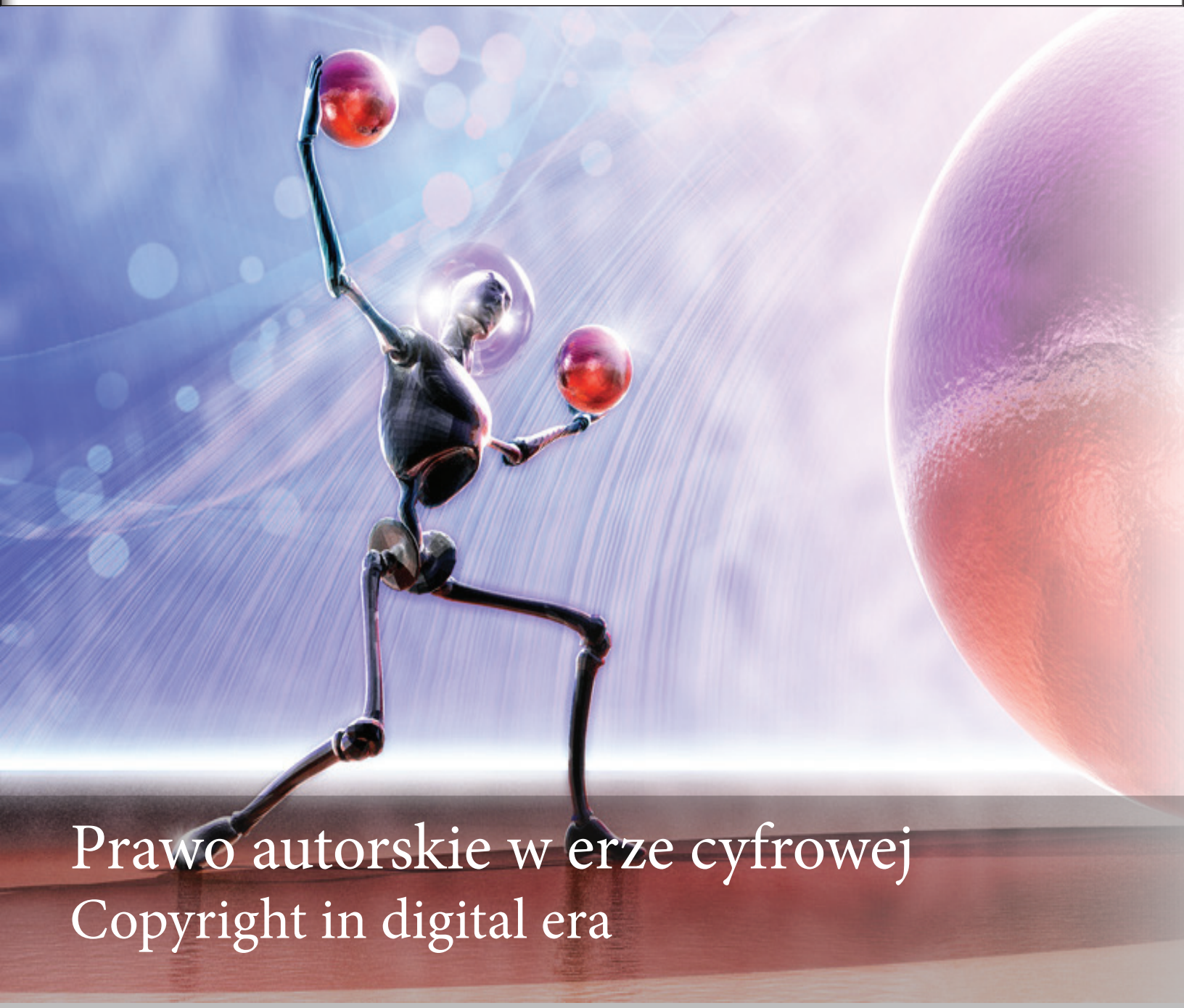
Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych
ICT Law Review

3/1/2014

Kwartalnik Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika
w Toruniu

Quarterly of the Faculty of Law and Administration
of Nicolaus Copernicus University
in Torun



Prawo autorskie w erze cyfrowej
Copyright in digital era

Spis treści / Contents

I. Wydarzenia / Events 3

II. Artykuły / Articles

D.K. Gęsicka
Rozwiązania problemu dzieł osieroconych - czy wilk jest syty i owca cała? 4 - 24

M. Kostwiński
Zabezpieczenie dowodu w przypadkach naruszenia prawa autorskiego w środowisku sieciowym 26 - 32

M. Jamiołkowski
Nowe technologie i zagrożenia dla twórców muzyki 33 - 41

J. Kisielińska
Ochrona dóbr osobistych w sieci – problematyka tworzenia fikcyjnych kont na portalach społecznościowych 42 - 50

D. Karwala
Przetwarzanie danych biometrycznych w bankowości – wybrane zagadnienia 51 - 63

III. Varia

Felieton / Feature article

Z. Okoń
Reforma prawa autorskiego w UE: potrzebna ale nie wystarczająca 65 - 67

B. Marek
Odpowiedzialność maszyn, urządzeń i programów - jak ujarzmić ten oksymoron? 68 - 70

J. D. Leonardo
E-P2P LENDING or E-Social Lending 71 - 74

Recenzenci artykułów (w tym niepublikowanych) /
Articles reviewers (un published too)
Prof. dr hab. P. Fajgielski, Mł. insp. dr inż. J. Kosiński, Dr M. Polasik, Dr Sybilla Stanisławska Kloc, Dr M. Wałachowska, Dr Zofia Zawadzka, R. Jurkiewicz

Rada Naukowa / Scientific Council

Prof. dr hab. Andrzej Adamski (Przewodniczący / Chairperson)
Dr hab. Arkadiusz Lach
Dr Karol Dobrzeniecki
Dr inż. Jerzy Kosiński
Dr Michał Polasik
Dr Monika Wałachowska
Dr Zofia Zawadzka
Dr Konrad Zacharzewski
Mirosław Maj

Drogi Czytelniku,

Kreatywność człowieka zasługuje na ochronę prawną. Tylko człowiek może być bowiem podmiotem praw i obowiązków. To jest całkowicie jasne i niepodważalne. Czy Internet Rzeczy i sztuczna inteligencja zmienią ten paradygmat? Czy kreatywność maszyn będzie podlegała ochronie? Czy będą odpowiedzialne za swoje działanie? Czas pokaże.

Dzisiaj, przedewszystkim, koncentrujemy się na reformie prawa autorskiego w Unii Europejskiej, na tym jak zabezpieczać dowody naruszeń w Internecie oraz na jakich zasadach można digitalizować dzieła osierocone.

Zapraszam do lektury

Beata Marek
Redaktor Naczelna

Dear Reader,

Human creativity deserves legal protection - the statement is out of question. It deserves the protection for a simple reason - a person can be a subject of rights and duties, which include rights to the results of person's creativity. Is the paradigm of protection about to change due to the development Internet of things and artificial intelligence? Are we going to protect „creativity" of machines or hold the machines responsible for „their" deeds? Time will show!

In the freshly-cooked issue we discuss the copyright reform in the EU law, ways to secure the evidence of copyright violation as well as solutions to orphaned works problem.

Enjoy reading!

Beata Marek
Editor-In-Chief

Czasopismo Open Access, wydawane na licencji
Creative Commons Uznanie Autorstwa 2.5 Polska

The Open Access Quarterly, issued under
Creative Commons Attribution 2.5 Poland

OPEN ACCESS

Redakcja / Editorial Team
Beata Marek (Redaktor Naczelna / Editor-In-Chief)
Dr Daria Gęsicka (Zastępca RN / Assistant E-i-C)
Szymon Ludwiczak (Sekretarz / Secretary)

Wydawca / Publisher
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Mikołaja Kopernika
Ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń

Contact
ictlaw@umk.pl

ISSN: 2300-2069

Nr rejestracji / Registration Nr: Pr 337

Data wydania / Issue data: 29.07.2014
Tumaczenia / Translation: Daria Gęsicka

Okładka / Cover: Santosky
DTP: Beata Marek

Lipiec - Wrzesień / June - September

2-4.07.2014, Amsterdam
INFORMATION INFLUX

Rights in the mix
Behavioural targeting – If you cannot control it, ban it?
Tomorrow's news: bright, mutualized and open?
Filtering Away Infringement: Copyright, Injunctions and the Role of ISPs
Mass-digitization and the conundrum of online access
The Algorithmic Public: towards a normative framework for automated media
Accountability and the public sector data push
A new governance model for communications security?
Global information flows and the nation state

United in diversity – the future of the public mission
Legalizing file-sharing: an idea whose time has come – or gone?

Read more

4-5.09.2014, Brussels
Improving Innovation Systems

Governance of IP systems
Growth, innovation and IP protection
IP and measurement of intangible assets
The Unitary Patent and the Unified Patent Court
Patent litigation
IP and competition policy
Trade marks and brands
Trade mark reform in Europe
Copyright in the digital economy
Copyright and incentives for creation
SME business models and IP
Integrated IP strategies
Venture capital and IP
IP and science
Gender and IP

Read more

Daria Katarzyna Gęsicka*

Rozwiązania problemu o dziełach osieroconych – Czy Wilk Jest Syty I Owca Cała**? (Solutions to the Orphan Works Problem - is it a win-win situation?)

Cite: D. K. Gęsicka, *Rozwiązania problemu o dziełach osieroconych – Czy Wilk Jest Syty I Owca Cała?*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, vol. 3/1/2014, p. 4-24.

Abstract: The interest of the society in the orphan works problem having been solved is to obtain the widest possible access to works of cultural and scientific heritage. Thos goal may be achieved by mass-digitization (large-scale) projects sauch as Europeana project. The aims of the paper are to outline reasons for the problem having intensified, to present alternative solutions to the problem which have already been introduced in particular countries and to analyze the solution proposed by EP and EC in the directive.

Key words: orphaned work, out-of-commerce works, extended licensing system, license, digitization

---

Cytowanie: D. K. Gęsicka, *Solutions to the Orphan Works Problem - is it a win-win situation?*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, nr 3/1/2014, s. 4-24.

Abstrakt: Przyjęcie przez Parlament Europejski i Radę dyrektywy o dziełach osieroconych a następnie jej implementacja do krajowych porządków prawnych Państw Członkowskich stanowić ma próbę rozwiązania problemu, jakim jest dopuszczalność masowej digitalizacji lub/i korzystania z utworów, których autor/autorzy są nieznani lub, jeśli są znani, zlokalizowanie ich jest niemożliwe bądź znacznie utrudnione. Rozwiązanie problemu tzw. orphaned works oraz ich statusu prawnego wymaga uwzględnienia interesów trzech grup – twórców dzieł pierwotnych, twórców dzieł zależnych oraz społeczeństwa jako takiego. Interes ostatniej grupy przejawia się w uzyskaniu jak najszerszego dostępu do wiedzy, czemu służyć mają projekty masowej digitalizacji utworów – m.in. Europeana.
Celami postawionym sobie przez autorkę niniejszej publikacji jest wskazanie źródeł problemu, zaprezentowanie istniejących już w ustawodawstwach niektórych państw rozwiązań oraz dokonanie analizy postanowień dyrektywy. Autorka próbuje przede wszystkim udzielić odpowiedzi na pytanie, czy dyrektywa pozwoli na definitywne rozwiązanie kwestii statusu prawnego utworów osieroconych.

Słowa kluczowe: utwór osierocony, utwory poza obrotem, system rozszerzonego zarządu prawami autorskimi, licencja, digitalizacja

1. Zagadnienia wstępne

Dzieła osierocone (z ang. *orphan works*) to szczególna kategoria utworów, których cechą charakterystyczną jest występowanie deficytu informacyjnego odnośnie do osoby uprawnionej z tytułu autorskich praw majątkowych. Deficyt ten polega na tym, że albo tożsamość albo miejsce przebywania osób uprawnionych nie są możliwe do ustalenia a jest to konieczne ze względu na wymóg uzyskania zgody tej osoby na korzystanie z utworu. W związku z tym osoba, która pragnie skorzystać z utworu staje przed dylematem – albo zrezygnuje ze swojego zamiaru albo podejmie ryzyko poniesienia odpowiedzialności z tytułu naruszenia praw autorskich. Zagadnienie statusu prawnego dzieł osieroconych oraz zapewnienia możliwości korzystania z nich nabrało ogromnego znaczenia w ostatnich dekadach, nie tylko w systemie prawa Unii Europejskiej. Złożyło się na to wiele czynników, wśród których wyodrębnić można cztery główne przyczyny wzrostu zainteresowania problemem dzieł osieroconych.

Po pierwsze, wskazać trzeba na ogólnoświatową tendencję do wydłużania czasu ochrony przedmiotów praw autorskich[1]. Zjawisko to ilustrują chociażby zmiany w prawie polskim. Zgodnie z ustawą – Prawo autorskie z 1952 r.[2] czas ochrony praw autorskich majątkowych wynosił 20 lat od śmierci twórcy (art. 26) a przypadku wybranych kategorii utworów (dotyczyło to utworów fotograficznych lub otrzymanych w sposób podobny do fotografii, kinematograficznych, scenograficznych i choreograficznych, opracowań utworów muzycznych na przyrządy mechaniczne a także serii zdjęć fotograficznych mających znaczenie artystyczne lub naukowe) przyjmowano 10-letni okres ochrony liczony od pierwszej publikacji albo pierwszego publicznego wykonania albo od dokonania opracowania (art. 27). Czas ten został następnie wydłużony na podstawie art. 1 ustawy z dnia 23 października 1975 r. zmieniającej ww ustawę[3] z dniem 1 stycznia 1976 r. do lat 25. Kolejno z dniem 24 maja 1994 r.[4] czas ochrony uległ wydłużeniu do lat 50 a od dnia 22 lipca 2000 r.[5] termin ten wynosi lat 70. Zmiany te wpłynęły nie tylko na długość czasu ochrony dzieł, które powstawały pod rządami nowych uregulowań. Na podstawie art. 124 ust. 1 pkt 3 pr. aut. nastąpiło tzw. odżycie ochrony[6] w odniesieniu do utworów stworzonych przed datą wejścia w życie pr. aut, jeśli ochrona do nich według nowego uregulowania jeszcze nie wygasła. Tendencja do wydłużania czasu ochrony autorskich praw majątkowych oraz praw pokrewnych widoczna w polskim systemie prawnym jest rezultatem zmian tej kwestii w ustawodawstwie Unii Europejskiej. Mianowicie, dyrektywa 2006/116/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. a następnie dyrektywa 2011/77/UE z dnia 27 września 2011 r. stanowiły skuteczne narzędzie harmonizacji czasu ochrony przedmiotów praw autorskich oraz praw pokrewnych w prawie krajowym państw członkowskich wprowadzając coraz dłuższy minimalny czas trwania ochrony. Tendencja ta jest pokłosiem rozwiązań wprowadzonych wcześniej w regulacjach krajowych państw członkowskich, które w ramach własnych kompetencji ustawodawczych zdecydowały się na wydłużenie czasu ochrony do lat 70[7]. Także poza Unią Europejską oraz Europejskim Obszarem Gospodarczym niektóre państwa postanowiły wydłużyć termin wygaśnięcia autorskich praw majątkowych. Przykładowo, w systemie prawnym Nigerii prawa autorskie majątkowe wygasają po upływie terminu 70-letniego liczonego *post mortem auctoris*, w systemach prawnych Kolumbii, Gwinei oraz Panamy termin ten wynosi 80 lat, w systemie prawnym Wybrzeża Kości Słoniowej – 99 lat a w systemie prawnym Meksyku – lat 100[8].

1 D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, Columbia Journal of Law and Arts, tom 37, nr 1/2013, s. 11-14.

2 Ustawa z dnia 10 lipca 1952 r. w prawie autorskim, Dz. U. 1952 Nr 34 poz. 234.

3 Ustawa z dnia 23 października 1975 r. zmieniająca ustawę – Prawo autorskie z 1952 r., Dz. U. 1975 Nr 34 poz. 184.

4 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 1994 Nr 24 poz. 83, dalej: pr. aut.

5 Art. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2000 r. zmieniającej ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 2000 Nr 53 poz. 637.

6 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 67.

7 Wskazać w tym miejscu można za M. M. Walterem, że Niemcy zdecydowały się na wydłużenie czasu ochrony autorskich praw majątkowych do lat 70 już w 1965, Austria – w 1972 r., Francja – w 1985 r. odnośnie do utworów muzycznych wraz ze słowami lub bez nich, Belgia – w 1994 r. a Grecja w 1993 r. W 1987 r. Hiszpania wydłużyła czas ochrony aut. praw majątkowych do lat 60. W pozostałych państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz państw członkowskich EFTA – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym czas ten wynosił lat 50. M. M. Walter, *Term Directive* [w:] M.M. Walter, S. von Lewinski, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford 2010, s. 515.

8 *Ibidem*, s. 515-516.

Podobnie w systemie prawa Stanów Zjednoczonych wyraźnie dostrzegalna jest tendencja do wydłużania czasu ochrony praw autorskich. Pierwszym aktem prawnym, który stanowił jej wyraz, była ustawa o prawie autorskim z 1976 r.[9] Akt ten wprowadził regułę, zgodnie z którą ochrona przyznawana jest utworom automatycznie w momencie pierwszego utrwalenia utworu oraz wydłużył czas ochrony utworów z lat 56 od pierwszej publikacji do lat 50 liczonych *post mortem auctoris*[10]. Następnie Ustawa wprowadzająca Konwencję berneńską z 1988 r.[11] całkowicie wyeliminowała obowiązek umieszczania noty copyrightowej a Ustawa Sonny'ego Bono o wydłużeniu czasu ochrony praw autorskich z 1998 r.[12] dodała do czasu ochrony kolejne 20 lat. W efekcie tych zmian, w Stanach Zjednoczonych od czasu uchwalenia tej ostatniej ustawy żaden utwór nie wszedł do domeny publicznej[13]. W systemie prawa amerykańskiego nie tylko więc wydłużono czas ochrony, ale zrezygnowano z wielu wymogów informacyjnych, co w zdecydowany sposób negatywnie wpłynęło na pewność co do statusu prawnego utworów.

Po drugie, czynnikiem, który w znacznej mierze przyczynił się do wzrostu liczby dzieł osieroconych, jest konsekwentne obejmowanie ochroną prawnoautorską coraz szerszej kategorii rezultatów pracy człowieka. Dokonuje się to albo w drodze wprowadzania nowych przepisów prawnych przewidujących ochronę dla nowo wyodrębnionych przedmiotów[14] albo poprzez liberalną wykładnię przesłanek bycia utworem bądź przedmiotem praw pokrewnych[15].

Potrzecie, wyodrębnianie się nowych pól eksploatacji utworów oraz przedmiotów praw pokrewnych[16], zwłaszcza w środowisku cyfrowym, stworzyło nowe możliwości korzystania ze „starych" utworów oraz przywracania ich popularności[17]. Dodatkowo, zapoczątkowano realizację projektów polegających na masowej digitalizacji oraz udostępniania utworów on-line[18]. To zaś zrodziło potrzebę ustalenia statusu prawnego dzieł, które miały zacząć funkcjonować w wirtualnej rzeczywistości lub na nowych nośnikach informacji[19].

9 Copyright Act z 1976 r., Pub. L. 94-553. Dalej: CA.

10 Niemniej w odniesieniu do utworów, które nie zostały opublikowane CA, czas ochrony uległ skróceniu, bowiem pod rządami poprzedniej ustawy utworom tym przyznawano wieczystą ochronę. Tak D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving*..., s. 12, przypis 53.

11 The Berne Convention Implementation Act z 1988 r., Pub. L. No. 100-568, §7.

12 Sonny Bono Copyright Extension Act z 1998 r., Pub. L. 105-298 (17 U.S.C. z 2006 r., § 301).

13 D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving*..., s. 13.

14 Czego przykładem jest wprowadzenie do katalogu praw pokrewnych w systemie prawa niemieckiego tzw. lex-Google.

15 Por. D. K. Gęsicka, *Wykładnia pojęć w prawie autorskim*, Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej, z. 3/2012, s. 66-78.

16 Zob. w tej mierze K. Gliściński, *Wyodrębnianie się nowych pól eksploatacji i ich wpływ na obrót prawami do utworów*. Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej, z. 4/2010, s. 45-60.

17 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper Nr 2012-10, s. 1-2. Dostęp: http://www.ivir.nl/publications/vangompel/the_orphan_works_problem.pdf. Artykuł ten oparty został na badaniach przeprowadzonych w Instytucie Prawa Informacyjnego na potrzeby prac Komisji Europejskiej nad rozwiązaniem problemu dzieł osieroconych – B.Hugenholtz, *The Recatsing of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final Report*, 2006. Dostęp: http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf oraz na artykule S. van Gompela, S. van Gompel, *Audiovisual Archives and the Inability to Clear Rights in Orphan Works*, IRIS plus – dodatek do czasopisma IRIS pt. *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory* 2007, nr 4.

18 Tytułem przykładu wskazać można taki projekty jak projekt Gutenberg, Europeana czy American Memory.

19 *The New Renaissance. Raport „Comité des Sages". Reflection Group on Bringing Europe's Cultural Heritage Online, Rozdział VI: Europeana.* s. 22 - 25. Dostęp: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/refgroup/final_report_cds.pdf Data dostępu: 30 października 2013 r.

Po czwarte, w XX wieku ilość wytworów ludzkiego intelektu drastycznie wzrosła. W 1952 roku opublikowano łącznie 250 tysięcy książek, w roku 2000 – czterokrotność tej liczby[20]. Ponadto, pojawiły się nowe nośniki informacji, za pomocą których można w łatwy i niedrogi sposób ustalić utwór[21].

Powyższe czynniki sprawiły, że liczba utworów uznawanych za dzieła osierocone jest znacząca, co w sposób wyraźny pokazują dane statystyczne przedstawione przez brytyjski Urząd ds. Własności Intelektualnej (*UK Intellectual Property Office*) w ramach raportu nt. ostatecznej oceny problemu dzieł osieroconych z czerwca 2012 r. Badania te pokazały, że w zależności od kategorii utworu odsetek dzieł osieroconych może wynosić od 4-90 %[22]. I tak, wśród filmów trwających minimum 90 minut, znajdujących się zarówno w zbiorach lub archiwach brytyjskich jak i w pozostałych krajach członkowskich Unii Europejskiej, dzieła osierocone stanowiły od 0 do 7 % badanych utworów. W przypadku utworów zaliczanych do dzieł sztuki, dzieła osierocone to od 20 do 25 % zbiorów. Z przytaczanych danych wynika także, że największe problemy odnośnie do ustalenia podmiotu uprawnionego bądź jego miejsca pobytu sprawiały utwory fotograficzne, wśród których od 5 nawet do 90 % stanowi dzieła osierocone.

Warte odnotowania są także wyniki badań przeprowadzonych w Stanach Zjednoczonych[23]. Przykładowo, według obliczeń dokonanych przez pracowników biblioteki uniwersyteckiej w Uniwersytecie Cornella[24] z 343 monografii wycofanych z druku co do 198 nie udało się ustalić podmiotu uprawnionego bądź jego miejsca pobytu[25]. Z badań przeprowadzonych w ramach projektu Biblioteki Cyfrowej Berkley oraz Uniwersytetu Amerykańskiego w Waszyngtonie[26] wynika, że brak skutecznych instrumentów prawnych regulujących sytuację prawną dzieł osieroconych oraz osób zamierzających z nich korzystać uniemożliwia instytucjom kulturalnym, oświatowym, bibliotekom oraz archiwom wypełnienie ich zadań polegających na udostępnianiu własnych zbiorów dla celów naukowych.

