

Umowy licencyjne typu *open content* jako przykład umów *web-wrap*

Mgr Piotr Wasilewski¹

1. Wprowadzenie

Cyfrowy zapis danych (digitalizacja) oraz będąca jego konsekwencją możliwość wymiany informacji poprzez sieć internet wywołały rewolucję w wielu dziedzinach życia społecznego. Jak na współczesne tempo technologicznego rozwoju świata stwierdzenie to wydaje się być już niemalże frazą historyczną, truizmem. Z drugiej jednak strony, ciągle nie można uznać, że po szoku doznanym podważeniem wielu ugruntowanych i wydawałoby się aksjomatycznych twierdzeń, świat otrząsnął się i podjął racjonalną próbę zmierzenia się z nową rzeczywistością. Swoista rewolucja ciągle trwa, a jedną z dziedzin w której najbardziej jaskrawo odbijają się refleksy napięć wywołanych powyżej wymienionymi zjawiskami, jest prawo. Ślad oddziaływania internetu znajdziemy niemalże w każdej gałęzi prawa, począwszy od prawa karnego – gdzie nowe możliwości techniczne przełożyły się m. in. na nowe możliwości popełniania przestępstw, niekiedy prowadząc nawet do formułowania nowych typów czynów zabronionych, poprzez prawo administracyjne – w kontekście np. skuteczności zastępowania osobistego kontaktu z urzędami „kontaktem elektronicznym”, aż po prawo cywilne, w szczególności zaś prawo umów oraz prawo własności intelektualnej. Dwóm ostatnio wymienionym sferom prawa prywatnego chyba najtrudniej dostosować się jest do cyber-rzeczywistości. O ile prawo obligacyjne najistotniejsze

¹ Autor jest asystentem w Zakładzie Prawa Środków Masowego Komunikowania i Reklamy Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

przemiany ma już za sobą², o tyle w zakresie prawa na dobrach niematerialnych, zwłaszcza prawa autorskiego, ciągle poszukuje się najwłaściwszego rozwiązania³.

Z całego spektrum „nowości” naruszających fundamenty prawa autorskiego, które pojawiły się wraz z rozpowszechnieniem sieci teleinformatycznych wystarczy wymienić: elektroniczną twórczość muzyczną⁴ oraz odtwarzanie muzyki przy użyciu urządzeń typu iPod, rozpowszechnianie utworów w postaci cyfrowej na stronach internetowych⁵ oraz poprzez programy peer-to-peer⁶, tworzenie nieograniczonej ilości kopii utworów, nowe środki tworzenia i wykorzystywania utworów⁷ i opracowań⁸, a także stosowanie odesłań (tzw. *links*)⁹. W świetle zmian technologicznych całkiem nowego znaczenia nabrały takie prawnoautorskie instytucje, jak: pojęcie podstawowych zakresów pól eksploatacji – rozpowszechnianie i zwielokrotnianie utworów oraz związane z nimi pojęcie egzemplarza, dozwolony użytek osobisty oraz niektóre formy dozwolonego użytku publicznego (zwłaszcza tzw. prawo cytatu), wyczerpanie prawa, twórczość zależna, zbiorowy zarząd oraz wiele innych.

W celu dostosowania prawa do dynamicznie zmieniających się warunków proponowanych jest cały szereg rozwiązań, od czysto prawnych – np. wprowadzenie specjalnego „podatku internetowego”¹⁰ wzorowanego na opłatach od czystych nośników, do rozwiązań *stricto* technicznych, takich jak tzw. Digital Rights Management (DRM), czyli techniczne środki mające

² W polskim prawie zmiany w powyższym zakresie wprowadzone zostały m. in. nowelizacją ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zmianami, dalej jako „k.c.”) z 2003 r. (Dz. U. Nr 49, poz. 408) oraz ustawą z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204). Ta druga ustawa nie znajdzie jednak zastosowania w kontekście analizowanego tematu, głównie ze względu na wąską definicję usługodawcy.

³ Przygotowywana jest kolejna, po zmianie z 1 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 91, poz. 869), znaczna nowelizacja ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 24, poz. 83, z późn. Zmianami, dalej jako „pr. aut”) – projekt z dnia 13 listopada 2006 r. dostępny na stronach Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego: <http://www.mkidn.gov.pl/website/document/?docId=538>, przede wszystkim mająca na celu dostosowanie polskiego ustawodawstwa do wymogów dyrektyw: 2004/48/WE w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (tzw. dyrektywa *enforcement*) oraz 2001/29/WE z 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów prawa autorskiego i praw pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (tzw. dyrektywa o społeczeństwie informacyjnym).

⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2002 r. (II KKN 341/99, OSNKW 2002, nr 9-10, poz. 82) oraz głosę P. Wasilewskiego (w:) materiały pokonferencyjne *Międzynarodowa Konferencja Prawa Autorskiego „Dokąd zmierza prawo autorskie we współczesnym świecie?”*, Kraków 2006, str. 119-132.

⁵ Zob. np. witrynę www.flickr.com, na której internauci zamieszczają swoje fotografie lub podobną stronę www.youtube.com, zob. także *Muzyczna rewolucja na stronach YouTube i MySpace*, Rzeczpospolita z 18 grudnia 2006 r.

⁶ Tzw. programy p2p, np. e-Mule, e-Donkey, Direct Connect, Kazaa.

⁷ W szczególności tworzenie utworów zbiorowych przez internautów – w ten sposób powstała największa internetowa encyklopedia – Wikipedia; w Polsce jednym z najnowszych pomysłów jest projekt o nazwie „Wolne podręczniki” (www.wolneporeczniki.pl), polegający na pisaniu przez nauczycieli za pomocą internetu podręczników szkolnych, które następnie będą udostępnione na tzw. wolnych licencjach (w dacie złożenia tego artykułu zgłosiło się ponad 200 chętnych nauczycieli do napisania podręcznika do matematyki).

⁸ Np. tworzenie stron internetowych z polskimi wersjami napisów do obcojęzycznych filmów ułatwiający oglądanie m. in. nielegalnie skopiowanych filmów (głośny konflikt Gutek Film Polska v. napisy.org).

⁹ Najwięcej kontrowersji budzi stosowanie tzw. głębokich odesłań (*deep linków*), które powodują bezpośrednie połączenie z podstroną, do której odsyłają z pominięciem strony głównej (zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Odpowiedzialność za odesłania w internecie* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Zakamycze 2004, str. 611).

¹⁰ Koncepcja W. Fischera (w:) *Digital Music: Problems and Possibilities* (test z 10 października 2000 r., dostępny na: <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/Music.html>), przywołana za L. Lessigiem, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 331.

zapobiegać bezprawnemu korzystaniu z utworów, wobec których prawo ma pełnić jedynie wtórną, ochronną rolę¹¹.

Jedną z propozycji rozwiązania powyższych problemów są tzw. wolne licencje: *open source* oraz później powstałe *open content*. Punktem odniesienia nie jest tu jednak odgórne zwalczanie internetowego „piractwa”, naruszania praw autorskich (negatywne ujęcie), lecz sam twórca i jego interesy, ujęte – w kontekście takiego rozróżnienia – od strony pozytywnej. Licencje stanowią narzędzie, którymi twórca może posłużyć się, aby samodzielnie zakomunikować, że decydując się na umieszczenie swojego utworu w sieci, rezygnuje z części przysługujących mu majątkowych praw wyłącznych. Ubiegając późniejsze rozważania, już w tym miejscu należy stwierdzić, że z pewnością nie jest to kompleksowe rozwiązanie wszystkich problemów, jakie niesie ze sobą rozwój techniki, głównie dlatego, że inicjatywa oddana jest do rąk samego twórcy, który dobrowolnie godzi się na uszczuplenie części swoich praw. Licencje *open content* należy więc raczej postrzegać, jako rozwiązanie alternatywne, zarówno dla dziś obowiązującego prawa, jak i dla innych prób pogodzenia ustawy z rzeczywistością, adresowane „dla chętnych”. W istocie licencje te są jedynie mniej lub bardziej zunifikowanym, funkcjonującym w ramach obowiązującego porządku prawnego, ułatwieniem w postaci wzorców umownych, gdyż zwalniają twórców z wysiłku samodzielnego konstruowania umów¹². Na tym polega ich największa zaleta.

