

Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną

1.1. Aktualny stan stosunków społecznych w dziedzinie, w której ma dotyczyć projektowana zmiana ustawy

Handel elektroniczny jest jedną z najdynamiczniej rozwijających się kategorii usług społeczeństwa informacyjnego. Dzięki swojej elastyczności i szerokiemu zasięgowi wpływa na wzrost gospodarczy poprzez inwestycje w innowacje oraz zwiększenie zatrudnienia w małych i średnich przedsiębiorstwach. Swoboda świadczenia usług drogą elektroniczną wiąże się jednak z określonymi obowiązkami usługodawcy: informacyjnym w zakresie danych go identyfikujących, określenia regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną czy też stosowania zasad ochrony danych osobowych.

W 2000 r. została uchwalona Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Dz. Urz. WE L 178/1 z dnia 17 lipca 2000 r.), która do polskiego porządku prawnego została implementowana w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, z późn. zm.).

Projekt założeń ma na celu wprowadzenie nowych instytucji prawnych tj. reklama internetowa zawodu regulowanego, a także zmianę redakcji tych przepisów, które budziły wątpliwości interpretacyjne.

1.2. Aktualny stan prawny w dziedzinie, w której ma dotyczyć projektowana zmiany ustawy

Aktualny stan prawny w zakresie świadczenia usług drogą elektroniczną reguluje przede wszystkim ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, z późn. zm. – zwanej dalej u.ś.u.d.e.). Istotną rolę w tym zakresie odgrywa również:

- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. – zwanej dalej k.c.),

- ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm. zwanej dalej u.p.t.),
- ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (Dz. U. Nr 126, poz. 1068, z późn. zm.),
- ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm. – zwanej dalej u.o.d.o.).

Ponadto, z aktów prawa wspólnotowego wdrożonego do polskiego porządku prawnego wskazać należy dyrektywę 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 (Dz. Urz. WE L 178/1 z dnia 17 lipca 2000 r. – zwana dalej dyrektywą o handlu elektronicznym albo dyrektywą 2000/31/WE).

Poza tym, dokonując analizy obowiązującego w tej dziedzinie stanu prawnego, obok wyżej wskazanych aktów prawnych, należy mieć również na uwadze nową ustawę z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47. poz. 278) w kontekście ewentualnego dostosowania u.ś.u.d.e. do tej nowej regulacji horyzontalnej.

1.3. Potrzeba i cele uchwalenia projektowanej zmiany ustawy

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną reguluje istotną część rozwiązań prawnych dotyczących tzw. handlu elektronicznego, który dzięki swojemu szerokiemu zasięgowi i elastyczności staje się coraz bardziej znaczącym sposobem świadczenia usług drogą elektroniczną przez przedsiębiorców działających na rynku informatycznym. Podczas prac legislacyjnych nad zmianą ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną zwaną „małą nowelizacją” lub „europejską”, która to ustawa weszła w życie w dniu 20 grudnia 2008 r. zgłaszane były wnioski i postulaty, które stały się impulsem do ponownej diagnozy stanu prawnego i rozpoczęcia dyskusji nad przebudową ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Przedstawiciele środowiska informatycznego, izb gospodarczych i środowiska akademickiego wskazywali na konieczność uściślenia i doprecyzowania tych przepisów, które budzą wątpliwości interpretacyjne jak np. art. 2 pkt 2 definiujące określenie „informacja handlowa”. Ponadto praktyka przedsiębiorców internetowych wskazuje, że obecnie obowiązujące przepisy w tym zakresie są niewystarczające i wymagają zmian, w szczególności w zakresie zasad wyłączenia

odpowiedzialności usługodawców, zasad ochrony danych osobowych oraz obowiązków informacyjnych i ochrony konsumenta.

Tak doktryna, jak prawnicy świadczący pomoc prawną wobec uczestników elektronicznego obrotu gospodarczego uznają zgodnie, że jednym z najbardziej pozytywnych i sprawdzających się w praktyce rozwiązań ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną są przepisy dotyczące wyłączenia odpowiedzialności usługodawców w sytuacjach określanych jako *mere conduit*, *caching* oraz *hosting* (art. 12-15). Stosowane tu nazwy odwzorowują pojęcia używane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (czyli tzw. dyrektywie o handlu elektronicznym). Choć *mere conduit*, *caching* i *hosting* są zazwyczaj omawiane wspólnie, to pamiętać należy, że są to trzy odrębne od siebie tak pod względem technicznym, jak pod względem regulacji prawnej działania. Zasady podlegania pod odpowiednie wyłączenia odpowiedzialności cywilnej muszą więc być traktowane niezależnie od siebie, tak pod względem podmiotowym jak i przedmiotowym (Porównaj: P.Cisek, J.Jezioro, A.Wiebe, *Dobra i usługi informacyjne w obrocie gospodarczym*, LexisNexis 2005, s. 231). Przepisy te dotyczą generalnie wyłączenia odpowiedzialności bez określenia, czy chodzi tu tylko o odpowiedzialność cywilną. W polskiej literaturze przedmiotu słusznie przyjęto, że wyłączenie takie dotyczy również odpowiedzialności innej niż cywilna. Należy jednak zaznaczyć, że przypadku odpowiedzialności karnej wyłączenie dotyczy jedynie odpowiedzialności za czyn. Nie jest to więc kontratyp jako, że nie wyłączono bezprawności, lecz jedynie uznano, że karanie za czyn nie jest celowe.

Skuteczność przepisów rozdziału III ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną spowodowała, że gdy doszło w 2008 r. do ograniczonej – ale jednak znaczącej – nowelizacji ustawy ożyła kwestia uzupełnienia katalogu wyłączeń zawartych w omawianych przepisach o nowe wyłączenia, które mogłyby wyjaśnić kilka problemów praktycznych, z którymi usługodawcy w Polsce borykają się w obecnej chwili. Choć ostatecznie – głównie z powodów proceduralnych – nowelizacja z 2008 r. nie rozszerzyła katalogu wyłączeń a jedynie dokonała pewnych korekt terminologicznych w art. 14, to właśnie podczas dyskusji sejmowej wznowiono *de facto* prace nad uzupełnieniem rozdziału III ustawy.

Przepisy art.12-14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną ograniczają odpowiedzialność podmiotów transmitujących lub przechowujących cudze dane.

W przypadku, gdy dane podmiotu, który przechowuje u dostawcy usługi (*caching* i *hosting*) uznane zostaną za bezprawne, usługodawca może dzięki normom wyływającym z tych przepisów wyłączyć swoją odpowiedzialność, jeśli wypełni – niezbyt restrykcyjne – wymagania opisane w ustawie. Taka sama możliwość przewidziana została dla podmiotu transferującego nieswoje dane (*mere conduit*). Art.15 ustawy zwalnia usługodawcę z obowiązku monitorowania przekazywanych, przechowywanych lub udostępnianych „nieswoich danych”. Przepisy te skierowane są w pierwszym rzędzie do usługodawców, będących tzw. pośrednikami w dostępie do cudzych danych (*intermediary service providers, ISP*).

W opiniach przedstawionych przed podkomisją sejmową słusznie zwrócono uwagę, że określony w art.12-15 katalog usług nie obejmuje jednak wszystkich sytuacji „pośrednictwa” w sieci Internet.

Pojedyncze orzeczenia sądów polskich wskazują, że jednym z poważniejszych braków może być brak regulacji prawnej wyłączeń odpowiedzialności twórców wyszukiwarek internetowych oraz twórców katalogów odesłań. Za sporne na podstawie dziś obowiązujących przepisów uznaje się w szczególności, czy mają oni obowiązek sprawdzania zawartości stron, które trafiają do listy wyników wyszukiwania w przypadku wyszukiwarek oraz do poszczególnych kategorii w katalogach linków. Jeśli zaś obowiązek taki spoczywałby na nich, to w jakim zakresie miałby być realizowany. W niektórych państwach Unii Europejskiej wprowadzono przepisy rozszerzające zakres zastosowania art.12-14 dyrektywy o handlu elektronicznym na tego rodzaju działalność (Austria, Hiszpania, Portugalia, Węgry). Podobne rozwiązania trafiły również do *Digital Millenium Copyright Act* w Stanach Zjednoczonych. Sejm zapoznał się jesienią 2008 r. z propozycją by w rozdziale III u.ś.u.d.e. dodać dwa nowe artykuły: art.12¹ i 14¹ oraz by odpowiednio zmodyfikować brzmienie art. 15. Autorem tej propozycji była Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT), która przekazała opinię w tej sprawie do Posła na Sejm Zbigniewa Rynasiewicza – Przewodniczącego Komisji Infrastruktury Sejmu RP.

Poza tym, celem projektowanej ustawy jest uzupełnienie implementacji dyrektywy 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 w zakresie np. zasady państwa pochodzenia

(art. 3 dyrektywy) czy dopuszczalności reklamy internetowej w stosunku do tzw. zawodów regulowanych (art. 8 dyrektywy).

1.4. Podmioty, na które oddziaływać ma projektowana ustawa

Ustawa wywiera skutki w stosunku do podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną, mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz odbiorców tych usług z Krajów Członkowskich.

1.5. Możliwość podjęcia alternatywnych środków w stosunku do uchwalenia projektowanej ustawy umożliwiającą osiągnięcie celu.

Brak jakiegokolwiek alternatywy dla uchwalenia projektowanej nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Pozostawienie obecnego stanu prawnego będzie wskazywało na niepełną implementację dyrektywy 2000/31/WE w zakresie jej art. 2, 8, 11, 14. Ponadto pozostałe zaproponowane zmiany wynikające z praktyki oraz mające charakter porządkowy mogą zostać wprowadzone wyłącznie w akcie rangi ustawowej.

Również rozszerzenie zakresu wyłączenia odpowiedzialności usługodawców może nastąpić wyłącznie w akcie rangi ustawowej. Zaś pozostawienie tej kwestii nadal nierozstrzygniętej w prawie polskim pozostawia niepewność co do rzeczywistego zakresu normatywnego art. 12-15 u.ś.u.d.e.

1.6. Skutki finansowe uchwalenia projektowanej ustawy oraz źródła ich pokrycia.

Wejście w życie przepisów nowelizujących u.ś.u.d.e. nie wiąże się z kosztami po stronie budżetu państwa.

2. Propozycje zmian i ich uzasadnienie

2.1. Przepisy ogólne - definicje

a) Definicja „informacji handlowej” w obecnym brzmieniu (art. 2 pkt 2 u.ś.u.d.e.) budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych wśród partnerów społecznych. W trakcie konsultacji z zainteresowanymi podmiotami zwrócono uwagę między innymi na taki element definicji jak „wizerunek przedsiębiorcy”, któremu próbuje się przypisać znaczenie inne, niż przyjęte w polskim prawie. Taki sam pogląd prezentuje Xawery Konarski w Komentarzu do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Warszawa 2004, s. 55), który za niezgrabność językową popełnioną przez polskiego ustawodawcę uznał wprowadzenie w definicji informacji handlowej pojęcia „wizerunek”, mającego na gruncie prawa polskiego inne znaczenie (por. np. przepisy prawa autorskiego lub przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące ochrony dóbr osobistych). Według prawa autorskiego użyty w art. 81 termin „wizerunek” oznacza wytwór niematerialny, który za pomocą środków plastycznych przedstawia rozpoznawalną podobiznę danej osoby (lub danych osób). Obok klasycznych portretów malarskich są to także fotografie i karykatury. Proponuje się zatem przebudowę definicji „informacji handlowej” w ten sposób, że w pojęciu „wizerunek przedsiębiorcy” skreśla się słowo wizerunek, a także zastępuje się zwrot „osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach” zwrotem „osoby wykonującej zawód regulowany”, z jednoczesnym wprowadzeniem w słowniczku definicji „zawodu regulowanego”. Ponadto doprecyzowuje się definicję poprzez wskazanie informacji, które nie stanowią „informacji handlowej”, w ślad za art. 2 lit. f dyrektywy 2000/31/WE.

