



Stowarzyszenie Wydawców
REPROPOL



Warszawa, 10 marca 2011 r.

**Pan
Bogdan Zdrojewski
Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego**

Ul. Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

zgodnie z Pańską prośbą przekazuję niniejszym nasze stanowisko 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”), pragniemy poczynić kilka uwag natury ogólnej.

W Sprawozdaniu poruszono kilka zasadniczych kwestii, związanych z egzekwowaniem praw własności intelektualnej (zwanymi dalej: IPR). Mowa tutaj w szczególności o dziale pt.: „Szczególne wyzwania związane ze środowiskiem cyfrowym” (punkt 3.1.) oraz dziale pt.: „Pojęcie pośredników i wykonalność nakazów sądowych” (punkt 3.3.).

Odnośnie pierwszego z wyżej wymienionych działów, zauważyć należy, iż w przypadku sektora wydawniczego, którego części Izba jest reprezentantem, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż „dzielenie się plikami, których treść chroniona prawem autorskim, stało się powszechne częściowo za sprawą tego, że rozwój legalnie oferowanych treści cyfrowych nie jest w stanie sprostać zapotrzebowaniu, szczególnie na poziomie transgranicznym, co skłoniło wielu praworządnych obywateli do popełniania poważnych naruszeń prawa autorskiego i praw pokrewnych poprzez nielegalne pobieranie i rozpowszechnianie treści chronionych”. Po pierwsze, problem transgraniczności - poza kilkoma wyjątkami - praktycznie nie występuje. Specyfiką rynku

wydawniczego jest bowiem jego ograniczenie związane z barierą językową - konkretne teksty i tytuły przeznaczone są w przeważającej mierze na rynek jednego kraju (za wyjątkiem kilku krajów niemiecko- czy francuskojęzycznych). Po drugie - ta powszechność nie wynika wcale z braku legalnej oferty, która obecnie jest już bardzo bogata i obejmuje nie tylko dostępność w internecie - bezpłatne treści i odpłatne treści typu premium, odpłatne archiwa, e-booki, e-wydania prasy, ale także na wszelkich coraz nowszych platformach dostępu - telefonia komórkowa, tablety itp. Warto przy tym zauważyć, iż dzięki czynionym inwestycjom, oferta ta jest coraz bogatsza i rozwija się dynamicznie wraz z postępem technologicznym. Częstotliwość dokonywanych naruszeń związana jest raczej z niską świadomością użytkownika końcowego, czy jak mowa w dyrektywie - „konsumentów końcowych”, a przede wszystkim jest skutkiem polityki stawiającej na jak najszybsze rozbudowanie dostępu do sieci. Wśród użytkowników Internetu mocno zakorzeniły się bowiem nawyki, iż wszystko, co jest dostępne w sieci, jest bezpłatne, nie podlega jakiegóż ochronie i może być bez ograniczeń wykorzystywane. Zwyczajnie te, pomijając kwestię braku należytego kształtowania świadomości prawnie autorskiej, będzie bardzo ciężko zmienić, skoro w sieci wszystko otrzymuje się coraz szybciej i z niebywałą łatwością. Niewątpliwie jednak prawdą jest, co stwierdza Komisja już w pierwszym zdaniu omawianego tutaj punktu, iż *„uniwersalny charakter Internetu ułatwia popełnianie najrozmaitszych naruszeń praw własności intelektualnej”* oraz - zdanie trzecie - *„dzięki wyszukiwarkom oszuści często zachęcają użytkowników (...) do korzystania z (...)bezpprawnych ofert”*.

Tym samym dochodzimy tutaj do problematyki poruszonej w punkcie 3.3. Sprawozdania - roli tzw. pośredników w naruszaniu IPR. Analizując różnego rodzaju inicjatywy legislacyjne polskiego ustawodawcy, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż znaczenie pośredników w procesie naruszeń, jest minimalizowane i nienależycie oceniane, czego wyrazem są np. przedstawione niedawno przez MSWiA założenia do nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (szerzej na temat jeszcze poniżej, w odpowiedzi na pytanie 9.5.). Trzeba bowiem zauważyć, iż gdyby nie działalność tych podmiotów, naruszenia IPR - czy w naszym przypadku, traktując sprawę wężej ze względu na specyfikę naszego sektora - praw autorskich wydawców - nie byłyby zjawiskiem tak powszechnym, jak to ma miejsce obecnie. Związane jest to z faktem, iż wielu pośredników ukształtowało swoje modele biznesowe tak, by - m.in. poprzez zamieszczanie reklam czy sprzedaż zwiększonej prędkości transferu danych - czerpać jak najwięcej korzyści z rozpowszechniania danych przez użytkowników końcowych, danych z których bardzo duża część jest prawnie chroniona i nie może być bez zgody posiadacza praw rozpowszechniana (za wyjątkiem sytuacji związanych z tzw. dozwolonym użytkowaniem, który - co istotne - w wielu państwach członkowskich jest lepiej i precyzyjniej określony, niż uczynił to polski ustawodawca). Różnego

