

Wpływ dyrektywy 2019/770 na umowy licencyjne o korzystanie z oprogramowania zawierane z konsumentami

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Konsumenty a prawo autorskie
- III. Umowy licencyjne zawierane z konsumentami
- IV. Licencje użytkownika a przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy 2019/770
 1. Treści cyfrowe i usługi cyfrowe
 2. Umowy objęte dyrektywą 2019/770
- V. Licencje użytkownika w łańcuchu transakcji
- VI. Zakres udzielonej licencji a odpowiedzialność dostawcy treści cyfrowych
- VII. Ograniczenia licencyjne naruszające obiektywne wymogi zgodności
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Dyrektywa 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych nie wpływa na prawo unijne i krajowe dotyczące praw autorskich i praw pokrewnych. Zakres zastosowania dyrektywy obejmuje jednak treści cyfrowe, które niemal zawsze podlegają ochronie prawnoautorskiej. W konsekwencji przewidziane w dyrektywie obowiązki przedsiębiorcy dostarczającego treści cyfrowe mają – w zależności od podmiotów uczestniczących w udostępnianiu treści cyfrowych – bezpośredni lub pośredni wpływ na sytuację prawną stron umów autorskich zawieranych w obrocie konsumenckim. W artykule podjęto próbę ustalenia czy i w jakich okolicznościach dyrektywa 2019/770 może znaleźć zastosowanie do umów licencyjnych, kto ponosi odpowiedzialność za zakres licencji oraz jakie zasadne oczekiwania konsumenta mogą wpływać na zakres zezwolenia licencyjnego w licencjach na oprogramowanie.

Słowa kluczowe: prawo autorskie; program komputerowy; licencja; ochrona konsumenta; odpowiedzialność kontraktowa; zgodność z umową; dyrektywa 2019/770; treści cyfrowe; usługi cyfrowe.

JEL: K12, K15, K24

* Doktor nauk prawnych; radca prawny; partner w kancelarii Maruta Wachta sp.k.; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0999-780X>.

I. Wprowadzenie

Obszarem, na którym problematyka prawa autorskiego przecina się z zagadnieniami ochrony konsumenta są umowy dotyczące treści cyfrowych. Treści cyfrowe, w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje prawo unijne i przepisy krajowe, to zazwyczaj kopie wytworów chronionych prawem autorskim lub prawami pokrewnymi, a czynności podejmowane przez konsumentów w związku z nabyciem tych treści, ich odtwarzaniem, przechowywaniem lub odsprzedają ingerują w zakres autorskich praw majątkowych. W związku z tym powszechną praktyką jest zawieranie pomiędzy użytkownikami treści cyfrowych a podmiotami praw autorskich umów licencyjnych, regulujących zakres dozwolonego korzystania z treści cyfrowych. Takie umowy licencyjne pozostają w różnym związku z regulowanymi dyrektywą 2019/770¹ umowami o dostarczenie treści cyfrowych. Wpływają jednak na sytuację prawną konsumenta i użyteczność nabytych przez niego treści cyfrowych. W konsekwencji może na nie oddziaływać dyrektywa 2019/770 i to zarówno w przypadku, w którym strona takiej umowy (licencjodawca) dostarcza na jej podstawie treści cyfrowe konsumentowi, jak i wówczas, gdy treści cyfrowe dostarczane są przez podmiot niebędący licencjodawcą.

W artykule podjęto próbę ustalenia czy i w jakich okolicznościach dyrektywa 2019/770 może znaleźć zastosowanie do umów licencyjnych, kto ponosi odpowiedzialność za zakres licencji oraz jakie zasadne oczekiwania konsumenta mogą wpływać na zakres zezwolenia licencyjnego w licencjach na oprogramowanie. Odrębne potraktowanie treści cyfrowych w postaci oprogramowania uzasadnia zarówno powszechność, jak i jasne podstawy prawne praktyki zawierania umów licencyjnych mających za przedmiot takie treści cyfrowe. Względy czytelności zadecydowały o ograniczeniu wywodu do prawa unijnego, jedynie z niezbędnymi odniesieniami do krajowych przepisów i orzecznictwa. Pominięte zostały również zagadnienia związane z dyrektywą 2019/771², która – choć w wielu aspektach przyjmuje rozwiązania podobne do dyrektywy 2019/770 – dotyczy jednak innych instytucji prawnych, przede wszystkim ze względu na silny związek z przepisami dotyczącymi sprzedaży.

II. Konsument i prawo autorskie

Jednym z podstawowych celów prawa autorskiego jest zapewnienie twórcy możliwości czerpania korzyści z jego pracy. Z tego względu uwaga prawodawców i doktryny przez wiele dekad rozwoju tej dziedziny prawa koncentrowała się na relacji pomiędzy twórcą a podmiotem, który dokonuje ekonomicznej eksploatacji dzieła, głównie przez komunikowanie tego dzieła publiczności. Treścią autorskich praw majątkowych obejmowano wyłącznie czynności, które są istotne dla uprzystępnienia dzieła odbiorcom (jak zwielokrotnienia polegające na wytworzeniu materialnych przedmiotów – egzemplarzy zdalnych do udostępnienia publiczności przez sprzedaż, użyczenie lub najem). Konsekwentnie umowy z zakresu praw autorskich, w tym umowy licencyjne, postrzegano jako umowy pomiędzy producentami treści, takimi jak autorzy i inne podmioty praw autorskich, oraz pośrednikami, takimi jak wydawcy, nadawcy, kina, biblioteki lub instytucje edukacyjne, co widać choćby w dążeniu do wzmocnienia pozycji kontraktowej twórców, traktowanych jako strukturalnie

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczenie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. U. UE. L. 2019 Nr 136, s. 1 z późn. zm.); dalej: dyrektywa 2019/770.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz. U. UE. L. 2019 Nr 136, s. 28 z późn. zm.).

słabsza strona umowy. Za mniej istotne dla interesów twórcy uważano natomiast czynności podejmowane w stosunku do dzieła przez jego ostatecznych odbiorców, takie jak przeczytanie książki, obejrzenie filmu, odtwarzanie muzyki w gronie znajomych lub przepisanie fragmentu artykułu w bibliotece. Znajdywały one uzasadnienie w dozwolonym użytku, przede wszystkim użytku prywatnym, a także – co może bardziej istotne – pozostawieniu odbioru, tj. pasywnej percepcji, zapoznania się z dziełem, poza zakresem treści majątkowych praw autorskich (Barta i Markiewicz, 1998, s. 198; Helberger i Hugenholtz, 2007, s. 1065). Dlatego ani uprawnieni nie mieli powodu, żeby udzielać odbiorcom końcowym licencji, ani owym odbiorcom takie licencje nie były do niczego potrzebne. Nie było więc miejsca na umowy licencyjne zawierane z konsumentami.

Zmiany przyniosło dopiero upowszechnienie się cyfrowych sposobów korzystania z utworów. Łatwość reprodukcji utworów w środowisku cyfrowym, idealna jakość cyfrowych kopii i znikomy koszt ich uzyskania spowodowały, że zwielokrotnienia dokonywane przez odbiorców końcowych zaczęły istotnie ważyć na interesach ekonomicznych uprawnionych. Wymusiło to poszerzenie treści praw wyłącznych, przede wszystkim prawa zwielokrotniania. Dlatego w dyrektywie 2009/24/WE w sprawie prawnej ochrony programów komputerowych³ oraz dyrektywie 2001/29/WE o prawie autorskim w społeczeństwie informacyjnym⁴ zwielokrotnianie rozumiane jest maksymalnie szeroko jako w zasadzie każda czynność reprodukcji w znaczeniu technicznym, niezależnie od tego czy ma ona charakter trwały, czy czasowy, oraz czy obejmuje całość utworu, czy tylko jego część. Tak szerokie ujęcie prawa zwielokrotniania oznacza, że obejmuje ono obecnie czynności, do jakich z przyczyn technicznych dochodzi w każdym przypadku użycia utworu za pomocą urządzenia cyfrowego (np. w związku z wprowadzeniem do pamięci operacyjnej, umieszczeniem w pamięci podręcznej, wyświetleniem na ekranie lub zapisaniem w pamięci masowej urządzenia), nawet jeżeli czynności te są podejmowane tylko w celu zaspokojenia własnych potrzeb użytkownika. Bez zwielokrotniania, choćby tylko tymczasowego, nie sposób wyświetlić e-booka na przeznaczonym do tego czytniku, odsłuchać muzyki na smartfonie, obejrzeć filmu na tablecie (Spindler, 2021, s. 112), a także zainstalować i uruchomić programu komputerowego. Skutkiem poszerzenia treści autorskich praw majątkowych jest więc pojawienie się obszaru, na którym potencjalnie mogą zaistnieć umowy pomiędzy podmiotami praw autorskich a konsumentami.

III. Umowy licencyjne zawierane z konsumentami

Poszerzenie treści autorskich praw majątkowych na czynności konieczne do jakiegokolwiek użycia utworu za pomocą urządzenia cyfrowego nie oznacza automatycznie, że udzielenie licencji użytkownikowi końcowemu jest niezbędne w każdym przypadku, w którym użytkownikowi temu jest udostępniana jest kopia utworu. Prawodawca starał się bowiem na ogół łagodzić skutki ekspansji praw wyłącznych, dostosowując wyjątki i ograniczenia (dozwolony użytek) do nowej treści tych praw. Środki przyjęte do tego celu w poszczególnych dyrektywach z zakresu prawa autorskiego są jednak różne.

W dyrektywie 2001/29/WE o prawie autorskim w społeczeństwie informacyjnym jest to przede wszystkim obligatoryjny wyjątek przewidziany art. 5 ust. 1 lit. b). Zezwala on, pod pewnymi

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Wersja skodyfikowana) (Dz. U. UE. L. 2009 Nr 111, s. 16); dalej: dyrektywa 2009/24/WE.

