

**Legalizacja niekomercyjnego dzielenia się
Propozycja Fundacji Nowoczesna Polska**

dr Krzysztof Siewicz, radca prawny

W internecie od zawsze istniało zjawisko niekomercyjnego dzielenia się plikami za pośrednictwem komputerów połączonych niehierarchicznie (w tzw. modelu peer-to-peer). Nie jest ono ograniczone do konkretnej implementacji p2p jaką jest na przykład protokół BitTorrent. Przez „p2p” rozumiemy tu komunikowanie się przez użytkowników internetu bez pośredników, którzy wptywałiby na ten proces lub kontrolowali go w istotny sposób. Uważamy, że p2p jest ważną i konieczną przeciwwagą trendów, które mogą prowadzić do centralizacji komunikacji, a które w największym skrócie zagrażają otwartemu internetowi. Taką centralizacją jest naszym zdaniem powstawanie usług poddanych wyłącznej kontroli ich operatorów („platform”), które pośredniczą w istotnej części komunikacji użytkowników. Tacy pośrednicy mają potencjalną lub nawet faktyczną kontrolę nad informacją przekazywaną sobie nawzajem przez użytkowników. Jeżeli (lub kiedy) nie ma alternatywy dla takich „platform”, to otwarty internet jest zagrożony.

Niestety, obecny system prawa autorskiego wspiera powstawanie monopolu informacyjnych, a dyskryminując ponadto p2p, przyczynia się do zwiększenia wyżej wspomnianego ryzyka. Poniżej, omawiamy trzy przykłady tej relacji.

Po pierwsze, obecny system odpowiedzialności za naruszenia prawa autorskiego oddaje w prywatne ręce **narzędzia cenzorskie**, praktycznie bez żadnej niezależnej kontroli. Prawo autorskie bywa interpretowane tak szeroko, że może być łatwo zastosowane wobec wypowiedzi politycznych i krytyki konsumenckiej, nieautoryzowanej twórczości fanowskiej, filmów w technice found footage, remiksów itd. Roszczenia prawno-autorskie mogą wobec tego służyć do blokowania wartościowych komunikatów, których nie sposób sformułować bez czerpania z cudzej twórczości. Z formalnego punktu widzenia, taka cenzura może być stosowana niezależnie od tego, czy do komunikacji dochodzi w modelu p2p, czy za pośrednictwem scentralizowanej „platformy”. Jest to jednak bardziej skomplikowane technicznie w odniesieniu do p2p, podczas gdy w odniesieniu do „platform” stało się stosunkowo łatwe z powodu mechanizmu tzw. „bezpiecznej przystani”. Mechanizm ten pozwala uniknąć odpowiedzialności operatorowi „platformy” o ile niezwłocznie zablokuje on dane, co do których wysuwane są roszczenia prawno-autorskie. Teoretycznie, użytkownik może domagać się przywrócenia jego danych, jako że wiele przypadków można bronić powołując się np. na przepisy o dozwolonym użytku. W praktyce jednak użytkownicy tego nie robią, przede wszystkim z uwagi na brak środków na konieczne w tym celu działania prawne. W rezultacie, dane użytkowników są blokowane, a oni sami narażeni na zarzuty naruszenia praw autorskich. Co więcej, nie mogą oni po prostu przenieść danych na inną „platformę” lub

udostępnić w sieci p2p, m.in. z uwagi na tzw. efekty sieciowe (w ekonomicznym sensie tego pojęcia). A nawet, gdyby to zrobili, będą nadal ponosili ryzyko prawne.

Po drugie, widoczny jest trend **dzielenia się przychodami** przez pośredników będących operatorami „platform” z „uprawnionymi” (autorami, ale też pośrednikami innego rodzaju jak na przykład z organizacjami zbiorowego zarządzania). Podstawą zapłaty jest roszczenie o naruszenie praw autorskich przez użytkownika, który umieścił swoje dane na „platformie”. Ten podział przychodów w oczywisty sposób wzmacnia ochronę „platform” przed odpowiedzialnością, ale brak jest doniesień, że prowadzi on też do (choćby umownego) wyłączenia odpowiedzialności użytkowników. Ponadto, uprawnieni mogą nadal stosować mechanizm cenzurujący opisany tu w przykładzie pierwszym. W ten sposób dochodzi do podziału pieniędzy pomiędzy „platformami” a cieszącymi się ustaloną na rynku pozycją lub nawet zasiedziałymi wydawcami i producentami. Tymczasem użytkownicy (którzy są przecież także autorami) są pozostawieni samym sobie z ryzykiem odpowiedzialności, widmem cenzury oraz niską szansą na udział w przychodach uzyskiwanych z pomocą ich danych. Nie wymaga większych wyjaśnień, że z kolei w przypadku p2p nie funkcjonuje żaden oficjalny model wynagradzania autorów, gdyż nawet opłaty reprograficzne dzielone są według statystyk popularności w tradycyjnych mediach, a nie popularności w sieciach p2p. Prowadzi to do nie mającego uzasadnienia subsydiowania autorów, producentów i wydawców, którzy już i tak są beneficjentami tradycyjnych modeli dystrybucji, co szerzej wyjaśnił Phillipe Aigrain w *Dzieleniu się*.