rodzaju pośrednicy, tacy jak wyszukiwarki, portale hostingowe czy społecznościowe, umożliwiają użytkownikom szybką, niekontrolowaną (pomimo istnienia odpowiednich narzędzi i metod technologicznych) i bezprawną wymianę plików, których zawartość jest zazwyczaj dostępna także w ofercie legalnej, za którą jednak zazwyczaj trzeba coś zapłacić. Warto zauważyć, iż tego typu portali jest bardzo dużo. Dla przykładu - ograniczając się tylko do branży prasowej - polskie czasopisma lub pojedyncze artykuły w postaci plików *.pdf, *.rar itp. pojawiają się m.in. na takich portalach, jak: *wrzuta*, *wrzućto*, *przeklejto*, *lansik*, *PEB*, *rapidshare*, *megashares*, *hot/ile*, *megaupload*, *darkwarez*, *chomikuj*, *megavideo*, *FaceBook*. Tego typu pośredników jest w Polsce kilkaset, a w skali Europy - odpowiednio więcej. Warto w tym miejscu zauważyć, iż poza sprzedażą powierzchni reklamowej czy zwiększonej prędkości transmisji danych, niektórzy pośrednicy żądają opłat za pobieranie jakichkolwiek danych. Dla przykładu *chomikuj.pl* pobiera opłaty za transfer przekraczający 50MB tygodniowo, zaś użytkowników - którzy generują duży transfer (czyli tych, którzy na swoich kontach zamieszczają najczęściej bezprawnie cieszące się dużą popularnością dane - np. czasopisma, książki, filmy) - nagradza materialnie. Niesposób nie dojść do wniosku, iż właściciel tego portalu z pełną świadomością czerpie korzyści finansowe z przesyłanych za jego pośrednictwem utworów. Problem z naruszeniami IPR, dokonywanymi przez internet, polega na tym, iż są to zazwyczaj drobne naruszenia, ale ich masowość i powszechność doprowadza posiadacza praw do stałego pogorszenia sytuacji ekonomicznej i do ogromnych strat. W tym miejscu, można zadać pytanie, jakie są przyczyny faktu, iż spraw cywilnych dotyczących naruszeń IPR jest tak mało (mniej więcej ok. 300 rocznie - Sprawozdanie MKiDN z wdrożenia w Polsce dyrektywy 2004/48/WE, s. 10)? Niewątpliwie wynika to z trudności z dotarciem do - często „drobnego” - naruszcyciela oraz brakiem podstaw ekonomicznych - uruchomienie całego procesu, w związku z kosztami zebrania dowodów, jest nieopłacalne.

W zakresie tych „drobnych”, ale powszechnych i masowych naruszeń, Dyrektywa jest bezskuteczna, ale jak podkreśla sama Komisja w streszczeniu Sprawozdania - nie została ona skonstruowana, by sprostać temu wyzwaniu. To jest chyba najważniejsza uwaga i **najważniejszy kierunek, w którym powinna pójść odpowiednia nowelizacja**. Razem z innymi aktami prawnymi, w szczególności z dyrektywą 2000/31/WE (dyrektywa „dotycząca handlu elektronicznego”) i z dyrektywą 2001/29/WE (w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym - zwłaszcza w odniesieniu do tzw. dozwolonego użytku), **konieczne jest stworzenie narzędzia, które miałyby charakter systemowy i stanowiłoby rozwiązanie całościowe** (na wzór rozwiązania istniejącego w sferze utworów muzycznych). Poniżej zamieszczamy odpowiedzi na konkretne pytania konsultacji, z zachowaniem przyjętej przez Państwa numeracji.