Mając powyższe na uwadze proponuje się by informację handlową stanowiła każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód regulowany, z wyłączeniem informacji umożliwiających bezpośredni dostęp do działalności przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby, w szczególności nazwa domeny lub adres poczty elektronicznej lub informacji odnoszących się do towarów, usług lub przedsiębiorcy, organizacji lub osoby, opracowane w sposób niezależny, w szczególności, jeżeli są one udzielane bez wzajemnych świadczeń finansowych.

b) Wprowadza się zmianę porządkową w definicji systemu teleinformatycznego (art. 2 pkt 3 u.ś.u.d.e.), polegającą na zastąpieniu zwrotu: „urządzenia końcowego” w rozumieniu ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 73, poz. 852, z 2001 r. Nr 122, poz. 1321 i Nr 154, poz. 1800 i 1802 oraz z 2002 r. Nr 25, poz. 253 i Nr 74, poz. 676),

zwrotem „telekomunikacyjnego urządzenia końcowego” w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.).

Ustawa Prawo telekomunikacyjne określa wymagania, jakim powinny odpowiadać urządzenia radiowe i telekomunikacyjne urządzenia końcowe, w tym zawiera omawianą definicję.

c) Projektowana ustawa zmienia aktualne brzmienie definicji „usługi świadczonej drogą elektroniczną”, w ten sposób, że będzie wskazywała także na jej odpłatny charakter. Wskazany element został zawarty w definicji „usługi społeczeństwa informacyjnego” określonej w dyrektywie 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, do której nawiązuje art. 2 lit. a dyrektywy 2000/31/WE. Ponadto proponowana zmiana byłaby spójna z definicją „usługodawcy” (art. 2 pkt 6 u.ś.u.d.e.), zgodnie z którą jest nim każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową świadczy usługi drogą elektroniczną.

W związku z powyższym świadczenie usługi drogą elektroniczną powinno stanowić wykonanie usługi bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), w szczególności za wynagrodzeniem, poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.

d) Wprowadza się nową definicję: „zawodu regulowanego” w związku z koniecznością uzupełnienia wdrożenia do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektywy 2000/31/WE w zakresie zagadnień dotyczących dopuszczalności reklamy internetowej w stosunku do tzw. zawodów regulowanych.

Proponuje się, by definicja zawodu regulowanego odwoływała się do art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394).

2.2. Wyłączenia

Art. 1 ust. 5 dyrektywy 2000/31/WE zawiera m.in. wyłączenia wobec tematyki podatkowej (lit. a). W związku z powyższym proponuje się w art. 3 u.ś.u.d.e. wskazać na te same wyłączenia. W celu zapewnienia spójności prawa polskiego należy użyć zapisów identycznych z zastosowanymi w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278).

2.3. Zasada państwa pochodzenia

a) Zasada państwa pochodzenia wyrażona w dyrektywie 2000/31/WE a implementowana do polskiego porządku prawnego poprzez art. 3a i 3b u.ś.u.d.e. stanowi podstawę świadczenia usług drogą elektroniczną na terytorium Unii Europejskiej. Praktyka wskazuje jednak na konieczność dokonania zmian w przepisach dotyczących wskazanego zagadnienia.

Przed wszystkim dokonuje się zmiany redakcyjnej w art. 3a ust. 1 u.ś.u.d.e., polegającej na zastąpieniu słowa „oraz” słowem „lub”. Obecne brzmienie przepisu wskazuje bowiem na łączne zastosowanie prawa Unii Europejskiej i prawa Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu. Sytuacja taka mogłaby wystąpić w przypadku, gdy usługodawca miał siedzibę zarówno w państwie członkowskim UE, jak też w EFTA np. posiadając w różnych państwach siedzibę statutową, siedzibę zarządu. Zgodnie zaś z postanowieniami dyrektywy 2000/31/WE w tym zakresie właściwym powinno być prawo tylko jednego państwa.

b) Zgodnie z aneksem do dyrektywy 2000/31/WE, zasady ustalone w art. 3 ust. 1 i 2 tej dyrektywy (tj. ustanawiające zasadę państwa pochodzenia) nie mają zastosowania między innymi do emisji pieniądza elektronicznego przez instytucje, dla których państwa członkowskie zastosowały jedno z odstępstw przewidzianych w art. 9 dyrektywy 2009/110/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, w przypadku gdy:

a) całkowita działalność gospodarcza instytucji, określonych w art. 1 ust. 3 lit. a) dyrektywy generuje całkowitą sumę zobowiązań finansowych wynikających z emisji pieniądza

elektronicznego zazwyczaj nie przekraczającą 5 milionów EUR i nigdy nieprzekraczającą 6 milionów EUR; lub

- b) pieniądz elektroniczny wyemitowany przez instytucję pieniądza elektronicznego akceptowany jest jako środek płatniczy tylko przez podmioty zależne tej instytucji, które wykonują funkcje operacyjne lub inne funkcje pomocnicze związane z pieniądzem elektronicznym emitowanym lub dystrybuowanym przez daną instytucję, jak również przez podmioty dominujące lub podmioty zależne podmiotów dominujących; lub
- c) wyemitowany przez instytucję pieniądz elektroniczny akceptowany jest jako środek płatniczy tylko przez ograniczoną liczbę przedsiębiorstw, które odróżniają się ze względu na:
 - i) ich lokalizację w tych samych siedzibach lub innym ograniczonym lokalnie obszarze, lub
 - ii) ich ściśle finansowe lub gospodarcze związki z instytucją emitującą, takie jak wspólny plan marketingowy lub schemat dystrybucji.

Wyłączeniom tym odpowiada art. 3a ust. 2 pkt 2 u.ś.u.d.e. dot. emisji pieniądza elektronicznego przez instytucje, o których mowa w art. 50 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz. U. Nr 169, poz. 1385, z późn. zm.). Zgodnie z tym artykułem wyłączenie zasady państwa pochodzenia znajdzie jedynie zastosowanie, w zakresie sprawowania nadzoru, jeżeli maksymalna kwota umieszczona na instrumencie pieniądza elektronicznego nie przekracza równowartości w złotych 75 euro, obliczanej według średniego kursu ogłaszanego przez NBP obowiązującego w dniu jego wydania, całkowite zobowiązania finansowe instytucji pieniądza elektronicznego z uwzględnieniem wydanego, a niewykupionego przez nią pieniądza elektronicznego, w każdym czasie, nie przekraczają równowartości w złotych 150.000 euro oraz spełniony jest jeden z poniższych warunków:

- 1) pieniądz elektroniczny służy jako środek płatniczy używany przez podmioty powiązane ze sobą organizacyjnie;
- 2) pieniądz elektroniczny służy jako środek płatniczy używany wyłącznie na obszarze gminy, w której siedzibę ma instytucja pieniądza elektronicznego.

Należy zatem uwzględnić w u.ś.u.d.e. analogiczne wyłączenia z innych państw członkowskich, do których odnosi się dyrektywa 2000/31/WE, a których nie przewiduje art. 3a ust. 2 pkt 2 u.ś.u.d.e. poprzez opisanie wyłączeń przewidzianych przez art. 9 dyrektywy 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia

działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającej dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylającej dyrektywę 2000/46/WE.

c) Projektowana u.ś.u.d.e. dokonuje również zmiany obecnie obowiązującego art. 3a ust. 2 pkt 5. Wynika ona z wejścia w życie nowych regulacji unijnych w zakresie Prawa prywatnego międzynarodowego. Z dniem 11 stycznia 2009 r. obowiązuje w Polsce rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 864/2007/WE z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych – „Rzym II” (Dz. Urz. UE L 199 z 31.07.2007 r., str. 40), a od dnia 17 grudnia 2009 r. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych – „Rzym I” (Dz. Urz. UE L 177 z 04.07.2008 r., str. 6).

Dotychczas obowiązujący art. 3a ust. 2 pkt 5 wyłącza spod zasady państwa pochodzenia umowy z udziałem konsumentów – w zakresie, w jakim ochronę praw konsumentów zapewniają przepisy odrębne. Zmiana przepisu u.ś.u.d.e. ma na celu doprecyzowanie, że zasada państwa pochodzenia nie odnosi się ponadto m.in. do zobowiązań pozaumownych wynikających z naruszenia obowiązków informacyjnych przewidzianych w obrocie konsumenckim, dla których prawo właściwe wyznacza art. 12 rozporządzenia „Rzym II”, oraz do abstrakcyjnej kontroli wzorców umów, która zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości kwalifikowana jest jako zobowiązanie pozaumowne (por. wyrok ETS w sprawie C-167/00) i stosownie do art. 6 ust. 1 rozporządzenia „Rzym II” podlega prawu państwa, w którym występuje naruszenie zbiorowych interesów konsumenckich.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że art. 3a ust. 1 u.ś.u.d.e. nie stosuje się do zobowiązań z udziałem konsumentów oraz wzorców umów skierowanych wobec konsumentów – w zakresie, w jakim ochronę praw konsumentów zapewniają przepisy odrębne.

Ponadto wprowadza się zmianę do art. 3a ust. 3 pkt 1, polegającą na zastąpieniu słowa „umownych” zwrotem „w zakresie dopuszczonym przez przepisy odrębne”.

Brak doprecyzowania art. 3a ust. 3 pkt 1 mógłby sugerować, że w zakresie zobowiązań z deliktów wyrządzonych w związku ze świadczeniem usług nie jest

dopuszczalny wybór prawa, który został wprowadzony – z pewnymi zastrzeżeniami – poprzez art. 14 rozporządzenia „Rzym II”. Przepisami odrębnymi w myśl projektowanego przepisu u.ś.u.d.e. są także te regulacje rozporządzenia „Rzym I”, które ograniczają wybór prawa.

d) Wprowadza się zmiany w art. 3b u.ś.u.d.e., który w obecnym brzmieniu odnosi się do szeroko rozumianego ograniczenia swobody świadczenia usług drogą elektroniczną. Zgodnie zaś z intencją dyrektywy 2000/31/WE (art. 3 ust. 4) ograniczenie powinno dotyczyć wyłącznie skuteczności zasady państwa pochodzenia.

Proponuje się uzupełnienie omawianego przepisu o ograniczenie swobody świadczenia usług drogą elektroniczną w zakresie zasady państwa pochodzenia, poprzez wprowadzenie w art. 3b u.ś.u.d.e. odesłania do art. 3a ust. 1 u.ś.u.d.e. Przepis powinien wskazywać, że na zasadach określonych przez przepisy odrębne swoboda świadczenia usług drogą elektroniczną, wynikająca z art. 3a ust. 1 może zostać ograniczona, jeżeli jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia, obronność, bezpieczeństwo państwa lub bezpieczeństwo publiczne.

2.4. Punkty kontaktowe

Proponuje się wprost w u.ś.u.d.e. wskazać ministra właściwego do spraw gospodarki jako organ prowadzący punkty kontaktowe, z jednoczesną możliwością powierzenia, w drodze porozumienia niektórych czynności związanych z prowadzeniem tych punktów kontaktowych innym organom. W takim przypadku minister właściwy do spraw gospodarki byłby zobowiązany zapewnić środki finansowe na realizację tych zadań. W związku z powyższym proponuje się, aby projektowana zmiana dokonywała niewielkiej modyfikacji art. 3c u.ś.u.d.e. oraz uchyliła art. 3d u.ś.u.d.e.

2.5. Obowiązki usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną

Zakres obowiązków usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną określają art. 5 -11 u.ś.u.d.e. Przepisy te nakładają na usługodawcę szereg obowiązków informacyjnych, w tym: podanie w sposób wyraźny, jednoznaczny i bezpośrednio dostępny

poprzez system teleinformatyczny informacji go identyfikujących; aktualizacji informacji dotyczących oprogramowania lub danych niebędących oprogramowaniem lub danych niebędących składnikiem treści usługi co do jej funkcji i celu; zapewnienia nieodpłatnego skorzystania w ramach jego systemu teleinformatycznego z metod szyfrowania danych uniemożliwiających dostęp osób nieuprawnionych do treści przekazu składającego się na usługę. Nie uwzględniają jednak całej problematyki wykonujących zawody regulowane, o których stanowi art. 8 dyrektywy 2000/31/WE.

