



Warszawa, 16 marca 2011

Pan  
Bogdan Zdrojewski  
Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego  
Ul. Krakowskie Przedmieście 15/17  
00-071 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

Poniżej przekazuję stanowisko Fundacji Ochrony Twórczości Audiowizualnej do Sprawozdania Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów - Stosowanie dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (zwanym dalej „Sprawozdaniem”; dyrektywa 2004/48/WE zwana dalej jako: „Dyrektywa”), opracowane we współpracy ze Związkiem Producentów Audio Video w ramach Koalicji Antypirackiej:

Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego (dalej: Dyrektywa) wskazuje właściwy kierunek działań unifikacyjnych, jakie wydają się być konieczne dla ujednoczenia przedsięwzięć determinujących spójność prawa państw europejskich w związku z rozwojem nauki i zrodzonych w wyniku tego osiągnięciami techniki w sferze przekazu dokonań twórczych. Ważnym jest, takie dopracowanie ustawodawstw krajowych aby zminimalizować problemy interpretacji poszczególnych postaci zjawiskowych naruszeń praw własności intelektualnej. W tym miejscu, Dyrektywa rozpoczęła zintegrowane, spójne działania europejskiej społeczności międzynarodowej ukierunkowane na właśnie taki cel. Oczywiście, systemy prawne państw wdrażających nie pozostawiają wątpliwości odnośnie negatywnego wydzźwięku przestępczości intelektualnej, jednakże w bardzo różny sposób odnoszą się do tego zjawiska, co niezbyt pozytywnie wróży na przyszłość, szczególnie w kontekście transgraniczności przekazów cyfrowych. Dlatego też, w naszym przekonaniu, Dyrektywa powinna jeszcze w większym zakresie podejmować próbę unifikacji szerszego katalogu pojęć przypisanych w poszczególnych krajach do zjawiska "piractwa" - rozumianego w kategoriach naruszania praw własności intelektualnej. Taka harmonizacja przygotowuje grunt dla pełnej jednolitości systemu 'przeciwdziałania negatywnym zjawiskom obrotu przejawami ludzkich dokonań twórczych. Niezwykle istotnym jest, aby to przeciwdziałanie miało zdecydowany wymiar, którego w naszym odczuciu brakuje na styku prawa i orzecznictwa realizowanego w oparciu o nie. Zbyt często, na bazie polskiego orzecznictwa, spotykamy się z przewlekłością postępowań i ich finalnym efektem w postaci iluzorycznych kar, które potęgują element bezkarności.

Harmonizowane w duchu Dyrektywy prawa krajowe, powinny oprzeć się o jednolite założenie w myśl którego, naruszeniem prawa własności intelektualnej jest nie tylko sprawstwo bezpośrednie, ale na identycznej zasadzie jest nim również działanie podmiotu

zdefiniowanego w Dyrektywie jako "pośrednik", a tu "pośrednik" postrzegany w ten sam sposób w każdym z dokonujących harmonizacji systemów prawnych. Bez tego, przy swobodzie wymiany oferowanej przez wirtualny świat, nie będzie możliwe jednolite, a przez to skuteczne, zwalczanie przestępczości przeciwko własności intelektualnej.

Zdecydowanie korzystne wydaje się wprowadzenie do Dyrektywy specjalnych środków cywilnoprawnych skierowanych przeciwko stronom wspierającym nielegalną wymianę plików.

### **1. Środowisko cyfrowe.**

Obecnie istniejące ramy prawne UE wymagają adaptacji i doprecyzowania niektórych pojęć w zakresie zwalczania piractwa w Internecie. Dotyczy to również Dyrektywy 2004/48/WE. Ramy prawne przyjęte w latach 2001 - 2004 zostały przygotowane z myślą o dostawcach usług internetowych przechowujących treści.

Zaproponowano wówczas rozwiązanie oparte na zgłaszaniu naruszeń i usuwaniu plików udostępnianych z naruszeniem prawa. Jednakże zmiana charakteru internetowego piractwa, w szczególności obecność wymiany plików pomiędzy użytkownikami (p2p), serwisów hostujących pliki, portali udostępniających streaming z innych krajów oraz innych form piractwa on-line, sprawiła, że dotychczasowe zgłaszanie i usuwanie naruszeń okazało się niewystarczającym, a w niektórych przypadkach całkowicie nieskutecznym środkiem.

