

Umowy dotyczące treści cyfrowych niezapisanych na nośniku materialnym w świetle ustawy o prawach konsumenta

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Treści cyfrowe – definicja
- III. Obowiązki informacyjne przedsiębiorcy
 1. Uwagi wstępne
 2. Funkcjonalności i techniczne środki ochrony
 3. Interoperacyjność
 4. Jednorazowe podanie informacji
 5. Sposób udzielenia informacji
- IV. Prawo do odstąpienia od umowy
- V. Podsumowanie

Streszczenie

W dniu 25 grudnia 2014 r. wchodzi w życie ustawa z 30 maja 2014 o prawach konsumenta wdrażająca przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów. Artykuł omawia przepisy ustawy dotyczące zawierania umów na odległość w zakresie sprzedaży treści cyfrowych niezapisanych na nośniku materialnym, a w szczególności obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy oraz prawa konsumenta do odstąpienia od umowy.

Słowa kluczowe: prawa konsumenta; treści cyfrowe, umowy zawierane na odległość; obowiązki informacyjne; odstąpienie od umowy.

I. Wprowadzenie

W dniu 25 grudnia 2014 r. wchodzi w życie ustawa z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z dnia 24 czerwca 2014, poz. 827) (dalej: upk lub Ustawa). Dokonuje ona wdrożenia do polskiego porządku prawnego postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 64) (dalej: dyrektywa 2011/83/UE lub dyrektywa konsumencka). Upk uchyla:

* Radca prawny w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka; e-mail: wdziomdziora@gmail.com.

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

oraz zmienia szereg aktów prawnych w tym przepisy k.c.; k.w.; ustawę z 16 lipca 2004 – Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt) czy ustawę z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Poza transpozycją dyrektywy 2011/83/UE upk porządkuje i scala przepisy dotyczące odpowiedzialności za jakość rzeczy sprzedanej. Niniejszy artykuł poświęcony jest wybranym przepisom upk regulującym sprzedaż na odległość treści cyfrowych, które nie są zapisane na nośniku materialnym. Artykuł nie przedstawia kwestii relacji nowych przepisów do innych ustaw; w szczególności poza zakresem niniejszego artykułu znalazły się m.in. wzajemne relacje między przepisami upk a przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t. j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1422).

II. Treści cyfrowe – definicja

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 5 upk „treść cyfrowa” to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. Definicja ta jest niemal jednobrzmiąca z definicją zawartą w art. 2 pkt 10 dyrektywy 2011/83UE, choć ta ostatnia posługuje się liczbą mnogą („treści cyfrowe”, nie zaś „treść cyfrowa”) oraz zamiast słowa „postać” używa pojęcia „forma”. Różnice te jednak nie powodują różnego zakresu pojęciowego w upk i dyrektywie 2011/83UE.

Przybliżenie znaczenia „treści cyfrowych” przynosi motyw 19 dyrektywy, który wskazuje, że przykładowo, treściami cyfrowymi są programy komputerowe, aplikacje, gry, muzyka, nagrania wizualne lub teksty. Dostęp do nich jest możliwy „poprzez pobieranie czy poprzez odbiór danych przesyłanych strumieniowo, na trwałym nośniku czy przy użyciu jakichkolwiek innych środków”. W praktyce może dotyczyć to wielu form udostępniania różnorodnych treści. Spoglądając na polski rynek treści cyfrowych, można wskazać przykładowo następujące treści cyfrowe:

- 1) utwory audiowizualne w postaci filmów fabularnych lub rysunkowych;
- 2) utwory audiowizualne w postaci audycji telewizyjnych (w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji – dalej: urt);
- 3) programy telewizyjne (w rozumieniu urt);
- 4) transmisje wydarzeń sportowych lub innych wydarzeń publicznych (np. uroczystości państwowych lub kościelnych);
- 5) utwory muzyczne i słowno-muzyczne;
- 6) audycje lub programy radiowe;
- 7) gazety, czasopisma etc. (mające pierwotną lub równoległą postać papierową);
- 8) książki w formie cyfrowej (e-booki);
- 9) oprogramowanie;
- 10) serwisy informacyjne o różnorodnym charakterze.