Warto przy tym zauważyć, że to właśnie wolność tworzenia i rozpowszechniania utworów zależnych legła u podstaw ruchów „wolnościowych”. Użytkownicy internetu dość szybko zorientowali się, że wspólnie przerabiając kod programu komputerowego, mogą stworzyć znacznie lepszy i przede wszystkim bardziej odpowiadający ich oczekiwaniom produkt. Na tym gruncie powstała pierwsza licencja *open source* – GNU General Public License (GNU GPL)¹³ upoważniająca do modyfikowania programów komputerowych, które rozpowszechniano przy jej użyciu, ale jednocześnie zobowiązująca do rozpowszechniania tak powstałych przeróbek przy pomocy tej samej licencji (tzw. klauzula *copyleft*). Zmiany programów powodowały konieczność aktualizowania dołączanych do nich instrukcji, do czego przeszkodą znów okazała się pełna ochrona prawnoautorska, w tym przypadku utworów słownych. Zdecydowano się więc zaadoptować *open-sourcowe* zasady do tychże instrukcji, co miało umożliwić dokonywanie na bieżąco stosownych poprawek w tekście pod kątem zmian w oprogramowaniu. W ten sposób

¹¹ Tą drogą podąża prawodawstwo światowe konsekwentnie od 1996 r., począwszy od dwóch traktatów WIPO (Copyright Treaty oraz Performances and Phonograms Treaty, obydwie z 20 grudnia 1996 r.), poprzez Digital Millennium Copyright Act w Stanach Zjednoczonych (DMCA, z 28 października 1998 r.), aż po prawo Unii Europejskiej (w szczególności art. 6 dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym) oraz będące jego implementacją polskie przepisy: art. 79 ust. 3 oraz art. 118¹ w zw. z art. 6 pkt 10 i 11 pr. aut.

¹² Na marginesie warto zaznaczyć, że twórcy zapewne takiego wysiłku by nie podjęli zadowalając się w praktyce nieegzekwowaniem swoich praw, co jednak spowodowałoby dalsze oddzielanie się prawa od materii, które reguluje.

¹³ www.fsf.org/copyleft/gpl.html, zob. także: J. Barta i R. Markiewicz *Oprogramowanie open source w świetle prawa. Między własnością a wolnością*, Zakamycze 2005.

powstała licencja *open documentation* – GNU Free Documentation License¹⁴. Stąd był już tylko krok do stworzenia bliźniaczych licencji, których przedmiotem mogły być tradycyjne utwory (np. muzyczne, filmowe, literackie). I tak zrodziła się idea licencji *open content* (tzw. wolnych treści), chronologicznie późniejszych i zarazem przedmiotowo szerszych, od będących ich pierwowzorem licencji *open source*. Oczywiście nie wszystkie regulacje dało się przenieść wprost i bezpośrednio; licencje *open content* wypracowały także wiele swoistych dla siebie rozwiązań – ramy tego opracowania nie pozwalają jednak na dogłębną analizę porównawczą w zakresie tego tematu.

Na zakończenie wstępnych uwag, pragnę podkreślić, że spektrum zagadnień prawnych związanych z funkcjonowaniem w obrocie umów licencyjnych typu *open content* jest bardzo szerokie – począwszy od samej konstrukcji umowy licencyjnej, poprzez prawa i obowiązki stron, przedmiot umowy, treść poszczególnych postanowień, odpowiedzialność stron kontraktu, aż po próbę określenia prawa właściwego i jurysdykcji. Najciekawsza moim zdaniem wydaje się być jednak kwestia zawarcia umowy przy pomocy środków komunikacji elektronicznej, zważywszy że w środowisku internetowym stosunkowo proste technicznie czynności dokonywane przez każdą ze stron umowy pociągają za sobą lawinę skomplikowanych skutków prawnych. Pojawia się również kluczowy problem poziomu należytej staranności, który warunkuje skuteczność umowy – zarówno jeśli chodzi o licencjodawcę, jak i licencjobiorcę. Dlatego też, z uwagi na wąski zakres niniejszego artykułu, szczegółowe rozważania ograniczę do prawnej oceny procesu zawierania umowy licencyjnej typu *open content* przy użyciu strony internetowej¹⁵.

2. Krótka analiza porównawcza wybranych licencji *open content*¹⁶

Aktualnie możemy wyróżnić około 30 różnych licencji typu *open content*¹⁷. Zawierają one wiele wspólnych lub podobnych postanowień (w szczególności jeśli chodzi o zakres udzielanego upoważnienia), istnieją jednak również pomiędzy nimi zasadnicze różnice (np. w odniesieniu do przedmiotu licencji, szczegółowości i poziomu techniki prawnej poszczególnych regulacji). Podkreślić przy tym trzeba, że w tekście wielu licencji znajduje się wyraźne zastrzeżenie, że sama

¹⁴ <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>; zob. także J. Barta, R. Markiewicz *Oprogramowanie...*, *op. cit.*, s. 68; dalej jako „GNU FDL”.

¹⁵ Oczywiście do zawarcia umowy licencyjnej typu *open content* może dojść również w tradycyjny sposób (np. w formie pisemnej), z uwagi jednak na fakt, że w zdecydowanej większości przypadków umowy te zawierane są za pośrednictwem internetu, najczęściej poprzez witryny www, analiza tego modelu zawierania omawianych umów jawi się jako najciekawsza i najdonioślejsza praktycznie.

¹⁶ Zob. także L. Liang, *Guide to open content licenses*, Rotterdam 2004; wymiennie będę w niniejszym artykule używał sformułowania umowy licencyjne typu *open content* i licencje *open content*.

¹⁷ Spis tych licencji znajduje się na: www.ifross.de/ifross_html/opencontent.html, liczba ta systematycznie rośnie.

licencja jest objęta całkowitą ochroną prawnoautorską i w związku z tym zakazuje się jej modyfikowania (np. GNU FDL, Open Content License 1.0¹⁸). Jest to powszechna praktyka, mająca na celu dbanie o jednolitość, prestiż i renomę poszczególnych licencji.

Zasadniczo przedmiotem większości licencji *open content* jest utwór¹⁹, bardzo często zdefiniowany w oparciu o legalną definicję tego pojęcia – tak np. w licencjach Creative Commons²⁰, czy OCL. Brzmienie Free Art License 1.2²¹ wskazuje z kolei, że przedmiotem tej licencji jest utwór artystyczny („work of art”); nie wydaje się jednak, aby ograniczono tym samym jej zastosowanie wyłączając użycie do tzw. małych utworów (*kleine Münze*, utworów również spełniających przesłanki wymienione w art. 1 ust. 1 pr. aut., lecz o przeznaczeniu czysto użytkowym). Niekiedy jednak umowa dotyczy wyłącznie określonej kategorii utworów, np. wyłącznie utworów muzycznych (Open Music Licenses – Green, Yellow, Red 1.1²²) lub słownych (Open Publication License²³), choć i takie określenie przedmiotu licencji bywa zawężane – np. w przypadku licencji *open documentation*²⁴, do utworów tekstowych, które mają postać dokumentacji lub instrukcji dołączanych do oprogramowania (GNU FDL). Część licencji zawiera słowniczek podstawowych pojęć (np. licencje CC, FAL, GNU FDL). Niektóre poprzedzone są preambułą – np. FAL²⁵ lub GNU FDL. Wszystkie tzw. wolne licencje typu *open content* są umowami licencyjnymi: niewyłącznymi, nieodpłatnymi oraz nieograniczonymi

¹⁸ Jest to jedna z pierwszych umów licencyjnych typu *open content* (powstała w 1998 r.), <http://www.linux-nantes.fr.eu.org/licences/opl.txt>, dalej jako „OCL”.

¹⁹ Z uwagi na istnienie specyficznych dla programów komputerowych licencji *open source*, nie zaleca się (i nie praktykuje) stosowania do tego rodzaju utworów licencji *open content*.

²⁰ Na stronie: <http://creativecommons.pl/licencje-praw-autorskich-creative-commons/polskie-licencje-cc/> dostępne są licencje w wersji 2.5 w języku polskim, licencje w najnowszej wersji 3.0 w języku angielskim dostępne są na stronie www.creativecommons.org – polskie tłumaczenie wersji 3.0 w dniu złożenia tego artykułu nie było jeszcze gotowe; dalej jako „licencje CC”. Licencje te oparte są na kombinacji czterech kompleksowych zbiorów postanowień, zwanych Elementami Licencji: „Uznanie autorstwa” – postanowienia dotyczące przestrzegania autorskich praw osobistych oraz warunków korzystania z utworu; „Bez utworów zależnych” – wykluczające modyfikowanie utworu; „Użycie niekomercyjne” – zakazujące korzystania z utworu w celu osiągnięcia komercyjnego zysku oraz „Na tych samych warunkach” – postanowienia obligujące licencjobiorcę do rozpowszechniania utworów zależnych wyłącznie na tej samej licencji, na podstawie której licencjobiorca dokonał opracowania utworu pierwotnego (klasyczna klauzula *copyleft*).

²¹ <http://artlibre.org/licence/lal/en/>, dalej jako „FAL”.

²² Obecnie dostępne są: <http://openmusic.linuxtag.org/green.html>, <http://openmusic.linuxtag.org/yellow.html>, dalej jako „OML”.

