



**EduAkademia.pl**

prace naukowe na zlecenie

Praca-magisterska-przyklad-27

UNIWERSYTET GDAŃSKI

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI  
PRAWO

Wyłączenie odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług społeczeństwa informacyjnego za treści pochodzące od osób trzecich w prawie europejskim.

Gdańsk 2010

## OŚWIADCZENIE

Ja, niżej podpisana oświadczam, iż przedłożona praca dyplomowa została wykonana przeze mnie samodzielnie, nie narusza praw autorskich, interesów prawnych i materialnych innych osób.

.....  
data      własnoręczny podpis

2

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW 5

WSTĘP 6

I. Regulacja europejska 9

1. Cel regulacji 9

2. Pojęcie „usługodawców będących pośrednikami” 10

3. Charakter wyłączenia odpowiedzialności 11

4. Rodzaje działalności uregulowane w dyrektywie 13

A. usługa mere conduit (zwykły przekaz) 13

B. usługa caching 14

C. usługa hosting 15

5. Brak ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru 16

I. Implementacja do polskiego porządku prawnego 17

1. Sposób implementacji	17
2. Świadczenie usługi drogą elektroniczną	17
3. Pojęcie usługodawcy	19
4. Rodzaje działalności objęte wyłączeniem odpowiedzialności	19
5. Regulacja hostingu	20
A. Definicja	20
B. Przestanki wyłączenia odpowiedzialności	24
C. Odpowiedzialność kontraktowa usługodawcy	25
III. Procedura postępowania z bezprawną treścią przechowywaną przez usługodawcę (Notice and take-down procedure)	27
1. Uwagi wstępne	27
2. Uregulowanie procedury w poszczególnych państwach członkowskich	27
A. Wielka Brytania	27
B. Francja	30
C. Włochy	31
D. Niemcy	33
E. Polska	33
3. Procedura notice and take-down w Stanach Zjednoczonych	35
4. Wpływ procedury na wolność słowa - Chilling effect	37
IV. Odpowiedzialność operatorów wyszukiwarek internetowych oraz odpowiedzialność za odesłania w Internecie	40
1. Uwagi wstępne	40
2. Projekt nowelizacji u.ś.u.d.e	41

A. Wyłączenie odpowiedzialności wyszukiwarek internetowych	41
B. Wyłączenie odpowiedzialności za hiperlink	44
3. Sprawa Google France v Louis Vuitton Malletier	45
A. Pytania prejudycjalne	45
B. Opinia Adwokata Generalnego	45
C. Wyrok ETS	47
D. Wpływ orzeczenia na sytuację prawną operatorów wyszukiwarek internetowych	49
V. Odpowiedzialność serwisów tworzonych przez użytkowników za naruszenia praw własności intelektualnej	50
1. Uwagi wstępne	50
2. Orzecznictwo dotyczące serwisów umożliwiających użytkownikom zamieszczanie plików audio i wideo	51
A. Stany Zjednoczone - sprawa Viacom v Google	51
B. FRANCJA	54
(a) Sprawa MySpace	54
(b) Sprawa DailyMotion	54
(c) Sprawa Tranquility Bay i Google Video	55
(d) Podsumowanie	56
2. Orzecznictwo dotyczące naruszeń znaków towarowych na internetowych platformach aukcyjnych	56
A. Model biznesowy internetowych platform aukcyjnych	56
B. Niemcy	57
C. Francja	59
D. Wielka Brytania	60

3. Zagadnienie filtrowanie treści przekazywanych przez użytkowników	61
A. Istota sporu o filtrowanie treści	61
B. Przepisy wspólnotowe dotyczące filtrowania treści	62
C. Filtrowanie treści a swoboda wypowiedzi	64
D. Tendencja do dobrowolnego wprowadzanie filtrowania treści	65
PODSUMOWANIE	67
Bibliografia	69

4

#### WYKAZ SKRÓTÓW

- 1.AG - Adwokat Generalny
- 2.BGH – Bundesgerichtshof (Niemiecki Sąd Najwyższy)
- 3.CDA - Communications Decency Act z 1996r.
- 4.DMCA - Digital Millenium Copyright Act z 1998r.
- 5.Dyrektywa 2000/31/WE, dyrektywa – Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym, (Dz.Urz. WE L 178 z 17 lipca 2000)
6. Dyrektywa 2004/48/WE - Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz. Urz. WE L 157/45 z dnia 30 kwietnia 2004 r.)
- 7.Dz.U. - Dziennik Ustaw
- 8.Dz.Urz. WE - Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich

- 9.EIPR - European Intellectual Property Review
- 10.ETS - Europejski Trybunał Sprawiedliwości
- 11.ISP - Intermediary Service Provider
- 12.JILT - Journal of Information, Law and Technology
- 13.LCEN - Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique
- 14.MoP – Monitor Prawniczy
- 15.TGI - Tribunal de grande instance
- 16.UE - Unia Europejska
- 17.u.ś.u.d.e., ustawa - Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2002r. Nr 144 poz. 1204 z późn. zm )
- 18.WIPO - World Intellectual Property Organization
- 19.WE - Wspólnota Europejska

5

## WSTĘP

Niniejsza praca stanowi próbę przedstawienia najważniejszych problemów prawnych związanych z europejską regulacją wyłączenia odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług za treści pochodzące od osób trzecich ( ang. Intermediary Service Providers), które powstały w ciągu dekady od momentu uchwalenia dyrektywy o handlu elektronicznym.

Wefekcie debaty nad pożądanym kształtem odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług osiągnięto konsensus, zgodnie z którym nie powinni oni ponosić

odpowiedzialności dopóki ich działalność jest czysto techniczna, automatyczna i bierna oraz nie wiedzą o

bezprawnym charakterze transmitowanych lub przechowywanych treści, a po uzyskaniu takiej wiedzy niezwłocznie uniemożliwią dostęp do bezprawnych informacji. Do najczęściej podnoszonych argumentów, które skłoniły prawodawcę europejskiego do przyjęcia takiej regulacji odpowiedzialności ISP należały: 1) brak efektywnej możliwości kontroli nad transmitowanymi lub przechowywanymi danymi,

2) niesprawiedliwość obciążania odpowiedzialnością biernych pośredników oraz 3) negatywne konsekwencje ponoszenia przez pośredników odpowiedzialności dla rozwoju społeczeństwa informacyjnego<sup>1</sup>.

W ciągu dziesięciu lat, które minęły od uchwalenia dyrektywy, Internet bardzo się rozwinął. Zwiększyła się ilość zawartych w nim informacji oraz pojawiły się nowe rodzaje usług. W pracy rozważono, czy argumenty które zdecydowały o przyznaniu ISP wyłączenia odpowiedzialności są wciąż aktualne oraz czy wyłączenie odpowiedzialności powinno przysługiwać w stosunku do nowego rodzaju działalności.

Celem pracy jest próba oceny funkcjonowania rozwiązań dotyczących odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług (ang. Intermediary Service Providers) przyjętych w dyrektywie w dobie szybkiego rozwoju Internetu. Dlatego też

oprócz opisanie odpowiednich przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym przedstawiono ich implementację to polskiego porządku prawnego, jak również z wybrane przepisy innych państw UE, które zostały wprowadzone w celu implementacji dyrektywy. Ważnym elementem pracy jest także analiza stosunkowo nielicznych orzeczeń sądów państw członkowskich wydanych na podstawie przepisów

<sup>1</sup>Por. L. Edwards, *The Fall and Rise of Intermediary Liability Online*, [w:] red. L. Edwards, Ch. Waelde, *Internet Law, Oregon 2009*, s. 59

6

implementujących dyrektywę oraz pytań prejudycjalnych, które sądy te zadały Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości. Praca zawiera ponadto analizę wyroku ETS z 23 marca 2010r. w sprawie Google France przeciwko Louis Vuitton Malletier (C-236/08) w zakresie w jakim odnosi się ono do przepisów dyrektywy 2000/31/WE dotyczących odpowiedzialności ISP.

Pracy został nadany taki układ, by najpierw zaprezentować odpowiednie przepisy dyrektywy oraz ich implementację do krajowego porządku prawnego. Jest to niezbędne dla dalszej lektury, w ramach której zaprezentowano zagadnienia związane z funkcjonowaniem tej regulacji oraz problemy, które powstały wokół materii pozostawionych do dowolnej regulacji państwom członkowskim. Na koniec przedstawiono problem zastosowania przepisów dyrektywy do nowych podmiotów, które pojawiły się w Internecie. Konsekwencją takiej prezentacji materiału jest podział pracy na pięć rozdziałów.

W rozdziale I opisano odpowiednie przepisy dyrektywy, uwzględniając cel

regulacji, najważniejsze pojęcia oraz charakter przyjętego wyłączenia odpowiedzialności. W rozdziale II przedstawiono implementację postanowień dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Szczególną uwagę poświęcono problemom, z którymi spotkał się polski ustawodawca. Analiza tych zagadnień pozwoli na lepsze przedstawienie funkcjonowania przepisów samej dyrektywy oraz wskazanie przepisów, które są nieprecyzyjne i sprawiały problemy podczas implementacji.

Następnie przedstawiono problemy związane z brakiem uregulowania w dyrektywie procedury



postępowania z bezprawną treścią przechowywaną przez usługodawcę oraz odpowiedzialności wyszukiwarek internetowych i odpowiedzialności za odesłania. Kwestie te pozostawiono w gestii państw członkowskich, jednak zobowiązano Komisję Europejską do regularnej analizy ewentualnej potrzeby wprowadzenia regulacji tych zagadnień na poziomie europejskim. W rozdziale III przedstawiono uregulowanie procedury postępowania z bezprawną treścią w niektórych państwach europejskich wraz z orzecnictwem, które zostało wydane na ich podstawie oraz problemami z nimi związanymi. Doboru państw dokonano tak, by zaprezentować różne podejście do regulacji procedury oraz uwzględniając ilość orzecznictwa. Następnie porównano regulację europejską do rozwiązania przyjętego w Stanach Zjednoczonych. Opisano również negatywny efekt jaki może mieć nieprecyzyjna

7

regulacja tejże procedury na wolność wypowiedzi. Rozdział IV dotyczy odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek internetowych oraz odpowiedzialności za odesłania w Internecie. Przedstawiono projekt nowelizacji polskiej ustawy w tym zakresie, a następnie omówiono wpływ sprawy Google France v Louis Vuitton Malletier (C-236/08) na odpowiedzialność wyszukiwarek internetowych, uwzględniając opinię Adwokata Generalnego oraz wyrok ETS.

W rozdziale V opisano problem naruszania praw własności intelektualnej na platformach, których treść pochodzi wyłącznie od użytkowników, takich jak YouTube czy eBay oraz możliwość zastosowania wyłączenia odpowiedzialności do podmiotów prowadzących te platformy. Uwagę poświęcono zwłaszcza orzecznictwu sądów państw europejskich dotyczącemu spraw wytaczanych przez właścicieli znaków towarowych przeciwko platformom aukcyjnym oraz sporów pomiędzy właścicielami praw autorskich oraz serwisami umożliwiającymi użytkownikom zamieszczanie plików audiowizualnych. Rozważono również zagadnienie filtrowania treści oraz jego wpływ na możliwość powoływania się na wyłączenie odpowiedzialności oraz na wolność słowa.

Opracowanie zakończono krótkim podsumowaniem, w którym zawarto uwagi końcowe oraz postulaty de lege ferenda.

## I. Regulacja europejska

### 1. Cel regulacji

Odpowiedzialność pośredniczących dostawców usług ( ang. Intermediary Service Providers – ISP ) za treści zamieszczane przez osoby trzecie została uregulowana w sekcji 4 dyrektywy Parlamentu europejskiego i Rady 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług w ramach społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego<sup>2</sup> (czyli tzw. dyrektywie o handlu elektronicznym). Najistotniejszym czynnikiem, który zdecydował o przyznaniu im wyłączenia odpowiedzialności jest okoliczność, że ich działalność jest ograniczona jedynie do czynności technicznych związanych z transmisją danych oraz udzielaniem dostępu do sieci komunikacyjnej<sup>3</sup>. Prawodawca europejski wiąże zatem wyłączenie odpowiedzialności z działalnością, która ma charakter wyłącznie techniczny, automatyczny i pasywny. Taki charakter działalności odróżnia pośredniczących dostawców usług od dostawców treści (ang. content providers), którzy zamieszczają w sieci własne bądź cudze materiały. Mają oni zatem bezpośredni wpływ na dobór zamieszczanych materiałów.

Konieczność regulacji na poziomie wspólnotowym powstała ze względu na fakt, że usługi społeczeństwa informacyjnego mają często międzynarodowy charakter. Prawodawca europejski uznał, że rozbieżności między ustawodawstwami Państw Członkowskich w kwestii odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług stanowią przeszkodę dla sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego<sup>4</sup>. Transmisja bądź przechowywanie bezprawnych treści przekazanych przez usługobiorcę może na gruncie prawodawstwa jednego państwa powodować odpowiedzialność karną usługobiorcy, podczas gdy w innym państwie aktywność ta może doprowadzić do powstania jedynie roszczeń odszkodowawczych lub w ogóle nie spowodować żadnej odpowiedzialności usługodawcy. Taki stan rzeczy prowadzi do niepewności i utrudnia działalność usługodawców, tym samym zniechęcając ich do świadczenia usług w innych państwach. Ponadto globalny charakter Internetu i jego powszechna dostępność



Dz. Urz. WE L 178/1 z dnia 17 lipca 2000 r.

punkt 42 preambuły dyrektywy 2000/31/WE

punkt 40 ibid.

9

sprawia, że szkoda spowodowana bezprawnym charakterem treści może powstać w wielu państwach, co z kolei stwarza problem ustalenia prawa właściwego dla rozstrzygnięcia sporu, jak również żurysdykcji. Celem regulacji było stworzenie pewności po stronie usługodawców, że w żadnym Państwie Członkowskim nie będą odpowiedzialni za bezprawny charakter transmitowanych lub przechowywanych treści, jeżeli będą postępować w określony sposób 5. Taki stan rzeczy ma sprzyjać rozwojowi usług społeczeństwa informacyjnego na rynku wspólnotowym.

## 2. Pojęcie „usługodawców będących pośrednikami”

Polska wersja językowa dyrektywy posługuje się pojęciem „usługodawców będących pośrednikami”. Ustalenie jakie dokładnie podmioty zaliczają się do tej kategorii stanowi podstawę dla dalszych rozważań.

Po pierwsze konieczne jest odwołanie się do definicji usługodawcy, zamieszczonej w art. 2 dyrektywy, wg. której jest to „każda osoba fizyczna lub prawna, która świadczy usługę społeczeństwa informacyjnego”. Dyrektywa o handlu elektronicznym nie zawiera definicji usługi społeczeństwa informacyjnego (ang. information society service), ponieważ ta stanowi już część prawnego dorobku wspólnotowego i odsyła do definicji zawartej w art. 1 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48/WE z dnia 20 lipca 1998 r. Definicja sformułowana w tej dyrektywie pozwala na wyróżnienie czterech elementów, które przesądzają o tym czy dana usługa jest usługą społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu dyrektywy. Po pierwsze usługa musi być świadczona na odległość, tj. bez równoczesnej obecności obu stron 7. „Za pomocą środków elektronicznych” oznacza, że usługa jest wysyłana oraz odbierana za pomocą urządzeń elektronicznych przeznaczonych do przetwarzania i przechowywania danych, a przy tym jest w całości przekazywana, przenoszona i odbierana drogą przewodową,

rozświeczoną (bezprzewodową), za pomocą środków optycznych lub

5

6

7

R.Julia-Barcelo, On-line intermediary liability issues: comparing E.U. and U.S. legal frameworks, EIPR, 3(2000), s. 106

Dz. Urz. WE L 204/37 z dnia 21 lipca 1998 r. i Dz. Urz. WE L 217/18 z dnia 5 sierpnia 1998r. art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE

10

elektromagnetycznych<sup>8</sup>. Określenie „na indywidualne żądanie usługobiorcy” wyklucza natomiast usługi polegające na transmisji danych dla symultanicznego odbioru przez nieograniczoną liczbę indywidualnych odbiorców, czyli np. nadania telewizyjne czy radiowe<sup>9</sup>. Element odpłatności (ang. remuneration), chociaż wymieniony w definicji, nie jest jednoznacznie uważany za konieczny dla zaistnienia usługi społeczeństwa informacyjnego<sup>10</sup>. Niemniej jednak sformułowanie „normalnie za wynagrodzeniem” nie wymaga koniecznie by usługa była opłacana przez osobę, która z niej korzysta<sup>11</sup>, bowiem ETS przyjął bardzo szerokie rozumienie tego pojęcia. Umożliwia to zakwalifikowanie do tej kategorii także podmiotów, które swój model biznesowy oparły na zyskach z reklam, a swoją usługę świadczą odbiorcy końcowemu za darmo, np. wyszukiwarki internetowe czy serwisy społecznościowe. Aneks V do dyrektywy 98/34/WE zawiera przykładowy katalog usług, które nie zawierają się w definicji.

Kolejne pojęcie wymagające wyjaśnienia to „pośrednik”. Termin ten odnosi się do rodzaju działalności, którą dany usługodawca wykonuje. Transmitując, przechowując lub udostępniając treści zamieszczane przez osoby trzecie usługodawca działa bowiem w charakterze pośrednika<sup>12</sup>. Ten sam podmiot może być jednocześnie content providerem, gdy zamieszcza w sieci własne treści i wtedy nie korzysta z wyłączenia odpowiedzialności. Istotne jest, że wyłączenie odpowiedzialności za treści zamieszczane przez osoby trzecie ma charakter przedmiotowy a nie podmiotowy<sup>13</sup>. Oznacza to, że dyrektywa nie przyznaje wyłączenia odpowiedzialności podmiotom posiadającym określony status, ale przypisuje je do podmiotów, które świadczą określony rodzaj usług, mianowicie mere conduit, caching lub hosting.

### 3. Charakter wyłączenia odpowiedzialności

Dyrektywa nie reguluje kompleksowo zasad odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług, a jedynie określa okoliczności, w których podmioty te nie powinny

<sup>8</sup>ibid.

<sup>9</sup>ibid.

<sup>10</sup>Tak D.Kot, Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego, KPP 2001, z. 1, za C. Ward, EU Commission proposes directive on electronic commerce, Communication Law 1999, nr 2, 2. 74 oraz D.M. Goulrly, EC Draft Directive on Electronic Commerce, Copyright World 1999, nr 2, s. 6

<sup>11</sup>Por. wyrok ETS w sprawie Bond v. Adverteders, C-352/85. Zb. Orz. 1998, s. 2085, pkt 16

12X. Konarski, Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Warszawa 2004, s. 121

13B. Sołtys, M. Podleś [w:] red. J. Gołaczyńskiego, Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, Warszawa 2005, s. 161

11

ponosić odpowiedzialności. Odpowiedzialność ISP powstaje bowiem na zasadach ogólnych na gruncie prawa materialnego państwa z państw członkowskich. Odpowiedzialność ta może powstać z uwagi na fakt, że usługodawcy transmitują, przechowują i udostępniają treści pochodzące od osób trzecich w Internecie. Taka aktywność usługodawców może doprowadzić do powstania zarówno odpowiedzialności karnej jak i cywilnej. Jako przykład odpowiedzialności karnej można podać posiadanie dziecięcej pornografii, którą ISP może bezwiednie przechowywać na zlecenie usługobiorcy, a co na gruncie prawa polskiego stanowi przestępstwo z art. 202§4a kodeksu karnego. W polskiej literaturze przedmiotu podkreśla się, że w przypadku wyłączenia odpowiedzialności karnej nie mamy do czynienia z kontratypem, a jedynie z wyłączeniem karalności<sup>14</sup>. Odpowiedzialność cywilna jest najczęściej związana z naruszeniem praw autorskich oraz naruszeniem dóbr osobistych, jak również z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Wątpliwość budzi natomiast możliwość powołania się usługodawców na przepisy dyrektywy w celu wyłączenia odpowiedzialności związanej z ochroną danych osobowych. Związane jest to z faktem, że zgodnie z art. 1 ust. 5 lit. b dyrektywy jej przepisy nie mają zastosowania do zagadnień objętych m.in. dyrektywą 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych<sup>15</sup>, która reguluje kwestie związane z ochroną danych osobowych.

Prawodawca europejski nadał wyłączeniu odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług charakter horyzontalny. Oznacza to, że ustawodawca nie rozróżnił okoliczności egzoneracyjnych dla różnych reżimów odpowiedzialności, jak również dla różnych typów naruszeń<sup>16</sup>. Zwolnienie się od odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich następuje w drodze spełnienia takich samych warunków co wyłączenie odpowiedzialności za naruszenie cudzych dóbr osobistych. Odmienny model funkcjonuje w prawodawstwie Stanów Zjednoczonych, gdzie wyłączenie odpowiedzialności ISP regulują dwa akty, tj. Digital Millennium Copyrights Act 1998 (DMCA) odnoszący się do naruszeń praw autorskich oraz Communications Decency Act 1996 (CDA) regulujący pozostałe przypadki odpowiedzialności, z wyłączeniem

14Zob. P. Litwiński, Świadczenie usług drogą elektroniczną, [w:] Prawo Internetu, red. P. Podrecki, Warszawa 2007, s. 214

15Dz. Urz. WE L 281 z dnia 23 listopada 1995 r.

16Zob. K. Kowalik-Bańczyk, Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym, Warszawa 2006, s.190

12

praw autorskich oraz odpowiedzialności karnej, w głównej mierze znajdując zastosowanie w przypadku naruszenie dóbr osobistych oraz szkód wywołanych zniesławiającą publikacją (ang. defamation i libel).

Przesłanki wyłączające odpowiedzialność zostały natomiast zneutralizowane ze względu na rodzaj usługi świadczonej przez ISP. Mere conduit, caching i hosting różnią się pod względem charakteru działalności

wykonywanej przez usługodawcę, dlatego odmienne określono dla nich okoliczności egzoneracyjne.

