

Ograniczanie praw podstawowych w kontekście ochrony prawnoautorskiej w środowisku teleinformatycznym

1. Wprowadzenie

Rozwój technik informatycznych, w tym globalnych sieci komputerowych, wywarł i wywiera ciągły i istotny wpływ na proponowane i przyjmowane regulacje oraz konstrukcje normatywne w zakresie prawa autorskiego¹.

Szereg specyficznych problemów w zakresie egzekwowania prawa autorskiego, w szczególności poprzez dynamiczny rozwój globalnych sieci komputerowych i usług z nimi związanych, przeistaczających się w dominujące i najbardziej popularne medium komunikacji, spowodował bardzo aktywną działalność podmiotów uprawnionych w zakresie ochrony, jak i działań zmierzających do jej rozszerzenia².

Wypromowanie zagadnienia praw autorskich i prawach pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym posłużyło zwróceniu uwagi zarówno na „przełomowy” charakter, jak i szeroki zakres niezbędnych zmian w zakresie systemu prawa autorskiego w prawie krajowym, wspólnotowym jak i międzynarodowym³.

1.1. Prawa podstawowe a prawo autorskie w środowisku cyfrowym / Internecie

Na wstępie zaznaczyć należy, że prawo autorskie i prawa pokrewne nie stanowią żadnej gałęzi prawa. Polska nauka prawa charakteryzuje prawa autorskie, co do zasady, jako prawa majątkowe skuteczne *erga omnes*, zaliczając je także do praw „rzeczowo podobnych”. Główne regulacje prawnoautorskie umieszczone są w ramach prawa cywilnego, jednakże niejednorodność charakteru i treści stosunków prawnych dotyczących chronionego utworu oraz możliwość różnorodnego korzystania z niego są główną, jeśli nie jedyną, przyczyną zarówno statuowania cywilnych praw i obowiązków, jak też regulowania problemów organizacyjnych, finansowych, proceduralnych odpowiedzialności tak cywilnej, jak i karnej. Przepisy prawa autorskiego mają w konsekwencji charakter przepisów prawa cywilnego i administracyjnego, finansowego, karnego, proceduralnego, międzynarodowego prywatnego itd.⁴

Relacje między prawem autorskim a prawami człowieka dopiero od pewnego czasu zaczynają być przedmiotem rozważań naukowych, podejmowanych zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak

¹ *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, (red.) J. Barta, s. 858.

² Na płaszczyźnie międzynarodowej pierwsze próby regulacji prawnych w zakresie rozwoju technologii informacyjnych i komunikacyjnych znalazły miejsce w traktacie WIPO z 20 grudnia 1996 o prawie autorskim.

³ Odpowiedzią wspólnot europejskich na przyjęcie na szczeblu międzynarodowym Traktatów WIPO było wprowadzenie do porządku prawnego wspólnotowego m.in. Dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym oraz 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 (dyrektywa o handlu elektronicznym).

⁴ *System prawa...*, s. 5.

i międzynarodowej⁵. Już na wstępie podkreślić należy jednak, że nadal mocno dyskusyjne pozostają kwestie zaliczenia praw autorskich do katalogu praw człowieka, a konflikt pomiędzy prawami człowieka a uprawnieniami wynikającymi z prawa autorskiego jest przedmiotem rozważań doktrynalnych⁶. Analiza tego zjawiska zawsze stwarzać będzie problemy. Wynika to m.in. z powodów metodologicznych, jakimi są problemy z ustaleniem jednolitego znaczenia pojęcia praw autorskich (system kontynentalny – prawo autorskie oraz system anglosaski – prawo *copyright*) oraz ich stosowania w doktrynie prawa (w tym prawa cywilnego) i w doktrynie praw człowieka. Dodatkowo oczywiste jest, że dyskurs z zakresu prawa autorskiego i praw podstawowych nacechowany jest różnicami w zakresie metodami wykładni i aksjologia regulacji.

Niepokojący jest jednak fakt, że dyskurs w zakresie ochrony prawa autorskiego w środowisku cyfrowym przybierać zaczyna ton daleko odbiegający od rzetelnego dialogu w zakresie właściwych zmian w prawie⁷. Wydawać się może, że obecny proces legislacyjny, w szczególności na płaszczyźnie unijnej, zdominowany został przez paradygmat poszukiwania i rozszerzania ochrony. Zjawisko oddemokratyzowania procesu stanowienia prawa oraz ignorowanie głosów środowisk akademickich w procesie legislacyjnym jest zatrważające i podważa wiarę w sprawiedliwy system prawny⁸.

1.2. Grupy interesów

W obecnym dyskursie na temat relacji lub konfliktu pomiędzy prawami autorskimi a prawami podstawowymi nie funkcjonuje już bipolarny układ, jaki miał miejsce około 30 lat temu, gdy podejmowane były pierwsze próby regulacji prawnych w zakresie sieci teleinformatycznych i szeroko rozumianych praw autorskich.

Jeżeli chodzi o najbardziej aktywną grupę pod względem artykułowania swoich interesów, to bez wątplenia są nią **uprawnieni** – wśród nich wskazać należy głównie na posiadaczy praw autorskich, którzy niekoniecznie powinni być utożsamiani z twórcami/autorami. W tym ujęciu grupa interesu obejmuje zarówno twórców, jak i podmioty (osoby fizyczne i prawne) zajmujące się profesjonalnym obrotem gospodarczym w zakresie praw autorskich. Bez wątplenia to właśnie profesjonalne podmioty (przedsiębiorstwa muzyczne/fonograficzne, koncerty filmowe oraz organizacje powołane do ochrony ich interesów) cechują się wysoką aktywnością lobbingsową w procesie stanowienia prawa w celu ochrony partykularnego interesu.