⁴ 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. U. UE. L. 2001 Nr 167, s. 10 z późn. zm.); dalej: dyrektywa 2001/29/WE.

warunkami, na tymczasowe akty reprodukcji, które mają na celu wyłącznie umożliwienie „legalnego korzystania” z utworu. W granicach tego przepisu mieszczą się np. zwielokrotnienia, do jakich dochodzi podczas przeglądania stron internetowych⁵ lub odtwarzania płyty DVD w przeznaczonym do tego urządzeniu. Wyjątek ten uzupełnia art. 5 ust. 2 lit. b), który pozwala na jakiegokolwiek zwielokrotnienia przez osobę fizyczną do prywatnego użytku z wyłączeniem celów bezpośrednio lub pośrednio handlowych (tzw. użytek prywatny). W tych granicach mieści się np. umieszczenie e-booka w urządzeniu przeznaczonym do jego odczytu, wykonanie kopii zapasowej pliku lub jego przeniesienie na inne urządzenie. Przy ocenie spotykanych w praktyce umów zawieranych z użytkownikami końcowymi ujawniają się jednak niedostatki harmonizacji prawa autorskiego w UE. Przede wszystkim użytek prywatny ma w dyrektywie 2001/29/WE charakter fakultatywny i nie musi być implementowany przez państwa członkowskie. Mogą go też ograniczać zastosowane przez uprawnionego techniczne zabezpieczenia utworów (Spindler, 2021, s. 113). Ponadto sama ochrona zabezpieczeń technicznych nie została implementowana w sposób jednolity, szczególnie w relacji do dozwolonego użytku (van Eechoud i in., 2009, s. 164). Wreszcie w państwach członkowskich UE zaobserwować można różne podejście do umów zawieranych w zakresie dozwolonego użytku, zmierzających do jego kontraktowego „obejścia” i nałożenia na użytkownika pewnych ograniczeń w korzystaniu z utworu, mimo że na takie korzystanie dozwala prawo (Guibault, 2002, s. 214). W konsekwencji np. w prawie polskim czynności podejmowane przez użytkowników końcowych, którzy korzystają z cyfrowych kopii utworów, takich jak e-booki, nagrania muzyczne czy filmy, w celu zawodowym lub zarobkowym znajduje pokrycie w przepisach o dozwolonym użytku (Targosz i Wyrwiński, 2015, s. 26), a skuteczność narzucanych przez uprawnionych kontraktowych ograniczeń korzystania przez takich użytkowników z utworów może być kwestionowana (Gienas, 2009a, s. 17; 2009b, s. 65). Natomiast w części państw członkowskich pełne wykorzystanie utworów w środowisku cyfrowym przez konsumentów może więc wymagać licencji (Kuschel i Rostam, 2020, s. 394; Spindler, 2021, s. 114), choć trudno tu mówić o jednolitości czy ustabilizowaniu praktyki obrotu⁶.

Pewniejsze podstawy prawne ma praktyka licencjonowania programów komputerowych. Art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24/WE zezwala na zwielokrotnianie i wprowadzanie zmian do programu komputerowego w zakresie, w jakim jest to niezbędne do użycia programu przez jego uprawnionego nabywcę zgodnie z zamierzonym celem. Odwołanie się przez prawodawcę unijnego do „zamierzonego celu” udostępnienia pozwala uwzględnić pewne racjonalne oczekiwania nabywców (Okoń, 2022, s. 345; Spindler, 2021, s. 113), a ponadto – jak wyjaśnia motyw 13 dyrektywy – niektóre czynności prowadzące do zwielokrotnienia programu („ładowanie i uruchamianie konieczne do użycia kopii”) nie mogą być umownie zabronione. Jednak zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24/WE, zwielokrotnianie i wprowadzanie zmian do programu jest uzależnione od „braku szczególnych przepisów umownych”. W świetle wyroku TS w sprawie C-13/20

⁵ Zob. wyr. TS z 05.06.2014 r., C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd przeciwko Newspaper Licensing Agency Ltd i in.*, ECLI:EU:C:2014:1195.

⁶ Brak takiej jednolitej praktyki wykazuje m.in. analiza regulaminów polskich podmiotów oferujących e-booki. Przykładowo regulamin Publio (<https://www.publio.pl/regulamin.html>, 30.10.2022) przewiduje, że podstawą korzystania z treści cyfrowej przez użytkownika są przepisy o dozwolonym użytku i nie jest udzielana jakakolwiek licencja na korzystanie z tych treści. Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w regulaminie Legmi (<http://files.legimi.com/static/terms/pl/regulamin-swiadczenia-uslug.pdf>, 30.10.2022). Natomiast regulamin Woblink (https://woblink.com/uploads/regulamin/Regulamin%20Woblink_2022-05-10.pdf, 30.10.2022) przewiduje licencję na korzystanie z treści cyfrowych udzielaną przez operatora serwisu lub podmiot oferujący treść cyfrową. Z kolei regulamin Virtualo reguluje zakres dozwolonego korzystania z treści cyfrowych, unika jednak określenia „licencja”, a treść postanowień zdaje się w głównej mierze odtwarzać przepisy prawa autorskiego.

*Top System*⁷ art. 5 ust. 1 w zw. z motywem 13 dyrektywy 2009/24/WE należy interpretować w ten sposób, że choć uprawniony nie może całkowicie zakazać w umowie tych czynności zwielokrotniania lub wprowadzania zmian, które są niezbędne do użycia programu zgodnie z zamierzonym celem, to może on w umowie doprecyzować zakres czynności dozwolonych licencjobiorcy (Okoń, 2022, s. 365). Mimo pewnych ograniczeń art. 5 ust. 1 pozostawia więc znaczący zakres swobody uprawnionemu, który może określić w umowie zakres dozwolonego korzystania z programu pod względem czasu, terytorium, metryk ilościowych (np. liczby stanowisk komputerowych, na których zostanie zainstalowany program, liczby użytkowników i innych podobnych parametrów), a także – choć to już obszar pewnych kontrowersji – celu korzystania z oprogramowania, takiego jak cel niekomercyjny lub edukacyjny (Widła, 2020, s. 233–241). Zawieranie przez uprawnionych umów licencyjnych z konsumentami jest więc w przypadku oprogramowania uzasadnione.

Tego rodzaju umowy, określane powszechnie jako licencje użytkownika końcowego (*End-User License Agreements* – EULA), są praktyką powszechną na tyle, że w zasadzie zawsze, gdy konsument nabywa oprogramowanie na nośniku, takim jak płyta CD lub DVD albo w postaci elektronicznej kopii pobieranej na jego urządzenie, jest zmuszany do zaakceptowania licencji użytkownika końcowego w postaci „warunków korzystania” lub „warunków licencji” producenta przed rozpoczęciem korzystania z programu (Kuschel i Rostam, 2020, s. 394). Akceptacja tych warunków kiedyś następowała najczęściej przez zdarcie przez użytkownika końcowego folii z opakowania zawierającego nośniki z oprogramowanie (tzw. umowy *shrink-wrap*), obecnie najbardziej rozpowszechnione jest kliknięcie określonego przycisku przed rozpoczęciem korzystania z programu (*click-wrap*). Poglądy na skuteczność zawieranych w ten sposób umów są podzielone. W polskiej doktrynie uznaje się je na ogół za prawnie wiążące, jeżeli użytkownik miał możliwość zapoznania się z ich treścią przed dokonaniem czynności uznawanej za złożenie oświadczenia woli o zawarciu umowy (Kot, 2006, s. 149; Krochmal-Węgrzyn, 2004, s. 46; Traple, 2010, s. 277). Z kolei w niemieckiej nauce prawa często wyraża się wątpliwość, czy w ten sposób ogóle może dojść do związania użytkownika końcowego warunkami umowy narzucanymi przez producenta oprogramowania (Grützmacher, 2019; Marly, 2004, s. 213; Spindler, 2021, s. 114). Zarazem jednak praktyka sądowa nie dostarcza dostatecznie jednoznacznych przykładów orzeczeń, w których skuteczność EULA zostałaby podważona.

Zwraca przy tym uwagę brak jednolitej ogólnoeuropejskiej praktyki co do kwalifikacji i skutków tego rodzaju licencji użytkownika. Przyczyny tego stanu rzeczy są złożone. Po pierwsze, umowy z zakresu prawa autorskiego zostały w UE zharmonizowane jedynie w niewielkim stopniu. Po drugie, pomiędzy państwami członkowskimi istnieją znaczące różnice w zakresie zbywalności prawa autorskiego, charakteru umów, na podstawie których uprawniony może zezwolić na korzystanie z jego utworu, stopnia szczegółowości ich uregulowania w ramach prawa autorskiego, a także stosunku do przepisów prawa cywilnego (Guibault i in., 2002). Wreszcie w przypadku EULA w niektórych państwach wykształciła się praktyka wyraźnie odmiennego ich traktowania niż „tradycyjnych” umów o eksploatację utworów (np. zawieranych przez twórcę z wydawcą). Przykładowo w doktrynie i orzecznictwie niemieckim⁸ rozpowszechnione jest podejście, zgodnie

⁷ Wyr. TS z 06.10.2021 r., C-13/20, *Top System SA v. État belge*, ECLI:EU:C:2021:811.

⁸ Zob. m.in. wyr. BGH z 04.11.1987 r., VIII ZR 314/86, opubl. NJW 1988/7, s. 406; z 18.10.1989 r., VIII ZR 325/88, opubl. NJW 1990/5, s. 320; z 06.07.1993 r., XI ZR 201/92, opubl. NJW 1993/38, s. 2436; z 02.01.2000 r., VIII ZR 19/99, opubl. NJW 2000/19, s. 1415.

z którym licencje użytkownika dotyczące programów komputerowych należy kwalifikować jako stypizowane w niemieckim kodeksie cywilnym umowy, takie jak sprzedaż, najem, umowę o dzieło itp., w zależności od tego, czy dotyczą one oprogramowania standardowego, czy tworzonych na zamówienie, a także czy oprogramowanie udostępniane jest na czas oznaczony, czy nieoznaczony (Koch, 2003, s. 219; Lehmann i Spindler, 2021, nb. 10; Marly, 2004, s. 34). Podobne przykłady znaleźć można również w orzecznictwie francuskim i holenderskim (Girof, 2001, s. 153–174). Tendencja do przyporządkowania umów dotyczących oprogramowania zawieranych w obrocie masowym do takich umów, jak sprzedaż, związana jest głównie z poszukiwaniem dogodnych podstaw odpowiedzialności producenta oprogramowania, przede wszystkim odpowiedzialności za różnego rodzaju wady przedmiotu transakcji. Jeżeli umowy takie miałyby być regulowane wyłącznie przez prawo autorskie, w grę wchodziłaby wyłącznie ogólna odpowiedzialność kontraktowa lub ewentualnie szczególne przepisy prawa autorskiego, tworzone z myślą o wzmocnieniu pozycji kontraktowej twórców, a w konsekwencji nie pozostawiające miejsca na ochronę konsumentów.