1. Środowisko cyfrowe

- 1.1. Środki przewidziane w dyrektywie są zbyt ogólne i nie zostały zaprojektowane z myślą o zwalczaniu naruszeń **IPR** dokonywanych w internecie, których cechą szczególną jest masowość „drobnych” naruszeń dokonywanych przez pojedynczych użytkowników. W tym zakresie słuszność należy przyznać Komisji, która - jak twierdzi w Sprawozdaniu (punkt 3.3) - mogłaby znaleźć sposób na większe zaangażowanie pośredników w zapobieganiu naruszeniom dokonywanym przez internet” (tym bardziej, iż pośrednicy ci posiadają już odpowiednie narzędzia i technologiczne metody, które to umożliwiają). W wielu przypadkach jednak, byłoby to działanie stojące w sprzeczności z ich modelami biznesowymi, które często i w znacznej mierze korzystają na generowaniu ruchu i dostępności do utworów nielegalnie rozpowszechnianych. Dlatego tego typu rozwiązanie może napotkać się z dużymi trudnościami realizacyjnymi, ale wydaje się, iż ze względu na ważkość i znaczenie **EPR**, jest ono niezbędne i konieczne do przeprowadzenia. W tym zakresie jest to z pewnością pole dla działań Komisji Europejskiej.
- 1.2. Konieczne jest stworzenie rozwiązania systemowego, które mogłoby opierać się na wykorzystaniu technologicznych możliwości pośredników, edukacji i podnoszeniu świadomości użytkowników końcowych, szybszej metodzie *notice and takedown* (w przypadku stałych, powtarzających się naruszeń działającej jeszcze szybciej, niż przewidują to obecne przepisy), zagwarantowaniu bardzo szybkiego lub - po prostu - automatycznego otrzymywania informacji od dostawcy internetu o użytkowniku końcowym przez profesjonalnego twórcę (czyli zagwarantowane prawo do natychmiastowej informacji, kto kryje się pod konkretnym adresem **IP** - zautomatyzowanie procesu pozwoli na znaczne obniżenie kosztów kontaktowania się z drobnym naruszcycielem, który mógłby w pierwszym przypadku być ostrzegany i wzywany do zaniechania naruszeń, a w każdym kolejnym pociągany do odpowiedzialności cywilnej, a później nawet i karnej). Dodatkowo **konieczne byłoby ustalenie domniemania, iż za naruszenia IPR dokonywane za pomocą danego komputera, którego adres IP daje się ustalić, odpowiada właściciel tego komputera albo wskazana przez niego osoba**, która w konkretnym czasie korzystała z tego komputera. Ze względu na ilość podmiotów hostingowych itp. opierających swoje modele biznesowe na pośrednictwie w udostępnianiu (często nielegalnych) treści zamieszczanych przez użytkowników i działających w każdym państwie członkowskim, tego typu rozwiązanie powinno dotyczyć całej UE (a nawet szerzej).

Tego typu naruszenia bazują często na krajowych przepisach dot. tzw. dozwolonego użytku, które często są nadużywane i celowo wykorzystywane. Nie ograniczając słusznych

wyjątków od bezwzględnych praw autorskich, wyjątków służących społeczeństwu czy użytkownikowi prywatnemu, należałoby doprecyzować ich zakres, możliwości korzystania i dookreślić legalność danych działań. Także w tym aspekcie konieczne są działania o charakterze ogólnoeuropejskim.

- 1.3. Zdecydowanie tak. Przedmiotowa dyrektywa powinna współgrać z dyrektywą 2000/31/WE i oba te akty prawne powinny przewidywać odpowiedzialność dostawców usług *online*, którzy często odnoszą korzyści z generowanego ruchu przez „drobnych” użytkowników końcowych, dokonujących masowych naruszeń IPR. Tylko bowiem w ten sposób, uda się Komisji - zgodnie z jej zamiarem (Sprawozdanie, punkt 3.3) zaangażować ich do zapobiegania takim naruszeniom. Nie należy przy tym zapominać, że nie chodzi w tym przypadku o ograniczanie internetu - wręcz przeciwnie - opowiadamy się za możliwie szerokim dostępem do usług oferowanych w internecie; chodzi tutaj tylko o ograniczenie wykorzystywania internetu, jako narzędzia służącego do dokonywania naruszeń IPR. W tym zakresie należy - oczywiście - doprecyzować wszelkie istniejące definicje i wprowadzić nowe terminy.
- 1.4. Zdecydowanie tak (porównaj w tym zakresie punkt 1.2 powyżej). Istotnym w tym zakresie jest fakt, iż - jeśli Dyrektywa ma sprostać wyzwaniom związanym z naruszeniami dokonywanymi *online* - konieczne jest rozszerzenie stosowania obowiązku informacyjnego także poza naruszenia dokonywane na skalę handlową. Wydaje się wręcz, iż w przypadku dużych profesjonalnych twórców czy organizacji zrzeszających mniejszych twórców (którzy sami nie byłiby w stanie dochodzić swoich praw), takich jak np. organizacje zbiorowego zarządzania, należałoby zrewidować pojęcie „odpowiednich władz”, które mogłyby nakazywać ujawnianie pewnych informacji (z pewnością nie powinna to być każdorazowo sprawa rozstrzygana przez sąd, a co najwyżej tylko w pierwszym przypadku występowania z takim żądaniem przez posiadacza praw lub ich reprezentanta). Proces ten powinien być bowiem szybki i zautomatyzowany - tylko wówczas będzie on realny ekonomicznie i doprowadzi do oczekiwanych rezultatów - tj. ograniczenia masowych „drobnych” naruszeń. Sankcje za niedostosowanie się do tego typu nakazów powinny być dotkliwe ekonomicznie, tak, aby „pośrednikom” nie opłacało się uchylać od stosownych nakazów. Jeśli zaś chodzi o ograniczenie tych środków tylko do naruszeń własności intelektualnej, to - ze względu na zakres przedmiotowych regulacji - takie ograniczenie nie stanowi problemu, o ile niekonieczne będzie każdorazowo udowadnianie przed sądem, iż doszło do takiego naruszenia (przed uzyskaniem informacji typu, kto kryje się pod konkretnym adresem IP, z którego dokonano naruszenia IPR).