Kolejną grupą zaangażowaną w dyskusję na temat rozwiązań prawnych w omawianym temacie są szeroko rozumiani **pośrednicy** – są to głównie podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną, którzy jednocześnie nie udostępniają treści chronionych prawem autorskim. W obrębie tej kategorii istnieje także **grupa pośredników będących jednocześnie uprawnionymi**. Mam tutaj na myśli takie przedsiębiorstwo jak Google, a w wyjątkowych okolicznościach przedsiębiorstwa takie, jak Red Hat lub Canonical. Pozycja i opinie tej grupy są bardzo zróżnicowane w dyskursie na

⁵ L. C. Torremans, *Intellectual Property and Human Rights, Enhanced Edition of Copyright and Human Rights*, Wolters Kluwer 2008. WIPO follows closely relevant developments in human rights. Intellectual Property and Human Rights, Panel Discussion to commemorate the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (Geneva, November 9, 1998). It was organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

⁶ L. R. Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-Existence?*, Netherlands Quarterly z Human Rights 2004, vol. 22, issue 2, p. 177.

⁷ Por. W. Patry, *Moral Panics and The Copyright Wars*, Oxford University Press, 2009.

⁸ Por. oficjalny list wystosowany przez kierownika renomowanego ośrodka akademickiego Institute for Information Law of the University of Amsterdam (IViR), prof. Bernta Hugenholtza, do przewodniczącego Komisji Europejskiej, José Manuela Barroso. Dostępny pod adresem http://www.ivir.nl/news/Open_Letter_EC.pdf, [strona ostatni raz odwiedzana 16 marca 2011 r.].

temat zmian prawa. Generalnie, bazując na modelu biznesowym *peer-production* lub oparciu swojego dochodu głównie na dostarczaniu usług, grupa ta prezentuje dosyć liberalne stanowisko w zakresie rozciągania/poszerzania monopolu prawnoautorskiego na nowe formy komunikacji.

Ostatnią, najmniej zaangażowaną „grupą”, której jednocześnie najbardziej bezpośrednio dotyczą wprowadzone lub planowane regulacje prawne, są **usługobiorcy/użytkownicy sieciowi, podmioty będące konsumentami/odbiorcami** twórczości chronionej prawem autorskim, pozostający w swoim działaniu w swego rodzaju sytuacji na skraju konfliktu pomiędzy prawami podstawowymi. Przykładem może być prawo dostępu do dóbr kultury lub działalność naukowa, która zostaje ograniczona prawem autorskim – utwór został zabezpieczony systemem TPM⁹, który uniemożliwia skorzystanie z niego poza arbitralną decyzją uprawnionego.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że poszczególne grupy interesów wzajemnie mogą się przenikać. Jeżeli jednak chodzi o proces egzekucji prawa autorskiego i działalności związanej z procesem stanowienia prawa, to aktywność podmiotów z grupy **uprawnionych i pośredników** jest najbardziej zauważalna.

1.3. Podstawowe problemy

W dyskursie dotyczącym zmian i poszerzeniu ochrony prawnoautorskiej lub quasi-autorskiej budzi niepokój pomijanie lub wręcz zmiana w kwestii priorytetu praw podstawowych. Dotyczy to w szczególności prawa do rzetelnego procesu, wolność wypowiedzi i twórczości, praw osób niepełnosprawnych i praw konsumenckich oraz zagadnień demokratycznego/transparentnego stanowienia prawa¹⁰.

Teza. Wraz z dynamicznym rozwojem Internetu obserwuje się ograniczanie praw podstawowych w środowisku cyfrowym na korzyść monopolu prawnoautorskiego (IP).

Postulat. Należy wypracować politykę/postulaty zabezpieczającą/-e prawa podstawowe w kontekście tendencji do ciągłego poszerzania monopolu prawnoautorskiego (oraz quasi-autorskiego) oraz pozaprawnego regulowania i wpływania na wykonywanie/przestrzeganie praw podstawowych.

2. Opis i analiza krytyczna

Opis i analiza dotyczy obecnej sytuacji, działań legislacyjnych i pozaprawnych. Metoda badania podzielona została na opis i krytykę rozwiązań *de lege lata*, co umożliwi przygotowanie ewentualnych postulatów w zakresie zmian oraz opis i krytykę rozwiązań *de lege ferenda*.

⁹ *Technological protection measures* – metody (głównie rozwiązania informatyczne) stosowane przez uprawnionych przy kontroli dostępu do utworu chronionego prawem autorskim. Prawna ochrona tego typu rozwiązania pojawiła się w artykule 11 Traktatu WIPO o prawie autorskim z 1996 r. Przepis przewiduje sankcjonowanie czynów polegających na „obchodzeniu skutecznych środków technicznych stosowanych przez autorów w związku z wykonywaniem praw”. Istotne przy postanowieniu art. 11 Traktatu jest to, że dotyczy działań, na które uprawnieni nie udzielili zezwolenia albo które nie są prawnie dozwolone.

¹⁰ Pojawiają się także postulaty sugerujące niezgodność postanowień umów międzynarodowych z prawami podstawowymi. Taka sytuacja ma miejsce w kontekście postanowień TRIPS w zakresie patentów na farmaceutyki i dostępu do leków związanych z leczeniem HIV. Por. S. Walker, *The Implications of TRIPS: ethics, health and human rights*, „Journal of Human Development”, Vol. 2, No. 1, 2001.

2.1. Opis i krytyka *de lege lata*

Poniżej omawiam wybrane zagadnienia w zakresie stanowionego prawa, które w ciągu **ostatnich dwóch lat** miały wpływ na kształtowanie się lub zmianę paradygmatu ochrony praw podstawowych w kontekście ochrony prawnoautorskiej. Przedstawiony wybór dotyczy obowiązujących przepisów prawa, jak i kształtującego się orzecznictwa¹¹, oraz przedstawianych stanowisk doktryny prawa i działań pozaprawnych nakierunkowanych na ochronę prawa autorskiego.

