komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴² *J. Barta*, [w:] *J. Barta* (red.), *Prawo autorskie...*, komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴³ *S. Grzybowski, A. Kopff, J. Serda*, *Zagadnienia prawa autorskiego*, Warszawa 1973, s. 25.

⁴⁴ *K. Grzybczyk*, [w:] *P. Ślęzak*, *Ustawa...*, komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴⁵ *I. Matusiak*, [w:] *P. Ślęzak*, *Ustawa...*, komentarz do art. 17 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴⁶ Tak *E. Traple*, [w:] *J. Barta* (red.), *Prawo autorskie...*, s. 145. Z kolei innego zdania są *J. Barta* i *R. Markiewicz* – zob. *J. Barta, R. Markiewicz*, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 119.

⁴⁷ *J. Barta*, [w:] *J. Barta* (red.), *Prawo autorskie...*, komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁴⁸ *Ibidem*.

autorskiego. Jeżeli dany mem w całości wynika z oryginalności utworu pierwotnego nie może powstać prawo autorskie do tego opracowania, ponieważ taki mem będzie stanowił jedynie zwielokrotnienie utworu macierzystego⁴⁹. W rezultacie powstanie dzieło, w którym dokonano pewnych modyfikacji i zmian, jednak będzie ono całkowicie pozbawione cech twórczości i indywidualności, które są konieczne do powstania ochrony autorskoprawnej. W takim przypadku autor „szablonowego memu”, jeśli nie uzyska zgody twórcy utworu pierwotnego oraz nie zamieści informacji zawartych w art. 2 ust. 5 PrAutU, naruszy prawo autorskie⁵⁰.

Z kolei na autora memu stanowiącego utwór niesamoistny nałożony został opisany już wyżej obowiązek uzyskania zarówno zgody twórcy utworu pierwotnego, jak i zamieszczenia na egzemplarzach opracowania informacji o twórcy utworu macierzystego wraz z tytułem jego dzieła. Zastanowić można się jednak, gdzie w przypadku memu powinny zostać umieszczone informacje wynikające z art. 2 ust. 5 PrAutU. Trzeba przyjąć, że ów egzemplarz stanowić będzie sam mem, a zatem to na tej grafice należałoby zamieścić imię i nazwisko twórcy utworu pierwotnego oraz tytuł jego dzieła, a ewentualnie treść taka powinna znajdować się w opisie do memu lub jego tytule, jeśli istnieje taka możliwość.

Na zakończenie tej części rozważań, należy zaznaczyć, że jak zauważa K. Grzybczyk, utwory niesamoistne stanowią niezwykle problematyczną materię. Spowodowane jest to przede wszystkim rozwojem narzędzi technologicznych, dzięki którym możliwe jest przerabianie, łączenie czy też miksowanie cudzych utworów oraz późniejsze ich rozpowszechnianie na masową skalę⁵¹.

Tworzenie memów w kontekście prawa do korzystania z cudzego utworu w ramach parodii, pastiszu i karykatury

Regulacja prawna dotycząca korzystania z cudzego utworu w ramach parodii, pastiszu i karykatury, będąca jednym z typów dozwolonego użytku, jest stosunkowo nowa. Artykuł 29¹ PrAutU został wprowadzony na mocy nowelizacji ustawy z 11.9.2015 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁵² i stanowi implementację do polskiego prawa autorskiego dyrektywy 2001/29/WE. Do chwili wejścia w życie tej nowelizacji wykorzystywanie cudzego utworu do celów parodii, pastiszu i karykatury było rozpatrywane przez pryzmat „praw gatunku twórczości” w ramach prawa cytatu⁵³. Z art. 29¹ PrAutU wynika, że korzystanie z utworów jest dozwolone na potrzeby parodii, pastiszu lub karykatury, w zakresie uzasadnionym prawami tych gatunków twórczości. Mając na uwadze wcześniejsze ustalenia dotyczące dzieł samoistnych i niesamoistnych w kontekście wykorzystywania

cudzego utworu, należy dokonać analizy, jakie znaczenie ma regulacja zawarta w art. 29¹ PrAutU w stosunku do tworzenia memów.