- 1.5. Jak już wspomniano powyżej - stosownej zmianie powinny ulec wszelkie akty prawne dotyczące IPR.
- 1.6. Z całym zdecydowaniem twierdzimy, iż istnieje potrzeba wprowadzenia takich specjalnych środków cywilnoprawnych kierowanych przeciwko stronom internetowym, portalom itp. wspierającym nielegalną wymianę plików a także podmiotom finansującym takie strony. Udało się to w przypadku stron służących do nielegalnego rozpowszechniania utworów muzycznych - rozszerzenie tego typu działań na inne rodzaje utworów jest zasadne.

2. Zakres Dyrektywy

- 2.1. Zgodnie z Oświadczeniem Komisji dotyczącym art. 2 Dyrektywy (dokument 2005/295/WE), Dyrektywa obejmuje zakresem przedmiotowym najważniejsze obecnie dla środowiska wydawców IPR, tj. prawa autorskie i prawa pokrewne oraz prawo *sui generis* twórców baz danych. W związku jednak z dynamicznym rozwojem nowych technik komunikacji i technologii, nie wykluczone jest, iż już wkrótce pojawią się nowe zakresy IPR, nie ujęte ww. oświadczeniu. Dlatego też uważamy, iż Dyrektywa powinna być tak skonstruowana, by dało się ją stosować odpowiednio do wszystkich możliwych praw własności intelektualnej, w tym tych, które dopiero się pojawiają.
- 2.2. Ochrona tajemnicy handlowej i nazw domen internetowych obejmuje szerszy zakres problemów niż tylko nieuczciwa konkurencja. Często się bowiem zdarza, że podmioty, które bezpośrednio nie konkurują ze sobą - wykorzystują prestiżowe znaki towarowe np. w nazwach domen lub w tzw. metatagach, w celu wyższego pozycjonowania stron oferujących usługi w wyszukiwarkach lub wykorzystują sytuację stosowania takich praktyk przez podmioty, dla których świadczą usługi. Stąd ochrona tajemnicy handlowej nazw domen internetowych czy ochrona przed pasożytniczymi kopiami, powinna podlegać takiej ochronie, jak prawa własności intelektualnej i to niezależnie od ochrony przewidzianej przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie wskazane byłyby działania UE w celu intensyfikacji takiej ochrony.
- 2.3. Ze względów systematycznych i lepszego przeglądu sytuacji, uważamy, iż zakres przedmiotowy Dyrektywy powinien zostać przeniesiony (z wymienionego w pkt. 2.1. oświadczenia) do art. 2 Dyrektywy, w którym powinna znaleźć się lista minimalna.

3. Dowody

- 3.1. Największe trudności pojawiają się w obszarze ujawniania - identyfikacji podmiotu dokonującego naruszenia na gruncie prawa cywilnego i dochodzenia roszczeń z nim

związanych. Obecnie, po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych i usunięciu zapisu art. 29, praktycznie nie ma możliwości - na drodze postępowania cywilnego - do uzyskania adresu IP komputera, a tym samym ustalenia podmiotu dokonującego naruszenia. Również brak obowiązku publikacji danych podmiotu będącego właścicielem domeny, utrudnia postępowanie dowodowe. Wskazanie podmiotu hostującego (korzystającego ze statusu pośrednika) nie jest wystarczające. W tym zakresie pożądane były zmiany w dyrektywie 2000/31/WE.

- 3.2. Rozwój portali tzw. „społecznościowych”, które tworzą cały system niekontrolowanej prywatnej dystrybucji, powoduje konieczność zapewnienia, że komputery osobiste powinny być przedmiotem przeszukania lub zatrzymania dla celów dowodowych w przypadku naruszeń IPR dokonywanych przez Internet. W praktyce postępowań sądowych członków Izby Wydawców Prasy, w postępowaniu dowodowym „screenshoty” są podstawowym materiałem dokumentującym naruszenie. Brak jest jednak jednolitej praktyki sądów w zakresie dopuszczania takiego dowodu, gdyż w różnych postępowaniach sądy akceptowały tylko „screenshoty” potwierdzone przez notariusza, w innych potwierdzone przez adwokata lub radcę prawnego, a w jeszcze innych - wystarczył wydruk wraz z zeznaniem świadka, potwierdzającym, iż wydruk odpowiada rzeczywistemu wyglądowi ekranu w chwili jego drukowania. Z tego względu, warto przyjąć jednolite zasady postępowania z dowodami w postaci „screenshotów”.
- 3.3. Z uwagi na specyfikę naruszeń dokonywanych w internecie uważamy, że termin „ pod kontrolą” powinien zostać doprecyzowany. Wiąże się to bowiem z problemem udzielania informacji objętych ochroną danych osobowych bądź ochroną prywatności. Szerzej na ten temat w uwagach do pkt. 5.1.