2.1.1. Kazus HADOPI

Ustawą *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*¹², która została przyjęta w 2009 r., powołała do funkcjonowania Wysoki Urząd ds. rozpowszechniania utworów i ochrony praw w Internecie (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – HADOPI). Główne założenia normatywne to oczywiście kontrola nad ochroną utworów w sieci Internet. Już sam sposób przyjmowania tego prawa przez francuskie Zgromadzenie Narodowe budzić może kontrowersje co do istoty procesu demokratycznego stanowienia prawa. Projekt ustawy wspierany m.in. przez Prezydenta Nicolasa Sarkozy oraz Minister Kultury Christine Albanel¹³ został odrzucony w demokratycznym głosowaniu 9 kwietnia 2009 r.¹⁴ Francuski rząd skierował ponownie projekt pod obrady Parlamentu i ustawa została przyjęta 12 maja 2009 r., a 13 maja 2009 przyjął ją Senat Republiki Francuskiej.

Bez wdawania się w szczegółową analizę normatywną należy wskazać, że HADOPI/Ustawa krytykowane były już od momentu rozpoczęcia prac legislacyjnych¹⁵, m.in. z powodu rodzaju kar przewidzianych do nakładania na osoby rzekomo naruszające prawa autorskie w Internecie. Wśród katalogu kar znajduje się między innymi całkowite odcięcie dostępu do sieci. Ustawa wprowadza regulacje administracyjnoprawne i karne, które pomijają najważniejszą instytucję prawa karnego, jaką jest domniemanie niewinności. 10 czerwca 2009 r. francuska Rada Konstytucyjna uznała niektóre przepisy ustawy za niezgodne z Konstytucją¹⁶. Rada uznała, że ustawa naruszała takie zasady, jak wolna wymiana myśli i poglądów (uznana w oparciu o Deklarację praw człowieka i obywatela z 1789 r. za jedno z **najcenniejszych praw człowieka**), oraz prawa do wypowiedzania się i swobodnego komunikowania się oraz domniemanie niewinności.

24 czerwca 2009 r. rząd francuski przedstawił projekt nowelizacji tzw. HADOPI 2¹⁷, który został skierowany przez rząd na szybką ścieżkę legislacyjną¹⁸. Urząd HADOPI otrzymał uprawnienia sędownicze, co w uproszczeniu przyznało mu legitymację do wydawania „wyroków” odcinających

¹¹ W opracowaniu pomijam kwestię koncepcji stanowienia prawa (tzw. *judge made law*) przez organy sądowe Unii Europejskiej. Chociaż wspomnieć należy, że judykaty Trybunału Sprawiedliwości UE mają charakter normatywny, nie tylko w kontekście rozpoznawanej sprawy – w szczególności wyroki wydawane w trybie tzw. zapytania prejudycjalnego.

¹² Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 parue au JO n° 135 du 13 juin 2009.

¹³ Francuski OZZ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique reprezentujący 10 000 twórców. Odnośnie krytyki dot. wskazanej liczny zob. <http://www.pcinpact.com/actu/news/50333-liste-10000-signataires-creation-internet.htm>, [strona ostatni raz odwiedzana 12 lutego 2011 r.].

¹⁴ <http://prawo.vagla.pl/node/8438>, [strona ostatni raz odwiedzana 12 lutego 2011 r.].

¹⁵ Wśród przeciwników byli również francuscy artyści i twórcy, tacy jak Chantal Akerman, Christophe Honoré, Jean-Pierre Limosin, Zina Modiano, Gaël Morel, Victoria Abril, Catherine Deneuve, Louis Garrel, Yann Gonzalez, Clotilde Hesme, Chiara Mastroianni, Agathe Berman i Paulo Branco. Zob. <http://www.ecrans.fr/Lettre-ouverte-aux-spectateurs.6877.html>, [strona ostatni raz odwiedzana 10 lutego 2011 r.].

¹⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Orzeczenie dostępne w jęz. francuskim na stronie <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>, [strona ostatni raz odwiedzana 10 lutego 2011 r.].

¹⁷ *Projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 498, déposé le 24 juin 2009.

¹⁸ *La procédure accélérée* – ‘tryb przyspieszony’.

użytkownika od sieci, jednak w żaden sposób nie uzasadnia to aksjologii stojącej za tymi rozwiązaniami ani sposobu, w jaki to prawo było przyjmowane¹⁹.

2.1.2. „Transpozycja” aksjologii HADOPI na płaszczyznę prawa UE

Na płaszczyźnie prawa unijnego rozwiązania nawiązujące do odcinania użytkowników od sieci planowane były w tzw. pakiecie telekomunikacyjnym przy zmianie Dyrektywy 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). Polityczne negocjacje oraz działania Parlamentu Europejskiego²⁰ doprowadziły do usunięcia kontrowersyjnej „poprawki 138”²¹.

2.1.3. Bazy danych i zawłaszczanie domeny publicznej

Na płaszczyźnie prawa unijnego obowiązuje Dyrektywa 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych²². Wszystkie państwa członkowskie dokonały transpozycji tego aktu do krajowego porządku prawnego. Dyrektywa i prawo krajowe wprowadziło *sui generis* ochronę baz danych. Ochrona trwa 15 lat od momentu powstania bazy, z możliwością przedłużenia o kolejne 15 lat, jeżeli w bazie danych producent dokonał znacznych zmian. Biorąc pod uwagę, że twórca/producent bazy danych inkorporującej utwory pozostające poza ochroną prawną lub funkcjonujące w domenie publicznej uzyskuje *de facto* monopol nad rozporządzaniem tymi danymi lub ich ekstrakcją, pojawia się ryzyko zawłaszczania tego typu informacji przy powoływaniu się na ochronę wynikającą z *sui generis* prawa do baz danych. Zjawisko to jest tym bardziej prawdopodobne w dobie informatyzacji.