Wskazać ponadto należy na jeszcze jeden istotny obowiązek usługodawcy - sporządzenia i udostępnienia usługobiorcom regulaminu, na podstawie którego będą świadczone usługi. Praktyka wskazuje na konieczność przeprowadzenia zmian zmierzających w kierunku ułatwienia działalności przedsiębiorcom działającym na rynku informatycznym. Wszelkie zmiany w tym zakresie zostaną jednak wprowadzone z poszanowaniem odpowiedniego poziomu ochrony interesów usługobiorców, w tym konsumentów.

2.5.1. Obowiązki informacyjne usługodawcy

a) Ta część nowelizacji związana jest z koniecznością dokonania zmian legislacyjnych w u.ś.u.d.e. w oparciu o tezę wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dn. 16 października 2008 r. w sprawie C-298/07 Deutsche Internet Versicherung. Zgodnie z wyrokiem art. 5 ust. 1 lit. c dyrektywy 2000/31/WE należy interpretować w ten sposób, iż usługodawca jest obowiązany podać usługobiorcom zanim zostanie zawarta z nimi jakakolwiek umowa, oprócz adresu poczty elektronicznej, inne dane umożliwiające nawiązanie szybkiego kontaktu oraz bezpośrednie i skuteczne porozumiewanie się. Dane te nie muszą koniecznie zawierać numeru telefonu. Mogą mieć postać formularza on-line, za którego pośrednictwem usługobiorcy mogą zwracać się przez Internet do usługodawcy i na który odpowiada on za pośrednictwem poczty elektronicznej. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy usługobiorca, po nawiązaniu kontaktu z usługodawcą drogą elektroniczną, będąc pozbawionym dostępu do sieci, poprosi usługodawcę o udostępnienie nieelektronicznego sposobu porozumiewania się.

Natomiast art. 5 u.ś.u.d.e. nie uwzględnia obowiązku podania przez usługodawcę innych danych umożliwiających usługobiorcom nawiązanie szybkiego kontaktu oraz bezpośredniego porozumienia się, zgodnie ze wskazówkami zawartymi we wskazanym powyżej wyroku Trybunału. W związku z powyższym proponuje się, aby usługodawca był zobowiązany do podania danych szczegółowych umożliwiających szybki kontakt oraz bezpośrednio i skuteczne porozumiewanie się.

b) W związku z wprowadzeniem do u.ś.u.d.e. definicji „zawodu regulowanego” zasadnym jest dokonanie zmiany porządkowej, polegającej na zastąpieniu w art. 5 ust. 5 u.ś.u.d.e. sformułowania „Jeżeli usługodawcą jest osoba fizyczna, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia określonych w odrębnych ustawach wymagań” określeniem „Jeżeli usługodawcą jest osoba wykonująca zawód regulowany.”.

c) Zgodnie z art. 11 ust. 2 dyrektywy o handlu elektronicznym Państwa Członkowskie zapewniają, jeśli strony niebędące konsumentami nie postanowiły inaczej, żeby usługodawca udostępnił usługobiorcy właściwe, skuteczne i dostępne środki techniczne, pozwalające na identyfikację błędów popełnionych podczas wpisywania danych oraz na poprawienie ich przed złożeniem zamówienia. Uzpełnieniem tego wymogu jest obowiązek informacyjny wynikający z art. 10 ust. 1 lit. c) ww. dyrektywy, zgodnie z którym Państwa Członkowskie mają zapewnić, jeśli strony niebędące konsumentami nie postanowiły inaczej, żeby usługodawca przedstawił informacje, w sposób jasny, zrozumiały i jednoznaczny, przed złożeniem zamówienia, o środkach technicznych potrzebnych do określenia i usunięcia błędów popełnionych przy wpisywaniu danych przed złożeniem zamówienia. Analiza obu powyżej przytoczonych przepisów prowadzi do wniosku, iż przepisy prawa krajowego implementujące dyrektywę o handlu elektronicznym, powinny nakładać na usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną obowiązek stosowania mechanizmów pozwalających na weryfikację poprawności danych podawanych podczas składania zamówienia, przed ostatecznym jego złożeniem oraz obowiązek informowania usługobiorców o stosowaniu i zasadach funkcjonowania tych mechanizmów. W praktyce mechanizm taki można określić mianem dwustopniowego i sprowadza się do skonstruowania procedury zawierania umowy np. na stronie internetowej przedsiębiorcy w taki sposób, aby po wybraniu interesującego usługobiorcę produktu oraz podaniu danych niezbędnych do zawarcia umowy, usługobiorca miał możliwość ostatecznego zweryfikowania poprawności przedmiotu zamówienia jak i podanych danych, przed ostatecznym złożeniem

zamówienia/zawarciem umowy. Obowiązek informacyjny powinien się sprowadzać do poinformowania usługobiorcy zainteresowanego ofertą usługodawcy o etapach składających się na proces składania zamówienia/zawierania umowy oraz o tym, iż przed ostatecznym podjęciem decyzji będzie możliwość zweryfikowania i ewentualnego skorygowania podanych danych. Niemniej jednak, przepisy u.ś.u.d.e. nie nakładają na usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną obowiązku stosowania mechanizmów lub narzędzi wymagających dwustopniowej procedury składania zamówienia/zawarcia umowy, pozwalającej na weryfikację i ewentualne poprawienie powstałych błędów. Zgodnie bowiem z art. 11 u.ś.u.d.e. w sprawach nieuregulowanych w ustawie do świadczenia usług drogą elektroniczną, w szczególności do składania oświadczeń woli w postaci elektronicznej, stosuje się przepisy k.c. oraz innych ustaw. Zgodnie z art. 66¹ § 2 pkt 4 k.c. przedsiębiorca składający ofertę w postaci elektronicznej jest obowiązany przed zawarciem umowy poinformować drugą stronę w sposób jednoznaczny i zrozumiały o metodach i środkach technicznych służących wykrywaniu i korygowaniu błędów we wprowadzanych danych, które jest obowiązany udostępnić drugiej stronie. Powyższy przepis realizuje obowiązek nałożony na Rzeczpospolitą Polską w art. 10 ust. 1 lit. c) dyrektywy o handlu elektronicznym, tj. wprowadza do krajowego porządku prawnego obowiązek informowania o metodach i środkach umożliwiających weryfikację zamówienia przed zawarciem umowy. Co więcej, powyżej przytoczony przepis k.c. wskazuje na obowiązek udostępnienia takich metod i środków kontrahentowi przedsiębiorcy. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę cywilnoprawny charakter powyższego przepisu należy się zastanowić, czy taka regulacja jest wystarczająca dla uznania, iż przepis art. 11 ust. 2 dyrektywy o handlu elektronicznym został implementowany prawidłowo. Skutki naruszenia przez przedsiębiorcę zastrzeżonego w k.c. obowiązku stosowania mechanizmów dwustopniowego składania zamówienia/zawierania umowy mogą mieć charakter wyłącznie cywilnoprawny tj. w zależności od stanu faktycznego konkretnej sprawy może rodzić skutek w postaci nieważności czynności prawnej (patrz art. 58 k.c.), możliwości uchylenia się od skutków takiej czynności (np. art. 84 k.c.), lub inne przewidziane w k.c. Jednocześnie, wyłącznie cywilnoprawny wymóg stosowania dwustopniowego mechanizmu, niepoparty obowiązkiem nałożonym bezpośrednio w ustawie szczególnej, jaką jest u.ś.u.d.e., znacznie utrudnia organom administracji publicznej wyegzekwowanie stosowania przez usługodawców przedmiotowych mechanizmów w procedurze zawierania umów ze wszystkimi usługobiorcami. Propozycja zmiany zapisu art. 7 u.ś.u.d.e. ma na celu wyraźne doprecyzowanie, iż usługobiorca świadczący usługi drogą elektroniczną ma obowiązek stosować, wobec wszystkich usługobiorców mechanizmy

i narzędzia pozwalające na weryfikację ewentualnych błędów jeszcze przed zawarciem umowy. Naruszenie takiego obowiązku rodziłoby nie tylko skutki cywilnoprawne, ale stanowiłoby również podstawę dla uznania działania (zaniechania) usługodawcy za zachowanie bezprawne, mogące skutkować sankcjami administracyjnymi. Analiza powyżej przytoczonych przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym prowadzi do wniosku, iż taki właśnie był cel prawodawcy unijnego. Proponowane rozwiązanie nie wymaga wprowadzenia zmian w innych przepisach u.ś.u.d.e., a zbieżność użytej terminologii z pojęciami, którymi posługuje się w tym zakresie k.c. pozwoli na uniknięcie wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu zastosowania proponowanego przepisu. Dodatkowo wskazać należy, iż znakomita większość usługodawców oferujących swoje produkty w Internecie już w chwili obecnej stosuje co najmniej dwustopniowe mechanizmy i narzędzia składania zamówienia/zawierania umowy oraz informuje o tym swoich usługobiorców. W związku z powyższym wprowadzenie proponowanego rozwiązania nie powinno rodzić kosztów dostosowawczych wśród usługodawców działających w branży. Niemniej jednak, przyjęcie proponowanego rozwiązania pozwoli wyegzekwować, w interesie usługobiorców, obowiązki ciążące na usługodawcach nierealizujących wymogów stawianych w tym zakresie przez k.c.

Wobec powyższego usługodawca zostaje zobowiązany do zapewnienia działania systemu teleinformatycznego, którym się posługuje, umożliwiając nieodpłatnie usługobiorcy:

1 wykrywanie i korygowanie, przed zawarciem umowy, błędów we wprowadzanych danych za pomocą odpowiednich metod i środków technicznych,

2 w razie, gdy wymaga tego właściwość usługi:

a) korzystanie przez usługobiorcę z usługi świadczonej drogą elektroniczną, w sposób uniemożliwiający dostęp osób nieuprawnionych do treści przekazu składającego się na tę usługę, w szczególności przy wykorzystaniu technik kryptograficznych odpowiednich dla właściwości świadczonej usługi,

b) jednoznaczny identyfikację stron usługi świadczonej drogą elektroniczną oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczeń woli i ich treści, niezbędnych do zawarcia drogą elektroniczną umowy o świadczenie tej usługi, w szczególności przy wykorzystaniu bezpiecznego podpisu elektronicznego w rozumieniu ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. Nr 130, poz. 1450, z późn. zm.),

3 zakończenie, w każdej chwili, korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną.

