

Analiza możliwości prawnej regulacji niekomercyjnej wymiany utworów w Polsce

Joanna Matczuk

(maj 2014)

Poniżej zaprezentowana została analiza możliwości prawnego uregulowania kwestii niekomercyjnej wymiany utworów w internecie. Podjęto w niej próbę osadzenia w ramach obowiązującego w Polsce porządku prawnego, modelu korzystania z utworów w celach niekomercyjnych, innego niż oparty na „tradycyjnej”, indywidualnie udzielonej licencji. Poniższa analiza nie zawiera wyczerpującego opisu prawnych aspektów ww. zagadnienia, w tym w szczególności platform *p2p* czy też zjawiska *file sharing*. Zmierza raczej do ustalenia ogólnych ram prawnych, w obrębie których, przy zaakceptowaniu pewnych założeń, można by umieścić opisany model.

Wstęp

Potrzeba regulacji zjawiska niekomercyjnej wymiany utworów w internecie

Prawnym aspektem niekomercyjnego korzystania z utworów w internecie, w tym w ramach tzw. platform *p2p*, od lat towarzyszy wiele kontrowersji. Nie ulega wątpliwości, że należałoby uregulować istniejący stan niepewności, co do legalności poszczególnych działań podejmowanych *on-line* przez użytkowników. Brak przejrzystej regulacji¹ doprowadził bowiem do powstania obszaru „szarej strefy” na mapie przepisów prawnoautorskich, której granic nie potrafią wskazać ani użytkownicy, ani uprawnieni. Rozbieżność stanowisk, co do tego, czy i jakie korzystanie z utworów w internecie jest zgodne z prawem, powoduje, że użytkownicy sięgają do materiałów dostępnych w sieci z niepewnością, a uprawnieni nie otrzymują żadnego wynagrodzenia za czynienie użytku z produktów ich twórczości. Konsekwencja braku regulacji jest taka, że korzystanie z utworów w internecie w celach niekomercyjnych odbywa się w sposób, z którego nikt nie jest zadowolony. Ostateczne wyjaśnienie istniejących wątpliwości i ustalenie jasnych zasad w tym zakresie wydaje się zatem konieczne.

Zapewnienie równowagi między interesem uprawnionych a potrzebami społeczeństwa informacyjnego

Uprawnienia przyznane na mocy przepisów prawnoautorskich nie są nieograniczone. Ich limity wyznacza m.in. interes społeczny przejawiający się w potrzebach kulturalnych, prawie do informacji czy też w wolności słowa. W doktrynie prawa autorskiego oraz w teoriach uzasadniających istnienie uprawnień autorskich, wiele się mówi na temat konieczności zachowania równowagi między prawami autora a powyższymi uprawnieniami społeczeństwa. Przy założeniach absolutnego monopolu autorskiego brak jest perspektyw na koncyliacyjne rozwiązanie konfliktu pomiędzy tymi dwiema sferami uprawnień. Korzyści płynące z możliwości swobodnego dzielenia się kulturą i nieograniczonego dostępu do informacji są nieocenione z punktu widzenia interesów społeczeństwa, co nie wymaga dalszego komentarza. Internet umożliwia nieznaną wcześniej poziom realizacji tych korzyści. Ponadto, istnieje szereg argumentów, które prowadzą do wniosku, że legalizacja zjawiska *file sharing* w celach niekomercyjnych przy odpowiedniej regulacji może przynieść także uprawnionym korzyści większe w stosunku do tych, które wynikają z obecnych metod kontroli.

Model kontroli

Model kontroli w zakresie egzekwowania praw wyłącznych ma pewien praktyczny sens wtedy, gdy uprawnieni nie mają do czynienia z rozproszonymi użytkownikami bądź, gdy to rozproszenie nie osiąga skali przekraczającej możliwości organizacyjne zbiorowego zarządu, czyli w odniesieniu do

¹ M.in. kwalifikacja takich działań, jako bezprawnych nie jest natomiast oczywista, gdyż prawo posługuje się często ogólnymi kryteriami takimi jak np. w prawie polskim - „stosunek towarzyski i rodzinny”, „pojedyncze egzemplarz”, „naruszanie słuszych interesów twórcy” itd., które mogą być rozmaicie interpretowane. Wielu użytkowników nie rozróżnia subtelności w obrębie pojęć prawnych i nie jest w stanie ocenić, czy ich działanie mieści się w granicach określonych instytucji prawnych.

pośredników czerpiących komercyjne korzyści z twórczości, a i to nie zawsze. Skala niekomercyjnej wymiany wymaga natomiast rozwiązań o innym charakterze.

Zarówno całkowite wyeliminowanie zjawiska swobodnej wymiany utworów w internecie, jak i jego zaakceptowanie przy jednoczesnym zachowaniu monopolu autorskiego i kontroli nad rozpowszechnianiem utworów wydaje się niemożliwe bez permanentnej, technicznej kontroli użytkowników i funkcjonowania odpowiedniego aparatu represji. To z kolei może godzić w podstawowe prawa jednostki, a ponadto nie mogłoby zostać zrealizowane bez poniesienia ogromnych kosztów².

W ramach tej dyskusji nie można nie odnieść się do stanowiska, zgodnie z którym problem naruszeń rozwiąże się sam w sytuacji zaistnienia odpowiednio bogatej oferty serwisów dysponujących stosownymi licencjami od uprawnionych (płatnych lub oparte o inne modele biznesowe). Początkowo myślano, że rozwój takich serwisów spowoduje, że użytkownicy zaprzestaną korzystania z serwisów p2p. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez International Federation of the Phonographic Industry, w 2004 roku zaobserwowano znaczny wzrost zakupu muzyki online i jednocześnie odnotowano spadek nielegalnych pobrań z 900 do 780 milionów.³ Trzeba jednak pamiętać, że wynagrodzenie z serwisów udostępniających utwory legalnie i tak stanowiło 1-2% rocznych przychodów producentów muzycznych⁴, a utwory i tak były udostępniane poza tym systemem. Sytuacja ta może się oczywiście zmieniać i zmienia się, chociażby w związku z nasileniem kampanii promujących serwisy autoryzowane, dalszym rozbudowywaniem ich oferty itd. Rozwój autoryzowanych serwisów nie oznacza jednak sam w sobie, że zjawisko niekomercyjnego dzielenia się utworami zniknie, w związku z czym nie ma potrzeby jego prawnej regulacji.

Swoboda dzielenia się w zamian za stosowne wynagrodzenie dla uprawnionych?

Podsumowując, całkowite wyeliminowanie niekomercyjnej wymiany utworów w internecie nie wydaje się rozwiązaniem, a dalsze próby zapanowania nad wymianą plików, oparte na modelu kontroli nie rokują powodzenia bądź niosą ze sobą ryzyko zagrożeń w innych obszarach. Najprawdopodobniej i tak będzie dochodziło do udostępniania utworów na Internecie. Konieczne jest zatem znalezienie innej bardziej skutecznej koncepcji, która pozwoli pogodzić różne grupy interesów.

Prawo autorskie w obecnym kształcie nie przystaje do dzisiejszych realiów, nic zatem dziwnego, że wszelkie próby jego zastosowania do rozwijających się technologii są skazane na niepowodzenie. Skoro tradycyjna metoda kontroli i zakazów nie jest możliwa do efektywnego wdrożenia, warto zastanowić się nad zmianą założeń. Należy zatem poddać prawo autorskie ponownej interpretacji przy uwzględnieniu obecnego stanu techniki oraz potrzeb i możliwości społeczeństwa informacyjnego. Legalizacja swobody używania utworów w internecie w celach niekomercyjnych przy jednoczesnym zapewnieniu wynagrodzenia uprawnionym z praw autorskich wydaje się w tej sytuacji pewnym rozwiązaniem. Taka propozycja może wydawać się dość radykalna, ale po bliższej analizie i przyjęciu pewnych założeń, możliwa do wdrożenia. Ostatecznie prawo autorskie niejednokrotnie było poddawane reformom – można to zatem uczynić po raz kolejny.⁵

Jakakolwiek koncepcja mająca na celu regulację udostępniania plików w polskim prawie autorskim musi mieć taki kształt, który będzie zgodny z obowiązującymi standardami międzynarodowymi. Rozwiązaniem Idealnym w dobie internetu byłoby przyjęcie międzynarodowej konwencji, regulującej zagadnienie w sposób globalny. Tego trudno się jednak spodziewać w najbliższym

² Zob. Raport przedstawiony francuskiemu Ministerstwu Kultury 10.03.2005, A. Brugidou, G. Kahn, *Etude des solutions de filtrage des échanges de musique sur internet dans le domaine du Peer-to-peer*.

³ E. Desplanque, *Musique: oreilles en pointe: Télérama 11 May 2005*, no. 2887, s. 62 [w:] C. Bernault, A. Lebois, s. 11.

⁴ Ibid.

⁵ M. de Zwart, [1996] *Copyright in cyberspace*, *Alternative Law Journal* 266, 270.

czasie, a problemy, jakie generuje brak jasnych ustaleń co do niekomercyjnej wymiany plików wymaga zdecydowanej reakcji.

Niekomercyjna wymiana utworów a prawo autorskie

Niekomercyjna wymiana utworów

Zjawisko, którego propozycja regulacji została omówiona w niniejszym dokumencie można ogólnie określić jako „niekomercyjna wymiana utworów w internecie”⁶. Ściśle rzecz ujmując, chodzi o publiczne udostępnianie i pobieranie utworów i przedmiotów praw pokrewnych dokonywane w ramach tzw. *peer-to-peer* rozumianego jako model komunikacji w sieci komputerowej oparty na równorzędności stron (w przeciwieństwie do relacji „klient-serwer”)⁷. W modelu tym każdy komputer stale „adaptuje się” do funkcji serwera lub klienta, gdyż żadna z nich nie jest z góry preferowana.

W omawianym modelu to użytkownik komputera jest jego administratorem w sensie, w jakim to pojęcie jest używane w praktyce korzystania z systemów teleinformatycznych, tj. to użytkownik, a nie np. producent oprogramowania lub dostawca usługi ma pełną kontrolę nad tym, jakie pliki komputer udostępnia lub odbiera. Tym samym, sytuacje, w których dochodzi do udzielenia przez użytkownika osobie trzeciej prawa do wpływania na proces udostępniania lub odbierania plików wyłącza się spod zakresu proponowanej regulacji.

Ostatnim istotnym elementem stosowanego w niniejszym dokumencie pojęcia „niekomercyjna wymiana utworów” jest niekomercyjność rozumiana jako brak finansowych przychodów z tytułu udostępniania lub pobierania utworów zarówno po stronie udostępniającego, jak i po stronie pobierającego.

Majątkowe prawa autorskie w ramach niekomercyjnej wymiany utworów

W ramach wymiany plików zawierających materiał chroniony prawem autorskim dochodzi zasadniczo do dokonania dwóch czynności: pobrania pliku⁸, co pozwala użytkownikowi na uzyskanie pliku od innego użytkownika oraz do udostępnienia pliku, który umożliwia innym osobom dostęp do pliku jego pobranie.

Pobranie utworu wymaga stworzenia jego kopii, która to czynność – zarówno w przypadku praw autorskich jak i pokrewnych - wkracza w prawo do zwielokrotniania utworu. Z kolei udostępnianie pliku wkracza w prawo do publicznego udostępniania utworów (*making available*) będącego w przypadku autorów częścią prawa do publicznego komunikowania utworu (*communication to the public*). Niekomercyjna wymiana utworów pozostaje zatem w ramach pól eksploatacji określonych prawem autorskim i, co do zasady (np. o ile nie stanowi dozwolonego użytku), każdorazowo będzie wymagała zgody uprawnionego.