#### 4. Rodzaje działalności uregulowane w dyrektywie

##### A. usługa mere conduit (zwykły przekaz)

Pierwszym rodzajem działalności usługodawców internetowych, dla którego przewidziano wyłączenie odpowiedzialności jest usługa mere conduit, czyli tzw. zwykłego przekazu. Może ona polegać na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę (ang. transmission in a communication network) lub na zapewnieniu dostępu do sieci telekomunikacyjnej (ang. provision of access to a communication network)<sup>17</sup>. Jak precyzuje art. 12 ust. 2 czynności „transmisji” oraz „zapewnienia dostępu” obejmują automatyczne, pośrednie i krótkotrwałe przechowywanie przekazywanych informacji w zakresie, w jakim służy to wyłączenie wykonywaniu transmisji, a okres przechowywania nie przekracza czasu koniecznego do transmisji. Taka regulacja została podyktowana względami technicznymi, bowiem proces transmisji informacji poprzez sieć telekomunikacyjną polega na przesyłaniu niewielkich pakietów danych, które są w sposób automatyczny wielokrotnie zapisywane na pośrednim komputerze, a następnie przesyłane we wskazanym kierunku<sup>18</sup>. Tym samym, regulacja ta zapobiega powstaniu odpowiedzialności z tytułu m.in. naruszenia praw autorskich – usługodawca bowiem faktycznie kopiuje dane co stanowi wystarczającą przesłankę do powstania odpowiedzialności za zwielokrotnianie materiału chronionego prawami autorskimi bez

zgody autora<sup>19</sup>.

Warto wspomnieć, że podobne wyłączenie odpowiedzialności za zwielokrotnianie dla pośredników zapewniających jedynie transmisję danych w sieci

<sup>17</sup>Art. 12 Dyrektywy 2000/31/WE

<sup>18</sup>D. Kot, Dyrektywa ..., s. 91

<sup>19</sup>G. Sutter, Online intermediaries [w:] Computer Law, red. C. Reed, J. Angel, Oxford 2007, s. 247

13

przewidziano w art. 5 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym<sup>20</sup>.

Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy za transmitowane informacje następuje, gdy dostawca spełnia łącznie następujące warunki: a) nie inicjuje przekazu, b) nie wybiera odbiorcy przekazu, c) nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie. Jednakże wyłączenie odpowiedzialności nie ma wpływu na możliwość wymagania od ustawodawcy przez sąd lub organ administracyjny, w ramach

systemu prawnego danego państwa, przerwania lub zapobiegania konkretnym naruszeniom prawa<sup>21</sup>.

##### B. usługa caching

Usługa cachingu, uregulowana w art. 13, polega na automatycznym, pośrednim i krótkotrwałym

przechowywaniu informacji dokonywanym w celu usprawnienia ewentualnych późniejszej transmisji informacji na żądanie innych usługodawców. W odróżnieniu od usługi mere conduit, czas przechowywania informacji w tym przypadku, mimo że ograniczony, jest dłuższy od rzeczywiście koniecznego do dokonania przekazu. Celem usługi cachingu jest zmniejszenie czasu koniecznego dla uzyskania dostępu do informacji<sup>22</sup>. Zawartość już raz „ściągnięta” z odległego serwera nie musi być każdorazowo ponownie z niego ściągana, ale pozostaje w pamięci bliższego serwera, co umożliwia szybszy dostęp.

Przesłanki wyłączenia odpowiedzialności są bardziej złożone niż przy usłudze mere conduit. Odpowiedzialność zostaje wyłączona, gdy usługodawca: 1) nie modyfikuje informacji, 2) przestrzega warunków dostępu do informacji, 3) przestrzega zasad dotyczących aktualizacji informacji, 4) nie zakłóca dozwolonego posługiwania się technologią w celu uzyskania danych o korzystaniu z informacji oraz 5) niezwłocznie usuwa lub uniemożliwia dostęp do informacji, które przechowuje w razie powzięcia wiarygodnej wiadomości, że: a) informacje te zostały usunięte z początkowego źródła transmisji, b) dostęp do nich został uniemożliwiony, lub c) sąd lub organ administracyjny nakazał usunięcie informacji lub uniemożliwienie do niej dostępu.

20Dz. Urz. WE L 167/10 z dnia 22 czerwca 2001 r.

21Art. 12 ust. 3 dyrektywy 2000/31/WE

22Zob. X. Konarski, Komentarz..., s. 134

14

Podobnie jak przy usłudze mere conduit wyłączenie odpowiedzialności nie uniemożliwia sądowi lub organowi administracyjnemu możliwości żądania przerwania lub zapobiegania konkretnym naruszeniom prawa.

### C. usługa hosting

Usługa hostingu ma odmienny charakter od działalności w ramach mere conduit oraz caching, bowiem jej istotą, a nie jedynie działaniem akcesoryjnym względem samego procesu transmisji, jest przechowywanie informacji przekazanych przez usługobiorcę. Czas przechowywania danych jest z założenia nieograniczony, a tym samym usługodawca ma znacznie większą kontrolę nad przechowywanymi informacjami niż w przypadku samej tylko transmisji lub krótkotrwałego przechowywania<sup>23</sup>. Z tego powodu okoliczności egzoneracyjne sformułowane dla hostingu znacząco się różnią. Zgodnie z art. 14 dostawca usługi hostingu nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane przekazane przez usługobiorcę jeżeli: 1) nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w przypadku roszczeń odszkodowawczych nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności, lub 2) po otrzymaniu takiej wiadomości lub po zawiadomieniu niezwłocznie (ang. expeditiously) podejmie działanie w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do takiej informacji.

Dyrektywa rozróźnia tym samym ogólną odpowiedzialność za przechowywane dane, w tym przede wszystkim odpowiedzialność karną oraz odpowiedzialność z tytułu roszczeń odszkodowawczych, określając dla niej inne przesłanki egzoneracyjne. Dla roszczeń odszkodowawczych ustanowiono wyższe wymagania dla usługodawcy, który może być odpowiedzialny jeżeli wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o bezprawności danych. Natomiast inna odpowiedzialność związana z bezprawnym charakterem hostingowanych danych może powstać jedynie, gdy usługodawca ma wiarygodne



wiadomości o ich bezprawnym charakterze. Przepis ten w połączeniu z art. 15 dyrektywy, który wyklucza nakładanie na usługodawców ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawny charakter danych, przesądza o niemożliwości powstania odpowiedzialności innej niż odszkodowawcza w braku przekazania usługodawcy informacji. Odpowiedzialność odszkodowawcza natomiast może teoretycznie powstać również z bez

23D. Kot, Dyrektywa..., s. 93

15

takiej bezpośredniej wiadomości. Dla odpowiedzialności karnej niezbędna jest zatem pozytywna (faktyczna) wiedza o bezprawnym charakterze informacji, podczas gdy dla cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej wystarczy tzw. wiedza domniemana (ang. constructive knowledge), czyli świadomość relewantnych faktów i okoliczności, które o tej bezprawności świadczą<sup>24</sup>. Powstaje jednak problem w jaki sposób udowodnić wiedzę usługodawcy o faktach lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o bezprawności danych skoro usługodawca jest zwolniony z obowiązku jakiegokolwiek monitoringu przechowywanych danych<sup>25</sup>.

Prawodawca europejski nie zdecydował się na szczegółowe unormowanie procedury postępowania z bezprawną zawartością (ang. notice and take-down procedure) w dyrektywie. Zamiast tego art. 14 ust. 3 pozostawił możliwość uregulowania tych kwestii poszczególnym państwom członkowskim w ramach ich porządków prawnych. Dodatkowo art. 21 ust. 2 przewiduje konieczność rozważenia potrzeby wprowadzenia regulacji tej procedury w przyszłości.

Jak stanowi art. 14 ust. 3 wyłączenie odpowiedzialności nie uniemożliwia sądowi lub organowi administracyjnemu możliwości żądania przerwania lub zapobiegania konkretnym naruszeniom prawa.

##### 5. Brak ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru

Art. 15 ust. 1 dyrektywy w sposób wyraźny wyłącza możliwość nałożenia przez państwa członkowskie na dostawców ogólnego obowiązku nadzorowania transferowanych lub przechowywanych informacji, jak również z ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawne działanie. Uregulowanie to dotyczy wszystkich opisanych w dyrektywie rodzajów działalności pośredniczących dostawców usług, tj. mere conduit, caching oraz hosting.

Jednocześnie dyrektywa przewiduje możliwość nałożenia obowiązku niezwłocznego powiadomienia właściwych władz publicznych o rzekomych bezprawnych działaniach podjętych przez usługobiorców lub o bezprawnym charakterze przekazanych przez nich informacji, jak również z obowiązkiem przekazywania właściwym władzom, na ich żądanie, informacji pozwalających na ustalenie tożsamości usługobiorców, z którymi mają umowy o przechowanie.

24R. Julia-Barcelo, On-line intermediary liability..., s. 110

25ibid.

16

## I. Implementacja do polskiego porządku prawnego

### 1. Sposób implementacji

Dyrektywa o handlu elektronicznym została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (u.ś.u.d.e.)<sup>26</sup>. Rozdział 3 niniejszej ustawy reguluje wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną. Systematyka tego rozdziału wzoruje się na sekcji 4 dyrektywy, tj. kolejno uregulowano usługi mere conduit, caching i hosting, zaś w artykule 15 wprowadzono ogólne zwolnienie z obowiązku monitorowania transmitowanych danych. Podkreślić jednak należy, że ustawa nie posługuje się pojęciami mere conduit, caching, ani hosting, a jedynie opisuje przejawy działalności, których wykonywanie zwolnione jest z odpowiedzialności za dane pochodzące od osoby trzeciej, bez nadawania im jakiegokolwiek nazwy.

Definicje użytych w ustawie określeń zamieszczono w artykule 2 ustawy. Dla niniejszej pracy istotne jest pojęcie świadczenia usług drogą elektroniczną, wyznaczającego zakres przedmiotowy ustawy, oraz usługodawcy, które wraz z pojęciem usługobiorcy, określa zakres podmiotowy regulacji.

Opisywanie tekstu ustawy nie jest celowe, gdyż w dużej mierze jest on zgodny z brzmieniem dyrektywy, dlatego w rozdziale tym opisano jedynie odmienności oraz problemy związane z implementacją dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

### 2. Świadczenie usługi drogą elektroniczną

„Świadczenie usługi drogą elektroniczną” odpowiada pojęciu „usługi społeczeństwa informacyjnego”, którym posługuje się dyrektywa. Zgodnie z art. 2 ustawy usługa jest świadczona drogą elektroniczną jeżeli: 1) wykonywanie umowy następuje bez jednoczesnej obecności stron umowy, 2) za pomocą systemów teleinformatycznych, 3) na indywidualne żądanie usługobiorcy.

Pominięto natomiast element odpłatności (świadczenia za wynagrodzeniem), który występuje w definicji usługi społeczeństwa informacyjnego. Wg. P. Litwińskiego jest to konsekwencja przeniesienia elementów definicji pojęcia „usługi świadczonej

26Dz. U. Nr 144, poz. 1204, z późn. zm

17

drogą elektroniczną” z poziomu umowy na poziom rzeczywistego świadczenia usługi i oceny charakteru danej usługi z chwili jej wykonania<sup>27</sup>. Natomiast element odpłatności jest powiązany z umową, a nie z faktycznym jej wykonaniem. Jednak jak zauważa W. Wiewiórowski odwołanie się do pojęcia usługi z kodeksu cywilnego, które to z kolei odwołuje się do zlecenia, sprawia że usługa świadczona drogą elektroniczną, choć z zasady odpłatna, może być jednak pozbawiona elementu wynagrodzenia, jeżeli strony tak zadecydują<sup>28</sup>.

Zastanović się należy jakie konsekwencje może mieć brak elementu odpłatności

w pojęciu usługi świadczonej drogą elektroniczną dla wyłączenia odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług internetowych. Z punktu widzenia prawidłowej implementacji dyrektywy należy zauważyć,

że celem dyrektywy jest przyczynienie się

do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego przez zapewnienie swobodnego przepływu usług społeczno-informacyjnego między Państwami Członkowskimi<sup>29</sup>. W rezultacie niewprowadzenia do polskiej definicji usługi świadczonej drogą elektroniczną elementu odpłatności, przyznano takie wyłączenie również co do usług świadczonych bez wynagrodzenia. Tym samym poszerzono katalog podmiotów, którym przyznano możliwość powołania się na wyłączenie odpowiedzialności.

Jednakże w Założeniach do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną z dnia 28.01.2010r.<sup>30</sup> przewidziano zmianę definicji usługi świadczonej drogą elektroniczną w taki sposób, że wprowadzono do niej element odpłatności, dodając określenie „w szczególności za wynagrodzeniem”. Podkreślono, że taka zmiana definicji będzie spójna z definicją „usługodawcy” (art. 2 pkt 6 ustawy), zgodnie z którą jest nim każdy podmiot, który chociażby ubocznie prowadzi działalność zarobkową lub zawodową. Zmiana ta ma charakter jedynie kosmetyczny, bowiem określenie „w szczególności” nie wyklucza przypadków świadczenia tej usługi również bez wynagrodzenia. Wprowadzenie tego określenia zostało jednak spowodowane zaleceniami Komisji Europejskiej.

Biorąc pod uwagę szeroką definicję wynagrodzenia przyjętą na gruncie

27Tak P. Litwiński, Świadczenie usług..., s. 175

28W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (Uwagi de lege ferenda), Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XXI, 2009, s. 202  
29Art. 1 ust. 1 Dyrektywy 2000/31/WE

30Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną z dnia 28.01.2010r, materiały MSWiA, dostępne na: <http://www.bip.mswia.gov.pl/porta1.php?serwis=bip&dzial=200&id=18656&search=101339> [30.04.2010]

18

orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz obowiązek interpretacji przepisów krajowych zgodnie z prawem wspólnotowym, można uznać usługodawców, którzy świadczą swoją usługę usługobiorcy bezpłatnie, a zysk czerpią z reklam, za świadczących usługę za wynagrodzeniem.

### 3. Pojęcie usługodawcy

Usługodawcą w rozumieniu art. 2 ustawy jest „osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową świadczy usługi drogą elektroniczną”. Należy zwrócić uwagę, że zakres tej definicji jest zdecydowanie szerszy od pojęcia przedsiębiorcy na gruncie ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>31</sup>. Zgodnie z tą ustawą przedsiębiorcą jest „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”. O ile bowiem przedsiębiorca prowadzi swoją działalność z celu zarobkowym, w sposób zorganizowany i ciągły, co wynika z definicji działalności gospodarczej zawartej w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, o tyle usługodawca może swoją działalność prowadzić nieodpłatnie, nie dążąc do osiągnięcia zysku<sup>32</sup>. Wystarczy bowiem, by usługodawca choćby ubocznie prowadził działalność o charakterze zarobkowym lub zawodowym. Jak

słusznie zwraca uwagę W. Wiewiórowski, przy tak szerokiej definicji usługodawcy, będzie nim również m.in. adwokat, który bez wynagrodzenia, hobbystycznie udziela porad prawnych na forum internetowym, bowiem oprócz swojej działalności w Internecie jest również adwokatem, tj. wykonuje działalność o charakterze zawodowym<sup>33</sup>. Wydaje się również, że za usługodawców w rozumieniu ustawy można uznać podmioty prowadzące serwisy społecznościowe, wyszukiwarki internetowe i tym podobne portale, bowiem mimo, że swoją usługę świadczą często nieodpłatnie wobec użytkowników końcowych, prowadzą również najczęściej działalność reklamową o charakterze zarobkowym.

31Dz.U. Nr 173 poz. 1807, art. 4

32Zob. P. Litwiński, Świadczenie usług..., s. 176

33W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 204

19

#### 4. Rodzaje działalności objęte wyłączeniem odpowiedzialności

Podobnie jak dyrektywa, ustawa również wyróżnia trzy rodzaje działalności, z którymi wiąże wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności za przesyłane dane. Jak już wyżej wspomniano, w ustawie nie tylko nie zawarto definicji działalności mere conduit, caching oraz hosting, ale w ogóle nie posłużono się tymi terminami. Ustalenie jakie przejawy działalności mieszczą się w tych pojęciach pozwoli określić w jakich przypadkach podmiotom świadczącym usługi drogą elektroniczną przysługuje wyłączenie odpowiedzialności. O ile bowiem mere conduit i caching nie stwarzają większych problemów, o tyle pojęcie hostingu wywołało pewne kontrowersje w literaturze krajowej.

Zarówno cechy charakteryzujące usługi mere conduit i caching jak i przesłanki wyłączenia odpowiedzialności zostały w ustawie sformułowane analogicznie do sformułowań zawartych w dyrektywie. Warto jedynie zwrócić uwagę na fakt, że na gruncie prawa polskiego działalności te zostały uregulowane w ustawie z dnia 16.07.2004r. Prawo Telekomunikacyjne<sup>34</sup>. Umowy, w których świadczenie stanowi prosty przesył (mere conduit) oraz caching należy zaliczyć do umów o świadczenie telekomunikacyjne w rozumieniu ustawy - Prawo telekomunikacyjne<sup>35</sup>. Niemniej jednak art. 3 pkt. 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną wyłączając spod zastosowania przepisów ustawy świadczenie usług telekomunikacyjnych wykonywane przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, stanowi że zastosowanie znajdują przepisy art. 12-15, tj. o wyłączeniu odpowiedzialności.

#### 5. Regulacja hostingu

##### A. Definicja

Znacznie więcej problemów stwarza ustawowa regulacja wyłączenia odpowiedzialności w przypadku hostingu. Pierwsze trudności pojawiają się już przy próbie zdefiniowania tego pojęcia, bowiem nie istnieje definicja legalna hostingu. Art. 14 u.ś.u.d.e. nie posługuje się nawet tym pojęciem, a jedynie wyłącza odpowiedzialność za przechowywane dane dla usługi, która polega na przechowywaniu informacji

przekazywanych przez usługobiorcę. Regulacja ustawowa wzoruje się jednak na

34Dz. U. Nr 171, poz. 1800

35B. Sołtys, M. Podleś [w:] Umowy elektroniczne..., s. 159

20

dyrektywie o handlu elektronicznym, która mimo że również nie zawiera definicji hostingu, posługuje się tym pojęciem, odnosząc się do „usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę”.

W doktrynie hosting definiuje się jako udostępnianie pamięci podłączonych do sieci serwerów w celu przechowywania i udostępniania różnego rodzaju danych<sup>36</sup>, lub jako nieograniczone w czasie, samoistne przechowywanie danych w ten sposób, że dane te udostępniane są innym podmiotom<sup>37</sup>. P. Litwiński wskazał na następujące elementy konstytutywne pozwalające zaklasyfikować daną działalność jako hosting<sup>38</sup>: 1) podmiot

świadczący usługi hostingowe powinien dysponować systemem teleinformatycznym, który umożliwia przechowywanie i udostępnianie danych za pomocą sieci teleinformatycznych, 2) podmiot ten umożliwia innym podmiotom umieszczanie danych pochodzących od tych podmiotów we własnym systemie teleinformatycznym,

3) dane pochodzące od usługobiorców są przez ten podmiot przechowywane i udostępniane podmiotom trzecim za pomocą sieci teleinformatycznych. Podsumowując, podmiot hostingujący przechowuje i udostępnia dane pochodzące od podmiotów trzecich (usługobiorców). Przy takim rozumiem pojęcia hostingu, jako usługi hostingowe mogą zostać sklasyfikowane usługi świadczone przez rozmaite serwisy społecznościowe, grupy dyskusyjne, fora internetowe, platformy aukcyjne itp., ponieważ podmioty dysponujące tymi portalami przechowują dane przekazane przez ich użytkowników i udostępniają je osobom trzecim, korzystającym z Internetu.

Definicja ta spotkała się jednak w literaturze z polemiką. Zwrócono uwagę na fakt, że tak skonstruowana definicja nie jest zgodna z językową wykładnią przepisów tak ustawy jak i dyrektywy. P. Sadowski zwrócił uwagę na literalne brzmienie przepisu zawartego w art. 14 ustawy, który wyłączenie odpowiedzialności podmiotu „za przechowywane dane” łączy z udostępnianiem systemu teleinformatycznego jedynie „w celu przechowywania danych”<sup>39</sup>. Nie ma więc mowy w tym przepisie o udostępnianiu danych osobom trzecim. Na tej podstawie autor dochodzi do wniosku, że zakresem wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną

36Zob. P. Litwiński, Świadczenie usług..., s. 219

37D. Kot, Dyrektywa..., s. 93

38P. Litwiński, Hosting danych osobowych. Zagadnienia podstawowe, Monitor Prawniczy 23/2008, s. 1257

39P. Sadowski, Wyłączenie odpowiedzialności przy świadczeniu usług hostingu – polemika, Monitor Prawniczy 16/2009, s. 885

jest wyłącznie przechowywanie danych, a przepis ten nie obejmuje jakichkolwiek innych operacji na danych, takich jak wspomniane udostępnianie ich osobom trzecim. Przy takim rozumieniu art. 14 u.ś.u.d.e., serwisom społecznościowym i innym wspomnianym wyżej portalom nie przysługiwałoby zwolnienie z odpowiedzialności za udostępniane dane. Jako uzasadnienie dla swojego poglądu autor zwraca uwagę na brzmienie dyrektywy, która również reguluje jedynie przechowywanie, nie odnosząc się do udostępniania danych osobom trzecim. Pogląd ten, oparty na klaryfikacyjnej teorii wykładni, wyklucza również zastosowanie innej wykładni niż językowa, podając że nie ma przesłanek dla zastosowania wykładni systemowej lub funkcjonalnej<sup>40</sup>, przytaczając wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.6.2000r.<sup>41</sup> w którym stwierdzono, że gdy językowe znaczenie tekstu jest jasne – zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* – nie ma podstaw dla zastosowania innej wykładni niż językowa.