W związku z tym, że problem dzieł osieroconych wymagał szybkich i efektywnych rozwiązań prawnych, niektóre państwa wprowadziły takowe do krajowych porządków prawnych. Zostaną one przedstawione w dalszej części publikacji. Warte odnotowania są także propozycje powstałe w ośrodkach akademickich, przede wszystkim zaś w Instytucie Prawa Informacyjnego w Uniwersytecie w Amsterdamie[27] oraz Katedrze Prawa Własności Intelektualnej w Uniwersytecie Jagiellońskim. Celem nadrzędnym tych rozwiązań i postulatów jest zapewnienie, aby wilk, w tym przypadku autor

20 G. Zaid, *So Many Books: Reading and Publishing in an Age of Abundance,* s. 20–21, wydanie I, Paul Dry Books 2003. Cyt. za J. M. Urban, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, Berkley Technology Law Journal, tom 27, 2012, s. 1380.

21 J. M. Urban, *How Fair Use…,* s. 1380-1381.

22 UK Intellectual Property Office, *Final Impact Assessment on Orphan Works* (czerwiec 2012), s. 10-11. Dostęp: http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf Data dostępu: 15 września 2013 r.

23 Zob. D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving…*, s. 7-11 wraz ze wskazanymi tam danymi.

24 Mimo poniesienia kosztów rzędu 50 000 USD na wynagrodzenie dla pracowników zajmujących się ustalaniem statusu monografii.

25 Odpowiedź z dnia 23 marca 2005 r. biblioteki uniwersyteckiej Uniwersytetu Cornella na zapytanie dotyczące dzieł osieroconych, Komentarz OW0569, s. 1-2. Dostęp: http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf. Data dostępu: 15 września 2013 r.

26 *Report on Orphan Works Challenges for Libraries, Archives and Other Memory Institutions* ze stycznia 2013 r. Dostęp: http://www.cmsimpact.org/sites/default/files/documents/report_on_orphan_works_challenges.pdf dostępu: 4 października 2013 r.

27 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem …*, s. 3-9.

lub inny uprawniony podmiot, mógł dobrze zjeść za wynagrodzenie uzyskane z tytułu korzystania z jego utworu, a jednocześnie, żeby owca, w tym przypadku podmioty korzystające z cudzych utworów, nie żyły w obawie o to, że mogą w związku ze swoimi działaniami ponieść odpowiedzialność.

2. Propozycje rozwiązań problemu dzieł osieroconych

W artykule podsumowującym wyniki badań przeprowadzonych przez Instytut Prawa Informacyjnego na potrzeby Komisji Europejskiej i opublikowanych w 2006 r. w postaci raportu autorzy – B. Hugenholtz, M. van Eechoud, S. van Gompel, L. Gibault, N. Helberger, M. Rossini, L. Steijger, N. Dufft, P. Bohn – prezentują sześć sposobów rozwiązania problemu dzieł osieroconych.

Pierwszym z nich jest stworzenie efektywnych narzędzi, które w sposób pośredni zachęciłyby podmioty uprawnione do dobrowolnego zgłaszania bądź rejestrowania informacji dotyczących utworu, w tym ich samych oraz zasad udzielania przez nich licencji. Dotyczyłoby to utworów zapisywanych w postaci cyfrowej a wskazane informacje byłyby przedmiotem zarządzania prawami cyfrowymi (*Digital Rights Management*[28]). Jak wskazują autorzy, dzięki DRM możliwe jest ukrycie ogromnych ilości informacji, które mogłyby zostać wykorzystane do autoryzowania oraz monitorowania sposobów korzystania z utworów *on-line*[29]. W ten sposób, systemy te mogą przyczynić się do wyjaśnienia statusu prawnego utworów. Innym mechanizmem, który ułatwiłby określenie podmiotu uprawnionego do utworu, mogłyby się stać powszechnie dostępne rejestry utworów prowadzone na zasadzie dobrowolności[30]. Uważam, że mankamentem tego rozwiązania jest to, że nie rozwiązuje ono problemu dzieł osieroconych, które nie funkcjonują w obrocie cyfrowym. Ponadto, mechanizmy te mogłyby pomóc w ustaleniu statusu utworów mających dopiero powstać a ich fakultatywność nie gwarantuje, że możliwe będzie uzyskanie pełnych informacji.

Drugim sposobem miałoby być skorzystanie z systemu rozszerzonego zarządu (z ang. *extended collective licensing*) prawami autorskimi[31] funkcjonującego w krajach nordyckich[32]. System ten stworzony został w ramach reformy prawa autorskiego w krajach nordyckich na początku lat 60. XX wieku[33]. W Danii znajduje on zastosowanie także w odniesieniu do wybranych sposobów korzystania z utworów w środowisku cyfrowym[34]. System ten polega na przyznaniu reprezentatywnym organizacjom zbiorowego zarządzania kompetencji

28 Dalej: DRM.

29 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 4-5.

30 Nie jest bowiem możliwe nałożenie takiego obowiązku *ex lege*, ponieważ pozostawałoby to w sprzeczności z art. 4 pkt 2 Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzaną w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. oraz w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r., ratyfikowaną zgodnie z ustawą z dnia 5 marca 1934 r., Dz. U. R. P. Nr 27, poz. 213.

31 Za takim rozwiązaniem opowiedział się Prezes Stowarzyszenia Autorów i Wydawców „Polska Książka" dr Andrzej Nowakowski w piśmie do Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego Pana Bogdana Zdrojewskiego z dnia 30 czerwca 2010 r., s. 3. Dostęp: http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/archiwum_przyszlosc/Polska_Ksiazka.pdf Data dostępu: 2 listopada 2013 r.

32 Od początku lat 20. XX wieku Dania, Szwecja, Norwegia, Finlandia oraz Islandia ściśle współpracowały ze sobą w kwestii wypracowania wspólnych ram prawnych dla ochrony ich dziedzictwa kulturowego.

33 J. Rosén, *The Nordic Extended Collective Licensing Model as a Mechanism for Simplified Rights Clearance for Legitimate Online Services* [w:] J. Axhamn [red.], *Copyright in a Borderless Online Environment*, Sztokholm 2012, s. 65-85.

34 Art. 13, 14, 16 lit. b oraz 50 duńskiej ustawy o prawie autorskim (*Bekendtgørelse af lov om ophavsret*), tekst jednolity z 27 lutego 2010 r., nr 202. Dostęp: http://www.kum.dk/english/Services/Legislation/Copyright/ Data dostępu: 15 października 2013 r.

do zarządzania prawami autorskimi majątkowymi osób, które nie są jej członkami. Jest to więc system łączący zasadę dobrowolnego powierzania wykonywania autorskich praw majątkowych przez uprawnionych organizacjom zbiorowego zarządzania (dalej: OZZ) z domniemaniem prawnym, że reprezentatywna OZZ jest uprawniona do zarządzania prawami osób nie będących jej członkami. To, czy dana ozz zostanie uznana za reprezentatywną[35] uzależnione jest od tego, czy większość uprawnionych do utworów w ramach określonej kategorii zawarła z nią umowę powierzenia praw w zbiorowe zarządzanie[36]. Zaletą tego rozwiązania są jego niskie koszty, zwłaszcza w odniesieniu do projektów masowej digitalizacji utworów oraz rozpowszechniania ich *on-line*, a także skrócenie czasu oczekiwania na uzyskanie możliwości skorzystania z utworu[37]. Niemniej, w celu zapewnienia właściwej i skutecznej ochrony interesów podmiotów uprawnionych, które nie są członkami reprezentatywnej OZZ i które nie chcą powierzać im praw do zbiorowego zarządzania, systemy prawne krajów nordyckich przewidują możliwość podjęcia decyzji o powierzeniu ich do indywidualnego zarządzania bądź po prostu zrezygnowania ze zbiorowego zarządzania w ramach rozszerzonego zbiorowego zarządu prawami autorskimi (z ang. *opt out*)[38]. W związku z powyższym, mimo dostrzegalnych zalet tego rozwiązania, nie zapewnia ono całkowitej pewności potencjalnym użytkownikom. Dodatkowo, w odniesieniu do niektórych kategorii utworów, w szczególności – utworów audiowizualnych, ustalenie, która OZZ jest reprezentatywna może okazać się problematyczne, jako że uprawnieni niechętnie korzystają z pośrednictwa OZZ[39].

Trzecim sposobem rozwiązania badanego problemu, choć jedynie częściowo, jest zawieranie umów gwarancyjnych – o zwolnienie ze zobowiązania korzystającego z utworu – z instytucjami prywatnymi w sytuacji, gdy korzystający, mimo starannego poszukiwania, nie zdołał ustalić tożsamości i miejsca pobytu osoby uprawnionej. Umowy takie mają charakter odpłatny a wysokość wynagrodzenia w większości przypadków nie przenosi wysokości opłaty licencyjnej. Wynagrodzenie przeznaczane jest na pokrycie kosztów korzystania z utworu wobec uprawnionego, jeśli zostanie on zidentyfikowany[40]. Według tak określonego schematu funkcjonuje holenderska fundacja Foto Anoniem[41] w odniesieniu do osieroconych utworów fotograficznych. Niemniej model ten nie dla każdej postaci eksploatacji utworu jest atrakcyjny z uwagi na to, że choć chroni przed odpowiedzialnością, w tym odszkodowawczą, nie ma wpływu na postępowanie zabezpieczające ani roszczenia zakazowe[42], co może okazać się szczególnie dotkliwe dla uprawnionych do utworu audiowizualnego, do którego włączono dzieło osierocone, lub który stanowi adaptację dzieła osieroconego w razie pojawienia się podmiotu uprawnionego.

Czwartym rozwiązaniem jest wprowadzenie możliwości uzyskania przez potencjalnych użytkowników zgody na korzystanie z dzieła

35 J. Ahamn, L. Guibault, *Cross-border extended licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage*, Amsterdam 2011, s. 30.
36 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 5.
37 J. Ahamn, L. Guibault, *Cross-border extended licensing* ..., s. 25.
38 *Ibidem*, s. 36-38.
39 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 6.
40 *Ibidem,* s. 6-7.
41 Z zasadami funkcjonowania Foto Anoniem zapoznać się można na stronie: http://www.fotoanoniem.nl/fotoanoniem.294.0.html Data dostępu: 2 listopada 2013 r.
42 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 7.

osieroconego od organu państwowego. System taki funkcjonuje w Kanadzie w odniesieniu do sytuacji, gdy pomimo zastosowania rozsądnych środków mających na celu ustalenie tożsamości lub miejsca pobytu uprawnionego, nie udało się tego uczynić. Wówczas użytkownik może złożyć wniosek do kanadyjskiej Komisji ds. Praw Autorskich (*Canadian Copyright Board*), w którym udowodni, że przeprowadził dokładne poszukiwania (z ang. *thorough serach*).

Wniosek dotyczyć może więcej niż jednego utworu. Dokładne poszukiwania polegają na sprawdzeniu informacji we właściwych organizacjach zbiorowego zarządzania, w bibliotece narodowej, w uniwersytetach, muzeach, urzędach ds. praw autorskich (prowadzących rejestry utworów oraz uprawnionych), instytucjach dziedzictwa narodowego oraz w Internecie. Jeśli przesłanka dokładne poszukiwania zostanie spełniona, komisja udziela niewyłącznej licencji na korzystanie z utworu lub utworów wskazanych we wniosku jedynie na terytorium Kanady. Licencja ma charakter odpłatny i dotyczy ściśle określonych pól i sposobu eksploatacji dzieła. W zależności od kategorii utworu, opłata uiszczana jest albo organizacji zbiorowego zarządzania właściwej ze względu na repertuar albo umieszczana jest na rachunku depozytowym lub powierniczym. Podobne rozwiązania wprowadzone zostały w Japonii, Korei Południowej, Indiach, Wielkiej Brytanii[43] oraz na Węgrzech[44]. Przy czym w ostatnim z wymienionych państw ograniczone jest ono jedynie do zarejestrowanych artystycznych wykonań[45].

Rozwiązanie to zapewnia użytkownikom dzieł osieroconych pewność co do prawa, ponieważ czyni korzystanie przez nich z utworów działaniem zgodnym z prawem, co uniemożliwia przypisanie im odpowiedzialności a także uzyskanie postanowienia o zastosowaniu środków zabezpieczających. Jednocześnie, podkreślić należy za S. van Gompelem oraz P. B. Hugenholtzem[46], że nie wyłącza to dbałości o interesy uprawnionych, ponieważ bezstronny organ państwowy dokonuje, przed udzieleniem licencji, weryfikacji, czy poszukiwanie przeprowadzone przez uczestnika postępowania było dokładne. Poza tym, decyzja o udzieleniu licencji podejmowana jest po dokładnym zbadaniu okoliczności danej sprawy. Z uwagi na odpłatność licencji, interes majątkowy uprawnionych w razie ustalenia ich tożsamości lub miejsca pobytu jest w sposób zadowalający zabezpieczony.

Piątą propozycją rozwiązania badanego problemu jest ustawowe ograniczenie odpowiedzialności osób korzystających z utworów uznanych za dzieła osierocone. Zostało ono zaproponowane przez amerykański urząd ds. prawa autorskiego[47] a następnie jako projekty ustaw[48] przedstawione

43 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 7.

44 Por. R. M. Hilty, K. Köklü, S. Nérisson, F. Trumpke, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Commission Proposal for a Directive on Certain Permitted Uses of Orphan Works*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series nr 11-14, s. 2. Dostęp: http://ssrn.com/abstract=1948323. Data dostępu: 25 sierpnia 2013 r.

45 Art. 190 brytyjskiej Ustawy o prawie autorskim, wzorach przemysłowych i patentach (*UK Copyright Designs and Patents*) z 1988 r., c. 48. Dostęp: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/190 Data dostępu: 15 października 2013 r.

46 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 7-8.

47 D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving*..., s. 31.

48 Np. Projekt *Orphan Works Act* z 2006 r., H.R. 5439, przedstawiona podczas posiedzenia Izby Reprezentantów w dniu 22 maja 2006 r. Projekt ten został wycofany pod koniec prezydencji George'a Busha. Także projekt *Orphan Works Act* z 2008 r., H.R. 5889, 110 posiedzenie Izby Reprezentantów w dniu 24 kwietnia 2008 r. oraz projekt Shawna Bentley'a *Orphan Works Act* z 2008 r., S.R. 2913, 110 posiedzenie Senatu. Żaden z projektów nie został uchwalony przez Kongres.

podczas posiedzeń amerykańskiego Kongresu. Projekty te zakładały ograniczenie środków ochrony w stosunku do osób korzystających z utworów w dobrej wierze. Możliwość powołania się na dobrą wiarę uzależnione jest od przeprowadzenia starannego poszukiwania (z ang. *reasonably diligent serach*) poprzez sprawdzenie informacji wpisanych do rejestru praw autorskich oraz skorzystanie z usług podmiotu profesjonalnie zajmującego się ustaleniem statusu utworów (np. agencji literackiej w ramach umowy scoutingowej) oraz z dostępnych technik umożliwiających wskazanie podmiotu uprawnionego lub jego miejsca pobytu. Niemniej, o ile propozycja ta znajdowałaby rację bytu w amerykańskim systemie prawnym[49], gdzie możliwe jest zasądzanie bardzo wysokich odszkodowań z tytułu naruszenia praw autorskich[50], brak takiego uzasadnienia w systemie prawnym Unii Europejskiej[51], za wyjątkiem polskiego systemu prawnego, zgodnie z którym na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b uprawniony, którego prawa autorskie majątkowe zostały naruszone może żądać od osoby, która naruszyła jego prawa naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę dwukrotności, a w przypadku zawinionego naruszenia, trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu.

Szóstym z proponowanych rozwiązań było wprowadzenie nowej postaci dozwolonego użytku. Pomysł ten opracowany został przez *British Screen Advisory Board*[52]. Możliwość powołania się na instytucję dozwolonego użytku uzależniona zostałaby od spełnienia trzech przesłanek:

- po pierwsze, przyznania określonemu utworowi lub utworom statusu dzieł osieroconych,

- po drugie, wykazania przez osobę pragnącą skorzystać z utworu, że podjęła największy wysiłek (z ang. *best endeavours*) w celu ustalenia tożsamości osoby uprawnionej lub jej miejsca pobytu,

- po trzecie, uiszczenia rozsądnej opłaty z tytułu korzystania z utworu. Wysokość opłaty miałaby być ustalana przez brytyjski sąd ds. praw autorskich (*UK Copyright Tribunal*) na podstawie okoliczności danej sprawy.

Rozwiązanie to należy jednak odrzucić ze względu na brzmienie art. 5 dyrektywy 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[53]. Poza tym, jak słusznie zauważają

49 Nie należy jednak uznawać wyrażonego tu poglądu za niepodważalny. Wskazuje się bowiem, że przesłanki starannego poszukiwania pokrywają się z wypracowanymi w orzecznictwie przesłankami *fair use* a status dzieła jako dzieła osieroconego nie zmieniałby faktu, że biblioteki, archiwa, instytucje dziedzictwa narodowego oraz instytucje oświaty korzystają z utworów w ramach dozwolonego użytku publicznego. Tak np. S. Hetcher, *Orphan Works and Google's Library Project*, Wake Forest Intellectual Property Law Journal, nr 1/2007, s. 21-23; D.R. Hansen, K. Hashimoto, G. Hinze, P. Samuelson, J. M. Urban, *Solving*..., s. 31.

50 Przepis art. 504 U.S. Copyright Act przewiduje możliwość zasądzenia odszkodowania ustawowego w wysokości do 150 tysięcy USD za każde umyślnie popełnione naruszenie praw autorskich.

51 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 9.

52 Zob. *Orphan Works and Orphan Rights. A Report by the British Screen Advisory Council (BSAC) Working Group*, BSAC, s. 10. Dostęp: http://www.bsac.uk.com/files/orphan%20works%20paper%20-%20june%202011%20_2_.pdf Data dostępu: 24 października 2013 r.

53 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, Dz. Urz. UE L 167 z dnia 22 czerwca 2001 r., s. 0010-0019, dalej: dyrektywa o społeczeństwie informacyjnym.

S. van Gompel oraz P.B. Hugenholtz[54], wątpliwe jest, czy ustanowienie tak szeroko zakrojonej postaci dozwolonego użytku byłoby uzasadnione z punktu widzenia testu trójstopniowego wyrażonego w art. 5 pkt 5 dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym.

Biorąc pod uwagę zalety oraz wady przedstawionych tu rozwiązań wskazać należy za S. van Gompelem i B. Hugenholtzem[55], że jedynie dwa z nich mogą przyczynić się do rozwiązania problemu dzieł osieroconych. Zgodzić się należy z autorami, że każde z rozwiązań wymaga zasadniczych zmian w funkcjonowaniu określonych instytucji prawa autorskiego. Zastosowanie rozwiązania nordyckiego wymagałoby głębokiej reformy systemu zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a także ścisłego określenia przesłanek wskazania organizacji reprezentatywnych oraz przejrzystych zasad dystrybucji wniesionych w związku z korzystaniem z dzieła osieroconego opłat. Opowiedzenie się za modelem kanadyjskim wymagałoby powołania organu administracyjnego, który rozpatrywałby wnioski o udzielenie zgody na korzystanie z utworu lub powierzenie tej kompetencji już istniejącemu organowi.

3. Dyrektywa o dziełach osieroconych

Rozwiązanie problemu dzieł osieroconych na terytorium Unii Europejskiej wyrażona została w treści postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z dzieł osieroconych[56]. Głównymi zadaniami, którym mają służyć jej postanowienia jest stworzenie ram prawnych mających na celu ułatwienie digitalizacji i rozpowszechniania utworów oraz innych przedmiotów podlegających ochronie prawem autorskim lub prawami pokrewnymi, co do których podmioty uprawnione nie są znane, lub nawet jeśli są znane, których odnalezienie jest niemożliwe. Zadanie to zostało już wcześniej wskazane jako jedno z kluczowych w komunikacie „Europejska Agenda Cyfrowa" (pkt 3 preambuły dyrektywy o dziełach osieroconych). Parlament Europejski i Rada, co wynika z punktu 1 preambuły dyrektywy o dziełach osieroconych, dostrzegły znaczenie bibliotek cyfrowych, takich jak Europeana[57]. W związku z tym, głównym zadaniem dyrektywy jest umożliwienie zgodnego z prawem i sprawnego funkcjonowania takich projektów oraz otwarcie nowych źródeł wiedzy dla naukowców i badaczy, co ma stymulować ich rozwój. Niemniej już w tym miejscu zauważyć należy, że o ile docelową grupą beneficjentów są instytucje oświatowe i kulturalne, dyrektywa nie zawiera postanowień, które rozwiązywałyby problem wysokich kosztów związanych z projektami digitalizacji dużej ilości utworów. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy, wymóg przeprowadzenia starannego poszukiwania dotyczy każdego z utworów z osobna. W rezultacie z rozwiązań zaproponowanych w dyrektywie skorzystają podmioty wdrażające dobrze dofinansowane projekty, co w odniesieniu do instytucji kulturalnych oraz oświatowych może stanowić skuteczną barierę dla rozwoju kolejnych przedsięwzięć[58].

54 S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, *The Orphan Works Problem* ..., s. 9.

55 *Ibidem*

56 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z dzieł osieroconych, Dz. Urz. UE L 299/5 z dnia 27 października 2012 r. Dalej: dyrektywa o dziełach osieroconych.

57 Należy w tym miejscu wspomnieć, że zgodnie z Raportem „Comité des Sages" rolą Europeany jest zachowanie dziedzictwa kulturowego Europy poprzez digitalizowanie utworów, także tych objętych jeszcze ochroną prawnoautorską. *The New Renessaince*, *Raport „Comité des Sages*", s. 26.

58 Por. J. Axhamn, *Trilogue agreement on the Orphan Works Directive*, Wolters Kluwer Copyright Blog, wpis z dnia 13 czerwca 2012 r. Dostęp: http://kluwercopyrightblog.com/2012/06/13/trilogue-agreement-on-the-orphan-works-

3.1. Zakres stosowania dyrektywy

Zakresy podmiotowy oraz przedmiotowy dyrektywy określone zostały w treści art. 1. Dyrektywa dotyczy jedynie niektórych sposobów korzystania z dzieł osieroconych przez takie podmioty jak biblioteki, placówki oświatowe, muzea, archiwa, instytucje odpowiedzialne za dziedzictwo filmowe i dźwiękowe, jeśli są publicznie dostępne a także nadawców publicznych mających siedzibę w państwach członkowskich, w celu realizacji ich zadań leżących w interesie publicznym (art. 1 ust. 1). Oznacza to, że ustawodawca unijny postanowił nie ograniczać zakresu podmiotowego dyrektywy do instytucji publicznych[59]. W związku z tym, kryterium decydującym o objęciu działań określonego podmiotu zakresem postanowień dyrektywy o dziełach osieroconych jest to, czy utwory znajdujące się w posiadaniu tych podmiotów są publicznie dostępne oraz czy działania te są podejmowane w interesie publicznym.