²³ <http://www.opencontent.org/openpub>, dalej jako „OPL”.

²⁴ Wydaje się, że *de facto* ruch *open content* – w świetle powyższych uwag – „zawiera” w sobie także i ideologię *open documentation*, która jednakże ze względu na specyfikę oraz pierwszeństwo często ujmowana jest oddzielnie. Ruch *open source*, jako dotyczący wyłącznie oprogramowania, jest odrębnym zjawiskiem.

²⁵ Preambuła FAL świetnie oddaje istotę całego ruchu *open content*: “With this Free Art License, you are authorised to copy, distribute and freely transform the work of art while respecting the rights of the originator. Far from ignoring the author's rights, this license recognises them and protects them. It reformulates their principle while making it possible for the public to make creative use of the works of art. Whereas current literary and artistic property rights result in restriction of the public's access to works of art, the goal of the Free Art License is to encourage such access. The intention is to make work accessible and to authorise the use of its resources by the greatest number of people: to use it in order to increase its use, to create new conditions for creation in order to multiply the possibilities of creation, while respecting the originators in according them recognition and defending their moral rights. In fact, with the arrival of the digital age, the invention of the Internet and free software, a new approach to creation and production has made its appearance. It also encourages a continuation of the process of experimentation undertaken by many contemporary artists. Knowledge and creativity are resources which, to be true to themselves, must remain free, i.e. remain a fundamental search which is not directly related to a concrete application. Creating means discovering the unknown, means inventing a reality without any need to realism. Thus, the object(ive) of art is not equivalent to the finished and defined art object. This is the basic aim of this Free Art License: to promote and protect artistic practice freed from the rules of the market economy”.

terytorialnie ani czasowo. Omawiane licencje udzielane są na trzech głównych polach eksploatacji: zwielokrotnianie, wprowadzanie do obrotu wytworzonych kopii oraz modyfikowanie²⁶, przy czym dwa pierwsze dotyczą zarówno utworów pierwotnych, jak i powstałych na ich bazie utworów zależnych. Katalog pól eksploatacji bywa jednak czasem poszerzany – np. GNU FDL dodatkowo przyznaje licencjobiorcy prawo wynajmowania (odpłatnego) lub też użyczenia (nieodpłatnego) egzemplarzy utworu będącego przedmiotem licencji. Do zawarcia tego typu umów dochodzi w momencie wykonania przez licencjobiorcę jednej z czynności eksploatacyjnych objętych licencją, zaś z ich wygaśnięciem (automatycznym) mamy do czynienia w przypadku naruszenia któregokolwiek z postanowień umownych. Wyraźnie (licencje CC, FAL) lub w sposób dorozumiany²⁷ (OCL, OPL, GNU FDL) zakazane jest sublicencjonowanie. Przeważająca liczba licencji *open content* zawiera również rozbudowane w stosunku do obowiązków ustawowych regulacje dotyczące ochrony osobistych praw autorskich twórców utworów będących przedmiotem licencji (tak np. licencje CC, zwłaszcza zbiór postanowień „Uznanie autorstwa”; GNU FDL; OML). Klauzula *copyleft* w zależności od licencji jest albo obligatoryjna (GNU FDL, OCL) albo fakultatywna (FAL, OML, opcjonalny element licencji CC „Na tych samych warunkach”). Podobnie funkcjonuje zakaz komercyjnego wykorzystywania utworu – w niektórych licencjach jest on bezwzględny (np. OPL, OML), w innych licencjodawca ma wybór inkorporowania go do umowy (np. warunek „Użycie niekomercyjne” licencji CC, GNU FDL). Charakterystyczne jest również szerokie wyłączenie odpowiedzialności licencjodawcy wobec licencjobiorcy oraz wobec osób trzecich – np. w licencjach CC, OCL, OPL, OML. Częstym zjawiskiem jest dołączanie do licencji instrukcji jej użycia, w szczególności prawidłowego oznaczenia utworu (tak np. GNU FDL, FAL, OML).

Wśród szczegółowych postanowień wyróżniających poszczególne licencje *open content* warto wymienić: klauzulę wyboru prawa właściwego (dla FAL prawem właściwym jest prawo francuskie); postanowienia dotyczące konfliktu różnych wersji tej samej licencji (GNU FDL); ograniczenia w możliwości łączenia utworów rozpowszechnianych na innych licencjach (FAL, OCL, GNU FDL, definicja „Licencji Kompatybilnej” w licencjach CC 3.0), odseparowanie licencji od ustawowych ograniczeń praw autorskich np. dozwolonego użytku (licencje CC); zawężenie pól eksploatacji do konkretnych środków przekazu (OML) lub wyraźne zezwolenie licencjodawcy na pobieranie wynagrodzenia za nośniki, na których rozpowszechnia się utwór, za obsługę i dodatkowe instrukcje związane z korzystaniem z utworu oraz za udzielanie dodatkowych gwarancji (OCL).

²⁶ To pole eksploatacji odczytywać należy w kontekście art. 2 ust. 2 w zw. z art. 46 pr. aut.

²⁷ Wobec milczenia licencji zastosowanie znajdzie tu art. 67 ust. 3 pr. aut.: „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, licencjobiorca nie może upoważnić innej osoby do korzystania z utworu w zakresie uzyskanej licencji”.

3. Zawarcie umowy licencyjnej typu *open content* przy użyciu strony internetowej

Wśród wielu podziałów i klasyfikacji umów licencyjnych, przyjmując kryterium sposobu ich zawarcia wyróżnia się w literaturze trzy zasadnicze rodzaje – licencje *web-wrap* (*browse-wrap*), *click-wrap* i *shrink-wrap*²⁸. Do zawarcia umów *web-wrap* dochodzi przy użyciu strony www. Najczęściej pełny tekst licencji umieszczony jest na witrynie internetowej (bezpośrednio lub tylko w formie odesłania), a do zawarcia umowy dochodzi w momencie dokonania jednej z czynności, o której mowa w licencji. Co ważne, jeśli tekst umowy jest w odpowiedni sposób dostępny dla odbiorcy-użytkownika takiej strony, to ryzyko niezapoznania się z nim obciąża potencjalnego licencjobiorcę, innymi słowy nie wpływa to na skuteczność zawarcia umowy. Drugi z wymienionych rodzajów licencji – licencje *click-wrap* – zawierane są poprzez naciśnięcie (kliknięcie) kursorem myszki w odpowiedni przycisk okna dialogowego. Oczywiście i ten rodzaj umów można zawrzeć przy użyciu strony internetowej, decydujące jest jednak wykonanie przez przyszłego licencjobiorcę czynności, która ma mu uświadomić, że dochodzi do zawarcia umowy. Rezultat ten osiągany jest poprzez konieczność naciśnięcia przycisku „Akceptuję”, „Ok” lub podobnego, który najczęściej uaktywnia się dopiero po przewinięciu całego tekstu licencji wyświetlonego w oknie dialogowym. Ten rodzaj umów jest najbardziej powszechny w przypadku programów komputerowych; jednym z etapów instalacji programu jest właśnie konieczność zaakceptowania licencji, gdyż w przeciwnym razie zainstalowanie oprogramowania jest niemożliwe. Umowy *shrink-wrap* natomiast, zawierane są poprzez odpakowanie produktu (najczęściej także programu komputerowego), a dokładniej poprzez rozerwanie celofanowego, przezroczystego opakowania, pod którym na pudełku znajduje się łatwa do przeczytania informacja, że zdjęcie opakowania oznacza zawarcie umowy, której pełny tekst znajduje się wewnątrz pudełka. W świetle powyższej klasyfikacji bez wątpienia należy uznać, że umowy licencyjne typu *open content*, są umowami *web-wrap*. Klasyczna bowiem sytuacja, rozpowszechniania utworów przy pomocy licencji *open content* wiąże się z umieszczeniem pliku wraz z odesłaniem do tekstu licencji na stronie www, a – jak już pisałem powyżej porównując poszczególne licencje – zgodnie z ich treścią, do zawarcia umowy dochodzi wraz z momentem dokonania jednej z czynności eksploatacyjnych, na które zezwala licencja.

²⁸ Zob. A. Krochmal-Węgrzyn, *Umowa licencyjna a Internet*, Przegląd Prawa Handlowego, 6/2004 wraz z powołaną tam literaturą.