Po trzecie, odnosi sukcesy „model biznesowy”, który wykształcił się jako bezpośrednia konsekwencja wadliwego zakresu prawa autorskiego i jego systemu sankcji. Naruszenia praw autorskich popełniane (rzekomo) przez indywidualnych użytkowników można łatwo „monetyzować”, co też robią tzw. „**trolle prawno-autorskie**” wysyłający masowe wezwania do zaprzestania naruszeń. Wezwania zawierają propozycje ugodowe, sprowadzające się do oferty wycofania zarzutów w zamian za zapłatę określonej kwoty. Listy te są często kierowane do użytkowników, wobec których sąd nie zawsze doszukałby się naruszenia, ale dochodzenie roszczeń przed sądem nie jest częścią trollingu prawno-autorskiego. Jego istotą jest to, że określony procent adresatów płaci niezależnie od zasadności roszczeń. Powodem tego zjawiska są przede wszystkim: zbyt szeroki zakres prawa autorskiego oraz brak środków po stronie użytkowników, koniecznych do obrony przed zarzutami naruszeń na drodze prawnej. Według zamówionego przez nas badania zjawiska copyright trollingu w Polsce, przy ostrożnych szacunkach, przychód z jednej wysyłki opisywanych tu wezwań może wynosić od kilkunastu tysięcy do kilku milionów PLN. Adresatów tych wezwań można łatwo znaleźć sprawdzając listy „seederów” w sieciach p2p jak również uzyskując ich dane od „platform”, do czego podstawę dają przepisy prawa autorskiego zobowiązujące usługodawców do udostępniania danych abonentów i użytkowników na potrzeby procesów o naruszenie praw autorskich.



Powyższe trzy przykłady ukazują w różnym stopniu następujące trzy podstawowe problemy spowodowane obecnym systemem prawa autorskiego: (1) prywatną, niekontrolowaną cenzurę, (2) dyskryminujący system podziału przychodów, (3) ryzyko odpowiedzialności. Te problemy można prawidłowo rozwiązać jedynie przez wyeliminowanie zagrożenia zarzutów naruszenia prawa autorskiego wobec użytkowników komunikujących się przez internet. W poszukiwaniu konkretnego sposobu realizacji tego rozwiązania nasuwają się co najmniej dwa istotne pytania.

Po pierwsze, czy legalizacja powinna objąć użytkowników „platform” czy tylko p2p? W Fundacji Nowoczesna Polska uważamy, że wystarczające jest aby rozwiązanie objęło tylko p2p rozumiane jako komunikacja bez pośrednika zdolnego wpływać na nią lub ją kontrolować. Jako podstawowy argument podnosimy, że omawiane tu problemy są niejako „wbudowane” w model komunikacji oparty o węzły będące poza kontrolą użytkownika, a znajdujące się pod wyłączną kontrolą ich operatora („platformy”). Uważamy oczywiście za konieczne, aby naprawić wadliwy system bezpiecznej przystani, najlepiej podążając za kanadyjskim rozwiązaniem typu „notice and notice”, ale to nie wystarczy aby wszystkie omawiane problemy zostały rozwiązane. Naszym zdaniem, można to osiągnąć jedynie stymulując funkcjonowanie komunikacji zdecentralizowanej. **Rozmyślnie zatem ograniczamy poniższą propozycję do sytuacji, w której to użytkownik jest administratorem komputera wykorzystywanego do dzielenia się plikami w takim sensie, w jakim o administratorem mówi się w żargonie informatycznym (tj. nikt inny, poza tym użytkownikiem nie ma pełnej kontroli nad komputerem). Sytuacje, w których osoba trzecia, taka jak producent oprogramowania lub dostawca usługi może wpływać na proces dzielenia się, nie mieszczą się w zakresie proponowanego tu rozwiązania. Przy czym, samo to, że komputer nie jest fizycznie w posiadaniu użytkownika nie oznacza, że użytkownik nie może być jego administratorem.**

Po drugie, czy legalizacja powinna objąć wszystkie rodzaje komunikacji, czy tylko niekomercyjne dzielenie się plikami? W Fundacji Nowoczesna Polska uważamy, że **wystarczające jest, aby zalegalizowana została wymiana niekomercyjna**. Uważamy też oczywiście, że użytki komercyjne należy także ująć w jakieś ramy, ale samo to nie rozwiąże zidentyfikowanych powyżej problemów (co jasno wynika z powyższego przykładu podziału przychodów pomiędzy platformy i podmioty praw autorskich). Istotą zagadnienia jest stworzenie przestrzeni prawnego bezpieczeństwa dla indywidualnych użytkowników internetu, a nie przyznanie autorom udziału w przychodach komercyjnych, zinstytucjonalizowanych użytkowników. To drugie dzieje się zresztą i tak, a nie ma gwarancji, że to pierwsze zaistnieje bez erozji wolności użytkowników. To powiedziawszy, uważamy za konieczne precyzyjne zdefiniowanie określenia „niekomercyjny” aby wyłączyć możliwość nadużywania proponowanego tu rozwiązania przez pośredników, którzy uzyskują przychody w związku z procesem dzielenia się w sieciach p2p.