4. Pośrednicy

- 4.1. Stoimy na stanowisku, iż istnieje potrzeba wprowadzenia do zapisów Dyrektywy definicji „pośredników”, z ewentualnym rozróżnieniem w zależności od świadczonych usług. Definicja taka powinna być spójna z przepisami innych dyrektyw, w szczególności z pojęciami wykorzystywanymi w „dyrektywie o handlu elektronicznym”.
- 4.2. Nie posiadamy aktualnych informacji dotyczących stosowania zabezpieczenia roszczeń oraz zakazu zaniechania naruszenia. Naszym zdaniem, środki te powinny być jednak powszechnie dostępne i często stosowane.
- 4.3. Odnośnie potrzeby doprecyzowania w przepisach Dyrektywy możliwości stosowania wobec pośredników - obok trwałych zakazów sądowych - również zakazów tymczasowych, uważamy, iż stosowne zapisy powinny znaleźć się w Dyrektywie, o ile te tymczasowe

zakazy będą - z punktu widzenia procedury i ewentualnych kosztów - łatwiejsze do uzyskania.

- 4.4. Jak wspominaliśmy powyżej, działalność pośredników ma często znaczący wpływ na dokonywanie naruszeń IPR przez użytkowników końcowych. Dlatego, w naszej opinii, Dyrektywa powinna przewidywać możliwość stosowania określonych środków przeciwko „pośrednikom”, bez względu na ich odpowiedzialność, a także możliwość obciążania ich kosztami sądowymi postępowań dotyczących nałożenia zakazów. Możliwość ta, w tym wysokość ewentualnego obciążenia kosztami, powinna być jednak uwarunkowana od stopnia uzyskanych korzyści z działań naruszających IPR, w tym w szczególności z nielegalnego rozpowszechniania przez użytkowników treści czy innych dzieł.
- 4.5. Niewątpliwie rola pośredników, co podkreślaliśmy już wyżej, w procesie dokonywania naruszeń IPR w Internecie jest znacząca. Dlatego też powinni oni być zaangażowani w zapobieganie lub przeciwdziałanie naruszeniom tych praw. Jedną z najprostszych form, byłoby szybkie stosowanie przewidzianej w dyrektywie 2000/31/WE procedury *notice and takedown*, przy czym konieczne jest jej ujednolicenie i uproszczenie, gdyż jest ona zbyt sformalizowana i zawiera elementy ocenne. Wydaje się jednak, iż może to być trudne do osiągnięcia, gdyż modele biznesowe wielu pośredników polegają na osiąganiu korzyści także z pośrednio nielegalnego obrotu treściami - tym samym ograniczanie takiego obrotu, będzie niejako „niekorzystne” dla danych operatorów.

5. Prawo do informacji

- 5.1. Komisja Europejska w swoim Sprawozdaniu zwróciła uwagę na konieczność zachowania równowagi pomiędzy ochroną praw własności intelektualnej a ochroną prywatności i ochroną danych osobowych. W naszej ocenie, brak jest mechanizmów prawnych zarówno w prawie UE, jak i prawie polskim, które zabezpieczałyby tę równowagę. Tak jak już pisaliśmy w komentarzu do pkt 3.1., największe trudności pojawiają się w obszarze ujawniania - identyfikacji podmiotu dokonującego naruszenia na gruncie prawa cywilnego i dochodzenia roszczeń z nim związanych. Obecnie po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych i usunięciu zapisu art. 29, praktycznie nie ma możliwości na drodze postępowania cywilnego do uzyskania adresu IP komputera, a tym samym do ustalenia podmiotu dokonującego naruszenia. Usunięcie możliwości uzyskiwania danych osobowych przez GIODO od administratorów danych, całkowicie sparaliżuje możliwość dochodzenia naruszeń wyłącznie na drodze cywilnej. Konieczne jest wcześniejsze wystąpienie na drogę karną, tak aby policja lub prokuratura mogła uzyskać te dane. Brak jest bowiem przesłanek do uznania, że w każdym przypadku administrator danych osobowych jest podmiotem

spełniającym przesłanki określone w art. 80 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych i może zostać przez sąd cywilny zobowiązany do udzielenia stosownej informacji.