Powyżej zastosowana nomenklatura, co do określenia poszczególnych praw, które trzeba rozważyć w ramach niekomercyjnej wymiany utworów zaczerpnięta jest z Traktatu WIPO o prawie autorskim⁹. Ponieważ jednak zagadnienie wymaga analizy także innych aktów prawnych, w tym

⁶ W przypadku przyjęcia omawianego rozwiązania, należałoby przyjąć precyzyjnie określoną definicję legalną.

⁷ <http://pl.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>. Faktem jest, że programy pozwalające na wymianę plików różnią się wewnętrzną strukturą, co ma znaczenie z perspektywy kwalifikacji prawnej zachowań związanych z udostępnianiem i pobieraniem zasobów chronionych przez przepisy prawa autorskiego. Historia poszczególnych platform p2p pokazuje jednak, że struktury te – tworzone często celem uzasadnienia legalności działań użytkowników - nie były wystarczające i konstrukcje prawne, na których się one opierały były kwestionowane.

⁸ Oczywiście możliwe jest też pobieranie plików bez ich udostępniania, niemniej z uwagi na omawianą w niniejszym dokumencie problematykę nie ma konieczności odrębnego omawiania tej formy korzystania z utworów. Szerzej zob. J. Chwałba, *Korzystanie...*, s. 23.

⁹ Traktat WIPO o prawie autorskim (WCT) Genewa (1996), Dz. Urz. L 89 z 11.04.2000 r., str. 8-14; Polskie wydanie specjalne: rozdz. 11, t. 33, s. 210-216.

aktów prawa międzynarodowego, trzeba w tym miejscu zwrócić uwagę na brak konsekwencji w tłumaczeniach terminów w poszczególnych aktach prawnych na język polski. Tytułem przykładu:

InfoSoc ¹⁰	Right of communication to the public (motyw 23, art. 3 ust. 1)	Prawo do publicznego udostępniania utworu
	Right to make available (motyw 24, art. 3 ust. 2)	Prawo podawania do publicznej wiadomości
Traktat WIPO o prawie autorskim	right of communication to the public (art. 8)	prawo publicznego komunikowania,
	making available (art. 8)	publiczne udostępnianie
Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach ¹¹	Right of making available (art. 10)	Prawo publicznego udostępniania (utrwalonych artystycznych wykonań)
	Right to Remuneration for Broadcasting and Communication to the Public (art. 15)	Prawo do wynagrodzenia za nadania i komunikowanie publiczności
Konwencja Berneńska ¹²	Communication to the public (art. 11bis, 11ter, art. 14)	Publiczne rozpowszechnianie
	Communication to the public (art. 7, art. 12, art. 13d)	Publiczne odtworzenie

Z uwagi na powyższe rozbieżności, uwzględniając charakter danego prawa i najwierniejsze oddanie znaczenia konsekwentnie stosowanych terminów angielskojęzycznych - w niniejszym opracowaniu: termin *making available* – będzie w niniejszym dokumencie jednolicie tłumaczony jako publiczne udostępnianie, natomiast *communication to the public* jako – publiczne komunikowanie (tj. tak jak w Traktacie WIPO o prawie autorskim).

Prawa pokrewne

Omawiając propozycję uregulowania niekomercyjnej wymiany utworów, należy wziąć pod uwagę, że taka regulacja powinna objąć zarówno prawo autorskie jak i prawa pokrewne. Dlatego jakakolwiek propozycja musiałaby być zgodna z konwencjami międzynarodowymi, których Polska jest stroną, w odniesieniu do obu tych praw.

Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach i Konwencja Rzymska¹³ odnoszą się do praw pokrewnych do fonogramów. Ich przepisy (odpowiednio w art. 16 oraz art. 15(2)) zawierają wytyczne, iż w stosunku do praw artystów wykonawców i producentów fonogramów można stosować ten sam rodzaj ograniczeń i wyjątków, jakie dane ustawodawstwo przewiduje w stosunku do praw autorskich do dzieł literackich i artystycznych. Analogiczne rozwiązanie przewiduje Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach audiowizualnych¹⁴ (art. 13 Traktatu). Jeżeli natomiast chodzi o prawo europejskie, to dyrektywa InfoSoc reguluje kwestię ograniczeń i wyjątków jednakowo w stosunku do wszystkich uprawnionych.

Z powyższych względów, na potrzeby niniejszej dyskusji, każdorazowe dokonywanie rozróżnienia na prawo autorskie i prawa pokrewne nie wydaje się szczególnie konieczne. Tym samym uwagi dotyczące prawa autorskiego i utworów zawarte w niniejszym dokumencie odnoszą się także do praw pokrewnych i przedmiotów tych praw.

¹⁰ 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.

¹¹ Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r.

¹² Konwencja berneńska – Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (Dz. U. Z 1935 r. Nr 84, poz. 515 z późn. zm.) w brzmieniu nadanym Aktem paryskim konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych, sporządzonym w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r. (Dz. U. Z 1990 r. Nr 82, poz. 474, zał.).

¹³ Międzynarodowa konwencja o ochronie artystów wykonawców, producentów fonogramów i organizacji nadawczych, sporządzona w Rzymie w dniu 26 października 1961 r. (Dz. U. Z 1997 r. Nr 125, poz. 800).

¹⁴ Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach audiowizualnych przyjęty 26 czerwca 2012 r. w Pekinie.

Możliwa koncepcja

Koncepcja¹⁵, która wydaje się możliwa do zaakceptowania w obecnych polskich, prawnych realiach¹⁶, zakładałaby następujące działania:

1. doprecyzowanie, iż dozwolony użytek osobisty rozciąga się na akt pobierania utworów z internetu;
2. wprowadzenie odpowiednich regulacji prawnych, dzięki którym pobieranie utworów z internetu zostanie należycie uwzględnione przy podziale opłat reprograficznych przez organizacje zbiorowego zarządzania (art. 20 i 20¹ PrAut);
3. przekazanie organizacjom zbiorowego zarządzania zarządu prawami autorskimi w zakresie udostępniania utworów w ramach niekomercyjnej wymiany utworów,
4. zapewnienie uprawnionym odpowiedniego wynagrodzenia z tytułu korzystania z praw wyłącznych w zakresie niekomercyjnej wymiany utworów. Wynagrodzenie mogłoby być płacone przez użytkowników w formie zryczałtowanej opłaty (opłata licencyjna za licencję blankietową) i przekazywana właściwym organizacjom zbiorowego zarządzania, które na podstawie obiektywnych i transparentnych badań statystycznych będą obliczać i wypłacać wynagrodzenie należne poszczególnym uprawnionym z tytułu korzystania z ich praw wyłącznych.

Prawo do zwielokrotniania (*reproduction right*)

Prawo do zwielokrotniania

Prawo autorskie tradycyjnie dotyczyło zwielokrotniania - to najstarsze z „pakietu” praw objętych monopolem autorskim.¹⁷ W świecie analogowym korzystanie z danego egzemplarza utworu nie wymaga jego kopiowania; kopiowanie, jeżeli następuje, jest skutkiem podjęcia świadomego, zamierzonego działania. W środowisku zdigitalizowanym praktycznie każda czynność, nawet zwykły dostęp do informacji, będzie wymagał tworzenia kopii. Konieczność tymczasowego zwielokrotniania, stanowiącego część procesu technologicznego w środowisku cyfrowym została wprawdzie, dostrzeżona przez europejskiego ustawodawcę, który wprowadził odpowiednią regulację w tym zakresie¹⁸, niemniej wciąż pozostaje szereg zagadnień związanych z prawem reprodukcji, które budzą wątpliwości (w tym kwestia dozwolonego użytku w środowisku internetowym).

Ponieważ objęcie niekomercyjnej wymiany utworów zakresem dozwolonego użytku wydaje się szczególnie prostym i atrakcyjnym rozwiązaniem, dla porządku należy omówić możliwość jego zastosowania.

Dozwolony użytek w prawie polskim

Dozwolony użytek osobisty jako ograniczenie prawa wyłącznego do zwielokrotniania utworu znalazł wyraz w polskim ustawodawstwie. Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 2 PrAut:

1. Bez zezwolenia twórcy wolno nieodpłatnie korzystać z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego. Przepis ten nie upoważnia do budowania według cudzego utworu

¹⁵ Jak wskazują C. Bernault, A. Lebois, w literaturze można odnaleźć różne postulaty bazujące na podobnych założeniach, np. Fisher, *An alternative compensation system*, Stanford University Press, August 2004, T. Krim, *Le peer-to-peer, un autre modèle économique pour la musique*, p.165.

¹⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. Z 2016 r. poz. 666, 1333 ze zm.).

¹⁷ Art. 9(1) Konwencji Berneńskiej, Art. 2 Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach.

¹⁸ Art. 5 (1) InfoSoc: Tymczasowe czynności zwielokrotniania określone w art. 2, które mają charakter przejściowy lub dodatkowy, które stanowią integralną i podstawową część procesu technologicznego i których jedynym celem jest umożliwienie:

- a) transmisji w sieci wśród osób trzecich przez pośrednika, lub
- b) legalnego korzystania z utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną i które nie mają odrębnego znaczenia ekonomicznego, będą wyłączone z prawa do zwielokrotniania określonego w art. 2.

architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego oraz do korzystania z elektronicznych baz danych spełniających cechy utworu, chyba że dotyczy to własnego użytku naukowego niezwiązanego z celem zarobkowym.

2. Zakres własnego użytku osobistego obejmuje korzystanie z pojedynczych egzemplarzy utworów przez krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego.

Dozwolony użytek osobisty upoważnia do bezpłatnego korzystania z utworu w celach prywatnych bez zgody autora. Instytucja ta będąca niejako zalegalizowaniem nieuniknionego korzystania z utworów w celach prywatnych¹⁹ jest przejawem racjonalnego działania ustawodawcy. U jej podstaw leży przekonanie, że nie warto ustanawiać prawa, którego przestrzegania nie można kontrolować²⁰.

Aby móc skorzystać z instytucji dozwolonego użytku konieczne jest spełnienie kilku przesłanek. Należą do nich m.in. wcześniejsze rozpowszechnienie utworu²¹, korzystanie z utworu jedynie w ramach własnego użytku osobistego oraz przestrzeganie kilku wyłączeń przedmiotowych z zakresu tej instytucji (wyjątek od dozwolonego użytku przewidziano dla programów komputerowych²² i baz danych spełniających cechy utworu oraz utworów architektonicznych oraz architektoniczno-urbanistycznych²³). Te warunki natury ogólnej można z powodzeniem zastosować do pobierania utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany.

Biorąc pod uwagę powyższe *ratio legis* jak i treść przepisów polskiej ustawy, można uznać, że już na chwilę obecną pobieranie utworów z internetu, w tym również w ramach niekomercyjnej wymiany utworów jest dozwolone w zakresie własnego użytku osobistego. Niemniej, z uwagi na pojawiające się w doktrynie wątpliwości co do funkcjonowania instytucji dozwolonego użytku w internecie, kilka kwestii wymagałoby dla porządku doprecyzowania.