W tym miejscu projektu założeń należy również zwrócić uwagę na powszechne niedostosowanie stron internetowych do potrzeb osób niepełnosprawnych, w szczególności osób niewidomych i słabowidzących, które nie mogą skorzystać ze świadczonych tą drogą usług lub z powodu nieprawidłowo skonstruowanych stron internetowych mogą być wprowadzone w błąd. Tym samym zapobiegając zjawisku wykluczenia cyfrowego tych osób, w projektowanej nowelizacji u.ś.u.d.e., powinno znaleźć się zalecenie dla usługodawcy dostosowania stron internetowych do potrzeb osób niepełnosprawnych. Usługodawcy powinni w tym zakresie kierować się wytycznymi wypracowanymi przez konsorcjum W3C (Word Wide Web Consortium) w ramach inicjatywy dostępności do sieci WAI (Web Accessibility Initiative), zgodnie z wytycznymi WCAG 2.0. Zalecenie stosowania tych wytycznych znalazło się również w Komunikacji Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Europejska Agenda Cyfrowa KOM(2010)245. Działanie 2.6.2. Usługi cyfrowe sprzyjające włączeniu społecznemu, s. 30.

d) Ponadto, jak pokazuje praktyka zmiany wymaga art. 9 u.ś.u.d.e., określający wymogi, jakie musi spełniać informacja handlowa, bowiem identyfikuje się szereg trudności z jego wykładnią i praktycznym zastosowaniem. Zmiana art. 9 ust. 1 powinna mieć w zasadzie charakter techniczny i sprowadzać się do potwierdzenia, iż na usługodawcy ciążyą określone obowiązki związane z informacją handlową. Aktualna redakcja art. 9 ust. 1 może prowadzić do wniosku, iż wymogi zawarte w art. 9 stanowią element definicji informacji handlowej, a co za tym idzie informacje nie spełniające tych wymogów nie są informacjami handlowymi, a tym samym mogą być wysyłane usługobiorcom bez wcześniejszego uzyskania zgody (art. 10 u.ś.u.d.e.). Powyższa zmiana jest wynikiem praktycznych problemów, jakie pojawiły się podczas postępowań administracyjnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zmiana w art. 9 ust. 2 pkt 1 u.ś.u.d.e. powinna mieć na celu zapewnienie, że usługobiorcy otrzymujący informację handlową uzyskają jednocześnie dane nie tylko o podmiocie, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana (jak to ma miejsce w chwili obecnej), ale również o podmiocie, który bezpośrednio rozpowszechnia informacje handlowe. Przykładem praktycznym, uzasadniającym potrzebę wprowadzenia powyższych zmian, może być sytuacja, kiedy jeden usługodawca promuje się poprzez konkurs czy loterię, których organizacją i prowadzeniem zajmuje się inny podmiot, który, na podstawie umowy zawartej pomiędzy usługodawcami, wysyła usługobiorcom informacje handlowe

(w formie wiadomości e-mail lub sms/mms) zachęcające do wzięcia udziału w konkursie. Wiele nieprawidłowości stwierdzono w związku z wykorzystaniem numeracji Premium Rate w przypadku konkursów prowadzonych z wykorzystaniem wiadomości SMS i MMS. Przy próbie złożenia reklamacji dotyczących rachunku zawierającego opłaty za udział w loterii, klienci są odsyłani do organizatora działającego na zlecenie usługodawcy. Zazwyczaj otrzymują oni wówczas informację, że przedsiębiorca telekomunikacyjny nie jest organizatorem loterii i nie odpowiada za jej prawidłowe przeprowadzenie oraz ewentualne roszczenia uczestników. Informacja o podmiocie, który na zlecenie innego usługodawcy *de facto* prowadzi cały konkurs, jest informacją istotną, gdyż może mieć wpływ na podjęcie przez usługobiorcę decyzji o udziale w takim konkursie. Co więcej, niejednokrotnie to podmiot prowadzący konkurs (loterię), dysponujący zgodą usługobiorcy na otrzymywanie informacji handlowej, ma za zadanie przyjmowanie składanych przez usługobiorców oświadczeń o odwołaniu przedmiotowej zgody na mocy art. 4 ust. 1 pkt 2 u.ś.u.d.e. Brak wskazania w informacji handlowej podmiotu faktycznie organizującego promocję innego podmiotu, może więc negatywnie wpłynąć na możliwość korzystania przez usługobiorców z praw przysługujących na mocy u.ś.u.d.e., gdyż taka konstrukcja zmusza usługobiorcę do samodzielnego ustalania od jakiego podmiotu otrzymuje (być może niechciane) wiadomości e-mail lub sms/mms. Propozycja zmiany art. 9 stanowi w zasadzie doprecyzowanie aktualnie obowiązującego jego brzmienia. W szczególności zagadnienie dotyczące warunków korzystania z działalności promocyjnej ma na celu doprecyzowanie budzącego wiele wątpliwości sformułowania: [...] *a także jednoznaczne określenie warunków niezbędnych do skorzystania z tych korzyści, o ile są one składnikiem oferty*, znajdującego się w aktualnie obowiązującym art. 9 ust. 2 pkt 2 u.ś.u.d.e. Celem proponowanych przepisów jest zapewnienie, że usługobiorca otrzyma wraz z informacją handlową rzetelną informację na temat charakteru proponowanego konkursu lub innej działalności promocyjnej, a jednocześnie uzyska co najmniej podstawowe informacje o warunkach na jakich może skorzystać z promocji. Należy podkreślić, iż uzyskanie rzetelnej informacji o charakterze promocji (np. konkurs oparty na wiedzy, loteria, obniżka ceny) oraz o warunkach jakie muszą być spełnione, aby uzyskać korzyści z takiej promocji płynące, może mieć dla przeciętnego usługobiorcy fundamentalne znaczenie przy podejmowaniu decyzji o wzięciu udziału w promocji. W praktyce coraz powszechniejsze stają się różne formy promocji, które poprzez wiadomości e-mail lub sms/mms zachęcają do wzięcia udziału w konkursie lub loterii promocyjnej, przy czym informacje przekazywane usługobiorcom są niejednokrotnie wybiórcze albo wręcz fałszywe, prowadząc wielu usługobiorców do błędnego przekonania, iż

nagrodę już wygrali, a odpowiedź na informację handlową ma jedynie na celu potwierdzenie jej odbioru. Niejednokrotnie, na podstawie informacji handlowej, nie można stwierdzić jaki charakter ma promocja: czy jest to np. konkurs oparty na wiedzy czy konkurs o charakterze losowania. Niepokojące jest również zjawisko niepodawania informacji o miejscu w którym znajduje się pełny regulamin promocji, warunki świadczenia usługi lub cennik. Zmiana art. 9 ust. 2 pkt 2 i 3 u.ś.u.d.e. powinna być na tyle szeroka, aby mogła objąć swoim zakresem również aktualnie obowiązujący art. 9 ust. 2 pkt 3 u.ś.u.d.e, odnoszący się do przekazywania wszelkich informacji, które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron, w szczególności ostrzeżenia i zastrzeżenia, w związku z czym proponuje się usunięcie tego punktu.

Kolejnym elementem koniecznym do uregulowania jest obowiązek zamieszczania w informacji handlowej wskazówek niezbędnych przeciętnemu usługobiorcy do określenia, w jaki sposób może realizować przysługujące mu na mocy art. 4 ust. 1 pkt 2 u.ś.u.d.e prawo do odwołania zgody na otrzymywanie informacji handlowej. Praktyczne trudności w realizacji przysługującego z mocy u.ś.u.d.e. prawa odwołania zgody są m.in. następstwem następujących czynników. Po pierwsze, w chwili obecnej zgoda na otrzymywanie informacji handlowej najczęściej przyjmuje postać generalnej klauzuli obejmującej nie tylko kontrahenta usługobiorcy ale również inne podmioty z nim współpracujące – na podstawie tak wyrażonej zgody usługobiorca może zacząć otrzymywać informacje handlowe od usługodawcy, z którym nigdy nie wchodził w żadne stosunki prawne. Po drugie, jak już wskazano powyżej, informacje handlowe w chwili obecnej nie wskazują podmiotu, który na zlecenie innego usługodawcy prowadzi działalność promocyjną, wysyła informacje handlowe i dysponuje zgodą usługobiorcy – brak informacji o tym komu i jak wysłać oświadczenie o braku zgody na otrzymywanie informacji handlowej czyni uprawnienie usługobiorców iluzorycznym. W związku z powyższym informacja handlowa powinna obowiązkowo zawierać wskazanie w jaki sposób zgoda może zostać odwołana, co sprawi, iż wynikające z ustawy uprawnienie usługobiorcy będzie mogło być realizowane w praktyce. W kontekście proponowanych w art. 9 u.ś.u.d.e. wymogów informacyjnych należy zauważyć, że ilość informacji, które można przekazać odbiorcy w informacji handlowej jest zdeterminowana w dużym stopniu przez specyfikę środka komunikowania się z usługobiorcami. Przykładowo, ze względu na uwarunkowania techniczne jedna wiadomość sms może zawierać mniejszą ilość informacji niż wiadomość e-mail lub mms, co musi być uwzględnione przez prawodawcę konstruującego regulacje prawne. W związku z powyższym propozycja nowego

zapisu art. 9 u.ś.u.d.e. powinna zawierać odesłanie do ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206), która to ustawa przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji wymaganych przez przepisy prawa, nakazuje brać pod uwagę ograniczenia przestrzenne lub czasowe wynikające ze specyfiki środka komunikowania się z usługobiorcami oraz wszystkie środki podjęte przez usługodawcę w celu udostępnienia informacji usługobiorcom w inny sposób – art. 6 ust. 6 ww. ustawy. Przyjęcie takiej koncepcji pozwala na elastyczne dostosowanie wymogów informacyjnych, które musi zawierać art. 9 u.ś.u.d.e. do specyfiki środka komunikowania się oraz uchyla ryzyko uznania działania usługodawcy za nieuczciwą praktykę rynkową. Zmianie powinien ulec art. 9 ust. 3 u.ś.u.d.e. Ma to na celu zagwarantowanie, iż wszystkie informacje zawarte w przekazie promocyjnym zostaną sformułowane jednoznacznie, w sposób zrozumiały i łatwy do odczytania dla przeciętnego usługobiorcę. Udzielenie usługobiorcy nawet obszernych informacji, ale sformułowanych w sposób niezrozumiały lub niejednoznaczny nie gwarantuje możliwości podjęcia świadomej i poinformowanej decyzji i nie wyklucza wprowadzenia usługobiorcy w błąd. Warto zaznaczyć, iż propozycja nowego brzmienia art. 9 u.ś.u.d.e musi być zgodna z przepisami dyrektywy 2000/31/WE, której art. 6 stanowi: [...] *Państwa Członkowskie zapewniają, żeby informacje handlowe, które stanowią część usługi społeczeństwa informacyjnego lub które stanowią taką usługę, spełniały co najmniej następujące warunki:* [...], a więc wyraźnie wskazuje na minimalny zakres harmonizacji wymogów stawianych informacji handlowej. Ponadto, nowe brzmienie art. 9 u.ś.u.d.e., a w szczególności zawarty w nim obowiązek informowania o warunkach odwołania zgody na otrzymywanie informacji handlowej, powinny pozostawać w zgodzie z aktualnym brzmieniem art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), gdzie wskazano, że użycie automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę. W art. 13 ust. 2 wyraźnie przewidziano, iż marketing bezpośredni w przypadkach tam wskazanych jest dopuszczalny *pod warunkiem że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się*

takiemu wykorzystywaniu. Należy zaznaczyć, iż motyw 40 preambuły dyrektywy 2002/58/WE przesądza o objęciu zakresem regulacji o niezamówionej informacji handlowej również komunikatów sms/mms, stanowiąc: Należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS [...]. Dodatkowo, motyw 67 preambuły dyrektywy 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. stanowi: *Udostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji.*

Mając powyższe na uwadze proponuje się wprowadzenie regulacji, w której podmiot rozpowszechniający informację handlową jest obowiązany wyraźnie wyodrębnić informację handlową i oznaczyć ją w sposób niebudzący wątpliwości, że jest to informacja handlowa. Dodatkowo przepis powinien wskazać elementy, które zawiera informacja handlowa:

- 1 oznaczenie podmiotu rozpowszechniającego informację handlową lub na którego zlecenie lub w którego imieniu jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne,
- 2 oznaczenie rodzaju działalności promocyjnej, w szczególności prowadzonej w formie konkursu, obniżki cen lub oferowania innej korzyści odbiorcy informacji handlowej,
- 3 warunki korzystania z działalności, o której mowa w pkt 2,
- 4 sposób nieodpłatnego odwołania zgody na otrzymywanie informacji handlowej.

Ponadto należy wskazać, że informacje, o których mowa w czterech wyżej wskazanych punktach powinny być sformułowane jednoznacznie, w sposób zrozumiały i łatwy do odczytania.