Rozpoczynając rozważania na ten temat, należy najpierw zdefiniować pojęcie parodii, pastiszu oraz karykatury. Za parodię uważa się „najbardziej wyrazistą odmianę stylizacji; wypowiedź naśladującą cudzy styl w celu jego ośmieszenia; polega na podjęciu jakiegoś dającego się rozpoznać sposobu mówienia, który zostaje odcięty od swoich zwykłych uzasadnień (sytuacyjnych lub treściowych) i wprowadzony w kontekst przeczący jego charakterowi, dzięki czemu ulega komicznemu wyjaskrawieniu”⁵⁴. Pastisz to „dzieło plastyczne, utwór literacki lub muzyczny będący świadomym naśladownictwem stylu lub maniery innego twórcy, innej szkoły, epoki”⁵⁵. Z kolei karykatura jest „sposobem przedstawienia postaci literackiej polegającym na wyolbrzymieniu i pełnym przesady wyjaskrawieniu pewnych cech jej wyglądu zewnętrznego lub postawy wobec życia, mającym na celu ośmieszającą charakterystykę. Ponadto karykatura jest jednym z uprzywilejowanych instrumentów satyry”⁵⁶. Krócej mówiąc, w karykaturze chodzi o ośmieszenie określonej osoby, w parodii dzieła, w pastiszu zaś stylu, przy czym wszystko to odbywa się w drodze deformacji i wyolbrzymienia⁵⁷.

Kluczowe znaczenie w zakresie komentowanego artykułu ma orzeczenie TSUE z 3.9.2014 r. Sprawa dotyczyła wykorzystania cudzego utworu w ramach parodii, a Trybunał w uzasadnieniu do wyroku przyjął za istotę parodii to, że „nawiązuje ona do istniejącego utworu, jednocześnie wykazując w porównaniu z nim uchwytne różnice, a po drugie to, że stanowi wypowiedź humorystyczną i żartobliwą”⁵⁸. Co prawda orzeczenie odnosi się tylko do samej parodii, jednakże według J. Barty i R. Markiewicza uwagami tymi można też objąć pastisz i karykaturę⁵⁹. Należy także zaznaczyć, że z punktu widzenia niniejszego opracowania, irrelevantne pozostanie, do których z tych trzech wymienionych gatunków twórczości należeć będzie mem, ponieważ od przynależności tej nie są przewidziane odmienne uregulowania prawne. Warto jednak dodać, że z przedstawionych wyżej definicji parodii, pastiszu

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ K. Grzybczyk, [w:] P. Ślęzak, Ustawa..., komentarz do art. 2 PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁵² Dz.U. poz. 1639.

⁵³ P. Ślęzak, [w:] P. Ślęzak, Ustawa..., komentarz do art. 29¹ PrAutU, Legalis/el. 2017.

⁵⁴ M. Głowiński, T. Kostkiewiczowa, A. Okopień-Sławińska, J. Sławiński, Słownik terminów literackich, Wrocław 1989, s. 344.

⁵⁵ M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego tom 2, Warszawa 1988, s. 616–617.

⁵⁶ M. Głowiński, T. Kostkiewiczowa, A. Okopień-Sławińska, J. Sławiński, Słownik..., s. 215.

⁵⁷ E. Czarny-Drożdżejko, Dozwolony użytek utworów w mediach, Warszawa 2016, s. 198.

⁵⁸ C-201/13, www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁹ J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie..., s. 116.

i karykatury wynika, że najczęściej memy będą stanowiły bądź parodię, bądź karykaturę, a granica między tymi dwoma gatunkami częstokroć może być zatarta i wywoływać trudności interpretacyjne.

Z obserwacji stron internetowych, na których przede wszystkim zamieszczane są memy, zauważyć można, że częściej będziemy mieć do czynienia z memami stanowiącymi opracowania cudzych utworów lub niebędącymi w ogóle utworami aniżeli z dziełami inspirowanymi. Konsekwencją tego jest to, że autorzy takich memów powinni uzyskać zarówno zgodę twórcy utworu pierwotnego, jak i zamieścić jego imię i nazwisko oraz tytuł utworu pierwotnego na memie. Inaczej jednak sytuacja wygląda, gdy przyjmie się, że dany mem, mimo bycia utworem zależnym, powstał w ramach parodii, pastiszu lub karykatury, wtedy bowiem zgoda, o której mowa w art. 2 ust. 2 PrAutU, nie będzie wymagana, co znacznie ułatwia wykonywanie tego rodzaju twórczości.