Problemy te są widoczne na gruncie polskiego prawa. Jakkolwiek dostrzega się pewne odrębności typowych umów dotyczących oprogramowania (Targosz, 2014, s. 813, 911), to w zasadzie nie jest rozważana odmienna kwalifikacja niż uznanie ich za umowy licencyjne z prawa autorskiego. W konsekwencji jedyną bezdyskusyjną podstawą odpowiedzialności licencjodawcy w umowach licencyjnych dotyczących oprogramowania standardowego (innego niż tworzonych na zamówienie) są przepisy art. 471 i n. k.c. Przepisy prawa autorskiego zawierają wprawdzie art. 55, regulujący usterki utworu oraz odpowiedzialność za wady prawne. Na przeszkodzie jego zastosowaniu do umów zawieranych z konsumentami staje jednak zakres podmiotowy tego przepisu, który – jak się powszechnie przyjmuje – ogranicza się raczej do umów zawieranych przez rzeczywistych twórców (Barta i Markiewicz, 2011, s. 377–378; Targosz, 2014, s. 812–813; Włodarska-Dziurzyńska, 2010, s. 318), a nie ich następców prawnych, do których należą z reguły producenci oprogramowania.

Do ujednoczenia w UE kwalifikacji umów zawieranych w obrocie oprogramowaniem, przynajmniej na potrzeby ustalenia podstaw odpowiedzialności stron, nie przyczyniło się orzecznictwo TS dotyczące wyczerpania prawa w obrocie programami komputerowymi. Mimo że TS w wyrokach w sprawach C-128/11 *UsedSoft*⁹ i C-166/15 *Ranks*¹⁰ uznał, iż w pewnych warunkach licencja może być uznana za „sprzedaż”, a przesłanki tej kwalifikacji (brak ograniczeń czasowych licencji, jednorazowa płatność i udostępnienie kopii) wyraźnie nawiązują do tez sformułowanych w powoływanym już orzecznictwie BGH, to przyjęta przez Trybunał interpretacja pojęcia „sprzedaży” odnosi się wyłącznie do jego rozumienia na gruncie art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE, a więc jako przesłanki wyczerpania prawa. Nie wpływa natomiast na kwalifikację danego stosunku prawnego na gruncie krajowych systemów prawnych w innych aspektach niż wyczerpanie (Okoń, 2022, s. 304). Wyroki TS nie mają więc wpływu na ustalenie, czy np. na gruncie prawa polskiego dana umowa licencyjna może być uznana za sprzedaż w rozumieniu przepisów k.c., a tym samym, czy licencjodawca odpowiada za wady programu na zasadzie rękojmi.

⁹ Wyr. TS z 3.07.2012 r., *UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp.*, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407.

¹⁰ Wyr. TS z 12.10.2016 r., *Ranks i Vasilevičs*, C-166/15, ECLI:EU:C:2016:762.

IV. Licencje użytkownika a przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy 2019/770

1. Treści cyfrowe i usługi cyfrowe

Przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy 2019/770 jest wyznaczany w pierwszej kolejności przez definicje pojęć „treści cyfrowych” i „usługi cyfrowej”. Art. 2 pkt 1 dyrektywy 2019/770 definiuje treści cyfrowe jako „dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej”. Jak wyjaśnia motyw 19 pojęcie to obejmuje między innymi „programy komputerowe, aplikacje, pliki wideo, pliki audio, pliki muzyczne, gry elektroniczne, e-booki lub inne publikacje elektroniczne”. Z kolei usługa cyfrowa została zdefiniowana w art. 2 pkt 2 jako usługa pozwalająca „konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej” lub usługa pozwalająca „na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi, lub inne formy interakcji przy pomocy takich danych”. Wśród przykładów takich usług motyw 19 wskazuje na usługi „pozwalające na tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie danych w postaci cyfrowej bądź dostęp do nich, w tym usługi typu «oprogramowanie jako usługa», takie jak udostępnianie treści wideo i audio oraz innego rodzaju hosting plików, edycja tekstu lub gry oferowane w chmurze obliczeniowej i w mediach społecznościowych”.

W literaturze zwraca się uwagę na trudność w precyzyjnym rozdzieleniu treści cyfrowych i usługi cyfrowej oraz niewielką potrzebę takiego rozróżnienia na gruncie dyrektywy 2019/770 z uwagi na minimalne różnice w sposobie uregulowania dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych (Wyrwiński, 2020, s. 246–247). Na potrzeby omawianej problematyki warto próbę takiego rozróżnienia podjąć, uwzględniając również przykłady wskazane w motywie 30 dyrektywy 2019/2161 (tzw. dyrektywy Omnibus)¹¹. Ograniczając się tylko do typowych praktyk w zakresie udostępniania oprogramowania można stwierdzić, że ilekroć dochodzi do udostępnienia konsumentowi kopii programu komputerowego na nośniku (np. CD, DVD) lub w postaci pliku do pobrania na urządzenie konsumenta, mamy do czynienia z dostarczaniem treści cyfrowych. Świadczeniem usługi cyfrowej jest zaś udostępnianie oprogramowania jako usługi (w modelu *Software as a Service* – SaaS). Problematyczne może być usytuowanie streamingu gier, w przypadku którego – podobnie jak w modelu SaaS – użytkownik steruje grą uruchomioną na zdalnym serwerze, bez jej pobierania i instalowania na własnym urządzeniu¹². Uwzględniając, że motyw 30 dyrektywy 2019/2161 nakazuje rozstrzygać ewentualne wątpliwości na korzyść usługi cyfrowej, streaming gier należałoby uznać właśnie za usługę cyfrową.

Takie rozgraniczenie treści cyfrowych i usług cyfrowych pozwala ograniczyć dalsze uwagi tylko do problematyki dostarczania treści cyfrowych. Wówczas użytkownik końcowy, eksploatując dostarczony program na własnym urządzeniu, ingeruje w treść autorskich praw majątkowych, a w umowach z producentami oprogramowania pojawiają się wyraźne postanowienia licencyjne. W przypadku modelu SaaS czynności istotne z punktu widzenia prawa autorskiego, przede

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. U. UE. L. 2019 Nr 328, s. 7); dalej: dyrektywa 2019/2161.

¹² Przykładami tego rodzaju usług mogą być Nvidia GeForce Now (<https://www.nvidia.com/en-us/geforce-now/>, 30.10.2022) czy Xbox Cloud Gaming (<https://www.xbox.com/pl-pl/play>, 30.10.2022).

wszystkim zwielokrotnianie programu, są dokonywane nie przez użytkownika, a przez dostawcę usługi i w jego infrastrukturze (np. w związku z uruchomieniem programu na serwerze dostawcy). Nawet jeżeli dochodzi do pewnych zwielokrotnień w urządzeniu użytkownika, to po pierwsze dotyczy tylko niektórych komponentów oprogramowania (np. skryptów sterujących interfejsem użytkownika, zwielokrotnianych a pamięci podręcznej przeglądarki internetowej użytkownika), a po drugie odbywa się w sposób kontrolowany przez dostawcę usługi. W konsekwencji udzielenie licencji użytkownikowi jest bezprzedmiotowe (Lehmann i Spindler, 2021, nb. 41; Żok, 2015, s. 18).

Dyrektywa 2019/770 w sposób zasadniczo zbieżny z dyrektywą 2011/83/UE¹³. Tylko w jednym aspekcie dyrektywa 2019/770 wyraźnie koryguje podejście przyjęte w dotychczasowym stanie prawnym. Mianowicie dyrektywa 2011/83/UE rozróżniała dostarczenie treści cyfrowych na trwałym nośniku lub w inny sposób. Rozwiązanie to trudno uznać za właściwe. Pojęcie „trwałego nośnika” służy określeniu wymogów dotyczących materiałów lub narzędzi przeznaczonych do przekazywania pewnych informacji. Obejmuje więc przekazywanie lub utrwalenie określonych informacji na nośnikach fizycznych (w przypadku treści cyfrowych np. płyta CD, DVD lub pendrive) lub z użyciem materiałów lub narzędzi będących funkcjonalnym odpowiednikiem takich nośników. Stąd przekazaniem informacji na trwałym nośniku będzie np. ich dostarczenie za pomocą poczty elektronicznej lub nawet – pod pewnymi dodatkowymi warunkami – umieszczenie na stronie internetowej¹⁴. Podejście dyrektywy 2019/770 jest bardziej usystematyzowane. Jak zwróciła uwagę K. Chałubińska-Jentkiewicz (2020, s. 115), dyrektywa ta rozróżnia ich dostarczenie na nośniku materialnym (czyli będącym rzeczą ruchomą służącą wyłącznie jako nośnik treści cyfrowych) i w inny sposób. Pojęcie „trwałego nośnika” jest natomiast używane przez dyrektywę 2019/770 wyłącznie w kontekście przekazania informacji wymaganych przez przepisy prawa. Rozróżnienie dostarczenia treści cyfrowych na nośniku materialnym i w inny sposób ma znaczenie dla zastosowania niektórych przepisów dyrektywy, przede wszystkim art. 5 i 13.

Od dostarczenia treści cyfrowych na nośniku materialnym dyrektywa 2019/770 odróżnia przypadki, w których treści cyfrowe lub usługi cyfrowe są zawarte w towarach lub wzajemnie z nimi połączone. Do takich „towarów z elementami cyfrowymi”, a więc rzeczy ruchomych, z którymi treści cyfrowe lub usługi cyfrowe są połączone w taki sposób, że brak tych treści cyfrowych lub usługi cyfrowej uniemożliwiłby im wykonywanie ich funkcji (np. smartfonów), dyrektywa 2019/770 nie znajduje zastosowania. Podlegają one natomiast dyrektywie 2019/771.

2. Umowy objęte dyrektywą 2019/770

Dyrektywa 2019/770 znajduje zastosowanie w każdym przypadku, w którym na podstawie umowy zawieranej z konsumentem dochodzi do dostarczania treści cyfrowych i usług cyfrowych, niezależnie od jej kwalifikacji na gruncie prawa krajowego, a umowa jest odpłatna lub świadczenie konsumenta polega na udzieleniu danych osobowych (Morais Carvalho i Farinha, 2020, s. 259–260). Konsekwentnie – zgodnie z motywem 12 – dyrektywa nie wpływa na charakter prawny umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej, „pozostawiając prawu krajowemu rozstrzygnięcie

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE. L. 2011 Nr 304, s. 64 z późn. zm.); dalej: dyrektywa 2011/83/UE.

