



Szanowny Pan
mec. Karol Kościński
Dyrektor
Departament Własności Intelektualnej i Mediów
Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warszawa

Warszawa, 31 stycznia, 2014

Szanowny Panie Dyrektorze,

Poniżej przedstawiam stanowisko BSA i The Software Alliance w sprawie przepisów karnych ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w układzie odpowiedzi na zadane pytania.

1. Jak Państwa zdaniem ustawodawca powinien ukształtować zakres odpowiedzialności karnej dotyczącej naruszeń prawa autorskiego i praw pokrewnych, mając na względzie w szczególności wnioski Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz obecne brzmienie przepisów rozdziału 14 ustawy?

Naszym zdaniem istnieją poważne wątpliwości co do konstytucyjności kwestionowanego fragmentu przepisu.

Jak wynika ze statystyk, w 2012 roku na podstawie art. 115 ust. 3 ustawy skazano cztery osoby, przy czym statystyki nie pozwalają na stwierdzenie, czy wyroki dotyczyły przestępstw penalizowanych na podstawie kwestionowanego fragmentu przepisu „kto w inny sposób niż określony w ust. 1 lub ust. 2 narusza cudze prawa autorskie”. W praktyce zakres faktycznego stosowania tego przepisu jest minimalny, dlatego nie uważamy, by ewentualna zmiana

brzmienia art. 115 ust. 3 ustawy w wyniku wyroku Trybunału Konstytucyjnego istotnie wpłynęła na poziom ochrony prawnej producentów oprogramowania.

Jednocześnie dostrzegamy potrzebę zmian w zakresie ukształtowania odpowiedzialności karnej na podstawie **pozostałych przepisów ustawy**. Uważamy, że znamiona przestępstw powinny odzwierciedlać realia rozwoju technologii informatycznych, wraz z którym pojawiają się nowe formy czynów zabronionych, które wymagają określenia w ustawie.

2. Czy uważają Państwo, że należy wprowadzić szczególny reżim odpowiedzialności karnej dotyczący naruszeń praw autorskich lub pokrewnych dokonywanych w Internecie?

Stoimy na stanowisku, że tworzenie szczególnego reżimu odpowiedzialności karnej za naruszenia w Internecie nie jest działaniem koniecznym dla ścigania przestępczości internetowej. Jednocześnie zauważamy bardzo istotny problem upowszechnienia się przestępczości w Internecie i zgadzamy się, że proceder ten wymaga istotnej zmiany przepisów karnych ustawy, w szczególności art. 116, 117 i 118¹ ustawy. Szczegółowe uwagi do tych przepisów zamieszczamy poniżej.

3. Czy w Państwa ocenie niektóre ze szczególnych przejawów naruszeń prawa autorskiego powinny być potraktowane jak wykroczenia? Jeżeli tak, proszę wskazać, jakie przypadki naruszeń w Państwa ocenie zasługują na takie potraktowanie.

W naszej ocenie, podstawowym problemem sankcjonowania naruszeń prawa autorskiego jako wykroczeń jest trudność postawienia granicy między szkodliwością czynów ściganych jako przestępstwa a wykroczeniami.

Jednym z kryteriów rozróżnienia mogłaby być teoretycznie wartość naruszonego dobra. Należy jednak wskazać, że – np. w odniesieniu do oprogramowania komputerowego, ale też innych utworów – wartość zawsze podlega pewnej ocenie i nie jest jednolita, gdyż na rynku funkcjonują różne ceny dla tego samego produktu.

Bardziej jednoznaczne byłoby odniesienie się do liczby kopii utworów sporządzonych nielegalnie. W praktyce jednak jeden program może mieć wartość (wysokość opłaty licencyjnej) np. 100.000 złotych, w związku z czym nie jest to kryterium w pełni adekwatne do naruszeń prawa autorskiego.