[„egzemplarz”] Pojęcie „pojedynczych egzemplarzy” wprowadzono do art. 23 ust. 2 PrAut nowelą z 2004 roku.²⁴ Mimo że celem ustawodawcy nie była zmiana stanu prawnego, a jedynie jego doprecyzowanie²⁵, wydaje się, że cel ten nie został osiągnięty. W literaturze wielokrotnie wyrażano wątpliwości w związku z powyższą nowelizacją.²⁶

Użycie słowa „egzemplarz” może sugerować, że dozwolony użytek zawężony jest do materialnych nośników, jako że określenia tego nie używa się dla wersji cyfrowych. Ta interpretacja nie zasługuje jednak na aprobatę, brak jest bowiem racjonalnych przesłanek do rozróżnienia w kontekście dozwolonego użytku „egzemplarzy elektronicznych” – od tych w tradycyjnym ujęciu. Co więcej, traktowanie materialnego nośnika jako wyznacznika w tym względzie nie jest właściwe, ponieważ utwór zdigitalizowany jest zawsze utrwalony na jakimś nośniku materialnym. Tym samym pobieranie utworu w ramach niekomercyjnej wymiany jest niczym innym jak kopiowaniem utworu z jednego nośnika na drugi (z twardego dysku komputera udostępniającego na twardy dysk pobierającego), a więc nie różni się np. od kopiowania utworów z jednej płyty CD na inną.²⁷ Równie niejasne jest odniesienie się do terminu „pojedynczych” egzemplarzy, co zwłaszcza w środowisku cyfrowym zdaje się nie mieć żadnego uzasadnienia.

¹⁹ E. Preussner-Zamorska, *Dozwolony użytek chronionych utworów* [w:] J. Barta (red.) *System...*, Kraków 2005, s. 380.

²⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, s. 157, Warszawa 2010.

²¹ Zgodnie z art. Art. 6 ust.1pkt 3) za rozpowszechniony uważa się utwór, który za zezwoleniem twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie.

²² Art. 77 PrAut.

²³ Art. 23 ust. 1 PrAut.

²⁴ Dz.U.2004.91.869.

²⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, s. 158, Warszawa 2010.

²⁶ Zob. rozważania J. Chwalby dot. „egzemplarza” w rozumieniu art.23 PrAut, J. Chwalba, *Korzystanie...*s. 33.

²⁷ *Ibid*, s. 35.

[„rozpowszechnianie”] Kolejny warunkiem, który musi zostać spełniony, ażeby dozwolony użytek mógł zostać zastosowany, jest fakt rozpowszechnienia utworu. Rodzi się jednak pytanie, czy utwór ma być rozpowszechniony jakkolwiek, czy może powinien zostać rozpowszechniony w sposób i w celu umożliwiającym jego pobranie. Innymi słowy – czy możliwe jest korzystanie w ramach dozwolonego użytku z plików, które zostały umieszczone przez uprawnionego np. na stronie internetowej z możliwością ich pobrania, czy chodzi o możliwość korzystania z utworu niezależnie od jego pochodzenia.

PrAut stanowi, że utwór jest rozpowszechniony, o ile jest udostępniony publicznie za zgodą autora w jakikolwiek sposób (zob. art. 6 ust. 1 pkt 1) i 3) PrAut). Wydaje się więc, że dla celów dozwolonego użytku wystarczające jest jakiegokolwiek uprzednie rozpowszechnienie w rozumieniu ustawy. Gdyby bowiem ustawodawca chciał objąć zakresem dozwolonego użytku jedynie utwory rozpowszechnione w konkretny sposób, dokonałby należytego rozróżnienia w przepisach. Uprawnione jest zatem twierdzenie, że wystarcza, aby utwór był dostępny publicznie w jakikolwiek sposób.

Również w literaturze można odnaleźć głosy, że utwór rozpowszechniony w rozumieniu art. 23 i art. 6 pkt 3 PrAut może być przedmiotem dozwolonego użytku prywatnego niezależnie od tego, czy jego późniejsze rozpowszechnienie, wprowadzenie do sieci Internet, czy też udostępnienie w ramach *p2p* nastąpiło legalnie, czy nie²⁸. W przypadku więc dzieł rozpowszechnionych, dozwolony użytek prywatny nie może na gruncie polskiej ustawy zostać wykluczony w sytuacji uzyskania utworu ze źródła budzącego wątpliwości pod względem prawnym.²⁹ Jak słusznie zauważa J. Chwalba w świetle ustawy PrAut nie można mówić o utworze rozpowszechnionym legalnie lub nielegalnie, a interpretacja, zgodnie z którą korzystanie z utworów mieści się w granicach dozwolonego użytku, jeśli utwór został legalnie wprowadzony do sieci, jest zbyt daleko idąca³⁰.

[„krąg osób pozostających w związku osobistym”] Udostępnianie w ramach dozwolonego użytku jest możliwe pod warunkiem, że odbywa się w „kręgu pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego”. Niewątpliwie akcent położony jest na „pozazawodowy” charakter relacji, który tradycyjnie odnosił się głównie do osób najbliższych użytkownikowi. Obecnie jednak takie rozumienie „kręgu najbliższych osób” straciło na aktualności. Biorąc pod uwagę globalizację, rozwój techniki i idący z nimi w parze dzisiejszy sposób nawiązywania i utrzymywania relacji w sieci, wymiana utworów pomiędzy osobami związanymi „wirtualnie” powinno być uznane za pozostające w ramach dozwolonego użytku osobistego.³¹ Powyższa interpretacja na gruncie obecnych przepisów wymagałaby jednak wyraźnego doprecyzowania ustawowego kręgu towarzyskiego, w ramach którego dozwolony użytek byłby dopuszczalny, z uwzględnieniem specyfiki dzisiejszych realiów. Warto w tym kontekście przywołać propozycję zmiany ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych proponowaną przez posłów w 2012 roku, której celem było rozszerzenie zakresu stosunku towarzyskiego i uwzględnienie w jego ramach kontaktów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.³² Propozycja ta została jednak wycofana z rozpatrywania.

²⁸ J. Chwalba, *Korzystanie ...*, s. 31.

²⁹ E. Ferenc-Szydełko (red.), *Komentarz do art. 23 PrAut, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Legalis, 2011.

³⁰ Ibid. Zob. też uwagi w kontekście Prawa Europejskiego poniżej, dotyczące legalnych źródeł pochodzenia utworów, w świetle ostatniego wyroku TSUE C-435/12. W literaturze można odnaleźć poglądy, zgodnie z którymi użytkownik, który ściąga utwory znajdujące się na zdalnym serwerze lub komputerze innego użytkownika nielegalnie zwielokrotnione, nie mógłby powołać się na dozwolony użytek osobisty. Zob. E. Traple, komentarz do art. 23 PrAut [w:] J. Barta (red.), R. Markiewicz (red.), M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkalski, K. Felchner, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*. Lex, 2011.

³¹ E. Konopczyńska, *Granice dozwolonego użytku prywatnego*, s. 6.

³² „Zakres własnego użytku osobistego obejmuje korzystanie z pojedynczych egzemplarzy utworów przez krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego, zarówno bezpośredniego, jak i pośredniego, istniejącego pomiędzy osobami w ramach ich kontaktów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą

W kontekście art. 23 ust. 2 PrAut, trzeba się też odnieść do pomysłu (szczególnie w środowiskach użytkowników korzystających technologii *file share*) rozszerzenia ustawowego „kręgu” na wszystkie osoby, które „łączą się” z danym użytkownikiem w ramach niekomercyjnej wymiany utworów. Wydaje się, że takie rozszerzenie (niezależnie od przeszkód mających źródło w innych przepisach prawa, czym mowa poniżej), nawet przy bardzo elastycznej wykładni, nie będzie możliwe. O ile bowiem faktyczne relacje i kontakty nawiązywane w sieci można uznać, za pozostające w ramach osobistych związków, o tyle trudno uznać za takie nieokreśloną bliżej grupę osób, której części dany użytkownik nie jest nawet w stanie zidentyfikować. W pewnym sensie takie rozwiązanie byłoby obejściem prawa (w stosunku do prawa do publicznego udostępniania) a ponadto nie przeszłoby pomyślnie tzw. testu trzystopniowego.

Prawo Europejskie

Dozwolony użytek osobisty został przewidziany w dyrektywie InfoSoc. Zgodnie z jej art. 5 ust. 2 lit. b) wyjątki lub ograniczenia prawa do zwielokrotniania mogą zostać przewidziane „w odniesieniu do zwielokrotniania na dowolnych nośnikach przez osobę fizyczną do prywatnego użytku i do celów ani bezpośrednio, ani pośrednio handlowych, pod warunkiem że podmioty praw autorskich otrzymają godziwą rekompensatę, uwzględniającą zastosowanie lub niezastosowanie środków technologicznych określonych w art. 6, w odniesieniu do danych utworów lub przedmiotów objętych ochroną”.

W parze z powyższym artykułem zacytować można art. 5 ust. 3 lit. o) InfoSoc, zgodnie z którym Państwa Członkowskie mogą wprowadzić wyjątki i ograniczenia od prawa reprodukcji w przypadku *korzystania w niektórych innych przypadkach o mniejszym znaczeniu, jeśli wyjątki lub ograniczenia są już przewidziane w prawie krajowych i o ile dotyczy jedynie analogicznych form korzystania i nie narusza swobodnego obrotu towarów i usług na obszarze Wspólnoty bez naruszania innych wyjątków i ograniczeń zawartych w niniejszym artykule.*

Dozwolony użytek zgodnie z dyrektywą InfoSoc znajduje zastosowanie jedynie do prawa reprodukcji – niemożliwe jest zatem jego rozciągnięcie na prawo do publicznego udostępniania. Dyrektywa nie zawiera natomiast ograniczeń co do formy analogowej („egzemplarzy”) ani do ich liczby tak, jak czyni to polski ustawodawca. Wydaje się zatem, że w zakresie aktu pobierania utworów z internetu, (w tym również w ramach niekomercyjnej wymiany plików) proponowana wyżej wykładnia dozwolonego użytku, pozostaje zgodna z duchem dyrektywy.

Test trzystopniowy

Trzeba jednak pamiętać, że stosownie do wymogów dyktowanych dyrektywą, wyjątki mogą być stosowane tylko w niektórych szczególnych przypadkach, które nie naruszają normalnego wykorzystania dzieła lub innego przedmiotu objętego ochroną ani nie powodują nieuzasadnionej szkody dla uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich (art. 5 ust.5 infoSoc). Warunki tego tzw. ‘trzystopniowego testu’ muszą być spełnione łącznie. Szereg „niekorzystnych” z punktu widzenia użytkownika wyroków wydanych do tej pory przez sądy Państw Członkowskich, mogłyby prowadzić do wniosku, że udostępnianie utworów w ramach niekomercyjnej wymiany plików testu tego nie spełnia.³³ Jak słusznie jednak zauważa E. Konopczyńska, wąska interpretacja testu pozwoliłaby jednak na zakwestionowanie praktycznie każdej formy dozwolonego użytku osobistego.³⁴ Ponadto restrykcyjna interpretacja wydaje się chronić jedynie interesy ekonomiczne uprawnionych z pominięciem, jakże istotnego interesu publicznego wyrażającego się choćby w dostępie do kultury i informacji. Z tego względu taki sposób interpretacji należy odrzucić i dać priorytet wykładni, która zapewni równowagę pomiędzy użytkownikami i uprawnionymi.

elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.) w tym za pośrednictwem Internetu”. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=916>

³³ Zob. rozważania zawarte w: M. Kępiński, J. Kępiński, K. Klafkowska, T. Waśniowska, R. Sikorski, *Granice prawa autorskiego*, rozdział II, 2010, Legalis.

