

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=9ea7d2dc30ddddd10865b8a0486bb57d9a6415aa504e.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 ACa 1086/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl oraz w Warszawie z 11.6.2015 r., I ACa 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:-zbędna-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 rozważą 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 uniemożliwianie 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. Andruszkiewicza 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 remedium 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-Pawel-Litwinski-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.

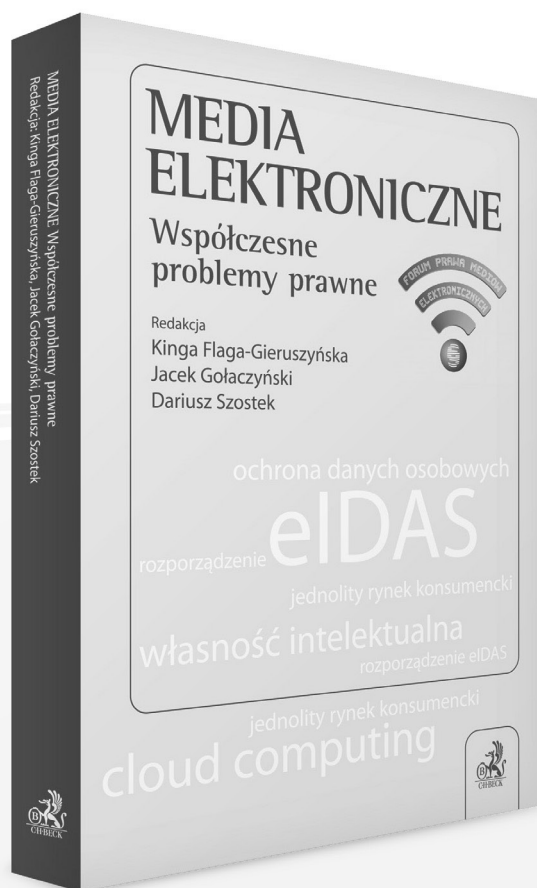
Polish regulation in the context of American legal system – procedure notice and takedown

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