¹⁴ Zob. wyr. TS z dnia 25 stycznia 2017 r. w sprawie C-375/15 BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG przeciwko Verein für Konsumenteninformation, ECLI:EU:C:2017:38.

kwestii, czy takie umowy stanowią, na przykład, umowę sprzedaży, umowę o świadczenie usługi, umowę najmu lub umowę *sui generis*". Dlatego ani dla zastosowania przewidzianych w dyrektywie środków ochrony prawnej (doprowadzenia do zgodności z umową, proporcjonalnego obniżenia ceny i rozwiązania umowy) nie jest konieczne uprzednie zakwalifikowanie zawartej przez konsumenta umowy do określonego typu, ani też dyrektywa nie narzuca takiej kwalifikacji w odniesieniu do umów, które przewidują dostarczenie treści cyfrowych lub usług cyfrowych.

Takie podejście do regulacji umów o dostarczanie treści cyfrowych jest metodologicznie odmiennie niż rozwiązanie proponowane w trakcie prac nad implementacją do polskiego prawa dyrektywy 2011/83/UE. Projekt ustawy wdrażającej dyrektywę przewidywał nowelizację art. 555 k.c., w świetle której przepisy o umowie sprzedaży miały być odpowiednio stosowane również do umów o dostarczanie treści cyfrowych¹⁵. Jak wyjaśniono w tabeli zbieżności załączonej do uzasadnienia projektu, celem przyjęcia takiego rozwiązania miało być „stworzenie jednolitego systemu odpowiedzialności przy umowie sprzedaży, bez względu na przedmiot umowy sprzedaży”. Rozwiązaniu temu T. Targosz i M. Wyrwiński zarzucili jednak, że ignoruje fakt, iż treści cyfrowe mogą być dostarczane na podstawie zróżnicowanych umów, nieraz o bardzo odmiennym zakresie świadczeń. Zdaniem autorów prowadziłyby też do kolizji z istniejącymi regulacjami dotyczącymi własności intelektualnej, usług świadczonych drogą elektroniczną i usług warunkowego dostępu. Wreszcie, jeżeli dochodzi do udostępnienia treści cyfrowych bez przeniesienia własności materialnego nośnika (jak płyty CD lub DVD), to trudno mówić o przeniesieniu jakichkolwiek praw, co jest istotą umowy sprzedaży (Targosz i Wyrwiński, 2015, s. 20–28). Zwłaszcza ten ostatni aspekt zasługuje na uwagę. Przy dominujących w polskiej doktrynie ujęciach umowy licencyjnej w wyniku udzielenia licencji nie dochodzi ani do przeniesienia prawa bezwzględnego na licencjobiorcę, ani do ustanowienia takiego prawa na jego rzecz, a licencjobiorcy przysługuje jedynie prawo względne, którego treścią jest możliwość żądania, aby licencjodawca znośił korzystanie z utworu przez licencjobiorcę w granicach udzielonej licencji. Zobowiązanie licencjodawcy do znośnienia korzystania z utworu przez licencjobiorcę ma przy tym charakter zobowiązania ciągłego¹⁶. O ile więc uznanie licencji za sprzedaż w niektórych systemach prawnych może być konstrukcyjnie uzasadnione¹⁷, o tyle w prawie polskim mamy do czynienia z umowami o całkowicie odmiennym strukturze prawnej i skutkach.

Podejście przyjęte w dyrektywie 2019/770 pozwala uniknąć tych trudności. Na gruncie dyrektywy 2019/770 używane w niej pojęcie „umów o dostarczenie treści cyfrowych” trzeba uznać za kategorię zbiorczą, obejmującą umowy o różnym charakterze i różnych skutkach prawnych, nazwane i nienazwane, których elementem wspólnym jest to, że są one zawierane przez konsumenta z przedsiębiorcą, który dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć treści cyfrowe lub usługi cyfrowe. Uzasadniony jest więc wniosek, że przewidziany w niej model odpowiedzialności może znaleźć zastosowanie do umów licencyjnych zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami,

¹⁵ Druk sejmowy nr 2076 z 17.01.2014 r., VII kadencja.

¹⁶ Charakter prawny umowy licencyjnej nie jest jednolicie ujmowany w polskiej doktrynie. Opisane skutki są wspólne dla dominujących w doktrynie poglądów upatrujących w niej czynności prawnej o charakterze zobowiązującym (Barta i Markiewicz, 2016, s. 329; Targosz, 2014, s. 632) lub rozporządzająco-zobowiązującym, tj. prowadzącą do obciążenia prawa bezwzględnego prawem względnym (Kępiński, 2017, s. 753; Sołtyński, 1970, s. 182).

¹⁷ Przykładowo w doktrynie niemieckiej przewidziana ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1965 r. umowa o ustanowieniu wyłącznego lub niewyłącznego prawa do korzystania z praw autorskich (*Nutzungsrecht*), odpowiadająca umowie licencyjnej, jest postrzegana jako umowa o skutkach rozporządzających i prowadzi do powstania po stronie licencjobiorcy prawa o charakterze bezwzględnym (Giesen, 2013, s. 22). W konsekwencji niektóre takie umowy mogą być uznane za sprzedaż praw, co oznacza zgodnie z § 453 BGB uzasadnia odpowiednie zastosowanie przepisów o sprzedaży (Lehmann i Spindler, 2021, nb. 30).

w tym licencji na oprogramowanie, jeżeli spełniają one wskazane wyżej warunki, tj. jednym ze świadczeń licencjodawcy jest dostarczenie treści cyfrowej, a umowa przewiduje odpłatność lub zobowiązuje konsumenta do dostarczenia danych osobowych¹⁸. Rozważając tę kwestię, H. Beale zwraca uwagę na motyw 13, z którego wynika, że dyrektywa nie stosuje się do deweloperów, którzy nie są przedsiębiorcami dostarczającymi treści cyfrowe. Licencja udzielona przez takiego dewelopera nie jest oczywiście objęta zakresem dyrektywy. Nie oznacza to jednak, że deweloper nie może być przedsiębiorcą dostarczającym treść cyfrową w rozumieniu dyrektywy. O ile więc uprawnieni nie ponoszą w każdym przypadku odpowiedzialności wobec konsumenta na podstawie dyrektywy, to są przypadki, w których dyrektywa może wyznaczać zasady odpowiedzialności podmiotu udzielającego konsumentowi licencji (Beale, 2021, s. 105).

V. Licencje użytkownika w łańcuchu transakcji

Środowisko cyfrowe ułatwia bezpośrednie interakcje pomiędzy uprawnionymi a konsumentami, stąd umowy przewidujące dostarczenie treści cyfrowej i udzielenie licencji na korzystanie z tej treści zdarzają się w praktyce. Przykładowo wielu producentów oprogramowania umożliwia odpłatne uzyskanie licencji i pobranie oprogramowania z ich własnej strony internetowej. Częściej jednak mamy do czynienia z udziałem innych podmiotów, w różny sposób pośredniczących w dostarczaniu treści cyfrowych do konsumenta. W takim przypadku zobowiązania dostawcy treści cyfrowych objąć powinny zarówno dostarczenie konsumentowi treści cyfrowej (np. przeniesienie własności materialnego nośnika z daną treścią lub umożliwienie jej pobrania na urządzenie konsumenta), jak i zapewnienie konsumentowi możliwości zgodnego z prawem korzystania z treści cyfrowych zgodnie z umową. Jeżeli korzystanie z treści cyfrowej wymaga licencji, zapewnienie możliwości zgodnego z prawem korzystania z treści przez konsumenta może nastąpić na jeden z kilku sposobów. Po pierwsze, dostawca treści cyfrowej może przenieść na konsumenta licencję, która została udzielona dostawcy przez uprawnionego (dokonać cesji licencji), ewentualnie przez łańcuch transakcji. Po drugie, może udzielić konsumentowi sublicencji za zgodą uprawnionego. Po trzecie, wreszcie może zobowiązać się do tego, że doprowadzi do udzielenia konsumentowi licencji bezpośrednio przez uprawnionego (European Law Institute, 2016, s. 25).

O ile w przypadku dystrybucji treści cyfrowych innych niż oprogramowanie i gry (np. e-booków lub plików z muzyką) rozwiązania stosowane w praktyce są zróżnicowane i często można spotkać się np. z drugą z wymienionych konstrukcji, o tyle przy dystrybucji oprogramowania z różnych względów niemal bez wyjątku stosowane jest trzecie rozwiązanie. Konsument, aby korzystać z udostępnionych mu programu komputerowego lub gry musi zawrzeć bezpośrednio z producentem oprogramowania umowę licencyjną, a świadczenie dystrybutora treści cyfrowej polega jedynie na umożliwieniu mu zawarcia takiej umowy. Wówczas nie mamy do czynienia z łańcuchem upoważnień od producenta (podmiotu uprawnionego z tytułu autorskich praw majątkowych), przez dostawcę treści cyfrowej, aż po ostatecznego odbiorcę, który dałoby się opisać za pomocą umowy licencyjnej i ciągu kolejnych umów sublicencyjnych. Świadczenia związane z dystrybucją treści

¹⁸ Art. 3 ust. 5 lit. g) dyrektywy 2019/770 wyłącza zastosowanie dyrektywy do „oprogramowania oferowanego przez przedsiębiorcę na podstawie bezpłatnej i otwartej licencji, w przypadku gdy konsument nie płaci ceny, a dane osobowe dostarczone przez konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu poprawy bezpieczeństwa, kompatybilności lub interoperacyjności danego oprogramowania”. Wnioskując *a contrario* z tego przepisu dyrektywa znajdzie jednak zastosowanie w przypadku, w którym oprogramowanie jest wprawdzie udostępniane na bezpłatnej i otwartej licencji, ale pobierane są opłaty za samo udzielenie dostępu do takiego oprogramowania (co jest dopuszczalne w świetle większości otwartych licencji) lub zakres zbieranych danych osobowych wykracza poza zakres wskazany w 3 ust. 5 lit. d) dyrektywy.

cyfrowych i udzieleniem zezwolenia (licencji) na korzystanie z tych treści są bowiem rozdzielone pomiędzy co najmniej dwie powiązane ze sobą umowy, których strony nie są tożsame. Pierwszą umową jest umowa zawarta przez konsumenta z dostawcą treści cyfrowych, a jej przedmiotem jest dostarczenie treści cyfrowych w zamian za wynagrodzenie (np. przeniesienie własności materialnego nośnika zawierającego treści cyfrowe lub umożliwienie pobrania tych treści przez konsumenta ze strony internetowej) oraz zobowiązanie dostawcy treści cyfrowej, zgodnie z którym dostawca zobowiązuje się zapewnić, że uprawniony (producent oprogramowania) udzieli konsumentowi licencji o odpowiedniej treści. Drugą umową jest umowa licencyjna (licencja użytkownika), konieczna do korzystania z treści cyfrowej, do zawarcia której dochodzić ma pomiędzy konsumentem a producentem oprogramowania.