Należałoby zatem znaleźć sposób na większe zaangażowanie pośredników w zapobieganiu naruszeniom dokonywanym przez internet"

W przypadku dyrektywy niezbędne jest wprowadzenie skutecznych środków do zwalczania wszystkich form piractwa.

Szczególnej analizie wymagają następujące obszary:

- 1) wszyscy pośrednicy powinni podlegać skutecznemu nakazowi sądowemu, według którego byliby zobowiązani do przerywania naruszenia;
- 2) powinny być wprowadzone specjalne procedury dotyczące sieci p2p;
- 3) przepisy dotyczące prywatności (w tym ochrona danych osobowych) nie powinny stanowić przeszkody w egzekwowaniu praw w środowisku cyfrowym.

Środki prawne stosowane przy zwalczaniu naruszeń powinny uwzględniać wszystkie formy nadużyć w Internecie, zarówno piractwo w portalach internetowych jak i sieciach p2p.

UE powinna przygotować ramy prawne obligujące państwa członkowskie do zastosowania wobec dostawców usług internetowych skutecznych środków, które zmuszą ich do podjęcia efektywnych kroków w walce z piractwem. Wśród wyżej opisanych środków powinny się znaleźć:

- 1) szybkie i skuteczne procedury blokowania dostępu do portali internetowych, które udostępniają duże ilości treści naruszających prawo;
- 2) systemy umożliwiające wysyłanie ostrzeżeń i wiadomości o charakterze edukacyjnym do właścicieli kont wykorzystywanych w przypadku naruszeń, oraz skuteczne i odstraszające sankcje przeciwko osobom stale naruszającym prawo, pomimo otrzymanych ostrzeżeń.

Poza wspomnianymi wyżej sugestiami dotyczącymi doprecyzowania niektórych aspektów dyrektywy 2004/48/WE wspomnieć należy o konieczności wprowadzenia pewnych zmian w dyrektywie 2000/31/WE (e-commerce). Podstawowym problemem jest nierozróżnienie statusu dostawców usług internetowych (pośredników) i usługodawców świadczących dostęp do Internetu (IAP). Dyrektywa 2000/31/WE, a co za tym idzie również polska ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie nakłada na usługodawcę internetowego obowiązku filtrowania treści przesyłanych przez usługobiorców pod kątem ich zgodności z obowiązującym prawem i o ile w ten sposób przyznana „ochrona” usługodawcy jest zrozumiała w przypadku podmiotów świadczących usługę dostępu do sieci internetowej (IAP) to niewątpliwie nie sposób uznać za słuszne przyznanie tych samych uprawnień zwykłym dostawcom usług (pośrednikom) - administratorom portali społecznościowych, czy cyberlockerów. Treści umieszczane we wspomnianych portalach przez ich użytkowników decydują o atrakcyjności tych portali, a co za tym idzie gwarantują dostawcom usług dochody np. z reklam. Ze względu na przepisy zwalniające dostawców usług z obowiązku filtrowania treści umieszczanych przez usługobiorców, dostawcy usług nie ponoszą w praktyce odpowiedzialności za naruszenia praw własności intelektualnej dokonywane w ich serwisach, czerpią natomiast pośrednio z tych naruszeń realne korzyści majątkowe.

## **2. Zakres Dyrektywy**

### **3. Dowody.**

Zgodnie z obowiązującą w Polsce definicją dowodu i samą konstrukcją prawną tego pojęcia bardzo trudno byłoby w drodze aktów prawa wspólnotowego wpłynąć na sądy, tak aby narzucić im z góry jaki materiał stanowi dowód, czy też wystarczający dowód zaistniałego naruszenia. Niemniej jednak pozytywnie ocenić należy zapis art. 6 dyrektywy, zaznaczając jednocześnie, że formułowane tam propozycje powinny mieć charakter bardziej kategoryczny.