Takie rozumienie art. 14 ustawy wydaje się jednak niezgodne z celem dyrektywy o handlu elektronicznym, zgodnie z którym regulacja ta ma zapewnić swobodny przepływ usług społeczeństwa informacyjnego na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. Taki pogląd wyraził M. Jackowski, zwracając uwagę że ustawa polska jest implementacją do porządku prawnego dyrektywy o handlu elektronicznym, a ta zgodnie

z art. 249 akapit 3 TWE wiąże co do rezultatu, pozostawiając Państwom Członkowskim wybór formy i metody jego osiągnięcia<sup>42</sup>. Jedną z metod gwarantujących efektywność

prawa europejskiego oraz zgodność z nim prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich jest obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym<sup>43</sup>. Obowiązek ten obciąża organy państwowe, w tym przypadku sądy stosujące prawo, które aby się z niego wywiązać muszą wniknąć w tekst wzorca i dokonać jego wykładni uwzględniając jego brzmienie, kontekst, system, funkcję oraz cel, któremu służy<sup>44</sup>. Tak więc, aby prawidłowo dokonać wykładni art. 14 u.ś.u.d.e. należy odnieść się do rozumienia hostingu w dyrektywie, biorąc pod uwagę całość tej regulacji. M. Jackowski zwraca również uwagę na specyfikę wykładni prawa wspólnotowego oraz na funkcjonowanie w niej zasady wykładni efektywnej oraz

<sup>40</sup>Ibid., s.886

<sup>41</sup>K 25/99. OTK Nr 5/2000, poz. 141

<sup>42</sup>M. Jackowski, Hosting – operacje na danych objęte wyłączeniem odpowiedzialności - polemika,

Monitor Prawniczy, 24/2009, s. 1333

<sup>43</sup>C. Mik, Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej [w:] Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, pod red. S. Wronkowskiej, Kraków 2005, s. 115 i n.

<sup>44</sup>Ibid., s. 130

zasady wykładni jednolitej. Pierwsza z tych zasad nakazuje nadawanie pojęciom użytym w tekście prawnym znaczenia z uwzględnieniem skutków jakie zostaną w ten sposób osiągnięte, tak aby zagwarantować jak najlepszą realizację celów danego aktu prawnego, druga zaś nakazuje uwzględnianie wszystkich wersji

językowych tekstu prawnego, sporządzonych w oficjalnych językach urzędowych Unii<sup>45</sup>. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że wykładnia językowa prawa wspólnotowego jest zwykle niewystarczająca, a zasada *clara non sunt interpretanda* praktycznie nie znajduje tu zastosowania. Odwołując się do derywacyjnej teorii wykładni autor dokonuje wykładni art. 14 u.ś.u.d.e. zgodnie z brzmieniem oraz celem dyrektywy. Wskazuje, że redakcja przepisów tak dyrektywy, jak i ustawy kładzie nacisk na wyłączenie odpowiedzialności związanej z danymi (informacjami), a nie odpowiedzialności związanej z operacją na danych (ich przechowywaniem)<sup>46</sup>. Następnie autor zwraca uwagę na punkt 42 preambuły, w którym prawodawca europejski wskazuje m.in. na cel jaki zamierza osiągnąć, tj. ograniczenie odpowiedzialności podmiotów, których charakter działalności jest czysto technicznych, automatycznych i bierny.

Uwzględniając powyższe opinie na temat definicji hostingu i zakresu zastosowania art. 14 u.ś.u.d.e. przychylam się do poglądu, że usługa hostingu zawiera w sobie zarówno przechowywanie, jak i udostępnianie w sieci danych pochodzących od osób trzecich. Inna bowiem wykładnia przepisów doprowadziłaby do niezgodności polskiej ustawy z celem dyrektywy o handlu elektronicznym, którym jest zapewnienie swobodnego przepływu oraz dogodnych warunków dla rozwoju usług społeczeństwa informacyjnego, do których hosting niewątpliwie się zalicza. Na szerokie rozumienie hostingu w prawie europejskim wskazuje ostatnie orzeczenie ETS z dnia 23 marca 2010r. w sprawie Google France SARL przeciwko Louis Vuitton<sup>47</sup>, dotyczącej usługi płatnych odesłań AdWords, w którym sąd uznał, że art. 14 dyrektywy może mieć zastosowanie do podmiotu świadczącego usługę odsyłania w Internecie, jeżeli przy świadczeniu swych usług usługodawca ten nie odgrywa czynnej roli, która mogłaby sprawić, że będzie on posiadał wiedzę o przechowywanych informacjach lub miał nad nimi kontrolę. Tym samym sąd uznał, że już samo przechowywanie przez usługodawcę

45M. Jackowski, *Hosting...*, s. 1334

46Ibid., s. 1334

47Wyrok ETS z dnia 23 marca 2010r. w połączonych sprawach C-236/08, C-237/08 oraz C-238/08

23

linków i treści reklamowej, która jest udostępniana innym użytkownikom sieci stanowi przechowywanie w rozumieniu art. 14 dyrektywy 2000/31/WE. Gdyby uznać, że udostępnianie przechowywanych informacji wyłącza możliwość uznania danej działalności za hosting przepis ten byłby praktycznie martwy, gdyż samo przechowywanie danych na cudzym serwerze bez jednoczesnego umieszczenia ich w sieci jest obecnie niezmiernie rzadkie. Nakaz interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem europejskim przesądza o takim właśnie rozumieniu znaczenia terminu hosting oraz zakresu zastosowania art. 14 ustawy.

## B. Przesłanki wyłączenia odpowiedzialności

Regulacja polska podobnie jak dyrektywa opiera się na horyzontalnym modelu wyłączenia odpowiedzialności. Zgodnie z art. 14 u.ś.u.d.e. „nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych”. Można zatem wyróżnić dwie przesłanki, które decydują o wyłączeniu odpowiedzialności usługodawcy. Po pierwsze po stronie usługodawcy musi zachodzić stan niewiedzy o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi

działalności. Druga przesłanka dotyczy sytuacji, w której usługodawca otrzyma urzędowe zawiadomienie lub wiarygodną wiadomość o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności i polega na niezwłocznym uniemożliwieniu dostępu do rzeczonych danych. Regulacja ta nie jest identyczna do tej zawartej w dyrektywie, ponieważ nie zawiera rozróżnienia przesłanek egzoneracyjnych dla ogólnie ujętej odpowiedzialności za dane i dla roszczeń odszkodowawczych. Ustawodawca polski zrezygnował z wprowadzenia takiego rozróżnienia, uzależniając powstanie wszelkiej odpowiedzialności, w tym odszkodowawczej, od faktycznej wiedzy o bezprawnym charakterze danych, która biorąc pod uwagę art. 15 u.s.u.d.e., może powstać jedynie po urzędowym zawiadomieniu lub uzyskaniu wiarygodnej wiadomości. Takie rozwiązanie wydaje się dobre, ponieważ rozróżnienie zawarte w dyrektywie jest niejasne i trudne do zastosowania w praktyce.

24

Skoro faktyczna wiedza o bezprawnym charakterze danych może powstać jedynie poprzez zawiadomienie o tym usługodawcy należy przeanalizować, jaki charakter powinna mieć ta wiadomość na gruncie prawa polskiego. Po pierwsze trzeba wspomnieć, że ustawodawca polski nie zdecydował się na wprowadzenie do polskiej regulacji szczegółowej procedury regulującej uniemożliwienie dostępu do bezprawnych informacji (ang. notice and take-down procedure), o możliwości wprowadzenia której stanowi art. 14 ust. 3 dyrektywy. Zamiast tego ograniczono się jedynie do stwierdzenia, że usługodawca obowiązany jest niezwłocznie uniemożliwić dostęp do danych w przypadku otrzymania urzędowego zawiadomienia lub wiarygodnej wiadomości o ich bezprawnym charakterze. Pojęcie urzędowego zawiadomienia wprawdzie nie stwarza większych problemów interpretacyjnych, jednak sytuacje, w której powiadomienie usługodawcy przyjmie taką właśnie formę są rzadkie. Znacznie częściej wiadomość ta nie będzie miała charakteru urzędowego, niezbędny zatem będzie przymiot wiarygodności. Ustawodawca nie zamieścił żadnych wskazówek dla usługodawców, kiedy wiadomość należy uznać za wiarygodną<sup>48</sup>. Kolejny element, który czyni regulację wyłączenia odpowiedzialności za usługę hostingu niejasną i nieprecyzyjną jest określenie niezwłocznie. Zgodnie z art. 14, aby zwolnić się z ewentualnej odpowiedzialności za bezprawne dane usługodawca po otrzymaniu wiarygodnej wiadomości musi niezwłocznie uniemożliwić do nich dostęp. W rozdziale III opisane zostały związane z tym określeniem problemy.

### C. Odpowiedzialność kontraktowa usługodawcy

Oprócz wyłączenia odpowiedzialności względem osoby, której prawa przechowywane przez usługodawcę treści naruszyły, ustawa przyznaje usługodawcy również wyłączenie odpowiedzialności względem usługobiorcy. Jak słusznie przyjął polski ustawodawca, uniemożliwienie dostępu do przechowywanych danych może spowodować szkodę po stronie usługobiorcy. O ile w przypadku portali społecznościowych itp. w przypadku zablokowania np. zdjęć użytkownika zamieszczonych na portalu o takiej szkodzie raczej nie może być mowy, to już w przypadku gdy przedsiębiorca prowadzi swoją działalność w Internecie zablokowanie danych znajdujących się na stronie np. jego sklepu internetowego może spowodować wymierne straty. Trzeba pamiętać, że zawiadomienie o bezprawnym charakterze danych

<sup>48</sup>Zob. X. Konarski, Komentarz..., s. 141

25

może pochodzić od innego przedsiębiorcy, który w taki nieuczciwy sposób chce zablokować działalność swojego konkurenta.



Przesłanki zwolnienia się od odpowiedzialności względem usługobiorcy zostały zró żnicowane w zależności od rodzaju zawiadomienia, jakie może otrzymać usługodawca. Zawiadomienie urzędowe bezpośrednio zwalnia usługodawcę z odpowiedzialności za szkody powstałe przez uniemożliwienie dostępu do danych. Natomiast gdy wiadomość nie ma charakteru urzędowego, a jedynie przymiot wiarygodności, na usługodawcę nałożono obowiązek niezwłocznego powiadomienia usługobiorcy o zamiarze uniemożliwienia dostępu do danych. Nie wyjaśniono jednak jakie prawa przysługują w takim wypadku usługobiorcy. Wydaje się, że usługodawca powinien również z poinformować usługobiorcę o przyczynie takiego zamiaru, jak również o zarzutach które zawierało zawiadomienie. Jednak w braku dokładniejszej regulacji ustawowej pozostaje to jedynie dobrą praktyką, a nie obowiązkiem usługodawcy. Ustawa nie przyznała również z usługobiorcy prawa do przeciwstawienia się uniemożliwieniu dostępu do danych poprzez np. udowodnienie legalnego charakteru przechowywanych informacji<sup>49</sup>. Jednakże tu istotny jest wiarygodny charakter wiadomości, przekazanej przez osobę trzecią. Wydaje się, że w przypadku przedstawienia przez usługobiorcę dowodów na legalność przechowywanych danych, wiadomość osoby trzeciej traci przymiot wiarygodności. Niemniej jednak problemy mogą powstać gdy domniemana bezprawność przechowywanych danych będzie polegała na ich zniekształcającym bądź naruszającym dobra osobiste charakterze, gdzie stwierdzenie bezprawności będzie kwestią oceny.

49ibid., s. 144

26

III.Procedura postępowania z bezprawną treścią przechowywaną przez usługodawcę (Notice and take-down procedure)

1. Uwagi wstępne

W uregulowaniu odpowiedzialności za hosting uwzględniono interes pośredniczącego usługodawcy, który nie zawinił przy naruszeniu, jego działalność ma charakter czysto techniczny, automatyczny i bierny i często nie wie o bezprawnym charakterze przechowywanych treści oraz interes osoby, której prawa zostały naruszone, tak by zapewnić jej możliwość zaprzestania naruszeń. Procedura regulująca uniemożliwianie dostępu do bezprawnych treści jest przejawem dążenia do samoregulacji internetu. Zainteresowane podmioty powinny najpierw same spróbować

rozwiązać problem, a dopiero przy niemożliwości osiągnięcia porozumienia zwrócić się

rozwiązanie sporu do sądu. Pośredniczący usługodawca po uzyskaniu bowiem informacji, że przechowywane przez niego treści naruszają prawa innych podmiotów, może usunąć lub uniemożliwić dostęp do tego materiału, uwalniając się tym samym od odpowiedzialności. Takie rozwiązanie gwarantuje też szybkość reakcji i zaprzestania naruszenia prawa, bowiem unika się postępowania przed sądem.

W ramach regulacji wspólnotowej ograniczono się jedynie do podania przesłanek wyłączenia odpowiedzialności usługodawcy przechowującego dane przekazane przez usługobiorców, tj. braku faktycznej wiedzy o bezprawności oraz natychmiastowym działaniu po otrzymaniu wiadomości. W art. 14 ust. 3 dyrektywy przewidziano możliwość wprowadzenia przez poszczególne państwa członkowskie szczegółowego uregulowania procedury, w której podmiot, którego prawa zostały naruszone, informuje o bezprawności przechowywanych danych, a usługodawca usuwa lub uniemożliwia dostęp do bezprawnych treści.

2. Uregulowanie procedury w poszczególnych państwach członkowskich.

A. Wielka Brytania

Kluczowe znaczenie dla funkcjonowania procedury notice and take-down miało

27

orzeczenie sądu z 1999r. w sprawie *Godfrey v. Demon*<sup>50</sup>, które chociaż poprzedzało uchwalenie dyrektywy 2000/31/WE to opierało się na przepisach w znaczącym stopniu podobnych<sup>51</sup>. Brytyjski fizyk, Lawrence Godfrey, korzystał z e-mailowej grupy dyskusyjnej *soc.culture.thai* prowadzonej przez ISP Demon Internet. 13 stycznia 1997r. na grupie dyskusyjnej pojawił się post zawierający rasistowskie treści podpisany nazwiskiem powoda. Powód zwrócił się faxem do Demon Internet z prośbą o jego usunięcie, informując, że nie jest on jego autorem oraz że post go zniesławia (ang. defamation). Post nie został usunięty, a dostęp do niego był możliwy przez 15 dni, to jest do momentu automatycznego usunięcia go z grupy dyskusyjnej przez system. Godfrey pozwał Demon Internet jako wydawcę (ang. publisher) domagając się odszkodowania za pisemne zniesławienie (ang. libel). Pozwany podniósł, że było to "niezawinione rozpowszechnienie" (ang. innocent dissemination) określone w sekcji 1 Defamation Act 1999, ponieważ nie wiedział oraz nie miał podstaw by sądzić, że powoduje lub przyczynia się do publikacji zniesławiającego tekstu<sup>52</sup>. Sąd uznał jednak, że obrona przez "niezawinione rozpowszechnienie" w tym przypadku nie przysługuje, ponieważ pozwany został przez powoda powiadomiony o zniesławiającym charakterze postów<sup>53</sup>.

Postanowienia dyrektywy 2000/31/WE zostały implementowane do angielskiego porządku prawnego w Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002. Regulacje 17, 18 i 19 stanowią odpowiedniki art. 12, 13 i 14 dyrektywy i są praktycznie ich dosłownym powtórzeniem. Regulacja 2 2 zawiera natomiast

nieenumeratywną listę czynników, które mogły mieć wpływ na decyzję sądu odnośnie tego, czy ISP został poinformowany w taki sposób, że powstał po jego stronie stan faktycznej wiedzy (ang. actual knowledge) o bezprawnym charakterze przechowywanych treści. Regulacja ta stanowi, że sąd może wziąć pod uwagę czy usługodawca otrzymał powiadomienie na adres e-mail, który zobowiązany jest udostępnić zgodnie z Regulacją 6(1)(c), a który musi umożliwiać szybki kontakt oraz bezpośrednie i skuteczne porozumiewanie się. Sąd może wziąć również pod uwagę czy wiadomość zawiera imię i nazwisko oraz adres osoby informującej, szczegóły

50[1999] 4 All ER 342

51Tak L. Edwards, *The fall...*, s. 74

52Section 1 Defamation Act 1996: "In defamation proceedings a person has a defence if he shows that (...) he did not know, and had no reason to believe, that what he did caused or contributed to the publication of a defamatory statement."

53L. Edwards, *The fall...*, s. 74

28

dotyczące umiejscowienia treści, które rzekomo naruszają prawa powiadamiającego oraz szczegóły dotyczące podstaw twierdzeń o bezprawnym charakterze tych treści<sup>54</sup>. Angielska implementacja podobnie jak dyrektywa nie zawiera wyłączenia odpowiedzialności względem usługobiorcy w razie niezasadnego zablokowania treści po otrzymaniu zawiadomienia o ich bezprawnym charakterze.

Angielskie sądy po raz pierwszy powołały się na akt implementujący dyrektywę w 2006r. w sprawie *Bunt v Tilley et al.*<sup>55</sup>. Wśród pozwanych w tej sprawie znalazło się trzech dostawców internetu: AOL, Tiscali oraz BT, którzy umożliwiali dostęp do Internetu trzem pozostałym pozwany. Co istotne, w tej sprawie żaden z ISP nie świadczył usługi hostingu, a powód swoje żądanie oparł na tym, że usługodawcy poprzez zapewnienie pozostałym pozwany dostępu do Internetu umożliwili im tym samym znieść powoda<sup>56</sup>. Sprawa ta dotyczyła więc usługodawców świadczących usługi mere conduit i caching. Sąd nie podzielił opinii powoda i uznał, że pozwani ISP nie mogą zostać uznani za wydawców (ang. publisher) zgodnie z common law. Niejako w ramach obiter dicta rozpatrując sprawę sędzia Eady J rozważył możliwość zastosowania wyłączeń odpowiedzialności przewidzianych w reg. 17 i 1857. Sędzia ustalił na podstawie zebranego materiału dowodowego, że pozwani nie otrzymali informacji, która spełniałaby wymagania określone w Reg. 22. Orzeczenie to jednak nie wyjaśniło wątpliwości dotyczących definicji "faktycznej wiedzy" (ang. actual knowledge) ani terminu "niezwłocznie" (ang. expeditiously) pozostawiając wiele wątpliwości co do stosowania wyłączenia odpowiedzialności ISP<sup>58</sup>.

Wątpliwości związane ze stosowaniem wyłączenia odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług w Wielkiej Brytanii ilustruje sprawa forum internetowego na stronie [www.mumsnet.com](http://www.mumsnet.com) dedykowanej dla matek małych dzieci. Mumsnet zostało pozwane przez Ginę Ford, uchodzącą za autorytet w sprawach wychowania dzieci za zniekształcające komentarze opublikowane na stronie pod jednym

artykułów<sup>59</sup>. Chociaż, jak napisała na swoim blogu prowadząca serwis Justine Roberts, Mumsnet nie zgadza się, że jakkolwiek z komentarzy miał zniekształcający

54Regulation 22 Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002

55[2006] EWHC 407

56ibid. para. 5

57G. Sutter, *Online intermediaries...*, s. 246

58ibid.

59"Mumsnet settles with Gina Ford but queries libel law", *OUT-LAW News*, 11/05/2007, dostępny na: <http://www.out-law.com/page-8040> [12.04.2010]

29

charakter, woleli podpisać ugodę nie ryzykując dalszych kosztów procesu w świetle niejasnego prawa dotyczącego zniesławień na forach internetowych<sup>60</sup>. Najwięcej wątpliwości stwarza określenie expeditiously, tj. niezwłocznie. Mumsnet postanowiło się ugodzić, m.in. ze względu na fakt, że niektóre komentarze pozostały na forum nieznacznie dłużej niż 24 godziny, a w braku orzecznictwa w tego typu sprawach dalsze kontynuowanie sporu przed sądem obciążone było zbyt dużym ryzykiem<sup>61</sup>.

B. Francja

We Francji dyrektywę 2000/31/WE implementowano aktem z dnia 21 czerwca

62

2004r. Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Ustawodawca francuski zdecydował się wprowadzić regulację, zgodnie z którą domniemanie wiedzy o bezprawnym charakterze danych powstaje jedynie w rezultacie otrzymania przez usługodawcę wiadomości, która spełnia określone w art. 6.1.5 warunki. Dla powstania faktycznej wiedzy o bezprawnym charakterze przechowywanych informacji konieczne jest aby wiadomość ta zawierała następujące elementy: 1) datę, w której dokonano zawiadomienia, 2) informacje id entyfikujące nadawcę, takie jak imię i nazwisko, miejsce zamieszkania, zawód, narodowość, miejsce i datę urodzenia dla osoby fizycznej oraz formę, siedzibę i organ uprawniony do reprezentacji dla osoby prawnej, 4) określenie bezprawnych treści oraz podanie ich dokładnej lokalizacji, 5) uzasadnienie żądania zablokowania materiału wraz z przytoczeniem odpowiedniej podstawy prawnej

Francuski Tribunal de Grande Instance w Paryżu 29 października 2007r. wydał wyrok w sprawie odpowiedzialności Wikimedia Foundation Inc za naruszenie prawa do prywatności oraz zniesławienie<sup>63</sup>. Na stronie Wikipedii pod hasłem nazwy stowarzyszenia prowadzonego przez powodów znalazła się informacja, że jej przewodnicząca oraz członkowie zarządu (powodowie) są homoseksualistami, a samo stowarzyszenie jest miejscem przyjaznym do pracy dla homoseksualistów. Ponadto informacja zawierała stwierdzenie, że przewodnicząca stowarzyszenia dzięki swojej aktywności na rzecz społeczności homoseksualnej uzyskała zgodę na adopcję dziecka.

60Wpis na blogu "Mum's the word from now on" dostępny na:

<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2007/may/10/mumsthewordfromnowon> [12.04.2010]

61ibid.

63F. Casarosa, Wikipedia: Exemption from Liability in Case of Immediate Removal of Unlawful Materials, (2009) 6:3 SCRIPTed 669, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/casarosa.asp>

30

Powodowie zarzucili Wikimedia Foundation naruszenie prawa do prywatności w ten sposób, że informacje o ich rzekomej orientacji seksualnej zostały ujawnione publicznie bez ich zgody, a przewodnicząca stowarzyszenia wniosła dodatkowo zarzut zniesławienia, przez zamieszczenie nieprawdziwej informacji, która sugerowała, że prawo do adopcji swoich dzieci uzyskała dzięki aktywności na rzecz par homoseksualnych, a nie zgodnie z normalną procedurą adopcyjną. Powodowie zażądali usunięcia naruszających ich prawa wpisów ze strony Wikipedii, oraz z historii wpisów, jak również odszkodowania, a w związku z zniesławieniem, ujawnienia danych osobowych autora wpisu. Sąd uznał, że Wikimedia Foundation pełni rolę usługodawcy hostującego treści przekazane przez osoby trzecie i że przysługuje jej wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w LCEN jeżeli nie posiadają faktycznej wiedzy o bezprawnym charakterze danych, a w przypadku uzyskania tej wiedzy natychmiastowo zablokują dostęp do danych treści<sup>64</sup>. Sąd uznał, że wiadomości wysłane przez powodów nie spełniały warunków przewidzianych przez art. 6.1.5 LCEN, zatem nie stworzyły po stronie pozwanego stanu faktycznej wiedzy. Za moment uzyskania takiej wiedzy sąd przyjął otrzymanie od sądu nakazu zablokowania treści, na który pozwany niezwłocznie zareagował<sup>65</sup>.