Co ciekawe, w doktrynie⁶⁰ przyjmuje się, że parodię, pastisz oraz karykaturę zalicza się głównie do utworów inspirowanych, ponieważ autor takiego dzieła chce przekazać coś nowego i odmiennego od tego, co było zawarte w utworze pierwotnym. Jednakże wykorzystywanie utworów inspirowanych, które przecież należą do kategorii utworów samostanowiących, nie jest obarczone ani wymogiem uzyskania zgody autora utworu macierzystego, ani obowiązkiem zamieszczania informacji wynikających z art. 2 ust. 5 PrAutU. Wprawdzie nie wyklucza się, że utwory inspirowane mogą stanowić parodię, pastisz lub karykaturę, wtedy jednak zasadniczo nie będzie potrzeby korzystania z licencji ustawowej opisanej w art. 29¹ PrAutU.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu podnosi się, że największe znaczenie przy zakwalifikowaniu danego wytworu intelektu jako parodii, pastiszu i karykatury będzie miał cel humorystyczny takiego dzieła. Już z samej definicji memu internetowego przyjmuje się, że ma on mieć wydźwięk humorystyczny. Bez wątpienia memy są współczesnym sposobem na komentowanie otaczającej nas rzeczywistości i stanowią przejaw wolności wypowiedzi. Ich naczelnym celem jest wyrażenie opinii w określonej sprawie, jednak memy czynią to przede wszystkim w sposób żartobliwy i prześmiewczy, dlatego też, co do zasady, można przyjąć, że mogą one stanowić rodzaje twórczości wymienione w art. 29¹ PrAutU. Według E. Czarny-Drożdżejko „przy ocenie zachowania osoby wykorzystującej cudzy utwór istotna będzie ocena zamiaru, który jej przyświecał. Musi on bowiem podejmować eksploatację cudzego utworu w celu humorystycznym, a nie innym”⁶¹. Co więcej, E. Czarny-Drożdżejko stoi na stanowisku, że memy, które odnoszą się do działalności politycznej czy samych polityków, są dozwolone⁶². Jednak należałoby dodać, że nie tylko memy o wydźwięku politycznym będą mogły skorzystać z regulacji przyjętej w art. 29¹ PrAutU, ale wszystkie memy, które speł-

niają wymogi zawarte w powszechnie przyjętych definicjach parodii, pastiszu i karykatury.

Ustawodawca nie określił, w jaki sposób możliwe jest korzystanie z utworów na potrzeby parodii, pastiszu lub karykatury. Przyjąć zatem można, że dopuszczalny będzie wszelkiego typu użytek, a więc zarówno zwielokrotnienie danego memu, jak i jego rozpowszechnienie⁶³, czyli chociażby opublikowanie w Internecie. Zasadnicze znaczenie ma, że odpada w tym wypadku wymóg, o którym mowa w art. 2 ust. 2 PrAutU, a zatem autor memu mógłby go opublikować, nie uzyskując wcześniej zgody twórcy utworu macierzystego. Trzeba także zwrócić uwagę na brak wymogu uprzedniego rozpowszechnienia utworu, z którego korzysta się w ramach tych twórczości, co oznacza, że wykorzystane mogą być dzieła, które nie były wcześniej udostępnione. Nie ma również znaczenia, czy mem, który powstał w ramach parodii, pastiszu lub karykatury, będzie utworem w rozumieniu prawa autorskiego⁶⁴. Według TSUE „wkład własny twórcy parodii może być niewielki, a wręcz mechaniczny”⁶⁵.

Na zakończenie tej części rozważań trzeba dodać, że art. 29¹ PrAutU powinno interpretować się możliwie szeroko⁶⁶. Już najmniejszą ingerencję w dany utwór, np. dopisanie żartobliwego komentarza, uznać można za pastisz, parodię lub karykaturę⁶⁷. Dlatego też nawet tzw. szablonowe memy, które nie będą utworami, mogą skorzystać z regulacji zawartej w art. 29¹ PrAutU, a tym samym nie będzie konieczne uzyskanie zgody na ich publikację.