Rosnąca ilość portali „społecznościowych”, które tworzą system prywatnej dystrybucji, powoduje konieczność zapewnienia, że komputery osobiste powinny być przedmiotem przeszukania lub zatrzymania dla celów dowodowych w przypadku naruszeń IPR dokonywanych przez Internet.

Należałoby także rozważyć możliwość ustalenia domniemania, że za naruszenie prawa własności intelektualnej dokonywane za pomocą komputera, którego adres IP ustalono, odpowiada właściciel komputera lub wskazana przez niego osoba, która w konkretnym czasie korzystała z tego komputera.

### **4. Pośrednicy.**

Jak wspomniano już wcześniej (§ 1 Środowisko cyfrowe.) istnieje potrzeba rozróżnienia dostawców dostępu do sieci internetowej od zwykłych dostawców usług internetowych (np. administratorów serwisów WWW).

W naszej ocenie wykorzystanie art. 422 kodeksu cywilnego mogłoby być skutecznym oraz przydatnym narzędziem do pociągnięcia do odpowiedzialności pośredników, jako podmiotów czerpiących korzyści majątkowe z bezprawnej eksploatacji przedmiotów własności intelektualnej. Wspomniana podstawa roszczenia uzasadniona byłaby jednak jedynie w przypadku, w którym pośrednik miałby świadomość bezprawnie eksploatowanych treści, a polski ustawodawca w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną - zgodnej z dyrektywą 2000/31/WE, nie nałożył na pośrednika obowiązku

kontroli, a co za tym idzie nie ma on obowiązku filtrowania treści - więc świadomości popełnionych naruszeń.

Wyrażamy pogląd, iż pośrednicy, właściciele portali społecznościach mogą mieć znaczący wpływ na uniemożliwienie dokonywania naruszeń. Dlatego też bez względu na ich zawinięcie powinna być dostępna możliwość stosowania środków przewidzianych w dyrektywie. Z naszego punktu widzenia, również korzystnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie możliwości obciążenia pośrednika kosztami sądowymi postępowań dotyczących nałożenia na niego zakazów.

W odniesieniu zaś do zakazów sądowych jest to szczególnie istotne w sprawach, gdzie może dojść do utraty informacji w przypadku konieczności zastosowania procedury w celu uzyskania stałego nakazu sądowego. Na przykład, tam gdzie dostawca usług internetowych przechowuje dane przez 7 dni przed ich usunięciem, ważne jest wydanie (tymczasowego) środka (np. przechowywanie istotnych dla sprawy danych po okresie 7 dni), tuż po złożeniu stosownego wniosku przez posiadaczy praw. Jeśli kolejny nakaz ujawnienia takich informacji nie jest potwierdzony w kolejnej procedurze (która zawierałaby przesłuchanie drugiej strony), dowód mógłby być usunięty przez dostawcę usług. Celem nakazów jest zapewnienie, że naruszenie praw własności intelektualnej zostanie przerwane tak szybko, jak to możliwe. Dlatego istotnym jest, by sądy mogły wydawać nie tylko nakazy stałe, ale również nakazy tymczasowe, i aby nie dotyczyły one jedynie naruszcycieli, ale także pośredników, których serwisy są wykorzystywane przez osoby trzecie do naruszania praw własności intelektualnej. W niektórych krajach europejskich prawo nie mówi wyraźnie o tym, że nakazy sądowe mogą być wydane przeciwko pośrednikom. Dlatego pomocnym byłoby wyjaśnienie, że przepisy dyrektywy wymagają by nakazy sądowe, włączając tymczasowe nakazy sądowe, były dostępne przeciwko pośrednikom, i że są one niezależne od ustalenia odpowiedzialności pośrednika, czy też innej formy przyczynienia się do naruszenia.