Ustawa nie zawiera definicji „nośnika materialnego”, choć definiuje w art. 2 pkt 4 „trwały nośnik” jako „materiał lub narzędzie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych osobiście do niego, w sposób umożliwiający dostęp do informacji w przyszłości przez czas odpowiedni do celów, jakim te informacje służą, i które pozwalają

na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci”. Dyrektywa 2011/83/UE w ogóle nie posługuje się pojęciem „materialnego nośnika”, a jedynie pojęciem nośnika „trwałego”. Wspomniany motyw 19 dyrektywy wskazuje, że trwałym nośnikiem mogą być np. płyty CD lub DVD. Motyw 23 rozszerza listę przykładów trwałych nośników o pamięć USB, karty pamięci, dyski twarde komputerów i pocztę elektroniczną. Tłumaczy się to w ten sposób, że „informacje przesyłane za pomocą poczty elektronicznej są zapisywane na serwerach dostawcy usług hostingowych, co w istocie oznacza, że na trwałym nośniku (takim jak twardy dysk, serwer, macierz), tyle że niebędącym w fizycznym władaniu konsumenta. (...) Do kategorii takiej jak poczta elektroniczna powinno zaliczać się także usługi przesyłania krótkich wiadomości tekstowych w cyfrowych sieciach telefonii komórkowej i stacjonarnej (sms), komunikatory typu Gadu Gadu, MSN Messenger czy chat na Skype (w zakresie przesyłania tekstu) itd.”¹. Jeśli za trwały nośnik uznaje się pocztę elektroniczną to trwałym nośnikiem są również różnorakie narzędzia dostarczane przez rozwiązania „chmurowe”, gdzie informacje również są zapisane na trwałych nośnikach, takich jak dyski twarde czy serwery, nawet w przypadku, kiedy zapisujący nie wie gdzie one się znajdują lub gdy są one rozproszone.

Biorąc pod uwagę przywołaną definicję „trwałego nośnika” i dokonując wykładni językowej pojęcia „nośnik materialny”, przez „nośnik materialny” można rozumieć materiał lub narzędzie umożliwiające utrwalenie na nim treści cyfrowych. Powstaje jednak poważna wątpliwość czy pojęcie trwałego nośnika i materialnego nośnika są jednoznaczne. Wydaje się, że nie, że nośnik materialny nie obejmuje informacji zapisanych w szeroko pojętej poczcie elektronicznej czy w narzędziach chmurowych.

Dane, zgodnie z definicją powinny być zarówno „wytworzone”, jak i „dostarczone” w formie cyfrowej. Wytworzenie w formie cyfrowej nie oznacza jednakże wytworzenia pierwotnego. Innymi słowy, dane mogą mieć pierwotnie postać analogową, która poprzez dokonanie procesu cyfryzacji zyskuje postać cyfrową i staje się treścią cyfrową (choć w tym momencie brakuje jeszcze spełnienia przesłanki dostarczenia w formie cyfrowej). Przykładem może być utwór audiowizualny pierwotnie utrwalony na taśmie światłoczułej, który następnie został poddany digitalizacji.

Zatem treściami cyfrowymi niezapisanymi na nośniku materialnym są dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, udostępniane inaczej niż poprzez dostarczenie ich w formie utrwalonej za pomocą materiału lub narzędzia. W praktyce chodzi o ich przesył drogą elektroniczną, przewodowo lub bezprzewodowo i odbiór za pomocą urządzeń umożliwiających ich przetworzenie, przechowanie i odtworzenie.

Upk, podobnie jak dyrektywy 2011/83/UE (zob. Wytyczne DG ds. Sprawiedliwości dotyczące dyrektywy 2011/83/UE; dalej: Wytyczne)² nie stosuje się do treści cyfrowych dostępnych w sposób otwarty i powszechny w Internecie bez wyraźnego zawarcia umowy. Jak wskazano w Wytycznych „sam dostęp do strony internetowej czy pobranie z niej pliku nie może być traktowane jako „umowa”³.