³⁴ E. Konopczyńska, *Granice...*, s. 9.

Tendencje do mniej rygorystycznej wykładni wyjątków prawa autorskiego można odnaleźć np. u Hugenholtza³⁵. Opowiada się on za maksymalnie elastycznym podejściem do interpretacji prawa autorskiego w zakresie ograniczeń i wyjątków prawa autorskiego na poziomie europejskim. proponuje maksymalnie elastyczną interpretację InfoSoc. Przy zastosowaniu takiej elastycznej interpretacji, co jest coraz częściej postulowane w literaturze przedmiotu, trzystopniowy test wydaje się być spełniony w odniesieniu do wyjątku zwielokrotniania utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany.

Pobieranie z legalnych źródeł

Powyżej została już wyrażona opinia, że dozwolony użytek nie powinien rozróżniać utworów, w zależności od tego, z jakiego pochodzą źródła. Niemniej, faktem jest, że w ostatnich latach toczy się dyskusja na temat możliwości korzystania w ramach dozwolonego użytku z utworów, które nie pochodzą z legalnego źródła.

Omawiając tę kwestię na gruncie prawa europejskiego nie można pominąć wydanego niedawno wyroku TSUE z dnia 10 kwietnia 2014 r W sprawie *ACI Adam BV i in. przeciwko Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*, C 435/12. W sprawie tej Trybunał uznał, że Prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie obowiązywaniu regulacji w prawie krajowym, które nie rozróżnia sytuacji, w której źródło służące za podstawę sporządzenia kopii na użytek prywatny jest legalne, od sytuacji, w której źródło to jest nielegalne. Wydaje się jednak, że wyrok ten jednak nie stoi w sprzeczności z modelem zaproponowanym w niniejszym dokumencie. Przy założeniu bowiem, że niekomercyjna wymiana utworów zostanie prawnie zaakceptowana, utwór pobrany od innego użytkownika będzie de facto utworem pochodzącym z legalnego źródła.

Alternatywnie można rozważyć przyjęcie rozwiązania na wzór rozwiązania niemieckiego, w którym dozwolonym użytkowaniem objęte są tylko te utwory co do których korzystający ma co najmniej uzasadnione przekonanie, że zostały legalnie udostępnione.³⁶ Trzeba jednak zwrócić uwagę na faktyczne trudności po stronie użytkownika, a wręcz niemożliwość w ustaleniu, które utwory trafiły do sieci w sposób „legalny”, a które nie. Wprowadzenie zatem przepisów o podobnym do niemieckiej ustawy kształcie, przy jednoczesnym zalegalizowaniu niekomercyjnej wymiany utworów, mogłoby okazać się niecelowe.

Dozwolony użytek a prawo międzynarodowe

Dozwolony użytek jako ograniczenie prawa wyłącznego w postaci zezwolenia na kopiowanie w prywatnych celach od dawna był obecny w różnych systemach prawa autorskiego³⁷ i generalnie uzasadniany koniecznością zapewnienia równowagi między uprawnionymi a użytkownikami oraz względami praktycznymi (niemożliwość zrealizowania uprawnień w tym obszarze).

Przepisy konwencji międzynarodowych o prawie autorskim od początku przewidywały możliwość ograniczenia prawa do reprodukcji, w pewnych szczególnych wypadkach, pod warunkiem, że reprodukcja ta nie wyrządzi szkody normalnemu korzystaniu z dzieła ani nie przyniesie nieuzasadnionego uszczerbku prawowitym interesom autora. A zatem, aby pobieranie utworów w ramach niekomercyjnej ich wymiany mogło zostać uznane za dopuszczalne w zakresie prywatnego użytku, musi spełniać dyktowany przez konwencje międzynarodowe test trzystopniowy³⁸. W tym

³⁵ <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>

³⁶ Jak podaje J. Chwalba - zwolennikami takiego rozwiązania są J. Barta i R. Markiewicz, którzy postulują, że „należałoby ograniczyć dozwolony użytek tylko do korzystania z utworów, co do których powołujący się na tę instytucję ma co najmniej uzasadnione przekonanie, iż eksploatuje utwór legalnie udostępniany” – J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 148.

³⁷ Helberger-Hughenoltz, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, 22 BTLJ, 2007, 1060-1098, 1065.

³⁸ Art. 9(2) Konwencji Berneńskiej, art. 13 TRIPS, art. 10 Traktatu WIPO o prawie autorskim, art. 16(2) Traktatu WIPO artystycznych wykonaniach i fonogramach.

przypadku, podobnie jak przy interpretacji InfoSoc, mimo trudności w stosowaniu niejasnych kryteriów testu, wydaje się, że nie brakuje argumentów, aby uznać, że jego kryteria zostały spełnione (w szczególności, że ewentualny ujemny interes miałby zostać zniwelowany przez zapewnienie prawa do wynagrodzenia)³⁹.

Podsumowanie

Obecnie zatem na gruncie prawa polskiego przy uwzględnieniu wymogów dyktowanych przepisami prawa europejskiego i międzynarodowego można przyjąć, że dozwolony użytek:

- obejmuje prawo do korzystania z utworów rozpowszechnionych, przy czym wystarczające jest jakiegokolwiek rozpowszechnienie w rozumieniu ustawy za zgodą autora;
- obejmuje także „elektroniczne egzemplarze” utworów, przy czym pojęcie „pojedyncze” nie powinno mieć zastosowania z uwagi na specyfikę środowiska cyfrowego;
- odnosi się do czynności pobierania (kopiowania) w internecie pod warunkiem, że pobierając, użytkownik jednocześnie nie rozpowszechnia utworu;
- udostępnianie utworów może być objęte użytkowaniem osobistym, jedynie wówczas, gdy dotyczy kręgu towarzyskiego wskazanego w ustawie, przy czym powinno to uwzględniać „wirtualne relacje” międzyludzkie.

Wydaje się, że już na chwilę obecną istnieją podstawy do uznania, że przepisy polskiej ustawy – interpretowane w kontekście wymogów dyktowanych przez prawo europejskie i konwencje międzynarodowe zezwalają na stosowanie dozwolonego użytku do aktu reprodukcji (pobierania) w ramach niekomercyjnej wymiany utworów. Niemniej, w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości należałoby doprecyzować zapisy art. 23 PrAut poprzez wyraźne zaznaczenie, że przepis ten obejmuje swoim zakresem korzystanie z „elektronicznych egzemplarzy” (kopii) utworów, usunięcie z przepisu odniesienia do „pojedynczych” egzemplarzy, ustalenie że wymóg wcześniejszego rozpowszechnienia utworu dotyczy jakiegokolwiek wcześniejszego rozpowszechnienia utworu za zgodą autora, a krąg osób odnosi się do relacji *on-line*. Regulacja w takim ujęciu nie wyjdzie poza ramy obowiązującego prawa, będzie natomiast w stanie wyjść naprzeciw dzisiejszym realiom.

W świetle obowiązujących przepisów nie jest natomiast możliwe rozszerzenie dozwolonego użytku na akt udostępniania utworów w ramach niekomercyjnej wymiany, m.in. z uwagi na fakt, że dyrektywa InfoSoc zezwala na stosowanie omawianego wyjątku jedynie w stosunku do prawa reprodukcji (wyjątek uregulowany w art. 5 ust. 2 lit. b) InfoSoc dotyczy tylko prawa zwielokrotniania (*reproduction right*). Dyrektywa nie przewiduje analogicznego rozwiązania dla publicznego udostępniania. Ponadto InfoSoc zawiera wyczerpujące wyliczenie wyjątków i wyłączeń od prawa autorskiego (zob. motyw (32) InfoSoc). Żaden z przepisów przewidujących wyjątki od prawa do publicznego komunikowania lub publicznego udostępniania ani też inne przepisy dyrektywy⁴⁰, nad których analogicznym zastosowaniem można by było się zastanowić, nie pozwalają na przyjęcie niekomercyjnej wymiany utworów jako wyjątku od prawa autorskiego.

Ponadto wydaje się, że próba rozszerzenia kręgu najbliższych osób, o którym mowa w art. 23 ust. 2 PrAut, jest wątpliwa i wydaje się, że nie przeszłaby pomyślnie testu trzystopniowego.

Prawo do publicznego komunikowania utworu (*communication to the public*) i prawo do publicznego udostępniania (*making available*)

Prawo do publicznego komunikowania i prawo do publicznego udostępniania utworu

Kolejnymi prawami, które należy rozważyć w ramach zagadnienia niekomercyjnej wymiany plików jest prawo do publicznego komunikowania utworu oraz prawo do publicznego udostępniania.

³⁹ W literaturze można odnaleźć stanowisko przeciwne, zgodnie z którym zapewnienie wynagrodzenia nie jest satysfakcjonujące do uznania, że test trzystopniowy został spełniony, zob. WIPO, s. 119.

⁴⁰ Np. *Motyw (40)* lub art. 5 ust. 3 lit. o) InfoSoc.

Artykuł 8 Traktatu WIPO o prawie autorskim⁴¹ oraz art. 10 i 14 Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach wprowadziły prawo do publicznego udostępniania utworów tak, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (*making available to the public*), ażeby skończyć dyskusję, czy udostępnianie w sieci mieści się w granicach prawa autorskiego. W Traktacie WIPO o prawie autorskim prawo do publicznego udostępniania jest częścią prawa do publicznego komunikowania (*right of communication to the public*). Natomiast Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach art. 10 i 14 nie przewidują wprost wyłącznego prawa do komunikowania publiczności, a jedynie prawo do wynagrodzenia za komunikowanie publiczności (art. 15). Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach audiowizualnych⁴² z kolei przewiduje zarówno prawo do publicznego udostępniania (art. 10), jak i prawo do publicznego komunikowania, natomiast w zakresie tego drugiego daje państwom możliwość „zamiany” na prawo do odpowiedniego wynagrodzenia (art. 11).

Również na poziomie europejskim prawa te doczekały się regulacji. Zgodnie z motywem (23) InfoSoc prawo autora do publicznego komunikowania utworu (nazwane w polskiej wersji dyrektywy prawem do publicznego udostępniania) to prawo autora, które należy rozumieć w szerszym znaczeniu, jako obejmujące każde udostępnianie utworu odbiorcom nieznanym się w miejscu, z którego przekazywanie pochodzi. Prawo to obejmuje każdą publiczną transmisję lub retransmisję utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym nadawanie programów; prawo to nie powinno obejmować żadnych innych działań. Prawo to, stosownie do art. 3 ust.1 InfoSoc obejmuje prawo do publicznego udostępniania (nazwane w dyrektywie prawem do podawania do publicznej wiadomości). Z kolei prawo do publicznego udostępniania (nazwane w dyrektywie prawem do podawania do publicznej wiadomości) odnosi się do przedmiotów objętych ochroną określonych w art. 3 ust. 2 InfoSoc. Prawo to pokrywa wszystkie czynności polegające na udostępnieniu takich przedmiotów odbiorcom nieznanym się w miejscu, z którego przedmiot objęty ochroną jest podawany do wiadomości i nieobjęte jakichkolwiek innych czynności (motyw (24) InfoSoc).

Powyższe prawa są trudne do jednoznacznego zdefiniowania, a debata dotycząca różnych ich aspektów i interpretacji, nie tylko w środowisku cyfrowym, trwa. Niezależnie od kontrowersji towarzyszących zakresowi i rozumieniu tych praw oraz ich wzajemnych relacji, udostępnianie utworów w ramach niekomercyjnej wymiany utworów będzie pozostawało w zakresie wyłącznego prawa do publicznego udostępniania. Ponieważ jest to prawo wyłączone, niezbędne będzie uzyskanie zgody uprawnionego na korzystanie z niego.