## **5. Prawo do informacji.**

Egzekwowanie praw własności intelektualnej wymaga szybkiego dostępu do danych osobowych. Bardzo często dane te nie są dostępne, gdyż dostawcy usług internetowych nie są zobowiązani do przechowywania i ujawniania takich danych. W sprawie *Productores De Musica de Espana (Promusicae)* przeciwko *Telefonica de Espana*, sąd hiszpański orzekł, że regulacje dotyczące ochrony danych osobowych nie pozwalają na ujawnienie tożsamości właścicieli kont wnioskującym posiadaczom praw, którzy tym samym zostali pozbawieni możliwości dochodzenia swoich praw.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że w sprawie *Promusicae* przeciwko *Telefonica* należy zapewnić odpowiednią równowagę pomiędzy różnymi podstawowymi prawami, a mianowicie prawem do prywatności a prawami własności intelektualnej. W tym kontekście ustawodawca nie zwrócił większej uwagi na interakcje pomiędzy przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych a implementacją dyrektywy, co prowadzi do niezgodności, a w niektórych przypadkach, do braku środków zaradczych na poziomie krajowym. Należałoby to zmienić. W niektórych krajach trudno stosować prawo do informacji wobec pośrednika. Ponadto korzystanie z prawa do informacji jest możliwe tylko wówczas, gdy naruszenia są popełniane na skalę komercyjną. Ograniczenia te oznaczają że czasami właściciel, którego prawa są naruszane, ma trudności lub w niektórych przypadkach nie ma możliwości dochodzenia swoich praw. Prawa własności intelektualnej i prawo do naprawienia szkody są podobnie jak prawo do prywatności, podstawowymi prawami i unijny ustawodawca powinien dokonać uściślenia, w jaki sposób te prawa

powinny być pogodzone, tak by możliwe było zachowanie odpowiedniej równowagi między nimi.

Dane pozwalające na identyfikację mogą nie być dostępne, szczególnie w przypadku naruszeń w sieciach p2p. Jest to o tyle problematyczne, że obecne ustawodawstwo daje dostawcom usług internetowych podstawę do nieprzechowywania danych osobowych pozwalających na identyfikację sprawcy naruszenia. Nawet w przypadku szybkiej procedury sądowej w celu wydania nakazu ujawnienia danych, w chwili wydania takiego nakazu niezbędne dane nie są już często dostępne. Wówczas właściciele praw nie mają możliwości dochodzenia swoich praw.

Jednakże dane te mogłyby być dostępne w chwili ujawnienia naruszenia (przy użyciu dostępnych technologii teleinformatycznych). W celu zabezpieczenia danych właściciel praw powinien mieć możliwość zwrócenia się z bezpośrednią prośbą do dostawcy usług internetowych o zabezpieczenie i przechowanie danych (daty, czasu i adresu IP) do czasu uzyskania nakazu sądowego. W przypadku, gdy sąd nie wydałby nakazu ujawnienia danych, istotne dane zostałyby usunięte przez dostawcę po zakończeniu procedury sądowej. W niektórych przypadkach postępowanie w sprawach egzekwowania praw własności intelektualnej, i konsekwentnie decyzja sądu, może być uniemożliwione przez brak informacji dostępnej zgodnie z art.8 dyrektywy. Dlatego tak istotnym jest wyjaśnienie, że prawo do informacji jest dostępne przed wydaniem ostatecznego orzeczenia sądowego potwierdzającego naruszenie. Takie wyjaśnienie pozostawałoby w zgodzie z klauzulami 20 i 21 preambuły dyrektywy.

Ujawnienie danych w zaproponowanym trybie jest zgodne z dyrektywą o ochronie danych, która umożliwia ograniczenie obowiązku zachowania poufności danych osobowych w przypadku, gdy jest to konieczne, między innymi, do ochrony praw innych podmiotów.

## **6. Skala handlowa**

Kryterium „skali handlowej” nie jest właściwe w obecnym środowisku cyfrowym i nie powinno być użyte w dyrektywie. Jeśli kryterium to miałyby być jednak stosowane, jego definicja powinna ulec modyfikacji z następujących powodów. Po pierwsze, czasami przedsiębiorstwa handlowe dopuszczają się naruszeń na dużą skalę, chociaż naruszenia te nie wiążą się ze sprzedażą naruszających produktów stronom trzecim, a mimo to przynoszą im duże zyski i inne finansowe korzyści. Przykładowo, firmy często wykonują duże ilości nielegalnych kopii oprogramowania, które wykorzystują do prowadzenia swojej działalności. Poprawia się wówczas rentowność firmy - niekoniecznie wynikająca z oszczędności firmy, która nie zakupiła odpowiedniej ilości oprogramowania, ale dzięki lepszej wydajności i innym korzyściom płynącym ze stosowania nielegalnego oprogramowania.