### C. Włochy

We Włoszech postanowienia dyrektywy implementowano w Decreto legislativo

n°70 z 9 kwietnia 2003r<sup>66</sup>. Zgodnie z art. 16 lit. b usługodawca świadczący usługę

hostingu nie jest odpowiedzialny za przechowywane dane jeżeli nie posiada faktycznej wiedzy o bezprawnym charakterze informacji, a po uzyskaniu takiej wiedzy w rezultacie zawiadomienia przez kompetentne organy niezwłocznie usunie lub zablokuje dostęp do danych informacji<sup>67</sup>. Ustawodawca włoski uzależnił więc obowiązek podjęcia przez usługodawcę działania od uzyskania zawiadomienia od kompetentnego organu (autorità competenti).

Zaletą takiego rozwiązania jest fakt, że usługodawca nie jest postawiony w roli swego rodzaju prywatnego cenzora, który musi zdecydować czy materiał jest bezprawny, bowiem dostaje informację od kompetentnego organu. Jednakże taka

<sup>64</sup>ibid.

<sup>65</sup>ibid.

<sup>66</sup>Gazzetta Ufficiale n. 87 z 14 kwietnia 2003r. - Supplemento Ordinario n. 61

<sup>67</sup>F. Casarosa, Wikipedia...

31

regulacja znacznie spowalnia procedurę usunięcia treści i tym samym słabiej chroni osobę, której prawa zostały przez przechowywane treści naruszone.

W Mediolanie 24 lutego 2010r. sąd skazał członków zarządu Google Italy w postępowaniu karnym w głośnej sprawie związanej z dostępnością na Google Video filmu, w którym grupa nastolatków poniża autystycznego kolegę<sup>68</sup>. W chwili pisania tej pracy nie jest dostępne jeszcze uzasadnienie sądu, wyrok zapadł w I instancji, a Google zapowiedziało apelację. Zgodnie z dostępnymi materiałami prasowymi członkowie zarządu Google zostali uznani za winnych naruszenia włoskich zasad dotyczących ochrony prywatności (failure to comply with the Italian privacy code) zaś sąd zwolnił ich od odpowiedzialności za zniesławienie. Bez uzasadnienia sądu można jedynie domyślać się podstaw rozstrzygnięcia, jednak jedna z możliwości jest taka, że Google nieprawidłowo zareagowało na wiadomość o bezprawności materiału. Zgodnie z oświadczeniem wyrażonym przez Google na ich blogu<sup>69</sup> Google zablokowało materiał niezwłocznie (w ciągu kilku godzin) od otrzymania informacji od włoskiej policji. Zatem postąpili zgodnie z art. 16(b) Decreto legislativo n 70. Zastanawiający jest jednak fakt, że film ten był dostępny na Google Video przez ok. dwa miesiące, mimo że został "oflagowany" jako naruszający zasady serwisu, wielu negatywnych komentarzy użytkowników, jak również poinformowania Google przez reprezentantów ofiary i prośby o jego usunięcie<sup>70</sup>. W takich okolicznościach ciężko mówić o braku faktycznej wiedzy Google o bezprawnym charakterze przechowywanych treści. Sprawa ta też wskazuje na wady włoskiego rozwiązania, które wiedzę o bezprawnym charakterze danych uzależnia od uzyskania zawiadomienia od kompetentnych organów. Według innej możliwej hipotezy, sąd uznał że wyłączenie odpowiedzialności zawarte w akcie Decreto legislativo n 70 nie dotyczy odpowiedzialności związanej z naruszeniem prawa do prywatności i zasad ochrony danych osobowych<sup>71</sup>. Jest to możliwe jeśli weźmie się pod uwagę brzmienie art. 1 ust. 5 lit. b dyrektywy 2000/31/WE, zgodnie z którą dyrektywa nie ma zastosowania do zagadnień odnoszących się do społeczeństwa informacyjnego objętych m.in. dyrektywą 95/46/WE, która reguluje kwestie związane z

<sup>68</sup>Zob. Google bosses convicted in Italy, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8533695.stm> [30.04.2010]

<sup>69</sup>Oświadczenie Google, dostępny na: <http://googleblog.blogspot.com/2010/02/serious-threat-to-web-in-italy.html> [13.04.2010]

<sup>70</sup>Tak C. Fontana, Italian Republic v. Google Video. Why Was Google Convicted?, dostępny na: <http://carmelofontana.blogspot.com/2010/03/italian-republic-v-google-video-why-was.html> [13.04.2010]

<sup>71</sup>ibid.

32

ochroną danych osobowych. Do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia tej sprawy, a przede wszystkim poznania uzasadnienia włoskiego sądu nie powinno się jednak wysnuwać dalszych wniosków.

D. Niemcy

Implementacja przepisów dyrektywy 2000/32/WE dotyczących odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług nastąpiła początkowo w par. 6-9 Der Staatsvertrag über Mediendienste (MDStV) oraz w par. 8-11 Das Gesetz über die Nutzung von Telediensten (TDG). W 2007 roku przepisy tych dwóch regulacji zostały przeniesione bez zmian do par. 8-11 Teledienstegesetz (TMG)<sup>72</sup>. Ustawodawca niemiecki nie zdecydował się na wprowadzenie procedury postępowania z bezprawną treścią, nie precyzując jakie wymogi powinno spełniać powiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych treści oraz jak powinien zachować się

usługodawca w przypadku otrzymania takiej informacji<sup>73</sup>. Jednakże orzecznictwo niemieckie wypracowało w tej kwestii pewne zasady, zgodnie z którymi zawiadomienie nie powinno być anonimowe oraz powinno dokładnie wskazywać bezprawną treść, tj. zawierać jej dokładny opis i informacje umożliwiające jej lokalizację, np. poprzez podanie do niej linka. Wiadomość taka powinna zawierać dokładne i precyzyjne informacje, a nie jedynie ogólnikowo odnosić się do bezprawnych treści<sup>74</sup>. Usługodawca nie jest zobowiązany do działania po otrzymaniu nieprecyzyjnych, ogólnych bądź anonimowych informacji.

#### E. Polska

Jak już wspomniano w rozdziale II, polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie szczegółowej procedury postępowania z bezprawną treścią przechowywaną przez usługodawcę. Usługodawca, by wyłączyć swoją ewentualną odpowiedzialność, musi niezwłocznie uniemożliwić dostęp do danych w razie otrzymania "urzędowego zawiadomienia" lub uzyskania "wiarygodnej wiadomości" o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi aktywności. Polska ustawa nie wymienia więc koniecznych elementów takiej wiadomości jak uczyniono to w

<sup>72</sup>Telediensteigesetz z 26 lutego 2007r., BGB1. I, p. 179

<sup>73</sup>T. Hoern, 'The European liability and responsibility of providers of online-platforms such as 'Second Life', JILT, 2009(1), dostępny na: [http://go.warwick.ac.uk/jilt/2009\\_1/hoeren](http://go.warwick.ac.uk/jilt/2009_1/hoeren)

<sup>74</sup>ibid. , OLG München (2006) Az. 6U 675/06

33

implementacji francuskiej, ani nawet przykładowej listy elementów, którą podaje regulacja angielska. Rozwiązanie polskie najbardziej przypomina podejście niemieckie, z tą różnicą, że orzecznictwo nie wyjaśniło jeszcze jakie elementy powinna zawierać wiadomość, aby można jej było przypisać przymiot wiarygodności. Z powyższych przyczyn problemy co do funkcjonowania wyłączenia odpowiedzialności na podstawie art. 14 są czysto teoretyczne.

Brak orzecznictwa może wynikać z kilku przyczyn<sup>75</sup>. Po pierwsze możliwe jest, że podmioty, których prawa są naruszane przez bezprawne treści informują o tym usługodawców, a usługodawcy niezwłocznie usuwają bezprawne treści i nie jest konieczna interwencja sądu, a zatem przepis funkcjonuje wzorowo, gdyż taki był m.in. cel tej regulacji. Możliwe jest również jednak, że podmioty, których prawa zostały naruszone nie zwracają się do sądu, bo regulacja jest niejasna. Przepisy o wyłączeniu odpowiedzialności za hosting były wprawdzie przytaczane w uzasadnieniach kilku orzeczeń, ale częściej w kategorii rozważań prawnych, a nie bezpośrednio jako podstawy rozstrzygnięcia. Taki stan rzeczy może wynikać m.in. z faktu, że aby konieczne było zastosowanie wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 najpierw musi powstać odpowiedzialność usługodawcy na zasadach ogólnych prawa materialnego, a dotychczas sądy nie ustaliły powstania takiej odpowiedzialności.

Sprawy, w których poruszana była odpowiedzialność usługodawców świadczących usługi hostingu najczęściej dotyczyły odpowiedzialności za komentarze na forach internetowych i grupach dyskusyjnych. Obok odpowiedzialności autora komentarza rozważana była także możliwa odpowiedzialność osoby prowadzącej forum. W głośnej sprawie byłego redaktora Gazety Bytowskiej, sąd uznał, że komentarze zamieszczane przez internautów pod artykułem w serwisie nie stanowią materiału prasowego<sup>76</sup>, a zatem redaktor gazety nie popełnił czynu sankcjonowanego w art. 49a ustawy z dnia 26 stycznia 1984r. prawo

prasowe<sup>77</sup>, tj. nieumyślnego opublikowania materiału prasowego zawierającego znamiona przestępstwa. W komentarzach do artykułu opisującego kontrowersyjną działalność komornika pojawiły się bowiem nawoływania do linczu. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd uznał, że część działalności oskarżonego polegająca na udostępnianiu forum internetowego stanowi

75W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 200

76Wyrok SO w Słupsku z dnia 18 czerwca 2009r., sygn. akt VI Ka 202/09, niepubl.

77Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24

34

hosting opisany w art. 14 u.ś.u.d.e., a oskarżony usuwając komentarze po uzyskaniu zawiadomienia od organów ścigania, spełnił warunki dla wyłączenia swojej odpowiedzialności.

Wyrok w innej sprawie dotyczącej odpowiedzialności za wpisy na forum internetowym zapadł 11 marca 2010r. przed sądem Okręgowym w Krakowie. Sprawa dotyczyła naruszenia dóbr osobistych, a powództwo wniósł burmistrz Kalwarii Zebrzydowskiej Augustyn Leszek Ormanty przeciwko Tomaszowi Baluś, który jest administratorem portalu naszakalwaria.pl. Portal umożliwia mieszkańcom komentowanie bieżących spraw miasta na forum internetowym. Wśród komentarzy pojawiły się wpisy, które zdaniem powoda naruszały jego dobra osobiste. Zwrócił się do administratora forum o wykasowanie obraźliwych wpisów, jednak ten odpowiedział, że nie jest ich autorem i nie odpowiada za ich treść. Wobec powyższego burmistrz wniósł przeciwko niemu powództwo na podstawie art. 23 i 24 kc, tj. o zaprzestanie naruszania dóbr osobistych. Sąd oddalił powództwo, jednak brak jeszcze pisemnego uzasadnienia, dostępne są jedynie relacje z ustnego uzasadnienia sądu po wydaniu wyroku, opublikowane m.in. przez Helsińską Fundację Praw Człowieka<sup>78</sup>. Wyrok jest jeszcze nieprawomocny. Ustne uzasadnienie sądu opierało się na dwóch ustaleniach. Sąd doszedł do wniosku, że nie doszło do naruszenia dóbr osobistych oraz że administrator forum nie może za takie komentarze odpowiadać, bo nie jest ich autorem. Do czasu sporządzenia pisemnego uzasadnienia sądu ciężko oceniać ten wyrok. Istotne jest, że w sprawie tej burmistrz zwracał się do administratora forum (za pośrednictwem kancelarii) o usunięcie zniesławiających postów, więc gdyby sąd stwierdził, że doszło do naruszenia dóbr osobistych to musiałby również odnieść się do istoty "wiarygodności" wiadomości.

Wspomniany projekt nowelizacji u.ś.u.d.e., który przygotowuje MSWiA, nie zawiera propozycji wprowadzenia procedury zawiadamiania i blokowania bezprawnych materiałów.

<sup>78</sup>Powództwo o naruszenie dóbr osobistych przeciwko T. B. oddalone, Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce, dostępne na: [http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2626:powodztwo-o-naruszenie-dobr-osobistych-przeciwko-tb-oddalone&catid=40:zkraju&Itemid=34](http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2626:powodztwo-o-naruszenie-dobr-osobistych-przeciwko-tb-oddalone&catid=40:zkraju&Itemid=34) [14.04.2010]



### 3. Procedura notice and take-down w Stanach Zjednoczonych

Wprzeciwieństwie do horyzontalnego modelu wyłączenia odpowiedzialności przyjętego w UE, w Stanach Zjednoczonych zastosowano podejście wertykalne i rozró żniono odpowiedzialność w przypadku naruszenia praw autorskich oraz odpowiedzialność za wszelkiego rodzaju naruszenia związane ze słowem (libel, defamation etc). Procedura notyfikacyjna uregulowana w DMCA ma zastosowanie jedynie w przypadku naruszeń praw autorskich. Communication Decency Act 1996 ma natomiast zastosowanie do innych naruszeń, z wyłączeniem praw autorskich oraz odpowiedzialności karnej.

DMCA przyznaje w sekcji 512 wyłączenie odpowiedzialności dostawcom usług

online (ang. Online Service Providers) w przypadku świadczenia przez nich usług mere conduit, caching oraz hosting, w tym względnie nie ró żniąc się od regulacji europejskiej. Zgodnie jednak z Sekcją 512(c)(1)(B) usługodawcy nie przysługuje ograniczenie odpowiedzialności jeżeli czerpie finansowe zyski, które mo żna bezpośrednio przypisać do bezprawnej działalności, w przypadku w którym usługodawca ma prawo i możliwości kontroli takiej działalności. Ponadto DMCA przyznaje wyłączenie odpowiedzialności również z wyszukiwarkom internetowym (ang. information location tools) oraz twórcom hiperlinków.

Odpowiedzialność za przechowywanie danych została uregulowana w sekcji 512(c). DMCA nakłada na usługodawcę obowiązek, pod rygorem niemożliwości powołania się na wyłączenie odpowiedzialności, wyznaczenia osoby (ang. designated agent) do rozpatrywania skarg na naruszenia praw autorskich, do której kontakt b ędzie podany w łatwo dostępnym miejscu. Powiadomienia usługodawcy o bezprawnym charakterze przechowywanych treści, które nie zawieraj ą elementów okre ślonych w Sekcji 512 (c)(3) nie stwarzaj ą po stronie usługodawcy stanu faktycznej wiedzy o naruszeniu, który jest niezb ędna dla ponoszenia przez niego odpowiedzialności. Powiadomienie to powinno zawierać: 1) podpis osoby posiadającej upoważnienie do działania w imieniu osoby posiadającej wyłączne prawa do danej treści, 2) określenie treści chronionych prawami autorskimi, 3) określenie materiałów, którym zarzuca si ę bezprawny charakter oraz informacje wystarczające do ich zlokalizowania, 4) informacje kontaktowe do osoby składającej skargę (takie jak adres, numer telefonu, adres e-mail), 5) oświadczenie o pozostawaniu w dobrej wierze co do przekonania, że

użytek danego materiału nie jest zgodny z prawem ze względu na zgodę autora, jego agenta lub przepisów prawa, 6) o świadczenie, że informacje przekazane są prawidłowe (ang. accurate) oraz oświadczenie, pod groźbą kary za składanie fałszywych zeznań (ang. under penalty of perjury), że składający skargę ma umocowanie do działania w imieniu osoby, której przysługuj ą prawa autorskie. W przypadku otrzymania wiadomości usługodawca nie może powoływać się na brak faktycznej wiedzy o bezprawności przechowywanych materiałów i musi niezwłocznie usunąć lub uniemożliwić dostęp do danych treści. Zgodnie z sec. 512(g) usługodawca nie ponosi względem usługobiorcy odpowiedzialności jeżeli zablokował treści w dobrej wierze. Jednakże musi on go niezwłocznie poinformować o przyczynach zablokowania danych przesyłając jednocześnie kopię wiadomości, któr ą otrzymał. Usługobiorca ma prawo żądać przywrócenie dost ępu do treści, a usługodawca musi je przywróci ć w terminie nie krótszym ni ż 10 i nie dłuższym ni ż 14 dni, informując niezwłocznie zawiadamiającego o fakcie otrzymania takiego żądania. Aby zapobiec ponownemu udostępnieniu informacji zawiadamiający musi wystąpić do sądu o nakaz powstrzymania się przez usługobiorcę od bezprawnej aktywności<sup>79</sup>.

Procedura notice and take-down również się opiera na zasadzie niezwłocznego usunięcia materiału bez badania zasadności skargi, jednakże wymogi dotyczące szczegółowości informacji, którą musi otrzymać usługodawca zapobiegają w pewnym stopniu nadużywaniu tej procedury. Często są jednak głosy m.in. organizacji chroniących wolność słowa, że procedura ta opiera się na zasadzie "najpierw strzelaj, potem pytaj" (ang. first shoot, then ask), ponieważ dostęp do treści jest najpierw blokowany, a dopiero potem informuje się o przyczynach osobe, która je zamieściła i umożliwia się jej przedstawienie argumentów.

#### 4. Wpływ procedury na wolność słowa - Chilling effect

Funkcjonowanie procedury notice and take-down przeanalizowali w swojej pracy badacze z Oxfordu. Porównali oni sytuację w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii przy pomocy badania, które nazwali testem "Mystery Shopper"<sup>80</sup>. Polegał on na

79 Sekcja 512(g)(2)(C) DMCA

80C. Ahlert, C. Marsden, C. Yung, How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, dostępny na:  
[http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty\\_disappeared\\_from\\_cyberspace.pdf](http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty_disappeared_from_cyberspace.pdf)  
[14.04.2010]

37

sprawdzeniu reakcji ISP w obu państwach na zawiadomienie o hostowaniu przez nich strony, która rzekomo stanowi naruszenie praw autorskich. Naukowcy najpierw założyli stronę internetową na serwerze dwóch reprezentatywnych (popularnych i dużych) usługodawców, korzystając z darmowej usługi. Strona zawierała rozdział drugi eseju J.S. Mill'a "O wolności", w którym Mill rozważa wolność prasy i zagrożenia płynące z cenzury. Praca ta opublikowana w 1869 roku nie jest objęta ochroną prawnoautorską i znajduje się w domenie publicznej (ang. public domain), a informację o tym badacze umieścili również na swoich stronach. Następnie podając się za J.S. Mill Heritage Foundation (Fundację Dziedzictwa J.S. Mill'a), która posiada wszelkie prawa do twórczości tego autora, wysłali wiadomość o tej samej treści do usługodawcy w Stanach Zjednoczonych i w Wielkiej Brytanii, prosząc o zablokowanie dostępu do strony. W Stanach Zjednoczonych badacze dostali odpowiedź, w której pracownik usługodawcy szczegółowo instruuje ich jak wiadomość powinni wysłać, żeby strona została zablokowana. Postępuje on dokładnie zgodnie z procedurą określoną w DMCA i nie usuwa strony przed otrzymaniem szczegółowych informacji, a w rezultacie strona nie znika z serwera. W Wielkiej Brytanii w rezultacie takiej samej wiadomości strona zostaje zablokowana następnego dnia, natychmiastowo po otrzymaniu wiadomości, bez żądania jakichkolwiek dodatkowych informacji, ani bez jakiegokolwiek badania zasadności skargi. Na stronie znajdowała się informacja, że dzieło stanowi domenę publiczną, a ustalenie, nieistnienia J.S. Mill Heritage Foundation również było możliwe.

Zpowyższego badania wysnuto wnioski, że obecna regulacja procedury postępowania z bezprawną treścią w Wielkiej Brytanii sprawia, że dla usługodawcy znacznie prościej, szybciej i taniej jest zablokować dany materiał przechowywany na serwerze niż narażać się na ewentualną odpowiedzialność. Jak już wspomniano, w Wielkiej Brytanii o możliwości odpowiedzialności ISP za przechowywanie bezprawnych treści w razie ich nieusunięcia po otrzymaniu informacji przesądził sąd w orzeczeniu *Godfrey v Demon*<sup>81</sup>. Czynnikiem, który mógłby powstrzymać usługodawców od pochopnego blokowania treści, jest ewentualna odpowiedzialność odszkodowawcza względem usługobiorcy za bezzasadne zablokowanie treści<sup>82</sup>. Ustawa angielska nie

ustanawia bowiem wyłączenia odpowiedzialności kontraktowej, jak czyni to m.in. ustawa polska. Niemniej jednak praktyka wskazuje, że w Wielkiej Brytanii, w której

81[1999] 4 All ER 342

82L. Edwards, *The Fall...*, s. 74

38

odpowiedzialność za słowo jest rygorystyczna i której sądy jurysdykcja jest pożądana m.in. przez ofiary zniesławień, ryzyko i koszty poniesione w skutek odpowiedzialności za bezprawne dane są większe niż ewentualnej odpowiedzialności kontraktowej, którą można zresztą na różne sposoby ograniczyć<sup>83</sup>.

Organizacje broniące wolności słowa zwracają uwagę, że ISP zostali postawieni w pozycji swego rodzaju prywatnych cenzorów. Zmuszeni zostali do decydowania czy dane treści mogą naruszać prawo. Fakt, że ISP mimo braku kompetencji sądu, a często i dostatecznej wiedzy o prawie musi działać niezwłocznie w celu wyłączenia swojej odpowiedzialności, negatywnie wpływa na wolność słowa. Zjawisko to zostało nazwane "chilling effect"<sup>84</sup>, a w ramach współpracy Electronic Frontier Foundation i kilku amerykańskich uczelni wyższych zajęto się badaniem funkcjonowania procedury postępowania z bezprawną treścią w praktyce<sup>85</sup>. Z badań nad funkcjonowaniem sekcji

512DMCA wynika, że ponad jedna trzecia zgłoszeń bezprawności zawiera "oczywiste" wątpliwości co do zasadności, które sąd musiałby rozważyć, wśród których znajdują się m.in. dozwolony użytek czy domena publiczna<sup>86</sup>. Z kolei połowa zgłoszeń pochodzi od konkurentów osób zamieszczających treści.