Najbardziej jaskrawym przykładem jest Internetowy System Aktów Prawnych Kancelarii Sejmu RP. System nie zezwala na komercyjne używanie, kopiowanie i inne wykorzystywanie danych znajdujących się w bazie danych²³. Powyższe stwierdzenie jest kontrowersyjne, jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, że o ile przepisy prawa autorskiego stanowią, iż nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego akty normatywne lub ich urzędowe projekty urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole, to regulacje oparte w przepisach dyrektywy i ustawy o ochronie baz danych zezwalają na zawłaszczenie tego typu informacji. Analogiczna sytuacja może mieć miejsce w przypadku komercyjnych usługodawców oferujących dostęp do dzieł znajdujących się w domenie publicznej, w sytuacji gdy ktokolwiek chciałby skorzystać z dostępu do bazy i rozpowszechnić znajdujące się tam utwory (cyfrowe biblioteki).

Być może zasadnym jest postulat, aby zrezygnować z ochrony *sui generis* przewidzianej w zarówno przepisami dyrektywy, jak i polskiej ustawy. Ochrona prawna baz danych nie funkcjonuje w Stanach Zjednoczonych. Dodatkowo zasadna wydaje się teza, że monopol tzw. własności intelektualnej jest limitowany w czasie. Na wskazanym wyżej przykładzie można wywnioskować,

¹⁹ Zastanawiająca może być odpowiedź na temat legitymacji, jaką rząd francuski posiadał przy wprowadzaniu tego typu rozwiązania prawnego. Z jednej strony lobby posiadaczy (niejednolite por. przypis 11), z drugiej – silny opór m.in. środowisk prokonsumenckich. Por. http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law#Lobbying, [strona ostatni raz odwiedzana 10 lutego 2011 r.].

²⁰ Zalecenie Parlamentu Europejskiego z dnia 26 marca 2009 r. dla Rady w sprawie utrwalenia bezpieczeństwa i podstawowych wolności w Internecie (2008/2160(INI). Dostępny na stronie <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0194+0+DOC+XML+V0//PL&language=PL>, [strona ostatni raz odwiedzana 12 lutego 2011 r.]. Niestety, zalecenie nie posiada żadnej mocy prawnej i może być dowolnie ignorowane przez instytucje UE w procesie stanowieniu prawa.

²¹ Por. <http://prawo.vagla.pl/node/8459>, [strona ostatni raz odwiedzana 12 lutego 2011 r.].

²² Dziennik Urzędowy L 077, 27 marca 1996 r. Str. 0020-0028.

²³ <http://isap.sejm.gov.pl>, [strona ostatni raz odwiedzana 12 lutego 2011 r.].

że ustawodawca europejski i krajowy wprowadził nieograniczony w czasie byt. Paradoksalnie, rozszerzanie ochrony wobec faktu wygaśnięcia określonego monopolu jest zaprzeczeniem fundamentalnej idei stojącej za prawem „własności intelektualnej”, a więc udzieleniem tymczasowego prawa wyłącznego, które przyznawane jest w interesu ogólnego dobrobytu, rozwoju kultury i gospodarki²⁴.

2.1.4. TPM, restricted e-services

Znaczne poszerzenie monopolu prawnoautorskiego oraz quasi-autorskiego obserwować można na przykładzie ochrony tzw. skutecznych technicznych zabezpieczeń²⁵ (nieprecyzyjnie i z premedytacją określanych jako DRM – *digital rights (sic!) management*). Pomijając fakt, że jeżeli takie zabezpieczenie zostaje złamane, to trudno mówić o jego skuteczności, pojawia się pytanie o zasadność funkcjonowania takiej regulacji w obrębie przepisów prawa autorskiego. Z ochrony przewidzianej dla utworu cechującego się twórczością wyprowadziło się ochronę technicznych zabezpieczeń takich utworów. Jest to jaskrawy przykład na poszerzający się monopol, który z podstawową aksjologią przewidzianą dla ochrony ludzkiej twórczości ma niewiele wspólnego.

W chwili obecnej zarówno regulacje prawne w zakresie ochrony baz danych, jak i quasi-autorskiej ochrony TPM w żaden sposób nie obejmują kwestii osób niepełnosprawnych i egzekwowania ich praw w dostępie do tak chronionych/zabezpieczonych informacji²⁶.

2.1.5. Współpraca pozasądowa

Na szczególną uwagę w dyskusji nad zachwianiem równowagi pomiędzy ochroną praw IP a ochroną praw podstawowych zasługuje przypadek pozasądowej współpracy pomiędzy dostawcami usług internetowych (ISP) i posiadaczami praw. Pojawia się problem pominięcia praw podstawowych (domniemanie niewinności) wyjątków od monopolu (dozwolony użytek) czy praw konsumentów i rozstrzygnięcia w zakresie naruszenia bez udziału sądu o naruszeniu prawa. Istotne jest to, że obecny stan prawny nie pozbawia posiadaczy praw narzędzi ochrony praw autorskich w sieciach telekomunikacyjnych²⁷. Jednak z punktu widzenia posiadaczy praw współpraca na płaszczyźnie ISP – posiadacz prawa (lub podmiot mający pełnomocnictwo) jest oczywiście najbardziej *cost-effective* rozwiązaniem umożliwiające ochronę.