Kolejnym problemem jest kwestia masowej dystrybucji materiałów chronionych prawem w Internecie. Nowe formy naruszeń, włączając te dokonane w sieciach wymiany plików, są w takim samym stopniu społecznie szkodliwe i w takim samym stopniu naruszają prawa autorskie i pokrewne jak i tradycyjna działalność piracka, niekoniecznie jednak odpowiadają dotychczasowemu pojęciu działalności handlowej. I chociaż takie naruszenia mogą być dokonywane bez żadnych opłat, ilość naruszeń i związane z tym straty dla posiadaczy praw są przynajmniej tak duże, jak w przypadku innych form naruszeń dokonywanych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Dlatego też, jeśli pojęcie skali handlowej miałyby być nadal używane, powinno odnosić się do sytuacji, gdzie:

- 1) naruszenie jest dokonywane w celu osiągnięcia jakiegokolwiek korzyści ekonomicznej, finansowej lub innej, pośredniej lub bezpośredniej;
- 2) dochodzi do naruszeń na szeroką skalę lub gdy właściciele praw ponoszą znaczne szkody, bez względu na to, czy sprawca naruszenia osiąga bezpośrednią korzyść ekonomiczną czy nie;
- 3) naruszenie dokonywane jest w ramach komercyjnego przedsięwzięcia.

## **7. Odszkodowania.**

Obecnie nie zaobserwowaliśmy jednolitej i powszechnej praktyki sądowej w zakresie orzekania odszkodowań i obowiązków naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Mimo proponowanych w dyrektywie rozwiązań i ich adaptacji do prawa krajowego sądy niezwykle często mają poważny problem z ustaleniem i uznaniem wysokości szkody wyrządzonej naruszeniem.

## **8. Środki naprawcze.**

W naszym przekonaniu, zasadą powinno być aby podmiot dopuszczający się naruszenia prawa własności intelektualnej był zobowiązany do dokonania zniszczenia przedmiotów pochodzących z tego przestępstwa (zniszczenie pod nadzorem organów państwa), zaś tylko wyjątkowo koszty tego działania powinny obciążać budżet państwa. Dyrektywa powinna umożliwić Sądom i/lub innym organom orzekającym orzeczenie o kosztach zniszczenia przedmiotów pochodzących z przestępstwa przeciwko prawom własności intelektualnej.

Przedmioty pochodzące z tych czynów nie powinny mieć możliwości tzw. wtórnego wykorzystania chyba, że taką wolę wyrazi właściciel praw.

## **9. Inne kwestie.**

Dyrektywa nie określa w jakim zakresie pokrzywdzony, a w jakim zakresie organ powołany do ścigania przestępstw zobowiązany jest do zabezpieczenia dowodów naruszenia. Użyte w art. 6 dyrektywy sformułowanie, że pokrzywdzony powinien przedstawić „należyte dostępne dowody wystarczające do poparcia roszczeń” powoduje w praktyce bardzo wiele problemów interpretacyjnych. Na co dzień spotykamy się z negatywnym podejściem policji i prokuratury do ścigania naruszeń praw własności intelektualnej wywołujących potrzebę zabezpieczenia danych teleinformatycznych mogących być dowodami w sprawach sądowych. W większości przypadków organy ścigania wymagają dostarczenia przez pokrzywdzonego materiału dowodowego wystarczającego do skierowania sprawy do sądu, nie angażując się odpowiednio w realizację zadań przewidzianych dla tych organów przez obowiązujące przepisy.

Z wyrazami szacunku

DYREKTOR GENERALNY  
Mariusz Kaczmarek