Zakresem przedmiotowym dyrektywy o dziełach osieroconych objęte zostały tylko wybrane kategorie utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywa ma zastosowanie do:

- utworów piśmienniczych, czyli utworów publikowanych w postaci książek, czasopism, gazet, magazynów oraz innych tekstów pisanych znajdujących się w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych lub muzeów a także w zbiorach archiwów i instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe, oraz
- utworów audiowizualnych i fonogramów wyprodukowanych przez nadawców publicznych do dnia 31 grudnia 2002 r. włącznie a znajdujących się w archiwach lub w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych lub muzeów lub w zbiorach archiwów i instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe.

W treści art. 1 ust. 2 *in fine* poczyniono zastrzeżenie, że zakres przedmiotowy dyrektywy ogranicza się do wymienionych wyżej kategorii utworów, jeśli są one nadal chronione prawami autorskimi lub pokrewnymi i których miejscem pierwszej publikacji lub nadania, jeśli nie zostały opublikowane, było terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Znacznie zawęża to zakres zastosowania dyrektywy, bowiem czyni niemożliwym objęcie nim utworów obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, jeśli z jakichś powodów (np. historycznych czy politycznych), ich dzieła zostały opublikowane poza terytorium Unii Europejskiej. W ten sposób twórcy Europeany zostali pozbawieni możliwości udostępniania online czasem bardzo wartościowych utworów lub ich zbiorów będących ważnym elementem dziedzictwa kulturowego Europy, nawet jeśli znajdują się w zbiorach wymienionych w dyrektywie instytucji.

W odniesieniu zaś do utworów filmowych oraz audiowizualnych wyprodukowanych przez nadawców publicznych ustawodawca unijny rozszerza pojęcie „wyprodukowanych przez" także na utwory, które zostały przez nadawców publicznych zamówione w celu wyłącznego korzystania lub w celu wspólnego korzystania przez nich oraz innych współprodukujących nadawców publicznych (pkt 11 preambuły).

Ponadto, dyrektywa o dziełach osieroconych ma

directive/ Data dostępu: 13 listopada 2013 r.

59 Por. R. M. Hilty, K. Köklü, S. Nérisson, F. Trumpke, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Commission Proposal for a Directive on Certain Permitted Uses of Orphan Works* …, s. 3-4.

zastosowanie także do utworów i fonogramów, które nigdy nie zostały opublikowane ani nadane, lecz które zostały publicznie udostępnione – za zgodą podmiotów uprawnionych – przez wskazane powyżej organizacje, wyłącznie, jeśli można rozsądnie założyć, że podmioty uprawnione nie sprzeciwiłyby się korzystaniu z utworu (art. 1 ust. 3) oraz do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, zawartych w utworach oraz fonogramach objętych zakresem przedmiotowym dyrektywy, włączonych do nich lub stanowiących ich integralną część (art. 1 ust. 4). To rozszerzenie zakresu przedmiotowego dyrektywy ma ogromne znaczenie praktyczne, zwłaszcza w odniesieniu do utworów audiowizualnych, do których bardzo często włącza się istniejące już utwory muzyczne, słowno-muzyczne, słowne czy utwory choreograficzne.

Niemniej, z pewnością mankamentem dyrektywy jest to, że swoim zakresem nie objęła ona utworów fotograficznych. Racjonalność tego rozwiązania jest o tyle wątpliwa, że wśród utworów fotograficznych największy odsetek spośród wszystkich kategorii utworów stanowią dzieła osierocone, co wynika z badań przeprowadzonych przez brytyjski Urząd ds. Własności Intelektualnej w 2012 r.[60]. Utwory fotograficzne stanowić mogą niezwykle istotny element dokumentacji tez naukowych, zwłaszcza z zakresu badań historycznych. Wyłączenie utworów fotograficznych z zakresu zastosowania dyrektywy nie ma charakteru absolutnego, zgodnie bowiem z dyspozycją art. 1 ust. 4, jeżeli fotografie zostały włączone do utworów piśmienniczych lub utworów audiowizualnych uznanych za dzieła osierocone lub stanowią ich integralną część, także do nich stosuje się postanowienia dyrektywy. Zakres przedmiotowy dyrektywy nie obejmuje także wideogramów, które podobnie jak fotografie mogą stanowić cenne źródło informacji na temat zdarzeń historycznych, ich podłoża, przebiegu a także na temat życia codziennego danej społeczności oraz jej zwyczajów i tradycji. Obie kategorie utworów mogą być bardzo użyteczne np. przy tworzeniu filmów dokumentalnych.

Wydaje się, że przyjęte w dyrektywie o dziełach osieroconych rozwiązanie, zwłaszcza zaś wyłączenie samodzielnych fotografii i innych obrazów[61] z jej zakresu przedmiotowego, budziło wątpliwości u samego ustawodawcy unijnego. W rezultacie w art. 10 zawarta została klauzula przeglądowa a Komisję zobowiązano do przedstawienia pierwszego sprawozdania dotyczącego potrzeby rozszerzenia zakresu przedmiotowego aktu obwarował krótkim, zaledwie rocznym (od czasu wejścia w życie postanowień dyrektywy) terminem.

3.2. Definicja dzieła osieroconego

Definicję dzieła osieroconego zawiera art. 2 dyrektywy o dziełach osieroconych. Zgodnie z jego treścią utwór lub fonogram jest osierocony, gdy żaden z podmiotów do niego uprawnionych nie jest znany lub, nawet jeśli tożsamość choć jednego z nich została ustalona, żaden z współuprawnionych nie został odnaleziony mimo starannego poszukiwania. Natomiast, jeżeli co najmniej jeden ze współuprawnionych jest znany lub też co najmniej jeden ze znanych współuprawnionych

60 UK Intellectual Property Office, *Final Impact Assessment on Orphan Works* (czerwiec 2012), s. 10-11. Dostęp: http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf Data dostępu: 15 września 2013 r.

61 Posłużenie się takim sformułowaniem w oficjalnym tłumaczeniu treści dyrektywy na język polski jest dość niefortunne, ponieważ po pierwsze implikuje, że fotografia jest obrazem, po drugie, pojęcie „obraz" nie jest pojęciem polskiego języka prawnego, stąd niejasna jest jego relacja semantyczna do wyrażeń typu utwór plastyczny, utwór graficzny, utwór fotograficzny. Tłumaczenie takie jest efektem tego, że sam ustawodawca unijny posługuje się wyrażeniem „*other images*" wprowadzając to pojęcie do języka prawnego. Założyć wobec tego należy, że ustawodawca unijny miał na myśli dwuwymiarowe utwory z kategorii sztuki wizualnej.

został odnaleziony, przepisy dyrektywy mają do takich utworów zastosowanie, o ile podmioty te udzieliły instytucjom objętym zakresem podmiotowym aktu zgody na zwielokrotnianie i publiczne udostępnianie utworów (art. 2 ust. 2). Częściowe „osierocenie" nie pozbawia znanych lub odnalezionych podmiotów współuprawnionych uprawnień prawnoautorskich do utworu ani praw do fonogramu. W ten sposób dopuszczono możliwość rozszerzenia zakresu zastosowania dyrektywy na dzieła „częściowo" osierocone.

Postanowienia dyrektywy pozostają bez wpływu na regulacje krajowe odnośnie do utworów anonimowych oraz udostępnianych pod pseudonimem. Jest to logiczna konsekwencją tego, że kwestia udostępniania utworu pod własnym nazwiskiem lub pod pseudonimem lub anonimowo stanowi treść prawa autorskiego osobistego do autorstwa a utwory udostępniane z pominięciem nazwiska autora nie są, co do zasady, dziełami osieroconymi o tyle, o ile pomimo tego braku lub ujawnienia jedynie pseudonimu możliwe jest ustalenie tożsamości autora lub miejsca jego pobytu.

3.3. Staranne poszukiwanie

Przesłanką nadania utworowi statusu dzieła osieroconego jest przeprowadzenie w dobrej wierze starannego poszukiwania poprzedzającego korzystanie z utworu. Zgodnie z treścią art. 3 dyrektywy staranne poszukiwanie polega na sprawdzeniu informacji w źródłach odpowiednich dla poszczególnych kategorii utworów oraz fonogramów, przy czym każde z państw członkowskich określa samodzielnie odpowiednie źródła. Minimalny katalog źródeł wskazany został w załączniku do dyrektywy o dziełach osieroconych. Katalog ten, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 3, zawiera odrębne listy źródeł dla czterech kategorii – dla opublikowanych książek, w odniesieniu do czasopism, gazet, magazynów i periodyków, w odniesieniu do utworów wizualnych, w tym fotografii, ilustracji, projektów, utworów architektonicznych, szkiców zawartych w dziełach osieroconych oraz w odniesieniu do utworów audiowizualnych i fonogramów.

Przepis ust. 3 art. 3 zawiera normę rozstrzygającą o tym, terytorium, jakiego państwa jest właściwe dla przeprowadzenia poszukiwań. Stanowi on, że staranne poszukiwanie należy przeprowadzić w państwie członkowskim pierwszej publikacji lub pierwszego nadania utworu, jeżeli nie został on opublikowany. Zgodzić się należy z S. Stanisławską-Kloc[62], że chodzi tu o współczesne granice państw a nie granice historyczne. Przeciwny pogląd byłby nieuzasadniony z uwagi na dwa aspekty: po pierwsze, przepis dotyczy poszukiwań przeprowadzanych w teraźniejszości; po drugie, tylko istniejące obecnie państwa i ich organy mogą przygotować wykaz stosownych źródeł.

W rezultacie zastosowania normy z art. 3 ust. 3 staranność poszukiwania w odniesieniu do sprawdzenia odpowiednich źródeł podlega prawu krajowemu państwa pierwszej publikacji lub nadania. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyliczenie podmiotów z Polski, które mogłyby wziąć udział w przygotowaniu wykazu stosownych źródeł, zaprezentowane przez S. Stanisławską-Kloc[63]. Autorka wymienia w szczególności biblioteki, archiwa, instytucje oświatowe, nadawców oraz organizacje zbiorowego

62 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych – czy jesteśmy na właściwej drodze do rozwiązania problemu?*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2013, z.1, s. 143.

63 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych* ..., s. 142.

zarządzania a także, w pełni uzasadnienie, rozważa możliwość włączenia w prace nad wykazem przedstawicieli Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji. Należy zgodzić się z postulatem przywołanej autorki, zgodnie z którym standardy starannego poszukiwania powinny odpowiadać ogólnej regule – im wcześniej dany utwór powstał lub im więcej czasu upłynęło od śmierci autora, tym niższe wymagania odnośnie do staranności działania, co stanowi konsekwencję założenia, że standardy te powinny być proporcjonalne do faktycznych możliwości odnalezienia podmiotów uprawnionych[64]

Państwo wskazane na podstawie normy z art. 3 ust. 3 dyrektywy będzie też właściwe dla wpisania utworu do rejestru dzieł osieroconych, o którym mowa w ust. 5 art. 3, oraz zapewnienia, aby informacje o utworze zostały przekazane Urzędowi Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM). Istnienie centralnego rejestru ułatwi organizacjom, które przeprowadzają staranne poszukiwanie a także podmiotom uprawnionym dostęp do informacji na temat statusu utworu poprzez obniżenie kosztów i skrócenie czasu każdych kolejnych poszukiwań zarejestrowanego dzieła osieroconego. W odniesieniu zaś do utworów audiowizualnych, których producent ma siedzibę lub miejsce stałego pobytu w państwie członkowskim Unii Europejskiej, staranne poszukiwanie należy przeprowadzić w państwie siedziby lub miejsca stałego pobytu producenta. Także prawo państwa siedziby lub miejsca stałego pobytu producenta utworu audiowizualnego będzie właściwe dla oceny, czy skorzystano z właściwych źródeł. W przypadku utworów audiowizualnych, których współproducenci mają siedziby lub miejsce pobytu w różnych państwach, konieczne będzie przeprowadzenie badań w każdym z tych państw (pkt 15 preambuły). Swoistą klauzulę korygującą to terytorialne ograniczenie co do poszukiwań wyrażono w treści ust. 4 art. 3, zgodnie z którym, jeżeli istnieją powody pozwalające sądzić, że informacje odnośnie do podmiotów uprawnionych lub ich miejsca przebywania znaleźć można w innym państwie, należy sprawdzić dodatkowo źródła informacji dostępne w tych państwach. Rozwiązanie polegające na tworzeniu normatywnego powiązania między utworem a obszarem prawnym, na którym doszło do pierwszej publikacji lub nadania pozwala uniknąć wielokrotnego badania statusu prawnego tego samego utworu.

Ważnym postanowieniem dyrektywy ułatwiającym korzystanie z dzieł osieroconych jest dyspozycja art. 4, zgodnie z którą status dzieła osieroconego jest, na zasadzie wzajemności, uznawany we wszystkich państwach członkowskich. Oznacza to, że z dzieła osieroconego można korzystać i udostępniać je na zasadach określonych w dyrektywie we wszystkich państwach członkowskich. Niezaprzeczalna doniosłość skutku uznania utworu za osierocony wymaga zastanowienia się nad charakterem prawnym wpisu utworu do rejestrów – krajowego i centralnego. Choć artykuł 4 wprowadzając zasadę wzajemnego uznania nie stawia wymogu, aby dzieło osierocone, z którego beneficjenci chcą korzystać i go udostępniać, został wpisany do rejestru krajowego[65] bądź centralnego zanim będzie możliwe jego eksploatowanie w pozostałych państwach członkowskich Unii Europejskiej[66],

64 *Ibidem*

65 Brak takiego rejestru nie powinien stawać na przeszkodzie korzystaniu z dzieła osieroconego, o ile uzyska ono taki status.

66 *De facto*, jak słusznie zauważa S. Stanisławska-Kloc, w przypadku udostępnienia w bibliotece cyfrowej zastosowanie zasady wzajemnego uznania prowadzi do uzyskania przez utwór statusu dzieła osieroconego o zasięgu ogólnoświatowym. S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utwo-*

odsyła on do treści art. 2. Przepis ten zaś stanowi *explicite*, że uzyskanie statusu dzieła osieroconego uzależnione jest między innymi od zarejestrowania starannego poszukiwania. Moim zdaniem już dokonanie wpisu w rejestrze krajowym (po uprzednim spełnieniu pozostałych przesłanek) uprawnia do powołania się na zasadę wzajemnego uznania. Podobny skutek wywołuje unieważnienie statusu dzieła osieroconego[67].

Istnienie wyżej wskazanego rejestru wiąże się z koniecznością przechowywania danych dotyczących dzieł osieroconych. Oczywiście nie jest to obowiązek *ad infinitum*. Wskazać można, za S. Stanisławską-Kloc[68], że informacje te powinny być przechowywane co najmniej przez okres trwania praw autorskich majątkowych do określonego utworu.

3.4. Skutki prawne uzyskania statusu dzieła osieroconego

W konsekwencji uzyskania statusu dzieła osieroconego organizacje objęte zakresem podmiotowym dyrektywy mogą z niego korzystać w ramach dozwolonego użytku publicznego wyłącznie na wymienionych w dyrektywie polach eksploatacji (art.6 ust. 1). Podmioty te mogą dzieło osierocone publicznie udostępniać w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2001/29/WE oraz zwielokrotniać je w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2001/29/WE w celu digitalizacji, udostępniania, indeksowania, katalogowania, zachowania, uzupełniania lub ochrony własnych zbiorów. Uważam, że oparcie rozwiązania na konstrukcji dozwolonego użytku oznacza, że działania beneficjentów podlegają badaniu według tzw. testu trójstopniowego, którego zadaniem jest korygowanie *ad casum* sposobów korzystania z utworu z uwagi na słuszny interes twórcy. Moim zdaniem możliwość powołania się przez twórcę lub inny podmiot uprawniony na test trójstopniowy wprowadza pewną dozę niepewności co do sytuacji prawnej podmiotu korzystającego.

3.5. Unieważnienie statusu dzieła osieroconego

Z uwagi na konieczność ochrony interesów podmiotów praw autorskich w treści art. 5 dyrektywy przewidziano możliwość unieważnienia statusu dzieła osieroconego. Podmiotem legitymowanym do wszczęcia takiego postępowania jest wyłącznie podmiot praw autorskich lub prawa pokrewnego do fonogramu w zakresie przysługujących mu praw. Unieważnienie statusu dzieła osieroconego oznacza dla beneficjentów konieczność albo niezwłocznego powstrzymania się od dalszego korzystania z utworu albo uzyskania zgody od podmiotu uprawnionego. W każdym razie, jak wskazuje S. Stanisławska-Kloc[69], wywołuje ono skutki *pro futuro*.

Co ważne, podmiot uprawniony może skorzystać z możliwości unieważnienia statusu dzieła osieroconego w każdym czasie a państwo członkowskie, w którym ma siedzibę określony beneficjent korzystający z utworu, ma obowiązek zapewnić mu godziwe wynagrodzenie za to korzystanie. Decyzję co do uregulowania wysokości wynagrodzenia oraz okoliczności jego wypłacenia pozostawiono państwom członkowskim, niemniej w punkcie 18 preambuły wymienione zostały czynniki, które należy wziąć pod uwagę przy określaniu godziwej rekompensaty. Są to: cele państw członkowskich związane z promowaniem kultury, niekomercyjny charakter korzystania

rach osieroconych ..., s. 147.

67 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych* ..., s. 148. Zobacz też cytowane przez autorkę w przypisie 75 słuszne rozważania odnośnie do możliwości rzeczywistego zrealizowania postulatu harmonizacji przy zastosowaniu zasady wzajemnego uznania.

68 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych* ..., s. 144.

69 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych* ..., s. 149.

z utworów przez beneficjentów, zadania, których realizację umożliwia korzystnie z utworu a także interesy osób uprawnionych oraz możliwość wyrządzenia im szkody.

3.6. Ocena rozwiązań przyjętych w dyrektywie

Z pewnością fakt, że dyrektywa harmonizuje częściowo zasady korzystania z utworów uznanych za osierocone a także je definiuje, stanowi ogromną zaletę przyjętego uregulowania. Zauważyć bowiem należy, że w wielu państwach członkowskich do tej pory nie wypracowano krajowych sposobów rozwiązania problemu dzieł osieroconych a istniejące w pozostałych państwach regulacje nie są jednolite. Utrudnia to rozwój takich projektów jak Europeana a także udostępnianie swoich zbiorów w postaci zdigitalizowanej przez instytucje oświatowe lub kulturalne, których działania nie zawsze mieszczą się w ramach dozwolonego użytku publicznego. Z tego względu wypracowanie wspólnych dla wszystkich państw członkowskich rozwiązań w postaci przepisów dyrektywy należy oceniać pozytywnie. Niemniej należy w tym miejscu zgłosić postulaty *de lege ferenda* – jeśli nie dla ustawodawcy unijnego, który celowo posłużył się zawierającą ogólne postanowienia oraz wyznaczającą ustawodawcom krajowym cele dyrektywą, to dla ustawodawców krajowych.

W pierwszej kolejności wyraźnego zdefiniowania wymaga kluczowe pojęcie „starannego poszukiwania". Wskazanie katalogu źródeł, w jakich należy dokonywać poszukiwań, do czego zobligowane zostało każde państwo członkowskie, ma jedynie charakter minimalny. Ocena natomiast tego, czy określony podmiot dokonał starannego poszukiwania pozostawiona została organowi prowadzącemu rejestr. Oznacza to, że podmiot ten, a także OHIM prowadzący rejestr centralny, dokonywał będzie nie tylko formalnej, ale i merytorycznej oceny wniosku.

Po drugie, opowiedzenie się przez ustawodawcę unijnego za oparciem możliwości korzystania z dzieł osieroconych na konstrukcji dozwolonego użytku publicznego wiąże się z koniecznością dokonywania oceny, czy działania podmiotu korzystającego spełniają test trójstopniowy, co pozostawia pewien margines niepewności odnośnie do zgodności z prawem korzystania z tych utworów.

Natomiast, gdy status ulegnie unieważnieniu, roszczenia podmiotu uprawnionego ograniczone zostały do żądania godziwego wynagrodzenia. Wówczas też to ten podmiot w pełni decyduje o losie własnego utworu. Moim zdaniem, unieważnienie statusu dzieła osieroconego nie powinno pozbawiać instytucji korzystającej możliwości dalszego korzystania z niego, jeśli jest to konieczne ze względu na rodzaj utworu. Tytułem przykładu wskazać można, że w przypadku utworów audiowizualnych, do których włączono dzieło osierocone, brak ograniczenia środków ochrony przysługujących odnalezionemu uprawnionemu może zniweczyć cały wysiłek podjęty przez jego współtwórców oraz producenta. Dotyczy to zwłaszcza roszczeń zabezpieczających. W celu uniknięcia swoistego paraliżu należałoby zagwarantować na poziomie prawa Unii Europejskiej podmiotom korzystającym w dobrej wierze z utworu możliwość dalszego ich eksploatowania poprzez ograniczenie środków ochrony wyłącznie do żądania godziwego wynagrodzenia. Także ten aspekt państwa członkowskie powinny wziąć pod uwagę przy ustalaniu jego wysokości.

Po trzecie, dyrektywa, jak już wcześniej zaznaczono, harmonizuje wyłącznie niektóre aspekty korzystania z dzieł osieroconych. Dotyczy

ona w głównej mierze instytucji wykonujących zadania publiczne. Wobec tego konieczne jest wprowadzenie alternatywnego rozwiązania dla komercyjnego korzystania z dzieł osieroconych np. w oparciu o nordycki system rozszerzonego zbiorowego zarządu. Dopiero istnienie rozwiązań zarówno dla komercyjnego[70] jak i niekomercyjnego korzystania z dzieł osieroconych sprawi, że pełny dostęp do tych utworów będzie możliwy oraz przyczynią się one do rozwoju kultury oraz wiedzy.

Po piąte, zasada wzajemnego uznania, stanowiąca *novum* w prawie autorskim jako swoisty wyłom do zasady terytorializmu, zdaniem C. Davies i T. Ohty[71] może prowadzić do negatywnego zjawiska forum shoppingu.

Zgodzić należy się jednak z J. Axhamnem[72], zdaniem którego pojawienie się tego zjawiska w odniesieniu do dzieł osieroconych jest wykluczone z uwagi na to, że właściwość państwa członkowskiego, w którym należy dokonać poszukiwania jest ściśle określona. Wprowadzenie tej zasady należy oceniać pozytywnie, jednak nie jest jasne, który podmiot jest w tym przypadku uprawniony do pobierania opłat z tytułu korzystania z utworu uznanego za osierocony w jednym z państw członkowskich i wpisanego do tamtejszego rejestru a także, w jaki sposób zgromadzone środki pieniężne powinny być wykorzystane. Wziąwszy pod uwagę odmienne tradycje krajowe co do systemu zbiorowego zarządu może to powodować pojawienie się znacznych rozbieżności w ustawodawstwach państw członkowskich[73], co niestety doprowadzić może do zachwiania równowagi między nasyceniem wilka a bezpieczeństwem owcy.