Zanim przejdę do szczegółowych rozważań, konieczne jest jeszcze określenie jakiego rodzaju środkiem komunikacji elektronicznej jest strona internetowa. Przyporządkowanie takie będzie miało istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości zastosowania szczególnych przepisów kodeksu cywilnego dotyczących oferty w postaci elektronicznej. Całość środków komunikacji elektronicznej można według mnie podzielić na środki, które służą komunikacji pośredniej i bezpośredniej²⁹ – kryterium wyróżnienia jest tu możliwość komunikowania się w czasie rzeczywistym. Każdą z tych dwóch grup można z kolei podzielić na środki skierowane do indywidualnych (oznaczonych) adresatów i środki skierowane do nieoznaczonego kręgu odbiorców (*ad incertas personas*). W ten sposób możemy wyróżnić: środki elektronicznej komunikacji pośredniej skierowane do oznaczonego adresata – np. poczta elektroniczna; środki elektronicznej komunikacji pośredniej skierowane do nieoznaczonego kręgu adresatów – np. strony internetowe; środki elektronicznej komunikacji bezpośredniej skierowane do oznaczonego kręgu adresatów – np. zasadniczo komunikatory internetowe³⁰ oraz środki elektronicznej komunikacji bezpośredniej skierowane do nieoznaczonego kręgu adresatów (trudno jest podać przykład środka komunikacji, który ze swej istoty spełnia wymienione kryteria, będą nimi np. niektóre strony internetowe – tzw. witryny interaktywne). Zasadniczo więc do zawarcia umowy licencyjnej typu *open content* będzie dochodzić przy pomocy strony internetowej, która jest środkiem niebezpośredniego komunikowania się na odległość skierowanym *ad incertas personas*.

Rozważania dotyczące zawierania umów licencyjnych typu *open content* należy rozpocząć od refleksji nad trybami zawierania umów. Kodeks cywilny daje tu trzy możliwości: tryb ofertowy, negocjacje oraz tryb przetargowy (aukcja i przetarg). Najbliższy omawianym kontraktom wydaje się być tryb ofertowy³¹; aby jednak uznać, że do zawarcia umowy licencyjnej typu *open content* dochodzi w tym trybie, oświadczenie woli licencjodawcy musimy uznać za ofertę, zaś ewentualne oświadczenie woli licencjobiorcy (lub ogólniej, jego zachowanie) za jej przyjęcie. Definicję oferty statuuje art. 66 § 1 k.c.: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. W literaturze sformułowano dodatkowy wymóg, aby

²⁹ Bardzo często, moim zdaniem niesłusznie, środki komunikacji niebezpośredniej utożsamiane są ze środkami komunikacji *off-line*, zaś środki komunikacji bezpośredniej – ze środkami komunikacji *on-line*. Podział na środki *on-* i *off-line* jest podziałem bardzo mylącym. W istocie bowiem każdy środek komunikacji musi być środkiem komunikacji *on-line* (zawsze i jedna i druga strona muszą być połączone z internetem), różnica polega natomiast na tym, czy komunikacja następuje w czasie rzeczywistym (lub zbliżonym do rzeczywistego), czy też nie. Klasyfikacja taka przyjęła się jednak zarówno w doktrynie (np. D. Szostek, *Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej*, Zakamycze 2004; W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004), jak i w orzecznictwie (zob. postanowienie Sądu Najwyższego, V CZ 127/03, OSNC 2005/1/12). Określanie zatem np. stron www jako środków komunikacji *off-line* traktuję wyłącznie jako techniczny zabieg językowy, nieodzwierciedlający rzeczywistej natury tego środka komunikacji (a wręcz z nią niezgodny).

³⁰ Takie jak np. gadu-gadu lub tlen.pl.

³¹ Por. uwagi J. Barty, R. Markiewicza (w:) *Oprogramowanie...*, *op. cit.*, s. 79 i n., s. 93 dotyczące analogicznego zagadnienia na tle licencji *open source*.

oświadczenie woli uznać za ofertę – stanowczość tego oświadczenia³². Cech oferty należy zatem szukać, jak już powyżej wspominałem, w treści oświadczenia woli licencjodawcy, która jest identyczna z treścią zawieranej umowy i której integralnym elementem jest wzorzec³³, jakim jest powszechnie dostępna licencja. Zasada ta obowiązuje w przypadku zawierania każdej umowy w trybie ofertowym z użyciem wzorca umownego, za wyjątkiem tzw. przyjęcia oferty z modyfikacjami (art. 68¹ § 1 k.c.). Nie należy jednak w całości utożsamiać treści licencji z oświadczeniem woli licencjodawcy, na które składać się będzie także szereg innych okoliczności. Czy zatem licencja *open content* określa *essentialia negotii* umowy licencyjnej? W świetle zaprezentowanych powyżej postanowień poszczególnych licencji odpowiedź musi być twierdząca. Zakres istotnych postanowień umów licencyjnych różnie rozumiany jest w doktrynie prawa autorskiego³⁴, nie wchodząc jednak w szczegółowe rozważania bez wątplenia możemy stwierdzić, że licencje *open content* określają³⁵: upoważnienie do korzystania z utworu, zakres tego upoważnienia (poła eksploatacji)³⁶, czas trwania licencji, terytorium na którym jest udzielana oraz kwestię wynagrodzenia (a raczej *expressis verbis* jego brak). Z pewnością więc tekst licencji określa minimum istotnych postanowień, a dodatkowo zawiera wiele innych – zarówno *naturalia negotii* (choćby kwestia wynagrodzenia³⁷ lub wypowiedzenia umowy), jak i *accidentalialia negotii* (obowiązki związane z zachowaniem autorskich praw osobistych). Skoro pierwszy warunek uznania oświadczenia woli licencjodawcy za ofertę można uznać za spełniony – czy jest to w takim razie oświadczenie stanowcze? Stanowczości powinniśmy się moim zdaniem doszukiwać nie tylko w samej treści oświadczenia (licencji) – na co wskazywać może np. użycie zwrotów „upoważniam”, „udzielam”³⁸, ale również w towarzyszących mu okolicznościach, takich jak: sposób połączenia utworu z tekstem oświadczenia (licencji), łatwość w dostępie do pełnego tekstu oświadczenia (licencji) oraz inne okoliczności towarzyszące złożeniu oferty. W piśmiennictwie stanowczość treści oświadczenia dekoduje się dodatkowo uwzględniając szczegółowość oraz czas związania propozycją³⁹. Ponadto, spełnienie przez oświadczenie licencjodawcy *open content* cech

³² Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 297 in.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 291.

³³ Problematyka licencji *open content* jako wzorców umownych wykracza poza ramy niniejszego opracowania, na marginesie zaznaczę tylko, że w pełni akceptowalne jest posłużenie się „jak własnym” wzorcem stworzonym przez podmiot trzeci w stosunku do stron kontraktu, zob. P. Wasilewski, *Cywilnoprawne aspekty obrotu internetowego na przykładzie umów licencyjnych typu open content* (w:) ZNUJ 2007, nr 97 (w druku).

³⁴ J. Barta, R. Markiewicz, (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkałski, R. Markiewicz, E. Traple, Zakamycze 2005, s. 520; J. Barta, R. Markiewicz *Oprogramowanie...*, *op. cit.*, s. 156; P. Wasilewski, *Cywilnoprawne aspekty...*, *op. cit.*

³⁵ Zob. art. 66 ust. 1 pr. aut.

³⁶ Wymóg stawiany wobec wszystkich umów prawnoautorskich – zgodnie z art. 41 ust. 2 pr. aut.

³⁷ Zob. art. 43 ust. 1 pr. aut.

³⁸ Np. pkt 2.1 Free Art License “You have the right to...”

³⁹ Por. Por. D. Szostek, *op. cit.*, s. 157-158; W. Kocot, *op. cit.*, s. 183; D. Kasprzycki (w:), red. J. Barta, R. Markiewicz *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, Zakamycze 2005, s. 51; P. Podrecki, (w:), *Ibidem*, s. 121; D. Kot, *Zawarcie*