W Polsce sprawy, które dotyczyły odpowiedzialności prowadzących fora internetowe za treść komentarzy, nie bez przyczyny były obserwowane przez Helsińską

Fundację Praw Człowieka w ramach "Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce"<sup>87</sup>, a zarówno sprawa redaktora Gazety Bytowskiej<sup>88</sup> jak i sprawa dotycząca portalu [naszakałwaria.pl](http://naszakałwaria.pl) były objęte Programem Spraw Precedensowych<sup>89</sup> działającym w ramach fundacji.

<sup>83</sup>ibid.

<sup>84</sup>ibid.

<sup>85</sup>Zob. 'Chilling Effects Clearinghouse' na stronie: <http://www.chillingeffects.org/>

<sup>86</sup>Zob. J. Urban, L. Quilter, 'Efficient Process or "Chilling Effect"? Takedown Notices Under Section

512 od Digital Millenium Copryright Act: Sumary Report, dostępny na:  
[http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep-ExecSum\\_out.pdf](http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep-ExecSum_out.pdf)

87Zob.: <http://www.obserwatorium.org>

88J. Kowalewski, Autorzy portali w podwójnej roli - odpowiedzialność za fora internetowe, Program Spraw Precedensowych, Biuletyn informacyjny, nr1(20), styczeń 2009, dostępny na:  
[http://www.hfhrpol.waw.pl/obserwatorium/images/dokumenty/Biuletyn\\_1\\_2009\\_small.pdf](http://www.hfhrpol.waw.pl/obserwatorium/images/dokumenty/Biuletyn_1_2009_small.pdf) [30.04.2010]  
89Zob. <http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/>

39

IV. Odpowiedzialność operatorów wyszukiwarek internetowych oraz odpowiedzialność za odesłania w Internecie.

#### 1. Uwagi wstępne

Wyszukiwarki internetowe (ang. search engines) są to programy przeznaczone do indeksowania i wyszukiwania informacji w sieci<sup>90</sup>. Po wpisaniu przez użytkownika poszukiwanego słowa i przeanalizowaniu zawartości materiałów umieszczonych w sieci, wyszukiwarki prezentują linki do materiałów, które zgodnie z zastosowanym algorytmem najlepiej odpowiadają zapytaniu.

Usługi świadczone przez operatorów wyszukiwarek internetowych spełniają kryteria usług społeczeństwa informacyjnego, ponieważ są świadczone na odległość, za pomocą urządzeń elektronicznych do przetwarzania oraz przechowywania danych, a także na indywidualne żądanie usługobiorcy, w tym przypadku jest to wpisanie hasła w pole wyszukania. Zazwyczaj można im również przypisać element wynagrodzenia, gdyż mimo że końcowy usługobiorca nie płaci za możliwość korzystania z wyszukiwarki, to usługodawca czerpie zysk z reklam, którego wysokość jest ściśle związana z popularnością serwisu.

O znaczeniu wyszukiwarek internetowych w dobie społeczeństwa informacyjnego świadczy fakt, że trudno obecnie wyobrazić sobie odnalezienie informacji w ogromnych zasobach Internetu bez posługiwania się tym narzędziem. Jednak odpowiedzialność operatorów wyszukiwarek internetowych nie została bezpośrednio uregulowana w dyrektywie 2000/31/WE, co można tłumaczyć faktem, że w momencie uchwalenia dyrektywy ich znaczenie i popularność nie były aż tak ogromne jak dzisiaj. Komisja Europejska została natomiast zobligowana w art. 21 ust. 2 do zbadania konieczności dostosowania postanowień dyrektywy m.in. w zakresie odpowiedzialności usługodawców zapewniających hiperłącza i świadczących usługi narzędzi lokalizacyjnych. W pierwszym raporcie w sprawie stosowania dyrektywy z 2003 roku Komisja Europejska nie uznała za konieczne wprowadzenie do dyrektywy przepisów dotyczących wyszukiwarek internetowych i hiperłączy jednocześnie jednak zachęciła państwa członkowskie do poszerzenia katalogu wyłączeń na poziomie

<sup>90</sup>Por. [http://pl.wikipedia.org/wiki/Wyszukiwarka\\_internetowa](http://pl.wikipedia.org/wiki/Wyszukiwarka_internetowa) [30.04.2010]

40

prawodawstwa krajowego uznając, że nie ma to negatywnego wpływu na wspólny rynek<sup>91</sup>. Wśród państw, które implementując dyrektywę poszerzyły katalog wyłączeń znalazły się Hiszpania, Portugalia, Liechtenstein i Austria, natomiast w 2006 roku dołączyły do tej grupy Bułgaria i Rumunia. Hiszpania<sup>92</sup>, Portugalia i Rumunia zastosowały wyłączenie wzorowane na regulacji hostingu, natomiast Austria, Liechtenstein oraz Bułgaria wybrały model z art. 12 dyrektywy dla wyszukiwarek internetowych oraz model hostingu dla odpowiedzialności na hiperłącza<sup>93</sup>. Ta różnica nie pozostaje bez znaczenia, ponieważ wyłączenie odpowiedzialności przypisane do hostingu nakłada na usługodawcę dodatkowe obowiązki, tj. natychmiastowe zablokowanie danych w przypadku otrzymania informacji o ich bezprawnym charakterze. Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę mere conduit nie jest uzależnione od zablokowania dostępu do danych. W pozostałych państwach kwestia odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek internetowych i odpowiedzialności za linki nie została bezpośrednio uregulowana, co stworzyło stan niepewności po stronie usługodawców świadczących te usługi.

## 2. Projekt nowelizacji u.ś.u.d.e.

### A. Wyłączenie odpowiedzialności wyszukiwarek internetowych

Polski ustawodawca pierwotnie nie zdecydował się na poszerzenie zakresu wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego dla pośredniczących dostawców usług.

W u.ś.u.d.e nie uregulowano więc odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek internetowych oraz twórców katalogów odesłań. Jednakże najnowszy projekt nowelizacji u.ś.u.d.e, opracowany przez MSWiA, zakłada poszerzenie katalogu usług poprzez dodanie art. 12a oraz 14a, które regulowałyby wspomniane działalności. Wersja projektu aktualna na dzień 28.01.2010r. zakłada następujące brzmienie art. 12a:

„Art. 12a. Nie ponosi odpowiedzialności za bezprawny charakter danych ten, kto za

<sup>91</sup>First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) Brussels, 21.11.2003 COM(2003), para 4.6.

<sup>92</sup>Zob. szerzej: M. Peguera, Liability of internet intermediaries. Spanish national report, dostępny na: <http://www.uoc.edu/dt/eng/peguera0904.pdf>

<sup>93</sup>Zob. serwis poświęcony odpowiedzialności wyszukiwarek internetowych <http://www.linksandlaw.com/news-update15.htm>

41

pomocą wyszukiwarki internetowej umożliwiającej automatyczne wyszukiwanie informacji poszukiwanej przez użytkownika, umożliwia dostęp do tych danych o ile:

1)nie wprowadził tych danych do sieci;

2)nie jest inicjatorem transmisji danych uzyskanych w toku wyszukiwania danych;

3)nie wybiera odbiorcy danych;

4)nie usuwa lub nie modyfikuje danych uzyskanych w toku wyszukiwania.”.

Podczas tworzenia tego przepisu pierwsze problemy pojawiły się już przy próbie nazwania działalności operatorów wyszukiwarek. Pierwotna treść art. 12a posługiwała się pojęciem "internetowego systemu wyszukiwawczego"<sup>94</sup>, jednak jak zauważył W. Wiewiórowski to sformułowanie sugerowało, że chodzi o odpowiednik terminu "system informacyjno-wyszukiwawczy". Pojęcie to jest używane w teorii informacji i oznacza każdy system przetwarzający informacje, który z informacji wejściowych tworzy odpowiednio ustrukturalizowany zbiór wyszukiwawczy<sup>95</sup>. Z powyższych względów termin ten zastąpiono pojęciem "wyszukiwarki internetowej". Jednak chociaż termin ten jest powszechnie używany w języku potocznym, w języku aktów prawnych nie występuje. Pojawiły się zatem głosy o konieczności zdefiniowania tego pojęcia<sup>96</sup>. Obecna wersja projektu nie przewiduje jednak dodania definicji wyszukiwarki internetowej.

Ewentualna definicja powinna się moim zdaniem odnosić do podstawowych czynności, które składają się na funkcjonowanie wyszukiwarki oraz do zadań, które wykonuje. Działanie wyszukiwarki internetowej opiera się w istocie na analizie i indeksacji materiałów zamieszczonych w sieci oraz przedstawieniu użytkownikowi wyników wyszukiwania w postaci linków do materiałów, które najbardziej odpowiadają poszukiwanemu słowu. Ważne jest również, że dobór rezultatów wyszukiwania jest dokonywany automatycznie, na podstawie wcześniej ułożonego i zastosowanego algorytmu. Genus proximus definicji to "program" bądź "narzędzie". Pojęcie, które zostałyby wprowadzone do u. ś.u.d.e. miałyby jednak charakter czysto techniczny i należałoby się zastanowić nad faktyczną koniecznością jego wprowadzania.

Sformułowanie treści przepisu oraz jego usytuowanie w akcie świadczy o tym,

94W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 207

95B. Bojar, Słownik encyklopedyczny informacji, języków i systemów informacyjno-wyszukiwawczych, Warszawa 2002, s. 261-262

96W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 208

42

że projektodawcy uznali działalność operatorów wyszukiwarek za bardziej zbliżoną w swojej istocie do usługi mere conduit niż do hostingu. Konsekwencją takiej oceny jest fakt, że odpowiedzialność za wyniki wyszukiwania nie została uzależniona od reakcji usługodawcy na zawiadomienie, że zaprezentowane wyniki wyszukiwania odsyłają do bezprawnych materiałów. Tym samym operator wyszukiwarki aby mógł powołać się na wyłączenie odpowiedzialności nie będzie miał obowiązku ingerencji w wyniki wyszukiwania nawet, gdy zostanie zawiadomiony, że odsyłają one do stron zawierających bezprawne treści. Za takim rozwiązaniem przemawia fakt, że podmiotem, do którego skierowane powinno być żądanie zablokowania dostępu do bezprawnych treści jest usługodawca przechowujący (hostingujący) te dane. Operator wyszukiwarki nie ma możliwości usunięcia danych z serwera ani zablokowania do nich dostępu, może jedynie usunąć daną stronę z wyników wyszukiwania. Dostęp do niej będzie jednak możliwy przez wpisanie adresu internetowego bezpośrednio w przeglądarce internetowej. Trzeba też pamiętać, że na rynku występuje więcej niż jedna wyszukiwarka internetowa, zatem nawet gdy jedna z wyszukiwarek nie będzie odsyłać do danych materiałów, można będzie je odnaleźć przy pomocy innych.

Z drugiej jednak strony, jak wspomniałam na początku tego rozdziału, znaczenie wyszukiwarek internetowych w obecnych czasach wzrosło. Większość użytkowników zaczyna poszukiwanie informacji w Internecie od wpisania słowa kluczowego w polu zapytania najbardziej popularnej w danym kraju wyszukiwarki (w Polsce w chwili obecnej jest to bezsprzecznie Google<sup>97</sup>). Niebyłoby w wynikach wyszukiwania Google ma negatywny wpływ na ilość odwiedzin danej strony<sup>98</sup>, zaś o znaczeniu miejsca, na którym dana strona znajduje się w wynikach wyszukiwania świadczy choćby popularność usługi pozycjonowania oraz nieuczciwe praktyki, takie jak np. spamdexing<sup>99</sup>, mające na celu jak najwyższe usytuowanie strony w tych wynikach. W ten sposób wyszukiwarki internetowe determinują jakie informacje otrzymuje użytkownik przeszukując zasoby sieci<sup>100</sup>. Możliwość zwrócenia się do operatora wyszukiwarki o usunięcie strony z wyników wyszukiwania mogłoby zatem stać się

<sup>97</sup>Ranking sporządzony przez Gemius SA, dostępny na: <http://ranking.pl/pl/rankings/search-engines.html> [21.04.2010]

<sup>98</sup>A. Greenberg, *Condemned to Google Hell*, Forbes, 30.04.2007

[http://www.forbes.com/2007/04/29/sanar-google-skyfacet-tech-cx\\_ag\\_0430googhell.html](http://www.forbes.com/2007/04/29/sanar-google-skyfacet-tech-cx_ag_0430googhell.html)

<sup>99</sup>Zob. szerzej: P. Polański, *Prawne problemy spamdexingu*, Prawo Nowych Technologii, 3/2008

<sup>100</sup>Report by the Group of Specialists on human rights in the information society (MC-S-IS) on the use and impact of technical filtering measures for various types of content in the online environment, CM (2008)37 add, dostępny na: <http://tinyurl.com/adyzoz> [30.04.2010]

43

skuteczne narzędzie ochrony dla poszkodowanych bezprawnym charakterem danych. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której dane przechowywane są na serwerze usytuowanym w państwie, które nie zapewnia ochrony prawnej poszkodowanemu.

#### B. Wyłączenie odpowiedzialności za hiperlink

Postulat przyznania twórcom hiperlinków wyłączenia odpowiedzialności za bezprawny charakter danych, do których odsyłają, ma swoje źródło w fakcie, że nie mają oni możliwości kontrolowania ich zawartości<sup>101</sup>. O ile bowiem usługodawca może i powinien sprawdzić zawartość zasobów, do których odsyła, to nie ma on wpływu na zmiany, które po tym fakcie mogą nastąpić. Trudno również żądać, aby usługodawca zawsze był w stanie prawidłowo ocenić charakter prawny treści, do których odsyła<sup>102</sup>. Taka ocena nie będzie trudna, w przypadku treści nielegalnych, jak np. dziecięca pornografia, czy nawoływanie do nienawiści rasowej, jednak już w przypadku naruszania cudzych dóbr osobistych czy praw autorskich, może to być bardziej skomplikowane. Z tego względu odesłania często porównuje się do tworzenia przypisów, których tworzenie nie będzie powodowało odpowiedzialności naukowca, nawet jeżeli dzieło, do którego odsyła, okaże się plagiatem<sup>103</sup>.

Zgodnie z projektem nowelizacji u.ś.u.d.e. aktualnym na dzień 28.01.2010r., do tekstu ustawy planuje dodać się art. 14a, o następującym brzmieniu:

„Art. 14a. Nie ponosi odpowiedzialności za bezprawny charakter danych ten, kto za pomocą hiperłącza lub odpowiadającego mu funkcjonalnie rozwiązania umożliwia dostęp do zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują, o ile nie wprowadził tych danych do sieci, nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej

znimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych, niezwłocznie uniemożliwi dostępu do tych danych”.

Tym samym projektodawcy uniemożliwili powoływanie się na wyłączenie odpowiedzialności osobom, które tworzą odesłania do własnych danych. Wyłączenie odpowiedzialności jest również dostępne jedynie w przypadku braku wiedzy o bezprawnym charakterze danych. Projektodawcy zdecydowali się jednak również na

101W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 209

102J. Barta, R. Markiewicz, Handel elektroniczny. Prawne problemy, Kraków 2005, s. 486

103W. Wiewiórowski, Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy..., s. 209

44

zmianę art. 15, tak, że brak ogólnego obowiązku nadzoru będzie dotyczył również wyszukiwarek internetowych i twórców odesłań.

### 3.Sprawa Google France v Louis Vuitton Malletier

#### A. Pytania prejudycjalne

Sprawy, w których Google zostało pozwane przed francuski sąd przez Louis Vuitton, Viaticum i CNRRH, dotyczyły usługi płatnych odesłań (tzw. linków sponsorowanych) AdWords oferowanej przez Google oraz wykorzystania w niej znaków towarowych powodów. Powodowie zarzucili Google naruszenie znaków towarowych, czyn nieuczciwej konkurencji oraz nieuczciwe praktyki reklamowe poprzez umożliwianie konkurentom wykupywania jako słów kluczowych znaków towarowych powodów. Sądy I i II instancji przyznały rację stronom powodowym i zasądziły na ich rzecz odszkodowania. W kasacji wniesionej przed Cour de Cassation w Paryżu Google podniosło m.in., że użycie słowa kluczowego nie jest użyciem znaku towarowego oraz że Google nie może być odpowiedzialne za czynności podmiotów trzecich, ponieważ występuje wyłącznie w charakterze pośrednika, a to reklamodawcy wybierali odpowiednie słowa kluczowe. Cour de Cassation skierował do ETS trzy pytania prejudycjalne, w których oprócz pytania czy użycie słowa kluczowego jest użyciem znaku towarowego pojawiło się pytanie o wykładnię art. 14 Dyrektywy 2000/31/WE, w tym o możliwość jego zastosowania do działalności podmiotu świadczącego usługę płatnego odsyłania<sup>104</sup>. Zakres znaków towarowych nie jest tematem niniejszej pracy, dlatego skupię się jedynie na części orzeczenia dotyczącej możliwości zakwalifikowania działalności Google jako hostingu.

#### B. Opinia Adwokata Generalnego

W swojej opinii Adwokat Generalny rozważył najpierw, czy działalność Google w ramach płatnych odesłań AdWords oraz jako wyszukiwarki internetowej może być

uznana za usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a tym samym czy



mieści się w zakresie zastosowania dyrektywy o handlu elektronicznym. Odpowiedź w obu przypadkach była twierdząca<sup>105</sup>. Przedstawił on

<sup>104</sup>Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Cour de cassation (Francja) w dniu 3 czerwca 2008 r. - Google France, Google Inc. przeciwko Louis Vuitton Malletier, C-236/08

<sup>105</sup>Opinia Adwokata Generalnego z dnia 22 września 2009r., w połączonych sprawach C-236/08,

45

dwie możliwe interpretacje art. 21 ust. 2 dyrektywy 2000/31/WE<sup>106</sup>, który nakłada na Komisję obowiązek analizy potrzeby dostosowania przepisów dyrektywy, w tym ewentualne przedstawienie propozycji regulacji odpowiedzialności usługodawców zapewniających hiperłącza i świadczących usługi narzędzi lokalizacyjnych. Po pierwsze może to oznaczać, że usługi te nie są objęte uregulowaniem dyrektywy i Komisja powinna rozważyć wprowadzenie takiej regulacji. Druga możliwość, za którą opowiedział się Adwokat Generalny stanowi, że usługi te są już dyrektywą objęte, a ewentualna propozycja Komisji miałaby jedynie dostosować przepisy do ich specjalnych potrzeb. Za drugą wykładnią przepisów świadczy m.in. fakt, że usługi te nie zostały zawarte w wyjątkach od zastosowania dyrektywy<sup>107</sup>.

Następnie Adwokat Generalny rozważył czy usługi płatnych odesłań AdWords stanowią hosting w rozumieniu art. 14 dyrektywy i czy w związku z tym przysługuje im przewidziane w tym artykule wyłączenie odpowiedzialności. W opinii wskazano, że system AdWords ma określoną treść, na którą składają się przekaz reklamowy oraz linki przekazane przez reklamodawców. Google przechowuje te materiały na swoich serwerach i tym samym spełnia przesłanki hostingu określone w art. 14 dyrektywy. Adwokat Generalny podkreślił jednak, że przepisy te trzeba interpretować w odniesieniu do całości dyrektywy. Z art. 15 wynika natomiast nie tylko negatywny obowiązek dla państw członkowskich, ale również stanowi on wyraz zasady, zgodnie z którą aby móc powoływać się na wyłączenie odpowiedzialności, pośredniczący dostawca usług musi pozostać "neutralny" względem przechowywanych treści<sup>108</sup>. Zdaniem Adwokata Generalnego tego przymiotu nie można przypisać usługom wyszukiwarki internetowej i AdWords, podając tą pierwszą jako przykład "neutralnej", która dostarcza "naturalne" rezultaty, tj. takie, które są wybierane i układane w kolejności zgodnie z ich trafnością<sup>109</sup>. W rezultacie tych rozważań AG doszedł do wniosku, że usługom AdWords nie przysługuje wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14, ze względu na brak "neutralności" względem przechowywanych danych.

C-237/08 i C-238/08, para. 136

<sup>106</sup>ibid. para. 134

<sup>107</sup>ibid. para. 134

<sup>108</sup>ibid. para. 143

<sup>109</sup>ibid. para. 144

46

Dla statusu prawnego wyszukiwarek internetowych opinia ta jest o tyle ważna, że uznaje je za "neutralne" względem wyszukiwanych informacji. Wyniki wyszukiwania zostały określone jako "naturalne". Należy się jednak zastanowić nad znaczeniem słowa "naturalny". Wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce Google dostarczane są na podstawie zastosowanych algorytmów. Algorytmy te są jedynie częściowo znane, głównie ze względu na konieczność obrony Google przed nieuczciwymi praktykami, takimi jak np spamdexing, które stosują webmasterze w celu jak najwyższego usytuowania w nich swoich stron<sup>110</sup>. Zmiana algorytmu może doprowadzić do zmiany dostarczanych wyników wyszukiwania. Z drugiej strony Google podkreśla fakt, że nie wpływa w żaden sposób na to jakie konkretnie strony pojawiają się na pierwszych miejscach w wynikach wyszukiwania<sup>111</sup>.

### C. Wyrok ETS

Europejski Trybunał Sprawiedliwości na trzecie pytanie prejudycjalne udzielił następującej odpowiedzi:

"Artykuł 14 (...) należy interpretować w ten sposób, że ustanowiona w nim zasada ma zastosowanie do podmiotu świadczącego usługę odsyłania w Internecie, jeżeli przy świadczeniu swych usług usługodawca ten nie odgrywa czynnej roli, która mogłaby sprawić, że będzie on posiadał wiedzę o przechowywanych informacjach lub miał nad nimi kontrolę. Jeżeli wspomniany usługodawca nie odgrywa takiej roli, nie może być on pociągnięty do odpowiedzialności za treść przechowywanych przez siebie na żądanie reklamodawcy informacji, chyba że powziąwszy wiadomość o bezprawnym charakterze tych informacji lub działalności reklamodawcy, nie podjął niezwłocznie odpowiednich działań w celu usunięcia wspomnianych informacji lub uniemożliwienia dostępu do nich."