4. Propozycja polskiego MKiDN

Prawo polskie nie zawiera obecnie norm szczególnych poświęconych regulacji statusu dzieł osieroconych. Częściowo jedynie problem ten rozwiązuje dyspozycja art. 33 pkt 3 pr.aut w odniesieniu do utworów fotograficznych i plastycznych. Przepis ten, w ramach dozwolonego użytku publicznego, odpłatnego, pozwala wskazane utwory zamieścić w atlasach i encyklopediach, pod warunkiem że nawiązanie kontaktu „z twórcą celem uzyskania jego zezwolenia napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody" a przeszkodą taką jest deficyt informacyjny odnośnie do tożsamości lub lokalizacji uprawnionego[74].

Rozwiązania problemu dzieł osieroconych nie można z pewnością upatrywać w treści przepisu art. 8 ust. 3 pr. aut[75]. Uwzględniając dyspozycję art. 9 ust. 3 pr. aut. odnośnie do sposobu wykonywania praw do utworu współautorskiego dostrzec można wyraźne rysy tego, jakie problemy związane z brakiem informacji co do tożsamości lub danych kontaktowych chociażby jednego ze współuprawnionych mogą się na tym tle wyłonić[76]. Stąd też od kilku lat w literaturze polskiej pojawiają

70 Rozwiązanie takie znalazło się w pierwotnym projekcie dyrektywy.

71 C. Davies, T. Ohta, *New EU Directive on Orphan Works*. Wpis z dnia 22 stycznia 2013 r. Dostęp: http://www.bristows.co.uk/articles/new-eu-directive-on-orphan-works Data dostępu: 20 marca 2014 r.

72 J. Axhamn, *Trilogue agreement on the Orphan Works Directive*, Wolters Kluwer Copyright Blog, wpis z dnia 13 czerwca 2012 r. dostęp: http://kluwercopyrightblog.com/2012/06/13/trilogue-agreement-on-the-orphan-works-directive/ Data dostępu: 15 września 2014 r.

73 Por. R. M. Hilty, K. Köklü, S. Nérisson, F. Trumpke, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Commission Proposal for a Directive on Certain Permitted Uses of Orphan Works …*, s. 6.

74 S. Stanisławska-Kloc, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych …*, s. 155.

75 Zob. w tej mierze rozważania A. Poźniak-Niedzielskiej oraz A. Niewęgłowskiego. A. Poźniak- Niedzielska, A. Niewęgłowski, *Dzieła osierocone – nowe wyzwania dla polskiego prawa autorskiego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2013, z. 4, s. 10-13.

76 *Ibidem*, s. 9.

się liczne postulaty rozwiązania owego problemu[77]. Ich przydatność na etapie implementacji dyrektywy do polskiego porządku prawnego może okazać się nie do przecenienia.

W dniu 6 czerwca 2013 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego podczas Forum Prawa Autorskiego przedstawiło planowane kierunki wdrożenia dyrektywy o dziełach osieroconych oraz regulacji dotyczącej problemu dzieł niedostępnych w handlu (z ang. *out-of-commerce*)[78]. Ministerstwo proponuje wprowadzenie dwóch reżimów regulacji:

- po pierwsze, w odniesieniu do dzieł osieroconych, z tym że regulacja ta, w porównaniu z dyrektywą, będzie miała rozszerzony zakres przedmiotowy. Mianowicie, przewidywała będzie możliwość uznania za dzieło osierocone ze skutkiem wyłącznie na terytorium RP, także przedmiotów nieobjętych zakresem przedmiotowym dyrektywy. Z uwagi na fakt, że tak szeroka regulacja postaci dozwolonego użytku z pewnością nie spełniłaby testu trójstopniowego, MKiDN proponuje objęcie „krajowych" dzieł osieroconych zbiorowym zarządem, co umożliwi korzystanie z nich na podstawie umów licencyjnych[79]. Rozwiązanie to pozostaje w zgodzie z przepisami dyrektywy, której art. 1 ust. 5 stanowi, że dyrektywa nie ingeruje w żadne uzgodnienia dotyczące zarządzania prawami na szczeblu krajowym;

- po drugie, MKiDN planuje także wprowadzenie regulacji prawnej mającej za przedmiot dzieła niedostępne w handlu (z ang. *out-of-commerce works*).

Prócz poszerzenia definicji dzieła osieroconego zawartej w dyrektywie o dodatkowe kategorie, MKiDN proponuje umożliwienie beneficjentom korzystanie z nich na wszystkich polach eksploatacji, przy czym korzystanie z pól eksploatacji wskazanych w dyrektywie następowałoby w ramach dozwolonego użytku, na pozostałych – na podstawie licencji niewyłącznej ograniczonej czasowo i terytorialnie. Co bardzo istotne licencja ta obejmowałaby także wykonywanie praw zależnych, wobec czego możliwe byłoby uzyskanie licencji niewyłącznej na rozpowszechnianie adaptacji dzieła osieroconego bądź jego tłumaczenia.

W systemie licencyjnym MKiDN przewiduje przyznanie kompetencji do przeprowadzenia starannego poszukiwania, na wniosek potencjalnego użytkownika, organizacjom zbiorowego zarządzania zakładając, że o tego rodzaju odpłatną usługę powinny one wzbogacić swoją ofertę. Wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia starannego poszukiwania ustalane byłoby niezależnie od należnej opłaty licencyjnej z tytułu korzystania z dzieła osieroconego. Licencji, w zależności od tego, jakiej kategorii dotyczy, udzielałaby jedna organizacja zbiorowego zarządzania wskazana w rozporządzeniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Rozwiązanie to przypomina model nordycki rozszerzonego zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi poprzez przyjęcie koncepcji *one-stop shop* oraz przyznania uprawnień do zawierania umów licencyjnych wyłącznie jednej, reprezentatywnej organizacji

77 Wskazać tu należy, poza wyżej cytowanymi, następujące pozycje: S. Stanisławska-Kloc, *Utwory osierocone* [w:] *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego 2007, z. 100, s. 453; J.Barta, R.Markiewicz, *Prawo autorskie*, Kraków 2010, s. 82 i n., B. Szczepańska, *Dzieła osierocone. Palące problemy, propozycje rozwiązań*, EBIB 2008, z. 3, dostęp: http://www.ebib.info/2008/94/a.php?szczepanska. Data dostępu: 22 marca 2014 r.

78 *Planowane kierunki wdrożenia regulacji dotyczącej problemu dzieł osieroconych i dzieł niedostępnych w handlu*, Warszawa, 6 czerwca 2013 r. Dostęp: http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/drugie_forum_/Zalozenia_regulacji_problemu_dziel_osieroconych_Forum_Prawa_Autorskiego.pdf Data dostępu: 14 września 2013 r.

79 *Planowane kierunki wdrożenia ...*, s. 2.

zbiorowego zarządzania w ramach określonych kategorii przedmiotów praw autorskich oraz praw pokrewnych.

Ministerstwo rozważa także różne sposoby redystrybucji opłat pobranych przez organizacje zbiorowego zarządzania. Jednym z nich jest gromadzenie uiszczonych opłat przez organizację zbiorowego zarządzania przez określony ustawowo czas, po upływie którego roszczenie odnalezionego uprawnionego do organizacji zbiorowego zarządzania o wypłatę wynagrodzenia ulegałoby przedawnieniu. Wprawdzie Ministerstwo nie precyzuje skutku upływu czasu na możliwość dochodzenia roszczenia, ale biorąc pod uwagę jego majątkowy charakter należy uznać, że byłby to termin przedawnienia wzorowany na konstrukcji cywilnoprawnej przedawnienia roszczeń majątkowych.

Nie jest za to jasne, na jakiej zasadzie oraz konstrukcji prawnej opierałoby się przejście obowiązku spełnienia roszczenia na fundusz prowadzony przez ministerstwo[80]. Wykluczone jest oparcie zmiany po stronie dłużnika na umowie o przejęcie długu (art. 519 k.c.), ponieważ dla wywołania skutku w postaci zwolnienia dłużnika z długu przez wstąpienie w jego miejsce przez osobę trzecią (tu: przez fundusz) wymagana jest, w zależności od wariantu, albo zgoda wierzyciela na zawarcie takiej umowy przez osobę trzecią i dłużnika albo zgoda dłużnika na zawarcie umowy przez wierzyciela i osobę trzecią. W przypadku dzieł osieroconych wierzycielem jest podmiot uprawniony a więc zawarcie przez niego umowy lub wyrażenie zgody na jej zawarcie jest postulatem niemożliwym do spełnienia. Wobec powyższego wydaje się, że właściwym instrumentem prawnym jest umowa o zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia (art. 392 k.c.), jednakże nie stanowi ona dla OZZ wystarczającego zabezpieczenia przed roszczeniami wierzyciela ze względu na swój gwarancyjny charakter.

Celem regulacji mającej za przedmiot dzieła niedostępne w handlu miałoby być zapewnienie możliwości zgodnego z prawem korzystania z książek, utworów publikowanych na łamach prasy, których nakład uległ wyczerpaniu, czyli których egzemplarze nie są dostępne w postaci drukowanej bądź w postaci zdigitalizowanej w komercyjnych kanałach dystrybucji. Istotną cechą konstrukcyjną tego pojęcia jest to, że objęte nim utwory stanowią przedmiot praw autorskich oraz to, że znane są tożsamość oraz miejsce pobytu pomiotów uprawnionych. Ujęcie zagadnienia statusu utworów niedostępnych w handlu w ramach regulacji prawnej stanowiłoby rezultat postulatów zgłaszanych m.in. w trakcie Forum Prawa Autorskiego przez instytucje tymi regulacjami zainteresowane ze względu na zakres ich działania a także uwzględniałoby rozwiązania przyjęte w Protokole Ustaleń w sprawie kluczowych zasad digitalizacji oraz udostępniania w utworów znajdujących się poza obrotem handlowym[81]. Zdaniem ministerstwa przepisy powinny zostać sformułowane w taki sposób, aby motywowały one wydawców oraz autorów do dokonywania weryfikacji, czy nakład do określonego tytułu został wyczerpany oraz czy istnieje zainteresowanie tym utworem na rynku nowych wydań. Służyć temu ma przede wszystkim wprowadzenie wzruszalnego domniemania prawnego, zgodnie z którym każdy utwór dostępny jest w handlu przez określony czas od pierwszej publikacji określonego wydania. Po upływie tego

80 *Planowane kierunki wdrożenia* ... (pkt 12), s. 3.

81 *Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available Out-of-Commerce Works* z 20 września 2011 r., MEMO/11/619, Komisja Europejska. Dostęp: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf Data dostępu: 3 listopada 2013 r.

czasu utwór automatycznie uzyskiwałby status utworu niedostępnego w handlu[82].

Choć ministerstwo w chwili obecnej przedstawiło jedynie ogólne założenia tej regulacji, już teraz niektóre z nich budzą zastrzeżenia. Przykładowo, ministerstwo przewiduje, że po upływie określonego czasu (np. okresu 25 lat od daty wydania) użytkownik publicznej instytucji oświatowej lub biblioteki będzie mógł wezwać wydawcę do wykazania, że utwór jest dostępny w handlu. Następnie, jeśli nie zostanie to wykazane, właściwa organizacja zbiorowego zarządzania będzie miała obowiązek ustalenia, czy podmiot uprawniony jest zainteresowany ponownym wprowadzeniem utworu do obrotu. W razie uzyskania odpowiedzi pozytywnej, podmiot ten będzie zobowiązany do wprowadzenia utworu do obrotu w jednym z kanałów dystrybucji w określonym ustawowo terminie. Rozwiązanie to, choć słuszne z punktu widzenia szerszego dostępu do dorobku kulturalnego i naukowego, moim zdaniem stanowi zbyt dużą ingerencję w swobodę podmiotu dysponowania przysługującymi mu prawami. Optymalnym rozwiązaniem byłoby, zgodnie z ogólnymi regułami prawa autorskiego, uzyskiwanie zgody uprawnionego na zdigitalizowanie i udostępnienie utworu wyłączonego z obrotu handlowego w Internecie, czyli uzyskanie licencji na korzystanie z utworu i rozporządzaniu nim w taki sposób, aby każdy miał do niego dostęp w czasie i miejscu przez siebie wybranym. W tym celu konieczne byłoby utworzenie rejestru utworów wyłączonych z obrotu handlowego oraz ustanowienie obowiązkowego pośrednictwa OZZ w zawieraniu wskazanych wyżej umów licencyjnych. Rozwiązanie to różni się od propozycji ministerstwa tym, że nie przewiduje ono uwzględnienia woli wydawcy w kwestii wznowienia wydania utworu lub wprowadzenia do obrotu nowego wydania, o ile nie zostały na niego przeniesione autorskie prawa majątkowe.

5. Wnioski

Nie ulega wątpliwości, że uregulowanie statusu prawnego dzieł osieroconych oraz umożliwienie zgodnego z prawem korzystania z nich i ich udostępniania jest kwestią niezwykle istotną z punktu widzenia interesu społecznego w uzyskaniu dostępu do dorobku kulturowego oraz naukowego a także dalszego jego rozwoju. Biorąc pod uwagę ewolucję Internetu, pojawienie się nowych pól eksploatacji a także wdrożenie projektów masowej digitalizacji utworów, stworzenie takiej regulacji stało się koniecznością nie tylko na poziomie krajowym, ale także na poziomie ponadnarodowym.

Odpowiedzią ustawodawcy unijnego na to zapotrzebowanie jest dyrektywa o dziełach osieroconych. Stanowi ona pierwszy odważny krok w celu zapewnienia pewności prawnej co do zakresu pojęcia „dzieło osierocone", zasad korzystania z tego utworu oraz uprawnień odnalezionych podmiotów uprawnionych. Niemniej jej poważnym mankamentem jest to, że nie ułatwia ona działania w ramach projektów masowej digitalizacji takich jak Europeana, w ramach których wyjaśnianie statusu prawnego każdego utworu z osobna jest zbyt czaso- i kosztochłonne zważywszy, że większość tych projektów realizowana jest przez instytucje publiczne dysponujące ograniczonymi środkami. Poza tym, zakres przedmiotowy i stosowanie dyrektywy zostały określone bardzo wąsko. Nie uwzględnia ona także specyfiki różnych sposobów korzystania z utworu (które w sposób analityczny i obrazowy opisał S. van Gompel[83]) przewidując

82 *Planowane kierunki wdrożenia ...*, s. 5.

83 S. van Gompel, *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the*

jednolite zasady postępowania dla każdego utworu niezależnie od tego, czy potencjalny użytkownik masowo digitalizuje utwory po to, by udostępniać je w sieciach teleinformatycznych czy korzysta on z utworu incydentalnie. Przepisy dyrektywy, na co wskazuje S. van Gompel[84], nie przewidują również możliwości dokonywania opracowania dzieła osieroconego. Mankament ten zauważyło także MKiDN, które w swoich założeniach dotyczących sposobu implementacji dyrektywy do ustawodawstwa krajowego zaproponowało szersze pod względem przedmiotowym oraz pól eksploatacji uregulowanie możliwości korzystania z dzieł osieroconych. Zaprezentowane założenia mają bardzo ogólny charakter, co utrudnia dokonanie ich oceny.

Choć zgłoszone w odniesieniu do innego systemu prawnego, na uwagę polskiego ustawodawcy zasługują w celu ich uwzględnienia przy implementacji postanowień dyrektywy do krajowego porządku prawnego postulaty S. van Gompela odnośnie do rozwiązania problemu dzieł osieroconych, zwłaszcza zaś wskazana przez autora konieczność uwzględnienia sposobów korzystania z tych utworów przez beneficjentów. Wydaje się, że rozwiązania przedstawione przez przywołanego autora sprawią, że wilk będzie syty a owca cała.

Autor wyróżnia trzy sposoby korzystania z dzieł osieroconych i w zależności od tego sposobu proponuje odmienne rozwiązania prawne. Po pierwsze, dla realizacji projektów polegających na masowej digitalizacji utworów proponuje przyjęcie modelu rozszerzonego zbiorowego zarządu wzorowanym na rozwiązaniach przyjętych w krajach nordyckich. Zaletami tego rozwiązania są pewność prawna, także w sytuacji gdy podmiot uprawniony nie powierzył żadnej OZZ własnych praw, ograniczenie kosztów oraz czasu oczekiwania na możliwość korzystania z utworu.

Po drugie, w odniesieniu do wykonywania praw zależnych, przywołany autor za uzasadniony uznaje wymóg dokonania starannego poszukiwania oraz uzależnienia od niego możliwości powołania się przez korzystającego na nową postać dozwolonego użytku a także wyłączenie możliwości skorzystania przez uprawnionego ze środków zabezpieczenia roszczeń oraz tzw. roszczeń zakazowych.

Zdaniem S. Van Gompela argumentem przemawiającym za przyjęciem tego rozwiązania jest stosunkowo niewielka skala korzystania z dzieł osieroconych we wskazany sposób oraz to, że zazwyczaj jeden podmiot korzysta jednocześnie maksymalnie z kilku takich utworów.

Po trzecie, w przypadku incydentalnego korzystania z dzieł osieroconych przywołany autor proponuje wprowadzenie systemu licencji przymusowych (na wzór podobnych licencji w prawie własności przemysłowej[85]).

Propozycje S. van Gompela zasługują na aprobatę ze względu na ich dostosowanie do potrzeb różnych podmiotów pragnących skorzystać z dzieła osieroconego. Jej realizacja jednak wymagałaby przedefiniowania wielu instytucji prawa autorskiego, zwłaszcza systemu udzielania licencji. Pozbawiona jest ona ogromnej zalety obecnych rozwiązań zastosowanych w dyrektywie – prostoty. Niemniej propozycja ta jest warta rozważenia biorąc pod uwagę to, że dyrektywa o dziełach

Atlantic, Berkley Technology Law Journal 2012, t. 27, s. 1347-1351

84 S. van Gompel, *The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the Atlantic*, Berkley Technology Law Journal 2012, t. 27, s. 1347-1351.

85 Por. przepis art. 82 ustawy z dnia 30 czerwca 2002 r. Prawo własności przemysłowej, Dz. U. 2013 poz. 1410.

osieroconych rozwiązuje tylko niektóre problemy związane z korzystaniem w dzieł osieroconych.

*** Dr Daria Katarzyna Gęsicka**

absolwentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, słuchacz Podyplomowych Studiów w zakresie Prawa Autorskiego, Prasowego i Wydawniczego prowadzonych przez Katedrę Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, uczestnik Letniej Szkoły Międzynarodowego Prawa Autorskiego zorganizowanej przez Instytut Prawa Informacyjnego Uniwersytetu w Amsterdamie. W 2013r. obroniła rozprawę doktorską pod tytułem: „Odpowiedzialność cywilnoprawna dostawcy usług sieciowych za treści użytkowników" i uzyskała status doktora nauk prawnych.

** Publikacja powstała w wyniku realizacji grantu badawczego sfinansowanego przez Wydział Prawa i Administracji UMK w Toruniu.

Prawo autorskie

otwartawiedza.pl

Przedmiotem prawa autorskiego jest utwór

Utwór to każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia.

Utwór jest chroniony prawem autorskim od momentu powstania. Określa ono w jaki sposób inni mogą z niego korzystać i jakie zyski może czerpać autor. Jest to ochrona automatyczna.

- BY – Uznanie autorstwa
- NC – Wykorzystanie niekomercyjne
- ND – Bez utworów zależnych
- SA – Na tych samych warunkach

Twórca może również sam ustalić zasady, na jakich chce, by jego utwór był udostępniany, oznaczając go licencjami Creative Commons.

Prawa autorskie dzielimy na: osobiste

Chronią więź autora z utworem. Są niezbywalne.

Gwarantują, że utwór będzie zawsze podpisywany nazwiskiem twórcy lub jego pseudonimem (chyba że zdecyduje się on pozostać anonimowy).

majątkowe

Majątkowe prawa autorskie pozwalają na zarządzanie utworem na tzw. polach eksploatacji. Są to sposoby korzystania z utworu, które autor może sprzedać lub udzielić na nie licencji. Prawa majątkowe są dziedziczne, można nimi handlować, a czasem przysługują naszemu pracodawcy.

Oznacza to, że jedna osoba może być autorem, a inna zarabiać na jego dziele.

Dozwolony użytek

Prawo autorskie zezwala na korzystanie z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego, bez konieczności pytania o zgodę ani zapłaty wynagrodzenia.

Autorskie prawa majątkowe obowiązują:

Przez cały czas życia autora

- **70** lat po jego śmierci
- **70** lat od daty pierwszej publikacji, jeśli twórca nie jest znany albo jeśli przysługują one innej osobie niż twórca
- **70** lat od daty powstania, jeśli utwór nie został nigdy rozpowszechniony
- **50** lat od daty pierwszej emisji programów RTV oraz sporządzenia fonogramów i wideogramów

Utwory, do których prawa majątkowe wygasły trafiają do tzw. Domeny Publicznej.

Projekt dofinansowany przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Centrum Cyfrowe

Infografika dostępna jest na licencji Creative Commons Uznanie Autorstwa 3.0 Polska
creative commons POLSKA

projekt: www.piotrekchuchla.com

Marcin Kostwiński*

Zabezpieczenie dowodu w przypadkach naruszenia prawa autorskiego w środowisku sieciowym

(Preservation of evidence by copyright infringements on the Internet)

Cite: M. Kostwiński, *Zabezpieczenie dowodu w przypadkach naruszenia prawa autorskiego w środowisku sieciowym*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, vol. 3/1/2014, p. 26-32.

Abstract: The article grasps globally the following issue: preservation of the evidence in case of copyright infringements on the Internet. The main aim of this text is to present, in general, the idea of evidence preservation as one of the most significant institutions in the matters of indemnification. Firstly, the author discusses preservation of evidence on common basis. Secondly, the preservation on particular basis - on the basis specified in Polish Copyright Act in the context of online infringements.

Key words: preservation of evidence, copyright infringments

Cytowanie: M. Kostwiński, *Zabezpieczenie dowodu w przypadkach naruszenia prawa autorskiego w środowisku sieciowym*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, nr 3/1/2014, s. 26-32.

Abstrakt: Artykuł w sposób syntetyczny obejmuje tematykę zabezpieczenia dowodu w przypadkach naruszeń prawa autorskiego w Internecie. Celem publikacji jest przybliżenie w ogólności problematyki zabezpieczenia dowodu jako instytucji niezwykle istotnej z punktu widzenia dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Omówione zostały zagadnienia dotyczące zabezpieczenia dowodu na zasadach ogólnych oraz regulacji szczególnej zawartej w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych w kontekście naruszeń prawa autorskiego w sieci.

Słowa kluczowe: zabezpieczenie dowodu, naruszenie prawa autorskiego

Korzystanie z Internetu jest zjawiskiem tak powszechnym, że obecność tego medium w życiu codziennym ponad 2 mld ludzi[1] przeszła do porządku dziennego. W przestrzeni społecznej zagospodarowanej w środowisku sieciowym występuje gros stosunków, które poddane są regulacji prawnej. Mając na względzie specyfikę funkcjonowania sieci oraz zakres jej oddziaływania i dostępność, zauważyć należy, że niezwykle istotna jest tematyka ochrony prawa autorskiego, które w wielu przypadkach może zostać w Internecie naruszone.