Zatem, krótka odpowiedź na powyższe dwa pytania jest następująca. **Proponowane tu**

rozwiązanie obejmuje takie metody komunikacji internetowej (wysyłanie i pobieranie plików) w której, poza użytkownikami dzielącymi się plikami z administrowanych przez siebie komputerów, nikomu innemu nie można postawić zarzutu naruszenia prawa autorskiego a jednocześnie nikogo (włączając w to użytkowników) nie można w rozsądnym zakresie uznać za beneficjenta dzielenia się inaczej niż poprzez uzyskanie utworu. Proponujemy zalegalizowanie dzielenia się w tak rozumianym modelu p2p.

Proponowane rozwiązanie musi uwzględniać fakt, że obecnie korzystanie z sieci p2p jest naruszeniem prawa autorskiego, przynajmniej jeżeli chodzi o wysyłanie bez licencji plików zawierających cudze chronione utwory tak, aby były one publicznie dostępne do pobrania (legalność pobierania jest różnie uregulowana w poszczególnych krajach). Zwykle, jest to nielegalne niezależnie od tego czy dzielenie się ma wymiar komercyjny, czy tylko niekomercyjny. Zamówiliśmy wobec tego analizę możliwych sposobów legalizacji niekomercyjnego dzielenia się plikami w ramach obecnego systemu prawa międzynarodowego i europejskiego (w szczególności konwencji berneńskiej oraz dyrektywy INFOSOC oraz dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu). W największym skrócie, wynikiem tej analizy jest propozycja (1) objęcia niekomercyjnego pobierania plików z p2p **ograniczeniem praw wyłącznych na rzecz prywatnego kopiowania** w połączeniu z (2) **licencją generalną** na niekomercyjne wysyłanie do p2p w zamian za jakąś postać wynagrodzenia dla autorów.

Kopiowanie do użytku osobistego jest dopuszczone jako dozwolony użytek we wszystkich powyższych aktach prawa międzynarodowego i europejskiego, a już teraz obejmuje pobieranie plików w niektórych jurysdykcjach. Jest powszechnie przyjęte, że obejmuje ono takie działania jak nagrywanie wideo lub kserowanie dla celów osobistych, w szczególności w ramach testu trójstopniowego zawartego w konwencji berneńskiej czy w INFOSOC (tj. testu, który wymaga aby ograniczenia praw dotyczyły tylko określonych szczególnych przypadków, które nie kolidują z normalnym korzystaniem z utworu i nie naruszają nadmiernie uzasadnionych interesów autora).

Zgodnie z naszymi analizami natomiast, obecne ramy prawne nie dopuszczają objęcia niekomercyjnego wysyłania plików do sieci p2p ograniczeniem praw wyłącznych, gdyż nie zostałyby to raczej uznane za zgodne z testem trójstopniowym. Stąd też propozycja licencji generalnej w tym zakresie. Taka licencja udzielana byłaby w sposób zautomatyzowany przez organizacje zbiorowego zarządzania (w ramach systemu rozszerzonego zbiorowego zarządu), prawdopodobnie w powiązaniu z opłatą za dostęp do internetu lub opłatą audiowizualną. Rozszerzony zbiorowy zarząd jest powszechnie akceptowanym rozwiązaniem w przypadkach, w których indywidualne zarządzanie prawami jest trudne oraz gdy istnieje system zbiorowego zarządzania dający wystarczające gwarancje autorom i użytkownikom. Uważa się też powszechnie, że w takich przypadkach jego istnienie nie stanowi ograniczenia praw autorów sprzecznego z konwencją berneńską czy też prawem europejskim.

Pobieranie wynagrodzenia w myśl naszej propozycji jest konieczne nie tylko po to, aby zaspokoić



FUNDACJA
nowoczesna
Polska

wymagania prawa międzynarodowego i europejskiego. Uważamy, że jest to także konieczny element mechanizmu, który wzmocniłby pozycję indywidualnych użytkowników wobec trendów centralizacji sieci opisanych tu pokrótce powyżej, a które istotnie przyczyniają się do pogłębiania zjawiska długiego ogona kultury. W celu odniesienia sukcesu w tym zakresie, pobierane pieniądze powinny być dzielone według statystyk udziału w niekomercyjnym dzieleniu się tak, jak proponuje to Philippe Aigrain w *Dzieleniu się*.

FUNDACJA NOWOCZESNA POLSKA

ul. Marszałkowska 84/92 lok. 125
00-514 Warszawa
tel./fax: +48 22 621 30 17
e-mail: fundacja@nowoczesnapolska.org.pl
www.nowoczesnapolska.org.pl