- 5.2. Z uwagi na argumentację przedstawioną w pkt. 5.1. uważamy, że istnieje potrzeba dokonania zmian w Dyrektywie w celu wyeliminowania konfliktów z regulacjami w zakresie prywatności.
- 5.3. Nie posiadamy informacji na ten temat.

6. Skala handlowa

- 6.1. Niewątpliwie - ze względów systematycznych - wszelkie definicje powinny zostać zawarte w przepisach Dyrektywy, a nie w preambule. Dotyczy to także definicji „naruszeń na skalę handlową”, która - w naszej opinii - powinna dodatkowo zostać zmieniona i rozszerzona także na działalność użytkowników końcowych. Trudno bowiem utrzymywać wciąż pojęcie tzw. „dobrej wiary”, które w dobie coraz większej świadomości użytkowników i konsumentów usług, ulega rozmyciu i jest trudna do określenia. Zalecamy zatem rozszerzenie możliwości stosowania odpowiednich środków (określonych m.in. w motywie 14 Dyrektywy) do wszelkich naruszeń IPR, w tym dokonywanych przez użytkowników końcowych (czyli tak, jak przyjął to polski ustawodawca w momencie implementacji Dyrektywy - por. Sprawozdanie MKiDN z wdrożenia w Polsce Dyrektywy - s. 7, pkt. 1.7.2).
- 6.2. Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest od ewentualnej zmiany definicji pojęcia „skala handlowa” (i dlatego tym ważniejsze jest umieszczenie tej definicji w przepisach Dyrektywy, a nie w preambule). Naszym zdaniem, stosowanie przedmiotowych przepisów (art. 6 ust. 2, art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 2) nie powinno być ograniczone tylko do naruszeń popełnionych na „skalę handlową” w obecnym rozumieniu tego terminu. Ograniczenie to, jest naszym zdaniem - ze względu na coraz częstsze i masowe naruszenia praw IPR przez „drobnych” użytkowników - bezzasadne.
- 6.3. Dotychczas nie posiadamy żadnych doświadczeń w tej materii. Uważamy jednak, iż należy przyjąć rozwiązanie uniezależniające stosowanie ww. środków od działań na „skalę handlową”, co sprawiłoby, iż niniejsze pytanie stałoby się bezprzedmiotowe.
- 6.4. Nie są nam znane jakiegokolwiek praktyczne przypadki, w których przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie doprowadziło do jakiegokolwiek nadużyć ze strony właścicieli praw. Naszym zdaniem, to rozwiązanie jest słuszne i godne poparcia.

7. Odszkodowania

- 7.1. Brak jest wystarczających informacji pozwalających na jednoznaczne przesądzenie, czy wysokość zasądzonych kwot jest wystarczająca. Natomiast konieczne jest zwrócenie uwagi na czynnik, który powoduje, że dochodzenie naruszeń od tzw. drobnych naruszcycieli, których ogromna ilość powoduje olbrzymie straty dla podmiotów uprawnionych z tytułu IPR, jest praktycznie niemożliwe. Czynnikiem tym jest niemożność uzyskania zwrotu faktycznie poniesionych kosztów procesu. Sfera naruszeń praw autorskich wymaga profesjonalnie przygotowanych pełnomocników, a zebranie dowodów często połączone z wcześniejszymi wnioskami o udzielenie informacji w trybie art. 80 ustawy o pr. aut. i pr. pokr., związane jest z dużym nakładem finansowym i czasowym. Aktualnie sądy zasądają zwrot kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (oraz z rozporządzeniem dot. adwokatów). Stawki te nie pozwalają na odzyskanie faktycznie poniesionych kosztów i często kwota odszkodowania co najwyżej pokrywa koszty poniesione na dochodzenie roszczenia.
- 7.2. W praktyce postępowań sądowych członków IWP, ilość prawomocnych orzeczeń nie jest wystarczająca, aby móc jednoznacznie określić relację pomiędzy bezpodstawnym wzbogaceniem a utraconymi korzyściami. Wydawcy w większości wypadków konstruują żądanie odszkodowania w oparciu o kalkulację opartą na stawkach licencyjnych.
- 7.3. Aktualnie sprawy dotyczące odpowiedzialności osób prawnych za naruszenia praw własności intelektualnej wydawców prasy toczą się na etapie postępowań przedprocesowych, stąd trudno na tym etapie odnieść się do praktyki sądowej. Zdecydowanie opowiadamy się za wszelkimi możliwymi środkami, w tym za nowelizacją Dyrektywy, które miałyby na celu wprowadzenie ułatwień proceduralnych w zakresie egzekwowania naruszeń IPR.