oferty, znajduje uzasadnienie funkcjonalne. B. Gawlik wyróżnia dwie podstawowe funkcje, jakie spełnić musi oświadczenie woli uznane za ofertę: proceduralną i materialną. Pierwsza, wypełnia się w postanowieniach określających sposób, w jaki dochodzi do zawarcia umowy (opis procedury zawarcia umowy w ofercie), druga natomiast oznacza, że treść oferty określa niemalże automatycznie (poza wskazanym powyżej wyjątkiem) treść samej umowy łączącej oferenta z oblatem. Obydwie te przesłanki spełnione są w przypadku licencji *open content*. W szczególności, co jasno wynika z przytoczonych powyżej opisów poszczególnych licencji, bardzo często w samą treść licencji wkomponowane są lub też ściśle z nią związane: instrukcja jej użycia (w jaki sposób oznaczyć utwór licencją) oraz określenie momentu zawarcia umowy⁴⁰. Szereg powyżej wskazanych czynników ma niezwykle istotne znaczenie praktyczne, gdyż ustawodawca polski przyjął, że w razie wątpliwości, oświadczenie woli nie może być uznane za ofertę – zgodnie z art. 71 k.c.: „Ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób, poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz za zaproszenie do zawarcia umowy”. Zatem przyznanie licencjodawcy *open content* statusu oferenta musi – i moim zdaniem w kontekście powyżej przytoczonych argumentów tak właśnie jest – wprost i jednoznacznie wynikać z kwalifikacji jego oświadczenia woli jako oferty. W doktrynie niemieckiej istnieje nawet koncepcja⁴¹, zgodnie z którą to od przedmiotu umowy, która ma zostać zawarta, zależy kwalifikowanie oświadczeń w kategoriach trybu ofertowego. Według tej teorii produkty zdigitalizowane, jako że ich ilość jest praktycznie nieograniczona – jeśli stanowią przedmiot umowy – mogą decydować o tym, że mamy do czynienia z ofertą. Nie ma bowiem w przypadku tego rodzaju dóbr potrzeby limitowania kręgu potencjalnych odbiorców, a taki jest przecież cel „anty-ofertowego” domniemania z art. 71 k.c. Potwierdzałoby to również tezę o ofertowym charakterze oświadczenia woli licencjodawcy analizowanego typu umów. Dodatkowo, fakt, że zawieranie umów licencyjnych typu *open content*, o czym pisałem powyżej, najczęściej dokonywane jest przy użyciu stron internetowych (substrat oświadczenia licencjodawcy-oferenta umieszczony jest bezpośrednio lub pośrednio na stronie www w postaci tekstu licencji), ofertą taką można zakwalifikować, jako ofertę złożoną w postaci elektronicznej (w rozumieniu art. 66¹ k.c.), z czym wiązać się będzie szereg doniosłych konsekwencji prawnych.

Zwróćmy przy tym uwagę na sam moment złożenia oświadczenia woli przez licencjodawcę. Obowiązującą w polskim prawie teorię doręczenia w warunkach internetowych formułuje art. 61 § 2 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej

umowy za pomocą elektronicznych środków porozumiewania się na odległość (uwagi na tle projektowanych zmian kodeksu cywilnego), Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, 80/2002, s. 83.

⁴⁰ Np. pkt I.2 licencji Creative Commons: „Każdy kto w jakikolwiek sposób skorzysta z uprawnień objętych niniejszą licencją (Licencjobiorca), w momencie wykorzystania oświadcza w sposób dorozumiany, że akceptuje wszystkie postanowienia licencji”.

⁴¹ Przytaczana za D. Szostkiem, *op. cit.*, s. 170-171.

osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W przypadku ofert skierowanych do nieograniczonego kręgu odbiorców, przyjmuje się, że jest to moment publicznego ogłoszenia oświadczenia⁴², co w środowisku sieciowym równoznaczne jest z zapisaniem oświadczenia w pamięci ogólnodostępnego serwera. Warto jednak zauważyć, że nie chodzi tu o jakiegokolwiek zapisanie treści oświadczenia w pamięci powszechnie dostępnego komputera, zwłaszcza jeśli uznamy, że poszczególne licencje *open content* są wzorcami umów. Powyżej cytowany przepis formułuje dyrektywę, aby oświadczenie woli złożone zostało w sposób umożliwiający adresatowi zapoznanie się z treścią tego oświadczenia. Kluczowe więc będzie umożliwienie zapoznania się potencjalnemu licencjobiorcy-oblatowi z pełnym tekstem licencji oraz odpowiednie oznaczenie, że utwór jest rozpowszechniany „na danej licencji”. Sprawę skuteczności złożenia oświadczenia woli i tym samym skuteczności zawarcia umowy licencyjnej typu *open content* ocenił sąd holenderski w precedensowym wyroku z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie *A. Curry v. Audax*⁴³. Konflikt zarysował się na tle rozpowszechniania zdjęć w popularnym serwisie internetowym flickr.com. Adam Curry zamieścił tam zdjęcie przedstawiające go wraz z rodziną, dopełniając przy „wgrzywaniu” (*uploadowaniu*) zdjęcia wszystkich formalności wymaganych przez twórców serwisu. W trakcie procedury *uploadowania* A. Curry zdecydował się udostępnić zdjęcie publiczności (internautom, którzy przeglądali zdjęcia umieszczone w serwisie) na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Użycie niekomercyjne-Na tych samych warunkach 2.0., co standardowo komunikowane było w postaci umieszczonego pod rozpowszechnianym zdjęciem małego obrazka (tzw. ikona, w tym przypadku były to dwie litery „C” w okręgu – symbol Creative Commons)⁴⁴ oraz umieszczonym obok niego tekstem „Some rights reserved”. Po najechaniu kursorem myszki na tę ikonę ukazywała się pełna nazwa licencji, po kliknięciu zaś na nią otwierała się kolejna strona www, na której znajdowało się „Przystępne podsumowanie”, czyli skrótowy, nieprawniczy opis najważniejszych postanowień licencji. Na samym końcu „Przystępnego podsumowania” znajdowało się odesłanie (*link*) do pełnego tekstu licencji. Dodatkowo obok ikony z nazwą licencji znajdowała się inna ikona (o wyraźnie odmiennym kształcie i kolorze), po najechaniu na którą ukazywał się komunikat „This photo is public”, oznaczający – zgodnie z warunkami rozpowszechniania zdjęć w serwisie flickr.com, że zdjęcie obejrzeć może każdy (autor nie ograniczył np. hasłem dostępności zdjęcia). Pewien dziennikarz odnalazł na stronach flickr.com

⁴² Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, *op. cit.*, s. 299.

⁴³ Sprawa dotyczyła licencji Creative Commons, zob. www.creativecommons.pl/blog/2006/03/20/s%c4%85d-holenderski; www.creativecommons.org/weblog/entry/5823; <http://www.groklaw.net/article.php?story=20060316052623594>; pełny tekst orzeczenia, niestety wyłącznie w języku holenderskim: http://zoeken.rechtspraak.nl/zoeken/dtluitspraak.asp?searchtype=ljn&ljn=AV4204&u_ljn=AV4204.

⁴⁴ Obecnie zamiast ikony z symbolem Creative Commons umieszczane są pod rozpowszechnianym zdjęciem lub w jego pobliżu ikony, będące symbolami Elementów konkretnej licencji (np. przekreślony symbol \$ oznaczający warunek „Użycie niekomercyjne”).

zdjęcie powoda, który jest znaną w Holandii postacią świata showbiznesu i postanowił fotografię wkleić do jednego z artykułów w magazynie „Weekend”. W trakcie procesu wydawca (pозwany) tłumaczył się, że zdjęcie oznaczone było jako publiczne, co poczytał jako zgodę autora na jakikolwiek jego wykorzystanie. Sąd stanął przed bardzo trudnym zadaniem – oceną, czy dołączenie tekstu licencji w formie podwójnego odesłania spełnia przesłanki doręczenia oświadczenia woli (i jednocześnie wzorca umownego). Innymi słowy, czy można wymagać, aby internauci dokładnie zapoznawali się z treścią i znaczeniem informacji (ikon) znajdujących się w pobliżu utworu? Sąd holenderski I instancji zawyrokował, że od podmiotu profesjonalnego, jakim jest wydawca można wymagać zwiększonej, w porównaniu z osobami na co dzień nie posługującymi się internetem, staranności. Uznano więc skuteczność doręczenia oświadczenia woli (i tym samym naruszenie Elementu „Użycie niekomercyjne”), pomimo, że aby do niego tak naprawdę dotrzeć konieczne było dokonanie szeregu nie do końca oczywistych i intuicyjnych czynności. Trudno powiedzieć, czy sąd polski orzekłby podobnie. Warto jednak zwrócić uwagę, że jest to kolejne orzeczenie uznające odesłanie (*link*) za skuteczną technikę zakomunikowania (doreczenia) treści oświadczenia⁴⁵. Uzależnienie wymaganego poziomu staranności od profesjonalnego charakteru działalności podmiotu ma znaczenie tylko o tyle, że sąd przyjął, że podmiot profesjonalny wie jak funkcjonuje internet i wie jednocześnie, że jeśli wyraźnie nie ma zgody na wykorzystanie utworu, to jest to zabronione. Moim zdaniem, przyjmując nawet, że omawiane orzeczenie idzie za daleko, nie sposób nie zgodzić się z tezą, że umieszczenie bezpośredniego odesłania (*linku*) do pełnego tekstu licencji nie wypełnia przesłanek doręczenia z art. 61 § 2 k.c. Zasada działania *linków*, jako podstawy funkcjonowania internetu, znana jest każdemu, kto choć raz przeglądał strony www. Inną kwestią jest to w jakiej formie stosowany jest *link* (jak wygląda odesłanie) i jak ściśle jest połączony z rozpowszechnianym utworem⁴⁶.