W treści wywodów prawnych ETS stwierdził, że działalność Google jako wyszukiwarki internetowej oraz w ramach usługi AdWords spełnia wszystkie warunki pozwalające zakwalifikować ją jako usługę społeczeństwa informacyjnego w

110L. Edwards, Stuck in 'Neutral'? Google, AdWords and the E-Commerce Directive Immunities,

13/12/2009, Society for Computers and Law, dostępny na: <http://www.scl.org/site.aspx?i=ed14010> [23.04.2010]

111Por. spór o hasło "Jew", dla którego pierwsze wyniki i wyszukiwania odsyłały do stron o charakterze antysemitycznym. Mimo petycji internautów o zmianę takiego stanu rzeczy, Google zamieściło jedynie oficjalne wytłumaczenie, w którym opisano w jaki sposób dobierane są wyniki i odmówiło wpływania na rezultaty. Wyjaśnienie wyników wyszukiwania, dostępne na: <http://www.google.com/explanation.html> [23.04.2020]

47

rozumieniu dyrektywy<sup>112</sup>. Ponadto sąd wskazał, że usługodawca świadczący usługę odsyłania przechowuje (w pamięci swojego serwera) określone dane, na które w przypadku usługi AdWords składają się słowa kluczowe (ang. keywords) wybrane przez usługobiorcę, linki oraz towarzyszący im przekaz reklamowy, jak również adres strony usługobiorcy<sup>113</sup>. Sąd przychylił się zatem do opinii Adwokata Generalnego, że chociaż Google nie przechowuje materiałów, do których dostarcza linki, to można uznać, że jego działalność opiera się również na przechowywaniu, ze względu na to że przechowuje na swoich serwerach m.in. same linki oraz przekaz reklamowy. Podkreślono jednak, powołując się na punkt 42 preambuły dyrektywy, że aby możliwe było wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy, usługa społeczeństwa informacyjnego, polegająca na przechowywaniu cudzych danych musi również mieć charakter czysto techniczny, automatyczny i bierny, który zakłada, że podmiot świadczący usługę społeczeństwa

informacyjnego nie posiada wiedzy o informacjach przechowywanych ani kontroli nad nimi. Decyzję o tym, czy dana działalność charakteryzuje się wyżej wymienionymi cechami pozostawiono sądom krajowym, które mają o tym rozstrzygać osobno dla każdej sprawy. Jeśli więc sąd krajowy stwierdzi, że Google lub inny podmiot świadczący usługę płatnych odesłań posiada kontrolę nad przechowywanymi danymi i pełni bardziej aktywną rolę niż tylko pasywnego pośrednika, wyłącznie odpowiedzialności z tytułu hostingu nie będzie mu przysługiwać. ETS dał jednak w swoim orzeczeniu sądom krajowym pewne wskazówki odnośnie podejmowania decyzji czy dana działalność ma charakter pozwalający na zastosowanie do niej art. 14 dyrektywy. Odnosząc się do usługi AdWords (linków sponsorowanych) Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że Google dzięki oprogramowaniu, którym dysponuje, ma wpływ na wyświetlane rezultaty, jak również że decyduje o kolejności wyświetlania, biorąc pod uwagę między innymi wysokość wynagrodzenia płaconego przez usługobiorcę<sup>114</sup>. Jednocześnie sąd podkreślił, że sam fakt, że Google otrzymuje od usługobiorców wynagrodzenie nie może przesądzać o pozbawieniu go ochrony przewidzianej przez art. 14 dyrektywy, co zdawał się sugerować Adwokat Generalny<sup>115</sup>. Sąd stwierdził również, że zgodność pomiędzy

112Wyrok ETS z dnia 23 marca 2010r. w połączonych sprawach C-236/08, C-237/08 oraz C-238/08, para 110

113ibid., para 111

114ibid. para 115

115ibid. para 116

48

hasłem wpisanym przez użytkownika a wybranym słowem kluczowym nie wystarczy dla uzasadnienia poglądu, że Google ma wiedzę lub kontroluje charakter danych wprowadzonych do systemu przez usługobiorców oraz przechowywanych na serwerze Google<sup>116</sup>. Natomiast dla oceny charakteru usługi świadczonej przez Google należy brać pod uwagę rolę, jaką pełni Google przy ewentualnym ustalaniu treści reklamy towarzyszącej linkowi oraz przy doborze słów kluczowych<sup>117</sup>.

#### D. Wpływ orzeczenia na sytuację prawną operatorów wyszukiwarek internetowych

Chociaż przedmiotem analizy w tej sprawie była głównie usługa płatnych odesłań AdWords, to jednak Trybunał dokonał również wykładni art. 14 dyrektywy. Po pierwsze opowiedział się za szerokim rozumieniem hostingu. Już bowiem przechowywanie na serwerze treści reklam i linków do innych stron pozwoliło na uznanie, że Google przechowuje dane w rozumieniu art. 14 dyrektywy. Stosując taki tok rozumowania można uznać, że operatorzy wyszukiwarek przechowują na swoich serwerach rezultaty wyszukiwania, tj. linki do innych stron www oraz krótki opis danej strony. Uznanie zaś działalności wyszukiwarek internetowych za hosting rozwiązałoby problem regulacji wyłączenia odpowiedzialności tych podmiotów. Jednakże zgodnie z art. 14 hosting to usługa społeczeństwa informacyjnego polegająca na przechowywaniu informacji "przekazanych przez usługobiorcę". Wyszukiwarki internetowe same przeszukują zasoby sieci i nie ma tu działania za strony twórców stron. Wprawdzie webmasterzy starają się tak tworzyć swoje strony by były jak najwyżej w rezultatach wyszukiwania, jednak nie przekazują one wyszukiwarkom informacji do przechowywania. ETS określił pod jakimi warunkami usługodawca nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za treści przechowywane przez siebie "na żądanie reklamodawcy". Z powyższych względów uważam, że to orzeczenie nie wyjaśnia sytuacji prawnej wyszukiwarek internetowych. Niemniej jednak niewątpliwie pozytywnie należy ocenić fakt wyjaśnienia, że usługi te zaliczają się do kategorii usług społeczeństwa informacyjnego i tym samym znajdują się w zakresie regulowania dyrektywy.

116ibid. para 117

117ibid. para 118

49

## V. Odpowiedzialność serwisów tworzonych przez użytkowników za naruszenia praw własności intelektualnej

### 1. Uwagi wstępne

Serwisy tworzone przez użytkowników (ang. user-generated content - UGC) są podstawą nowego podejścia do Internetu, określonego po raz pierwszy przez Tima O'Reilly jako Web 2.0<sup>118</sup>. Głównym założeniem Web 2.0 jest takie stworzenie serwisu, który ma charakter platformy, aby korzystanie z niego przez użytkowników było jak najłatwiejsze, bowiem funkcjonowanie serwisu jest tym lepsze im więcej użytkowników z niego korzysta<sup>119</sup>. Dzięki oprogramowaniu stworzonemu przez operatora platformy, użytkownicy mogą w łatwy sposób zamieszczać swoje dane, uczestnicząc w powstawaniu serwisu. W ten sposób internauci już nie tylko biernie przeglądają zawartość stron internetowych, ale aktywnie uczestniczą w ich powstawaniu, bez konieczności posiadania specjalistycznej wiedzy w zakresie tworzenia stron internetowych. Choć jest to pojęcie powszechnie używane<sup>120</sup>, to jednak nie istnieje żadna legalna definicja tego terminu. Przykłady serwisów UGC stanowią m.in. Wikipedia, Facebook, YouTube, eBay, MySpace, Flickr czy wreszcie strony umożliwiające założenie bloga<sup>121</sup>.

Korzystanie z serwisów jest bezpłatne dla użytkowników, a usługodawcy czerpią zyski z reklam, które są w nich zamieszczane. Zysk z reklam jest bezpośrednio związany z popularnością platformy i wzrasta wraz ze wzrostem liczby użytkowników.

Opopularności serwisu decydują takie czynniki jak atrakcyjny wygląd, łatwość obsługi, ale też i atrakcyjność treści, które można na nich znaleźć. Treści zamieszczane przez użytkowników często naruszają prawa własności intelektualnej innych osób, m.in. ze względu na niską świadomość prawną zamieszczających. W ten sposób, usługodawcy prowadzący platformy UGC czerpią pośrednio zyski z naruszania praw autorskich lub znaków towarowych innych podmiotów.

118T. O'Reilly, What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of

Software, dostępne na: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> [30.04.2010]

119ibid.

120Zob. m.in. Copyright and human rights, Raport przygotowany dla Rady Europy przez Group of Specialists on Human Rights in the Information Society (MC-S-IS), wrzesień 2008, s. 13, dostępny na: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/H-Inf%282009%2912\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/H-Inf%282009%2912_en.pdf)

121Zob. szerzej C. George, J. Scerri, Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in a new frontier,

Właściciele praw autorskich zarzucają serwisom Web 2.0, że wiedzą o ogromnej ilości zamieszczanych na ich stronach materiałów naruszających prawa autorskie. Usługodawcy prowadzący platformy UGC odpierają zarzuty twierdząc, że natychmiast po uzyskaniu zgłoszenia blokują dostęp do bezprawnych materiałów, przysługuje im zatem wyłączenie odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy. Właściciele praw autorskich twierdzą jednak, że serwisy te muszą mieć ogólną wiedzę o naruszaniach, stanowiącą constructive knowledge, która wystarcza by wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej nie przysługiwało. Usługodawcy powołują się na art. 15 dyrektywy 2000/31/WE, który zwalnia ich z obowiązku monitorowania transmitowanych i przechowywanych treści. Orzecznictwo sądów państw członkowskich wskazuje jednak na pewne niezgodności w regulacjach europejskich

Najpierw omówione zostanie orzecznictwo dotyczące platform umożliwiających użytkownikom zamieszczanie filmów wideo, następnie sprawy związane z internetowymi platformami aukcyjnymi, by na końcu zaprezentować główne problemy interpretacyjne, z którymi spotkały się sądy państw członkowskich.

## 2.Orzecznictwo dotyczące serwisów umożliwiających użytkownikom zamieszczanie plików audio i wideo

### A. Stany Zjednoczone - sprawa Viacom v Google

Analiza sporu, który toczy się przed amerykańskim sądem pomiędzy potentatem branży rozrywkowej, spółką Viacom, a Google, posiadającym serwis YouTube, największą i najbardziej popularną wśród użytkowników platformę umożliwiającą zamieszczanie nagrań video, umożliwi przedstawienie istoty sporu pomiędzy właścicielami praw autorskich a serwisami Web 2.0. Pozwoli również przedstawić różnice pomiędzy uregulowaniami zawartymi w DMCA i Dyrektywie 2000/31/WE.

W marcu 2007r. Viacom, spółka posiadająca liczne prawa do programów rozrywkowych, teledysków, filmów itp. pozwała Google, właściciela platformy YouTube, zarzucając Google dopuszczenie do zamieszczania na szeroką skalę przez użytkowników serwisu bezprawnych kopii materiałów należących do Viacom. Zgodnie z twierdzeniami Viacom, w serwisie pojawiło się ponad 160 000 klipów, które zostały obejrzone ponad półtora biliona razy na YouTube, co spowodowało szkodę o

wysokości biliona dolarów po stronie Viacom 122.

Viacom twierdzi, że model biznesowy YouTube jest oparty na czerpaniu korzyści z łamania prawa przez użytkowników 123. Google czerpie zyski z reklam, które są zależne od popularności serwisu, zaś o popularności decyduje w głównej mierze atrakcyjność zamieszczanych materiałów. Według Viacom ponad 80% zawartości YouTube stanowią nielegalne nagrania, o czym Google wiedziało kupując ten produkt w październiku 2006 roku<sup>124</sup>. Tym samym Google jest świadome naruszeń praw autorskich w swoim serwisie, a co więcej wykorzystuje ten fakt, by zmusić właścicieli praw do udzielania licencji na dyktowanych przez

siebie warunkach.

Google opiera swoją obronę na twierdzeniu, że jest jedynie pośredniczącym dostawcą usług, świadczącym hosting, zaś po otrzymaniu zawiadomień o bezprawnym charakterze przechowywanych materiałów bezzwłocznie blokuje do nich dostęp, tym samym spełnia przesłanki wyłączenia swojej odpowiedzialności określone w sekcji 512(c)(i) DMCA125. Dodatkowo Google twierdzi, że Viacom zlecało innym spółkom zamieszczanie swoich materiałów na YouTube, tak by wyglądały na zamieszczone przez fanów, by zwiększyć wysokość rzekomych strat i żądać wyższego odszkodowania od Google. Jednocześnie Google twierdzi, że Viacom zależy aby ich materiały były dostępne w serwisie YouTube, bowiem stanowi to dla nich niewątpliwą promocję, znacznie skuteczniejszą niż płatny dostęp do tych materiałów na stronie Viacom.

Niezbędne jest tu przytoczenie przepisów DMCA, regulujących wyłączenie odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług, które choć zasadniczo podobne do rozwiązania przyjętego w dyrektywie 2000/31/WE, zawierają kilka ważnych odmienności. Wyłączenie odpowiedzialności za hosting zostało uregulowane w sekcji 512(c)(1), która podobnie jak art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym uzależnia wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy od braku faktycznej wiedzy o bezprawnym charakterze przechowywanych materiałów oraz braku świadomości faktów lub

122L. Edwards, *The fall and rise...*, s. 70

123Zob. szerzej argumentację Viacom na specjalnie stworzonej dla tego celu stronie internetowej: <http://news.viacom.com/news/Pages/youtubelitigation.aspx> [27.04.2010]

124Zob. "The juicy details behind the Viacom-YouTube lawsuit", USA Today, dostępny na: <http://content.usatoday.com/communities/technologylive/post/2010/03/media-morning-the-juicy-details-behind-the-viacom-youtube-lawsuit/1> [27.04.2010]

125Zob. szerzej w Memorandum of law in support of Defendants' motion for summary judgment, w którym Google przedstawia sądowi argumenty na poparcie swojej obrony, dostępne na: [http://static.googleusercontent.com/external\\_content/untrusted\\_dlcp/www.google.com/pl//press/pdf/20100318\\_google\\_viacom\\_youtube\\_memorandum.pdf](http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.google.com/pl//press/pdf/20100318_google_viacom_youtube_memorandum.pdf) [27.04.2010]

52

okoliczności, które czynią ją bezprawną działalność oczywistą. Ponadto po uzyskaniu takiej wiedzy usługodawca musi niezwłocznie usunąć lub uniemożliwić dostęp do bezprawnych materiałów. Niemniej jednak w sekcji 512(c)(1)(B) zamieszczono dodatkowy warunek, który musi być spełniony, aby usługodawca mógł powoływać się na DMCA, tj. usługodawca nie może otrzymywać finansowych zysków wynikających bezpośrednio z bezprawnej działalności, w przypadku, w którym ma prawo i możliwości kontroli takiej działalności. Dyrektywa o handlu elektronicznym nie zawiera takiego ograniczenia, a jedynie art. 14 ust. 2 stanowi, że wyłączenie odpowiedzialności nie ma zastosowania gdy usługobiorca działa z upoważnienia albo pod kontrolą usługodawcy. Przepis ten ma jednak znacznie węższe zastosowanie. Decyzję czy YouTube czerpie korzyści bezpośrednio z bezprawnej działalności swoich użytkowników w stosunku do Viacom oraz czy Google ma prawo i możliwości kontrolować działalność użytkowników podejmie sąd. Decyzja o ewentualnym odszkodowaniu i jego wysokości będzie prawdopodobnie uzależniona od tego w jakim stopniu spółce Viacom uda się udowodnić, że Google uzyskało zyski z reklam zamieszczonych przy materiałach należących do Viacom<sup>126</sup>. Ponadto należy wspomnieć o postanowieniach sekcji 512(i), w której na usługodawców nałożono dodatkowe wymaganie uniemożliwiania korzystania z serwisu użytkownikom, którzy

notorycznie zamieszczają bezprawne treści oraz zastosowania istniejących środków technicznych, które pozwalają właścicielom praw autorskich na identyfikowanie i chronienie ich dzieł w granicach w jakich nie nakłada to na usługodawców nadmiernych kosztów lub nie przeszkadza w funkcjonowaniu ich usług. YouTube w maju 2008 roku wprowadził filtr rozpoznający materiały objęte ochroną prawnoautorską automatycznie uniemożliwiający zamieszczenie takich materiałów, je żeli okażą się zgodne z bazą stworzoną z próbek przekazanych przez autorów. Jednak Viacom zawęził swój pozew do sytuacji sprzed wprowadzenia tej technologii<sup>127</sup>. W regulacji europejskiej brak jest odpowiednika tych postanowień.

Proces Viacom v. YouTube znajduje się obecnie w stadium, w którym strony zwróciły się do sądu o wydanie summary judgment, podsumowującego ten etap

126L. Edwards, *The fall and rise...*, s. 70

127Por. wpis na blogu B. Sheffnera, *The Viacom v YouTube briefs: after the dust has settled*, dostępny na: <http://copyrightsandcampaigns.blogspot.com/2010/03/viacom-v-youtube-briefs-after-dust-has.html> [27.04.2010]

53

sporu<sup>128</sup>.

## B. FRANCJA

### (a) Sprawa MySpace

W lipcu 2007 roku francuski Tribunal de Grande Instance (TGI) w Paryżu odmówił uznania serwisu społecznościowego MySpace za usługodawcę świadczącego usługę hostingu, a tym samym możliwości powołania się na wyłączenie odpowiedzialności z art. 6-I-2 LCEN, francuskiego odpowiednika art. 14 dyrektywy 2000/31/WE/129.

Serwis MySpace został pozwany przez francuskiego karykaturzystę, którego prace zostały umieszczone w serwisie bez jego zgody. Mimo argumentów MySpace, że pełni on jedynie rolę pośrednika przechowującego dane przekazane przez osoby trzecie, sąd odmówił przyznania MySpace statusu podmiotu hostującego, uznając go za wydawcę (fr. editeur). Jako uzasadnienie swojego wyroku sąd wskazał na sposób w jaki jest zaprojektowana strona, na której użytkownicy mają swoje konta i mogą zamieszczać na nich swoje materiały, które są dostępne dla innych użytkowników oraz na fakt czerpania przez MySpace zysków z reklam wyświetlanych przy każdej wizycie<sup>130</sup>.

### (b) Sprawa DailyMotion

W 2007 roku, po odkryciu bezprawnych kopii filmu "Joyeux Noel" przechowywanych na platformie DailyMotion producent, reżyser i dystrybutor filmu pozwali serwis zarzucając naruszenie praw autorskich. DailyMotion umożliwia swoim użytkownikom zamieszczanie i udostępnianie na swojej platformie filmów wideo. Sprawa ta była bardzo podobna do kazusu MySpace, jednak tym razem TGI w Paryżu uznał że serwis świadczy usługę hostingu. Odmówił jednak zastosowania wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 6-I-2 LCEN<sup>131</sup>.

128Zob. też: Wpis na blogu The progress & freedom foundation z 19 marca 2010, The Opening Viacom v.

YouTube Summary Judgment Briefs: Some First Thoughts, dostępny na:

[http://blog.pff.org/archives/2010/03/the\\_opening\\_viacom\\_v\\_youtube\\_summary\\_judgment\\_brie.html](http://blog.pff.org/archives/2010/03/the_opening_viacom_v_youtube_summary_judgment_brie.html)

129Orzeczenie Tribunal de Grande Instance w Paryżu z dnia 22 czerwca 2007r. w sprawie J. Yves L. dit Lafesse v Myspace, dostępne na: <http://tinyurl.com/bdpm3a>

130Zob. C. Angelopoulos, Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe, European Audiovisual Observatory, IRIS plus, 4/2009, dostępne na:

[http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/iplus4\\_2009.pdf.en](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2009.pdf.en) [26.04.2010]

131Wyrok Tribunal de Grande Instance w Paryżu z dnia 13 lipca 2007r. w sprawie C. Christian, Nord

54

Chociaż w tym przypadku serwis nie został uznany za wydawcę, a za usługodawcę świadczącego hosting, to sąd stwierdził, że art. 6-I-2 LCEN nie wprowadza wyłączenia odpowiedzialności, ale jej ograniczenie, zaś żeby się na nie powołać trzeba spełnić określone w nim warunki<sup>132</sup>. Według sądu sposób funkcjonowania serwisu i używane rozwiązania techniczne umożliwiały bezprawną działalność, a sukces platformy był bezpośrednio związany z naruszaniem praw autorskich przez użytkowników. Pozwany za ś musiał zdawać sobie sprawę, że umożliwia również bezprawne działania swoim użytkownikom. Sąd odrzucił argument DailyMotion, że art. 6-I-7 LCEN, będący odpowiednikiem art. 15 dyrektywy, zwalnia pośredniczących usługodawców z generalnego obowiązku monitorowania przechowywanych treści. Uznał mianowicie, że brak generalnego obowiązku monitorowania ma zastosowanie jedynie w przypadkach, w których usługodawca sam nie wywołuje i nie umożliwia bezprawnej działalności. Sąd uznał, że usługodawca, który dostarcza usługobiorcom narzędzie umożliwiające naruszanie praw autorskich powinien kontrolować w jaki sposób użytkownicy serwisu z niego korzystają, zapobiegając naruszeniom prawa<sup>133</sup>. Sprawa ta jest o tyle niejasna, że z jej akt wynika, że niektóre kopie filmu pozostały na serwerze DailyMotion nawet po zawiadomieniu o ich bezprawności. W takich okolicznościach usługodawca byłby odpowiedzialny na gruncie art. 14 dyrektywy. DailyMotion złożyło apelację od tego wyroku.

(c) Sprawa Tranquility Bay i Google Video

W październiku 2007 roku TGI w Paryżu uznał platformę Google Video za odpowiedzialną naruszenia praw autorskich, ze względu na przechowywanie i udostępnianie licznych bezprawnych kopii filmu "Les enfants perdus de Tranquility Bay"<sup>134</sup>. W tej sprawie sąd również uznał serwis Web 2.0 za usługodawcę świadczącego usługę hostingu. Ponadto serwis natychmiast po zawiadomieniu o bezprawności przechowywanych materiałów blokował do nich dostęp, tak więc spełniał wymagania z art. 14 dyrektywy. Niemniej jednak natychmiast po usunięciu bezprawnych kopii filmu inni użytkownicy zamieszczali następne. Sąd uznał, że Google raz poinformowane o

Quest Production v Dailymotion, UGC Images, dostępny na: <http://tinyurl.com/chv9lq> [26.04.2010]

132Zob. C. Angelopoulos, Filtering the Internet..., s. 3

133ibid.