Dodatkowo należy poszerzyć minimalny zakres zapisów regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną, uregulowanego w art. 8 ust. 3 u.ś.u.d.e., tak, aby regulamin ten określał co najmniej:

1. wskazanie nazwy (firmy), adresu i siedziby usługodawcy;
2. rodzaj świadczonych usług, w tym wskazanie adresata usługi (np. usługi dla

dorosłych);

3. zakres świadczonych usług ze wskazaniem elementów składających się na opłatę za świadczenie usług;
4. warunki świadczenia usług drogą elektroniczną, w tym:
 - a) wymagania techniczne niezbędne do współpracy z systemem teleinformatycznym, którym posługuje się usługodawca,
 - b) zakaz dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym;
5. warunki zawierania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną;
6. tryb postępowania reklamacyjnego;
7. zakres odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, wysokość odszkodowania oraz zasady i terminy jego wypłaty;
8. pakiety taryfowe oraz sposób składania zamówień na te pakiety, a także dodatkowe opcje usługi związane z tymi pakietami – jeżeli na świadczone usługi obowiązują różne pakiety taryfowe;
9. tryb i warunki dokonywania zmian umowy oraz warunki jej przedłużenia;
10. sposób i termin rozwiązania umowy;
11. informację o polubownych (pozasądowych) sposobach rozwiązywania sporów;
12. wskazanie organu nadzorującego świadczenie usług drogą elektroniczną.

Ponadto należy wprowadzić przepis, zgodnie z którym świadczenie usług drogą elektroniczną w zakresie loterii audiotekstowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, z późn. zm.) oraz innych konkursów, w których uczestniczy się poprzez odpłatne połączenia telefoniczne lub wysyłanie wiadomości SMS lub MMS, wymaga uprzedniego (przed przystąpieniem do konkursu) uzyskania przez usługodawcę wyraźnej (nie dorozumianej) zgody usługobiorcy na korzystanie z usługi oraz potwierdzenia, że usługobiorca zapoznał się z regulaminem świadczenia usługi. Zaproszenia do skorzystania z usług oraz informacje o lokalizacji regulaminu i zasadach rezygnacji z usługi nie mogą być odpłatne. Usługodawca nie może warunkować odmowy korzystania z usługi od uzyskania

przez usługodawcę od usługobiorcy oświadczenia o niekorzystaniu z usługi. Usługodawca zobowiązany jest przed rozpoczęciem świadczenia usługi poinformować usługobiorcę o tym, gdzie może on się zapoznać z regulaminem oraz o zasadach rezygnacji z usługi, w szczególności o haśle stopującym

Zmianie oraz uzupełnieniu powinien ulec obecnie obowiązujący art. 9 ust. 3 u.ś.u.d.e. w zakresie dodania nowego aktu prawnego, jakim jest ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz.1206) oraz dodaniu kolejnych publikatorów do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 2000 r. Nr 29, poz. 356 i Nr 93, poz. 1027 oraz z 2002 r. Nr 126, poz. 1068 i 1071 i Nr 129, poz. 1102) jak również zastąpieniu obecnie wpisanej do art. 9 u.ś.u.d.e. ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach losowych, zakładach wzajemnych i grach na automatach ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, z późn. zm.).

e) Dyrektywa 2000/31/WE w art. 5 ust. 2 przewiduje obowiązek podania, w sposób zrozumiały i jednoznaczny informacji o cenie usługi oraz o tym, czy w cenę wliczone są podatki oraz koszty dostawy, który to obowiązek nie jest obecny w aktualnym brzmieniu u.ś.u.d.e.

Należy zatem wprowadzić regulację, zgodnie z którą informacja o cenie usługi powinna być jasna i czytelna oraz wysłana przed skorzystaniem z usługi. W przypadku, gdy usługodawca umożliwia dokonanie opłaty za usługę za pośrednictwem Premium SMS lub MMS opłata powinna być wskazana przy numerze, na który ma zostać wysłana wiadomość. Informacja o cenie powinna zostać podana tą samą czcionką, kolorem oraz na tym samym poziomie, co numer Premium SMS lub MMS. Ponadto, nie wystarczy wskazanie ceny tylko w regulaminie, cenniku czy warunkach świadczenia usługi - taka informacja powinna znaleźć się także w samej wiadomości SMS lub MMS. Usługodawca powinien być zobowiązany do jednoznacznego wskazania już na poziomie oferty handlowej czy usługa jest płatna (bez konieczności odsyłania użytkownika do zapisów regulaminu świadczenia usługi w celu uzyskania jedynie informacji o odpłatności za usługę). Usługodawca powinien określić warunki płatności wskazując czy użytkownik ponosi jednorazową opłatę, czy też chcąc skorzystać z oferty zobowiązuje się do płatności okresowych. Niedopuszczalna powinna być obecna praktyka polegająca na wskazywaniu ceny mogącej sugerować odpłatność miesięczną lub jednostkową, jeśli

usługobiorca zobowiązany jest do opłacenia za cały okres obowiązywania umowy lub pakietu usług.

Wysłanie oferty handlowej powinno być poprzedzone odpowiednim zapytaniem, które powinno dotyczyć jedynie zgody na przetwarzanie danych do celów marketingowych. Zarówno za odebranie, jak również przesłanie SMS lub MMS dotyczącego zgody na otrzymywanie oferty handlowej, a także SMS lub MMS dotyczącego przetwarzania danych i zakończenia korzystania z danej usługi nie powinna być pobierana żadna opłata. W przypadku, gdy usługa wiąże się z odbieraniem przez abonenta płatnych wiadomości SMS lub MMS, w przesłanej wiadomości musi zostać zawarta informacja, iż otrzymywanie SMS lub MMS w ramach usługi będzie odpłatne, a także informacja o cenie oraz informacja o możliwości rezygnacji z usługi z podaniem bezpłatnego numeru, na który usługobiorca powinien przesłać wiadomość z rezygnacją.

Zamówienie jednej usługi/dostępu do serwisu itp. nie powinno oznaczać zgody na korzystanie/zapoznawanie się z innymi usługami usługodawcy. Zatem zabronione powinno być domniemywanie zgody na korzystanie z innych usług lub otrzymywanie propozycji korzystania z innych usług wskutek zamówienia jednej usługi. Po zakończeniu świadczenia usługi numer telefonu lub inne dane usługobiorcy powinny być przetwarzane jedynie do rozliczenia tej usługi, chyba, że usługobiorca wyraził zgodę na otrzymywanie oferty handlowej w odrębnym zamówieniu

Ponadto, przepisy u.ś.u.d.e. nie zawierają obowiązku podania przez usługodawcę rejestru handlowego, w którym jest on wpisany oraz jego numer wpisu lub równoważne środki pozwalające na ustalenie tożsamości znajdującej się w rejestrze, co w polskim systemie prawa oznacza obowiązek wskazania numeru wpisu w ewidencji działalności gospodarczej albo rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, który to obowiązek został przewidziany w art. 5 ust. 1 lit. d dyrektywy 2000/31/WE.

W związku z powyższym należy uzupełnić przepisy u.ś.u.d.e. o te obowiązki, mając na względzie przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278).

2.5.2. Dopuszczalność reklamy internetowej w stosunku do zawodów regulowanych

Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. nie wskazuje szczegółowych zasad funkcjonowania grup zawodowych oraz nie narzuca w tym względzie gotowych rozwiązań. Wykonujący zawody regulowane, którzy zdecydują się skorzystać z uprawnień wynikających z art. 8 dyrektywy, będą zobowiązani do ustanowienia standardów regulacyjnych wykonywania zawodu, o ile ich nie posiadają. Wskazać należy, że prawodawca unijny nie wnika w szczegółowe zasady funkcjonowania grup zawodowych i nie narzuca w tym względzie rozwiązań.

Ponadto, w ramach obowiązków informacyjnych będą zobowiązani zapewnić usługobiorcy dostęp do aktualnej informacji o stosowanych zasadach etyki zawodowej. Mając jednak na uwadze, że art. 6 u.ś.u.d.e. w odróżnieniu od regulacji zawartej w art. 5 u.ś.u.d.e. nie wymaga dostępu bezpośredniego do tych informacji, o których mowa w tym przepisie, usługodawca ma możliwość ich doręczenia drogą elektroniczną ogólnodostępną. Dla spełnienia tego obowiązku przez usługodawcę, w odróżnieniu od zamieszczenia go w art. 5 u.ś.u.d.e., wystarczy zatem stworzenie na żądanie usługobiorcy warunków do samodzielnego zapoznania się z informacjami wymienionymi w art. 6 u.ś.u.d.e., przy wykorzystaniu mechanizmu przekazywania informacji wybranego przez usługodawcę, bez konieczności zagwarantowania dostępu bezpośredniego. W związku z powyższym, proponuje się w art. 6 dodać pkt 3 u.ś.u.d.e. wskazujący na konieczność udostępnienia aktualnej informacji o istnieniu właściwych dla danego zawodu zasad etyki zawodowej oraz o sposobie dostępu do tych zasad.

Konsekwencją powyższej zmiany jest konieczność usunięcia art. 5 ust. 5 pkt 5 u.ś.u.d.e., gdyż treści określone w tym punkcie powinny zostać zamieszczone w projektowanym art. 6 pkt 3 u.ś.u.d.e..

Ponadto proponuje się dodanie do u.ś.u.d.e nowej regulacji (np. art. 10a. u.ś.u.d.e.), która implementuje art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE, zgodnie z którym Państwa Członkowskie mają obowiązek zapewnić możliwość używania informacji handlowej przez przedstawicieli zawodów regulowanych pod warunkiem zgodności z zasadami wykonywania zawodu dotyczącymi w szczególności niezależności, godności i prestiżu zawodu, tajemnicy zawodowej i rzetelności wobec klientów i innych przedstawicieli zawodu. Mając powyższe na uwadze należałoby wskazać, że wykonujący zawody regulowane mogą przekazywać

informacje handlowe środkami komunikacji elektronicznej zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa oraz etyki zawodowej, w sposób odpowiadający charakterowi danego zawodu, biorąc pod uwagę w szczególności niezależność, godność i uczciwość zawodową, a także ochronę tajemnicy zawodowej.

2.5.3. Zgodność obowiązków informacyjnych usługodawcy wynikających z różnych aktów prawnych

Obowiązki przedsiębiorców w zakresie udzielania informacji są regulowane różnymi ustawami. W związku z powyższym istotnym jest, aby obowiązki informacyjne wynikające z u.ś.u.d.e. nie naruszały lub nie wyłączały obowiązków informacyjnych wynikających z ustaw szczegółowych.

2.6. Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną

W rozdziale 3 (art. 12-14) u.ś.u.d.e. zostały uregulowane zagadnienia dotyczące wyłączenia odpowiedzialności usługodawcy (zarówno o charakterze cywilnym, jak i karnym oraz administracyjnym) z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną, które są odpowiednikiem postanowień art. 12-14 dyrektywy o handlu elektronicznym. Adresatami wskazanych przepisów są usługodawcy będący pośrednikami w przekazywaniu danych. Proponuje się poszerzenie katalogu wyłączeń o sytuacje „pośredniczenia” w dostępie do cudzych danych poprzez zamieszczanie odesłań do stron WWW, na których znajdują się te treści, a także świadczenia usługi wyszukiwania informacji o tym, gdzie treści te można znaleźć w sieci Internet. Wprowadzenie tych regulacji, spowodowałoby, że:

1. Nie ponosiłby odpowiedzialności za treść danych ten, kto za pomocą usług narzędzi lokalizacyjnych umożliwiających automatyczne wyszukiwanie informacji poszukiwanej przez użytkownika, udostępnia informacje, pozwalające na zlokalizowanie konkretnych zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują, o ile:
 - a) nie wprowadził tych danych do sieci, ani nie usuwa lub nie modyfikuje tych danych;
 - b) nie jest inicjatorem transmisji danych uzyskanych w toku wyszukiwania danych;
 - c) nie wybiera odbiorcy danych,

2 Nie ponosiłby odpowiedzialności za treść danych ten, kto publicznie udostępnia informacje, pozwalające na zlokalizowanie konkretnych zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują, o ile nie wprowadził tych danych do sieci, ani ich nie zmodyfikował oraz nie wie o ich bezprawnym charakterze lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych, niezwłocznie uniemożliwi dostęp do informacji pozwalających na ich zlokalizowanie.