8. Środki naprawcze

- 8.1. Nie do końca wiadomo, o jakie doprecyzowanie relacji miałyby chodzić. Jedne i drugie środki powinny być stosowane, jak rozumiemy chronologicznie - najpierw środki tymczasowe, a po rozstrzygnięciu sprawy - środki naprawcze.
- 8.2. Nie znamy takich przypadków. Postulat ponoszenia kosztów zniszczenia towarów podrabianych przez budżet państwa, w przypadku gdy towary te mogą stanowić

niebezpieczeństwo dla zdrowia i bezpieczeństwa konsumentów (np. zniszczenie podrobionych leków), wydaje się słuszny.

- 8.3. Z uwagi na pozytywną odpowiedź na pytanie zawarte w pkt. 8.2., uważamy, że Dyrektywa powinna stwarzać możliwość obciążania naruszającego kosztami niszczenia towarów naruszających prawo. Kwestię tę zostawić jednak należy do uznania sądu państwa członkowskiego.
- 8.4. Wtórne wykorzystanie towarów naruszających prawo jest kwestią bardzo delikatną i - co do zasady - towary takie powinny zostać zniszczone. Decyzja o ich ewentualnym wtórnym wykorzystaniu powinna być podejmowana w uzgodnieniu z podmiotem, którego prawa dany towar narusza.

9. Inne kwestie

- 9.1. Specyfiką rynków prasowych i wydawniczych jest fakt, iż produkty przeznaczone są zazwyczaj do terytorium krajów, w których mówi się danym językiem. Pomijając ten fakt, w dyskusjach dotyczących europejskich uregulowań *ROME II* i *BRUSSELS I* (pierwsza z tych regulacji dotyczy ustalenia porządku prawnego, jaki powinien stanowić podstawę orzekania w przypadku przestępstw ponadgranicznych; druga - dotyczy jurysdykcji), zawsze staliśmy na stanowisku, iż w przypadku przestępstw ponadgranicznych, jurysdykcja oraz właściwy system prawny powinny być ustalane według kraju siedziby - w naszym przypadku - wydawcy, w którym zdecydowana większość nakładu jest dystrybuowana. Sprawa tygodnika „Wprost”, który zgodnie z orzeczeniem amerykańskiego sądu z października 2009 roku miał wypłacić 5 mln dolarów tytułem zadośćuczynienia za zniesławienie Pani Cimoszewicz-Harlan, jak i sprawa tygodnika „POLITYKA” z 2000 roku, która toczyła się przed sądem w Niemczech, powinny posłużyć, do silniejszego uargumentowania naszego stanowiska wobec Komisji Europejskiej i Rady. Znane są także niedawne przypadki zaskarżenia w Londynie duńskiego wydawcy przez obywatela Arabii Saudyjskiej, dotyczące publikacji karykatur Mahometa. Wybór Wielkiej Brytanii, jako kraju, w którym złożono pozew, jest nieprzypadkowy a wynika z koniecznych do poniesienia kosztów sądowych i prawnej reprezentacji, które są niebotycznie większe, niż odpowiadające im koszty w Danii. W konsekwencji, by udźwignąć ten finansowy ciężar, inni duńscy wydawcy solidarnie wsparli finansowo zaskarżonego wydawcę. Jest to jednak kolejny argument za podjęciem działań na poziomie europejskim, które ograniczyłyby bądź uniemożliwiły stosowanie tzw. *forum shopping*.
- 9.2. Dotychczas nie prowadziliśmy żadnej ze spraw, która wymagałaby zbierania dowodów w innych krajach. Nie mamy także żadnych informacji w tym zakresie od naszych członków.

Nie mniej jednak, w związku z działalnością serwisu *chomikuj.pl* (o której wspominamy w początkowej części niniejszego pisma), przeciwko któremu zamierzamy prowadzić konkretnie działania, przewidujemy, iż mogą pojawić się znaczne trudności, gdyż serwis ten przeniósł swoją siedzibę na Cypr. Dlatego też, wydaje nam się, iż konieczne są odpowiednie działania na poziomie europejskim, które mogłyby usprawnić i ułatwić proces gromadzenia materiału dowodowego, zbierania informacji itp.