Poruszając tematykę naruszenia prawa autorskiego w sieci oraz możliwości dochodzenia roszczeń z tego tytułu, wskazać należy na kwestię zasadniczą, tzn. możliwości wykazania zasadności swojego stanowiska procesowego. To bowiem od prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego i należytego udowodnienia okoliczności faktycznych, które uzasadniają zgłaszane żądanie, zależy możliwość pomyślnego rozstrzygnięcia sporu. W przypadkach naruszenia prawa autorskiego w Internecie kwestia dowodowa jest szczególnie istotna. Specyfika środowiska sieciowego, w którym zdecydowanie trudniej jest utrwalić dowód w sposób pewny, wymaga niejednokrotnie od strony podjęcia szczególnych starań, aby tenże dowód zabezpieczyć. Problematyka ta została omówiona w niniejszym artykule,

1 Według statystyk prowadzonych przez Internet World Stats liczba użytkowników Internetu wynosi 2.110.015.097 osób na Ziemii, tj. 34,1% – podając za http://www.internetworldstats.com .

w którym kolejno zaprezentowano kwestie: przykładów naruszenia prawa autorskiego w sieci, ogólnych zasad zabezpieczenia dowodu oraz zabezpieczenia dowodu w świetle prawa autorskiego w kontekście dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia majątkowych praw autorskich w Internecie.

1. Przykłady naruszenia prawa autorskiego w sieci

Omawiając problematykę zabezpieczenia dowodu w sytuacji naruszenia prawa autorskiego w Internecie, wskazać należy na konkretne przykłady naruszeń w obrocie profesjonalnym i powszechnym, które mogą zostać poddane dalszej analizie w kontekście tematyki zabezpieczenia dowodu.

W pierwszej kolejności można wymienić jedną z najpopularniejszych form naruszenia, jaką jest bezprawne kopiowanie zawartości strony internetowej lub poszczególnych jej elementów (tzw. kopiowanie kontentu)[2]. Przykładem takiego procederu może być kopiowanie treści prasowych i innych utworów słownych, ale także kopiowanie grafiki, czy nawet kopiowanie kodu źródłowego. Z kolei najbardziej medialnie nośnym przykładem naruszenia prawa autorskiego w sieci jest nielegalne ściąganie oprogramowania (tzw. downloading), czy to wprost ze strony internetowej, czy np. w modelu komunikacji P2P. Ponadto można wskazać na tzw. głębokie linkowanie (ang. deep linking), czyli publikowanie zasobów innego serwisu internetowego poprzez hiperłącze do konkretnej podstrony lub innego elementu z pominięciem strony głównej, które może prowadzić do naruszenia prawa autorskiego. Wreszcie można przywołać przykład monitorowania mediów (tzw. press clippingu), w sytuacji gdy podmiot dokonujący monitoringu mediów internetowych wykorzystuje do celów komercyjnych materiały prasowe bez licencji lub wbrew udzielonej licencji.

2. Zabezpieczenie dowodu na zasadach ogólnych

Instytucja zabezpieczenia dowodu została uregulowana w art. 310 i nast. k.p.c. Przed wszczęciem postępowania na wniosek, a w toku postępowania również z urzędu, można zabezpieczyć dowód, gdy zachodzi obawa, że jego przeprowadzenie stanie się niewykonalne lub zbyt utrudnione, albo gdy z innych przyczyn zachodzi potrzeba stwierdzenia istniejącego stanu rzeczy. Zabezpieczenie dowodu w postępowaniu cywilnym stosowane jest wyjątkowo w sytuacjach, w których wymaga tego nagląca sytuacja procesowa.

Zabezpieczenie dowodu ma charakter czynności nie cierpiącej zwłoki i nie wyklucza możliwości przeprowadzenia dowodu w dalszym toku postępowania. Zabezpieczenie dowodu możliwe jest w każdej sprawie cywilnej pod warunkiem, że sąd polski posiada jurysdykcję krajową do rozpoznania sprawy głównej. Przy czym sąd polski może dokonywać zabezpieczenia dowodu znajdującego się w Polsce na potrzeby prowadzenia postępowania za granicą (art. 1137 k.p.c.). Zabezpieczenie dowodu może być przeprowadzone przed doręczeniem wezwania przeciwnikowi (art. 314 k.p.c.), a nawet bez wzywania strony przeciwnej do wzięcia udziału w czynności procesowej (art. 313 k.p.c.). Istnieje spór w doktrynie, czy zabezpieczyć można każdy środek dowodowy, jednak pogląd większościowy, który należy podzielić, przychyla się do koncepcji pełnego wykorzystania instytucji[3].

2 Szerzej o problemie zob. M. Kowalczuk – Szymańska, O. Sztejnert – Roszak, Naruszenie praw autorskich w Internecie, Warszawa 2011, s. 27 – 29.

3 Takiego zdania jest T. Ereciński, Komentarz do art. 310 Kodeksu postępowania cywilnego [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza.

Podkreślić należy, że zabezpieczenie dowodu ma charakter konserwacyjny i prewencyjny[4]. Zastosowanie przepisów art. 310 i nast. k.p.c. nie może prowadzić do polepszenia sytuacji procesowej strony przez upewnienie się co do szans powodzenia procesu[5]. Zabezpieczenia dowodu można dokonywać wyłącznie wówczas, gdy istnieje realna groźba utraty dowodu albo jego zniekształcenia.

3. Zabezpieczenie dowodu w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych

W przypadku naruszenia prawa autorskiego, w szczególności w Internecie, częstokroć może zachodzić obawa, że naruszyciel usunie dowód naruszenia, albo dokona jego zniekształcenia. Mając m.in. tę okoliczność na względzie, w art. 80 pr. aut.[6] wprowadzono regulację szczególną dotyczącą środków ochrony dowodu naruszenia autorskich praw majątkowych[7], stanowiącą lex specialis[8] w stosunku do art. 310 – 315 k.p.c. W art. 80 pr. aut. uregulowano 3 instytucje procesowe: zabezpieczenia dowodu, zabezpieczenia roszczenia oraz roszczeń informacyjnych, co jest zabiegiem niezrozumiałym z punktu widzenia techniki legislacyjnej[9], albowiem łącznemu unormowaniu poddano materię zasadniczo od siebie różną, dotyczącą innych kwestii proceduralnych. Niemniej skupić się należy na tematyce niniejszego opracowania, jaką jest problematyka zabezpieczenia dowodu. Omawiając unormowanie szczególne zawarte w pr. aut. wyjść należy od uwag ogólnych dotyczących sposobu regulacji, by przejść do wybranych zagadnień z zakresu statyki i dynamiki postępowania w sprawie zabezpieczenia dowodu naruszenia prawa autorskiego.

Przepis art. 80 pr. aut. w oczywisty sposób, zgodnie z regułą derogacyjną lex specialis derogat legi generali, znajduje zastosowanie przed przepisami k.p.c. dotyczącymi zabezpieczenia dowodu, nie wyłączając jednak w całości ich zastosowania. Co jednak istotne, przepis art. 80 ust. 6 pr. aut. nakazuje odpowiednie stosowanie niektórych przepisów o postępowaniu zabezpieczającym, co w pewnym stopniu komplikuje stosowanie przepisów o zabezpieczeniu dowodów w omawianej tematyce. Tak bowiem w zakresie zabezpieczenia dowodu naruszenia autorskich praw majątkowych zastosowanie znajdą w pierwszej kolejności normy wywodzone z art. 80 pr. aut., następnie odpowiednio stosowne przepisy dotyczące zabezpieczenia roszczeń art. 733, art. 742, art. 744 – 746 k.p.c., a w końcu niesprzeczne z nimi przepisy art. 310 i nast. k.p.c.

Postępowanie rozpoznawcze, t. 1, Lex Polonica 2012; T. Zembrzuski, Komentarz do art. 310 Kodeksu postępowania cywilnego [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-366, LEX 2011. Innego zdania jest K. Piasecki, który stwierdza, że nie można zabezpieczyć dowodu z opinii biegłego i przesłuchania stron –System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa 2010, s. 283. Jednakże należy zauważyć, że w praktyce może zaistnieć potrzeba przesłuchania strony jeszcze przed wszczęciem procesu, gdy istnieje obawa jej nagłej śmierci. Podobnie udział biegłego może być konieczny nawet przed wszczęciem postępowania, co może być szczególnie uzasadnione w przypadkach zabezpieczania dowodów w środowisku sieciowym.

4 Zob. W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 2008, s. 231 – 232; T. Ereciński, Komentarz do art. 310 …, op. cit.; T. Zembrzuski, Komentarz do art. 310 …, op. cit.

5 Postanowienie SN z dn. 26 lutego 1969 r., II CZ 6/69, OSNC 1969, nr 12, poz. 227.

6 Ustawa z dn. 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631ze zm.), dalej: pr. aut.

7 Co jest w znacznej mierze efektem implementacji dyrektywy nr 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz. Urz. L 157 z dn. 30 kwietnia 2004 r., s. 45 i nast.).

8 Zob. postanowienie SA w Warszawie z dn. 18 kwietnia 1996 r., I ACz 229/06, LEX nr 69700.

9 Tak też J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do art. 80 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, LEX 2011.

Na tym tle pojawia się zasadnicze pytanie o przesłanki udzielenia zabezpieczenia dowodu na gruncie pr. aut. Przepis art. 80 ust. 1 pr. aut. stanowi bowiem, że wniosek o zabezpieczenie złożyć może jedynie podmiot posiadający interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia dowodu. Tym samym można powziąć wątpliwości, czy przesłanka interesu prawnego jest samodzielną i jedyną przesłanką udzielenia zabezpieczenia dowodu, czy może musi występować obok jedna z przyczyn wskazanych w art. 310 k.p.c., tj. obawy, że przeprowadzenie dowodu stanie się niewykonalne lub zbyt utrudnione, albo potrzeby stwierdzenia istniejącego stanu rzeczy z innego powodu. Wydaje się, że niejasności redakcyjne wskazanego przepisu pr. aut. należy rozstrzygnąć w ten sposób, iż wnoszący o zabezpieczenie dowodu nie jest zwolniony od wykazania, że zachodzą obawy utraty lub zniekształcenia dowodu. Przesłanki te jednak zdają się mieścić w graniach pojęcia interesu prawnego, a wnioskujący musi każdorazowo wykazać zasadność zabezpieczenia dowodu na wcześniejszym etapie postępowania[10], tj. przed przeprowadzeniem postępowania dowodowego.

Dalej należy rozważyć, jaki sąd pozostaje właściwy do dokonania zabezpieczenia dowodu, skoro w tym zakresie również obowiązuje unormowanie szczególne. Nie dochodzi tutaj do modyfikacji właściwości rzeczowej, bowiem do dokonania zabezpieczenia dowodu naruszenia prawa autorskiego właściwy jest sąd okręgowy, co wynika wprost z przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c. Przepis art. 80 ust. 1 pr. aut. przewiduje natomiast szczególną regulację dotyczącą właściwości miejscowej sądu do dokonania zabezpieczenia dowodu. Jest nim sąd właściwy do rozpoznania sprawy, w którym sprawca wykonuje działalność lub w którym znajduje się jego majątek. Wyeliminowano więc możliwość złożenia wniosku w trybie art. 311 k.p.c. w przypadkach niecierpiących zwłoki do każdego sądu rejonowego, w którego okręgu dowód miałby zostać przeprowadzony[11], co prowadzi do niezrozumiałego pogorszenia sytuacji strony. Niezależnie bowiem od zasięgu działalności naruszyciela, w znacznym stopniu może zostać ograniczona sposobność podjęcia czynności w miejscu uzasadnionym nadzwyczajną sytuacją procesową, co w przypadku naruszeń dokonywanych w Internecie może być szczególnie dolegliwe.

Co się tyczy samego wniosku o zabezpieczenie dowodu, to musi on spełniać wymagania formalne z art. 312 k.p.c., a zatem musi zawierać oznaczenie stron ewentualnego procesu, wskazanie faktów i dowodów oraz przyczyny uzasadniające potrzebę zabezpieczenia dowodu. Opłata stała od wniosku stosownie do przepisu art. 23 pkt 4 u.k.s.c.[12] wynosi 40 zł. Sąd powinien rozpoznać wniosek w niezwykle krótkim 3 – dniowym terminie instrukcyjnym, bacząc przy tym, by nie naruszyć tajemnicy przedsiębiorstwa, jak stanowi art. 80 ust. 2 pr. aut. Unormowanie to nosi jednak znamiona ustawowego superfluum, albowiem wydaje się, że sąd co do zasady swym działaniem nie powinien

10 Większość autorów zdaje się dochodzić do podobnej konkluzji. J. Barta i R. Markiewicz kontestują jednak, że interes prawny jest samodzielną przesłanką zabezpieczenia dowodu, która jednak nie zwalania z obowiązku wykazania zasadności wniosku – J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do art. 80…, op. cit. Część autorów wskazuje natomiast, iż konieczne obok wykazania przesłanki z art. 310 k.p.c. jest także uprawdopodobnienie roszczenia – G. Rząsa, Komentarz do art. 80 [w:] Prawo autorskie. Komentarz, Lex Polonica 2012; P. Podrecki, *Środki ochrony praw własności intelektualnej*, Warszawa 2010, s. 553.

11 Takiego zdania są również J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do art. 80…, op. cit. oraz G. Rząsa, Komentarz do art. 80, op. cit. Inaczej zaś sądzi P. Podrecki, op. cit., s. 502.

12 Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. 2005 nr 167 poz. 1398 ze zm.

narażać na uszczerbek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Kolejno trzeba wskazać, że wydanie postanowienia o zabezpieczeniu dowodu może być uzależnione od złożenia kaucji w myśl art. 80 ust. 4 pr. aut., co również wydaje się być unormowaniem nie do końca fortunnym. Po pierwsze od złożenia kaucji zależeć powinno wykonanie postanowienia, a nie jego wydanie[13]. Po drugie przepisy pr. aut. nie uszczegóławiają, w jakim celu miałaby kaucja zostać złożona, tzn. czy np. na zabezpieczenie kosztów, czy może na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń strony przeciwnej. Z aprobatą natomiast wypada podejść do stosowania w przypadku zabezpieczenia dowodu na etapie przedsądowym przepisu art. 733 k.p.c. w zw. z art. 80 ust. 6 pr. aut. Sąd dokonując zabezpieczenia dowodu przed wszczęciem postępowania w sprawie musi bowiem wyznaczyć maksymalnie dwutygodniowy termin na wytoczenie powództwa pod rygorem upadku zabezpieczenia. Regulacja taka zdaje się być ważnym instrumentem dyscyplinującym powoda i usprawniającym przebieg postępowania.

Ważne jest również, że od postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia dowodu na podstawie art. 80 ust. 5 pr. aut. przysługuje zażalenie, w przeciwieństwie do postanowień wydawanych na zasadach ogólnych. Przepis art. 80 ust. 5 pr. aut. nie ogranicza legitymacji do wniesienia zażalenia jedynie do składającego wniosek o zabezpieczenie dowodu. Należy jednak w tym miejscu zadać pytanie, czy w przypadku, gdyby postanowienie o zabezpieczeniu dowodu było rozstrzygnięciem pozytywnym, to czy art. 80 ust. 5 pr. aut. wyłącza stosownie przepisów art. 313 i 314 k.p.c. Można bowiem mieć obiekcje, czy dla pełnej ochrony wnoszącego zażalenie nie powinno wyeliminować się przypadków, w których środek odwoławczy miałby zostać wniesiony post factum, już po dokonaniu zabezpieczenia dowodu. Takie zapatrywanie nie wydaje się jednak słuszne. Immanentną cechą postępowania o zabezpieczenie dowodu jest właśnie możliwość jego dokonania w przypadkach szczególnych, niecierpiących zwłoki, nawet bez wiedzy drugiej strony procesu. Dopiero gwarantując taką możliwość, w pełni pozwala się przeciwdziałać obawom zniekształcenia lub utraty dowodu. Natomiast fakt zaskarżenia postanowienia po jego wykonaniu ewentualnie mógłby prowadzić do późniejszego wyeliminowania zabezpieczonego dowodu z procesu.

W tym kontekście należałoby także tłumaczyć stosowanie do zabezpieczenia dowodu przepisu art. 742 k.p.c. dotyczącego uchylenia lub zmiany postanowienia dowodowego w każdym czasie, tj. także po jego wykonaniu. Wszak zgodnie z ogólnymi unormowaniem art. 240 § 1 k.p.c. sąd nie jest związany swym postanowieniem dowodowym i może je stosownie do okoliczności uchylić lub zmienić nawet na posiedzeniu niejawnym, a zatem stosowanie art. 742 k.p.c. powinno odnosić się do przypadków dalej idących, tzn. przypadków po wykonaniu postanowienia[14]. Podobnie nietypowe jest stosowanie do zabezpieczenia dowodu przepisu art. 744 k.p.c. dotyczącego upadku zabezpieczenia na wypadek zwrotu, odrzucenia pozwu, oddalenia powództwa lub umorzenia postępowania. Sens jego stosowania powinien toteż sprowadzać się do niemożności późniejszego wykorzystania zabezpieczonego dowodu w następstwie okoliczności, o których mowa w art. 744 § 1 k.p.c.

Nie sposób zaś znaleźć podstawy do stosowania w zakresie zabezpieczenia dowodu art. 745

13 Tak F. Zedler, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne, Toruń 1994, s. 119.

14 Zob. W. Broniewicz, Postępowanie..., op. cit., s. 230.

§ 1 k.p.c.[15] stanowiącego o rozstrzygnięciu o kosztach postępowania wpadkowego w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie, skoro do podobnych konkluzji można dojść na gruncie wykładni przepisu art. 98 i 108 k.p.c. W pełni natomiast racjonalne zdaje się stosowanie przepisu art. 746 k.p.c. normującego kwestię dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w przypadku niewszczęcia postępowania, zwrotu, odrzucenia pozwu lub oddalenia powództwa, bądź umorzenia postępowania wobec wyrządzenia szkody wykonaniem zabezpieczenia, w szczególności gdy szkoda powstanie w związku z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W doktrynie pojawiły się pewne wątpliwości, czy zastosowanie znajdują również inne przepisy o postępowaniu zabezpieczającym, w szczególności w zakresie wykonywania postanowienia o zabezpieczeniu dowodu w drodze przymusowej egzekucji. Przekonująca jest jednak koncepcja[16], że w drodze analogii powinno stosować się przepisy art. 740 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 743 k.p.c. tak, aby zachować spójność regulacji i umożliwić osiągnięcie celu dyrektywy nr 2004/48/WE.

Na koniec należy zastanowić się, jakie środki dowodowe w praktyce powinny podlegać zabezpieczeniu w przypadku naruszenia prawa autorskiego w sieci. Z przyczyn bowiem oczywistych niecelowe byłoby zabezpieczanie dowodu z przesłuchania stron, czy przesłuchania świadków, w szczególności, że strona może zgłaszać roszczenia informacyjne z art. 80 ust. 1 pkt 2 i 3 pr. aut. także przed wszczęciem postępowania. Podobnie wątpliwe z punktu widzenia celowości byłoby dokonywanie zabezpieczenia dowodu z dokumentów. Tym samym w kontekście naruszenia prawa autorskiego w Internecie najbardziej pożądane byłoby zabezpieczenie dowodu z oględzin, względnie połączone z opinią biegłego, a także przeprowadzenie innego dowodu, o którym mowa w art. 308 § 1 k.p.c., tj. np. dowodu z zapisu zrzutu ekranu (tzw. printscreen).

W sytuacji bowiem, gdy dojdzie do naruszenia prawa autorskiego np. przez kopiowanie kontentu, czy głębokie linkowanie, to samo naruszenie najpewniej stwierdzić właśnie przez dokonanie oględzin podlegających urzędowemu protokołowaniu, czy też przez dokonanie zapisu przez specjalistę na nośnik danych. Zabezpieczenie dowodu w drugi ze wskazanych sposobów ma tę przewagę nad dokonaniem samodzielnego zapisu, że na drodze urzędowej stwierdza się zaistniały stan faktyczny i nie naraża się na zarzut fabrykowania dowodu. Z kolei w wypadkach naruszeń, które trudniej stwierdzić w obrocie, tj. press clippingu lub nielegalnego pobierania, jeżeli skorzystanie z roszczenia informacyjnego mogłoby nie być wystarczające, najtrafniejsze wydaje się zabezpieczenie dowodu, o którym mowa w art. 308 § 1 k.p.c., a następnie wykonanie postanowienia na drodze przymusowej.

4. Podsumowanie

Powszechna dostępność Internetu oraz swoista anonimowość użytkowników sieci sprzyja dokonywaniu naruszeń prawa autorskiego. Specyfika środowiska sieciowego, które może podlegać nagłym i niespodziewanym zmianom, wymagać może od twórców lub producentów podejmowania szybkich i zdecydowanych kroków w celu utrwalenia dowodów naruszenia ich praw autorskich. W tym zakresie częstokroć racjonalne może być skorzystanie z możliwości zabezpieczenia

15 Stosowanie zaś przepisu art. 745 § 2 k.p.c. jest natomiast zrozumiałe w kontekście stosowania przepisów o upadku zabezpieczenia dowodu.

16 G. Rząsa, Komentarz do art. 80…, op. cit.

dowodu na drodze sądowej dające pewność urzędowego stwierdzenia dowodu. Pamiętać przy tym należy, że zabezpieczenie naruszenia prawa niemajątkowego odbywać się może jedynie na drodze regulowanej w art. 310 – 315 k.p.c., zaś prawa majątkowego w trybie szczególnym z art. 80 pr. aut. Nieprecyzyjność tejże regulacji może stwarzać jednak wiele problemów i niejasności[17], które powinny zostać wyeliminowane bądź przez dokonanie kompleksowych zmian przepisów, bądź wypracowanie jednolitej, ugruntowanej praktyki orzeczniczej.

*** mgr Damian Kostwiński**

doktorant w Katedrze Postępowania Cywilnego I na WPiA UŁ oraz aplikant adwokacki przy ORA w Łodzi.

ICT Law Review - facebook

Harmonogram numerów

Wymogi edytorskie

Our work schedule

How to edit your article?

17 Zob. G. Rząsa, Komentarz do art. 80, op. cit.

Maciej Jamiołkowski*

Nowe technologie i ewolucja zagrożeń dla twórców muzyki.

(New technologies and threats evolution to musicans)

Cite: M. Jamiołkowski, *Nowe technologie i ewolucja zagrożeń dla twórców muzyki*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, vol. 3/1/2014, p. 33-41.

Abstract: The Internet revolution that took place in the twenty-first century greatly influenced the situation of music makers. By the creation of such sites as YouTube, access to music has become commonplace and obvious. This paper is an attempt to assess the impact of the Internet and new technologies on the music makers, reveals also new threats to the musicians brought by the era of the Internet, and the evolution of traditional threats such as plagiarism.

Key words: music, Internet, plagiarism, sampling, piracy, P2P

Cytowanie: M. Jamiołkowski, *Nowe technologie i ewolucja zagrożeń dla twórców muzyki*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, nr 3/1/2014, s. 33-41.