Podsumowanie

Podjęta w niniejszej pracy analiza z pewnością nie wyczerpuje całokształtu problematyki związanej z memami internetowymi. Skupiając się jednak na aspektach związanych z prawem autorskim, a w szczególności związanych z samym utworem, przyjąć można, że opracowanie w całości omówiło tę tematykę. Opierając się na dotychczasowych ustaleniach, należy przyznać, że mem internetowy stanowi utwór w rozumieniu prawa autorskiego, jeśli tylko spełnia ustawowe przesłanki, głównie zaś przesłankę indywidualności i twórczości. Nie można bowiem wykluczyć, że grafika, która powstanie wskutek modyfikacji innego utworu, będzie na tyle oryginalna, że zostanie uznana za dzieło. W uzasadnieniu wyroku SN z 19.2.2014 r. stwierdzono, że „przejawem działalności

⁶⁰ E. Czarny-Drożdżejko, *Dozwolony...*, s. 200; J. Błeszyński, *Prawo...*, s. 112.

⁶¹ E. Czarny-Drożdżejko, *Dozwolony...*, s. 204.

⁶² *Ibidem*, s. 197.

⁶³ *Ibidem*, s. 205.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 206; K. Gienas, [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa...*, komentarz do art. 29¹ PrAutU, Legalis/el. 2016.

⁶⁵ Zob. wyrok TSUE z 3.9.2014 r., C-201/13, www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

twórczej jest będący wynikiem samodzielnego wysiłku autora rezultat, różniący się od innych rezultatów, a indywidualny charakter dzieła wyraża się w tym, że odbiega ono od innych przejawów podobnego działania w sposób świadczący o jego swoistości i niepowtarzalności⁶⁸.

Memy internetowe mogą stanowić zarówno utwory samoistne, jak i niesamoistne, co w drugim przypadku powoduje powstanie obowiązku z art. 2 ust. 2 i 5 PrAutU. Jednak wśród memów publikowanych w Internecie trudno znaleźć takie, które spełniałyby wyżej wymienione oczekiwania ustawodawcy. Z pewnością przyczyną tej sytuacji jest nieświadomość użytkowników Internetu, którzy swoim działaniem nieumyślnie naruszają prawo autorskie, nie uzyskując zgody autora utworu pierwotnego ani nie powołując jego imienia i nazwiska oraz tytułu utworu. Mimo istniejących naruszeń zastanawiający pozostaje brak, przynajmniej na razie, poruszania tej tematyki w orzecznictwie. Dzieje się tak z kilku powodów. Po pierwsze, informacje, dane, zdjęcia czy właśnie memy publikowane w Internecie nie zawsze mają na celu przyniesienie korzyści osobie publikującej, stąd też nie dba ona o zastrzeżenie swoich praw autorskich. Ponadto trudność w egzekwowaniu swoich praw wynika z anonimowości, jaką przyjmują użytkownicy Internetu, oraz z charakteru memów, które są powielane przez nieokreśloną liczbę osób. Memy internetowe stanowią swojego rodzaju *novum*. Do tej pory niespotykane było zjawisko, aby jedna baza utworu była na

tak szeroką skalę przerabiana i masowo wykorzystywana, co powoduje, że nie wiadomo jak, z punktu widzenia prawa, z takiego rodzaju twórczością powinno się obchodzić.

Podkreślić trzeba, że nowelizacja prawa autorskiego w kontekście art. 29¹ PrAutU była jak najbardziej zasadna i pozwoliła na szerszą realizację konstytucyjnej zasady wolności wypowiedzi. W konsekwencji publikowanie memów, co do zasady, stało się dozwolone i znacznie ułatwia rozwój tego rodzaju twórczości. Nie do końca jednak wiadomo, jak sądy będą podchodzić do tego typu ingerencji w prawa autorskie twórcy utworu macierzystego i czy rzeczywiście tworzenie memów w ramach parodii, pastiszu i karykatury uzna się za całkowicie dozwolone. Osobnej analizie podlega także, czy memy powinny stanowić zupełnie odrębną kategorię utworów, czy jednak powinniśmy je rozpatrywać według już znanych nam nazw, jak pastisz, parodia oraz karykatura.

Kończąc rozważania podjęte w niniejszym opracowaniu, należy jeszcze raz podkreślić, że nie ma ogólnych zasad, według których można klasyfikować memy. Stąd też rozsądnym rozwiązaniem wydaje się każdorazowe i indywidualne badanie i interpretowanie spotkanej w Internecie grafiki, a jak słusznie zauważa J. Barta i R. Markiewicz – przedmiot prawa autorskiego sprawia wiele kłopotów, nawet fachowcom⁶⁹.