134Wyrok Tribunal de Grande Instance w Paryżu z dnia 19 października 2007r. w sprawie SARL Zadig Production, Jean Robert Viallet et Mathieu Verbounf v Ste Google Inc. et AFA, dostępne na: <http://tinyurl.com/d79nvy> [26.04.2010]

55

bezprawności zamieszczanego materiału powinno podjąć wszelkie możliwe środki żeby zapobiec dalszemu rozprzestrzenianiu bezprawnych kopii filmu w swoim serwisie. Google nie spełniło warunków dla wyłączenia swojej odpowiedzialności określonych w art. 6-I-2 LCEN w stosunku do każdej następnej bezprawnej kopii filmu zamieszczonej przez użytkowników po uzyskaniu pierwszego zawiadomienia 135. Istotne jest, że sąd uznał samo zawiadomienie przez właściciela praw za wystarczające do zobligowania usługodawcy do dalszego filtrowania i niedopuszczania do ponownego jego zamieszczania na swoim serwerze. Nie był konieczny nakaz sądu, wydany po stwierdzeniu bezprawności danego materiału.

#### (d) Podsumowanie

Wszystkie powyższe sprawy rozpatrywał TGI w Paryżu i wszystkie w przedziale czasowym nie dłuższym niż 4 miesiące. Pomimo znacznych podobieństw stanów faktycznych sądy doszły do odmiennych wniosków, inaczej klasyfikując działalność serwisów Web 2.0 i inaczej określając warunki wyłączenia odpowiedzialności. Świadczy to o tym, że nawet w obrębie jednego kraju sady mają trudności z wypracowaniem jednolitej wykładni przepisów.

Ponadto wszystkim tym orzeczeniom można zarzucić, że nie biorą pod uwagę braku obowiązku generalnego nadzorowania przechowywanych przez usługodawcę treści, określonego w art. 15 dyrektywy. Sądy przyjęły, że serwisy Web 2.0 były zobowiązane do zastosowania technologii umożliwiającej filtrowanie bezprawnej treści, mimo, że w dyrektywie nie ma odpowiednika przepisów sekcji 512(i), który nakazywałby takie zachowanie. Trzeba jednak pamiętać, że nie są to orzeczenia ostateczne. W dalszej części przedstawione zostaną prawne problemy dotyczące stosowania filtrowania treści.

## 2.Orzecznictwo dotyczące naruszeń znaków towarowych na internetowych platformach aukcyjnych

### A. Model biznesowy internetowych platform aukcyjnych

Model biznesowy internetowych platform aukcyjnych różni się od modelu, na zasadzie którego funkcjonują platformy umożliwiające zamieszczanie nagrań

135Zob. C. Angelopoulos, *Filtering the Internet...*, s. 4

56

audiowizualnych. Zasadnicza różnica polega na tym, że w przeciwieństwie do tych drugich, oprócz zysków pochodzących z reklam, serwisy aukcyjne pobierają opłaty od swoich użytkowników, a konkretniej od sprzedawców, w postaci opłaty za wystawienie aukcji oraz prowizji od sprzedaży<sup>136</sup>. Sprzedaż podrobionych produktów, naruszających znaki towarowe znanych marek, jest powszechna na aukcjach internetowych. Związek pomiędzy bezprawną działalnością użytkowników serwisu, a zyskiem osiąganym przez usługodawcę wydaje się bardziej oczywisty, niż w przypadku bezpłatnych dla użytkowników platform typu YouTube. Chocia

z opłaty za wystawianie przedmiotów na aukcji są niewielkie, to jednak ich ilość sprawia, że portale te czerpią wielomilionowe zyski, po części również z bezprawnej działalności swoich użytkowników. Ponadto internetowe platformy aukcyjne świadczą jeszcze różne usługi dodatkowe, jak np reklamowanie aukcji za pomocą linków sponsorowanych i zdarza się że reklamowane są również aukcje naruszające znaki towarowe. Powyższy stan rzeczy doprowadził do licznych procesów wytaczanych na całym świecie przez właścicieli znanych i renomowanych marek, w których pozwany był eBay lub inne serwisy aukcyjne (np. niemieckie Ricardo). Choć stany faktyczne we wszystkich tych sprawach były podobne, to jednak sądy dochodziły do różnych wniosków, nawet w obrębie jednego państwa.

## B. Niemcy

Odpowiedzialność oraz obowiązki internetowych platform aukcyjnych zostały przeanalizowana przez Najwyższy Sąd Federalny Niemiec w serii trzech orzeczeń znanych jako Aukcje Internetowe I, II i III<sup>137</sup>. We wszystkich tych sprawach stroną powodową był właściciel marki Rolex, oskarżający odpowiednio serwis Ricardo.de, niemiecką platformę aukcyjną, oraz eBay o naruszenie znaków towarowych.

Worzeczeniu z 11 marca 2004r.<sup>138</sup>(Aukcja Internetowa I) Najwyższy Sąd Federalny Niemiec uznał, że serwis eBay należy zakwalifikować jako usługodawcę świadczącego hosting. Sąd uznał, że Ricardo nie jest odpowiedzialny za naruszenie znaku towarowego Rolex, ponieważ aukcja została stworzona przez osobę trzecią, tj.

136Por. regulamin allegro.pl, dostępny na: [http://allegro.pl/country\\_pages/1/0/user\\_agreement.php](http://allegro.pl/country_pages/1/0/user_agreement.php) oraz

regulamin ebay.pl, dostępny na: <http://pages.ebay.pl/help/policies/user-agreement.html> [27.04.2010]

137A. Ruhmkorf, eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oreal v eBay,

(2009) 6:3 SCRIPTed 685, dostępny na: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/ruhmkorf.asp>

138Wyrok BGH z 11 marca 2004r. I ZR 304/01, - "Internet Versteigerung"

57

sprzedawcę, a serwis aukcyjny nie brał udziału w tworzeniu oferty. Ponadto sąd stwierdził, że jako usługodawca świadczący hosting, serwis aukcyjny nie ma obowiązku aktywnego monitorowania wszystkich ofert zamieszczanych na swojej stronie, ponieważ czyniłoby to niemożliwym funkcjonowanie serwisu<sup>139</sup>. Niemniej jednak interes właściciela znaku towarowego również wymaga ochrony dlatego usługodawca ma obowiązek natychmiastowej reakcji na zawiadomienie o naruszeniach prawa w jego serwisie. Sąd wyodrębnił dwa obowiązki<sup>140</sup>: po pierwsze natychmiastowe usunięcie bezprawnych treści, a po drugie zapobieganie podobnym naruszeniom w przyszłości. W konkretnej rozpatrywanej sprawie<sup>141</sup> sąd zwolnił Ricardo od odpowiedzialności odszkodowawczej, ale wydał nakaz zapobiegania pojawianiu się kolejnych aukcji naruszających znak towarowy Rolex<sup>142</sup>. Sąd stwierdził jednak, że wyłączenie odpowiedzialności przewidziane przez § 8 TDG (implementujący art. 14 dyrektywy 2000/31/WE) nie wyłącza możliwości wydania nakazu zapobiegania kolejnym naruszeniom prawa. Ważne jest, że obowiązek kontrolowania treści pod kątem pojawiania się kolejnych naruszeń powstaje po stwierdzeniu bezprawności danej treści i wydania odpowiedniego nakazu przez sąd<sup>143</sup>. W ten sposób orzeczenie to różni się od wyroku francuskiego sądu w sprawie The Tranquility Bay, gdzie obowiązek filtrowania pod kątem dalszych naruszeń powstawał już po samym zawiadomieniu o bezprawnym charakterze treści. W sprawie Aukcji Internetowej II<sup>144</sup> Najwyższy Sąd Federalny Niemiec dodał ponadto, że możliwość wydania takiego nakazu wynika z art. 11 dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r.

w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej<sup>145</sup>, dla którego implementacji do prawa niemieckiego nie musiały zostać podjęte żadne środki legislacyjne, ponieważ

wystarczająca jest instytucja Storerhaftung, zgodnie z którą w stosunku do każdego kto przyczynia się bezpośrednio do naruszenia chronionego prawa może być wydany nakaz

139T. Hoern, The European Liability and Responsibility of Providers of Online-Platforms such as 'Second Life', 2009(1)Journal of Information, Law & Technology (JILT), dostępny na:  
[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2009\\_1/hoeren/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2009_1/hoeren/) [28.04.2010]

140ibid.

141Orzeczenie dotyczyło odwołania od wyroku Sądu Krajowego Kolonii, LG Koln, CL 2001, 417

142M. Zieliński, Odpowiedzialność cywilna dostawców usług internetowych - czy domeny aukcyjne online muszą kontrolować zawartość swoich serwerów pod kątem pod kątem bezprawnych informacji pochodzących od osób trzecich, Elektroniczny Biuletyn Naukowy CBKE, e-Biuletyn 1/2005, dostępny na:  
[http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/files/ebiuletyn/Ochrona\\_wlasnosc\\_i\\_niektualnej.pdf](http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/files/ebiuletyn/Ochrona_wlasnosc_i_niektualnej.pdf) [28.04.2010]

143A. Ruhmkorf, eBay on the European Playing Field...

144Wyrok BGH z 19 kwietnia 2007r., I ZR 35/04, - "Internet Versteigerung II"

145Dz. Urz. WE L 157/45 z dnia 30 kwietnia 2004 r.

58

zaniechania, mimo że nie jest sprawcą ani pomocnikiem<sup>146</sup>.

Sąd nie sprecyzował jednak jakie konkretnie środki musi zastosować pozwany, co pozostawiło wiele wątpliwości i nie rozwiązało problemu czy na serwis aukcyjny można nałożyć obowiązek filtrowania bezprawnych treści ex ante<sup>147</sup>.

C. Francja

30 czerwca 2008 r. Tribunal de Commerce w Paryżu zasądził od serwisu aukcyjnego eBay na rzecz grupy LVHM odszkodowanie w wysokości 38,6 mln euro<sup>148</sup>. Grupa LVHM, która zrzesza właścicieli znanych i renomowanych marek takich jak. m.in. Louis Vuitton czy Dior, zarzuciła eBay brak dochowania należytej staranności poprzez nie podjęcie środków zapobiegających sprzedaży nielegalnych podróbek produktów, naruszających znaki towarowe powodów <sup>149</sup>. Sąd przyznał rację powodom, uznając że eBay nie jest jedynie usługodawcą świadczącym hosting, a zatem nie może powołać się na wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 6-I-2 LCEN. Charakter działalności eBay, fakt, że oferuje dodatkowe usługi ułatwiające dokonanie transakcji oraz że pobiera prowizję od dokonanej transakcji sprawia, że należy uznać eBay za swego rodzaju agenta (fr. assureur, courtier)<sup>150</sup>, nie zaś biernego pośrednika przechowującego jedynie informacje przekazane przez usługobiorcę, o którym mowa w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE.

Ponadto LVHM zarzuciła eBay, że dopuszcza do sprzedaży oryginalnych produktów, ale z pominięciem

selektywnych kanałów dystrybucji określonych przez właścicieli marek. W tym przypadku sąd również przyznał rację właścicielom znaków towarowych, twierdząc, że eBay ma obowiązek sprawdzać czy dany sprzedawca jest uprawniony do sprzedaży określonych produktów. Sąd nakazał eBay zaprzestania umożliwiania sprzedaży z pominięciem określonych przez właścicieli marek kanałów dystrybucji, co biorąc pod uwagę fakt, że żaden sprzedawca nie został upoważniony do sprzedaży na internetowych platformach aukcyjnych, było jednoznaczne z zakazaniem

146A. Ruhmkorf, eBay on the European Playing Field...

147T. Hoern, The European Liability...,

148Wyroki Tribunal de Commerce w Paryżu z dnia 30 czerwca 2008, w sprawie Louis Vuitton Malletier SA v eBay Inc., RG No. 2006077799, dostępny na: <http://www.zdnet.fr/i/edit/ne/2008/06/jugement-LVMH-ebay.pdf> [29.04.2010]

149C. Levalet, In the Courts: Legal Pioneering at the Online Auction Frontier, WIPO Magazine,

dostępny na: [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/03/article\\_0007.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/03/article_0007.html) [28.04.2010]

150Wyroki, RG No. 2006077799, str. 10

59

sprzedaży tych produktów w serwisie eBay 151. eBay złożyło w tej sprawie apelację.

W orzeczeniu Tribunal de Grande Instance w Paryżu z 13 maja 2009r. w sprawie wytoczonej przez L'Oreal przeciwko eBay sąd doszedł jednak do wniosku, że internetowej platformie aukcyjnej należy przypisać status usługodawcy świadczącego hosting, a co za tym idzie, przysługuje mu wyłączenie odpowiedzialności przewidziane

wart. 6-I-2 LCEN152. Sąd skierował jednak sprawę do mediacji, nakazując stronom współpracę i ustalenie wspólnej metody zwalczania handlu podrabionymi towarami naruszającymi znaki towarowe powodów na stronie pozwanego.

D. Wielka Brytania

Sprawa pomiędzy L'Oreal a eBay toczyła się również przed sądem Wielkiej Brytanii. W wyroku z 22 maja 2009r. 153 sąd doszedł do wniosku, że na gruncie prawa krajowego eBay nie jest współodpowiedzialny (ang. joint liability) za delikty popełnione przez sprzedawców podrabionych towarów. Sąd przyznał eBay rację, że sposób zorganizowania serwisu nie uprzywilejowuje a nie zachęca do wystawiania na aukcję i sprzedawania podrabionych produktów 154.

Jednakże sąd miał wątpliwości czy eBay może zostać uznany za podmiot świadczący jedynie usługi hostingu, któremu z tego tytułu przysługuje wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE. Sędziowie A. Justice, rozpatrujący sprawę, mieli również wątpliwości co do możliwości nałożenia na eBay nakazu zapobiegania pojawianiu się w serwisie aukcji produktów naruszających znaki towarowe powodów. Możliwość wydania takiego nakazu wynika z art. 11 dyrektywy 2004/48/WE, jednak niejasne jest jak należy interpretować ten przepis w stosunku do art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, który zakazuje nakładania na pośredniczących dostawców usług generalnego obowiązku nadzorowania

przechowywanych treści. W opisywanej sprawie sąd zdecydował się zadać 10 pytań prejudycjalnych do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, z czego pytania 9 i 10 dotyczą opisanych powyżej problemów 155.

151C. Levalet, In the Courts...

152De l'hébergeur au contrefacteur (II) : Le retour à l'orthodoxie ? eBay redevient simple hébergeur, mais doit lutter contre la contrefaçon, ReedSmith, Litigation / Intellectual Property Alert, dostępne na:

<http://reedsmithupdate.com/ve/ZZYK29erjW72Kx761> [30.04.2010]

153L'Oreal SA v eBay International AG, [2009] EWHC 1094 (Ch).

154ibid. para. 377

155Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court of Justice (England and Wales) w dniu 12 sierpnia 2009 r. - L'Oreal SA v eBay International AG, C-324/09

60

### 3. Zagadnienie filtrowanie treści przekazywanych przez użytkowników

#### A. Istota sporu o filtrowanie treści

W przedstawionych wyżej sprawach spór toczył się w dużej mierze o to, kiedy usługodawca powinien usuwać treści naruszające prawa powodów. Pozwani uwa żają, że są zobligowani do usuwania bezprawnych materiałów ex post, czyli natychmiast po otrzymaniu zawiadomienia, a zawiadomienie muszą uzyskać w stosunku do każdego zamieszczonego bezprawnie materiału. Autorzy i właściciele znaków towarowych stanęli zaś na stanowisku, że jednokrotne powiadomienie o bezprawnym charakterze danego materiału obliguje usługodawców do dalszego zapobiegania pojawianiu się materiałów naruszających to samo prawo. Tym samym uważają, że usługodawcy powinni filtrować zamieszczane w swoich serwisach treści ex ante. Takie podejście argumentowane jest dodatkowo faktem, że usługodawcy mają świadomość, że w ich serwisach często dochodzi do naruszania praw własności intelektualnej i czerpią z tego zyski.

W raporcie przygotowanym dla Rady Europy na temat zastosowania i wpływu technicznych środków filtrujących na różnego rodzaju treści w środowisku online filtrowanie określono jako oprogramowanie komputerowe, które blokuje lub filtruje nielegalne, szkodliwe lub z innych powodów niepo żądane treści tak, że nie są prezentowane lub nie mogą być ściągnięte za pomocą przeglądarki internetowej lub innej aplikacji<sup>156</sup>. Badania nad skutecznością technologii filtrujących wykazały, że wciąż nie są one ani wystarczająco wrażliwe ani inteligentne żeby prawidłowo klasyfikować i rozróżniać zawartość, którą filtrują<sup>157</sup>. Nie skupiając się jednak na aspektach technicznych takiego oprogramowania, należy rozważyć aspekty prawne związane z ich zastosowaniem.

O tym, że przepisy europejskie są w tej kwestii niejednoznaczne świadczy m.in. fakt, że sądy, także w obrębie jednego państwa, doszły do różnych wniosków. Brak odpowiednika sekcji 512(i) DMCA w regulacji wspólnotowej, która wyłączenie odpowiedzialności ISP uzależnia od stosowania przez nich technicznie możliwych

<sup>156</sup>Rada Europy, Report by the Group of Specialists on human rights in the information society (MC-S-IS) on the use and impact of technical filtering measures for various types of content in the online environment, CM (2008)37 add, dostępny na: <http://tinyurl.com/adyzoz> [30.04.2010]

157C. Cho, A. Feldman, M. Heins, Internet Filters - A Public Policy Report , Brennan Center for Justice at NYU School of Law 2006, dostępny na: <http://tinyurl.com/dneu22> [30.04.2010]

61

środków pozwalających właścicielom praw autorskich na ochronę ich dzieł przed bezprawnym rozpowszechnianiem i kopiowaniem sprawia, że zwolnienie z obowiązku nadzorowania przechowywanych treści wydawało się nieograniczone. Orzecznictwo francuskie opowiedziało się jednak za istnieniem po stronie usługodawców obowiązku filtrowania treści zamieszczanych w serwisach, który wynika z charakteru ich działalności. Sądy niemieckie nie uznały wprawdzie, że taki obowiązek powstaje po stronie usługodawców z samego tylko faktu świadczenia danych usług, jednak dopuściły możliwość sądowego nakazania usługodawcy zapobiegania pojawianiu się konkretnych materiałów w serwisie, w razie stwierdzenia ich bezprawności. Podobne stanowisko wyraził sąd w Belgii<sup>158</sup>. Sąd Wielkiej Brytanii w sprawie *L'oreal v eBay*, po przeanalizowaniu wyroków, które zapadły w podobnych sprawach w innych państwach europejskich, doszedł do wniosku, że niezbędne jest skierowanie pytań prejudycjalnych do ETS, ponieważ przepisy wspólnotowe wydają się być niejednoznaczne. Jedno z pytań skierowanych do ETS przez High Court of Justice dotyczyło możliwości wydania zakazu na podstawie art. 11 dyrektywy 2004/48/WE skierowanego przeciwko dalszemu naruszaniu znaku towarowego oraz zakresu takiego zakazu. W pytaniu tym rozróżniono zakaz skierowany przeciwko dalszemu naruszaniu znaku towarowego od zakazu kontynuacji konkretnego naruszenia, którego możliwość wydania nie budzi wątpliwości sądu<sup>159</sup>.

#### B. Przepisy wspólnotowe dotyczące filtrowania treści

Przedstawione wyżej zagadnienie prawne sprowadza się do analizy stosunku art. 15 dyrektywy 2000/31/WE oraz przepisów europejskich pozwalających na wydawanie zakazów skierowanych do ISP dopuszczania do kolejnych naruszeń.

Możliwość wydawania nakazów i zakazów przeciwko pośrednikowi, którego usługi są wykorzystywane przez osobę trzecią do naruszania prawa własności intelektualnej oraz praw autorskich i pokrewnych zostały przewidziane przez art. 9 ust. 1 oraz art. 11 zdanie 3 dyrektywy 2004/48/WE oraz w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie

<sup>158</sup>Zob. <http://www.managingip.com/article/1995162/eBay-scores-victory-over-LOreal-in-Belgium.html> [30.04.2010]

<sup>159</sup>Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court of Justice (England and Wales) w dniu 12 sierpnia 2009 r. - *L'Oreal SA v eBay International AG*, C-324/09

62

informacyjnym<sup>160</sup>. Jednocześnie zgodnie z art. 15 ust.1 dyrektywy 2000/31/WE Państwa Członkowskie nie mogą nakładać na usługodawców świadczących usługi mere conduit, caching i hosting ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani obowiązku aktywnego poszukiwania

faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. W preambule dyrektywy dodatkowo sprecyzowano, że zakaz nakładania ogólnego obowiązku nadzoru nie dotyczy obowiązków nadzoru mających zastosowanie do przypadków szczególnych oraz, że zakaz ten nie ma wpływu na decyzje władz krajowych podjęte zgodnie z ustawodawstwem krajowym<sup>161</sup>. Wydaje się zatem, że wydanie nakazu niedopuszczania do pojawiania się konkretnych bezprawnych treści nie stanowi ogólnego obowiązku nadzoru i jest zgodne z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym.

Problem polega jednak na tym, że jeżeli usługodawca zostanie zobligowany do niedopuszczania do kolejnych naruszeń konkretnych nawet praw, ale nakazów tych będzie dużo, to z technicznego punktu widzenia nie będzie mógł on wywiązać się z tego obowiązku bez nadzorowania całości treści zamieszczanej na swoim serwerze. Tym samym, mimo że nakaz dotyczyć będzie tylko konkretnych praw, to użycie oprogramowania filtrującego będzie niezbędne.

Wyłączenie odpowiedzialności przyznano ISP ze względu na czysto techniczny, automatyczny i bierny charakter ich działalności. ETS potwierdził to w swoim orzeczeniu w sprawie Google France SARL v Louis Vuitton Malettier SA, stwierdzając, że o tym czy danemu podmiotowi przysługuje wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE decyduje możliwość przypisania jego działalności cech określonych w punkcie 42 preambuły. Adwokat Generalny w swojej opinii na temat tej sprawy wyraził pogląd, że art. 15 należy interpretować także w ten sposób, że podmiotom, które monitorują zawartość przekazanych im treści nie przysługuje wyłączenie odpowiedzialności. Obawy, że zastosowanie filtrów zawartości może pozbawić ich prawa do powoływania się na wyłączenie odpowiedzialności wyrazili również ż pozwani w przedstawionych wyżej sprawach.