¹ B. Kaczmarek-Templin (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, komentarz do art. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014.

² Wytyczne DG DS. Sprawiedliwości dotyczące dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Pobrano z: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_pl.pdf (11.10.2014).

³ Ibidem. s. 74.

III. Obowiązki informacyjne przedsiębiorcy

1. Uwagi wstępne

Obowiązki przedsiębiorcy w umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość uregulowane zostały w rozdziale 3 upk. Zgodnie z art. 12 ust. 1 upk najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową, przedsiębiorca ma obowiązek przekazać konsumentowi, o ile informacje te nie wynikają już z okoliczności, w sposób jasny i zrozumiały 12 kategorii informacji związanych z zawieraną umową. Wyłącznie do treści cyfrowych odnoszą się pkt 19 i 20 wskazanego przepisu.

2. Funkcjonalności i techniczne środki ochrony

Art. 12 ust. 1 pkt 19 mówi o obowiązku informacyjnym dotyczącym „funkcjonalności treści cyfrowych oraz technicznych środków ich ochrony”. Przepis ten został nieco inaczej sformułowany niż odpowiadający mu przepis art. 6 ust.1 pkt r dyrektywy 2011/83/UE. Różnica polega na tym, że dyrektywa mówi o „funkcjonalność treści cyfrowych, w tym również” mających zastosowanie technicznych środkach ich ochrony. Tak więc, o ile według przepisu dyrektywy techniczne środki ochrony treści cyfrowych mieszczą się w pojęciu funkcjonalności treści cyfrowych (są ich szczególnym rodzajem), to w polskiej regulacji, ze względu na użycie słowa „oraz”, funkcjonalność to pojęcie odrębne od technicznych środków ochrony. Jakkolwiek przepis dyrektywy wydaje się bardziej spójny i logiczny, to w praktyce różnica ta nie powinna mieć konsekwencji dla zakresu i rodzaju informacji podawanych przez przedsiębiorcę.

W motywie 19 wskazano, że funkcjonalność należy „odnosić do możliwych sposobów wykorzystywania treści cyfrowych, na przykład do śledzenia zachowania konsumenta”, a także „do braku lub do istnienia jakichkolwiek ograniczeń technicznych, takich jak ochrona za pośrednictwem zarządzania prawami autorskimi do treści cyfrowych lub kodowania regionalnego”.

Pojęcie funkcjonalności zostało zilustrowane w Wytycznych kilkoma przykładami. Wskazano jednocześnie, że „mając na uwadze ogromne zróżnicowanie treści cyfrowych, niemożliwe wydaje się podanie wyczerpującej listy parametrów funkcjonalności i interoperacyjności, które odnosiłyby się do wszystkich produktów cyfrowych”⁴. To na przedsiębiorcy spoczywa odpowiedzialność za wybór takich informacji, które są potrzebne konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji o zakupie treści cyfrowych. Przykłady wskazane w Wytycznych to m.in.:

- 1) język treści i ewentualnych instrukcji;
- 2) sposób dostarczenia treści;
- 3) czas odtwarzania treści, np. w przypadku plików dźwiękowych czy wideo;
- 4) typ i rozmiar pliku przeznaczonego do pobrania i zawierającego treści cyfrowe;
- 5) informacja dotycząca aktualizacji produktu;
- 6) warunki dotyczące korzystania z produktu niezwiązane bezpośrednio z interoperacyjnością, takie jak śledzenie lub personalizacja; konieczność „bycia on-line” dla korzystania z treści czy minimalne wymagania techniczne dla połączenia internetowego;
- 7) wszelkie ograniczenia dotyczące korzystania z produktu, w tym ograniczenia wynikające z warunków udzielanej licencji, a także „wszelkie funkcjonalności, z których skorzystanie

⁴ Ibidem, s. 77.

zależy od dokonania dodatkowego zakupu, na przykład treści płatnych, członkostwa w klubie lub dodatkowego sprzętu lub oprogramowania”.