Zagadnienie takiej współpracy na płaszczyźnie europejskiej pojawiło się w Irlandii w nawiązaniu do kwestii ochrony danych osobowych. Sąd rozpoznający nie zakwestionował praktyki uznającej, że naruszenie jako takie nastąpiło²⁸. Poza tematem naszej dywagacji pozostaje fakt, że był to jeden

²⁴ Por. uwagi prof. B. Hugenholtza, *The European Commission's term extension proposal: fair concern or fruit of industry lobbying?*, http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/ALAI_Vienna_2010.pdf, [strona ostatni raz odwiedzana 16 marca 2011 r.].

²⁵ *Vide*: przypis 9.

²⁶ Por. przepisy Artykułu 9(1)(b) 9(2)(b) i (g) oraz Artykuł 21 Konwencji ONZ Praw Osób Niepełnosprawnych. A/RES/61/106 13 December 2006 Resolution adopted by the General Assembly 61/06 Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

²⁷ *A contrario* przepis Art. 14 Dyrektywy 2000/31 oraz analogiczne rozwiązania prawne przewidziane w art. 12, 13 i 14 Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

²⁸ *EMI Records & Others v Eircom Ltd* (2010) IEHC 108, High Court of Ireland (Charleton J.), 16 April 2010. See: „Journal of Intellectual Property Law & Practice”, doi:10.1093/jiplp/jpq096

z pierwszych sygnałów sądowego aktywizmu, który w ostatecznym rozdzie został jednak skrytykowany przez sędziego Charletona²⁹.

2.1.6. Brak wyraźnych sankcji za nieuzasadnione/nieuprawnione stosowanie instytucji przewidzianych w art. 14 uośde

Odwołując się do istniejących regulacji prawnych w zakresie ochrony praw autorskich, zwrócić należy uwagę, że o ile wprowadzone w art. 14 rozwiązania są skutecznym sposobem na zablokowanie dostępu do informacji, o tyle nie przewidują w żaden sposób przeprowadzenia kontrargumentacji w przypadku, gdy podmiot, którego działanie uznano za sprzeczne z prawem, pragnie przywrócić dostęp do zablokowanych i/lub usuniętych danych. Rozwiązania nie precyzują, czym powinno charakteryzować się „wiarygodne” zgłoszenie/zawiadomienie, co może doprowadzić do tego, że blokowanie dostępu może być inicjowane przez podmioty niemające legitymacji prawnej. Co ciekawe, brak jest również rozwiązań przewidujących sankcje za niewłaściwe / nieuzasadnione / nieuprawnione działania związane z blokowaniem dostępu.

2.1.7. Retoryka szkody/piractwa w procesie stanowienia prawa

W jednym z ostatnich orzeczeń Trybunał Sprawiedliwości UE odniósł się do zagadnienia tzw. *private copying levies*: „Copying by natural persons acting in a private capacity must be regarded as an act likely to cause harm to the author of the work concerned”³⁰. Retoryka szkody zamiast retoryki ograniczenia monopolu chociażby na korzyść dostępu do dóbr kultury stanowi dość niepokojące zjawisko w całym dyskursie na temat ochrony prawa autorskiego. Równie niepokojące jest stosowanie określeń, które z regulacjami prawnymi mają niewiele wspólnego – pomijając zwyczajowe i sztamkowe nazywanie osób podejrzanych o naruszenie praw autorskich (bez prawomocnego orzeczenia sądu) „piratami”, należy wspomnieć o odwołaniach do terroryzmu i przyrównywaniu działań do ataków samobójczych³¹.

2.1.8. Nadużywanie prawa

Przykład brytyjskiego przedsiębiorstwa ACS:Law może posłużyć do zobrazowania praktyki nadużywania prawa autorskiego w środowisku cyfrowym. ACS:Law, opierając się o analizę adresów IP oraz danych dotyczących wymiany plików w sieciach torrent, wzywało osoby, do których przypisane były określone adresy IP, do zawarcia pozasądowej ugody oraz zapłaty określonych sum pieniężnych za rzekome naruszenie praw autorskich popełnione poprzez „nielegalną wymianę plików”. Kwoty proponowane przez ACS:Law były relatywnie niskie w porównaniu do kosztów poniesionych w przypadku potencjalnego procesu sądowego. Jak się

²⁹ Sędzia Charleton otwarcie przyznał: „I regret that my previous judgment in the matter **was wrong**. The legislative basis enabling me to act in that way does not exist in Irish law as it exists in other European jurisdictions”. <http://the1709blog.blogspot.com/2010/10/cutting-off-internet-infringers-ireland.html>, [strona ostatni raz odwiedzana 5 października 2010 r.].

³⁰ C-467/08, *Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, par. 44.

³¹ „Mr. Valenti’s purpose in evoking the wartime Schenck opinion was to create, metaphorically, the impression of the copyright industries under siege from hostile forces, an impression he had earlier and shamefully associated with the tragic events of September 11, 2001. An indecently short three months after those events, in January 2002, he declared: „We’re, fighting our own terrorist war.[18] As a bomber pilot in World War II, Mr. Valenti knew the difference between killing large groups of people by flying planes into building or by dropping armaments on them as he had done, and the unauthorized copying of motion pictures. But it is precisely because he did know, , firsthand, real war and the patriotic feelings it arouses that he chose to employ the metaphors of war in connection with the comparatively trivial issue of allegedly violating economic rights”. Zob. W. Patry, *Moral Panics and the Copyright Wars*, s. XXII, Oxford Univ. Press 2009.

okazało, w niektórych przypadkach adresy IP przypisany były do niezabezpieczonych urządzeń sieci bezprzewodowych, z których korzystało co najmniej kilka osób. Bez wątplenia biznesowa metoda działalności ACS:Law pozostawała w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa dotyczącymi domniemania niewinności i prawem do rzetelnego procesu. Jak wynika z niektórych relacji, przedsiębiorstwo ACS:Law miało pełną świadomość, że jego roszczenia są nieuzasadnione w wymienionych powyżej przypadkach³².