Abstrakt: Rewolucja internetowa, która nastąpiła w XXI wieku znacznie wpłynęła na sytuację twórców muzyki. Poprzez powstanie takich portali, jak YouTube, dostęp do muzyki stał się czymś powszechnym i oczywistym. Niniejsza praca jest próbą oceny wpływu Internetu i nowych technologii na sytuację twórców muzyki. Ukazuje nowe zagrożenia dla muzyków, jakie niesie ze sobą era Internetu oraz ewolucję klasycznych zagrożeń takich, jak np. plagiat.

Słowa kluczowe: muzyka, Internet, plagiat, sampling, piractwo, P2P

Wstęp

W niniejszej pracy zostanie przedstawiona zwięzła analiza wpływu nowych technologii na ewolucję wybranych zagrożeń dla muzyków – zarówno komercyjnych, jak i niekomercyjnych[1]. Poprzez Internet oraz nowoczesne techniki tworzenia muzyki, w środowisku muzycznym pojawiło się wiele nowych problemów prawnoautorskich, których muzycy często nie są świadomi. Autor zamierza przedstawić powyższą problematykę, posiłkując się m.in. swoimi doświadczeniami, jako twórca muzyki.

1. Upowszechnienie darmowego dostępu do muzyki

a) media strumieniowe

Niezwykle istotnym problemem dla twórców, nieodłącznie związanym z ewolucją nowych technologii, jest coraz szerszy darmowy dostęp do muzyki. Powyższe zjawisko naturalnie łączy się z pomniejszaniem dochodów z tradycyjnych form dystrybucji, takich jak sprzedaż płyt[2]. Obok plików muzycznych umieszczanych w Internecie nielegalnie, ogromną popularność w ostatnich latach zyskały (często legalne) media strumieniowe (*streemingowe*) – np. YouTube. Należy je odróżnić od aplikacji oferujących ściągnięcie pliku mp3 w zamian za pewną opłatę – np. iTunes. Jak wskazuje

1 W opracowaniu celowo zostały pominięte typowe zagrożenia związane z Internetem, wielokrotnie opisywane w literaturze, jak np. klasyczne piractwo, związany z nim problem sieci P2P etc.

2 Por. P. Gałuszka, Raport dotyczący funkcjonowania elektronicznego rynku treści muzycznych w Polsce s. 17.

M. Siwicki, „technika *streamingu* opiera się na przekazywaniu w sposób ciągły (strumieniowy) danych (*data stream*) i ich odtwarzaniu niemalże równocześnie z nawiązaniem połączenia”[3]. Jest to technika polegająca na dostarczaniu informacji medialnej na życzenie[4]. Media strumieniowe i idąca za nimi zmiana modelu biznesowego w środowisku muzycznym, spowodowały swoistą rewolucję w dostępie do muzyki, jak również w łatwości utrwalania utworów muzycznych.

Warto przyjrzeć się opłacalności umieszczania utworów muzycznych w serwisach *streamingowych*. Z danych opublikowanych przez kanadyjską wiolonczelistkę Zoë Keating, wynika, iż za jedno odtworzenie utworu na YouTube zarobiła ona w 2013 r. 0,00064 dolara, zaś za jedno odtworzenie na Spotify 0,00438 dolara[5]. Z powyższego wynika, iż *de facto* jedynie twórcy osiągający oglądalność co najmniej kilkuset tysięcy wyświetleń na jednym utworze, mogą liczyć na realny zysk za pośrednictwem mediów strumieniowych (biorąc pod uwagę jednakowy przelicznik wyświetleń, jak w przypadku Zoë Keating). Taką liczbę wyświetleń, mogą zaś w praktyce uzyskać jedynie twórcy najbardziej znani. W związku z powyższym niewątpliwym problemem finansowym dla twórców (w szczególności niekomercyjnych), jest samo zjawisko upowszechnienia darmowego dostępu do muzyki i zmiana modelu biznesowego z detalicznej sprzedaży płyt, na zakrojone na szeroką skalę wykorzystywanie mediów strumieniowych. W związku z powyższym, obecnie w wielu przypadkach – w szczególności zaś w odniesieniu do twórców niekomercyjnych, głównym źródłem dochodów jest wykonywanie muzyki na żywo – podczas występów. W tym miejscu należy podkreślić, iż poważnym problemem łączącym się z nagminnym łamaniem praw autorskich i praw pokrewnych, jest nagrywanie koncertów, bądź też ich fragmentów (np. za pomocą telefonów komórkowych, bądź innych aparatów rejestrujących dźwięk i obraz), a następnie udostępnianie ich na serwisach *streamingowych*. Takie nielegalne/pirackie nagrania koncertów, są określane mianem *bootlegów*[6]. Głównym problemem dla muzyków, jest (zazwyczaj) bardzo słaba jakość opisywanych nagrań. Z punktu widzenia prawa autorskiego, rozpowszechnianie *bootlegów* stanowi naruszenie wyłącznego prawa twórcy do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu (art. 17 PrAut[7]), jak również naruszenie praw pokrewnych artysty wykonawcy (art. 86 PrAut). Takie zachowanie pociąga za sobą odpowiedzialność cywilną z art. 79 PrAut, jak i karną z art. 116 PrAut[8]. Opisywany proceder, często łączy się również z naruszeniem prawa do integralności utworu (art. 16 pkt 3 PrAut), bowiem zarejestrowany koncert np. telefonem komórkowym, znacznie zniekształca oryginalne brzmienie utworu muzycznego. Na powyższy problem zwrócił uwagę również Sąd Najwyższy w swoim postanowieniu z dnia 28 lutego 1958 r.[9], wskazując iż „zniekształcenie dźwięku ilustracji muzycznej przy sporządzaniu kopii ekranowych oraz rozpowszechnianie tak opracowanego

3 M. Siwicki, Media strumieniowe w Internecie, Państwo i Prawo, 8/2012, s. 90.

4 http://pl.wikipedia.org/wiki/Media_strumieniowe dostęp: 13.06.14 r.

5 http://muzykaiprawo.pl/serwisy-streamingowe-pieniadze-dla-tworcow/ dostęp: 11.06.14 r.

6 http://pl.wikipedia.org/wiki/Bootleg dostęp: 13.06.14 r.

7 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U.2006.90.631 j.t. ze zm.

8 Należy jednak podkreślić, że właściciele treści często udzielają zgody na używanie ich treści w YouTube w zamian za umieszczenie reklam w filmie.

9 I CR 563/57, LEX nr 64176.

utworu pod nazwiskiem autora stanowi naruszenie autorskich dóbr osobistych twórcy". Dla twórców muzycznych to właśnie jakość dźwięku stanowi największą wartość ich twórczości, dlatego też wielu muzyków nie życzy sobie, aby ich koncerty były nagrywane – obawiając się m.in. rozpowszechnienia bardzo słabej jakości nagrań w Internecie.

Z pewnością poważnym zagrożeniem dla twórców muzyki w dobie Internetu, jest również nielegalne umieszczanie kopii oryginalnych utworów muzycznych w mediach strumieniowych przez osoby postronne. Powyższe zjawisko jest na serwisach *streamingowych* codziennością. Niektóre portale – jak np. YouTube, wykształciły odpowiednie systemy walki z naruszeniami praw autorskich (*Content ID*). Jednakże istnieją serwisy, w których po rozpowszechnieniu jednego utworu muzycznego (nawet przez oryginalnego twórcę), utwór ten – prawdopodobnie automatycznie, pojawia się w kilku innych serwisach *streamingowych* bez wiedzy autora. Powyższe zjawisko jest wysoce niepokojące, bowiem naruszane zostają podstawowe autorskie prawa majątkowe twórców.

Należy również zauważyć, że wśród odbiorców wykształciły się i utrwaliły postawy poniekąd „roszczeniowe" w stosunku do muzyki. W związku z powyższym opisywany proces upowszechniania darmowego dostępu może być (prawdopodobnie) nieodwracalny. Trzeba jednak podkreślić, że twórcy i przemysł wydawniczy mają długą tradycję zwalczania innowacji naruszających tradycyjny model zarabiania na treściach. Warto tu przytoczyć kilka z nich:[10]

1906
Kompozytor John Sousa opublikował esej „Zmora mechanicznej muzyki", twierdząc, że gramofony przyczynią się do osłabienia zysków ze sprzedaży nut.

1920
Zagrożeniem dla twórców muzyki miało okazać się publiczne radio. Podnoszono, że ludzie przestaną kupować nagrania gramofonowe. Jako podstawowy argument podawano, że odbiorcy nie będą płacić za muzykę, skoro będzie ona dostępna za darmo w odbiorniku radiowym.

1985
Brytyjski przemysł muzyczny, próbował zwalczać zjawisko korzystania z magnetofonów pod hasłem: „Nagrywanie w domu niszczy muzykę".

1999
RIAA – organizacja reprezentująca amerykański przemysł muzyczny, walczyła przed sądem o delegalizację odtwarzaczy MP3, które służą do słuchania muzyki nielegalnie skopiowanej z płyt CD. Sąd jednak nie przychylił się do tych twierdzeń[11].

Z powyższych przykładów można wywnioskować, że każda nowa technologia utrwalania bądź rozpowszechniania muzyki, była krytykowana oraz traktowana jako nowe zagrożenie w środowisku muzycznym. W rzeczywistości jednak, to właśnie rozwój technologii przyczynił się do otwarcia nowych możliwości czerpania zysków – przykładowo pobierania tantiem z tytułu emitowania utworów w radiu. Nigdy jednak dostęp do muzyki nie był tak łatwy i tani jak dziś. Bezpośrednim zagrożeniem dla twórców jest również zmiana podejścia do muzyki, która przestaje być wartością samą w sobie, będąc coraz częściej traktowana

10 http://www.pcformat.pl/Tworcy-kontra-odbiorcy,a,2370,strona,3 dostęp: 5.05.2013 r.

11 *Ibidem.*

jako część większych zjawisk kulturowych[12]. Rola muzyki, jako przedmiotu bezpośredniej konspumpcji zanika, zaś utwory muzyczne stają się istotną częścią filmów, gier komputerowych, czy też imprez klubowych[13]. Pomimo tego, jak zauważa P. Gałuszka, sprzedaż cyfrowych formatów muzycznych stale rośnie. Autor podaje, że „w pierwszym kwartale 2013 r. przychody ze sprzedaży formatów cyfrowych wyniosły w Polsce 7 242 999 PLN wobec 4 729 175 w analogicznym okresie 2012 r., co daje wzrost o 53,16%. Najszybciej rosły przychody z „serwisów wspieranych reklamami i z serwisów strumieniowych audio-video" (tzn. serwisów działających w modelu reklamowym, np. YouTube lub wspierana reklamami darmowa oferta Spotify) – z 1 477 833 PLN pierwszym kwartale 2012 r. do 2 840 484 PLN w pierwszym kwartale 2013 r., co daje wzrost o 92,21%"[14]. Wydaje się więc, że odpowiednim rozwiązaniem problemu upowszechnienia darmowego dostępu do muzyki, mógłby być korzystny dla twórców podział zysków z reklam pojawiających się m.in. na serwisach oferujących strumieniowy odbiór muzyki. Obecna sytuacja z pewnością wymaga pewnych zmian na korzyść twórców – w szczególności zaś tych niekomercyjnych. Nie mogą oni bowiem liczyć na realne zyski z poszczególnych odtworzeń na mediach strumieniowych, co wynika z relatywnie niskiej częstotliwości odtwarzania ich utworów w Internecie.

b) piractwo instytucjonalne

Internet spowodował wytworzenie się nowych i ewolucję klasycznych zagrożeń dla muzyków. Pojawiło się tzw. piractwo instytucjonalne. Jak wskazuje P. Gałuszka w swoim raporcie dotyczącym funkcjonowania elektronicznego rynku treści muzycznych w Polsce, „pod tym pojęciem można rozumieć zarówno serwisy ułatwiające indywidualnym użytkownikom naruszanie granicy własnego użytku osobistego lub wprost naruszanie prawa autorskiego (takie jak np. serwisy hostingowe umożliwiające użytkownikom łatwe dzielenie się plikami), jak i serwisy wykorzystujące korzystne dla siebie interpretacje prawne by zmniejszyć opłaty za wykorzystanie treści"[15]. Szczególnie interesujące są te drugie, których przykładem mogą być serwisy, oferujące użytkownikowi możliwość daleko posuniętej personalizacji repertuaru. Opisywane serwisy jednocześnie pretendują do roli radia internetowego oferującego usługę *webcastingu*[16]. Oznacza to, iż właściciele takich serwisów są zobowiązani uzyskać licencję jedynie od organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi oraz wnoszenia opłat według z góry ustalonych tabel[17]. Autor raportu zwraca uwagę, że według firm fonograficznych, nie jest to *webcasting*, lecz usługa *on-demand* (na życzenie), w związku z czym konieczna jest negocjacja stawek z właścicielami praw i wytwórniami muzycznymi[18]. Z pewnością wraz z rozwojem nowych technologii, podobne problemy będą pojawiały się coraz częściej, dlatego też niezbędne jest odpowiednie dopasowanie przepisów prawa autorskiego, do obecnego poziomu technologicznego.

12 A. Leyshon, P. Webb, French, S., Thrift, N., & Crewe, L. (2005). On the reproduction of the musical economy after the Internet. *Media, Culture & Society*, *27*(2), 177 –209. Za P. Gałuszka, Raport dotyczący funkcjonowania elektronicznego rynku treści muzycznych w Polsce s. 36.

13 *Ibidem.*

14 P. Gałuszka, Raport dotyczący funkcjonowania elektronicznego rynku treści muzycznych w Polsce s. 19. Autor czerpał informacje z Raportu ZPAV (2013): *Ponad 50% wzrost rynku sprzedaży muzyki cyfrowej w I kwartale b.r.* Informacja opublikowana 4.06.2013 r. na stronie internetowej http://zpav.pl/aktualnosci.php?idaktualnosci=583

15 *Ibidem*. s. 36.

16 *Ibidem.*

17 *Ibidem.*

18 *Ibidem. s. 37.*

2. Internet a plagiat muzyczny

W związku z masowym publikowaniem swoich utworów w Internecie, twórcy niekomercyjni i mało znani, coraz częściej zagrożeni są przywłaszczaniem ich rezultatów twórczości przez twórców komercyjnych. To pewnego rodzaju odwrócenie ról, gdzie znani muzycy kopiują pomysły i rezultaty twórczości muzyków niekomercyjnych, może świadczyć o powolnym zacieraniu granic pomiędzy obiema kategoriami twórców. Z pewnością, poważnym zagrożeniem dla muzyków w dobie swoistej komputeryzacji muzyki, jest łatwość kopiowania i bezprawnego wykorzystywania fragmentów utworów w nowych rezultatach twórczości. Dochodzi w ten sposób do plagiatów muzycznych, nie tylko poprzez celowe przywłaszczenie danej melodii/słów, lecz również przez nowoczesne sposoby tworzenia muzyki, jak np. *sampling,* czy *mushup.*

Należy podkreślić, że w polskim systemie prawnym, nie ma legalnej definicji pojęcia plagiatu. Jest ono bardzo trudne do zdefiniowania i stwarza wiele wątpliwości w doktrynie. W piśmiennictwie wskazuje się nawet, że próby definiowania powyższego terminu są skazane na niepowodzenie[19]. Wynika to m.in. z różnorodności stanów faktycznych, w których używa się opisywanego zwrotu[20]. Słownik Wyrazów Obcych PWN definiuje plagiat jako „przywłaszczenie cudzego utworu lub pomysłu twórczego, wydanie cudzego utworu pod własnym nazwiskiem, dosłowne zapożyczenie z cudzego dzieła opublikowane jako oryginalne i własne”[21]. Potoczne więc rozumienie tego terminu różni się od jego prawnego znaczenia. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 2[1] PrAut, ochroną prawnoautorską nie są objęte idee, w związku z czym, w sensie prawnym nie można splagiatować pomysłu. Plagiat jest zagadnieniem interdyscyplinarnym – występującym zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego. W ujęciu cywilistycznym, jest on rozumiany, jako wynik naruszenia autorstwa, bądź jako umyślne zachowanie sprawcy – plagiatora[22]. Z punktu widzenia prawnokarnego, plagiatem jest przestępstwo polegające na umyślnym przywłaszczeniu autorstwa utworu albo artystycznego wykonania, o czym stanowi art. 115 ust. 1 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych[23].

Sformułowanie „plagiat muzyczny” jest oczywiście pochodną klasycznego plagiatu. Przedmiotem przywłaszczenia mogą być jedynie elementy twórcze utworu muzycznego. Nie można bowiem splagiatować części schematycznych, używanych powszechnie – jak np. standardowe akordy, czy też skale. Należy zauważyć, że zarówno utwory muzyczne, jak i słowno-muzyczne mają swoją strukturę. Elementarna koncepcja budowy utworu muzycznego przyjmuje cztery elementy, z których składa się dzieło muzyczne: słowa (w przypadku utworów słowno-muzycznych), melodię, harmonię oraz metrum i rytm[24]. O fakcie, czy dany element jest twórczy, będzie decydował sąd – w każdym przypadku *ad casum.* Z pewnością plagiat muzyczny może stwarzać dużo więcej trudności w zakresie orzekania o popełnieniu przestępstwa, aniżeli ma to miejsce chociażby przy plagiacie naukowym, bowiem o wiele trudniej jest udowodnić komuś

19 E. Wojnicka, B.Giesen, System prawa cywilnego, t.13, Prawo autorskie, red. J. Barta, Warszawa 2013, s. 307.
20 *Ibidem.*
21 Słownik Wyrazów Obcych PWN, Warszawa 1997. S. 863.
22 E. Wojnicka, B. Giesen, op. cit. s. 307 i 308.
23 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.)
24 P. F. Piesiewicz, Utwór muzyczny i jego twórca, Warszawa 2009, s. 36.

umyślne przywłaszczenie sobie melodii[25], niż tezy naukowej. Związane jest to z ograniczoną ilością schematów harmonicznych i tzw. *standardów* (występujących np. w muzyce jazzowej), po których większość muzyków zwykła się poruszać (mowa tu np. o melodiach budowanych na skali pentatonicznej).

Bardzo często na serwisach *streamingowych* (w szczególności na YouTube) dochodzi do kopiowania oryginalnych utworów, artystycznych wykonań i charakterystycznych sposobów wyrażenia jednych użytkowników przez innych. Wynika to z faktu, że gdy jeden rezultat twórczości okaże się sukcesem i zdobywa popularność oraz uznanie internautów np. w USA, użytkownicy z innych krajów, wykorzystują go jako swój własny, często zyskując przy tym uznanie i sławę. Zdarzają się również przypadki kopiowania oryginalnych linii wokalnych - przykładowo Baauer (Harry Bauer Rodrigues) przyznał się do wykorzystania fragmentów cudzego nagrania wokalu mówiąc: „*The dude in the beginning I got somewhere off the Internet, I don't even know where*(…)"[26] (pisownia oryginalna), tłumacząc się w ten sposób z wykorzystania ścieżki wokalnej innego twórcy w swoim utworze *Harlem Shake*. Powyższy przykład doskonale ilustruje, że rozpowszechnienie autorskich materiałów, za pomocą Internetu często jest równoznaczne z utratą kontroli nad nimi przez samego twórcę. Inni użytkownicy Sieci, mają bowiem stosunkowo łatwą możliwość by skopiować np. charakterystyczne motywy muzyczne, a następnie przedstawić je jako własne, osiągając przy tym popularność i komercyjny sukces. Internet jest więc swego rodzaju bronią obusieczną, dzięki której twórca może zyskać sławę, jak i przez którą autorstwo danego pomysłu może zostać przypisane komuś innemu. Oczywiście plagiat nie jest nowym rodzajem naruszenia praw autorskich i interesów muzyków, jednakże w dobie Internetu i rozwoju technik *samplingu* i *remiksu*, nabiera on nowego wymiaru, stanowiąc jeszcze większe zagrożenie dla muzyków obecnie funkcjonujących na rynku muzycznym.

3. Sampling

Zjawiskiem bezpośrednio związanym z plagiatem muzycznym, jest już wcześniej wspomniany *sampling*. Definiując powyższy termin, można stwierdzić, iż jest to „użycie fragmentu wcześniej dokonanego nagrania muzycznego, zwanego *samplem*, jako elementu tworzonego utworu przy użyciu specjalnego instrumentu zwanego *samplerem* (lub komputera)"[27]. *Sample* uzyskuje się w sposób naturalny bądź sztuczny. Najczęściej *sample* stanowią pojedyncze dźwięki instrumentów naturalnych (np. *sample* perkusyjne) lub odpowiednio wycięte części innych utworów[28]. Oczywiście nie jest to pojęcie nowe, jednakże wraz z rozwojem nowych technologii, *sampling* coraz bardziej wpływa na kształt obecnej muzyki.

Pisząc o *samplingu*, na wstępie należy zaznaczyć, że kwestia prawna związana z tym zjawiskiem nie jest do końca jasna. Pomijając szczegółowe rozważania teoretyczne na temat związku *samplingu* z dozwolonym użytkiem, należy się zastanowić, kiedy artysta wykorzystujący *sample* zaczerpnięte z czyjegoś dzieła, dopuszcza się naruszenia praw

25 Wydaje się, że w przypadku utworu słowno-muzycznego, przywłaszczenie autorstwa słów jest łatwiejsze do wykrycia, aniżeli w przypadku plagiatu melodii.

26 http://www.thedailybeast.com/articles/2013/02/17/meet-baauer-the-man-behind-the-harlem-shake.html dostęp: 8.05.14 r.

27 http://pl.wikipedia.org/wiki/Sampling_(muzyka) dostęp: 10.05.13 r.

28 *Ibidem.*

autorskich twórcy pierwotnego. Problem *samplingu* pierwszy raz trafił na wokandę sądową w 1991 r. wraz ze sprawą *Grand Upright Music Limited v. Warner Bros. Record, Inc.* Przyczyną sporu było wykorzystanie przez rapera Biz Markiego w swoim utworze „*Alone Again*", ośmiu taktów i trzech słów z tekstu piosenki Gilberta O'Sullivana „*Allone Again Naturally*" (w sumie 10 sekund utworu)[29]. Federalny Sąd Okręgowy w Nowym Jorku nie miał wątpliwości co do tego, że „*samplowanie* cudzego utworu bez zgody właściciela praw autorskich jest kradzieżą części tego dzieła"[30]. Po rozstrzygnięciu tej sprawy, wytwórnie płytowe zaczęły wprowadzać do kontraktów zawieranych z artystami klauzule, na mocy której twórca w czasie procesu nagrywania piosenki nie miał prawa wprowadzać do niej materiału *z samplowanego* z innego dzieła bez uprzedniego zawarcia umowy licencyjnej uprawniającej do wykorzystania fragmentu tego utworu[31].

Warto podkreślić, że większość ostatnich głośnych spraw o plagiaty muzyczne, to *de facto* sprawy o *samplowanie* fragmentu cudzego utworu bez zgody autora. Zdaje się, że najbardziej rażącą kwestią w kontekście bezprawnego korzystania z *sampli* jest fakt, że osoby wykorzystujące fragmenty „wycięte" z innych utworów, bardzo często osiągają o wiele większy sukces komercyjny niż twórcy pierwotni (przy czym utwory zawierające *sample* często straciłyby bez nich zupełnie swój charakter). Nie dziwi więc, że twórcy utworów pierwotnych upominają się o należny im udział w zyskach[32].