Pamiętać trzeba, że wskazane w Wytycznych wyliczenie ma charakter wyłącznie pogładowy. W szczególności Wytyczne nie wskazują przykładów technicznych środków ochrony treści cyfrowych. Mogą nimi być systemy DRM (Digital Rights Management), kodowanie regionalne czy cyfrowe znaki wodne. Nie znajduje jednak, w mojej ocenie, podstawy w przepisach pogląd, zgodnie z którym „Przedsiębiorcy dostarczający konsumentowi treści cyfrowe muszą (...) informować go o odpowiedzialności karnej i cywilnej za nieuprawnione korzystanie z tych treści”⁵. Tego rodzaju informacja może być dodana przez przedsiębiorcę, ale nie jest wymagana przez przepisy prawa.

Dodać należy, że każdy rodzaj treści cyfrowych w powiązaniu ze sposobem ich oferowania i udostępniania charakteryzować się będzie innym rodzajem informacji dotyczących funkcjonalności, jakich należy udzielić. Przykładowo, różnić może się zakres informacji dotyczących tego samego filmu fabularnego udostępnianego za opłatą w systemie VOD w zależności od platformy sprzedaży. Jeśli oferowanie i udostępnienie tego filmu następuje w ramach internetowego serwisu wideo na życzenie, który jest otwarty dla szerokiego kręgu odbiorców, być może potrzebna jest informacja, że film został zabezpieczony przed sporządzeniem jego kopii. Taka informacja zapewne nie będzie potrzebna, jeśli film oferowany jest w ramach zamkniętej (tj. kierowanej wyłącznie do abonentów) platformy sprzedażowej przygotowanej przez operatora telekomunikacyjnego czy operatora telewizji płatnej (przewodowej bądź satelitarnej), w sytuacji w której operator zawarł z abonentem umowę ramową, w której określił warunki dotyczące możliwości lub braku możliwości utrwalania pobieranych filmów.

3. Interoperacyjność

Kolejny, ze wskazanych wyżej przepisów dotyczących obowiązków informacyjnych, odnoszący się wyłącznie do treści cyfrowych, to art. 12 ust. 1 pkt 20 upk wskazujący na obowiązek informacyjny w zakresie „mających znaczenie interoperacyjności treści cyfrowych ze sprzętem komputerowym i oprogramowaniem, o których przedsiębiorca wie lub powinien wiedzieć”. Odpowiada on zasadniczo przepisowi art. 6 ust. 1 lit. s) dyrektywy 2011/83/UE. Do interoperacyjności odnosi się motyw 19 dyrektywy 2011/83/UE, zgodnie z którym „pojęcie mającej znaczenie interoperacyjności ma opisywać informacje dotyczące standardowego sprzętu i oprogramowania komputerowego, z którym treści cyfrowe są kompatybilne, na przykład: system operacyjny, wymagana wersja oraz pewne cechy sprzętu komputerowego”. „Interoperacyjność oznacza zdolność do komunikacji, wykonywania programów lub przekazywania danych między różnymi elementami funkcjonalnymi”⁶. Tak więc obowiązek poinformowania o interoperacyjności treści cyfrowych ze sprzętem komputerowym i oprogramowaniem sprowadza się do poinformowania konsumenta, na jakiego rodzaju sprzęcie i z użyciem jakiego oprogramowania będzie mógł prawidłowo skorzystać z oferowanych treści cyfrowych.

Literalne brzmienie komentowanego przepisu upk oraz dyrektywy 2011/83/UE mówi o interoperacyjności „ze sprzętem komputerowym”, przez który można rozumieć komputery (stacjonarne i przenośne) wraz z urządzeniami peryferyjnymi. Być może do sprzętu komputerowego zaliczyć

⁵ B. Kaczmarek-Templin (red.), *Ustawa o prawach...*, komentarz do art. 8.