Należy pamiętać, że prawo karne pozwala na dostosowanie zakresu odpowiedzialności karnej do sytuacji oskarżonego i charakteru jego czynu. Przepisy prawa karnego przewidują brak odpowiedzialności karnej ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu, jak również warunkowe umorzenie postępowania karnego, odstąpienie od wymierzenia kary czy nadzwyczajne złagodzenie kary. Praktyka ich stosowania pozwala na twierdzenie, iż przepisy w ograniczonym zakresie służą funkcji represyjnej, a w przeważającej mierze pełnią ważną społeczną rolę, jaką jest prewencja przed popełnianiem przestępstw. Zmiana charakteru odpowiedzialności może doprowadzić do ograniczenia charakteru prewencyjnego regulacji.

4. Czy uważają Państwo za zasadne wprowadzenie kryteriów ilościowych (ilość kopii) lub wartościowych (kwota pieniężna), które różnicowałyby odpowiedzialność za naruszenie prawa autorskiego? Jeżeli tak, proszę wskazać jak powinny one zostać ukształtowane.

Do powyższej kwestii odnosimy się w odpowiedzi na pytanie nr 3.

5. Czy uważają Państwo, że zasadnym jest wyraźne przesądzenie w ustawie braku karalności pobierania plików na własny użytek (downloadingu)?

Jeżeli downloading jest dokonywany legalnie, czyli mieści się w granicach określonych w art. 23 i art. 35 prawa autorskiego, to nie jest działaniem penalizowanym na podstawie ustawy.

Rozważana depenalizacja pobierania plików na „własny użytek” w przypadku oprogramowania komputerowego doprowadziłaby *de facto* do rozszerzenia zakresu dozwolonego użytku o arbitralnie ustalane pole korzystania z utworów. Nowelizacja naruszyłaby strukturę ustawy, która przewiduje normy sankcjonowane (w tym zakres dozwolonego użytku) oraz normy sankcjonujące – mechanizmy odpowiedzialności cywilnoprawnej i karnej.

Należy również wziąć pod uwagę, że obecnie wiele modeli biznesowych producentów oprogramowania oraz dostawców treści bazuje na dystrybucji elektronicznej, w ramach której konsument pobiera pliki właśnie na „własny użytek”. Rozważana depenalizacja naruszyłaby w sposób rażący interesy podmiotów chronionych prawem autorskim.

6. Czy uważają Państwo, że należy rozszerzyć zakres hipotezy art. 118 w taki sposób aby wprowadzić sankcje karne za paserstwo elektroniczne? Jeżeli tak, jak zdaniem Państwa powinien zostać ukształtowany ten przepis.

W obecnym stanie prawnym odpowiedzialność karną za paserstwo nielegalnych kopii oprogramowania przewidują zarówno przepisy prawa autorskiego, jak i kodeksu karnego (k.k.). Po pierwsze, art. 118 prawa autorskiego, który dotyczy wszystkich utworów (nie tylko oprogramowania), ale tylko jeżeli są one na nośnikach fizycznych („kto przedmiot będący nośnikiem utworu rozpowszechnionego lub zwielokrotnionego bez uprawnienia nabywa lub pomaga w jego zbyciu... podlega karze...”). Po drugie, na podstawie art. 293 k.k, w związku z art. 291 i 292 k.k, do oprogramowania komputerowego stosuje się przepisy o paserstwie rzeczy ruchomych. Przepis ten dotyczy tylko programów komputerowych, ale niezależnie od tego, czy są one rozpowszechniane na nośnikach, czy też w wersji elektronicznej. W związku z tym, obecne przepisy wystarczająco chronią producentów oprogramowania w kontekście paserstwa programów komputerowych.

7. Czy uważają Państwo, że należy dostosować art. 118¹ do praktyki naruszających, w taki sposób, aby objął on przypadki, w których usuwanie lub obchodzenie skutecznych technicznych zabezpieczeń jest dokonywane za pomocą programów komputerowych?

W obecnym stanie prawnym, bardzo powszechne formy obchodzenia zabezpieczeń, tj. stosowanie *cracków*, generatorów kluczy dostępu (*keygen*) nie są penalizowane.