W takim przypadku odpowiedzialność za zgodność treści cyfrowych z umową przewidziana w dyrektywie wiąże się tylko z pierwszą z takich umów, tj. tą zawieraną przez konsumenta z dostawcą treści cyfrowych („umową o dostarczenie treści cyfrowych” zgodnie z terminologią dyrektywy). Natomiast uprawniony (producent oprogramowania), zawierający z konsumentem umowę licencyjną regulującą korzystanie z treści cyfrowej, nie będzie bezpośrednio odpowiedzialny wobec konsumenta na mocy dyrektywy. Umowa taka, nie obejmująca dostarczenia treści cyfrowej, nie będzie bowiem należeć do umów, którymi zajmuje się dyrektywa, a tym samym przewidziany w dyrektywie model odpowiedzialności za zgodność treści cyfrowych z umową nie znajdzie do niej zastosowania. Lokuje to odpowiedzialność za zgodność treści cyfrowych z umową możliwie blisko konsumenta, co niewątpliwie jest zaletą rozwiązania przyjętego w dyrektywie 2019/770. Można bowiem założyć, że konsumentowi jest łatwiej skorzystać ze środków prawnych w stosunku do dostawcy treści cyfrowej niż w stosunku do producenta oprogramowania. W złożonych łańcuchach dystrybucji będzie jednak utrudniać ustalenie, kto w istocie ponosi odpowiedzialność wobec konsumenta.

Nie budzi wątpliwości ocena przypadków, takich jak sprzedaż oprogramowania na materialnym nośniku. Wówczas umowę sprzedaży nośnika należy uznać za umowę o dostarczenie treści cyfrowej, a odpowiedzialność poniesie sprzedawca detaliczny, ponieważ to on, w wykonaniu zawartej z konsumentem umowy, dostarczył konsumentowi treść cyfrową w zamian za wynagrodzenie. Jednak już w dystrybucji elektronicznej sprzedawca detaliczny przekazuje konsumentowi tylko materiały lub dokumenty umożliwiające zawarcie umowy licencyjnej i korzystanie z oprogramowania (np. klucze licencyjne, numery seryjne, kody, różnego rodzaju „certyfikaty autentyczności”). Konsument pobiera natomiast oprogramowanie udostępniane przez podmiot trzeci, najczęściej bezpośrednio przez producenta oprogramowania (a więc to producent w takim przypadku faktycznie udziela dostępu do treści cyfrowej). Co więcej, sprzedawca detaliczny może wówczas działać we własnym imieniu, posługując się jedynie producentem oprogramowania w wykonaniu swojego zobowiązania do dostarczenia treści cyfrowej, ale też może działać jako przedstawiciel lub agent tego producenta. Tak więc z jednej strony w wielu przypadkach charakter relacji łączących sprzedawcę detalicznego z producentem i ewentualnie innymi podmiotami w łańcuchu dystrybucyjnym może być nieprzejrzysty dla konsumenta, utrudniając mu skorzystanie z jego praw, z drugiej zaś – sam fakt udziału podmiotów trzecich w dystrybucji oprogramowania nie będzie z góry eliminował potencjalnej odpowiedzialności producenta oprogramowania zawierającego umowę licencyjną z konsumentem.

Najwyraźniej problem ten pojawia się przy ocenie działalności platform cyfrowych, takich jak sklepy z aplikacjami dla komputerów osobistych lub urządzeń mobilnych (np. Google Play, Apple App Store, Microsoft Store). Operatorzy takich platform zapewniają środki techniczne umożliwiające dostawcom treści (producentom oprogramowania) udostępnienie treści cyfrowych konsumentom, zawarcie umowy licencyjnej (EULA) pomiędzy producentem a konsumentem oraz przekazują płatności pomiędzy konsumentem a producentem, pobierając od tego wynagrodzenia prowizję. Motyw 18 dyrektywy nie rozstrzyga jednoznacznie tej kwestii, wskazując tylko, że operatorzy platform mogą być uznani za przedsiębiorców dostarczających treści cyfrowe, jeżeli działają „w celach związanych ze swoją działalnością gospodarczą oraz jako bezpośredni partner umowy konsumenta na potrzeby dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej”. Zdaniem G. Spindlera i K. Sein celem dyrektywy 2019/770 nie była zmiana zasad odpowiedzialności operatorów platform. To, czy i kiedy operatorzy platform będą więc uznawani za przedsiębiorców w rozumieniu dyrektywy będzie więc, zdaniem autorów, zależało od tego, jak zachowują się w stosunku do konsumenta. O przypisaniu takim operatorom odpowiedzialności na podstawie dyrektywy decydować może więc np. dokonywanie certyfikacji lub kontroli dostawców lub ich treści cyfrowych (Sein i Spindler, 2019, s. 261; Spindler i Sein, 2019, s. 416). G. Spindler dodaje również, że o odpowiedzialności operatora platformy na podstawie dyrektywy może decydować to, że konsument nie został jasno poinformowany, iż operator przyjmuje się jedynie rolę pośrednika, z kim faktycznie konsument zawiera umowę i o jakiej treści. Uznaje przy tym za niewystarczającą samą wzmiankę w regulaminie platformy, że umowa dotycząca treści cyfrowych nie jest zawierana z operatorem (Spindler, 2021, s. 116). Stanowisko autorów wydaje się oparte na założeniu, że operator platformy, którego rola w udostępnianiu treści cyfrowych jest wyłącznie pasywna, nie powinien ponosić odpowiedzialności za te treści na zasadach przewidzianych w dyrektywie, o ile dostatecznie transparentnie komunikuje swoją rolę jako pośrednika. O ile na gruncie art. 14 dyrektywy 2000/31/WE o handlu elektronicznym¹⁹ przypisanie istotnej roli dostatecznie transparentnej komunikacji roli pośrednika nie miało wyraźnych podstaw prawnych, o tyle obecnie podstawą takiej interpretacji może być art. 6 ust. 3 rozporządzenia 2022/2065 w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych²⁰. Przepis ten przewiduje bowiem, że przewidzianych w rozporządzeniu ograniczeń odpowiedzialności dostawców usługi hostingu nie stosuje się do odpowiedzialności na podstawie prawa ochrony konsumentów platform internetowych umożliwiających konsumentom zawieranie umów na odległość, jeżeli sposób prezentacji określonych informacji lub przeprowadzenia transakcji „wzbudzałby u przeciętnego konsumenta przekonanie, że informacja, produkt lub usługa będące przedmiotem transakcji są dostarczane lub świadczone przez samą platformę internetową.

¹⁹ 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. U. UE. L. 2000 Nr 178, s. 1).

²⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych) (Dz. U. UE. L. 2022 nr 277, s. 1).

VI. Zakres udzielonej licencji a odpowiedzialność dostawcy treści cyfrowych

Zakres odpowiedzialności dostawcy treści cyfrowej na podstawie dyrektywy 2019/770 nie powinien być zależny od tego, czy dostawca ów jest jednocześnie uprawnionym udzielającym konsumentowi licencji na korzystanie z treści cyfrowej, czy też licencji takiej udziela podmiot trzeci. Dostawca treści cyfrowej ponosi więc odpowiedzialność nie tylko za to, że dostarczył treść cyfrową zgodnie z art. 5 dyrektywy 2019/770, a materialny nośnik lub plik np. daje się odczytać i nie zawiera błędów, lecz także za samą treść cyfrową (w tym – w ramach wymogów obiektywnych – ogólną przydatność do celów umowy, przeciętną jakość wykonania, zdolność treści do spełnienia oczekiwań określonych np. poprzez reklamę, zapewnienie niezbędnego wsparcia oraz podstawową tożsamość treści z wszelkimi wersjami testowymi, które mogą zostać pokazane przed zawarciem umowy). Pewne wątpliwości mogą być jednak związane z odpowiedzialnością za to, czy zakres udzielonej konsumentowi licencji na korzystanie z treści cyfrowej spełnia subiektywne i obiektywne kryteria zgodności z umową.

Pierwotny projekt dyrektywy²¹ nie regulował jednoznacznie tej ostatniej kwestii. Art. 8 ust. 1 projektu stanowił jedynie, że „w momencie, w którym treści cyfrowe są dostarczane konsumentowi, są one wolne od wszelkich praw osób trzecich, włączając w to prawa wynikające z własności intelektualnej, tak aby treści cyfrowe mogły być wykorzystywane zgodnie z umową”. Jak wyjaśniał motyw 31 projektu, celem tego przepisu było uregulowanie sytuacji, w której treści cyfrowe są oferowane z naruszeniem praw osób trzecich, dodając, że „wady prawne są szczególnie ważne w przypadku treści cyfrowych, które ze swej natury podlegają prawom własności intelektualnej”.

W pracach studialnych towarzyszących procesowi legislacyjnemu zwrócono jednak uwagę, że takie podejście nie zabezpiecza wystarczająco interesów konsumenta, a sposób sformułowania art. 8 jest niejasny. Podniesiono, że konsument powinien bowiem móc oczekiwać, że dozwolone będą nie tylko te czynności, które są objęte wyjątkami i ograniczeniami praw autorskich (dozwolonym użytkowaniem), lecz także wszelkie inne czynności, które są niezbędne do korzystania z treści cyfrowych zgodnie z umową. Istotne jest więc, czy treści cyfrowe zostały wprowadzone do obrotu lub w inny sposób udostępnione przez przedsiębiorcę (np. sprzedawcę detalicznego) bez naruszenia praw własności intelektualnej, ale również, czy konsument uzyska odpowiednią licencję i czy będzie miała ona zakres adekwatny do tego, czego może on oczekiwać. Poglądy te znalazły odzwierciedlenie w opinii Parlamentu Europejskiego²², który zaproponował zmianę redakcji art. 8 mającą na celu doprecyzowanie, że chodzi o ograniczenia wynikające z praw własności intelektualnej, „które mogłyby uniemożliwiać konsumentowi korzystanie z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie z umową”. PE zaproponował ponadto uzupełnienie dyrektywy o art. 8a, wzorowany na art. 99 ust. 3 projektu rozporządzenia CESL²³ (Staudenmayer, 2019, s. 679), zgodnie z którym

²¹ Wniosek dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, COM(2015) 634 final.

²² Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD). Pozyskano z: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_PL.html (30.10.2022).

²³ Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, KOM/2011/0635 wersja ostateczna.

„każda klauzula umowy, w której odstępuje się od skutków art. [...] 8 na niekorzyść konsumenta, wyłącza się te wymogi lub je zmienia, jest ważna jedynie wtedy, gdy w momencie zawarcia umowy konsument został specjalnie poinformowany o szczególnym stanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej i wyraźnie zaakceptował ten szczególny stan w momencie zawarcia umowy”²⁴.

W ostatecznej redakcji dyrektywy zgodnie z art. 10 „w przypadku gdy ograniczenie wynikające z naruszenia praw osób trzecich, w szczególności praw własności intelektualnej, uniemożliwia lub ogranicza korzystanie z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej zgodnie z art. 7 i 8, państwa członkowskie zapewniają, aby konsumentowi przysługiwały środki ochrony prawnej w przypadku braku zgodności z umową, o których mowa w art. 14, chyba że prawo krajowe przewiduje w takich przypadkach nieważność lub rozwiązanie umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej”. Art. 8a propozycji PE znalazł natomiast odzwierciedlenie w treści art. 8, regulującego obiektywne wymogi zgodności z umową, którego ust. 5 stanowi, iż taki brak zgodności „nie występuje, jeżeli w momencie zawarcia umowy konsument został wyraźnie poinformowany, że konkretna cecha treści cyfrowych lub usługi cyfrowej odbiega od obiektywnych wymogów zgodności z umową [...] oraz wyraźnie i odrębnie zaakceptował to odstępstwo w momencie zawarcia umowy”. Ponadto motyw 53 przewiduje obecnie wyraźnie, że ograniczenia w korzystaniu przez konsumenta z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej mogą wynikać z ograniczeń nałożonych przez uprawnionego zgodnie z przysługującymi mu prawami własności intelektualnej, zaznaczając przy tym, że „ograniczenia te mogą wynikać z umowy licencyjnej dotyczącej użytkownika końcowego, na podstawie której treści cyfrowe lub usługa cyfrowa są dostarczane do konsumenta”. Natomiast motyw 54 podkreśla, że naruszenie praw osób trzecich może skutecznie uniemożliwić lub ograniczać konsumentowi korzystanie z treści cyfrowych lub usługi cyfrowej.

W konsekwencji brak zgodności z umową wystąpi zarówno wówczas, gdy korzystanie z treści cyfrowych jest niemożliwe lub ograniczone z powodu naruszenia praw własności intelektualnej osób trzecich (np. w wyniku wprowadzenia do obrotu lub innego udostępnienia nielegalnych kopii treści cyfrowej przez przedsiębiorcę), jak i gdy konsument nie ma prawnej możliwości korzystania z treści cyfrowej w niezbędnym zakresie, co może oznaczać niezapewnienie konsumentowi możliwości zawarcia umowy licencyjnej bezpośrednio z podmiotem uprawnionym. Naruszeniem takich wymogów jest przy tym niezapewnienie przez przedsiębiorcę licencji dla konsumenta, jeżeli licencja ta jest niezbędna do korzystania z treści cyfrowej bez naruszenia praw własności intelektualnej osób trzecich, ale także niezapewnienie takiej licencji o odpowiedniej treści. Brak zgodności może dotyczyć wymogów subiektywnych i obiektywnych. O ile subiektywne wymogi zgodności, przewidziane w art. 7 dyrektywy, oznaczają po prostu zgodność takiej licencji z umową zawartą przez przedsiębiorcę z konsumentem (np. co do wersji licencjonowanego oprogramowania lub typu licencji, jeżeli producent oferuje licencje różnego typu), o tyle zgodnie z art. 8 ust. 1 lit. b) kryteria obiektywne obejmują takie cechy, „których konsument może zasadnie oczekiwać, biorąc pod uwagę charakter treści cyfrowych [...] oraz oświadczenia publiczne złożone przez przedsiębiorcę lub inne osoby na wcześniejszych etapach łańcucha transakcji”. Oznacza to, że

²⁴ PE uzupełnił również motyw 26 o stwierdzenie, że „klauzule umowne, które wyraźnie ograniczają zgodne z prawem korzystanie z wyjątków lub ograniczeń przewidzianych w prawie autorskim, powinny stanowić brak zgodności”. Z perspektywy prawa autorskiego rozwiązanie to było jednak trudne do przyjęcia. L. Oprysk i K. Sein (2020, s. 596) podkreślają fakultatywny charakter wielu wyjątków przewidzianych w prawie unijnym, zwłaszcza w dyrektywie 2001/29/WE. Warto też wskazać, że pomiędzy państwami członkowskimi istnieją znaczące różnice w podejściu do „kontraktowego obchodzenia” wyjątków i ograniczeń, a więc zawierania umów, na podstawie których dochodzi do ograniczenia korzystania z utworu, na które wyraźnie zezwala przepis prawa.

art. 10 czyni dostawcę treści cyfrowej niebędącego uprawnionym odpowiedzialnym za to, że konsument otrzyma od uprawnionego (producenta oprogramowania) wszelkie niezbędne uprawnienia licencyjne i to zarówno takie, które wprost wynikają z umowy zawartej przez takiego dostawcę z konsumentem, jak i takie, których konsument może się zasadnie spodziewać, uwzględniając rodzaj oprogramowania, jego charakter lub oświadczenia towarzyszące udostępnieniu (Oprysk i Sein, 2020, s. 598). Przedsiębiorca może się uwolnić od tej odpowiedzialności tylko wówczas, gdy zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy poinformuje konsumenta, że konkretne warunki licencyjne odbiegają od obiektywnych wymogów zgodności z umową i uzyska wyraźną i odrębną akceptację tego odstępstwa przez konsumenta w momencie zawarcia umowy.

W sytuacji, w której przedsiębiorca dostarczający treść cyfrową nie jest jednocześnie uprawnionym, dyrektywa nie ogranicza bezpośrednio swobody umów uprawnionego. Uprawniony może wykonywać przysługujące mu prawa autorskie wedle swego uznania, w dowolny sposób kształtując zakres zezwolenia licencyjnego w umowie z konsumentem. Wpływ dyrektywy na jego sytuację prawną jest w takim razie jedynie pośredni i wiąże się z ryzykiem roszczeń regresowych przedsiębiorców dostarczających treści cyfrowe.

Nie jest natomiast jasne, jak kształtuje się sytuacja prawna przedsiębiorcy będącego jednocześnie uprawnionym. Wydaje się, że zakres odpowiedzialności przedsiębiorcy wobec konsumenta powinien być niezależny od tego, czy autorskie prawa majątkowe przysługują osobie trzeciej, czy samemu przedsiębiorcy. Prowadzi to do wniosku, że art. 10 dyrektywy powinien znaleźć zastosowanie również w przypadku, w którym „prawa osób trzecich” to prawa przedsiębiorcy dostarczającego treść cyfrową. Oznacza to, że uprawniony, który nie uzyskał na podstawie art. 8 ust. 5 akceptacji odstępstwa od obiektywnych wymogów zgodności, na żądanie konsumenta będzie zobowiązany na podstawie art. 14 ust. 1 dyrektywy do doprowadzenia treści cyfrowej do stanu zgodnego z umową, co w tym przypadku oznacza udzielenie licencji na korzystanie z treści cyfrowej o zakresie odpowiadającym obiektywnym wymogom zgodności. Jeszcze dalej idzie propozycja R. Markiewicza (2021, s. 359), którego zdaniem możliwa jest taka interpretacja art. 10 dyrektywy, według której w razie tożsamości przedsiębiorcy z „osobą trzecią”, o której mowa w tym przepisie, konsument ma prawo korzystać z treści cyfrowych w granicach wynikających z art. 7 i 8 dyrektywy niezależnie od treści umowy licencyjnej, a więc – jak można przypuszczać – bez potrzeby korzystania ze środków prawnych przewidzianych w art. 14 ust. 1 dyrektywy. Obie przedstawione interpretacje prowadzą do wniosku, że jeżeli uprawniony jest równocześnie przedsiębiorcą dostarczającym treść cyfrową, to dyrektywa 2019/770 ogranicza jego swobodę wykonywania przysługujących mu praw autorskich.

VII. Ograniczenia licencyjne naruszające obiektywne wymogi zgodności

Zgodnie z art. 8 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2019/770 treści cyfrowe muszą nadawać się do celów, dla jakich zwykle korzysta się z treści danego typu i posiadać cechy typowe dla danego rodzaju treści, których konsument mógłby zasadnie oczekiwać. Przy określaniu zasadnych oczekiwań konsumenta należy brać pod uwagę zarówno „charakter treści cyfrowych”, jak i oświadczenia publiczne złożone przez przedsiębiorcę lub inne osoby na wcześniejszych etapach łańcucha

transakcji (np. producenta oprogramowania) albo ich imieniu. W świetle art. 10 dyrektywy wymóg ten odnosi się również do licencji użytkownika określających zakres dozwolonego wykorzystania treści cyfrowych. Stosunkowo łatwo jest wskazać na czym polega brak zgodności licencji z zasadnymi oczekiwaniami konsumenta, mającymi podstawę w oświadczeniach przedsiębiorcy lub innych uczestników łańcucha transakcji. Przykładowo, jeżeli producent reklamuje oprogramowanie bez dalszych szczegółowych wskazań jako wersję „rodzinną”, przeznaczoną do użycia na kilku urządzeniach, konsument może zasadnie oczekiwać, że dopuszczalne jest zainstalowanie tego oprogramowania na komputerach kilku osób, z którymi pozostaje w związku osobistym oraz równoczesne wykorzystanie wszystkich utworzonych w ten sposób kopii. W takim przypadku obiektywne wymogi zgodności nie będą spełnione, jeżeli zgodnie z warunkami licencji instalacja na kilku komputerach jest wprawdzie dozwolona, ale zakazane jest równoczesne wykorzystanie więcej niż jednej kopii, a użytkownikiem wszystkich kopii może być tylko jedna osoba. Wyjątkowo trudne okazuje się natomiast ustalenie tych zasadnych oczekiwań konsumenta, które wynikają jedynie z „charakteru treści cyfrowych”, przede wszystkim ze względu na brak punktu odniesienia, pozwalającego uznać pewne oczekiwania za „zasadne”, a także różnorodność treści cyfrowych i modeli ich dystrybucji (Oprysk i Sein, 2020, s. 598; Spindler, 2021, s. 119).