Możliwość wyłączenia udostępniania utworów w ramach niekomercyjnej wymiany utworów z obszaru prawa do publicznego udostępniania

Na wstępie trzeba odnieść się do argumentu, który jest czasem podnoszony, że częściowa lub fragmentaryczna transmisja danego utworu nie stanowi aktu publicznego udostępniania.⁴³ Ostrożności, trzeba przyjąć, że publiczne udostępnianie utworu następuje, jak tylko dane fragmenty dzieła (niezależnie od faktu, czy chodzi o kilka bajtów lub czy dany plik jest podzielony na części i „transportowany” w pakietach, które korzystają z różnych ścieżek w systemach *p2p*) stają się dostępne dla pobrania. Już sam ten akt udostępnienia stanowi o wejściu w strefę prawa do publicznego udostępniania.⁴⁴ Z powyższych względów, należałoby przyjąć rygorystyczne podejście, że zgoda uprawnionego w takich sytuacjach będzie zawsze konieczna, o ile oczywiście

⁴¹ Art. 8 (Prawo publicznego komunikowania): Nie naruszając postanowień artykułów 11(1)(ii), 11bis(1)(i) i (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) i 14bis(1) Konwencji berneńskiej, autorom utworów literackich i artystycznych przysługuje wyłączone prawo zezwalania na publiczne komunikowanie swoich utworów drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym publiczne udostępnianie utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym.

⁴² Traktat zawarty w Pekinie w 2012 roku.

⁴³ C. Bernault, A. Lebois, s. 43.

⁴⁴ Ibid.

ustawodawca nie skorzysta z dopuszczonych prawem międzynarodowym możliwości zrezygnowania z wymogu uzyskiwania tej zgody.

Wydaje się jednak, że w przypadku prawa do publicznego komunikowania brak jest możliwości zrezygnowania z wymogu zgody, gdyż musiałoby się to odbywać jedynie poprzez wprowadzanie ograniczeń praw wyłącznych (dozwolonego użytku) lub licencji przymusowych⁴⁵. Tymczasem, przepisy międzynarodowe powyższych instytucji nie są na tyle szerokie, aby objąć swoim zakresem niekomercyjną wymianę utworów w Internecie. Poza opisanymi wyżej w odniesieniu do prawa do reprodukcji ramami dozwolonego użytku, chodziłoby o następujące kwestie:

Po pierwsze, dyrektywa InfoSoc zawiera zamknięty katalog wyjątków i ograniczeń prawa autorskiego. Wśród nich nie przewidziano żadnego rozwiązania, które pokrywałoby swoim zakresem publiczne udostępnienie utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany.

Po drugie, Art. 11bis(2)⁴⁶ oraz art. 13(1)⁴⁷ Konwencji Berneńskiej poprzez wprowadzenie uprawnień Państw Związku co do pewnych ustaleń zastrzeżeń i warunków, w stosunku do wskazanych w tych artykułach praw wyłącznych dają podstawę prawną do wprowadzenia licencji przymusowych jedynie w niektórych przypadkach (np. nie zostaną objęte taką możliwością np. utwory audiowizualne, jako że Konwencja tego nie przewiduje⁴⁸). Zakres tych artykułów nie jest wystarczający dla wprowadzenia licencji przymusowych w zakresie niekomercyjnej wymiany utworów. Choćby z tego względu zatem licencje takie mogłyby zostać zakwestionowane.⁴⁹

Po trzecie, Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach audiowizualnych zezwala na stosowanie tych samych wyjątków i ograniczeń, które państwa stosują w przypadku dzieł literackich i artystycznych (art. 13).

Po czwarte, Konwencja Rzymska w art. 15(2) przewiduje, że licencje obowiązkowe mogą zostać wprowadzone tylko w takim zakresie, jaki jest przewidziany w Konwencji (przypadki przewidziane Konwencją: art. 7 ust. 2 pkt 2), art. 12, art 13 d)). W związku z tym licencje przymusowe w innych przypadkach – w tym w przypadku niekomercyjnej wymiany utworów nie znajdują podstawy prawnej.⁵⁰

Nie jest wykluczone, że najłatwiejszym sposobem legalizacji niekomercyjnego dzielenia się utworami byłoby właśnie wprowadzenie licencji ustawowych wraz z zagwarantowaniem uprawnionym prawa do wynagrodzenia. Często mówi się, że jeżeli prawa wyłączne nie mogą być wykonywane w tradycyjny sposób przez samych uprawnionych, te prawa powinny być zmienione w prawo do wynagrodzenia⁵¹. Wydaje się jednak, że na tę chwilę brak jest możliwości

⁴⁵ Przy czym pojęcia „licencja przymusowa” użyte jest tutaj nie w znaczeniu, jakie funkcjonuje w polskim prawie własności przemysłowej (przymusowe licencje patentowe udzielane), ale w znaczeniu szerszym, które obejmuje nie tylko takie licencje, ale też i uprawnienia do korzystania z utworu wynikające z przepisów prawa w zamian za ustaloną z góry opłatę (licencje ustawowe).

⁴⁶ Art. 11bis(2) (dot. nadawanie drogą radiowo-telewizyjną, rozpowszechnianie bezprzewodowe, reemisja, emisja przez głośniki itp)

2. Ustanowienie warunków wykonywania praw przewidzianych wyżej w ustępie 1 należy do ustawodawstwa państw należących do Związku, lecz warunki te będą mieć moc obowiązującą ściśle ograniczoną tylko do państwa, które je ustanowiło. Nie mogą one w żadnym wypadku naruszać praw osobistych autora ani przysługującego mu prawa otrzymania słusznego wynagrodzenia ustalonego, w braku umowy, przez właściwą władzę.

⁴⁷ Art. 13(1).

1. Każde państwo należące do Związku może w zakresie go dotyczącym – w odniesieniu do wyłącznego prawa autora dzieła muzycznego i autora słów, których zapis wraz z dziełem muzycznym został już przez tego ostatniego dozwolony – ustalić zastrzeżenia i warunki zezwalania na zapis dźwiękowy tego dzieła muzycznego, w odpowiednim wypadku wraz ze słowami; jednakże wszelkie tego rodzaju zastrzeżenia i warunki będą miały ściśle ograniczoną moc obowiązującą tylko w państwie, które je ustaliło, i w żadnym wypadku nie mogą naruszać przysługującego autorowi prawa otrzymania słusznego wynagrodzenia ustanowionego, w braku umowy, przez właściwą władzę.

⁴⁸ C. Bernault, A. Lebois, s. 44, T. Fisher, An alternative compensation system for the entertainment industry: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>.

⁴⁹ C. Bernault, A. Lebois, s. 44. Traktat WIPO o prawie autorskim nakazuje stosowanie przepisów art. 1-21 Konwencji Berneńskiej.

⁵⁰ Ricketson, *Etude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique*, SCCR/9/7, apr. 2003, s. 50 [w:] C. Bernault, A. Lebois, s. 45.

⁵¹ M. Ficsor, *La gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes*, op. cit., no. 20 [w:] C. Bernault, A. Lebois, s. 44.

wprowadzenia takiego rozwiązania z uwagi na ww. zapisy konwencji międzynarodowych i prawa europejskiego.

Przymusowy zarząd zbiorowy

Koncepcja, którą można wdrożyć zgodnie z obowiązującymi przepisami, musi wobec tego uwzględniać konieczność uzyskania zgody uprawnionych na rozpowszechnianie odbywające się w ramach niekomercyjnego dzielenia się utworami, podczas gdy dokonywane w ramach tego samego zwielokrotnianie może być objęte dozwolonym użytkowaniem.

Poniżej należy zatem rozważyć możliwość wprowadzenia przymusowego zarządu prawami autorskimi w zakresie udostępniania utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany. Koncepcja ta wydaje się szczególnie atrakcyjna ze względu na to, że wychodzi naprzeciw potrzebom dzisiejszego społeczeństwa informacyjnego przy jednoczesnym uwzględnieniu interesów osób uprawnionych.

Uzasadnienie dla zarządu przymusowego

Najpełniejszym sposobem realizowania prawa wyłącznego jest niewątpliwie udzielanie licencji indywidualnych. Istnieją jednak sytuacje, gdzie taki sposób realizacji praw jest wysoce utrudniony bądź wręcz niemożliwy. W sytuacjach takich na nic się zdają prawa wyłączne i przepisy *ius cogens*. Sprawdza się natomiast system zbiorowego zarządzania⁵². W doktrynie można wyróżnić głosy, które mówią, że zarząd zbiorowy jest konieczny w takich przypadkach i że indywidualne prawa są praktycznie niemożliwe do zidentyfikowania i konieczność stosowania ogólnych kryteriów na bazie uproszczonych statystyk.⁵³

Mimo że zarządzanie zbiorowe prawami autorskimi może być postrzegane jako ograniczenie praw autorskich, to jednak w określonych sytuacjach pomaga ono uprawnionym egzekwować ich prawa.⁵⁴ Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że zarządzanie kolektywne umacnia pozycję autorów, którzy mogą być „poszkodowani” w obliczu słabych możliwości negocjacyjnych w relacjach biznesowych.⁵⁵ Twierdzenie, że zarząd przymusowy umniejsza uprawnienia wynikające z praw autorskich w sytuacji, gdy zarząd indywidualny jest zupełnie nieefektywny, może wydawać się wewnętrznie sprzeczne.⁵⁶

W przypadku udostępniania utworów w ramach niekomercyjnej wymiany nie ma praktycznie możliwości stosowania zarządu indywidualnego przez „przeciętnego” twórcę. Jeżeli nawet taki zarząd nie jest niemożliwy, to z pewnością nie jest wykonalny bez poniesienia ogromnych nakładów czasu i kosztów.

Ponadto, dokonując oceny zarządu przymusowego, nie można zapomnieć o pozycji użytkownika. Często uzyskanie stosownego pozwolenia przez użytkownika od uprawnionego, negocjacja i wynagrodzenia na indywidualnych warunkach są praktycznie niemożliwe.⁵⁷ Indywidualne licencje, nawet przy założeniu, że sam uprawniony będzie chciał ponosić cały trud związany z zarządzaniem swoimi prawami, nie są w pewnych sytuacjach możliwym do zastosowania rozwiązaniem. W pewnych obszarach – w szczególności tam gdzie korzysta się z wielu utworów wielu uprawnionych (media masowe) lub gdzie dotarcie do uprawnionego jest bardzo trudne, uzyskanie licencji w sposób indywidualny jest nierealne.

⁵² Wipo Guide on the licensing of Copyright and Related Rights, 2004, s. 100.

⁵³ Mrs. Gaudel, French Report: Congrès ALAI 1997, Montebello, p. 622, esp. p. 625, Ficsor, La gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, 2002, no. 341. – oba [w:] C. Bernault, A. Lebois, s. 68.

⁵⁴ S. von Lewinski, [2004], *Mandatory collective administration of exclusive rights-a case study on its compatibility with international and EC copyright law*, e-Copyright Bulletin Lewinski, s. 2, dostępny: http://portal.unesco.org/culture/en/files/19552/11515904771svl_e.pdf/svl_e.pdf.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Tak: S. von Lewinski, *La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur – Etude de cas* : Bull. dr. auteur march 2004 [w:] Bernault / Lebois. s. 67.