⁶ Ibidem.

można również tablety. Jednakże treści cyfrowe mogą być odbierane także przez inne rodzaje urządzeń, które trudno nazwać „sprzętem komputerowym”, takie jak smartfony lub proste telefony komórkowe, czytniki e-booków, cyfrowe odtwarzacze muzyczne, konsole do gier, tzw. set-top-boxy telewizyjne czy telewizory. Biorąc pod uwagę, że zasadniczym celem upk jest ochrona konsumentów, a celem omawianego przepisu jest dostarczenie konsumentowi wyczerpującej informacji o produkcie lub usłudze (tu o oferowanej treści cyfrowej), to w mojej ocenie dla interpretacji przepisu art. 12 ust. pkt 20 upk należy zastosować wykładnię celowościową i rozszerzającą. Przedsiębiorca powinien zatem podawać informacje dotyczące interoperacyjności treści cyfrowych nie tylko z wąsko pojmowanym sprzętem komputerowym, lecz także z każdym sprzętem zwykle przeznaczonym do odbioru konkretnie oferowanych treści cyfrowych.

4. Jednorazowe podanie informacji

Wymóg podawania informacji o interoperacyjności oferowanych treści cyfrowych jest uzasadniony i zrozumiały w sytuacji, kiedy treści te oferowane są w otwartych systemach. Powstaje jednak pytanie: czy każdorazowe podawanie tego rodzaju informacji jest konieczne w systemach zamkniętych. Przykładem może być system sprzedaży treści audiowizualnych (filmów w systemie na żądanie albo dostępu do sprawozdań z wydarzeń sportowych w systemie *pay-per-view*) oferowanych wyłącznie swoim abonentom przez operatora telewizji cyfrowej za pomocą set-top-boxa (dekodera) i interfejsu wyświetlanego na ekranie telewizora. Takie treści mogą być odbierane wyłącznie za pomocą systemu teleinformatycznego dostarczonego przez dostawcę usługi, konieczne jest również użycie dostarczonego przez dostawcę usługi sprzętu (wspomnianego dekodera, a także np. routera lub anteny satelitarnej). Wie o tym każdy przeciętny konsument, w szczególności korzystający już wcześniej z usług danego dostawcy usług. Innym przykładem jest sprzedaż e-booków wyłącznie w jednym formacie dla odbiorców posiadających sprzęt lub oprogramowanie danego dostawcy. Model taki stosuje np. Amazon.

Art. 12 ust. 1 upk każe przedsiębiorcy poinformować konsumenta o cechach transakcji lub oferowanej usługi lub towaru „najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową”. Biorąc pod uwagę naturę przywołanych wyżej modeli sprzedaży treści cyfrowych w systemach „zamkniętych” oraz literalne brzmienie wskazanego przepisu można postawić tezę, że konsument nie musi być informowany przy zawieraniu każdej umowy (z zastrzeżeniem przepisu art. 17 ust. 1 upk, o którym mowa w dalszej części artykułu). Uprawnione jest moim zdaniem twierdzenie, że wystarczy jednokrotne przekazanie konsumentowi informacji, o których mowa w art. 12 ust. 1, w tym informacji dotyczących funkcjonalności, interoperacyjności oraz technicznych środków ochrony treści cyfrowych. Przekazanie takich informacji może przykładowo nastąpić w momencie zakładania konta w danym serwisie internetowym lub zawarcia umowy ramowej i niekoniecznie musi być jednoczesne z zawieraniem umowy. Ta ostatnia czynność może być odłożona w czasie w stosunku do dwóch pierwszych. Istotne jest jednak, aby informacje, jakie muszą być przekazane konsumentowi, nie zmieniły się do chwili zawierania przez niego umowy z przedsiębiorcą. Jeśli od momentu przekazania konsumentowi przez przedsiębiorcę wymaganych prawem informacji do chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową nastąpiły zmiany dotyczące przedmiotowych informacji, przedsiębiorca ma obowiązek przekazać konsumentowi te nowe, zmienione informacje.