- 9.3. Walne Zgromadzenie Członków IWP uchwaliło w 2005 roku „Kodeks Dobrych Praktyk Wydawców Prasy”, wprowadzający zasady związane m.in. z poszanowaniem praw autorskich, które wydawcy zobowiązali się przestrzegać. Obecnie Izba finalizuje prace nad kodeksem dotyczącym wykorzystywania utworów w Internecie. Dokument, którego uchwalenie powinno nastąpić na Walnym Zgromadzeniu Członków IWP w kwietniu b.r., także poświęcone jest ochronie praw autorskich. IWP brała także udział w przygotowywaniu samoregulacji europejskich - ostatnio w kodeksie dot. *Online Behavioral Advertising*, który został wysoko oceniony przez KE i także jest obecnie na ukończeniu.
- 9.4. Wydaje nam się, iż pojęcie „konsument” nie zostało w tym pytaniu trafnie użyte. Nie można bowiem mówić o konsumencie w relacji z posiadaczem praw autorskich. Pomijając ten fakt, należy z całym zdecydowaniem zaznaczyć, iż w przypadku dokonywania naruszeń IPR (tak jak zresztą w przypadku każdych innych bezprawnych działań) nie można „chować się” za przysługującymi w normalnej sytuacji prawami. Nie może zatem być mowy o jakichkolwiek zagrożeniach dla użytkowników, a ewentualne nadużycia uprawnień właścicieli praw mogą być sankcjonowane na podstawie obowiązujących przepisów.
- 9.5. Należy zwrócić uwagę na korelację przedmiotowej Dyrektywy z „dyrektywą o handlu elektronicznym”, w szczególności z kwestią odpowiedzialności pośredników, określoną w art. 12-14 tej ostatniej dyrektywy. Należy dokonać stosownej analizy i ujednoczyć przepisy w tym zakresie, zgodnie z proponowanymi w przedmiotowej Dyrektywie rozwiązaniami. W Polsce trwają obecnie prace nad nowelizacją ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Wbrew stwierdzeniom zawartym w Założeniach do tej nowelizacji (dalej jako: „Założenia”), podkreślić należy, że dotychczasowe funkcjonowanie przepisów art. 12-14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, nie pozwala na sformułowanie wniosku, iż występują istotne niejasności co do ich interpretacji, wywołujące potrzebę nowelizacji (jak twierdzi się w punkcie 1.1. „Założeń”). Nie jest dla nas jasne, ale i budzi zastrzeżenia, dlaczego ustawodawca wskazuje na konieczność jasnego zapisania, iż tzw. wyszukiwarki internetowe nie odpowiadają za wyszukiwane treści. Izba podkreśla, że narzędzia lokalizacji umożliwiają wskazanie wszelkiego rodzaju treści, w tym również treści prezentowanych z naruszeniem przepisów prawa, a w szczególności przepisów ustawy z

dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Naszym zdaniem, skuteczna ochrona praw autorskich stanowi bardziej kluczowy element pozwalający na korzystanie z usług społeczeństwa informacyjnego, niż narzędzia lokalizacji informacji. Z tego względu uważamy, że uwzględnienie propozycji dalszego, automatycznego zwolnienia „pośredników” z odpowiedzialności za naruszenia IPR jest przedwczesne, a sformułowania propozycji w tym zakresie powinno nastąpić dopiero po wypracowaniu całościowego modelu ochrony praw autorskich utworów publikowanych w internecie. Zalegalizowanie braku odpowiedzialności narzędzi lokalizacji w zakresie umożliwiania dostępu do utworów rozpowszechnianych z naruszeniem IPR zmniejszy i tak słabą ochronę utworów publikowanych *online*. Z podobnych względów należy sprzeciwić się automatycznemu wyłączeniu odpowiedzialności podmiotów świadczących usługi w postaci dostarczania odnośników do stron internetowych. Wśród tych odnośników mogą znajdować się strony zawierające bezprawne treści. Tak samo, jak w przypadku wyszukiwarek, arbitralne uwolnienie od odpowiedzialności podmiotów świadczących takie usługi jest co najmniej przedwczesne. Należy również wskazać na jeszcze jeden istotny fakt postulowanej zmiany ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Od 2008 roku ponad 90-cio procentowy udział w rynku wyszukiwarek w Polsce ma firma Google (źródło: Gemius). To właśnie ta firma będzie głównym beneficjentem proponowanych zmian. Ta propozycja przywodzi na myśl najgorsze praktyki postulowania nowelizacji przepisów prawa na korzyść jednego podmiotu. Izbie nie jest znany powód, dla którego w ten sposób Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji zamierza faworyzować Google. Tym bardziej, że w wielu krajach europejskich, jak również w Komisji Europejskiej, działalność firmy Google wzbudza wątpliwości organów regulacyjnych, np. w zakresie ochrony konkurencji. W Polsce natomiast, minister odpowiedzialny za informatyzację przedkłada propozycje mające na celu uprzywilejowanie tej firmy.


Z wyrazami szacunku,

Do wiadomości:

1. Pan Jacek Weksler
Podsekretarz Stanu
w MKiDN
2. Pan Dominik Skoczek
Dyrektor Departamentu
Własności Intelektualnej i Mediów
w MKiDN

PREZES

Maciej Hoffmann

PREZES IWP

Wiesław Podkański