⁵⁷ Mr. Ficsor [w:], C. Bernault, A. Lebois, s. 68.

Problemom tym wyszedł naprzeciw europejski ustawodawca ustanawiając zarząd przymusowy prawami autorskimi w niektórych przypadkach. Zarząd taki jest przewidziany m.in.: w dyrektywie satelitarno-kablowej (art. 9 ust.1)⁵⁸, dyrektywie w sprawie najmu i użyczenia (art. 4)⁵⁹ czy też dyrektywie w sprawie wynagrodzenia od odsprzedaży (art. 6 ust. 2)⁶⁰. Co ciekawe, nawet państwa, które prezentują bardzo „tradycyjny” stosunek do praw autorskich tj. Francja, przewidują możliwości zarządu zbiorowego, tam, gdzie jest to konieczne.⁶¹

Polskie prawo autorskie również przewiduje przymusowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania w niektórych wypadkach. Zgodnie z art. 21 ust. 1 PrAut. *Organizacjom radiowym i telewizyjnym wolno nadawać opublikowane drobne utwory muzyczne, słowne i słowno-muzyczne wyłącznie na podstawie umowy zawartej z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, chyba że prawo do nadania utworów zamówionych przez organizację radiową lub telewizyjną przysługuje jej na podstawie odrębnej umowy. Zgodnie z art. 21 ust. 2¹ PrAut – Przepisy ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio do publicznego udostępniania w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym.* Art. 70 ust 3 przewiduje z kolei przymusowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania w przedmiocie wynagrodzeń dla twórców utworów audiowizualnych. Stosownie do art. 106 ust 2 PrAut organizacja zbiorowego zarządzania może odmówić zgody na korzystanie z utworu tylko z ważnych powodów. Ustawa nie określa formy tej zgody, więc może ona wynikać z umowy.

Trudno jednoznacznie wypowiedzieć się, co do charakteru proponowanych rozwiązań w świetle nowej dyrektywy o organizacjach zbiorowego zarządzania⁶², brak bowiem jeszcze orzecznictwa czy literatury odnoszącej się bardziej szczegółowo do regulacji w niej przewidzianych. Wydaje się, że dyrektywa nienonieczniznie wyklucza możliwości zbiorowego zarządu prawami w zakresie niekomercyjnego wykorzystania, zdaje się tylko wymagać, aby uprawnieni zachowali możliwość samodzielnego wykonywania praw w tym zakresie. Motyw 19 dyrektywy stanowi „...W odniesieniu do zastosowań niekomercyjnych państwa członkowskie powinny zapewnić, aby organizacje zbiorowego zarządzania podjęły niezbędne działania w celu zapewnienia swoim podmiotom uprawnionym możliwości wykonywania prawa do udzielania licencji na takie zastosowania. Działania takie powinny obejmować między innymi podjęcie przez organizację zbiorowego zarządzania decyzji o warunkach związanych z wykonaniem tego prawa, a także udzielenie jej członkom informacji o tych warunkach...” oraz „...Niniejsza dyrektywa nie powinna pozbawiać podmiotów uprawnionych możliwości samodzielnego zarządzania swoimi prawami, w tym na potrzeby zastosowań niekomercyjnych.” Art. 5 ust. 3 stanowi, że „Podmioty uprawnione mają prawo do udzielania licencji na niekomercyjne korzystanie z wszelkich wybranych przez siebie praw, kategorii praw lub rodzajów utworów oraz innych przedmiotów objętych ochroną.”, nie zawiera jednak zakazu wykonywania tego prawa przez organizację zbiorowego zarządzania (w angielskiej wersji dotyczy on tych przedmiotów praw, które uprawniony wybierze, co potwierdzałoby, że zbiorowy zarząd nie jest generalnie wykluczony). Ponadto wydaje się, że dyrektywa odróżnia komercyjne wykorzystywanie utworów od wykorzystanie niekomercyjnego. Wynikałoby to m.in. z treści jej art.5 ust. 3 oraz art. 3 lit. k), który definiuje użytkownika, jako dokonującego czynności wymagające zgody uprawnionych, wynagrodzenia lub kompensaty na rzecz uprawnionych i które nie działają w charakterze konsumenta.

⁵⁸ Dyrektywa 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową.

⁵⁹ Dyrektywa 92/100/EWG z dnia 19 listopada 1992 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej.

⁶⁰ Dyrektywa 2001/84/WE z dnia 27 września 2001 r. w sprawie prawa autora do wynagrodzenia z tytułu odsprzedaży oryginalnego egzemplarza dzieła sztuki.

⁶¹ Zob. L 311-6, L 122-10, L 132-20 Francuskiej ustawy o własności intelektualnej.

⁶² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych na potrzeby ich wykorzystania na internetowym polu eksploatacji na rynku wewnętrznym.

Należy jeszcze rozważyć, czy przymusowy zarząd zbiorowy prawami autorskimi nie podlega reglamentacji takich przepisów jak dyrektywa InfoSoc, tzn. czy jest on wyjątkiem lub ograniczeniem prawa autorskiego. Jeżeli odpowiedź na to pytanie byłaby przecząca – wówczas odpadłby problem konieczności pozostawania w zgodności z międzynarodowymi wymogami, co do stosowania wyjątków i ograniczeń w prawie autorskim. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, konieczne będzie ustalenie, czy zarząd przymusowy jest dozwolonym wyjątkiem lub ograniczeniem prawa autorskiego.

Konwencje międzynarodowe ustanawiają minimum praw autorskich oraz warunki, pod którymi prawa te mogą zostać ograniczone. Zasada jest zagwarantowanie praw wyłącznych do zezwolenia na konkretne korzystanie z dzieła - bezwarunkowo. Wyjątki są dozwolone w granicach przewidzianych konwencjami. Konwencje międzynarodowe zmierzają do ochrony praw autorskich „w sposób jak najbardziej skuteczny”⁶³, co w świetle niemożliwości indywidualnego egzekwowania praw autorskich przez uprawnionych, wydaje się usprawiedliwiać zarząd przymusowy w niektórych okolicznościach. Jednocześnie żaden z międzynarodowych dokumentów nie stanowi wprost, czy stosowanie obowiązkowego zarządu prawami autorskimi pozostaje w zgodzie z przepisami międzynarodowymi.⁶⁴ Również na poziomie europejskim brak jest wiążących wytycznych w tym zakresie, choć z całą pewnością, jak już zaznaczono wyżej, zarząd zbiorowy, nie jest wyjątkowym rozwiązaniem.

Ustalając, czy zarząd przymusowy jest wyjątkiem lub ograniczeniem prawa autorskiego, w zasadzie trzeba rozważyć, czy zarząd przymusowy ogranicza prawo wyłączne, czy jedynie pozwala organizacjom zbiorowego zarządzania na jego wykonywanie. Należy więc zwrócić uwagę na różnicę między istnieniem a wykonywaniem danego prawa.⁶⁵

Co do zasady wyraźnie dopuszczalne ograniczenia i wyjątki prawa autorskiego (*exceptions & limitations*) umożliwiają korzystanie z danego dzieła bez zgody autora i z reguły są ustanawiane w szeroko rozumianym interesie publicznym (balans między prawami użytkowników a prawem autorskim). Kiedy mówi się o ograniczeniach lub wyjątkach, ma się z reguły na myśli ograniczenie istnienia prawa – autor nie może się sprzeciwić konkretnemu użyciu swojego utworu. Natomiast w przypadku zarządu przymusowego, kwestia istnienia lub nieistnienia prawa w ogóle nie podlega dyskusji. Mowa jest tylko o sposobie wykonywania prawa.

Jak słusznie zauważa von Lewinski⁶⁶, nie można z góry twierdzić, że przymusowy zarząd ogranicza prawa wyłączne jako takie. Dane prawo nie jest bowiem ograniczone w żaden sposób na rzecz kogokolwiek i dowolne korzystanie z niego bez stosownej zgody w dalszym ciągu nie jest dozwolone. W tym przypadku nie chodzi też o zamianę prawa wyłącznego na prawo do wynagrodzenia, ale o umożliwienie użytkownikom korzystania z utworów za zgodą uprawnionych.⁶⁷ Prawo wyłączne w dalszym ciągu istnieje, a zarząd przymusowy go nie narusza, gdyż odnosi się jedynie do sposobu jego wykonywania. Narzucenie pewnych zasad odnosi się tylko do warunków wykonywania prawa – tj. może być ono wykonywane za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania, ale samo w sobie nie jest ograniczone.⁶⁸

Dodatkowym argumentem na poparcie powyższego jest fakt, że zarówno konwencje międzynarodowe jak i przepisy unijne, nie klasyfikują jednoznacznie zarządu przymusowego jako wyjątku lub ograniczenia prawa autorskiego – ani go, co do zasady, nie zakazują, ani też nie przewidują w ra-

⁶³ Preambuła Konwencji Berneńskiej.

⁶⁴ S. von Lewinski, *Mandatory collective...*, s. 3, 5.

⁶⁵ C. Bernault, A. Lebois, s. 54.

⁶⁶ S. von Lewinski, *La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur – Etude de cas* : Bull. dr. auteur march 2004, [w:] Bernault / Lebois, s. 54.

⁶⁷ C. Bernault, A. Lebois, s. 44.

⁶⁸ Ibid.

mach dozwolonych wyjątków i ograniczeń. Również konstrukcja zapisów zawartych w dyrektywach unijnych nie pozwala na jednoznaczne przyjęcie, iż zarząd przymusowy stanowi ograniczenie prawa autorskiego (np. art. 6 dyrektywy w sprawie wynagrodzenia od odsprzedaży).

Zarząd przymusowy jako ograniczenie prawa autorskiego

Przy rozważanych charakteru zarządu przymusowego nie można jednak pominąć stanowiska, zgodnie z którym narzucenie pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania powinno być traktowane jako wyjątek - podobnie jak w przypadku licencji przymusowych. Wskazuje się, że z natury praw wyłącznych wynika, że uprawniony powinien mieć wolność wyboru, według własnego uznania, jak chce wykorzystywać swoje prawa – czy indywidualnie, czy powierzając je osobie trzeciej lub też oddając je w zarząd zbiorowy.⁶⁹ Podkreśla się też, że każda sytuacja, w której uprawniony z praw wyłącznych zostałby pozbawiony możliwości wyboru co do korzystania ze swoich dzieł czy też warunków ustalania wynagrodzenia, jest ograniczeniem prawa⁷⁰.

Można również odnaleźć interpretacje, zgodnie z którymi konwencje międzynarodowe nie zezwalają na swobodne stosowanie zarządu przymusowego.⁷¹ Wskazuje się, że art. 11bis(2)⁷² oraz art. 13(1)⁷³ Konwencji Berneńskiej poprzez wprowadzenie uprawnień co do wprowadzenia zastrzeżeń i warunków, w stosunku do praw wskazanych w tych artykułach dają podstawę prawną do wprowadzenia licencji przymusowych. Zdaniem niektórych⁷⁴ przepisy te określają w sposób wyczerpujący warunki wykonywania praw wyłącznych jak i możliwość ich ustalenia. „Warunki” te jednak nie mogą być ograniczone jedynie do przymusowych licencji.⁷⁵ Zgodnie z tym, przymusowy zarząd można stosować w sytuacjach analogicznych do tych, w których można stosować licencje przymusowe (czego efektem jest prawo do uzyskania wynagrodzenia)⁷⁶.