Powyższe rozważania należy jednakże uzupełnić uwagą dotyczącą postanowienia art. 17 ust. 1 upk, zgodnie którym w przypadku umowy zawieranej na odległość, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (a więc typowym modelu, w jakim oferowane są treści cyfrowe), która nakłada na konsumenta obowiązek zapłaty, przedsiębiorca jest obowiązany przekazać konsumentowi określone informacje „bezpośrednio przed złożeniem przez konsumenta zamówienia”, a więc w praktyce każdorazowo przy składaniu zamówienia. W takim wypadku nie wystarczy jednokrotne przekazanie informacji, o jakim była mowa wyżej. Jednakże zakres informacji, jakie mają być podawane bezpośrednio przy składaniu zamówienia jest ograniczony do wymienionych w art. 12 ust. 1 pkt 1, 5, 16 i 17 (pkt 1 – główne cechy świadczenia; pkt 5 – cena; pkt 16 – czas trwania umowy lub sposób i przesłanki jej wypowiedzenia; pkt 17 – minimalny czas trwania zobowiązań konsumenta wynikających z umowy).

5. Sposób udzielenia informacji

Dla zawierania umów na odległość o dostarczanie treści cyfrowych istotne znaczenie mają postanowienia art. 14 ust. 2 upk w zbiegu z postanowieniami art. 19 upk. Zgodnie z art. 14 ust. 2 upk przedsiębiorca ma obowiązek udzielić informacji wymaganych w art. 12, „w sposób odpowiadający rodzajowi użytego środka porozumiewania się na odległość, w sposób czytelny i wyrażonych prostym językiem”. Art. 19 upk mówi z kolei, że „jeżeli właściwości techniczne użytego środka porozumiewania się na odległość ograniczają rozmiar możliwych do przekazania informacji lub czas na ich przedstawienie, przedsiębiorca ma obowiązek przekazać konsumentowi przed zawarciem umowy” wyłącznie najważniejsze informacje wskazane w tym przepisie, a pozostałe zgodnie z art. 14 ust. 2.

Art. 19 upk znajduje zastosowanie, przykładowo, w przypadku komunikatów przesyłanych SMS-em czy przy prezentacji treści w aplikacjach mobilnych, które z uwagi na rozmiar ekranów, na jakich mają być wyświetlane uniemożliwiają pełną prezentację wymaganych prawem informacji. Innym przykładem zastosowania art. 19 mogą umowy zawierane przez telefon, gdzie choć istnieje teoretyczna możliwość przedstawienia wszystkich wymaganych informacji, to przekraczają one granice wytrzymałości przeciętnego konsumenta. Znajduje to swoje potwierdzenie w brzmieniu odpowiedniego przepisu dyrektywy 2011/83/UE (art. 8 ust. 4), gdzie wskazano, że przedsiębiorca może przekazać ograniczony zakres informacji także w przypadku, kiedy środek porozumiewania się na odległość, za pomocą którego zawierana jest umowa, charakteryzuje się ograniczonym czasem na przedstawienie informacji. Trzeba jednak w tym miejscu wskazać, że w przypadku zawierania umów przez telefon zastosowanie będą również miały przepisy art. 20 upk, regulujące potwierdzanie zawarcia takiej umowy, których omówienie wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

IV. Prawo do odstąpienia od umowy

Należy wyraźnie stwierdzić, że w przypadku sprzedaży treści cyfrowych niezapisanych na nośniku materialnym, których sprzedaż, z natury rzeczy, odbywa się na odległość, niemal zawsze konsument chce mieć natychmiastowy dostęp do oferowanych treści. Dotyczy to zarówno zakupu materiałów wideo w systemie na żądanie, książek lub prasy w elektronicznej formie czy aplikacji komputerowych, a szczególnie dostępu do materiałów wideo udostępnianych w streamingu, takich jak relacje na żywo z wydarzeń sportowych. W przypadku, kiedy treści te nie są dostępne