Przede wszystkim należy zauważyć, że wskazane propozycje nie są implementacją art. 12-14 dyrektywy o handlu elektronicznym, nie oznacza to jednak sprzeczności z europejskimi regulacjami. Już w pierwszym raporcie dotyczącym implementacji dyrektywy o handlu elektronicznym z dnia 21 listopada 2003 r. (COM(2003) 702 final, strona 13) Komisja Europejska wyraźnie wskazała, że zachęca państwa członkowskie do dalszego rozwijania prawa pozwalającego zapewnić bezpieczeństwo podmiotów świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego. W dokumencie z dnia 12 października 2007 r. „Analiza odpowiedzialności pośredniczących dostawców usług społeczeństwa informacyjnego” (*Study on the liability of internet intermediaries*, MARKT/2006/09/E, str. 17), sporządzonej na zlecenie Komisji Europejskiej wskazano wręcz - po zbadaniu przepisów stosowanych w państwach członkowskich - że zasady odpowiedzialności dostawców usług narzędzi lokalizacyjnych, powinny zostać zharmonizowane na poziomie europejskim. Wyłączenia odpowiedzialności z tego tytułu zostały już zresztą m.in. wprowadzone w Austrii, Hiszpanii, Portugalii i na Węgrzech. Wskazując na przesłanki przemawiające za określeniem zasad takiej odpowiedzialności w prawie polskim należy przede wszystkim zwrócić uwagę na fakt, że narzędzia lokalizacji informacji w niepodważalny sposób stanowią kluczowy element pozwalający na korzystanie z usług społeczeństwa informacyjnego. Jednocześnie w prawie polskim brak jest zasad pozwalających określić, w jakiej sytuacji dostawcy tego typu narzędzi odpowiadają za wyszukane treści. Potwierdzeniem tego faktu, jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., w którym sąd uznał odpowiedzialność za dane osoby, która zapewniała tzw. „głęboki link” do tych danych. Również w innych krajach europejskich wskazywano, że wyłączenia odpowiedzialności wskazane w dyrektywie o handlu elektronicznym i implementowane do prawa krajowego nie obejmują swoim zakresem hiperłączy i narzędzi wyszukiwawczych (tak: Niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Schoener Werter* oraz holenderski sąd I instancji w sprawie *TechnoDesign v.*

Stichting Brein). Wskazuje się zatem na poziomie wspólnotowym na brak jednolitej regulacji i określenia zasad odpowiedzialności z tytułu takich usług.

Zgodnie z pkt 42 Preambuły Dyrektywy 2000/31/WE wyłączenia w dziedzinie odpowiedzialności tzw. Intermediary Service Providers ustanowione we wskazanej dyrektywie obejmują przypadki, w których działalność podmiotu świadczącego usługi społeczeństwa informacyjnego jest ograniczona do technicznego procesu obsługi i udzielania dostępu do sieci komunikacyjnej, w której informacje udostępniane przez osoby trzecie są przekazywane lub przechowywane czasowo, w celu poprawienia skuteczności przekazu. Do usług takich należy zaliczyć m.in. wyszukiwarki (search engine). Należy podkreślić, że wyniki wyświetlane w ramach wyszukiwania odzwierciedlają wyłącznie treści stron internetowych, do których odnosi się wynik wyszukiwania. W związku z powyższym do usunięcia niedozwolonej treści z wyników wyszukiwania konieczne jest uprzednie usunięcie dotyczących jej materiałów ze strony internetowej, do której odnosi się dany wynik wyszukiwania, co w sposób oczywisty pozostaje poza sferą prawnych i technicznych możliwości operatorów wyszukiwarek. Okoliczność ta stanowi uzasadnienie dla wprowadzenia wyłączenia ich odpowiedzialności na zasadach przewidzianych w pierwszej z przedstawionych wyżej propozycji. Rozwiązanie tego rodzaju przyjęto już w innych państwach EOG, m.in. w Austrii i Lichtensteinie. Warunki określone w pierwszej z przedstawionych propozycji ograniczają odpowiedzialność usługodawców świadczących usługi wyszukiwarek, wyłącznie tych, których działanie ma czysto techniczny, automatyczny i bierny charakter. Operatorzy narzędzi wyszukiwawczych nie posiadają wiedzy na temat wyszukiwanych informacji, ani nie mają nad nimi kontroli. Ponadto wskazać należy, że ograniczenie odpowiedzialności operatorów wyszukiwarek zawarte w pierwszej propozycji nie obejmuje narzędzi specjalnie zaprojektowanych w celu dokonywania naruszeń praw autorskich, w szczególności takich, w których dochodziłoby do interwencji edycyjnej ze strony operatora usługi polegającej np. na manualnym tworzeniu list/katalogów odesłań internetowych, prowadzących bezpośrednio do zasobów naruszających prawa autorskie. Dodatkowo wskazać należy, iż w pierwszej ze wskazanych wyżej propozycji użyto pojęcia „usługi narzędzi lokalizacyjnych” zamiast „wyszukiwarek internetowych”, przez co ograniczenie takiej odpowiedzialności będzie mogło mieć zastosowanie również w przypadku usług wyszukiwarek innych niż internetowe. Zapis mówiący o udostępnieniu informacji pozwalających na zlokalizowanie konkretnych zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują wskazuje, iż osoba udostępniająca narzędzia wyszukiwawcze

zapewnia jedynie dostęp do informacji, w jaki sposób można uzyskać dostęp do danych. Słowo „konkretnie” ma ograniczyć stosowanie u.ś.u.d.e. do przypadków, gdy udostępniane są informacje o charakterze ogólnym, np. odnośniki do adresów serwisów internetowych, a nie do konkretnych treści, które znajdują się w tych serwisach.

W zakresie drugiej z wyżej przedstawionych propozycji wskazano, że wyłączenie odpowiedzialności dotyczy ogólnie podawania informacji o konkretnych zasobach systemu teleinformatycznego. Regulacja ta obejmuje zarówno przypadki podawania adresów stron jak również podawania hiperłączy. Ponadto ze względu na konieczność uregulowania kwestii prywatnego przekazywania odnośników do stron internetowych, w tym za pośrednictwem poczty elektronicznej wskazuje się, iż wyłączenie odpowiedzialności dotyczy „publicznego” rozpowszechniania odnośników do stron internetowych. Dodatkowo druga z przedstawionych propozycji określa czynności, jakich może dokonać osoba, która podaje informacje umożliwiające zlokalizowanie konkretnego zasobu sieciowego. Co do zasady nie będzie miała ona możliwości zablokowania dostępu do danych, a jedynie może uniemożliwić dostęp do informacji pozwalających na ich zlokalizowanie.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zagadnienia wyłączenia odpowiedzialności usługodawców z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną określone w rozdziale trzecim u.ś.u.d.e. znajdują zastosowanie w życiu codziennym. Doktryna wskazuje jednak, że w tym zakresie istnieje luka prawna, która wymaga uzupełnienia, a mianowicie przepisy u.ś.u.d.e. nie zawierają regulacji dotyczących wyłączenia odpowiedzialności w przypadku świadczenia drogą elektroniczną usług polegających na dostarczaniu odnośników do stron internetowych oraz świadczenia usług wyszukiwania stron internetowych. W tym miejscu należy pamiętać o wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 23 marca 2010 r. w sprawach połączonych C-236/08 i C-238/08.

Zauważyć należy, iż dodanie nowej regulacji nie wpłynie na poziom ochrony danych osobowych, w szczególności na jego obniżenie. W przypadku Internet Service Provider wszystkie sprawy z zakresu danych osobowych prowadzone są w oparciu o niemodyfikowany w tym względzie art. 14 u.ś.u.d.e. Przede wszystkim dotyczy to obowiązku blokowania przez administratorów serwisów społecznościowych dostępu do danych osobowych osób trzecich tj. osób, których dane są zamieszczane w serwisie przez zarejestrowanych użytkowników. Przedmiotowe założenia w tym zakresie nic nie zmieniają, a jedynie opisują sposób, w jaki osoby te mogą domagać się zablokowania dostępu do tych danych (procedura blokowania dostępu do bezprawnych informacji – pkt. 2.7. projektu założeń).

Wprowadzenie nowych regulacji w zakresie wyłączenia odpowiedzialności usługodawców wymaga odpowiedniej nowelizacji art. 15 u.ś.u.d.e., w celu objęcia nim również podmiotów świadczących usługi określone w tych wskazanych wyżej propozycjach.

2.7. Procedura blokowania dostępu do bezprawnych informacji („notice and takedown”)

Procedura zawiadomienia i blokowania informacji została pominięta w ramach prac nad Dyrektywą 2000/31/WE, pozostawiając dookreślenie formalności dotyczących tej procedury Państwom Członkowskim, z których zadania tego podjęła się np. Finlandia. Procedura blokowania dostępu do bezprawnych informacji została natomiast ujęta w przepisach prawnych krajów spoza Unii Europejskiej. W amerykańskiej ustawie z 1998r. Digital Millenium Copyright Act (DMCA) otrzymała nazwę „notice and takedown”. Określa ona, jakie czynności powinny zostać wykonane, aby doprowadzić do zablokowania dostępu do informacji naruszających prawo. Wprawdzie przedstawiona w DMCA procedura wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług internetowych (w tym przypadku głównie klasycznego host providera) odnosi się jedynie do utworów chronionych prawem autorskim, jednak nie ma wątpliwości, że może ona mieć zastosowanie niezależnie od rodzaju naruszanych praw i z uwagi na ciekawe rozwiązania może stanowić wskazówkę dla wpisania podobnych rozwiązań do u.ś.u.d.e. Praktyka wskazuje, że odpowiedzialność host providera jest coraz większym problemem, co wynika z działań i zakresu czynności jakie on podejmuje, będąc jednocześnie podmiotem, do którego uprawnieni/poszkodowani będą najczęściej kierowali swoje roszczenia. Wynika to z faktu, iż host provider pozostaje łatwo identyfikowalny w porównaniu do mniej lub bardziej anonimowego usługobiorcy. Orzecznictwo sądów polskich i zagranicznych wskazuje, że dostawcy usług internetowych znajdują się w trudnej sytuacji, której rozwiązanie mogłoby polegać na kontroli zamieszczanych treści, co z całą pewnością nie służy ułatwieniu działalności usługodawcom, a dodatkowo godziłoby w podstawowe wolności człowieka zamieszczone w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W związku z powyższym najbardziej prawidłowym rozwiązaniem wydaje się opisanie procedury blokowania dostępu do bezprawnych informacji w u.ś.u.d.e.. Zapewni to usługodawcom ochronę od odpowiedzialności za zamieszczone w sieci treści

niedozwolone, oczywiście po spełnieniu określonych przesłanek. Dodatkowo procedura może być korzystna dla osób, które posiadają informacje o takich bezprawnych treściach zamieszczonych w sieci i chcą ich zablokowania. W obecnym stanie prawnym brak szczegółowych regulacji dotyczących procedury blokowania dostępu do bezprawnych informacji. Z powyższych względów w założeniach postanowiono wskazać kolejne etapy tej procedury, ze szczególnym uwzględnieniem elementów wiarygodnej wiadomości, wskazaniem terminów dokonania poszczególnych czynności oraz określeniem elementów sprzeciwu usługobiorcy.

Procedura powiadomienia i blokowania informacji rozpoczyna się od przesłania przez uprawnionego do usługodawcy „wiarygodnej wiadomości”, która powinna zawierać wszystkie elementy, wymienione enumeratywnie w dodawanym nowym art. obejmujące:

- określenie uprawnionego składającego zawiadomienie o zamieszczeniu w sieci Internet bezprawnych informacji;
- dane kontaktowe uprawnionego;
- podpis uprawnionego albo osoby go reprezentującej, złożony zgodnie z przepisami o podpisie elektronicznym, albo ustawą o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, albo złożony własnoręcznie w przypadku gdy zawiadomienie ma formę papierową;
- wskazanie w sposób jednoznaczny informacji, które naruszają prawa lub przedmiot działalności uprawnionego, do których jego zdaniem powinien zostać zablokowany dostęp;
- zwięzłe uzasadnienie wiarygodnej wiadomości;
- podanie informacji umożliwiających usługodawcy zlokalizowanie bezprawnych informacji;
- kopia pełnomocnictwa;
- oświadczenie uprawnionego o:
 - » braku autoryzacji treści zamieszczonych w sieci,
 - » zgodności z prawdą przedstawionych wiadomości.