Przymusowy zarząd może zostać ustanowiony także w innych przypadkach przewidzianych Konwencją;⁷⁷ będzie to możliwe w przypadku gdzie nie chodzi o prawo wyłączne, ale jedynie prawo do wynagrodzenia (np. wynagrodzenie w związku z odsprzedażą (*droit de suite* (Article 14ter)) lub tam, gdzie ograniczania prawa do wynagrodzenia mogą być stosowane na podstawie innych sformułowań (np. art. 9 (2))⁷⁸. Będzie to także możliwe w przypadku praw, które pozostaną przy auto-

⁶⁹ Raport WIPO, s. 101.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Fidcor, *La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être étendue ou rendue obligatoire ?*: Bull. Dr. auteur oct. 2003 [w:] C. Bernault, A. Lebois, s. 53.

⁷² Art. 11bis 2. Ustanowienie warunków wykonywania praw przewidzianych wyżej w ustępie 1 należy do ustawodawstwa państw należących do Związku, lecz warunki te będą mieć moc obowiązującą ściśle ograniczoną tylko do państwa, które je ustanowiło. Nie mogą one w żadnym wypadku naruszać praw osobistych autora ani przysługującego mu prawa otrzymania słusznego wynagrodzenia ustalonego, w braku umowy, przez właściwą władzę.

⁷³ Art. 13(1)1. Każde państwo należące do Związku może w zakresie go dotyczącym – w odniesieniu do wyłącznego prawa autora dzieła muzycznego i autora słów, których zapis wraz z dziełem muzycznym został już przez tego ostatniego dozwolony – ustalić zastrzeżenia i warunki zezwalania na zapis dźwiękowy tego dzieła muzycznego, w odpowiednim wypadku wraz ze słowami; jednakże wszelkie tego rodzaju zastrzeżenia i warunki będą miały ściśle ograniczoną moc obowiązującą tylko w państwie, które je ustaliło, i w żadnym wypadku nie mogą naruszać przysługującego autorowi prawa otrzymania słusznego wynagrodzenia ustanowionego, w braku umowy, przez właściwą władzę.

⁷⁴ Bernault, A. Lebois, s. 56.

⁷⁵ WIPO Guide, s. 101. W świetle Konwencji argumentu przeciwnego zdecydowanie można bronić. W szczególności można obalić stanowisko, że zarząd przymusowy jako ograniczenie prawa autorskiego, może być stosowany jedynie w przypadku prawa do wynagrodzenia. W tym kontekście Lewinski (zob. Bernault/Lebois, s. 57) słusznie powołuje się na zasadę *e maiore ad minus*. Wskazuje, że art. 11bis(2) Konwencji Berneńskiej pozwala na stosowanie licencji przymusowych, a więc na zamianę prawa wyłącznego na prawo do wynagrodzenia. Takie ograniczenie jest o ewidentnie daleko bardziej idące niż zarząd przymusowy, który nie narusza istoty samego prawa tylko sposób jego wykonywania. Skoro zatem istnieje możliwość zastąpienia prawa wyłącznego prawem do wynagrodzenia, to tym bardziej przymusowy zarząd powinien być dopuszczalny.

⁷⁶ C. Bernault, A. Lebois, s. 53.

⁷⁷ WIPO Guide, s. 102.

⁷⁸ Art. 9 ust. 2 Konwencji Berneńskiej: 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

rze lub wykonawcy po zbyciu praw wyłącznych („*residual rights*”).⁷⁹ Ponadto również wtedy, gdy przewiduje to prawo Unii Europejskiej (jeżeli dane prawo jest zbyt specyficzne, ażeby mogło być odnalezione w zapisach konwencji jak np. prawo najmu lub użyczenia).⁸⁰

Zgodnie z powyższym ujęciem nie byłoby więc możliwości ustanawiania zarządu przymusowego, jeżeli nie przewidują tego przepisy konwencji międzynarodowych i prawo wspólnotowe. A zatem, skoro żadna konwencja ani też prawo wspólnotowe nie przewiduje zarządu przymusowego w przypadku niekomercyjnej wymiany utworów, to należałoby ją uznać za niedopuszczalną.

„Rozszerzony” zarząd prawami autorskimi (*extended collective management*)

Niektórzy uważają, że nawet gdyby uznać, że przymusowy zarząd nie jest dozwolony w każdym obszarze, a jedynie w tym, na który zezwala wprost Konwencja Berneńska, to „rozszerzony zarząd” prawami autorskimi może być zgodny z Konwencją oraz innymi instrumentami międzynarodowymi.⁸¹ Taki rozszerzony zarząd pozwala organizacjom zbiorowego zarządzania na zawieranie umów licencyjnych nawet w imieniu uprawnionych, którzy są nieznani albo z którymi nie można znaleźć kontaktu.

Ten rodzaj zarządu stosuje się, gdzie dana organizacja zbiorowego zarządzania posiada wystarczająco reprezentatywny repertuar, co oznacza, że przynajmniej większość krajowych uprawnionych z praw autorskich upoważniła organizację do zarządzania jej prawami. W tym przypadku, prawo może stanowić, że organizacja może udzielać licencji blankietowych do wszystkich dzieł danego rodzaju. Licencje blankietowe mają sporo zalet – dają pewność użytkownikom, nie zmuszają organizacji zbiorowego zarządzania do podejmowania nadzwyczajnych środków w celu odszukania uprawnionych z praw autorskich jak również, gwarantują wynagrodzenie wszystkim uprawnionym. Otrzymując licencję blankietową, użytkownik uzyskuje zapewnienie, że uprawniony nie będzie dochodził wobec niego praw do utworów, które znajdują się w repertuarze danej organizacji. Uprawniony miałby natomiast prawo dochodzenia wynagrodzenia od organizacji zbiorowego zarządzania.

Można wskazać na dwie techniki wprowadzenia licencji blankietowych.⁸² Pierwsza to wprowadzenie domniemania ustawowego - zgodnie z którym, dopóki nie udowodni się inaczej, dany utwór podpada pod zarząd zbiorowy i dlatego dana organizacja może udzielać licencji blankietowych. Druga – przyznanie możliwości udzielania takich licencji organizacjom, które reprezentują na tyle dużą grupę uprawnionych, że dana organizacja może być dla niej reprezentatywna na danym obszarze. W ten sposób rozciąga się zarząd na tych autorów, którzy nie powierzyli organizacjom zbiorowego zarządzania wykonywania praw.

W powyższym ujęciu, w pewnym sensie licencja blankietowa to właściwie licencja przymusowa w stosunku do uprawnionych, którzy nie udzielili organizacji swojego upoważnienia. Dlatego, aby uniknąć efektu „przymusu” powinno się przyznać uprawnionym możliwość odstąpienia (*opt out*), tak żeby nie bronić im indywidualnego zarządzania ich prawami.⁸³ Jeżeli uprawniony chciałby osobiście zarządzać rozpowszechnianiem jego utworów w internecie wówczas zgłaszałby ten fakt właściwej organizacji zbiorowego zarządzania.

interesom autora. Przepis ten zawierający swoisty „trzystopniowy test” zezwala na reprodukcję dzieł. Jak wskazuje się w raporcie Głównej Komisji I rewizji Sztokholmskiej z 1967 roku - to może oznaczać albo swobodne kopiowanie albo może sprowadzać się do zredukowania prawa wyłącznego do wynagrodzenia do prawa do odpowiedniego wynagrodzenia (zob. ust. 85). Na tej właśnie podstawie w przypadku niekontrolowanego i szerokiego prywatnego kopiowania, w niektórych krajach stosuje się prawo do wynagrodzenia (z reguły w formie opłat za sprzęt lub materiały).

⁷⁹ Przykładem takich praw jest niezbywalne prawo do wynagrodzenia zgodnie z art. 4 dyrektywy o najmie i użyczeniu.

⁸⁰ C. Bernault, A. Lebois, s. 53.

⁸¹ WIPO Guide, s. 102.

⁸² WIPO Guide, s. 106.

⁸³ WIPO Guide, s. 102.

Ponieważ jednym z celów stosowania licencji blankietowych jest zapewnienie większej pewności po stronie użytkowników, co do podejmowanych przez nich w internecie działań, to nie można by w takiej sytuacji wymagać od użytkownika, żeby za każdym razem upewniał się, czy dany utwór podlega pod zbiorowy zarząd. To, biorąc w szczególności pod uwagę ogromną ilość utworów, wypaczałoby istotę licencji blankietowych. Ponieważ proponowana regulacja ma zmierzać do uproszczenia korzystania z utworów, a nie je utrudniać, takie rozwiązanie jest nie do przyjęcia. Uprawniony mógłby zatem sam dochodzić swoich praw, przy czym powinno mu przysługiwać roszczenie od organizacji zbiorowego zarządzania o wynagrodzenie za korzystanie z jego utworu przez użytkownika nieświadomego o odstąpieniu przez danego uprawnionego od zbiorowego zarządu. Uprawniony na dotychczasowych zasadach mógłby podejmować środki zmierzające do zakazania użytkownikom udostępniania swoich utworów, przy czym jakiegokolwiek roszczenia majątkowe bezpośrednio w stosunku do użytkownika byłyby możliwe dopiero, gdyby uprawniony skutecznie poinformował użytkownika o wyłączeniu danego utworu z zarządu zbiorowego, wzywając go do zaniechania korzystania z utworu, a ten nie zastosowałby się do wezwania.

Skorzystanie z *opt out* mogłoby okazać się wcale nie lepsze od pozostania w ramach zbiorowego zarządu. Dochodzenie roszczeń bezpośrednio od użytkowników (przynajmniej w świetle obowiązującego prawa) jest bowiem czasochłonne i niekiedy nieopłacalne. Ponadto, po skorzystaniu opcji *opt out*, organizacja zbiorowego zarządzania nie byłaby zobowiązana do dalszego monitorowania korzystania z utworów danego uprawnionego, a więc koszty w tym zakresie musiałyby ponosić sam zainteresowany. Trzeba zatem zaznaczyć, że w praktyce skorzystanie z opcji *opt out* w przypadku omawianej wymiany utworów może się okazać rozwiązaniem niekoniecznie dogodnym dla uprawnionych. Nie należy jednak wykluczać, że niektórzy uprawnieni będą w stanie wypracować swój własny model korzystnego indywidualnego zarządzania prawami do korzystania w zakresie niekomercyjnej wymiany ich utworów. Istotnie, takiej możliwości nie należy im odbierać, nie tylko dlatego, że tak nakazują przepisy dyrektywy o organizacjach zbiorowego zarządzania, ale także ze względów aksjologicznych.

Wynagrodzenie za korzystanie z plików w ramach niekomercyjnej wymiany utworów

Wynagrodzenie za pobieranie (kopiowanie) utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany

Jak wskazywano już wyżej, istnieją podstawy do uznania, że akt pobierania utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany mieści się w granicach dozwolonego użytku. Biorąc pod uwagę skalę omawianego zjawiska, należałoby uwzględnić w ramach ewentualnie wprowadzonej regulacji obowiązek wprowadzenia godziwej rekompensaty dla uprawnionych. Zapewnienie takiej kompensaty (*fair compensation*) jest warunkiem wynikającym z dyrektywy InfoSoc, przy czym należy zauważyć, że godziwa nie oznacza tego samego, co „odpowiednia”. Odpowiednie wynagrodzenie należałoby się za każde użycie utworu, natomiast „godziwa rekompensata” oznacza raczej rekompensatę za konieczność znoszenia przez autora korzystania z utworu w celach prywatnych. InfoSoc nie określa żadnej szczególnej formy takiej kompensaty. Wiele krajów nakłada opłaty na sprzęt lub puste nośniki (np. Niemcy) lub opłaty reprograficzne, ale istnieją też inne możliwości (np. Norwegia ma specjalny fundusz na te cele). Odpowiednie systemy opłat powinny zmierzać do zminimalizowania ujemnych materialnych skutków spowodowanych kopiowaniem w ramach dozwolonego użytku, powinny być również możliwie najprostsze.