w sposób łatwy i „natychmiast”, konsument niejednokrotnie rezygnuje z legalnego dostępu do treści na rzecz kanałów nielegalnych, tzw. pirackich⁷. Dlatego też, mając na uwadze troskę o rozwój innowacyjnych, kreatywnych sektorów gospodarki opartej na wiedzy, prawodawca europejski i polski powinni dbać o to, aby, zachowując oczywiście odpowiedni poziom ochrony konsumenta, sposób zakupu legalnych treści cyfrowych był prosty i szybki. Wydaje się, że regulacje dyrektywy 2011/83/UE, a za nią upk, nie spełniają tego wymogu, czego dowodem są zaprezentowane niżej przepisy dotyczące prawa odstąpienia od umowy przy sprzedaży treści cyfrowych niezapisanych na nośnikach materialnych na odległość, których realizacja jest skomplikowana, czasochłonna i kłopotliwa zarówno dla przedsiębiorcy, jak i konsumenta.

Upk zawiera wiele przepisów wzmacniających pozycję konsumenta w zakresie jego praw związanych z odstąpieniem od umowy. Jednakże art. 38 upk enumeratywnie wymienia umowy, w odniesieniu do których, o ile zostały one zawarte poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość, prawo odstąpienia konsumentowi nie przysługuje. Wśród nich w pkt 13 wymieniono treści cyfrowe. Dotyczy to wyłącznie treści cyfrowych niezapisanych na nośniku materialnym, „jeżeli spełnianie świadczenia rozpoczęło się za wyraźną zgodą konsumenta przed upływem terminu do odstąpienia od umowy i po poinformowaniu go przez przedsiębiorcę o utracie prawa odstąpienia od umowy”.

Przepis upk różni się od odpowiedniego przepisu dyrektywy 2011/83/UE (art. 16 lit. m) dwoma postanowieniami. Przede wszystkim dyrektywa mówi o „trwałym” nośniku, a nie nośniku „materialnym”. Jak wskazałem na początku niniejszego artykułu zakres przedmiotowy nośnika „materialnego” jest węższy niż nośnika „trwałego”. Jednakże ze względu na sposób sformułowania przepisu art. 38 pkt 13 ta różnica terminologiczna nie wydaje się mieć znaczenia. Wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony, iż sformułowanie o trwałym nośniku w art. 16 lit. m) polskiej wersji językowej dyrektywy jest wynikiem błędu w tłumaczeniu tekstu dyrektywy. Tekst angielski mówi bowiem o *tangible medium*, wersja niemiecka o *einem körperlichen Datenträger*, a zatem do wersji polskojęzycznej wkraść się ewidentny błąd. Przy prawidłowym tłumaczeniu dyrektywy na język polski pomiędzy analizowanym przepisem dyrektywy a przepisem upk nie powinno być w tym zakresie różnicy.

Druga różnica polega na tym, że art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83/UE wymaga, aby konsument „przyjął do wiadomości” utratę przysługującego mu prawa do odstąpienia od umowy. Tymczasem zgodnie z art. 38 pkt 13 wystarcza, aby przedsiębiorca poinformował konsumenta o utracie przysługującego mu prawa do odstąpienia od umowy. Jest to różnica subtelna, mogąca jednakże skutkować daleko idącymi konsekwencjami. Dyrektywa wskazuje bowiem na wymagany stan wiedzy konsumenta, a upk na wymagane działania przedsiębiorcy. Przy ewentualnym sporze o wiele łatwiej będzie przedsiębiorcy wykazać, że dopełnił obowiązku poinformowania konsumenta, niż gdyby miał wykazywać, że konsument faktycznie przyjął daną informację do wiadomości. Tak więc regulacja upk jest bardziej precyzyjna i oparta na bardziej obiektywnym kryterium niż odpowiadająca jej regulacja dyrektywy 2011/83/UE.

Jak wskazano w Wytocznych⁸, aby uznać, że zgoda konsumenta (oraz przyjęcie przez niego do wiadomości) jest wyraźna, konsument musi podjąć działanie, na przykład zaznaczyć pole na

⁷ Analiza wpływu zjawiska piractwa treści wideo na gospodarkę w Polsce, Raport PWC, s. 42 i nast. Pobrano z: <http://www.pwc.pl/pl/publikacje/piractwo/index.jhtml> (16.10.2014).