Wróćmy jednak, do ofertowego trybu zawierania umów licencyjnych typu *open content*. Tradycyjnie zawieranie umów w tym trybie następuje poprzez przyjęcie oferty przez oblata, a do zawarcia umowy dochodzi z chwilą doręczenia oferentowi oświadczenia oblata o przyjęciu oferty. Złożenie oferty w postaci elektronicznej skutkuje jednak koniecznością wypełnienia dwóch dodatkowych obowiązków. Trzeba jednak zauważyć, że według treści § 4 art. 66¹ k.c. szczególne wymogi związane z ofertą w postaci elektronicznej nie dotyczą zawierania umów za pomocą poczty elektronicznej albo podobnych środków indywidualnego porozumiewania się na odległość. W świetle przedstawionej powyżej klasyfikacji środków komunikacji elektronicznej powyższe

⁴⁵ Zob. A. Krochmal-Węgrzyn, *Umowa licencyjna...op.cit.* i cytowane tam orzecznictwo.

⁴⁶ Według mnie fakt rozpowszechniania utworu na licencji, do której odsyła *link*, powinien być oczywisty i jednoznaczny, „rzucający się w oczy”, *link* do licencji powinien znajdować się bezpośrednio przy utworze, co najmniej na tym samym „ekranie” co rozpowszechniany utwór.

wylączenie dotyczy więc będzie środków komunikacji pośredniej skierowanych do oznaczonych adresatów. Zatem art. 66¹ k.c. znajdzie pełne zastosowanie do umów zawieranych przy pomocy niezindywidualizowanych środków komunikacji pośredniej (jakimi są właśnie strony internetowe) oraz wszystkich środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. W związku z tym, zastosowanie kwalifikowanych wymogów, jakie związane są z ofertą w postaci elektronicznej, należy rozważyć w przypadku zawierania umów licencyjnych typu *open content*. Pierwszy obowiązek pomijam, gdyż z punktu widzenia tematyki niniejszego artykułu jest nieistotny. Chodzi o obowiązek informacyjny nałożony na przedsiębiorcę (art. 66¹ § 2 k.c.); sytuacja kiedy to licencjodawcą *open content* będzie przedsiębiorcą, będzie niezwykle rzadka (o ile wręcz nie niemożliwa). Dużo ciekawszy jest drugi obowiązek, czyli konieczność niezwłocznego potwierdzenia przez oblata faktu otrzymania oferty, pod rygorem niezwiązania oferenta ofertą. Zgodnie z art. 66¹ § 1 k.c. „Oferta złożona w postaci elektronicznej wiąże składającego, jeśli druga strona niezwłocznie potwierdzi jej otrzymanie”. Z treści przytoczonego powyżej przepisu wprost więc wynika, że aby oferta złożona w postaci elektronicznej w ogóle wiązała oferenta (i tym samym, aby w ogóle doszło do zawarcia umowy w trybie ofertowym), jej otrzymanie musi być bez zbędnej zwłoki potwierdzone przez oblata⁴⁷. *Ratio legis* art. 66¹ § 1 k.c. jest oczywiste – komunikacja elektroniczna nie jest całkiem niezawodna i może się zdarzyć, że wysłane przez nas dane dotrą do adresata w postaci cząstkowej, zdeformowanej lub też w ogóle nie zostaną wysłane. Z uwagi zatem na postulat pewności obrotu, dodatkowy obowiązek potwierdzenia otrzymania „oferty elektronicznej”⁴⁸ jest całkiem uzasadniony. Nie należy jednak moim zdaniem utożsamiać czysto technicznego potwierdzenia z przyjęciem oferty (ani z odpowiedzią na ofertę, zgodnie z art. 66 § 2 k.c.). Obowiązek potwierdzenia otrzymania oferty jest zatem jedynie dodatkowym, przedkontraktowym obowiązkiem oblata, nie wyłączającym konieczności złożenia oświadczenia woli, w postaci akceptacji oferty. Do momentu niezwłocznego potwierdzenia otrzymania oferty będziemy mieć do czynienia z tzw. czynnością prawną kulejącą (*negotium claudicans*)⁴⁹, samo zaś potwierdzenie będzie miało skutek wsteczny – od momentu złożenia oświadczenia woli (oferty) zgodnie z dyspozycją art. 61 § 2 k.c. Trudno nawet uznać, że samo potwierdzenie jest oświadczeniem woli oblata, raczej należy je rozumieć w kategoriach oświadczenia wiedzy (o fakcie otrzymania, nie zaś o samej treści oferty, czy też o zapoznaniu się z nią). Ta teoretyczna konstrukcja jawi się jednak w sposób dość skomplikowany w praktyce. Kontrowersje budzi zwłaszcza moment, w którym uruchamia się obowiązek oblata. Prawidłowe doręczenie oferty

⁴⁷ Natomiast samą długość stanu związania oferenta ofertą reguluje art. 66 § 2 k.c. W konsekwencji art. 66¹ § 1 k.c. stanowi w omawianym zakresie *lex specialis* w stosunku do art. 66 § 2 k.c. Zob. także S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki (red.) *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2003, s. 281 i n.

⁴⁸ Podkreślam przy tym że nie jest to nowy typ oferty, lecz jedynie szczególna metoda złożenia oferty.

⁴⁹ Jest to sytuacja zbliżona do potwierdzenia, o którym mowa w art. 18 § 1 k.c.

w postaci elektronicznej następuje bowiem w momencie odpowiedniego zamieszczenia jej na stronie internetowej (zapisania na serwerze). Już wtedy oblat może zapoznać się z jej treścią. *De facto* jednak możliwość zapoznania się z treścią oferty uruchamiana jest dopiero, gdy oblat „wejdzie” na daną witrynę internetową. Absurdem byłoby jednak stawianie wymagań, aby dokładnie monitorować zawartość stron internetowych i natychmiast po „wgraniu” do nich nowej treści (np. oferty) potwierdzać fakt ich otrzymania. Specyfika internetu i fakt, że umieszczona na stronie www oferta dostępna jest cały czas (o ile oczywiście oferent jej ze strony „nie zdejmie”, lub też nie wystąpią zakłócenia techniczne), powoduje, że natychmiastowe niepotwierdzenie (po jej umieszczeniu na stronie) otrzymania oferty, nie spowoduje niemożliwości zawarcia umowy. Oferent owszem nie będzie związany ofertą, ale oferta – poprzez fakt nieusunięcia jej ze strony internetowej – na nowo się „odrodzi”. Tak naprawdę zatem, obowiązek niezwłocznego potwierdzenia otrzymania oferty uruchamiany jest w momencie „wejścia” na daną witrynę. Przy tym jednak rozłączenie się z internetem i ponowne połączenie ze stroną, na której znajduje się oferta, znów spowoduje „odnowienie” pierwotnej oferty, a tak naprawdę będzie złożeniem nowej oferty, której treść jest identyczna z pierwotną. W praktyce jednak, ze względu na szybkość dokonywania poszczególnych czynności, jakie składają się na zawarcie umowy licencyjnej typu *open content* w trybie ofertowym przy użyciu strony internetowej, samo potwierdzenie otrzymania oferty przez licencjobiorcę-oblatę będzie niezwykle rzadkie. Należy moim zdaniem postulować praktykowanie tego obowiązku, niesie on bowiem wiele pozytywnych skutków, jak choćby możliwość identyfikacji stron, jednak w konkretnej sytuacji zawierania umów licencyjnych typu *open content* w internecie, brak potwierdzenia otrzymania oferty, uprzedzając dalsze uwagi, nie będzie według mnie wyłączał możliwości uznania skuteczności zawarcia umowy w trybie ofertowym⁵⁰.

Do kiedy zatem licencjodawca-offerent jest związany ofertą? Zgodnie z art. 66 § 2 k.c. „Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego komunikowania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia”. Zawieranie umów licencyjnych typu *open content* następuje przy pomocy środka niebezpośredniego komunikowania się na odległość, jakim jest strona www, a termin związania ofertą nie jest w licencjach określany, zatem oferta wiąże przez czas, jaki zwyczajowo w internecie potrzebny jest na podjęcie decyzji

⁵⁰ Wynika to z tego, że obowiązek potwierdzenia otrzymania oferty złożonej w postaci elektronicznej będzie konsumowany przez inne czynności prawne oblata, co uzasadniam w dalszych rozważaniach.

i doręczenie oświadczenia woli licencjobiorcy-obłata o akceptacji oferty. Wybiegając nieco naprzód, już tu należy stwierdzić, że w przypadku zawierania umów licencyjnych typu *open content* w ogóle nie będziemy mieli do czynienia ze składaniem przez licencjobiorcę-obłata oświadczenia woli o przyjęciu oferty. Będzie tak dlatego, że do zawarcia tego konkretnego typu umowy dochodzi poprzez wykonanie. Okres związania ofertą minie więc, jeśli licencjobiorca-obłata w czasie właściwym nie przystąpi do wykonania umowy (wniosek z art. 66 § 2 w zw. z art. 69 k.c.). W rzeczywistości internetowej będzie to oznaczało, że wykonanie umowy musi nastąpić podczas połączenia się z daną stroną internetową (oczywiście nie musi to być natychmiast po uzyskaniu połączenia). Rozłączenie się z internetem powoduje, że oferta przestaje wiązać – co nie wyklucza jednak, jeszcze raz podkreślam, ze względu na mechanizm „odnawiania się” oferty na stronie www, zawarcia umowy identycznej treści.