Polski ustawodawca również przewidział określony system w związku z funkcjonowaniem instytucji dozwolonego użytku. W Polsce, w ramach dozwolonego użytku, użytkownik może korzystać z utworów nieodpłatnie - taką generalną zasadę formułuje art. 34 ustawy PrAut, zgodnie z którym „twórcy nie przysługuje prawo do wynagrodzenia, chyba że ustawa stanowi inaczej”. Opłaty z art. 20 i 20¹ PrAut, analogicznie jak w przypadku InfoSoc, trudno traktować jako wynagrodzenie autorskie z tego tytułu. Brak jest bowiem relacji z konkretnym wykorzystaniem utworu⁸⁴, trudno też uznać, że mają one charakter odszkodowawczy (opłata ta nie jest związana z

⁸⁴ J. Chwalba, *Korzystanie ...*, s. 49 za E. Traple, *Prawo autorskie*, s. 277-278.

żadną konkretną szkodą, ponadto łączy się z prawnie dozwolonym użytkowaniem, podczas gdy roszczenie odszkodowawcze powstaje w przypadku sprzecznego z prawem naruszenia praw autorskich).⁸⁵ A zatem, dozwolony użytek jest bezpłatny w tym sensie, że użytkownik nie uiszcza bezpośrednio opłaty za korzystanie, a uprawniony nie otrzymuje bezpośredniego wynagrodzenia związanego z korzystaniem z konkretnego utworu a jedynie godziwą rekompensatę.

Ustawa w ww. art. 20 i 20¹ PrAut przewiduje obowiązek pobierania opłat stanowiących podstawę do wypłaty rekompensaty za korzystanie z utworów w ramach dozwolonego użytku, niemniej ani PrAut ani odpowiednie przepisy wykonawcze nie przewidują jednak opłat, które byłyby powiązane i bezpośrednio odnosiłyby się do kompensaty z tytułu pobierania utworów z internetu w ramach ich niekomercyjnej wymiany (Rozporządzenie Ministra Kultury⁸⁶ przewiduje opłaty od czystych nośników i dysków twardej oraz nagrywarek CD, co niełatwo „ideologicznie” powiązać aktem pobierania utworów). Należałoby się więc upewnić, że rekompensata z tego tytułu zostanie należycie uwzględniona przy podziale opłat pobieranych na podstawie 20 i 20¹ PrAut. Ewentualnie, zakres źródeł, z których pochodziłyby opłaty mógłby zostać rozszerzony, na taki, który w bardziej wyraźny sposób „łączyłby” się z korzystaniem z utworów w internecie. Zastosowanie którejkolwiek z powyższych opcji powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem obiektywnych i transparentnych badań, a przede wszystkim ustaleniem jak rozdzielane są aktualnie opłaty stanowiące podstawę do wypłaty rekompensaty z tytułu dozwolonego użytku. Rekompensata mogłaby również stanowić odpowiednią część opłaty pobieranej tytułem wynagrodzenia za udostępnianie utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany, o której mowa niżej.

Wynagrodzenie z tytułu udostępniania utworów w ramach niekomercyjnej wymiany utworów

Jeżeli uzyskiwanie zgody na udostępnianie utworów w ramach niekomercyjnej wymiany miałyby się odbywać za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania, to udzielenie takiej zgody byłoby niczym innym, jak udzieleniem licencji. Za udzielenie licencji uprawnionemu należy się stosowne wynagrodzenie. Wydaje się, że wygodnym i możliwym do wdrożenia rozwiązaniem byłoby uiszczanie stosownych opłat za korzystanie z internetu przez poszczególne gospodarstwa domowe w ramach systemu opłat takich jak podatki i inne świadczenia publicznoprawne (np. abonament radiowo-telewizyjny), które byłyby następnie przekazywane organizacjom zbiorowego zarządzania i przez nierozdzielane między uprawnionych. Przy czym chodzi tutaj jedynie o sposób pobierania takich opłat, a nie zmianę prawnego charakteru tych opłat; sposób ten powinien podlegać wcześniejszym konsultacjom⁸⁷.

Pojawia się jednak pytanie o możliwość opłaty uiszczanej przez gospodarstwo domowe z wynagrodzeniem za korzystanie z konkretnego utworu przez danego użytkownika i otrzymaniem wynagrodzenia przez uprawnionego w związku z tym konkretnym korzystaniem. Możliwe wydaje się przyjęcie następującego rozwiązania:

1. Do udzielenia licencji blankietowej za korzystanie z utworów w ramach ich niekomercyjnej wymiany przez organizację zbiorowego zarządzania dochodziłoby w momencie wniesienia opłaty przez użytkownika.
2. Licencja obejmowałaby osoby należące do gospodarstwa domowego, którego przedstawiciel poniósł rzeczoną opłatę oraz osoby pozostające z nimi w związku osobistym tj. osoby, którym udostępniono domowe łącze internetowe (taka konstrukcja przypominałaby umowę rzecz osoby trzeciej).
3. Podstawą do określenia wysokości wynagrodzenia dla konkretnego uprawnionego byłby akt udostępnienia danego utworu w ramach niekomercyjnej wymiany. Wynagrodzenie

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Rozporządzenie Ministra Kultury z 2.06.2003 r. w sprawie określenia kategorii urządzeń i nośników służących do utrwalania utworów oraz opłat od tych urządzeń i nośników z tytułu ich sprzedaży przez producentów i importerów (Dz. U. z 2003 r. Nr 105, poz. 991) i rozporządzenie Ministra Kultury z 27.06.2003 r. w sprawie opłat uiszczanych przez posiadaczy urządzeń reprograficznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 132, poz. 1232).

⁸⁷ W proponowanym modelu można by poddać rozważeniu inne sposoby poboru opłat.

obliczane z uwzględnieniem liczby udostępnień danego utworu przez użytkowników byłoby podstawą do obliczenia wynagrodzenia dla uprawnionych i byłoby płacone z puli opłat uiszczanych przez użytkowników. Wydaje się przy tym, że należałoby wprowadzić zakaz przetwarzania danych osobowych użytkowników w odniesieniu do informacji o eksploatacji przez nich utworów (powinno się unikać „śledzenia” zachowania użytkowników). Przepisy powinny więc przewidywać, że wysokość wynagrodzenia może być określana jedynie w oparciu o zanonimizowane zbiorcze dane, za pomocą metod statystycznych.

4. Organizacje zbiorowego zarządzania przeprowadzałyby odpowiednie badania celem ustalenia wynagrodzenia dla uprawnionych na bazie liczby udostępnionych utworów. Organizacje nie powinny zbierać danych osobowych pozwalających na identyfikację użytkowników, jako że dane te nie są niezbędne do ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego uprawnionym.

Można liczyć się z zarzutem, że część osób, które będą musiały uiścić opłatę licencyjną w ramach opłaty za internet, nie będzie publicznie udostępniać utworów. Trzeba jednak wskazać, że opłata licencyjna będzie uiszczana również za samą możliwość korzystania z utworów w ramach niekomercyjnej wymiany. Nie można przy tym zapomnieć o aksjologicznym uzasadnieniu proponowanej regulacji i korzyściach płynących z możliwości swobodnego przepływu kultury i informacji. W pewnym sensie obowiązek uiszczenia opłaty byłby ceną, jaką społeczeństwo płaciłoby za otrzymane od uprawnionych zezwolenie, skoro system prawa rozstrzyga, że takie zezwolenie jest wymagane. Wydaje się, że system taki jest o wiele bardziej sprawiedliwy, niż istniejący obecnie – tj. taki, w którym (i) część użytkowników nie dzieli się informacjami czy kulturą obawiając się konsekwencji prawnych, (ii) część utworów jest udostępniana bez uiszczenia opłaty licencyjnej dla uprawnionych, (iii) część uprawnionych, która chciałaby udostępnić swoje utwory za wynagrodzeniem, ale nie ma środków do egzekwowania swoich praw, jest pozbawiona możliwości zarobkowania. Niewątpliwie jednak przed podjęciem jakichkolwiek decyzji, niezbędne będzie przeprowadzenie konsultacji społecznych, mających na celu zbadanie, czy proponowany model będzie akceptowany społecznie⁸⁸.

Podsumowanie

Koncepcja przedstawiona powyżej jest próbą określenia ogólnych ram i znalezienia rozwiązania, które pomogłoby uregulować zjawisko niekomercyjnej wymiany utworów w internecie. Niewątpliwie szereg dodatkowych zagadnień nieporuszonych w niniejszym dokumencie będzie wymagał dalszych rozważań i dyskusji, celem znalezienia rozwiązania zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa. Do zagadnień tych będą należeć m.in.:

- sposób ustalania i podziału wynagrodzenia między uprawnionych;
- mechanizmy ustalania ilości pobrań/udostępnienia danego utworu;
- wysokość opłat, określenie ich źródeł oraz sposobu pobierania opłat od użytkowników;
- kwestia anonimowości użytkowników w sieci
- kwestia pochodzenia plików z legalnych źródeł
- wyłączenia przedmiotowe (np. programy komputerowe, bazy danych).

Niezbędne będzie również przeprowadzenie szerokich konsultacji społecznych ze szczególnym uwzględnieniem uprawnionych i użytkowników internetu, celem ustalenia, czy powyższa koncepcja ma szansę spotkać się z akceptacją.

Omawiana koncepcja prezentuje z pewnością kilka istotnych zalet, m.in.:

- zmierza do uwzględnienia interesów wszystkich zainteresowanych – zarówno uprawnionych poprzez zagwarantowanie im stosownego wynagrodzenia, jak i użytkowników, poprzez zapewnienie im swobodnego prawa do kultury, informacji;

⁸⁸ Przykładowo badanie Ipsos z 2005 wykazało, że 83% Francuzów jest niechętna, żeby płacić za taką darmową możliwość, www.zdnet.fr, C. Bernault, A. Lebois, s. 12.

- zmierza do zapewnienia pewności prawa – wydaje się, że ogranicza wątpliwości w zakresie rozróżnienia działań dozwolonych prawem autorskim, od tych, których prawo zabrania;
- jest skierowana na przywrócenie równowagi pomiędzy pozycją uprawnionych i użytkowników;

Jak każdą propozycję rozwiązania kontrowersyjnego problemu, również i tę można próbować podważać i czynić jej rozmaite zarzuty (np. to, że nie wszyscy użytkownicy będą chętni do zapłaty za darmową wymianę plików). Można też – przyjmując określone, odmienne interpretacje przepisów – wskazać na argumenty pozwalające na zakwestionowanie niektórych założeń o charakterze prawnym przyjęte w niniejszej koncepcji (np. przyjęcie zarządu przymusowego).

Jak już jednak wskazywano na wstępie, zjawisko niekomercyjnej wymiany utworów wymaga jak najszybszego uporządkowania, a przy braku perspektyw na przyjęcie w najbliższym czasie kompleksowej regulacji prawnej na poziomie międzynarodowym, proponowana koncepcja nastawiona na pogodzenie interesów różnych stron wydaje wartą rozważenia alternatywą w porównaniu do prawnoautorskiego *status quo*.