2.2. Opis i krytyka działania *de lege ferenda*

2.2.1. ACTA

Rozpoczęte w 2008 r. negocjacje w zakresie Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) weszły już do kanonu przykładów na ignorowanie opinii publicznej w procesie stanowienia prawa. Nie chodzi oczywiście o sam fakt utajnienia negocjowanych wersji tekstu, lecz o ignorowanie demokratycznych organów, wyrażających zainteresowanie pracami nad tym aktem prawa międzynarodowego³³. Parlament Europejski – najbardziej demokratycznie wybrany organ Unii Europejskiej – wyraził swoje zaniepokojenie i krytyczną opinię oraz dobitnie podkreślił, że ochrona prywatności i danych to podstawowe wartości Unii Europejskiej, uznane art. 8 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka oraz art. 7 i 8 Karty praw podstawowych UE, których należy przestrzegać we wszystkich strategiach i przepisach przyjmowanych przez UE zgodnie z art. 16 TFUE.

Działanie m.in. Komisji Europejskiej spotkało się po raz drugi z krytyką 9 września 2010 r., kiedy to Parlament Europejski przyjął deklarację krytykującą proces stanowienia ACTA oraz treść postanowień tego międzynarodowego porozumienia³⁴.

2.2.2. Usankcjonowanie/unormowanie współpracy pomiędzy ISP a uprawnionymi

Na chwilę obecną na płaszczyźnie unijnej nie istnieje regulacja prawna zakładająca współpracę pseudosądową pomiędzy ISPs a uprawnionymi. To zagadnienie pojawia się jednak w pracach Komisji Europejskiej³⁵.

W 2009 r. Dyrekcja Generalna Komisja Europejskiej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług rozpoczęła dialog z dostawcami usług internetowych w celu stworzenia *Memorandum of Understanding* między firmami, które prowadzą handel online towarami i usługami. Uprawnieni z tytułu praw własności intelektualnej zobowiązali się do informowania o tym, kogo uważają za naruszcyciela,

³² Zob. <http://www.ispreview.co.uk/story/2011/02/14/ex-acslaw-worker-quit-after-firm-knowingly-targeted-innocent-uk-isp-customers.html>, [strona ostatni raz odwiedzana 16 marca 2011 r.].

³³ European Parliament resolution of 10 March 2010 on the transparency and state of play of the ACTA negotiations. Dokument dostępny na stronie <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0058&language=EN&ring=P7-RC-2010-0154> – strona ostatni raz odwiedzana 13 lutego 2011 r.

³⁴ Written declaration on the lack of a transparent process for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) and potentially objectionable content of 9 September 2010. Zob. <http://www.laquadrature.net/en/european-parliament-vs-acta-rejection-is-the-only-option> – strona ostatni raz odwiedzana 13 lutego 2010 r.

³⁵ J. McNamee, Komentarz do *Paper on devolved regulation by internet intermediaries*: „As ISP »responsibility« is appearing and will appear in the E-Commerce Directive, IPRED review, the new criminal sanctions Directive, etc., etc., I think we need to run one campaign to raise awareness on this issue more generally. One Commission official commented to me recently that ISP cooperation has reached the status of a 'mantra' in the Commission”. Komentarz opublikowany na liście dyskusyjnej EDRi.

oraz wyrażać swoje opinie na temat skuteczności narzędzi do usuwania materiałów rzekomo naruszających prawa IP³⁶.

2.2.3. Ewaluacja IPRED2 oraz sugestie zmian

22 grudnia 2010 r. Komisja Europejska przedstawiła sprawozdanie sprawie stosowania Dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej³⁷. KE stwierdza w sprawozdaniu, że aktualnie dostępne instrumenty prawne i pozaprawnych nie są wystarczająco silne, aby skutecznie zwalczać naruszeń praw własności intelektualnej w sieci. Jednocześnie również wskazano, że w ramach unijnego prawa dotyczącego ochrony danych osobowych z jednej strony i egzekwowania praw własności intelektualnej z drugiej, prawo do prywatności zasadniczo nie ma pierwszeństwa przed prawem własności lub odwrotnie³⁸.

Problem naruszania praw autorskich w Internecie pojawia się po raz kolejny na wokandzie Komisji Europejskiej, jednak już od dłuższego czasu poza wizją zacieśniania monopolu przedkładane są pod rozważę Komisji inne sugestie rozwiązania problemu/zjawiska tzw. piractwa online³⁹. Jak się wydaje, głosy te spotykają się z nikłym odzewem lub wręcz z próbą ignorowania odmiennego podejścia do kwestii rozporządzania prawami w sieciach teleinformatycznych.

2.2.4. Aktywizm sędziowski i kształtowanie prawa unijnego wyrokami sądowymi

Zrozumienie tego zagadnienia wymaga krótkiego wprowadzenia do specyfiki prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest instytucją sędziowską Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. TSUE składa się z trzech organów Trybunału Sprawiedliwości, Sądu i Sądu do spraw Służby Publicznej. Sądy krajowe mogą zwrócić się do TSUE w trybie pytania prejudycjalnego o wydanie wiążącej wykładni prawa unijnego. TSUE jest jedynym organem uprawnionym do wydawania tego typu wykładni. W przypadku gdy nie istnieje przepis prawa unijnego mający bezpośrednie zastosowanie, Trybunał może wymusić postępowanie sprzeczne z prawem krajowym kraju, na którym sprawa się odbywa, powołując się na jedną z zasad prawa unijnego⁴⁰. Dyrektywa Unii Europejskiej jest aktem prawa pochodnego, który zakłada jego implementację do krajowego porządku prawnego. Proces implementacji może znacznie różnić się w przypadku poszczególnych państw członkowskich, analogiczna sytuacja może mieć miejsce w przypadku wykładni przepisów prawa wprowadzonych na podstawie określonej dyrektywy. W przypadku niejasności pojawia się możliwość składania pytań prejudycjalnych i uzyskania oficjalnej, jednolitej wykładni. Takie działanie przy zastosowaniu reguł wykładni rozszerzającej może prowadzić do kreowania prawa, którego celem będzie ochrona znacznie wybiegająca poza intencje, jakie przyświecały ustawodawcy unijnemu lub krajowemu.