29 P. F. Piesiewicz, *op. cit.*, s. 97.
30 A. Kohn, B. Kohn, Kohn on music licensing, New York 2002, s. 1479. za P. F. Piesiewicz, op. cit. s. 98.
31 P. F. Piesiewicz, *op. cit.* s. 98.
32 Patrz sprawa Janne Suni vs Timbaland – utwór *Do it!* bez powtarzającego się motywu z utworu *Acidjazzed Evening* nie miałby tak charakterystycznego brzmienia, a co za tym idzie prawdopodobnie nie odniósłby tak wielkiego sukcesu komercyjnego.

Istotne jest rozważenie, czy utwór oparty o technikę *samplingu* jest utworem zależnym, zbliżonym do wariacji, czy też raczej jest to samoistny utwór, który wykorzystuje cytaty muzyczne i powinien w pewnych sytuacjach być chroniony prawem cytatu[33]. Różnicę między tymi dwoma sposobami postrzegania zjawiska *samplingu* są zasadnicze, ponieważ jeśli by uznać *samplowanie* za cytowanie utworu, to zgoda autora utworu pierwotnego nie byłaby potrzebna, wystarczyłoby bowiem wymienić go w „przypisach" np. na płycie. Jeśli zaś uzna się, że zjawisko *samplingu* najbliższe jest wariacji muzycznej, a utwór wykorzystujący *sample* jest dziełem muzycznym zależnym, wtedy zgoda twórcy pierwotnego jest niezbędna[34]. W doktrynie przeważa jednak zdanie, że utwór oparty o technikę *samplingu* jest utworem zależnym, w związku z czym zgoda na wykorzystanie danego fragmentu utworu jest konieczna[35]. Wydaje się, że powyższa interpretacja jest słuszna, biorąc pod uwagę istotny wkład *sampli* w brzmienie i ogólny odbiór utworów wykorzystujących je.

Przy omawianiu *samplingu* należy pamiętać o zasadzie *de minimis* i tzw. teście przeciętnego słuchacza, stosowanym przez sądy do ustalenia, czy doszło do naruszenia prawa[36]. Jeśli bowiem

33 O *samplingu* jako pewnego rodzaju cytowaniu utworu wspominają w swoim artykule na łamach WIPO Magazine Tomasz Rychlicki i Adam Zieliński.- http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/06/article_0007.html za http://prawo.vagla.pl/node/8760- dostęp: 5.05.13 r.
34 P. F. Piesiewicz, *op. cit.* s.117.
35 Por. M. Klekotko, *Sampling w świetle prawa autorskiego i praw pokrewnych*, Przegląd prawa handlowego - numer specjalny, grudzień 2007, s. 13., jak również: P. F. Piesiewicz, *op. cit*. s. 117. W doktrynie można jednak spotkać się także z poglądem, że każdy przypadek *samplingu* należy badać casu ad casum: por. A. Sewerynik, *Stradivarius naszych czasów. Kilka słów o samplingu i prawie autorskim*, dostęp: http://prawo.rp.pl/artykul/1056940,1065962-Sewerynik--*Samplingu*-i-prawo-autorskie.html?p=1 dostęp: 10.05.13 r.
36 P. F. Piesiewicz, *op. cit.* s.110.

dany *sampel* jest tak spreparowany, że przeciętny słuchacz nie jest w stanie go rozpoznać, to nie ma mowy o naruszeniu praw autorskich zgodnie z zasadą *de minimis non lex curat* (prawo nie zajmuje się drobnostkami)[37]. Dobrym przykładem praktycznie nierozpoznawalnego zastosowania metody *samplingu* jest utwór zespołu *Smack my bitch up* zespołu The Prodigy[38].

Niejednokrotnie twórcy (najczęściej niekomercyjni) notorycznie wykorzystują *sample* różnych artystów bez zezwolenia, nie biorąc w ogóle pod uwagę jakichkolwiek ewentualnych konsekwencji prawnych. Wykorzystanie fragmentów cudzych utworów bez licencji, może obrócić się jednak przeciwko takim twórcom. Przykładem tego może być wspomniany już wcześniej utwór *Harlem Shake* (autorstwa Baauera), który stał się, poniekąd przez przypadek ogólnoświatowym przebojem. *Harlem Shake* pojawił się w Sieci dzięki wydawnictwu Mad Decent, pod należącą do niego marką Jeffree's, do niedawna znaną tylko nielicznym osobom, zainteresowanym konkretnymi gatunkami muzyki tanecznej i śledzącym działania wąskiego grona DJ-ów[39]. Baauer jest przykładem, jak poprzez Internet z twórcy mało znanego, można stać się twórcą jednego z najbardziej rozpoznawalnych utworów na świecie oraz tego, jak odpowiedzialność za wykorzystanie fragmentu cudzego utworu bez zezwolenia rośnie wprost proporcjonalnie do popularności, jaką uzyskuje utwór zbudowany z *sampli*. Zdawać by się mogło, że brak popularności, zagwarantowałby pewną ochronę utworom bazujących na technice *samplingu*, w związku z praktycznym brakiem powodowania szkody majątkowej. Pierwotnie *Harlem Shake* miał trafić tylko do nielicznych odbiorców i zostać w tzw. „podziemiu". Jednakże siła sprawcza Internetu, sprawiła, że wspiął się na wyżyny popularności (przez pewien czas zajmował pierwsze miejsce na liście przebojów iTunes[40]), stając się jednocześnie popularnym memem internetowym[41]. Swoje głosy znaleźli tam Hector Delgado, znany jako *El Father*, i raper Jayson Musso – głosy muzyków zostały użyte bez ich zgody. Musso potraktował wykorzystanie swojego głosu, jako aprobatę, jednocześnie negocjując z Mad Decent w sprawie wynagrodzenia, natomiast Delgado uznał sprawę za złamanie jego praw autorskich i domagał się stosownej rekompensaty[42].

Można więc stwierdzić, że wraz z rozpowszechnieniem metody *samplingu* powstały **nowe zagrożenia** dla twórców muzyki związane z naruszaniem praw autorskich oraz z drugiej strony, pojawiły się zagrożenia dla samych twórców wykorzystujących opisywaną technikę – narażenia się na odpowiedzialność odszkodowawczą, gdy ich utwór przypadkiem stanie się popularny[43]. Nie można jednak zapomnieć o drugiej, jaśniejszej stronie *samplingu*. Dzięki tej technice powstają prawdziwe arcydzieła i ma ona niesłychanie duży wpływ na rozwój muzyki w ogóle. Warto tu przytoczyć postać izraelskiego Dj'a Kutimana, który opiera swoje utwory jedynie na fragmentach dźwięków uzyskanych z różnych filmów znalezionych na

37 *Ibidem*.

38 Zob. https://www.YouTube.com/watch?v=eU5Dn-WaEII

39 http://www.dobreprogramy.pl/Nagonka-na-Harlem-Shake-wlasciciele-praw-do-sampli-upominaja-sie-o-swoje,Aktualnosc,39860.html

40 *Ibidem.*

41 Termin ten odnosi się do dowolnej porcji informacji (frazes, koncepcja, grafika czy film) rozprzestrzeniającej się pomiędzy powielającymi ją osobami za pośrednictwem sieci społecznościowych, komunikatorów, czy forów internetowych.

42 http://pl.wikipedia.org/wiki/Harlem_Shake_(utw%C3%B3r)#Naruszenie_praw_autorskich dostęp: 10.05.14 r.

43 Obecnie wiele utworów wykorzystujących *sample*, znajduje się w tzw. muzycznym „podziemiu".

YouTube. Profesor Lawrence Lessig, po zapoznaniu się z działalnością Kutimana, stwierdził: „Jeśli przybywasz do Internetu wyposażony tylko w ideę, że stary system praw autorskich będzie tutaj działał prawidłowo, ta rzecz - bardziej niż cokolwiek innego - sprawi, że zrozumiesz: potrzeba ci nowych idei”[44].

Podsumowanie

Internet i nowe technologie z pewnością wpłynęły na pojawienie się nowych zagrożeń dla twórców muzyki. Nie są to jedynie zagrożenia prawne, lecz często również finansowe. Ewolucja mediów strumieniowych, poniekąd upowszechniła darmowy dostęp do muzyki. Można zaobserwować zmianę modelu biznesowego w sprzedaży utworów muzycznych, za czym powinna iść też zmiana sposobu wynagrodzeń muzyków – tak, aby obok twórców najbardziej popularnych, także twórcy niekomercyjni mogli skorzystać na swoistej internetowej rewolucji muzyki. Biorąc pod uwagę, jak bardzo rozwija się przemysł muzyczny związany np. ze sprzedażą plików muzycznych na iTunes, czy też rozwój i regularny wzrost dochodów z aplikacji typu Spotify, wydaje się, że skala profitów, jakie muzycy mogą czerpać z umiejętnego wykorzystania Internetu może być większa od potencjalnych zagrożeń. Z pewnością nowe technologie, przyczyniły się również do zmian sposobów tworzenia muzyki. W związku z powyższym, muzycy zawodowi, wykorzystujący np. techniki *samplingu*, czy też *remiksu,* powinni szczególnie uważnie dbać o uzyskanie odpowiednich licencji, aby nie narazić się na zarzut plagiatu muzycznego, czy też innego naruszenia praw autorskich.

*** Maciej Jamiołkowski**
student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, artysta muzyk z zamiłowania, partner Youtube.

44 http://pl.wikipedia.org/wiki/Kutiman dostęp: 11.05.13 r.

Joanna Kisielińska*

Ochrona dóbr osobistych w sieci – problematyka tworzenia fikcyjnych kont na portalach społecznościowych

(The protection of rights of personality on the Internet – the example of creating fake online profiles)

Cite: J. Kisielińska, *Ochrona dóbr osobistych w sieci – problematyka tworzenia fikcyjnych kont na portalach społecznościowych*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, vol. 3/1/2014, p. 42-50.

Abstract: The growing popularity of social networking sites like nasza-klasa.pl, Facebook or MySpace is connected with completely new legal issues, which concern infringements of rights of personality on the Internet. The author of the article analyses the concept, means of protection of rights of personality in the Polish legal system and examples of infringements thereof online (e.g. the infringement of right of publicity by so-called deep links, the infringement of right to privacy or pseudonym). The main issue in the article are phony online profiles. The study is based on the analysis of the Polish and foreign courts' jurisdiction, especially the judgement of the appellate court in Wrocław concerning the fake account on the site nasza-klasa.pl.

Key words: rights of personality, social networking, right of publicity, fake online profile

---

Cytowanie: J. Kisielińska, *Ochrona dóbr osobistych w sieci – problematyka tworzenia fikcyjnych kont na portalach społecznościowych*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, nr 3/1/2014, s. 42-50.

Abstrakt: Rosnąca popularność portali społecznościowych, takich jak nasza-klasa.pl, Facebook lub MySpace łączy się z powstawaniem zupełnie nowych problemów prawnych, które dotyczą licznych naruszeń dóbr osobistych w sieci. Autorka referatu analizuje pojęcie, katalog i środki ochrony dóbr osobistych w polskim porządku prawnym oraz przykłady ich naruszeń w Internecie, takie jak naruszenie prawa do wizerunku poprzez tzw. głębokie odesłanie, naruszenie prawa do prywatności czy pseudonimu. Najwięcej uwagi autorka poświęca kreowaniu fikcyjnych profili na portalach społecznościowych. Rozważania oparte są na analizie wyroku SA we Wrocławiu dotyczącego konta w serwisie nasza-klasa.pl oraz orzecznictwa sądów zagranicznych (w szczególności Stanów Zjednoczonych).

Słowa kluczowe: dobra osobiste, portal społecznościowy, wizerunek, fałszywy profil

1. Uwagi wstępne

W dobie niezwykle dynamicznego rozwoju techniki Internet stał się medium, które wkracza we wszystkie dziedziny naszego życia. Jest źródłem informacji, rozrywki i narzędziem pracy, a także forum, na którym codziennie miliony internautów wyrażają swoje opinie. Zgodnie z raportem Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU) *Measuring the Information Society* liczba użytkowników Internetu na świecie zwiększyła się w 2012 r. o 11%, osiągając 2,3 miliarda osób[1]. Jako zjawisko techniczne i społeczne Internet przekracza granice państw, systemów prawnych i grup społecznych. Kwestią niezwykle aktualną, związaną z ciągłym rozwojem Internetu, jest ochrona dóbr osobistych w sieci. Rosnąca popularność portali społecznościowych, takich jak nasza-klasa.pl czy bijący rekordy Facebook (4 października 2012 r. Mark Zuckerberg poinformował na swoim profilu, że liczba użytkowników Facebook'a przekroczyła 1 miliard[2]), łączy się z powstawaniem zupełnie nowych problemów prawnych. Wiele zachowań internautów w sieci można zakwalifikować jako naruszenie lub zagrożenie dóbr osobistych osób uczestniczących za pośrednictwem Internetu w wymianie informacji.

1 International Telecommunication Union, *Measuring the Information Society,* www.itu.int/ITU-D/ict/.../idi/.../2012/MIS2012_without_Annex_4.pdf (data dostępu: 05.03.2013 r.)

2 http://www.komputerswiat.pl/nowosci/internet/2012/40/stalo-sie!-facebook-ma-juz-miliard-aktywnych-uzytkownikow.aspx

Zjawiska te stanowią zarówno naruszenie dóbr osobistych należących do „klasycznego" katalogu, jak i nowych, specyficznych dóbr, które związane są z funkcjonowaniem społeczeństwa informacyjnego.

2. Pojęcie i katalog dóbr osobistych

Kodeks cywilny nie zawiera definicji legalnej dóbr osobistych. W art. 23 odnaleźć można jedynie ich katalog, mający charakter otwarty. Kodeks obejmuje ochroną takie dobra osobiste, jak zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Ze względu na brak definicji legalnej doktryna podjęła się próby skonstruowania pojęcia dóbr osobistych. Jedna z pierwszych definicji, wpisująca się w ujęcie subiektywistyczne, głosiła, iż dobra osobiste to indywidualne wartości świata uczuć, stanu psychicznego człowieka[3]. Obecnie dominuje pogląd, zgodnie z którym zarówno przy wyjaśnianiu istoty dobra osobistego, jak i jego naruszenia należy posługiwać się kryterium obiektywnym, odwołującym się do przyjętych w społeczeństwie ocen[4]. Podejście obiektywne znajduje także mocne wsparcie w judykaturze.

Dobra osobiste są w ujęciu klasycznym określane jako wartości o charakterze niemajątkowym, ściśle związane z człowiekiem, które decydują o jego bycie, pozycji w społeczeństwie i są wyrazem jego odrębności psychicznej i fizycznej oraz możliwości twórczych[5]. Są to niemajątkowe wartości związane z osobowością człowieka, uznawane powszechnie w danym społeczeństwie[6]. Można je określić również jako uznane przez system prawny wartości (czyli wysoko cenione stany rzeczy), obejmujące fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej[7]. Definicja dóbr osobistych jest przedmiotem doktrynalnego sporu. Taki stan rzeczy może wynikać chociażby z różnorodności dóbr skatalogowanych w kodeksie cywilnym oraz z trudności w objęciu ich wspólną i jednolitą definicją. W doktrynie pojawił się nawet pogląd, że tworzenie definicji dobra osobistego i posługiwanie się nią jest konieczne tylko wówczas, gdy przyjmiemy tezę, że w polskim prawie cywilnym występuje jedno ogólne dobro osobiste. Natomiast w przypadku poparcia poglądu, w myśl którego mamy do czynienia z wieloma dobrami osobistymi, niecelowe jest tworzenie definicji, która nigdy nie będzie określeniem ścisłym i wyczerpującym[8].

3. Ochrona dóbr osobistych

Dobra osobiste tradycyjnie charakteryzuje się za pomocą trzech podstawowych cech: jako dobra niematerialne, niezbywalne i niedziedziczne, a więc nierozerwalnie związane z człowiekiem. Są one chronione w KC za pomocą roszczeń o charakterze niemajątkowym, które zostały dopuszczone mocą przepisów art. 23 i 24 KC. Niemajątkowa ochrona dóbr osobistych uzależniona jest od wystąpienia dwóch przesłanek. Działanie musi powodować zagrożenie lub naruszenie dóbr osobistych i musi mieć ono charakter bezprawny[9]. Należy podkreślić,

3 S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1957, s. 78.
4 M. Pazdan, *Dobra osobiste i ich ochrona* [w:] System Prawa Prywatnego, t. I, Warszawa 2012, s. 1233.
5 E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 60.
6 A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych,* Warszawa 1979, s. 104.
7 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 157 .
8 J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 23.
9 Przykładowo SN w wyroku z 13 września 1979 r.,

że nie jest wymagane, aby takie naruszenie było zawinione. Konstrukcja ochrony dóbr osobistych już na etapie ich zagrożenia jest instrumentem ochrony prewencyjnej, która w prawie cywilnym stosowana jest dość rzadko[10]. Z art. 24 KC wywodzi się również domniemanie bezprawności, które w sposób korzystny dla pokrzywdzonego wpływa na rozłożenie ciężaru dowodu oraz ryzyka niewyjaśnienia okoliczności stanu faktycznego, od których bezprawność zależy[11]. Domniemanie to może być traktowane jako konsekwencja bezwzględnego charakteru podmiotowych praw osobistych, które są skuteczne *erga omnes*[12]. Okolicznościami wyłączającymi bezprawność są zgoda uprawnionego[13], działanie na podstawie przepisu lub w wykonaniu prawa podmiotowego oraz nadużycie prawa podmiotowego[14].

Skorzystanie przez pokrzywdzonego z roszczeń niemajątkowych nie zawsze doprowadzi jednak do wystarczającego wynagrodzenia poniesionych krzywd[15]. W tym celu ustawodawca wprowadził także środki ochrony o charakterze majątkowym, które mogą być zastosowane niezależnie od roszczeń niemajątkowych. Normatywną podstawę ich zastosowania stanowi art. 24 § 1 zd. 3 KC. Przepis ten sygnalizuje, że w kodeksie mieszczą się normy regulujące majątkowe środki ochrony dóbr osobistych[16]. Przepisami, które normują zadośćuczynienie pieniężne, są art. 445 oraz 448 KC, natomiast zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany – przez tego, którego dobro osobiste zostało naruszone – cel społeczny jest dopuszczalne na podstawie art. 448 KC. Należy podkreślić, iż Sąd Najwyższy wyraził pogląd o dopuszczalności kumulacji roszczeń określonych w art. 448[17].

4. Przykłady naruszeń dóbr osobistych w Internecie

Otwarty charakter katalogu dóbr osobistych z art. 23 KC wskazuje, iż w polskim prawie cywilnym występują również inne dobra osobiste, niewymienione bezpośrednio w przepisach prawa, a ich katalog ulega przeobrażeniom w miarę zmieniania się warunków życia społecznego. Praktycznie wszystkie z kodeksowych dóbr osobistych mogą być zagrożone lub naruszone w Internecie (być może tylko poza nietykalnością mieszkania)[18]. Wydaje się, iż najczęściej występuje naruszenie prawa do wizerunku. Zdjęcia stały się nieodłącznym elementem każdego konta na portalu społecznościowym (niewielu użytkowników Facebook'a funkcjonuje bez tzw. „zdjęć profilowych"). Na udostępnianych fotografiach często znajdują się także inne, często nieświadome tego faktu, osoby – znajomi lub członkowie rodziny. Nietrudno domyślić się, iż w większości przypadków zdjęcia te umieszczane są bez uzyskania uprzedniej zgody na publikację, zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Uzyskanie zgody nie jest wymagane jedynie, gdy mamy do czynienia z wizerunkiem osoby powszechnie znanej (jeżeli materiał wykonano w związku z pełnieniem

IV CR 291/79 (OSP 1980, Nr 11, poz.202) nie uznał za bezprawne zachowanie się kobiety ujawniającej otoczeniu (w tym przełożonym i żonie przypuszczalnego ojca jej dziecka), nazwisko mężczyzny, który jest ojcem mającego się urodzić dziecka.

10 E. Gniewek, op.cit., s. 62.

11 M. Pazdan, op.cit., s. 1274.

12 *Ibidem,* s. 64.

13 Zob. A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, RPEiS, nr 1, 1990.

14 Z. Radwański, *Prawo cywilne…*, s. 171-173.

15 P. Pogłódek, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych w Kodeksie cywilnym,* „Monitor Prawniczy", nr 13, 2004.

16 *Ibidem.*

17 Uchwała SN z 9 września 2008 r., III CZP 31/08. OSNC 2009, Nr 3, poz. 36.

18 P. Waglowski, *Ochrona dóbr osobistych i danych osobowych*, Warszawa 2009, s. 4.

przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych), osoby stanowiącej jedynie szczegół całości takiej jak zgromadzenie, krajobraz, publiczna impreza oraz osoby, która otrzymała zapłatę za pozowanie, chyba że zastrzeżono inaczej. Powszechna praktyka „oznaczania" osób na własnych zdjęciach bez ich zgody prowadzi coraz częściej do naruszania dóbr osobistych.

Na gruncie ochrony prawa do wizerunku można również rozważyć problem ochrony tego dobra osobistego w sytuacji, w której jest on dostępny poprzez tzw. głębokie odesłanie (*deep link*) z innych stron internetowych. Pojawia się pytanie, czy umieszczenie na swojej stronie internetowej głębokiego odesłania do wizerunku znajdującego się na „linkowanej" stronie bez zgody dysponenta wizerunku może naruszać prawo do wizerunku, a jeżeli odpowiedź jest twierdząca, to czy podmiot umieszczający odesłanie dopuszcza się naruszenia o charakterze bezpośrednim[19]. Na tle omawianego zagadnienia zapadł wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 lipca 2004 r.[20] Powódka podnosiła, iż strona pozwana jako wydawca portalu internetowego S. zamieściła na stronach tego portalu w dziale „Erotyka i seks" w rubryce „Nagrodzone strony" pod nazwą „Młode kobiety są najlepsze" odesłanie do zdjęcia powódki w stroju kąpielowym wykonanego podczas sesji zdjęciowej do kampanii reklamowej, na którego rozpowszechnianie kobieta nigdy nie wyraziła zgody. Sąd Apelacyjny stwierdził, że zachowanie polegające na zamieszczeniu na stronie portalu internetowego linku umożliwiającego natychmiastowe i bezpośrednie otwarcie innej witryny (z pominięciem struktury nawigacyjnej strony głównej innego portalu), zawierającej wizerunek osoby, spełnia cechy publicznego udostępnienia tego wizerunku. Wytwarza bowiem sytuację, w której nieograniczony zbiór użytkowników portalu może zapoznać się z wizerunkiem.