Dla wyjaśnienia wątpliwości związanych z interpretacją przepisów dotyczących wyłączenia odpowiedzialności ISP oraz przepisów ustanawiających możliwość nakładania na ISP zakazu dopuszczania do kolejnych naruszeń w kontekście obowiązku

160Dz. Urz. WE L 167 z dnia 22 czerwca 2001 r.

161Punkt 47 preambuły dyrektywy 2000/31/WE

63

stosowania narzędzi filtrujących niezbędna jest odpowiedź na kilka pytań. Po pierwsze czy nakaz, o którym mowa w art. 11 dyrektywy 2004/48/WE zawiera w sobie obowiązek ogólnego nadzorowania treści, a tym samym osłabia działanie zakazu nakładania takiego obowiązku z art. 15 dyrektywy 2000/31/WE? Jeżeli nie, to kiedy obowiązek monitorowania treści można uznać za szczególny w znaczeniu określonym w preambule dyrektywy o handlu elektronicznym? Czy stosowanie narzędzi filtrujących może stanowić ogólne nadzorowanie treści, a jeśli tak, to zastosowanie jakich technologii o tym decyduje<sup>162</sup>? Nowy raport dotyczący funkcjonowania dyrektywy o handlu elektronicznym, do którego opracowania obowiązuje Komisje art. 21 tejże dyrektywy, a którego publikacja została pierwotnie zapowiedziana na drugą połowę 2009 roku, ma zawierać m.in. analizę stosowania wyłączenia odpowiedzialności ISP w poszczególnych państwach członkowskich oraz stanowisko Komisji w sprawie obowiązku monitorowania treści przez ISP<sup>163</sup>. Ponadto ETS w odpowiedzi na pytania the High Court of Justice w sprawie L'Oreal przeciwko eBay również powinien odnieść się do powyższych wątpliwości.

C. Filtrowanie treści a swoboda wypowiedzi

Nałożenie na pośredniczących dostawców usług obowiązku filtrowania przechowywanych treści należy rozważyć jeszcze w kontekście Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC)<sup>164</sup>. W rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy zwrócono uwagę, że stosowanie filtrów internetowych może stanowić ograniczenie swobody wypowiedzi i dostępu do informacji w środowisku online<sup>165</sup>. W samej dyrektywie 2000/31/WE w punkcie 9 preambuły zapewniono o tym, że świadczenie usług drogą elektroniczną ma być prowadzone swobodnie w świetle art. 10 ust. 1 Konwencji, z zastrzeżeniem jedynie ograniczeń przewidzianych w ust. 2 tego artykułu. Zgodnie zaś z rekomendacją KM Rady Europy aby stosowanie

<sup>162</sup>Por. C. Angelopoulos, *Filtering the Internet...*, s. 6

<sup>163</sup>Euractiv, *New EU Battle over Copyright Rules Sight*, 30 Stycznia 2009, dostępne na: <http://www.euractiv.com/en/infosociety/new-eu-battle-copyright-rules-sight/article-178993?Ref=RSS> [30.04.2010]

<sup>164</sup>Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejska Konwencja Praw Człowieka), podpisana 4 czerwca 1950r., weszła w życie 3 września 1953r. (Dz. U. z 1993r., nr 61, poz. 284)

<sup>165</sup>Zob. Rekomendacja CM/Rec(2008)6 z 26 marca 2008r. of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, dostępne na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec%282008%296> [30.04.2010]

64

oprogramowania filtrującego, którego obowiązek wprowadzenia został nałożony przez organy państwowe nie naruszało art. 10 Konwencji, musi być wprowadzone w celu ochrony jednej z wartości określonych w ust. 2, tj. m.in. w celu ochrony praw innych osób. Filtrowanie w celu ochrony praw własności intelektualnej spełnia to kryterium. Ponadto filtrowanie powinno dotyczyć ściśle określonych treści, których bezprawność została stwierdzona decyzją kompetentnego organu, od której służy odwołanie, a skutki filtrowania muszą być równie proporcjonalne do osiągniętych celów, dla których je wprowadzono. Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne można stwierdzić, że obowiązek filtrowania *ex ante*, powstający już po zawiadomieniu o bezprawności treści, który stwierdzono w wyroku sądu w sprawie *DailyMotion* wydaje się być niezgodny z art. 10 EKPC. Natomiast nakaz zapobiegania kolejnym naruszeniom wydany przez sąd po stwierdzeniu bezprawności danej treści wydaje się zgodny z tymi wytycznymi.

D. Tendencja do dobrowolnego wprowadzanie filtrowania treści

Należy również zwrócić uwagę na ostatnie tendencje wśród prowadzących platformy UGC do dobrowolnego wprowadzania technologii filtrujących materiały naruszające prawa autorskie. *DailyMotion* ogłosiło wprowadzenie systemu *AudibleMagic* opartego na blokowaniu treści, które okazały się zgodne z wzorem znajdującym się w bazie materiałów chronionych prawem autorskim stworzonej z próbek przekazanych przez autorów <sup>166</sup>. Podobny system wprowadziło również *MySpace* oraz *YouTube*. W ten sposób platformy wideo zdecydowały się zabezpieczyć przed ewentualnymi procesami wytaczanymi przez posiadaczy praw autorskich. Takie postępowanie ułatwia również negocjowanie z autorami licencji na używanie ich materiałów oraz wydaje się być zgodne z założeniami dyrektywy 2000/31/WE, która w punkcie 40 preambuły stwierdza, że 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 i instrumentów technicznych nadzoru możliwych dzięki



technologiom cyfrowym. Ponadto oprócz samodzielnych inicjatyw usługodawców, zawarto porozumienie pomiędzy największymi amerykańskimi producentami filmowymi i

166DailyMotion, Dailymotion choisit la solution de fingerprinting d'Audible Magic pour détecter les vidéos protégées par des droits, świadczenie z 13.07.2007r, dostępne na:

<http://www.dailymotion.pl/press/AudibleMagic-Dailymotion.pdf> [30.04.2010]

65

telewizyjnymi, a przedstawicielami platform UGC<sup>167</sup>. Zawiera ono zobowiązanie usługodawców do wprowadzenia narzędzi filtrujących i jednocześnie zobowiązanie właścicieli praw autorskich do dostarczenia próbek materiałów swoich dzieł, które pozwolą na funkcjonowanie tych systemów oraz do niewykorzystywania faktu filtrowania treści przez ISP w ewentualnych procesach do pozbawiania usługodawców prawa powoływania się na wyłączenie odpowiedzialności. W porozumieniu tym jednak nie uczestniczą Google i Facebook, czyli operatorzy największych platform UGC, a samemu porozumieniu zarzucono, że zostało one wymuszone na mniejszych usługodawcach pod groźbą kosztownych procesów sądowych.

Stosowaniu automatycznego filtrowania ex ante sprzeciwiają się również przedstawiciele organizacji broniących prawa do swobody wypowiedzi. Uważają oni, że filtry nie są na tyle precyzyjne i wrażliwe by wychwycić, że dany materiał jest np użyty jako parodia lub dozwolona krytyka. Stworzyli oni konkurencyjny zestaw zasad, które powinny być przestrzegane przez platformy wideo, gwarantujący m.in. uwzględnianie prawa do dozwolonego użytku oraz domeny publicznej<sup>168</sup>.

167Principles for User Generated Contents Services, dostępne na: <http://ugcprinciples.com> [30.04.2010]

168Fair Use Principles for User Generated Video Content, dostępne na: <http://www.eff.org/issues/ip-and-free-speech/fair-use-principles-usergen> [30.04.2010]

66

## PODSUMOWANIE

Brak szczegółowego uregulowania w dyrektywie 2000/31/WE procedury postępowania z bezprawną treścią przechowywaną przez usługodawców doprowadził do znaczących rozbieżności w przepisach państw UE. Analiza przepisów implementujących dyrektywę pozwala na stwierdzenie, że wiele państw, w tym Polska, zdecydowało się w ogóle nie regulować tej kwestii licząc, że procedura ta zostanie wypracowana w praktyce i orzecznictwie. Taki stan rzeczy sprawia, że pojęcie faktycznej (actual) wiedzy o bezprawności jest niejasne i trudne do zinterpretowania. Być może sprawa skazania członków zarządu Google unaocznia mankamenty braku regulacji procedury postępowania z bezprawną treścią, jednak tylko w przypadku, gdy na decyzję sądu wpłynęła niewłaściwa reakcja Google na informacje o bezprawnym charakterze przechowywanego filmu.

Uważam, że wprowadzenie szczegółowej procedury postępowania z bezprawną treścią na poziomie dyrektywy jest celowe. Pozwoliłoby to ujednoczyć przepisy i ułatwić usługodawcom funkcjonowanie na wspólnym rynku. Wadą takiego rozwiązania jest mniejsza swoboda państw pozwalająca na dostosowanie przepisów do swoich systemów prawnych. Trzeba pamiętać, że procedura notice and take-down uregulowana w DMCA dostosowana jest do amerykańskiego systemu common law. Wydaje się, że tak szczegółowa regulacja nie byłaby konieczna w systemie prawa kontynentalnego, gdyż dużo kwestii znalazłoby swoje rozwiązanie w teorii wykładni i ukształtowanych zasadach prawnych. Niemniej jednak określenie elementów, które powinna zawierać wiadomość, by można było przypisać jej przymiot wiarygodności, ułatwiłoby sytuację podmiotów, których prawa zostały naruszone oraz samych usługodawców.

Odpowiedzialność wyszukiwarek internetowych również powinna zostać uregulowana w dyrektywie. Wprowadzenie wyłączenia na poziomie państw członkowskich, bez harmonizacji na szczeblu europejskim spowoduje, że część państw zastosuje model hostingu, część zaś, tak jak planowane jest to w Polsce, uzna wyszukiwarki za podobne do mere conduit. Argumenty przedstawione w rozdziale IV zdają się przemawiać za zastosowaniem pierwszego sposobu. W najnowszym orzeczeniu ETS w sprawie Google France v Louis Vuitton Trybunał także uznaje wyszukiwarki internetowe za bardziej podobne do hostingu.

67

Przedstawione orzecznictwo dotyczące przepisów implementujących sekcję 4 dyrektywy 2000/31/WE świadczy o tym, że sądy państw UE uznały co do zasady serwisy, których zawartość pochodzi od

użytkowników za pośrednictwem dostawców usług, objętych zakresem zastosowania art. 14 dyrektywy. Niemniej jednak spore problemy interpretacyjne sprawia art. 15 dyrektywy, a zwłaszcza jego wpływ na możliwość nakładania na usługodawców nakazów zapobiegania dalszym naruszeniom prawa. Dla wyjaśnienia tej kwestii niezbędna będzie interpretacja Trybunału, na którą będzie jednak trzeba poczekać, ponieważ pytania prejudycjalne wpłynęły stosunkowo niedawno. Rozwiązanie tego problemu będzie kluczowe dla prawnej kwalifikacji filtrów internetowych oraz ewentualnego obowiązku ich stosowania przez ISP.

## Bibliografia

## WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

1. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną ( Dz.U. Nr 144 poz. 1204, z późn. zm.).
2. Ustawa z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarcze (Dz.U. Nr 173 poz. 1807)
3. Ustawa z dnia 16 lipca 2004r. prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800)
4. Ustawa z dnia 26 stycznia 1984r. prawo prasowe (Dz. U. r. Nr 5, poz. 24)
5. Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmieniona dyrektywą 98/48/WE z dnia 20 lipca 1998 r (Dz. Urz. WE L 204/37 z dnia 21 lipca 1998 r. i Dz. Urz. WE L 217/18 z dnia 5 sierpnia 1998r.)
6. Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego („dyrektywa o handlu elektronicznym”), (Dz. Urz. WE L 178 z dnia 17 lipca 2000r.).
7. Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz. Urz. WE L 167/10 z dnia 22 czerwca 2001 r.)
8. Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz. Urz. WE L 157/45 z dnia 30 kwietnia 2004 r.)
9. Digital Millenium Copyright Act z 28 października 1998r., Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Stany Zjednoczone)
10. Communications Decency Act (CDA) z 8 lutego 1996r., Pub. L. No. 104-104,

110 Stat. 56 (Stany Zjednoczone)

11. Defamation Act z 4 lipca 1996r. (ch 31) (Wielka Brytania)

12. Electronic Commerce (EC Directive) Regulations z 21 sierpnia 2002r. SI 2002/2013 (Wielka Brytania)

13. Teledienstegesetz z 26 lutego 2007r., BGB1. I, p. 179 (Niemcy)

14. Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 z 22 czerwca 2004 strona 11168 texte n° 2 (Francja)

15. Decreto legislativo n 70 z 9 kwietnia 2003r Gazzetta Ufficiale n. 87 z 14 kwietnia 2003 - Supplemento Ordinario n. 61 (Włochy)

16. Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejska Konwencja Praw Człowieka), podpisana 4 czerwca 1950r., weszła w życie 3 września 1953r. (Dz. U. z 1993r., nr 61, poz. 284)

#### WYKAZ LITERATURY

1. Angelopoulos C., Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe, European Audiovisual Observatory, IRIS plus, 4/2009

2. Bojar B., Słownik encyklopedyczny informacji, języków i systemów informacyjno wyszukiwawczych, Warszawa 2002

3. Casarosa F., Wikipedia: Exemption from Liability in Case of Immediate Removal of Unlawful Materials, (2009) 6:3 SCRIPTed 669

4. Cho C., Feldman A., Heins M., Internet Filters - A Public Policy Report , Brennan Center for Justice at NYU School of Law 2006

5. Edwards L., Stuck in 'Neutral'? Google, AdWords and the E-Commerce Directive Immunities, 13/12/2009 , Society for Computers and Law

6. Edwards L., The fall and Rise of Intermediary Liability Online [w:] red. Edwards L., Waelde C., Law and the Internet, Oregon 2009

7. George C., Scerri, J., Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in a new frontier, Journal of Information, Law and Technology (JILT), (2)2007

8. Hoern T., The European Liability and Responsibility of Providers of Online-Platforms such as 'Second Life', JILT, (1)2009

9. Jackowski M., Hosting – operacje na danych obj ęte wyłączeniem odpowiedzialności - polemika, Monitor Prawniczy, 24/2009

10. Julia-Barcelo R., On-line intermediary liability issues: comparing E.U. and U.S. legal frameworks, EIPR, 3(2000)
11. Konarski X., Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Warszawa 2004
12. Kot D., Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego, KPP 2001, z. 1
13. Kowalewski J., Autorzy portali w podwójnej roli - odpowiedzialność za fora internetowe, Program Spraw Precedensowych, Biuletyn informacyjny, nr1(20), styczeń 2009
14. Kowalik-Bańczyk K., Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym, Warszawa 2006
15. Litwiński P., Hosting danych osobowych. Zagadnienia podstawowe, Monitor Prawniczy 23/2008
16. Litwiński P., Świadczenie usług drogą elektroniczną, [w:] Prawo Internetu, red. P. Podrecki, Warszawa 2007
17. Mik C., Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej [w:] Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, pod red. S. Wronkowskiej, Kraków 2005
18. Peguera M., "I just know that I (actually) know nothing": actual knowledge and other problems in ISP liability case law in Spain, EIPR 2008, 30(7)
19. Polański P., Prawne problemy spamdexingu, Prawo Nowych Technologii, 3/2008
20. Reed C., Internet Law. Text and Materials, Cambridge 2004
21. Report by the Group of Specialists on Human Rights in the Information Society (MC-S-IS) on the use and impact of technical filtering measures for various types of content in the online environment, CM (2008)37
22. Report by the Group of Specialists on Human Rights in the Information Society (MC-S-IS), Copyright and human rights, wrzesień 2008
23. Ruhmkorf A., "eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oreal v eBay", (2009) 6:3 SCRIPTed 685
24. Sadowski P., Wyłączenie odpowiedzialności przy świadczeniu usług hostingu – polemika, Monitor Prawniczy 16/2009

25. Sołtys B., Podleś M. [w:] red. J. Gołaczyńskiego, Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, Warszawa 2005
26. Sutter G., Online Intermediaries [w:] Computer Law, red. Reed C., Angel J., Oxford 2007

27. Wiewiórowski W., Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy świadczącego usługę drogą elektroniczną za niektóre rodzaje usług (Uwagi de lege ferenda, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XXI, 2009)

28. Zieliński M., Odpowiedzialność cywilna dostawców usług internetowych - czy domeny aukcyjne online muszą kontrolować zawartość swoich serwerów pod kątem pod kątem bezprawnych informacji pochodzących od osób trzecich, Elektroniczny Biuletyn Naukowy CBKE, e-Biuletyn 1/2005

#### ADRESY INTERNETOWE

1. Ahlert C., Marsden C., Yung C, How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, dostępny na:

[http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty\\_disappeared\\_from\\_cyberspace.pdf](http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty_disappeared_from_cyberspace.pdf)  
[14.04.2010]

2. Levalet C., In the Courts: Legal Pioneering at the Online Auction Frontier,

WIPO Magazine, dostępny na: [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/03/article\\_0007.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/03/article_0007.html)  
[28.04.2010]

3. Chilling Effects Clearinghouse' na stronie: <http://www.chillingeffects.org/>

4. DailyMotion, Dailymotion choisit la solution de fingerprinting d'Audible Magic pour détecter les vidéos protégées par des droits, ś wiadczenie z 13.07.2007r, dostępne na:

<http://www.dailymotion.pl/press/AudibleMagic-Dailymotion.pdf> [30.04.2010]

5. De l'hébergeur au contrefacteur (II) : Le retour à l'orthodoxie ? eBay redevient simple hébergeur, mais doit lutter contre la contrefaçon, ReedSmith, Litigation /

Intellectual Property Alert, dostępne na: <http://reedsmithupdate.com/ve/ZZYK29erjW72Kx761> [30.04.2010]

6. Euractiv, New EU Battle over Copyright Rules Sight, 30 Stycznia 2009, dostępne na:

<http://www.euractiv.com/en/infosociety/new-eu-battle-copyright-rules-sight/article-178993?Ref=RSS>  
[30.04.2010]

72

7. Fair Use Principles fo User Generated Video Content, dostępne na: <http://www.eff.org/issues/ip-and-free-speech/fair-use-principles-usergen> [30.04.2010]

8. Memorandum of law in support of Defendants' motion for summary judgment

[http://static.googleusercontent.com/external\\_content/untrusted\\_dlcp/www.google.com/pl//press/pdf/20100318\\_google\\_viacom\\_youtube\\_memorandum.pdf](http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.google.com/pl//press/pdf/20100318_google_viacom_youtube_memorandum.pdf) [27.04.2010]

9. Mumsnet settles with Gina Ford but queries libel law, OUT-LAW News, 11/05/2007, dostępny na:

<http://www.out-law.com/page-8040> [12.04.2010]

10. Peguera M., Liability of internet intermediaries. Spanish national report, dostępny na:

<http://www.uoc.edu/dt/eng/peguera0904.pdf>

11. Powództwo o naruszenie dóbr osobistych przeciwko T. B. oddalone,

Obserwatorium wolności mediów w Polsce, dostępne na: [http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2626:powodztwo-o-naruszenie-dobr-osobistych-przeciwko-tb-oddalone&catid=40:zkraju&Itemid=34](http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2626:powodztwo-o-naruszenie-dobr-osobistych-przeciwko-tb-oddalone&catid=40:zkraju&Itemid=34) [14.04.2010]

12. O'Reilly T., What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next

Generation of Software, dostępne na: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> [30.04.2010]

13. The juicy details behind the Viacom-YouTube lawsuit, USA Today, dostępne na: <http://content.usatoday.com/communities/technologylive/post/2010/03/media-morning-the-juicy-details-behind-the-viacom-youtube-lawsuit/1> [27.04.2010]

14. Urban J., Quilter L., 'Efficient Process or "Chilling Effect"? Takedown Notices Under Section 512 of Digital Millennium Copyright Act: Summary Report, dostępny na: [http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep-ExecSum\\_out.pdf](http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep-ExecSum_out.pdf)

## ORZECZNICTWO

1. Wyrok ETS z dnia 23 marca 2010r., w połączonych sprawach C-236/08, C-237/08 oraz C-238/08, Google France v Louis Vuitton

2. Wyrok ETS z dnia 26 kwietnia 1988r. Bond van Adverteerders v Netherlands

(C-352/85) [1988] ECR 2085

3. Pytanie prejudycjalne w sprawie L'Oreal SA v eBay International AG (C-324/09)

73

4. Pytanie prejudycjalne w sprawie Google France, Google Inc. v przeciwko Louis Vuitton Malletier (C-236/08)

5. Opinia Adwokata Generalnego z dnia 22 września 2009r., w połączonych sprawach C-236/08, C-237/08 i C-238/08

6. Wyrok BGH z 11 marca 2004r. I ZR 304/01, - "Internet Versteigerung"

7. Wyrok BGH z 19 kwietnia 2007r., I ZR 35/04, - "Internet Versteigerung II"

8. Wyroku Sądu Krajowego Kolonii, LG Köln, CL 2001, 417

9. Orzeczenie OLG München (2006) Az. 6U 675/06

10. Orzeczenie TGI w Paryżu z dnia 22 czerwca 2007r. w sprawie J. Yves L. dit Lafesse v Myspace



11. Wyrok TGI w Paryżu z dnia 13 lipca 2007r. w sprawie C. Christian, Nord Quest Production v Dailymotion, UGC Images
12. Wyrok TGI w Paryżu z dnia 19 października 2007r. w sprawie SARL Zadig Production, Jean Robert Viallet et Mathieu Verbounf v Ste Google Inc. et AFA
13. Wyrok Tribunal de Commerce w Paryżu z dnia 30 czerwca 2008, w sprawie Louis Vuitton Malletier SA v eBay Inc., RG No. 2006077799
14. Wyrok TGI w Paryżu z dnia 29 października 2007, w sprawie M. X v. Wikimedia Foundation
15. L'Oreal SA v eBay International AG, [2009] EWHC 1094 (Ch).
16. Godfrey v. Demon [1999] 4 All ER 342
17. Bunt v Tilley et al., [2006] EWHC 407
18. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000r, K 25/99. OTK Nr 5/2000, poz. 141
19. Wyrok SO w Słupsku z dnia 18 czerwca 2009r., sygn. akt VI Ka 202/09, niepubl.