W literaturze podejmuje się próby ustalenia takich oczekiwań w oparciu o dwie hipotezy. Po pierwsze, zakłada się, że wyjątki i ograniczenia zagwarantowane w odpowiednich dyrektywach dotyczących praw autorskich i ich krajowych implementacjach, w tym prawo do korzystania z legalnie nabytej kopii treści cyfrowej, tworzenia kopii na użytek prywatny i kopii zapasowych programu komputerowego, nie powinny jednak wyznaczać maksimum praw konsumenta. Konsumentowi powinny być bowiem przyznane szersze prawa, jeśli tego właśnie mógł zasadnie oczekiwać (European Law Institute, 2016, s. 24–25; Oprysk, 2021, s. 943). Po drugie, argumentuje się, że konsument oczekuje w odniesieniu do treści cyfrowych mniej więcej takiej samej swobody korzystania, jaką ma w odniesieniu do „analogowych odpowiedników” tych treści, a więc że np. użytkownik e-booka oczekuje, że będzie mógł z niego korzystać w sposób nieodbiegający od sposobu, w jaki korzysta z „fizycznej”, drukowanej książki (Oprysk i Sein, 2020, s. 611–612). Wsparciem dla tej drugiej hipotezy są szeroko cytowane badania empiryczne, przeprowadzone w 2016 r. w USA przez A. Perzanowskiego i Ch. Hoofnagle. Wykazały one, że 40% respondentów klikających przycisk „kup teraz” w celu nabycia treści cyfrowej jest przekonanych, że może pożyczyć lub podarować te treści znajomym, 30% uważa, że treści cyfrowe mogą być dziedziczone, 16% – że treści cyfrowe mogą być odsprzedane, a 14% – że mogą wykonać kopię treści i przekazać ją znajomym (Perzanowski i Hoofnagle, 2017, s. 340–342).

Opierając się na tych hipotezach próbuje się badać standardowe warunki regulaminów dostawców treści cyfrowych. Najobszerniejsza analiza w tym zakresie została przeprowadzona przez L. Oprysk i K. Sein. Autorki uwzględniły praktykę rynkową, analizując warunki korzystania z platform służących do udostępniania treści innych niż oprogramowanie (Bandcamp, Apple Media, Amazon Music i Amazon Kindle), platform udostępniających treści cyfrowe o zróżnicowanym charakterze, obejmujące zarówno oprogramowanie, jak i filmy i e-booki (Google Play) oraz warunki licencji Microsoft Office 2019 w wersji Desktop. Na jej podstawie do obszarów, w których można rozważać istnienie określonych oczekiwań konsumenta, autorki zaliczyły zwielokrotnianie treści cyfrowych, przede wszystkim sporządzanie kopii zapasowych, użycie treści cyfrowych na kilku urządzeniach

konsumenta, udostępnianie treści cyfrowych konsumentom, zachowanie dostępu do treści cyfrowych przez konsumenta mimo ich usunięcia z platformy, za pomocą której zostały udostępnione, a także szeroko rozumiany transfer treści cyfrowych, np. przez przypisanie zakupionych treści cyfrowych do innego konta użytkownika lub poprzez przekazanie treści poza platformę, na której zostały udostępnione po raz pierwszy. Podobne obszary potencjalnej niezgodności ograniczeń licencyjnych z obiektywnymi wymogami zgodności są wskazywane również przez innych badaczy (Kuschel i Rostam, 2020, s. 396–397; Spindler, 2021, s. 120–127).

Jakkolwiek poszukiwanie w ten sposób punktu odniesienia dla zasadnych oczekiwań konsumenta wydaje się odpowiednie dla analizy warunków, na jakich udostępniane są treści, takie jak e-booki, pliki z muzyką lub filmy, ich zastosowanie do udostępnienia treści cyfrowych w postaci oprogramowania budzi pewne zastrzeżenia. Po pierwsze, w przypadku programów komputerowych prawo unijne przewiduje odrębny katalog wyjątków od praw wyłącznych, określa też zakres, w jakim mogą być one modyfikowane w drodze umowy²⁵. Problem nadmiernie restrykcyjnych postanowień umownych zakazujących zwykłego użycia legalnie nabytego programu lub sporządzania kopii zapasowych należałoby raczej rozpatrywać na płaszczyźnie prawa autorskiego, które pozwala na zakwestionowanie ich skuteczności wobec konsumenta, a nie przez pryzmat ich zgodności z zasadnymi oczekiwaniami konsumenta zgodnie z dyrektywą 2019/770. Po drugie – nie istnieje „analogowy odpowiednik” oprogramowania. Programy komputerowe, od początku istnienia masowego rynku oprogramowania, były dostarczane w sposób właściwy dla treści cyfrowych, tj. w postaci danych cyfrowych zapisanych na nośniku danych lub (po upowszechnieniu się Internetu) w postaci niematerialnej. Po trzecie wreszcie ze względu na długotrwałość i powszechność praktyki licencjonowania oprogramowania można rozsądnie zakładać, że pewne wykształcone na rynku zwyczaje i typowe (powtarzalne) postanowienia umów licencyjnych wpływają na oczekiwania konsumentów co do zakresu przysługujących im uprawnień. Dlatego rozpatrując umowy dotyczące oprogramowania warto przyrzeć się bliżej jedynie problemowi transferu treści cyfrowych, szczególnie w kontekście gier komputerowych.

Dopuszczalność odsprzedaży zarówno materialnych, jak i niematerialnych kopii oprogramowania jednoznacznie dopuścił TS w cytowanych już wyrokach w sprawach C-128/11 *UsedSoft* i C-166/15 *Ranks*. Zasada wyczerpania prawa, na której Trybunał oparł swe rozstrzygnięcia, ma charakter bezwzględnie obowiązujący, dlatego ewentualne kontraktowe zakazy odsprzedaży kopii nabytych przez konsumentów będą nieskuteczne. W przypadku gier nie jest jednak jasne, czy zastosowanie znajdą zasady wyczerpania prawa wynikające z dyrektywy 2009/24/WE, czy też – ze względu na połączenie w grze elementów programu komputerowego i innych utworów – właściwe są zasady wynikające z dyrektywy 2001/29/WE. Na gruncie dyrektywy 2001/29/WE TS uznał zaś, rozpatrując możliwość odsprzedaży e-booków, że zasada wyczerpania nie stosuje się do „niematerialnych” (elektronicznych) kopii utworów²⁶. Ponadto wiele oferowanych na rynku gier jest ściśle połączonych z usługami online, wykorzystywanymi przez producentów do kontroli legalności gry. Wówczas dla faktycznego wykorzystania gry przez nabywcę „używanej” kopii niezbędne jest nie tylko przekazanie kopii gry, lecz także przekazanie dostępu do konta w takiej

²⁵ Zob. art. 8 akapit 2 dyrektywy 2009/24/WE oraz uwagi dot. art. 5 ust. 1 tej dyrektywy w pkt III powyżej.

²⁶ Wyr. TS z 19.12.2019 r., *Nederlands Uitgeversverbond v. Tom Kabinet Internet BV*, C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111.

usłudze, powiązanego z konkretną kopią gry. Regulaminy usług producentów gier zakazują zaś z reguły udostępniania konta gracza osobom trzecim w jakichkolwiek okolicznościach.

Oba problemy zaznaczyły się w orzecznictwie państw członkowskich. Jeżeli chodzi o dopuszczalność odsprzedaży elektronicznych kopii gier LG Berlin w wyroku z 21 stycznia 2014 r.²⁷, dotyczącym cyfrowej dystrybucji gier na platformie Steam, uznał, że ze względu na doniosłość elementów audiowizualnych w grze komputerowej podlegają one nie tylko dyrektywie 2009/24/WE, lecz także dyrektywie 2001/29/WE, a ta w art. 4 ust. 2 ogranicza zastosowanie zasady wyczerpania tylko do materialnych kopii utworu. Odmienna ocena znalazła się w wyroku paryskiego *Tribunal de grande instance* w sprawie tej samej platformy Steam²⁸, ale już rozpatrujący odwołanie od tego wyroku *cour d'appel* w wyroku z 21 października 2022 r. uznał, podobnie jak LG Berlin, że dopuszczenie wyczerpania elektronicznych kopii gier naruszałoby art. 4 ust. 2 2001/29/WE²⁹. Zawarte w regulaminach zakazy udostępniania konta próbowano natomiast kwestionować opierając się na przepisach służących ochronie konsumentów przed niedozwolonymi postanowieniami umownymi. Również tu odpowiedź była negatywna. Niemiecki BGH w wyroku z 11 lutego 2010 r.³⁰ uznał, że wynikający z umowy wymóg rejestracji gry i niedopuszczalność przeniesienia tworzonych przy rejestracji konta online gracza dotyczy usługi i tym samym nie narusza zasady wyczerpania prawa, nawet jeżeli faktycznie uniemożliwia użycie kopii gry pochodzącej z rynku wtórnego. Podobną ocenę znaleźć można również w powoływanych wyrokach LG Berlin z 21 stycznia 2014 r. i paryskiego *cour d'appel* z 21 października 2022 roku.

Przyjęcie założenia, że zasadnym oczekiwaniem konsumenta jest możliwość odsprzedaży kopii gry (dostarczonej zarówno na materialnym nośniku, jak i w postaci elektronicznej) pozwala argumentować, że obiektywny brak zgodności, o którym mowa w art. 8 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2019/770, występuje w tych przypadkach, w których regulamin usługi online, zakazując udostępniania konta gracza osobom trzecim, faktycznie uniemożliwia korzystanie z gry przez nabywcę „używanej” kopii, o ile przedsiębiorca udostępniający grę nie uzyskał wyraźnej i odrębnej zgody konsumenta na takie odstąpienie od obiektywnych wymogów zgodności stosownie do art. 8 ust. 5 dyrektywy. Trudniejsza jest ocena kwestii dopuszczalności odsprzedaży kopii elektronicznych. Po pierwsze, na gruncie unijnego prawa autorskiego nie jest jasne, czy rzeczywiście odsprzedaż takich kopii gier uniemożliwia art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE. TS wypowiedział się wprawdzie co do zastosowania dyrektywy 2001/29/WE do gier, ale oceniał ten problem w kontekście ochrony technicznych zabezpieczeń, a nie zasady wyczerpania prawa³¹. Po drugie, na gruncie dyrektywy 2019/770 argumentuje się, że zakres zasady wyczerpania prawa nie ma decydującego znaczenia dla problemu dopuszczalności odsprzedaży treści cyfrowych. W przypadkach, w których zasada wyczerpania nie znajduje zastosowania, a prawo autorskie pozwala kontrolować dalsze przekazywanie treści cyfrowej, to odpowiednia treść licencji użytkownika powinna umożliwić odsprzedaż tej treści cyfrowej (Kuschel i Rostam, 2020, s. 397; Oprysk i Sein, 2020, s. 618; Spindler, 2021, s. 123). Jakkolwiek poglądy te mogą *prima facie* wydawać się radykalne,

²⁷ LG Berlin z 21.01.2014, sygn. 15 O 56/13, opubl. „ZUM-RD” 2014/8/9, s. 504, wyrok utrzymany w mocy wyr. KG Berlin z 10.08.2015 r., sygn. 23 U 42/14.