Projektowane przepisy będą dawały możliwość usługodawcy utworzenia formularza wiarygodnej wiadomości. Jeżeli formularz będzie zawierał wszystkie elementy obligatoryjne wymienione w projektowanej ustawie i zostanie zamieszczony na stronie podmiotowej usługodawcy, to wówczas przesłanie przez uprawnionego prawidłowo uzupełnionego formularza będzie zwalniało usługodawcę z obowiązku wzywania uprawnionego do uzupełnienia braków formalnych wiarygodnej wiadomości.

W przypadku, gdy usługodawca nie utworzy formularza albo utworzy formularz, który nie będzie zawierał wszystkich obligatoryjnych elementów wiarygodnej wiadomości określonych w ustawie, a także nie zostanie on zamieszczony na jego stronie podmiotowej, usługodawca po otrzymaniu wniosku o zablokowaniu dostępu do treści bezprawnych będzie zobowiązany, w przypadku wystąpienia braków formalnych wiarygodnej wiadomości, do wezwania uprawnionego do uzupełnienia tych braków w terminie 3 dni. Konsekwencją powyższego jest znaczne wydłużenie procedury blokowania dostępu do bezprawnych informacji.

Usługodawca, niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni od dnia otrzymania wniosku o zablokowanie dostępu do treści bezprawnych, albo od dnia uzupełnienia braków formalnych wniosku o zablokowanie dostępu do treści bezprawnych, jest zobligowany do zablokowania dostępu do treści bezprawnych i poinformowania o tym fakcie usługobiorcy, bądź odrzucenia wniosku i przekazania uprawnionemu szczegółowego uzasadnienia odmowy zablokowania dostępu do treści bezprawnych.

W przypadku blokady dostępu, usługobiorca, w ciągu 3 dni ma prawo złożyć sprzeciw wobec zawiadomienia uprawnionego, przesyłając go usługodawcy. Sprzeciw, aby mógł wywrzeć odpowiedni skutek musi także spełniać określone wymogi formalne, tzn. zawierać wszystkie następujące informacje:

- określenie usługobiorcy;
- dane kontaktowe usługobiorcy;
- podpis usługobiorcy albo osoby go reprezentującej, złożony zgodnie z przepisami o podpisie elektronicznym albo przepisami ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne albo złożony własnoręcznie w przypadku gdy zawiadomienie jest w postaci papierowej;
- opis zablokowanych informacji;
- wyjaśnienie usługobiorcy dotyczącego zablokowanych informacji np. wskazanie, że blokada informacji nastąpiła na skutek pomyłki, gdyż usługobiorca posiada zgodę uprawnionego na zamieszczenia tych informacji w sieci, albo zamieszczenia w sieci dokonano w ramach dozwolonego użytku albo uprawniony błędnie zidentyfikował kwestionowany materiał.

Po otrzymaniu sprzeciwu usługodawca może podjąć decyzję o odblokowaniu kwestionowanych informacji. Istotnym jest to, że w przypadku przywrócenia kwestionowanych informacji przyjmuje on na siebie odpowiedzialność za ich zamieszczenie. Usługodawca w terminie 3 dni od dnia otrzymania sprzeciwu jest zobligowany do wysłania

sprzeciwu uprawnionemu wraz z informacją, że w przypadku nie podjęcia przez niego przeciwno usługobiorcy czynności prawnych mających na celu ochronę naruszonych praw nastąpi odblokowanie dostępu do informacji. Uprawniony po otrzymaniu sprzeciwu usługobiorcy ma obowiązek w terminie 7 dni powiadomić usługodawcę o podjętych działaniach, mających na celu ochronę swoich praw lub o ich braku. W przypadku nie powiadomienia usługodawcy przez uprawnionego w wyznaczonym terminie lub powiadomienia o nie podejmowaniu przez uprawnionego działań, mających na celu ochronę jego praw usługodawca odblokowuje dostęp do informacji. W przypadku, gdy usługodawca odblokował dostęp do kwestionowanych informacji po otrzymaniu sprzeciwu usługobiorcy, a następnie uzyskał informację o podjęciu przez uprawnionego określonych działań zmierzających do ochrony swoich praw np. przed sądem to ma on obowiązek ponownego ich zablokowania, w terminie 3 dni od dnia uzyskania takiej informacji, do czasu prawomocnego orzeczenia sądu.

Zastosowanie procedury zawiadomienia i blokowania informacji może wyłączyć odpowiedzialność usługodawcy w sytuacji, gdy w wyniku przeprowadzonego postępowania uznał on, że zawiadomienie jest niewiarygodne i nie zablokował dostępu do spornych treści. Podkreślenia wymaga fakt, iż to wyłączenie odpowiedzialności dotyczy roszczeń opartych na winie (np. roszczenia odszkodowawczego), ale nie roszczeń zakazowych (np. roszczenia o zaniechanie naruszeń). Rozszerzenie tej odpowiedzialności jest niemożliwe, gdyż nie wskazują na to przepisy dyrektywy 2000/31/WE, które i tak już liberalizują zasady odpowiedzialności host providera, w stosunku do odpowiedzialności na zasadach ogólnych.

2.8. Zasady ochrony danych osobowych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną

Zasady ochrony danych osobowych w związku ze świadczeniem usług drogą elektroniczną reguluje rozdział 4 u.ś.u.d.e. Konsultacje społeczne wykazały potrzebę uporządkowania przepisów w zakresie ochrony danych osobowych tak, aby wzajemnie uzupełniały się z u.o.d.o. Istotna część przepisów dotyczących danych osobowych zawiera postanowienia niespójne z powszechną w tym względzie praktyką świadczenia różnego rodzaju usług w sieci Internet. W związku z powyższym proponuje się:

a) Uchylić art. 16 i 17 u.ś.u.d.e.

Przepisy te nie wnoszą dodatkowych treści normatywnych w stosunku do u.o.d.o. Obowiązek stosowania u.o.d.o. przez podmioty przetwarzające dane osobowe i tak wynika wprost z jej art. 3. Zatem po usunięciu art. 16 i 17 u.ś.u.d.e. należałoby stosować na mocy art. 3 w zw. z art. 1 i 2 u.o.d.o. tę właśnie ustawę w całości.

b) W art. 19 u.ś.u.d.e uchylić ust. 5.

Przepis ten dotyczy zakazu zestawienia danych osobowych usługobiorcy z przybranym przez niego pseudonimem. Tego rodzaju zakaz nie został wprowadzony w żadnym ze wspólnotowych aktów prawnych. Ponadto jak wskazuje praktyka przepis ten nie jest stosowany przez usługodawców.

c) Uchylić art. 20 ust. 1 pkt 3 u.ś.u.d.e.

Przepis ten określa obowiązek podania informacji usługobiorcy dotyczących umów przetwarzania danych osobowych. Uchylenie tego przepisu ułatwi działalność przedsiębiorcom działającym na rynku informatycznym, zdejmując z nich obowiązek zapewnienia usługobiorcy informacji o podmiocie, któremu powierza przetwarzanie danych, ich zakresie i zamierzonym terminie przekazania, jeżeli usługodawca zawarł z tym podmiotem umowę o powierzenie do przetwarzania danych. Jednocześnie zmiana ta nie wpłynie negatywnie na prawo usługobiorcy do otrzymania takich informacji na podstawie art. 32 i 33 u.o.d.o.

3. Zmiany w obowiązujących przepisach

Należy dokonać zmian w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) w art. 66¹ § 1 po zwrocie „potwierdzi jej otrzymanie” należy dopisać „drogą elektroniczną”.

Koncepcja oferty elektronicznej, o której mowa w art. art. 66¹ k. c. stanowi także efekt implementacji do polskiego porządku prawnego rozwiązań wynikających z dyrektywy 2000/31/WE. Podobnie jak w dyrektywie, przyjęto, że oferta złożona w postaci elektronicznej wiąże oferenta tylko wtedy, gdy jej adresat niezwłocznie potwierdzi fakt otrzymania oferty. Odmiennie jednak niż w dyrektywie, w polskim kodeksie cywilnym nie sformułowano zasady, że potwierdzenie otrzymania oferty może być dokonane wyłącznie drogą elektroniczną. W związku z powyższym proponuje się uzupełnienie przedmiotowego przepisu.

4. Przewidywany termin wejścia w życie

Zakłada się, że ustawa wejdzie w życie 14 dni od dnia ogłoszenia.

W ramach konsultacji społecznych i w celu wykonania obowiązku wynikającego z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414 oraz z 2009 r. Nr 42, poz. 337) projekt rozporządzenia został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Żaden Podmiot nie był zainteresowany pracami nad projektem w tym trybie.

Problematyka uregulowana w projekcie założeń nie jest sprzeczna z prawem Unii Europejskiej.

Projekt regulacji podlega notyfikacji w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004 r. Nr 65, poz. 597).

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

Wpływ projektowanej ustawy na:

1. Sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego.

Wejście w życie przepisów nowelizujących ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie wiąże się z kosztami po stronie budżetu państwa.

2. Rynek pracy, konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw.

Wpływ projektowanych przepisów na rynek pracy, konkurencyjność gospodarki będzie nieznaczny. Projektowane rozwiązania mają na celu dostosowanie rozwiązań prawnych do

sytuacji istniejącej na rynku, uporządkowanie przepisów, a także uchylenie tych, które w trakcie obowiązywania ustawy okazały się zbędne. Zaproponowane zmiany przepisów ułatwią działalność przedsiębiorców na rynku informatycznym, w szczególności poprzez doprecyzowanie wyłączeń odpowiedzialności usługodawców i wprowadzenie nowych instytucji prawnych.

3. Wpływ regulacji na sytuację i rozwój regionalny

Projektowana regulacja nie będzie miała wpływu na sytuację i rozwój regionów.

4. Konsultacje społeczne

Podjęcie decyzji o przygotowaniu projektu założeń zostało poprzedzone zasięgnięciem opinii podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy. Konsultacje prowadzone były z szerokim udziałem środowiska informatycznego, izb gospodarczych i środowisk akademickich oraz innych zainteresowanych podmiotów gospodarczych, w tym z:

- Polskim Towarzystwem Informatycznym (PTI),
- Polską Izbą Informatyki i Telekomunikacji (PIIT),
- Krajową Izbą Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji (KIGEiT),
- Polską Konfederacją Pracodawców Prywatnych Lewiatan,
- Stowarzyszeniem Instytutu Informatyki Śledczej,
- Związkiem Pracodawców Branży Internetowej Interactive Advertising Bureau Polska (IAB Polska),
- Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych (GIODO),
- Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o. (PTK Centertel).