³⁶ Zob. Raport European Digital Rights, The Slide from „Self-Regulation” to corporate censorship, s. 24. Dostępny na stronie http://www.edri.org/files/EDRI_selfreg_final_20110124.pdf, [strona ostatni raz odwiedzana 13 lutego 2011 r.].

³⁷ Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

³⁸ Tamże, s. 7.

³⁹ Jak słusznie zauważył prof. B. Hungenholtz, zjawisko piractwa może zostać rozwiązane nie poprzez wzmocnienie egzekwowania przepisów lub odcinanie od sieci po trzech ostrzeżeniach (kazu HADOPI), ale przede wszystkim poprzez oferowanie atrakcyjnych modeli biznesowych, które mogą konkurować z „piractwem”. „The European Commission’s term extension proposal: fair concern or fruit of industry lobbying?”, http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/ALAI_Vienna_2010.pdf, [strona ostatni raz odwiedzana 15 marca 2011 r.].

⁴⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114552_en.htm, [strona ostatni raz odwiedzana 14 lutego 2011 r.].

Najnowszym⁴¹ przykładem próby takiego kształtowania prawa może być sprawa C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (Sabam) vs. Netlog NV1. Belgijski sąd na wniosek organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi (SABAM) zadał pytanie, czy przepisy dyrektyw⁴² i prawo krajowe pozwalają państwowemu członkowskemu upoważnić sąd krajowy, który ma orzekać co do istoty sprawy i jedynie na podstawie przepisu stanowiącego, że „[sądy krajowe] mogą również wydać nakaz zaprzestania określonych działań wobec pośredników, których usługi są wykorzystywane przez osobę trzecią do naruszania praw autorskich i pokrewnych”, do nakazania podmiotowi świadczącemu usługi hostingowe, by wprowadził, w stosunku do wszystkich swoich klientów, *in abstracto* i w celach zapobiegawczych, na swój koszt i bez ograniczenia w czasie, system filtrowania zdecydowanej większości informacji przechowywanych na jego serwerach w celu wykrycia plików elektronicznych zawierających utwory muzyczne, filmowe lub audiowizualne, do których SABAM rości sobie prawa, i następnie zablokowania wymiany tych plików. Na podkreślenie zasługuje fakt, że w trakcie rozprawy przed TSUE za pozytywną odpowiedź na tak postawione pytanie była m.in. Komisja Europejska⁴³. Nie wdając się w szczegóły, należy wskazać, że taka interpretacja zaprzecza zasadzie indywidualnej odpowiedzialności za czyn bezprawny oraz zasadzie z art. 3 Dyrektywy 2004/48/EC.

2.2.5. Inicjatywy ustawodawcze pokroju RSUiN/ LOPPSI2

Są to inicjatywy ustawodawcze, które posługują się tematem pornografii dziecięcej, aby wprowadzić globalne antydemokratyczne rozwiązania w postaci narzędzi do blokowania (*sic!*) (cenzura prewencyjna). Takie rozwiązania mogą również zostać użyte przez posiadaczy praw w ramach retoryki walki z „piractwem”.

2.2.6. Przyszłość dla prawa autorskiego wg WIPO

Francis Gurry, przewodniczący WIPO, w swoim przemówieniu dotyczącym przyszłości prawa autorskiego⁴⁴ zasygnalizował, że prawo autorskie po raz kolejny powinno dostosować się do aktualnych realiów technologicznych. Wypada więc powtórzyć istotne pytanie, czy zmiany te po raz kolejny mają za zadanie poszerzenie monopolu, czy wprowadzenie nowych wyjątków w zakresie dozwolonego użytku⁴⁵.

W opinii F. Gurry’ego pojawia się również teza, że istnieje potrzeba globalnej infrastruktury pozwalającej na licencjonowanie dzieł w Internecie. Pomijając zapędy kontrolne do objęcia wolnej i nieskrępowanej twórczości w ramy organizacyjne analogiczne do regulacji w zakresie zbiorowego

⁴¹ Ze spraw, które czekają na rozstrzygnięcie, wymienić należy także sprawę C-324/09 L’Oréal vs. eBay (zakres odpowiedzialności pośredników), C-461/10 Bonnier Audio (obowiązek pośredników związany z ujawnieniem adresów IP w postępowaniu cywilnym).

⁴² Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.U. L 167, s. 10). Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.U. L 157, s. 45). Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U. L 281, s. 31). Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego („dyrektywa o handlu elektronicznym”) (Dz.U. L 178, s. 1). Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej („dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej”) (Dz.U. L 201, s. 37).

⁴³ http://itm.mlex.com/Attachments/2011-01-13_1B8G0W13A97M04RY/C70_10%20FR%20Hearing.pdf, por. par 58 s. 1–19, [strona ostatni raz odwiedzana 15 lutego 2011 r.].