⁶⁸ V CSK 180/13, Legalis.

⁶⁹ J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie..., s. 25.

Słowa kluczowe: cyberkultura, memy internetowe, memy, utwór, utwór zależny, utwór samoistny, prawo autorskie, ochrona prawa autorskich.

Characteristic of internet memes in the scope of certain aspects of the Polish copyright law

In this paper the author presents relatively new phenomenon of the internet memes in the scope of their relevance in view of the Polish copyright law. In relation to law regulations internet memes raise many interpretative doubts. So far, the subject has not been a matter of a separate analysis regarding copyright law. For the time being, one cannot find such term in judicature. In particular, the subject of analysis is the term, nature and structure of internet memes along with their potential classification as a work in view of the Polish copyright law. This paper raises problematic aspects of multifaceted nature of internet memes as a work. The author demonstrates results of granting internet memes a copyright protection, focusing on consequences of the amended regulation on travesty, pastiche and caricature.

Key words: cyber-culture, internet memes, memes, work, derivative work, autonomous work, copyright, copyright protection.



WYMOGI EDYTORSKIE:

- język publikacji: polski, angielski, niemiecki, rosyjski;
- edytor tekstu Word (format .doc lub .docx);
- styl czcionki: Times New Roman;
- wielkość czcionki: tekst główny – 12 pkt, przypis – 10 pkt;
- interlinia: 1,5 wiersza (w przypadku przypisów – 1 wiersz);
- objętość artykułu: do 30 000 tys. znaków ze spacjami;
- marginesy: standardowe – wszystkie 2,5 cm;
- przypisy dolne: odsyłaczami przypisów powinny być cyfry arabskie; odsyłacz należy umieścić bezpośrednio po fragmencie, do którego odnosi się przypis (przed kropką kończącą zdanie);
- należy dołączyć słowa kluczowe w języku polskim i angielskim;
- tytuł powinien być napisany czcionką Times New Roman 14 pkt (czcionka pogrubiona);
- tekst powinien składać się z następujących części: lid (streszczenie ok. 1500 znaków ze spacjami), uwagi wstępne, rozwinięcie (z podziałem na zatytułowane części), podsumowanie;
- do artykułu należy załączyć także lid (streszczenie) w języku angielskim (ok. 1500 znaków ze spacjami);
- śródtytuły nie powinny być numerowane, lecz pogrubione;
- należy dołączyć notę biograficzną (ok. 800 znaków ze spacjami);
- prosimy o wskazanie afiliacji.

Powoływane w przypisach pozycje bibliograficzne prosimy pisać według wzoru:

Inicjał. Nazwisko, Tytuł, ew. numer wydania, tom, część itp., miejsce i rok wydania, a następnie cytowane strony skrótem „s.”, np.:
J. Kowalski, Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W przypadku kolejnego powołania się **bezpośrednio** na cytowaną pozycję:

Ibidem, s. 15–16.

Powołanie kolejny raz, gdy cytujemy tylko jedną pozycję danego autora:

J. Kowalski, *op. cit.*, s. 29–20.

Kolejne powołanie, gdy cytuje się kilka pozycji danego autora, zawiera pierwsze wyrazy tytułu, np.:

J. Kowalski, Jak pisać..., s. 28–29.

W przypadku **prac pod redakcją**, jeśli powoływana publikacja stanowi część całości:

P. Igrak, Cytowanie, [w:] *J. Kowalski* (red.), Jak pisać przypisy?, t. 2, Warszawa 2006, s. 12–13.

W przypadku publikacji w czasopiśmie tytuł czasopisma zastępuje nazwę wydawnictwa, po nim następuje rok (rocznik), przecinek, następnie numer (nr) w ramach rocznika ewentualnie także numer od początku wydawania pisma i numer strony:

J. Kowalski, Jak pisać przypisy?, *Wiadomości Tekściarskie* 2006, Nr 28 (236), s. 7.

Kilka kwestii specjalistycznych:

1. Oczekiwane oznaczenie ustawy wygląda następująco: Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456.
2. Publikator prosimy podawać jedynie przy pierwszym powołaniu aktu prawnego. Wówczas nazwę aktu i datę (miesiąc słownie) podajemy w tekście głównym (np. ustawa z 13.4.2003 r. o zasadach pisania artykułów), w przypisie zaś publikator (np. t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 28, poz. 456).
3. Zapisując artykuł, ustęp, punkt aktu prawnego, skrótów nie odzielamy przecinkami, tak więc: art. 28 ust. 59 pkt (bez kropki!) 36, a nie: art. 28, ust. 59, pkt. 36.
4. W przypadku orzeczeń sądowych prosimy o zastosowanie następujących oznaczeń: Wyrok SN z 11.5.2011 r., I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34. Nazwę orzeczenia i jego datę prosimy podać w tekście głównym (np. wyrok SN z 11.5.2011 r.), natomiast w przypisie publikator (I CA 123/11, OSNCP 2011, Nr 8, poz. 34).

Harmonogram publikacji:

Nr 1 – teksty do końca stycznia, druk luty/marzec

Nr 2 – teksty do końca kwietnia, druk maj/czerwiec

Nr 3 – teksty do końca lipca, druk sierpień/wrzesień

Nr 4 – teksty do końca października, druk listopad/grudzień

Osoba do kontaktu: dr Aleksandra Klich, e-mail: pme@beck.pl

EDITORIAL REQUIREMENTS:

- language of publication: Polish, English, German, Russian;
- text editor MS Word (.doc or .docx);
- font style: Times New Roman;
- font size: main text – 12 pts, footnote – 10 pts;
- line spacing: 1.5 line (for footnotes – 1 row);
- volume of the article: up to 30,000 characters with spaces;
- margins: standard – all 2.5 cm;
- footnotes: cross-referenced footnotes should be Arabic numerals; reference should be placed immediately after the passage to which the footnote regards (before the full stop ending a sentence);
- article must be attached with key words in Polish and English;
- the title should be written in Times New Roman 14 pts (bold);
- text should consist of following parts: lead (summary, around 1500 characters with spaces), initial comments, amplification (with a division into parts with titles), summation;
- article should also be attached with a lead (summary) in English (around 1500 characters with spaces);
- intertitles should not be numbered, but bold;
- article must be attached with a biographical note (approx. 800 characters including spaces);
- please indicate affiliation.

The referenced sources should adhere to the following style:

Initial(s). Last name, Title, edition number if applicable, volume, part, etc., place and year of publication, followed by the page(s) referred to with the 'p. (pp.)' abbreviation, e.g.: *J. Kowalski*, How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, p. 12–13.

For subsequent reference made **directly** to the cited item:

Ibidem, p. 15–16.

Further reference, when several positions by a given author are being cited, include the first words of the title, e.g.:

J. Kowalski, How to..., p. 28–29.

For edited volumes, when the publication referenced forms a part of the whole:

P. Igrak, Citing, [in:] *J. Kowalski* (ed.), How to do references?, Vol. 2, Warszawa 2006, p. 12–13.

For publications in periodicals, the title of the periodical replaces the name of the publisher, followed by the year, comma, then the number (No.) within the year, possibly the consecutive number and page numbers:

J. Kowalski, How to do references?, *Editorial news* 2006, No. 28 (236) p. 7.

A few technical issues:

- a. Expected indication of a legal act goes as follows:
Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456. The publishing body should only be provided when referring to the act for the first time. Then the name and date of the act (month – in words) shall be given in the body of the text (e.g. The Act of 13 April on the rules of writing articles), and the publishing body shall be given in the footnote (e.g. Journal of Laws of 2006, No. 28, item 456).
- b. When writing article, paragraph, point of a legal act, abbreviations should not be separated by commas, that is: art. 28 par. 59 point (no full stop!) 36, not: art. 28, par. 59, pt. 36).
- c. For court judgements, please use the following indications: Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011, I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34. Mind that the appellation of the judgement and its date should be indicated in the main text (e.g. Judgement of the Supreme Court of 11.5.2011), and the publishing body in the footnote (I CA 123/11, OSNCP 2011, No. 8, item 34).

Publication schedule (deadlines):

No. 1 – submitting manuscripts – end of January (print – February/March)

No. 2 – submitting manuscripts – end of April (print – May/June)

No. 3 – submitting manuscripts – end of July (print – August/September)

No. 4 – submitting manuscripts – end of October (print – November/December)

Contact Person: Aleksandra Klich PhD, e-mail: pme@beck.pl