PIIT i PTK Centertel zgłosili uwagę dotyczącą konieczności wprowadzenia do ustawy definicji hiperłącza w kontekście propozycji nowego art. 14a. Biorąc pod uwagę fakt, iż w wyniku konsultacji międzyresortowych przepis art. 14a uległ dużej zmianie i w obecnym jego brzmieniu nie odwołuje się do pojęcia hiperłącza, brak jest uzasadnienia

dla wprowadzenia do ustawy jego definicji. Odrzucono uwagę dotyczącą propozycji zamiany określenia zamieszczonego w definicji świadczenia usług drogą elektroniczną z „w szczególności za wynagrodzeniem” na „zazwyczaj za wynagrodzeniem”. Termin „zazwyczaj” wskazuje bowiem na czynności dokonywane zwykle, często, w normalnym toku czynności, zaś określenie „w szczególności” podkreśla, że chodzi przede wszystkim, zwłaszcza o czynności o charakterze odpłatnym przez co zostaje oddany nacisk na odpłatność tych czynności. Uwaga dotycząca przeniesienia uregulowań z art. 173 Prawa telekomunikacyjnego do u.ś.u.d.e. również została odrzucona. Art. 173 Prawa telekomunikacyjnego jest bezpośrednią implementacją przepisów dyrektywy 2002/58/WE (zmienionej dyrektywą 2009/136/WE), za implementację której odpowiedzialny jest resort infrastruktury. Zagadnienie jest tym bardziej szerokie, że w chwili obecnej dotyczyć będzie już nie tylko prywatności, związanej z korzystaniem z nowoczesnych środków łączności, a również danych osobowych, pomimo oczywiście funkcjonowania odrębnych dyrektyw w tych dziedzinach. Wydaje się zatem, że ustawodawca europejski celowo wprowadził takie regulacje w zakres szeroko rozumianej łączności elektronicznej, a nie np. do dyrektywy 2000/31/WE. Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem, iż sprzeczna z art. 8 ust. 3 dyrektywy jest ta część założeń, która wskazuje, że osoby wykonujące zawody regulowane będą miały obowiązek do ustanowienia standardów regulacyjnych wykonywania zawodu, jeśli ich nie posiadają. Wprawdzie prawodawca unijny wskazał w dyrektywie 2000/31/WE na obowiązek wspierania przez Państwa Członkowskie i Komisję stowarzyszeń i organizacji zawodowych do opracowania kodeksów postępowania na poziomie wspólnotowym, to nie oznacza to, iż takie standardy regulacyjne wykonywania zawodu nie mogą powstać na poziomie krajowym. Odrzucając propozycję PIIT i PTK Centertel ujednolicenia art. 9 u.ś.u.d.e., dotyczącego informacji handlowej do zakresu określonego w dyrektywie 2000/31/WE, należy wskazać, iż przyjęto propozycję zmiany ww. artykułu zaproponowaną przez UOKiK, jako bardziej chroniącą interesy konsumentów. Wskazać bowiem należy, że mając na względzie działalność przedsiębiorców działających na rynku informatycznym, nie można zapominać o prawach usługobiorcy, w tym konsumenta.

W zakresie uwagi zgłoszonej przez IAB Polska, w której zostało zanegowane dosłowne przeniesienie z dyrektywy 2000/31/WE informacji nie będących informacją handlową, zauważyć należy, że wskazana w projekcie założeń definicja informacji handlowej ma charakter niewiążący dla Rządowego Centrum Legislacji, które posiada kompetencje do

formułowania przepisów projektu ustawy. Zamiarem projektodawcy było wyłącznie zwrócenie uwagi na konieczność wskazania w definicji informacji handlowej co nie jest informacją handlową w oparciu o wyłączenia wskazane w art. 2 lit. f dyrektywy 2000/31/WE. W zakresie uwagi odnoszącej się do pojęcia „systemu teleinformatycznego” i zastąpienia nim pojęć zbliżonych znaczeniowo, należy podkreślić, iż pomimo zbliżonego znaczenia nie są to pojęcia tożsame, a zatem słusznym wydaje się nie dokonywanie zmian w tym zakresie, gdyż mogłoby to spowodować trudności interpretacyjne. Odrzucając uwagę dotyczącą zbyt wąskiej zmiany art. 66¹ k.c. należy wskazać, iż zagadnienie to wymaga szerokich konsultacji i powinno zostać poddane dyskusji podczas nowelizacji k.c.

W opinii GODO poszerzeniu powinna ulec definicja usługodawcy o tych, którzy prowadzą działalność niezarobkową, związaną np. z prowadzeniem stron internetowych poświęconych określone hobby. Uznając za zasadne, że osoby zajmujące się działalnością niezwiązaną z celami zarobkowymi, zawodowymi lub działalnością statutową powinny podlegać przepisom o ochronie danych osobowych, to regulować takie zasady powinna ustawa o ochronie danych osobowych (u.o.d.o.). Nie ma bowiem uzasadnienia dla zobowiązania do przestrzegania zasad ochrony danych osobowych przez osobę, która zbiera dane osobowe za pośrednictwem Internetu, przy braku takiego zobowiązania dla zbierania danych za pośrednictwem innych środków komunikacji. Całkowicie nieuzasadniona byłaby sytuacja, w której przykładowy hobbysta miałby podlegać obowiązkom przewidzianym przez u.o.d.o. w zakresie części zbioru danych osobowych, które zgromadził za pośrednictwem strony internetowej, a nie podlegać względem części zbioru danych osobowych, jeżeli zostały uzyskane innymi środkami np. bezpośrednio, telefonicznie czy listownie. Ponadto, należy wskazać, że proponowana zmiana wywoła daleko idące skutki, bowiem spowoduje nieplanowane rozszerzenie zakresu podmiotowego u.ś.u.d.e., a w konsekwencji konieczność jej stosowania w całości, w tym, w zakresie obowiązków i odpowiedzialności usługodawcy, a nie tylko ochrony danych osobowych. Nie uwzględniając uwagi dotyczącej konieczności określenia sposobu wypełnienia przez RP postanowienia art. 4 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej należy zauważyć, że art. 4 ust. 3 dyrektywy o prywatności dotyczy dostawców publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej. Zgodnie z art. 2 dyrektywy o prywatności, jeżeli sama dyrektywa nie stanowi inaczej, stosuje się definicje zawarte m.in. w dyrektywie 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa). Dyrektywa

ramowa stanowi w art. 2 lit. c) że pod pojęciem usługi łączności elektronicznej, należy rozumieć: „*usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej. Spod zakresu niniejszej definicji wyłączone są usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, jeżeli nie polegają one całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej;*”. Podmioty objęte dyspozycją art. 4 ust. 3 dyrektywy o prywatności, należy w polskim systemie prawnym zidentyfikować jako osoby świadczące publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne w rozumieniu art. 2 pkt. 31 u.p.t. W kontekście wyłączenia stosowania ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (u.ś.u.d.e.) do świadczenia usług telekomunikacyjnych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w art. 3 pkt. 3, nie ulega wątpliwości, że u.ś.u.d.e. nie jest właściwym aktem prawnym dla implementacji art. 4 ust. 3 dyrektywy o prywatności. Właściwym aktem prawnym, w którym zaimplementowany powinien zostać art. 4 ust. 3 dyrektywy o prywatności jest natomiast u.p.t.

Uwaga PIIT, Centertel Polska oraz IAB Polska dotycząca braku opisanego w projekcie założeń procedury notice and takedown została uwzględniona, co znalazło swoje przełożenie na projekt założeń poprzez jej szczegółowe opisanie. Ponadto chcąc uwzględnić uwagi zgłaszane zarówno przez członków Rady Ministrów oraz stronę społeczną do zaproponowanego art. 12a i 14a przedstawiono nowe propozycje uregulowania tematyki opisanej w ww. artykułach. Zaproponowany art. 12a ograniczył swój zakres do mechanizmu wyszukiwarki internetowej. Słusznym wydaje się ograniczenie takiej odpowiedzialności także w przypadku usług wyszukiwarek innych niż internetowe. Z tego względu zaproponowano zamianę pojęcia „wyszukiwarek internetowych” na pojęcie „narzędzi wyszukiwawczych” jako bardziej poprawne i zgodne z powszechnie używaną terminologią. Rozwiązanie to pozwoli na wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy w przypadku stosowania narzędzi wyszukiwawczych w środowisku innym niż Internet. Dodatkowo zmieniono zapis mówiący o umożliwieniu dostępu do danych na zapis mówiący o udostępnieniu informacji, pozwalających na zlokalizowanie konkretnych zasobów systemu teleinformatycznego, w których te dane się znajdują. Zmiana ta podyktowana została faktem, iż dostęp do danych umożliwia osoba, która te dane publikuje, natomiast osoba udostępniająca narzędzia

wyszukiwawcze zapewnia jedynie dostęp do informacji, w jaki sposób można uzyskać dostęp dodanych. Wskazać należy, że słowo „konkretnie” ma w tym przypadku ograniczyć stosowanie ustawy do przypadków, gdy udostępniane są informacje o charakterze ogólnym, np. odnośniki do adresów serwisów internetowych, a nie do konkretnych treści, które znajdują się w tych serwisach. Ponadto usunięto z dotychczasowej propozycji art. 12a pkt 4, a część odnoszącą się do modyfikacji i usuwania wyszukiwanych treści należałoby przenieść do pierwszej z propozycji przedstawionych w pkt. 2.6 lit. a, gdyż wątpliwości budzić może ograniczenie stosowania wyłączeń w przypadku, gdy osoba udostępniająca usługi narzędzi lokalizacyjnych *„nie usuwa lub nie modyfikuje danych uzyskanych w toku wyszukiwania.”* Narzędzia wyszukiwawcze mogą bowiem w określony sposób modyfikować wyniki wyszukiwania – np. odnośniki do stron internetowych poprzez np. wyświetlanie jedynie niektórych treści znajdującej się w wyszukiwanych zasobach. Celem wprowadzenia przepisu art. 12a pkt. 4 było ograniczenie wyłączenia odpowiedzialności w sytuacji zmodyfikowania lub usuwania części wyszukiwanych danych – nie zaś wyników wyszukiwania. Z tytułu danych generowanych w procesie wyszukiwania odpowiada bowiem osoba udostępniająca usługi narzędzi lokalizacyjnych, o ile nie są to dane uzyskane w procesie wyszukiwania. W zakresie art. 14a zidentyfikowano kilka wątpliwości, które mogłyby się przełożyć na trudności w jego praktycznym zastosowaniu, w związku powyższym zostały one zmienione i zostało zaproponowane nowe brzmienie tego przepisu. Kwestie budzące wątpliwości to: 1) ograniczenie wyłączenia odpowiedzialności w przypadku gdy usługodawca mógł z łatwością dowiedzieć się o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności. Pojęcie to nie koresponduje z celem regulacji, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa prawnego dla usługodawców społeczeństwa informacyjnego. Takie rozwiązanie mogło bowiem zasadnie prowadzić do domniemania, że usługodawca zna treść danych do których prowadzi odesłanie, bowiem w każdym przypadku z łatwością mógł zapoznać się z ich treścią. Wykazanie w takim przypadku, że hiperłącze zostało zamieszczone bez zapoznania się z treścią zawartych w nich danych będzie praktycznie niemożliwe. Pośrednio zatem prowadzić to będzie do obowiązku monitorowania i sprawdzania danych do których prowadzą hiperłącza, pod kątem legalności. Takie rozwiązanie stoi zatem w sprzeczności z przewidzianym w art. 15 dyrektywie o handlu elektronicznym brakiem obowiązku ogólnego nadzoru nad treściami, 2) ograniczenie dotychczasowego projektu zapisu do pojęcia hiperłącza, co znacznie zawęziłoby projektowany cel tego przepisu, 3) prywatne przekazywanie odnośników do stron internetowych – w tym za pośrednictwem poczty elektronicznej. Ze względu na brak możliwości usunięcia odnośnika w takim przypadku

proponuje się, aby wyłączenie odpowiedzialności dotyczyło „publicznego” rozpowszechniania odnośników do stron internetowych. Zmianę zapisu stanowiącego o zablokowaniu dostępu do danych, w przypadku powzięcia urzędowego zawiadomienia lub wiarygodnej wiadomości o bezprawności danych. Osoba, która podaje informacje umożliwiające zlokalizowanie konkretnego zasobu sieciowego, co do zasady nie będzie miała możliwości zablokowania dostępu do danych – jej możliwości ograniczają się jedynie do informacji pozwalającej na lokalizację. W przypadkach gdy osoba ta sama przechowuje dane, znajdzie do niej zastosowanie dotychczasowy art. 14 u.ś.u.d.e. Z tego względu proponuje się zmianę ostatniego zdania art. 14 na zapis mówiący o zablokowaniu dostępu do odnośnika (informacji), w miejsce zablokowania dostępu do danych, 4) dodatkowo zmodyfikowano ostatnie zdanie dotychczasowego art. 14a, gdyż osoba, która udostępnia hiperłącze lub odpowiadające mu rozwiązanie techniczne nie może uniemożliwić dostępu do samych danych, a jedynie ma możliwość usunięcia lub zablokowania samego hiperłącza.