Przyjrzyjmy się zatem samemu momentowi zawarcia umowy licencyjnej typu *open content*. Według treści licencji, do zawarcia umowy dochodzi poprzez dokonanie jednej z czynności eksploatacyjnych, na które zezwala licencja⁵¹. Takie postanowienie w pełni odpowiada dyspozycji przepisu art. 69 k.c., który stanowi, że: „Jeżeli według ustalonego w danych stosunkach zwyczaju, lub według treści oferty dojście do składającego ofertę oświadczenia drugiej strony o jej przyjęciu nie jest wymagane, w szczególności jeżeli składający ofertę żąda niezwłocznego wykonania umowy, umowa dochodzi do skutku, skoro druga strona w czasie właściwym, przystąpi do jej wykonania; w przeciwnym razie oferta przestaje wiązać”. Występujący w „zwykłej” procedurze ofertowej obowiązek złożenia oświadczenia woli przez obłata o przyjęciu oferty zostaje, zgodnie z treścią oferty, zastąpiony działaniem – przystąpieniem do wykonania umowy. Art. 69 k.c. wyraźnie zezwala, aby taki dorozumiany, milczący sposób zawarcia umowy wprowadził sam oferent w treści oferty. Z tą właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku licencji *open content*. Dodatkowym poparciem zastosowania powyżej wymienionego przepisu jest zwyczaj zawierania tego rodzaju umów w obrocie internetowym właśnie poprzez podjęcie określonych czynności. Czy zatem, skoro w praktyce obłata wykonuje tylko jedną czynność – przystępuje do wykonania umowy, nie składając nawet oświadczenia woli o akceptacji oferty, to czy tym samym – stosując metodę wykładni *a maiori ad minus* – fakt wykonania umowy konsumuje przedkontraktowy obowiązek potwierdzenia otrzymania oferty złożonej w postaci elektronicznej? Wydaje się, że taka interpretacja jest usprawiedliwiona. Dodatkowo wspiera ją wykładnia celowościowa art. 66¹ k.c., który z pewnością ustanawia obowiązek mniejszej wagi, niż obowiązek złożenia oświadczenia woli o przyjęciu oferty w celu skutecznego zawarcia umowy. Będzie tak moim daniem pomimo,

⁵¹ Np. pkt 5 licencji Free Art License: “This license takes effect as of your acceptance of its provisions. The fact of copying, distributing, or of modifying the work constitutes a tacit agreement”.

że przepisy różnicują czas wypełnienia omawianych obowiązków: potwierdzenie otrzymania oferty ma nastąpić „niezwłocznie” (art. 66¹ § 1 k.c.) zaś wykonanie umowy powinno nastąpić „w czasie właściwym” (art. 69 k.c.), a więc na pierwszy rzut oka późniejszym. W praktyce internetowej jednak obydwie te czynności będą wykonywane niemalże jednocześnie, jedna po drugiej. Przyjęcie poglądu przeciwnego nic by zresztą *de facto* nie zmieniło, potwierdzenie otrzymania oferty powodowałoby, że mimo rozłączenia się ze stroną internetową, można by przy ponownym połączeniu (w czasie właściwym) zawrzeć umowę zgodnie z treścią oferty, której potwierdzenia się dokonało. Tymczasem, rozłączenie się ze stroną www bez potwierdzenia, według prezentowanego przeze mnie poglądu, powodowałoby, owszem, wygaśnięcie oferty, ale kolejne „wejście” na tę samą stronę umożliwiłoby zawarcie umowy o identycznej, z treścią oferty która wygasła, treści. Skutek byłby zatem taki sam, jednakże pogląd, za którym się opowiadam, wydaje się być praktyczniejszy i bliższy naturze internetu. W przypadku zawierania umów licencyjnych typu *open content* podjęcie wykonania umowy wyłącza zarówno konieczność złożenia oświadczenia woli o przyjęciu oferty, jak i wcześniejszy obowiązek potwierdzenia otrzymania oferty. Oczywiście, nie powoduje to zachwiania ogólnych reguł – w przypadku nieprzystąpienia do wykonania umowy w czasie właściwym, oferta przestaje wiązać. Co więcej, wbrew poglądom wyrażanym w doktrynie⁵², moim zdaniem nie powstanie tu również pozaustawowy i pokontraktowy obowiązek powiadomienia oferenta o fakcie przystąpienia do wykonania umowy. Licencjodawca godzi się bowiem na to, że do zawarcia umowy dochodzi w sposób dorozumiany i w zasadzie anonimowy, a powiadomienia takie mogłyby być dla niego bardzo uciążliwe⁵³.

Ostatnią kwestią, jaką należy rozstrzygnąć, jest to w jaki sposób dochodzi do przystąpienia do wykonania umowy i tym samym do jej zawarcia. Fakt wykonania umowy ściśle wiąże się z polami eksploatacji utworu, które objęte są upoważnieniem licencjodawcy. Wspominałem powyżej, że w zdecydowanej większości przypadków licencja udzielana jest na trzech polach eksploatacji: zwielokrotnianie (kopiowanie), wprowadzanie do obrotu i modyfikowanie (wykonywanie praw zależnych). W praktyce pierwszą czynnością eksploatacyjną, jakiej dokona licencjobiorca, będzie skopiowanie pliku (utworu) ze strony internetowej (z pamięci serwera) na dysk swojego komputera. Czy stworzenie zatem cyfrowej kopii utworu, jest już czynnością wkraczającą w monopol autora? Formułując pytanie wprost, czy można uznać taką czynności za zwielokrotnienie utworu? Kontrowersje wynikają z faktu, że tradycyjnie za zwielokrotnianie utworu uznawano wytwarzanie określoną techniką egzemplarzy utworów, rozumianych jako kopie tworzone na materialnych nośnikach. Współcześnie jednak, w zasadzie nie ma już wątpliwości,

⁵² Por. W. Kocot, *op. cit.*, s. 205-206.

⁵³ Np. gdyby dany utwór wykorzystywało wiele osób, powiadomienia wysyłane drogą mailową (w tym przypadku chyba najpraktyczniejszą) powodowałyby „zapychanie” skrzynek mailowych licencjodawcy-oferenta.

że stworzenie cyfrowej kopii (można posłużyć się nawet określeniem „cyfrowego egzemplarza”⁵⁴) utworu jest wkroczeniem w autorskie prawa majątkowe⁵⁵. Wynika to zarówno z treści prawa unijnego, jak i polskiej ustawy. Definicję zwielokrotniania (powielania) znajdujemy w art. 2 dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym, który stanowi, że: „Państwa członkowskie przewidują wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania powielania bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego, w jakikolwiek sposób lub w jakiegokolwiek formie, w całości lub częściowo”. Jednocześnie art. 5 ust. 1 dyrektywy ustanawia wyjątek w zakresie objęcia monopolem autorskim wszelkich form zwielokrotniania: „Przejściowe działania związane z rozpowszechnianiem utworów, o których mowa w art. 2, które są pobieżne lub towarzyszące i stanowią integralną i istotną część procesu technicznego, oraz których jedynym celem jest umożliwienie: (a) przenoszenia w sieci między osobami trzecimi przez pośrednika lub (b) legalnego korzystania z utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną i które nie mają odrębnego znaczenia gospodarczego; będą wyłączone z prawa do rozpowszechniania, o którym mowa w art. 2”. Wyjątek ten dotyczy tzw. *browsingu*, czyli gromadzenia danych w pamięci podręcznej komputera w trakcie oglądania stron internetowych. W polskiej ustawie wyjątek ten znalazł wyraz w przepisach o dozwolonym użytku⁵⁶. Odbiciem art. 2 dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym jest zmodyfikowana treść art. 50 pr. aut., zgodnie z którym odrębnym polem eksploatacji jest – w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu – m. in. wytwarzanie egzemplarzy utworów techniką cyfrową (art. 50 pkt 1 pr. aut.). Przepis ten budzić może zastrzeżenia, gdyż cyfrowe zwielokrotnianie utworów niekoniecznie musi prowadzić do powstania egzemplarzy materialnych, a tak jest rozumiane pojęcie egzemplarza w pozostałych przepisach prawa autorskiego, zwłaszcza przepisach o wprowadzeniu egzemplarzy utworów do obrotu⁵⁷. Na gruncie tej niespójności terminologicznej ustawy pojawia się postulat *de lege ferenda* utworzenia legalnej definicji pojęcia egzemplarza, z wyróżnieniem egzemplarza w postaci cyfrowej. Uwzględniając zatem powyższe uwagi, dochodzimy do wniosku, że do zawarcia umowy licencyjnej typu *open content* dochodzi już w momencie „ściągnięcia” utworu z sieci, gdyż w ten sposób dokonuje się jego zwielokrotnienie⁵⁸,

⁵⁴ Por. J. Kolczyński „Cyfrowe” pola eksploatacji w znowelizowanym prawie autorskim, Monitor Prawniczy, 18/2003.