⁸ Wytoczne, s. 75.

stronie internetowej przedsiębiorcy. Wyrażenie zgody i przyjęcie do wiadomości utraty prawa do odstąpienia poprzez zastosowanie domyślnie zaznaczonego pola lub zaakceptowanie warunków ogólnych najprawdopodobniej nie będzie stanowiło spełnienia wymagań określonych w art. 16 lit. m). Zgoda musi być również wyraźna, a więc jednoznacznie wyrażona przez konsumenta, także w przypadku zawierania umowy przez telefon (np. poprzez złożenie oświadczenia lub pozytywną odpowiedź na jasno i zrozumiale zadane pytanie) lub przez szeroko rozumianą pocztę elektroniczną, w tym sms. Przykładowo w tym ostatnim przypadku przesłanka wyraźnej zgody zostanie spełniona, jeżeli w treści „zamówienia” znajdzie się komunikat, np. „wykonaj natychmiast” albo „dostarcz teraz”. Niedopuszczalne jest wyrażenie przez konsumenta zgody w sposób domyślny.

Jednakże samo wyraźne wyrażenie zgody przez konsumenta nie jest jeszcze wystarczające, aby uznać, że pozbawił się on skutecznie prawa do odstąpienia od umowy. Zgodnie bowiem z art. 21 ust. 1 pkt 2 upk przedsiębiorca jest obowiązany potwierdzić konsumentowi otrzymanie zgody na dostarczenie treści cyfrowych w okolicznościach powodujących utratę prawa odstąpienia od umowy. Potwierdzenie to musi być dokonane na trwałym nośniku. W praktyce odnosi się to przede wszystkim do szeroko pojętej poczty elektronicznej, tj. zarówno e-maili, jak i sms-ów czy użycia innego rodzaju komunikatorów, ale również za pomocą komunikatów przesłanych przez przedsiębiorcę i wyświetlanych przez konsumenta na terminalu, za pomocą którego konsument będzie odbierał zakupione treści cyfrowe (przykładowo potwierdzenie przesyłane jest za pomocą interfejsu telewizji cyfrowej do dekodera telewizyjnego i wyświetlane na ekranie telewizora).

Konsekwencje niedopełnienia przez przedsiębiorcę obowiązków wskazanych wyżej są poważne, gdyż w takich przypadkach, zgodnie z art. 36 pkt 2 upk konsument nie ponosi kosztów dostarczania treści cyfrowych, niezapisanych na nośniku materialnym.

V. Podsumowanie

Reżim prawny wprowadzony dyrektywą 2011/83/UE, a za nią upk, ma na celu zwiększenie ochrony konsumentów i ujednoczenie zasad tej ochrony na całym obszarze UE. W odniesieniu do sprzedaży na odległość treści cyfrowych nieutralizowanych na nośnikach materialnych cel ten starano się osiągnąć bez zachowania zasady proporcjonalności. Wprowadzane zasady zbytnio komplikują proces sprzedaży treści cyfrowych. Zachodzi obawa, że przedsiębiorcy UE oferujący tego rodzaju treści będą nie tylko mniej konkurencyjni w stosunku do podmiotów działających nielegalnie (oferujących treści pirackie), lecz także w stosunku do konkurentów spoza UE, szczególnie z USA. Ponadto może okazać się, że zwiększenie ochrony konsumenta jest iluzoryczne. Zakres informacji, jakie muszą być konsumentowi dostarczone zdaje się przekraczać percepcję przeciętnego konsumenta. Dlatego też szczególnie ważne dla dalszego rozwoju sektora gospodarki internetowej, oferującej treści cyfrowe, będzie przyszła praktyka orzecznicza organów ochrony konsumentów i sądów. Powinna ona bowiem uwzględniać cały kontekst gospodarczo-społeczny oferowania na odległość treści cyfrowych nieutralizowanych na nośnikach materialnych.