²⁸ Wyr. z 17.10.2019 r., RG 16/01008, <https://cdn2.nextinpact.com/medias/16-01008-ufc-que-choisir-c--valve.pdf> (30.10.2022).

²⁹ Wyr. z 21.10.2022 r., RG 20/15768, <https://www.documentcloud.org/documents/23171770-cour-dappel-de-paris-valve-contre-ufc?responsive=1&title=1> (10.11.2022).

³⁰ Wyr. BGH z 11.02.2010 r., sygn. I ZR 178/08 (*Half-Life 2*), opubl. NJW 2010/36, s. 2661.

³¹ Wyr. TS z 23.01.2013 r., *Nintendo Co. Ltd i in. przeciwko PC Box Srl i 9Net Srl*, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25.

zmierzają one w tym samym kierunku co zgłaszane na obszarze prawa autorskiego propozycje oparcia wtórnego obrotu cyfrowymi kopiami utworów nie na zasadzie wyczerpania prawa, a na zgodzie uprawnionego, w tym zgodzie dorozumianej (Jenkins, 2021, s. 707). Dyrektywa 2019/770 daje zaś pewne narzędzia prawne w celu urzeczywistnienia tej koncepcji.

VIII. Podsumowanie

Przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy 2019/770 obejmuje każdą umowę przewidującą dostarczenie treści cyfrowych (na materialnym nośniku i w inny sposób), jeżeli umowa ta jest odpłatna, tj. konsument płaci cenę lub udziela przedsiębiorcy danych osobowych. Każdy program komputerowy zarówno zapisany na nośniku, jak i udostępniany w formie niematerialnej może stanowić treść cyfrową, niezależnie od jego rodzaju lub przeznaczenia. Dyrektywa znajdzie więc zastosowanie do umów licencyjnych dotyczących oprogramowania, jeżeli spełniają one określone w niej warunki, tj. jednym ze świadczeń licencjodawcy jest dostarczenie treści cyfrowej, a umowa przewiduje odpłatność lub zobowiązuje konsumenta do dostarczenia danych osobowych. Innymi słowy przepisy dyrektywy mogą wyznaczać odpowiedzialność producenta oprogramowania, który zawarł z konsumentem umowę licencyjną, ale tylko wówczas, gdy jest on jednocześnie przedsiębiorcą udostępniającym treść cyfrową konsumentowi. Jeżeli licencja jest udzielana na przez podmiot, który nie zapewnia dostępu do treści cyfrowej, dyrektywa nie znajdzie zastosowania do takiej umowy licencyjnej.

Dyrektywa 2019/770 nie ingeruje bezpośrednio w stosunki umowne wynikające z umowy licencyjnej zawieranej pomiędzy uprawnionym (producentem oprogramowania) nieudostępniającym treści cyfrowej a użytkownikiem końcowym oprogramowania (konsumentem). Uprawniony może wykonywać przysługujące mu prawa autorskie wedle swego uznania, w dowolny sposób kształtując zakres zezwolenia licencyjnego. Treść udzielonej konsumentowi licencji nie jest natomiast obojętna z punktu widzenia odpowiedzialności przedsiębiorcy udostępniającego treść cyfrową. Określone w dyrektywie subiektywne i obiektywne wymogi zgodności czynią bowiem przedsiębiorcę dostarczającego treść cyfrową odpowiedzialnym za to, że konsument otrzyma licencję od uprawnionego zezwalającą na każde użycie zgodne z umową, w tym na takie użycie, co do którego zasadnie spodziewa się on, że będzie mu dozwolone, chyba że przedsiębiorca ten, zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy 2019/770, poinformuje konsumenta, że konkretne warunki licencyjne odbiegają od obiektywnych wymogów zgodności z umową i uzyska wyraźną i odrębną akceptację tego odstępstwa przez konsumenta w momencie zawarcia umowy. Nawet taki pośredni wpływ na umowy licencyjne zawierane z konsumentami może stanowić czynnik sprzyjający liberalizacji treści licencji użytkownika i zwiększeniu ich transparentności.

Dyrektywa nie rozstrzyga wyraźnie czy odpowiedzialność za zakres licencji ponosi również przedsiębiorca będący jednocześnie uprawnionym. Wydaje się, że należy udzielić tu odpowiedzi twierdzącej, a zakres odpowiedzialności przedsiębiorcy dostarczającego treść cyfrową wobec konsumenta powinien być niezależny od tego, czy autorskie prawa majątkowe przysługują osobie trzeciej, czy samemu przedsiębiorcy. W tym drugim przypadku przewidziane w dyrektywie obiektywne wymogi zgodności mogą być postrzegane jako ograniczenie swobody wykonywania przysługujących uprawnionemu praw autorskich.

Bibliografia

- Barta, J. i Markiewicz, R. (1998). *Internet a prawo*. Universitas.
- Barta, J. i Markiewicz, R. (2011). W: J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne: Komentarz* (5. wyd.). Wolters Kluwer.
- Barta, J. i Markiewicz, R. (2016). *Prawo autorskie*. Wolters Kluwer.
- Beale, H. (2021). Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 12(2).
- Chałubińska-Jentkiewicz, K. (2020). Treści cyfrowe jako przedmiot obrotu gospodarczego – zagadnienia definicyjne. *Internetowy Kwartalik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2.
- European Law Institute. (2016). *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*. European Law Institute. Pozyskano z: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf (30.10.2022).
- Gienas, K. (2009a). Imperatywny charakter dozwolonego użytku prywatnego? *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 106.
- Gienas, K. (2009b). Ograniczanie dozwolonego użytku w drodze kontraktowej – zarys problematyki. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 104.
- Giesen, B. (2013). *Umowa licencyjna w prawie autorskim. Struktura i charakter prawny*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Girof, C. (2001). *User Protection in IT Contracts. A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology*. Kluwer Law International.
- Grützmacher, M. (2019). § 69d. W: A. Wandtke, W. Bullinger (red.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Guibault, L. (2002). *Copyright Limitations and Contracts*. Kluwer Law International.
- Guibault, L., Hugenholtz, P. B., Vermunt, M. i Berghuis, M. (2002). *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union: Final report*. Institute for information law. Pozyskano z: https://pure.uva.nl/ws/files/3563234/24667_final_report2002.pdf (30.10.2022).
- Helberger, N. i Hugenholtz, P. B. (2007). No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law. *Berkeley Technology Law Journal*, 22(3), 1061–1098.
- Jenkins, G. (2021). An Extended Doctrine of Implied Consent – A Digital Mediator? *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52(6), 706–733. <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01024-2>.
- Kępiński, M. (2017). Umowy prawa autorskiego. W: J. Barta (red.), *System prawa prywatnego. Tom 13. Prawo autorskie* (4. wyd.). Wydawnictwo C.H. Beck.
- Koch, F. (2003). *Software und Datenbank Recht*. Springer.
- Kot, D. (2006). Elektroniczny obrót utworem w świetle prawa autorskiego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej*, 94.
- Krochmal-Węgrzyn, A. (2004). Umowa licencyjna a internet. *Przegląd Prawa Handlowego*, 6.
- Kuschel, L. i Rostam, D. (2020). Urheberrechtliche Aspekte der Richtlinie 2019/770. *Computer Und Recht*, 36(6), 393–400. <https://doi.org/10.9785/cr-2020-360613>.
- Lehmann, M. i Spindler, G. (2021). § 82 Verträge über Computerprogramme. W: U. Loewenheim (red.), *Handbuch des Urheberrechts*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Markiewicz, R. (2021). *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym*. Wolters Kluwer.
- Marly, J. (2004). *Softwareüberlassungsverträge*. Wydawnictwo C.H. Beck.

- Morais Carvalho, J. i Farinha, M. (2020). Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771. *Revista de Direito a Tecnologia*, 2(2), 257–270.
- Okoń, Z. (2022). *Prawnoautorska ochrona programów komputerowych*. Wolters Kluwer.
- Oprysk, L. (2021). Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition. *GRUR Int.*, 10.
- Oprysk, L. i Sein, K. (2020). Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive? *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51(5), 594–623. <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00941-y>.
- Perzanowski, A. i Hoofnagle, C. (2017). What We Buy When We Buy Now. *University of Pennsylvania Law Review*, 165(2), 315.
- Sein, K. i Spindler, G. (2019). The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1. *European Review of Contract Law*, 15(3), 257–279. <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0016>.
- Sołtysiński, S. (1970). *Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Spindler, G. (2021). Digital Content Directive And Copyright-related Aspects. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 12(2).
- Spindler, G. i Sein, K. (2019). Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen. Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze. *Multimedia und Recht:MMR*, 7.
- Staudenmayer, D. (2019). Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 4, 663–694.
- Targosz, T. (2014). W: D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Targosz, T. i Wyrwiński, M. (2015). Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego. *Forum Prawnicze*, 1.
- Traple, E. (2010). *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*. Wolters Kluwer.
- van Eechoud, M. M. M., Hugenholtz, P. B., van Gompel, S., Guibault, L. i Helberger, N. (2009). *Harmonizing European copyright law: The challenges of better lawmaking*. Kluwer Law International.
- Widła, B. (2020). Naruszenie zobowiązania czy naruszenie majątkowych praw autorskich do oprogramowania? Kilka uwag na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie IT Development. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 2.
- Włodarska-Dziurzyńska, K. (2010). Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy przenoszącej majątkowe prawa autorskie do utworu. W: T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*. Wolters Kluwer.
- Wyrwiński, M. (2020). Nowe obowiązki dostawy treści lub usług cyfrowych. Uwagi wybrane do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 2.
- Żok, K. (2015). Kwalifikacja umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS) – uwagi na tle prawa polskiego i wybranych zagranicznych systemów prawnych. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 129, 15.