⁵⁵ Zob. E. Traple (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, Zakamycze 2005, s. 425; J. Marcinkowska, A. Matlak, (w:) *Prawo autorskie a postęp techniczny*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Kraków 1999; E. Traple (w:) *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, t.13, red. tomu J. Barta, Warszawa 2007, s. 159; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Przepisy z wprowadzeniem*, Wolters Kluwer 2007, s. 134: „Ze względu na szerokie ukształtowanie treści prawa autorskiego w polskiej ustawie i członkostwo Polski w UE, obecnie niemożliwa byłaby obrona tezy, że dokonujące się w pamięci RAM komputera reprodukcje „ściągniętych” z internetu utworów są nieistotne z punktu prawa autorskiego”.

⁵⁶ Por. art. 23¹ pr. aut.

⁵⁷ Dominuje pogląd, że to pole eksploatacji dotyczy wyłącznie materialnych egzemplarzy utworu, zob. A. Matlak, (w:) *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, Zakamycze 2005, s. 566; J. Barta, R. Markiewicz, *Oprogramowanie...*, op. cit., s. 167; ci sami Autorzy (w:) *System...*, op. cit., s. 741.

⁵⁸ Za kwalifikowaniem „ściągnięcia” pliku na dysk twardy komputera jako zwielokrotniania opowiadają się także J. Barta i R. Markiewicz (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Przepisy z wprowadzeniem*, op. cit., s. 142.

objęte zezwoleniem licencyjnym. Czy jednak każde takie zwielokrotnienie będzie skutkowało zawarciem umowy? Udzielając odpowiedzi na to pytanie nie można zapomnieć o mającej w analizowanej sytuacji zasadnicze znaczenie, instytucji dozwolonego użytku (zwłaszcza osobistego). W większości wypadków jednorazowe „ściągnięcie” utworu na dysk twardy komputera⁵⁹ będzie wypełniało przesłanki art. 23 pr. aut.⁶⁰ Jak więc pogodzić naturę umów licencyjnych typu *open content* z ograniczeniem praw wyłącznych, jakim jest dozwolony użytek? Możliwe są tu dwa rozwiązania. Pierwsze, zgodnie z którym do zawarcia umowy nie dochodzi w zakresie objętym dozwolonym użytkowaniem oraz drugie, według którego umowa zawierana jest pod warunkiem zawieszającym, że wykorzystanie utworu zgodnie z licencją nastąpi poza zakresem dozwolonego użytku. W moim odczuciu, bliższe specyfice obrotu internetowego i idei samych umów licencyjnych typu *open content*⁶¹ jest rozwiązanie drugie. Przyjęcie pierwszej koncepcji rodzi wiele problemów, które sprowadzają się do tego, że – z uwagi na nieostrość pojęć wyznaczających ramy dozwolonego użytku – nigdy nie byłibyśmy pewni, czy do zawarcia umowy faktycznie już doszło. Z kolei koncepcja umowy warunkowej, a przypomnijmy, zgodnie z art. 89 k.c. warunkiem jest zdarzenie przyszłe i niepewne (w naszym przypadku wykorzystanie utworu poza granicami dozwolonego użytku), od którego zależy skuteczność czynności prawnej⁶², daje pewność co do zawarcia kontraktu. Koncepcja ta ułatwia także obronę przed zarzutem naruszenia praw autorskich, w przypadku działań zgodnych z licencją dokonywanych poza zakresem dozwolonego użytku⁶³. Zgodnie z drugim rozwiązaniem, do zawarcia umowy dochodziłoby w momencie dokonania każdego zwielokrotnienia, skuteczność zaś umowy zależna by była od tego, czy zwielokrotnienie (albo inna czynność eksploatacyjna) jest dokonywana poza ramami instytucji dozwolonego użytku. Wypada przy tej okazji przypomnieć, że w niektórych licencjach *open content* znajduje się *expressis verbis* stwierdzenie, że nie wywołują one skutków prawnych względem uprawnień wynikających z dozwolonego użytku, czy też innych ograniczeń praw wyłącznych⁶⁴.

⁵⁹ Pomijam tu tzw. *browsing*, patrz przypis nr 56.

⁶⁰ Art. 23 ust. 1 pr. aut.: „Bez zezwolenia twórcy wolno nieodpłatnie korzystać z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego. Przepis ten nie upoważnia do budowania według cudzego utworu architektonicznego i architektonicznourbanistycznego oraz do korzystania z elektronicznych baz danych spełniających cechy utworu, chyba że dotyczy to własnego użytku naukowego niezwiązanego z celem zarobkowym”.

⁶¹ Celem ruchów wolnościowych jest przecież otwarcie dostępu do utworów jak najszerzej liczbie potencjalnych licencjobiorców, w jak najprostszym i najłatwiejszym sposobie (umowy *open content* należy więc moim zdaniem interpretować „na korzyść” ich zawarcia).

⁶² W literaturze akceptowane jest uznanie za warunek zdarzenia, na którego zniszczenie się strony mają wpływ, zob. Z. Radwański *Prawo cywilne... op. cit.*, 2005, s. 284-285.

⁶³ Dowód zawarcia umowy i zarazem data jej zawarcia byłyby zależne od pierwszego „ściągnięcia”, które stosunkowo łatwiej jest stwierdzić, niż np. moment kiedy korzystanie z utworu przekroczyło granice korzystania na użytek osobisty lub wykroczyło poza krąg osób połączonych z licencjobiorcą stosunkiem towarzyskim (art. 23 ust. 2 pr. aut.).

⁶⁴ Por. pkt III licencji Creative Commons: „Żadne postanowienie niniejszej licencji nie zmierza do ograniczenia, wyłączenia lub zawężenia uprawnień wynikających z dozwolonego użytku, wyczerpania prawa lub innych ograniczeń praw wyłącznych podmiotu tych praw, przysługujących mu w myśl prawa autorskiego lub innych znajdujących zastosowanie ustaw”.

4. Podsumowanie

Na gruncie polskiego ustawodawstwa zawarcie umowy licencyjnej typu *open content* przy użyciu środka niebezpośredniej komunikacji elektronicznej, jakim jest strona internetowa, co do zasady należy uznać za możliwe i skuteczne. Nie można jednak zapominać, że wiele kwestii – jak choćby cel dokonania zwielokrotnienia (czy nie jest ono dokonane w ramach dozwolonego użytku osobistego), czy też sposób oznaczenia utworu daną licencją – powinno być badanych osobno dla każdego przypadku. Najwłaściwszy dla prawnej oceny umów licencyjnych typu *open content* jest ofertowy tryb zawierania umów, gdzie ofertą jest oświadczenie woli licencjobiorcy, którego integralną częścią jest licencja. Do zawarcia zaś umowy, co do zasady, dochodzi w momencie przystąpienia oblata do jej wykonania, czyli w chwili zwielokrotnienia.

Na zakończenie warto zaznaczyć, że istnieje silna tendencja do unifikowania postanowień poszczególnych licencji typu *open content*⁶⁵. Proces ten jest o tyle ważny i godny uwagi, że ogromna różnorodność licencji często powoduje skutek wręcz odwrotny od zamierzonego – utrudnia *de facto* tworzenie sztuki opartej na przeróbce, łączeniu czy miksowaniu przy wykorzystywaniu utworów rozpowszechnianych na różnych tzw. wolnych licencjach. Choć z pewnością ruch *open content* nie może być uznany za skuteczne antidotum na wszystkie bolączki współczesnego prawa autorskiego, być może jego trwałość i znaczenie wpłyną także na rozszerzenie ustawowych granic dozwolonego użytku, zwłaszcza w odniesieniu do możliwości wykorzystywania cyfrowych wersji utworów w sieci internet.

⁶⁵ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Od „wolnego” oprogramowania do „wolnych” utworów*, Rzeczpospolita z 14 grudnia 2006 r.; prym na tym polu wiedzy organizacja Creative Commons.