⁴⁴ http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2011/article_0005.html

⁴⁵ Por. <http://the1709blog.blogspot.com/2011/03/future-of-copyright-wipos-vision.html>, [strona ostatni raz odwiedzana 17 marca 2011 r.].

zarządu, zastanowić się można, czy sugestia ta nie zawiera w sobie także pomysłu na wprowadzenie rozwiązania w stylu „podatku od Internetu”⁴⁶. Niepokojące jest to, że tego typu rozwiązanie podatkowe, nakładane potencjalnie na podmioty w postaci ISP, a *de facto* na użytkownika końcowego, nie bierze pod uwagę istnienia środowisk i form twórczości, dla których odpłatność ma drugorzędne znaczenie, a które można umieścić w grupie zarówno uprawnionych (twórczość oparta na licencjach wolnościowych, Creative Commons), jak i pośredników oferujących darmową treść/materiały, lecz czerpiących korzyści biznesowe w oparciu o dodatkowe usługi w zakresie oferowanych dzieł.

2.2.7. Ryzyka dla domeny publicznej i wyłączenia w zakresie monopolu

Obszerna domena publiczna, zapewniająca nieskrępowany dostęp do twórczości i dorobku kulturowego, jest warunkiem koniecznym dla rozwoju kulturalnego, społecznego i gospodarczego oraz dla zdrowego procesu demokratycznego. Pojawienie się teorii dotyczących eksploatacji tzw. gospodarki informacyjnej / gospodarki opartej na wiedzy stanowi zagrożenie dla funkcjonowania domeny publicznej⁴⁷.

Prawo autorskie to monopol będący swojego rodzaju wyłomem w ogólnym i swobodnym dostępie do wiedzy i kultury. Nie jest to jednak monopol absolutny. Istnieje szereg wyłączeń, których celem jest właśnie realizacja dostępu do dóbr kultury m.in. ze względu na interes publiczny⁴⁸. Ograniczenie tego dostępu następuje na podstawie chociażby tzn. testu trójstopniowego wprowadzonego w 1967 r. do przepisów Konwencji berneńskiej⁴⁹. Test ten powinien mieć zastosowanie w momencie, gdy istnieje ryzyko w ograniczeniu zakresu prawa autorskiego. Jednak o wiele właściwszym i wartym wsparcia wydaje się pogląd na stosowanie tzw. *Reverse Three-Step Test* zaproponowanego przez prof. Daniela J. Gervais⁵⁰. Przy odwróconym teście jako nadrzędne w stosunku do jakiegokolwiek monopolu wskazane są wartości, takie jak innowacyjność, kreatywność i dostęp do wiedzy. Ograniczenie tych wartości nastąpić powinno tylko i wyłącznie, gdy:

- 1) istnieje ważny interes publiczny zezwalający na ich ograniczenie;
- 2) stosowane są metody, które nie naruszają lub nie dyskryminują wykorzystania, przetwarzania i upowszechniania wiedzy, prac twórczych, technologii i infrastruktury oraz usług i oprogramowania;
- 3) gdy takie ograniczenia nie naruszają praw człowieka i obywatela w społeczeństwie informacyjnym.

3. Wnioski oraz propozycje działań

Obecnie funkcjonujący system ochrony prawnoautorskiej jest skutecznym narzędziem z możliwością jego odpowiedniego stosowania w środowisku cyfrowym/informatycznym.

⁴⁶ P. Aigrain, *The Future of Copyright and the Future of Intellectual Right*, opinia dostępna: <http://paigrain.debatpublic.net/?p=2932&lang=en>, [strona ostatni raz odwiedzana 20 marca 2011 r.].

⁴⁷ *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, The Hague: Kluwer Law International 2006, s. 1.

⁴⁸ J. Bleszyński, *Prawo autorskie*, Warszawa 1985, s. 132.

⁴⁹ Artykuł 9 (2). Ustawodawstwu państw należących do Związku zastrzega się możliwość zezwolenia na reprodukcję tych dzieł w pewnych szczególnych wypadkach, pod warunkiem że reprodukcja ta nie wyrządzi szkody normalnemu korzystaniu z dzieła ani nie przyniesie nieuzasadnionego uszczerbku prawowitym interesom autora.

⁵⁰ D. J. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test* (March 24, 2004), bepress Legal Series. Working Paper 214.

Problemem nie jest skuteczność określonych regulacji prawnych, lecz koszty związane z ich wykonywaniem i egzekucją przez podmioty uprawnione oraz przywiązanie się przez uprawnionych do funkcjonowania modeli biznesowych, niedostosowanych do realiów XXI w.

Dodatkowo pokusić się można o stwierdzenie, że na chwilę obecną, w wyniku intensywnych działań lobbingowych (głównie przedsiębiorstw i organizacji powstałych w celu ochrony interesów tzw. biznesu rozrywkowego), nastąpiło znaczne przesunięcie na osi priorytetów: z prawa człowieka, ochrony praw podstawowych (wolność słowa, prawo do rzetelnego procesu, dostęp do dóbr kultury) na korzyść monopolu IP (głównie prawnoautorskich).

W oparciu o powyżej przedstawioną analizę stanu prawnego i prowadzoną działalność lobbingową sugeruję zaangażowanie się organizacji, której statutowe cele przewidują ochronę praw podstawowych, w monitoring i zaangażowanie w proces działań legislacyjnych na płaszczyźnie krajowej, unijnej oraz międzynarodowej. Istotną funkcją dla realizacji tego celu może być ciągła obserwacja orzecznictwa oraz występowanie w trybie *amicus curie* w sprawach mających znaczenie dla praw podstawowych.

Alternatywnie, skuteczną metodą może być także pozaprocesowa pomoc prawna dla stron zaangażowanych w spory sądowe. Jednym z konkretnych rozwiązań może być ustanowienie kliniki / kontaktu / instytucji / zespołu *amicus curie* w przypadku pojawienia się spraw, w których rozpoznane będą zagrożenia dla praw podstawowych.