Wielu producentów oprogramowania dystrybuje swoje produkty poprzez dystrybucję wyłącznie kluczy dostępu do systemu komputerowego, który umożliwia „odblokowanie” programu umiejscowionego np. na serwerze producenta (model ESD – *Electronic Software Distribution*). Wraz z pojawieniem się nowego modelu dystrybucji, powstała nowa forma piractwa komputerowego, polegająca na rozpowszechnianiu nielegalnych lub wykorzystanych kluczy dostępu.

Biorąc pod uwagę model ESD, obie formy naruszeń – rozpowszechnianie kopii oraz kodu dostępu – są tak samo szkodliwe dla uprawnień producentów oprogramowania. W obecnym stanie prawnym, przy tej samej szkodliwości czynów – jeden z nich jest karany, drugi nie jest penalizowany. W przypadku rozszerzenia znamion przestępstwa z art. 118¹ ustawy na produkcję/obrot oprogramowania pozwalającego na obchodzenie zabezpieczeń dojdzie do sytuacji, w której nielegalny dystrybutor będzie odpowiadał z art. 116 za rozpowszechnianie kopii oprogramowania (wyższa sankcja), a dystrybutor, który rozpowszechnia tylko kody będzie odpowiadał z art. 118¹ ustawy (niższa sankcja).

Mając na uwadze znaczenie kodów dostępu w modelu ESD, uważamy, że proceder rozpowszechniania programów komputerowych pozwalających usuwanie lub obchodzenie

skutecznych technicznych zabezpieczeń powinien być penalizowany na podstawie art. 116 ustawy, a nie na podstawie art. 118¹.

Niezależnie od powyższego, rozszerzenie penalizacji o usuwanie lub obchodzenie skutecznych technicznych zabezpieczeń za pomocą programów komputerowych nie będzie wystarczające, gdyż duża część tych zabezpieczeń jest obchodzona za pomocą innych środków niż programy komputerowe (np. klucze aktywacyjne). Ustawodawca powinien rozszerzyć penalizację o „inne środki”, a nie jedynie o programy komputerowe.

8. Co sądzą Państwo o wyraźnym przesądzeniu w art. 118¹, że urządzenia lub ich techniczne komponenty wykorzystywane do usuwania lub obchodzenia zabezpieczeń technicznych mają być przeznaczone wyłącznie do tych działań?

Stoimy na stanowisku, że taka zmiana spowoduje całkowitą utratę znaczenia art. 118¹ ustawy. Po pierwsze, urządzenia często wyposażone są w funkcje przeznaczone również do legalnych działań. Po drugie, taka zmiana zachęcałaby do wyposażania urządzeń/komponentów w dodatkowe, drugorzędne funkcje niesłużące obchodzeniu zabezpieczeń, których produkcja/obróć nie były penalizowane. Takiej zmiany zwłaszcza nie da się pogodzić z równocześnie rozważanym rozszerzeniem stosowania art. 118¹ ustawy na oprogramowanie lub inne środki (np. klucze dostępu) – w przypadku oprogramowania oraz wspomnianych innych środków jeszcze trudniej będzie stwierdzić wyłączność nielegalnego przeznaczenia.

Ocena charakteru urządzenia, oprogramowania i innych środków powinna być dokonywana przez sąd rozpoznający konkretną sprawę. Na podstawie materiału dowodowego, zwłaszcza opinii biegłego, sąd jest w stanie przesądzić, czy dane środki techniczne były przeznaczone do niedozwolonego usuwania technicznych zabezpieczeń.

9. Jakie zdaniem Państwa zachowania powinny być penalizowane przez art. 119 ustawy?

W naszej ocenie, art. 119 ustawy nie wymaga zmian, nawet jeśli obecna treść tego przepisu nie pozwala na szersze stosowanie w praktyce.

Z poważaniem,



Bartłomiej Witucki

Program Coordinator, Poland

BSA Contracted Representative