Internetowa publikacja może prowadzić także do naruszenia czci (zarówno dobrego imienia, jak i godności osobistej) oraz prawa do prywatności, niewymienionego *expressis verbis* w art. 24 KC. Sama koncepcja prawa do prywatności (*right of privacy)* jest wytworem doktryny amerykańskiej. W Polsce utorował jej drogę A. Kopff, który sformułował tezę, że sfera życia prywatnego człowieka należy do jego dóbr osobistych i podlega ochronie przewidzianej w art. 23 i 24 KC[21]. Również Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, iż otwarty katalog dóbr osobistych obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności. Ochrona w tym zakresie może odnosić się do wypadków ujawnienia faktów z życia osobistego i rodzinnego, nadużywania uzyskanych informacji, zbierania w drodze prywatnych wywiadów informacji i ocen ze sfery intymności, aby je opublikować lub w inny sposób rozgłaszać[22]. Prawo do prywatności uregulowane zostało zarówno w aktach prawa międzynarodowego (np. w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[23]), jak i krajowego (Konstytucja RP,

19 J. Ożegalska-Trybalska, *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie w świetle orzecznictwa sądowego,* [w:] *Dobra osobiste w XXI wieku,* Warszawa 2012, s. 379.

20 Wyrok SA w Krakowie z 20 lipca 2004 r., I ACa 564/04, niepubl.

21 A. Kopff , *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne", t. XX, 1972.

22 Wyrok SN z 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, OSNPC, nr 11, 1984, poz.195.

23 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284). Art. 8 EKPC stanowi: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i

ustawa Prawo prasowe). Na tle art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, stanowiącego o prawie do poszanowania życia prywatnego, warto wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Copland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*[24]. Skarżąca Lynette Copland była asystentką w szkole państwowej Carmathenshire College. W trakcie zatrudnienia telefon powódki oraz jej poczta elektroniczna i połączenie internetowe były monitorowane przez przełożonego. Monitoring użytkowania Internetu przybrał postać analizy odwiedzanych stron, daty i czasu odwiedzin oraz długości ich trwania[25]. Kontrola korespondencji elektronicznej polegała natomiast na analizie adresów e-mailowych odbiorców oraz daty i czasu ich wysyłania. Trybunał uznał, iż monitoring stanowił naruszenie prawa do prywatności skarżącej. Na gruncie prawa polskiego warto z kolei wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie[26], w którym uznano, że przesyłanie krótkich wiadomości tekstowych (SMS) do byłego współpracownika, stanowiło w tej konkretnej sprawie naruszenie prawa do prywatności (abonent telefonu wielokrotnie domagał się zaprzestania uporczywego przesyłania wiadomości, które miały mieć charakter mobilizujący do aktywności)[27]. Przykład naruszenia prawa do prywatności oraz wolności komunikowania się w Internecie może w pewnych okolicznościach stanowić także otrzymywanie tzw. *spamu*, czyli niechcianej korespondencji mailowej.

W Internecie może mieć również miejsce naruszenie prawa do nazwiska zarejestrowanego w nazwie domeny internetowej. Zarzut naruszenia tego prawa musi być skonkretyzowany, tzn. dotyczyć bezprawnego wykorzystania w domenie nazwiska konkretnej osoby noszącej to nazwisko, którą można zidentyfikować spośród innych osób, którym to nazwisko przysługuje[28]. Poza sytuacjami nazwisk niepowtarzalnych lub bardzo nietypowych, indywidualizacja będzie mogła nastąpić dopiero po uwzględnieniu dodatkowych okoliczności, w jakich używana jest domena (np. informacje znajdujące się na stronie internetowej pod daną domeną, materiały zawierające szczegóły identyfikujące osobę noszącą nazwisko, a jednocześnie przypisujące jej ujemne cechy)[29]. Również użycie w domenie internetowej nazwiska w celach reklamowych bez zgody osoby uprawnionej będzie stanowiło naruszenie dóbr osobistych[30]. Ponadto w kontekście Internetu nowego znaczenia nabiera ochrona przyznawana pseudonimowi. Sąd Najwyższy w wyroku z 11 marca 2008 r. stwierdził, że nazwa użytkownika, którą posługuje się osoba korzystająca z serwisu internetowego (tzw. *nick*) podlega ochronie prawnej na takiej podstawie, na jakiej ochronie podlega nazwisko, pseudonim lub firma[31].

5. Tworzenie fałszywych profili na portalach społecznościowych

W kontekście rosnącej popularności Internetu, należy zwrócić uwagę na stosunkowo nowe zjawisko, jakim jest możliwość naruszenia dóbr

koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób."

24 Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w prawie Copland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 7 marca 2006 r., 62617/00.

25 A. Lach, *Glosa do orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Copland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, „Monitor Prawa Pracy", nr 7, 2007.

26 Wyrok SA w Warszawie, I ACa 584/06, niepubl.

27 P. Waglowski, O*chrona…*, s. 6.

28 J. Ożegalska-Trybalska, op.cit., s. 371.

29 *Ibidem.*

30 Naruszenie dób osobistych w sporach o domeny może mieć miejsce np. gdy wykorzystanie cudzego nazwiska może wprowadzać w błąd co do powiązań danej osoby z prowadzoną za pośrednictwem strony działalnością.

31 Wyrok SN z 11 marca 2008 r., II CSK 539/07, OSP, 2010, nr 4, poz. 43, str. 309.

osobistych poprzez tworzenie fałszywych profili (kont) na portalach społecznościowych. „Profil" w kontekście portalu społecznościowego to zebrany pod określonym adresem internetowym ogół informacji i materiałów o danej osobie. Sam fakt jego posiadania jest oczywiście zgodny z prawem, pod warunkiem, że dotyczy on osoby, która go wykreowała. Nielegalne jest natomiast tworzenie takich wirtualnych „osobowości" innym osobom, nawet jeżeli podawane informacje są zgodne z prawdą i nie wiążą się z negatywną oceną tych osób.

Wiele wyroków dotyczących fałszywych profili (*phony profiles*) zapadło w Stanach Zjednoczonych i dotyczyło najczęściej portali Facebook.com, Yahoo! oraz MySpace.com. W Teksasie dwóch 16-letnich uczniów utworzyło fałszywy profil swojej nauczycielki Anny Draker na portalu MySpace[32]. Nauczycielka podnosiła, iż na profilu znalazły się informacje i zdjęcia, które naruszały jej dobra osobiste. Przykładowo, kobieta została przedstawiona jako osoba homoseksualna, co było niezgodne z prawdą[33]. Ponadto, sąd federalny w stanie Pensylwania uznał za zgodne z prawem zawieszenie dwóch uczniów tamtejszej szkoły[34]. Powodem kary był właśnie fałszywy profil dyrektora szkoły założony w serwisie społecznościowym MySpace. Dyrektor został przedstawiony jako człowiek uzależniony od seksu i pedofil. Profil obfitował w wulgarne treści[35]. Ofiarą fałszywych profili zakładanych na portalu padł także polityk Larry Dominick, który domagał się, aby sąd nakazał ujawnienie danych osoby, która stworzyła jego fałszywe konto. Coraz powszechniejsza praktyka tworzenia *phony online profiles* jest obecnie określana w Stanach Zjednoczonych mianem jednej z form cyberterroryzmu[36].

Sprawy dotyczące podszywania się pod inne osoby na portalach społecznościowych toczyły się również w innych państwach. W 2008 r. brytyjski biznesmen Mathew Firsht wygrał proces o zniesławienie wytoczony przeciwko swojemu koledze ze szkoły, który stworzył na Facebooku fałszywy profil, podszywając się pod powoda. Pośród wielu informacji osobistych, na profilu widniała fałszywie określona orientacja seksualna Frishta. Najprawdopodobniej konto zostało założone podczas przyjęcia w domu powoda z wykorzystaniem jego komputera. Firsht otrzymał 22 tys. funtów odszkodowania[37]. Dotkliwa kara za fałszywe profile na portalu spotkała także grupę internetową Google, która została zobowiązana do zapłacenia pół miliona dolarów odszkodowania kierowcy Formuły 1 Rubensowi Barrichello[38]. Sąd zagroził też Google dodatkową grzywną w wysokości 590 dolarów za każdy dzień zwłoki w wykonaniu obowiązku usunięcia fałszywych profili. Sprawa dotyczyła ponad 300 fałszywych profili kierowcy, które pojawiły się na serwisie społecznościowym Orkut, będącym w Brazylii poważną konkurencją dla Facebook'a. Z kolei

32 Sprawa *Draker v. Schreiber*, No. 04-07-00692-CV, 2008.

33 T. Baldas, *Fake Online Profiles Trigger Suits*, "The National Law Journal", 2008, http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1202421864062&slreturn=20130218154757 (data dostępu: 16.03.2013 r.)

34 J. Kuchnio, *USA: Uczniowie zawieszeni za fałszywy profil w serwisie MySpace,* http://www.pcworld.pl/news/167719/USA.Uczniowie.zawieszeni.za.falszywy.profil.w.serwisie.MySpace.html, (data dostępu: 16.03.2013 r.)

35 Zob. także wyrok w sprawie *Archdiocese of Indianapolis v. John/Jane Doe*, No. 49D120805CT20682 (Marion Co., Ind., Super. Ct.).

36 T. Baldas, op. cit. (data dostępu: 16.03.2013 r.)

37 G. Komsta, *Pozew za podszywanie się na Facebooku,* http://webinside.pl/news-5084-pozew-za-podszywanie-sie-w-facebooku.html (data dostępu: 17.03.2013 r.); wyrok Matthew Firsht v. Grant Rapahel, No HQ07X044333, http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2008/1781.html (data dostępu: 17.03.2013 r.)

38 *Google zapłaci Barrichello odszkodowanie,* http://www.rp.pl/artykul/390149.html (data dostępu: 16.03.2013 r.)

w Maroku sroga kara spotkała informatyka, który na Facebook'u założył profil księcia Mulaja Raszida[39], brata obecnie panującego króla Maroka Muhammada VI. Sąd skazał 26-letniego Fuada Mortadę za 3 lata więzienia. Orzeczono także grzywnę w wysokości równowartości ponad 1300 dolarów.

Na gruncie prawa polskiego na uwagę z pewnością zasługuje wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 15 stycznia 2010 r. dotyczący fałszywego profilu na portalu społecznościowym nasza-klasa.pl[40]. Szczegółowa analiza wyroku pozwoli na skonstruowanie ogólnych wniosków i prognoz dotyczących spraw, które z pewnością na tle podobnych stanów faktycznych staną się przedmiotem rozważań sądów w przyszłości.

W 2008 r. nieznana osoba założyła za pomocą portalu konto, które zawierało dane osobowe w postaci imienia, nazwiska, miejsca zamieszkania, numeru telefonu, wieku oraz zdjęć fotograficznych powoda. Oprócz faktycznego miejsca zamieszkania, urodzenia i zastrzeżonego numeru telefonu, podana była miejscowość Tel Awiw, a przy nazwisku powoda nazwisko „Holzbaum". Pod zamieszczonymi zdjęciami z imprezy sylwestrowej znalazły się podpisy: „Oto mój ukochany napój koszerna", „To ja i moja miotła, którą pomiatam". Ponadto, z rzekomego konta powoda rozsyłane były obraźliwe komentarze do internautów – użytkowników portalu. Należy podkreślić, że konto zostało założone wbrew wiedzy i woli powoda. Informację o profilu uzyskała początkowo jego żona, która o fakcie tym niezwłocznie zawiadomiła portal drogą mailową, prosząc jednocześnie o usunięcie konta. Wielokrotne próby kontaktu, podejmowane początkowo osobiście przez powoda i jego żonę, a następnie za pośrednictwem pełnomocnika, nie przynosiły oczekiwanego rezultatu, pomimo iż wskazana została osoba, która założyła konto. Profil został usunięty dopiero po pięciu tygodniach od przekazania portalowi pierwszej informacji o istnieniu fałszywego konta i naruszeniu dóbr osobistych powoda. Bezspornym jest fakt, że za pomocą portalu nasza-klasa.pl udostępniono publicznie wizerunek i dane osobowe powoda bez jego zgody, a nadto rozpowszechniano informacje, poniżające go w opinii małej lokalnej społeczności, w której był on rozpoznawalny. W Internecie przedstawiono go bowiem jako alkoholika i antysemitę. Negatywne skutki rozpowszechniania nieprawdziwych informacji o powodzie odczuła także jego najbliższa rodzina, w szczególności żona. Wartym podkreślenia jest fakt, że powód nie posiadał wcześniej konta na naszej-klasie.pl.

W I instancji Sąd Okręgowy uznał, że strona pozwana nie dokonała niezwłocznie usunięcia fałszywego konta, za co ponosi odpowiedzialność. Wskazując na skutki, z którymi wiązało się to dla powoda, sąd uznał żądanie przeprosin za zasadne. Rozmiar doznanej krzywdy uzasadniał jego zdaniem przyznanie zadośćuczynienia w wysokości 5000 zł. Sąd Okręgowy wskazał, że treść regulaminu serwisu nasza-klasa.pl świadczy o tym, iż konieczność usuwania wypowiedzi naruszających prawo lub mogących naruszać prawo została zauważona przez stronę pozwaną. Jeżeli ktokolwiek (niezależnie od tego, czy jest użytkownikiem serwisu, czy nie) uzna, że wypowiedź umieszczona na portalu narusza jego prawa, może to zgłosić moderatorom i wówczas spoczywa na nich obowiązek podjęcia odpowiednich działań. Powód i jego bliscy dążyli do zawiadomienia pozwanego o zaistniałej sytuacji z dużą determinacją – ich działania były wystarczające

39 P. Waglowski, Trzy lata i grzywna za profil księcia, http://prawo.vagla.pl/node/7725 (data dostępu: 17.03.2013 r.)
40 Wyrok SA we Wrocławiu z 15 stycznia 2010 r., I ACa 1202/09, OSA/Wr, nr 2, 2010, poz. 167.

dla podjęcia czynności zapobiegających dalszym naruszeniom dóbr osobistych powoda. Na tle art. 14 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 144, poz. 1204)[41] Sąd Okręgowy stwierdził, że ten, kto udostępnia zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę, dowiaduje się o bezprawnej działalności usługobiorcy w chwili, kiedy wiarygodna wiadomość, o której mowa w art. 14, zostanie mu doręczona. Nie do przyjęcia byłoby bowiem stwierdzenie, że fakt uzyskania wiarygodnej wiadomości o naruszeniach byłby uzależniony od woli zapoznania się z nią przez tego, kto udostępnia zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę.

Sąd Apelacyjny, rozpoznając apelację strony pozwanej, stwierdził ponadto, że stawianie moderatorowi wymogu bieżącego filtrowania i usuwania wypowiedzi naruszających lub mogących naruszać prawo w obiektywnym przekonaniu byłoby sprzeczne z przepisami art. 14 i 15 w zw. z art. 12 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Portal nasza-klasa.pl jest niewątpliwie portalem niemoderowanym, a zatem obowiązek filtrowania i bieżącego śledzenia pojawiających się tam treści go nie obciąża. Fakt ten pozostaje jednak bez wpływu na treść rozstrzygnięcia, gdyż art. 14 ust. 1 art. ustawy statuuje odpowiedzialność podmiotu, który nie uczynił zadość obowiązkowi niezwłocznego usunięcia danych. A z tego obowiązku pozwany z pewnością się nie wywiązał. Sąd Apelacyjny stanął również na stanowisku, że nie mają znaczenia postanowienia regulaminu portalu dotyczące trybu zawiadamiania administracji portalu o występujących tam nadużyciach, ponieważ regulamin ten może wiązać wyłącznie członków zarejestrowanych w serwisie. Powód nigdy nie był członkiem portalu i dlatego każda forma zawiadomienia pozwanego przez powoda o naruszeniu jego dóbr powinna być uznana za dopuszczalną.

Wyrok Sądu Apelacyjnego zasługuje na zdecydowaną aprobatę. Serwis nasza-klasa.pl ze swojej winy nie usunął niezwłocznie (a nawet nie zablokował) fałszywego konta, założonego na nazwisko powoda, pomimo jego wielokrotnych zawiadomień i próśb. Naruszenie prawa polegało w tym przypadku na umożliwieniu osobie trzeciej naruszania dóbr osobistych powoda przez niewykonanie ciążących na portalu z mocy ustawy obowiązków – niezwłocznego zablokowania, a potem usunięcia konta. Powód został zmuszony do znoszenia poniżających go zachowań innej osoby, a to naruszyło jego spokój, dobre samopoczucie oraz poczucie godności osobistej, czyli jego dobra osobiste. Wyrok przesądzający o odpowiedzialności administratora portalu internetowego za naruszenie dóbr osobistych powinien być przestrogą dla serwisów społecznościowych, na których coraz częściej dochodzi do takich naruszeń i które nie zawsze reagują w odpowiedni sposób.

6. Podsumowanie

W związku z nieustannym i niezwykle dynamicznym rozwojem Internetu powstają nowe

41 Art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną:
1. Nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych.
2. Usługodawca, który otrzymał urzędowe zawiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie ponosi odpowiedzialności względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych.

zagrożenia związane z funkcjonowaniem w sieci, a to z kolei wymusza poszerzenie sfery ochrony prawnej i dostosowanie instrumentów tej ochrony. Doświadczenie życiowe wskazuje, że anonimowi internauci odczuwają znacznie większą swobodę w wyrażaniu swoich opinii, niż gdyby pod swoimi wypowiedziami musieli się podpisać. Internet daje jego użytkownikom poczucie bezkarności, anonimowości i nieograniczonej wolności słowa. To poczucie oraz możliwości związane z nowymi technologiami zwiększają intensywność naruszeń dóbr osobistych w sieci. Przybierają one coraz częściej postać tworzenia fałszywych profili na portalach społecznościowych. Wydaje się, że zapewnienia ze strony władz serwisów o natychmiastowym usuwaniu fałszywych profili[42], nie skutkują. Analiza orzecznictwa sądów na całym świecie pozwala na wysnucie wniosku o niepokojąco szybko rosnącej liczbie naruszeń dóbr osobistych w sieci poprzez zakładanie fałszywych kont, zawierających nieprawdziwe i zniesławiające informacje na temat ich rzekomych właścicieli. Odpowiedzialność za takie naruszenie może ponieść również administrator portalu, który pozostaje bezczynny w zakresie usunięcia lub zablokowania fałszywego profilu i to niezależnie od tego, kto był twórcą konta.

*** Joanna Kisielińska** asia.kisielinska@gmail.com

Studentka V roku prawa na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu.

.

42 W jednym z oficjalnych stanowisk władze Facebook'a stwierdziły, że podszywanie się pod inne osoby na portalu jest surowo zabronione: *When it has come to our attention that a user is misusing the site by violating Facebook's Terms of Use, including creating fake accounts, we will take appropriate action, which may involve the disabling of an account*.

Damian Karwala*

Przetwarzanie danych biometrycznych w bankowości – wybrane zagadnienia

(Processing of biometric data in banking sector – selected issues)

Cite: D. Karwala, *Przetwarzanie danych biometrycznych w bankowości – wybrane zagadnienia*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, vol. 3/1/2014, p. 51-63.

Abstract

This article concerns some of the problems that emerge in connection with processing of the so-called biometric data by the banks, in the context of domestic regulations, in particular the Act of August 29, 1997 on Protection of Personal Data.

Provisions of Polish laws do not, generally, prohibit using of biometric technologies in the banking sector. It is however necessary to analyze compliance with the provisions of the Act on Protection of Personal Data, in particular as regards two of the most crucial legal requirements, i.e., requirement to process the personal (biometric) data on a legitimate legal ground, and (ii) requirement to process the personal (biometric) data in compliance with the so-called proportionality principle.

In practice, the "proportionality test" constitutes the most important test that each system using biometric data have to pass. This test is being passed by those biometric-based systems which are being used for assess control purposes in banks. It cannot be passed, however, as long as biometric data are being used for time and attendance purposes (of employees). Using of biometric technologies in banking systems of verification, login (e.g., SSO) and in some other areas is still dubious. The author argues that there are arguments supporting the opinion of permissibility of processing of biometric data in banking sector also in this context.

Key words: personal data, biometric data, the principle of proportionality, grounds for processing personal data

---

Cytowanie: D. Karwala, *Przetwarzanie danych biometrycznych w bankowości – wybrane zagadnienia*, Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review, nr 3/1/2014, s. 51-63.

Abstrakt

Artykuł ma na celu wskazanie na niektóre z problemów, jakie pojawiają się w związku z przetwarzaniem tzw. danych biometrycznych przez banki, w kontekście krajowych regulacji prawnych, w szczególności przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

Przepisy prawa polskiego nie sprzeciwiają się, co do zasady, korzystaniu w bankowości z technologii opartych na biometrii. Niezbędna jest jednak ocena zgodności w tym zakresie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych, w szczególności w zakresie dwóch podstawowych wymogów prawnych, wynikających z tej ustawy, tj.: (i) obowiązku legitymowania się odpowiednią podstawą prawną, uprawniającą do przetwarzania danych biometrycznych oraz (ii) obowiązku przetwarzania danych osobowych z zachowaniem tzw. zasady proporcjonalności (adekwatności).

W praktyce „test adekwatności" stanowi najpoważniejszy test, jaki musi przejść każdy system przetwarzający dane biometryczne. Test ten systemy oparte na technologii biometrycznej „zdają" w zakresie fizycznej kontroli dostępu w bankach. Wymóg ten nie jest jednak spełniony w przypadku wykorzystania danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników. Natomiast wykorzystanie technologii biometrycznych w bankowych systemach weryfikacji, logowania, jak również w zakresie innych zastosowań technologii biometrycznych w bankowości nadal budzi wątpliwości. W ocenie autora istnieją jednak argumenty przemawiające za dopuszczalnością przetwarzania danych biometrycznych w bankowości również w tym zakresie.

Słowa kluczowe: utwór osierocony, utwory poza obrotem, system rozszerzonego zarządu prawami autorskimi, licencja, digitalizacja

Wstęp

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie na niektóre z problemów, jakie pojawiają się w związku z przetwarzaniem tzw. danych biometrycznych przez banki, w kontekście krajowych regulacji prawnych, w szczególności przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.[1]

Systemy wykorzystujące dane biometryczne, pozwalające na rozpoznawanie fizycznych oraz behawioralnych cech ludzkich, są obecnie jedną z najszybciej rozwijających się technologii automatycznej identyfikacji i weryfikacji tożsamości. Technologie te stosowane są przez podmioty z sektora bankowego – choć oczywiście nie tylko przez nie – m.in. w związku z kontrolą fizycznego dostępu do określonych pomieszczeń, np. skarbców, serwerowni. Banki wykorzystują czytniki biometryczne również w systemach służących do logowania (np. do infrastruktury oraz zasobów IT), weryfikacji tożsamości klientów (np. w ramach usług elektronicznej bankowości) oraz uwierzytelniania transakcji.[2] Zabezpieczenia biometryczne stosowane są również w oddziałach banków, w tzw. kioskach informacyjnych, w ramach infolinii (call center, IVR) oraz w takich urządzaniach, jak np. skrytki depozytowe, czy bankomaty[3], co wpływa na zwiększenie poziomu bezpieczeństwa obrotu, przeciwdziałając takim zjawiskom jak np. skimming (dane biometryczne zastępują w tych przypadkach takie zabezpieczenia jak np. numer PIN).[4] W ostatnim czasie biometria znajduje zastosowanie również w związku z rejestracją czasu pracy, znacznie ułatwiając pracodawcom weryfikację przepracowanych roboczogodzin, obliczanie należnego wynagrodzenia, itd.[5]

Do realizacji powyższych celów służą specjalne czytniki np. odcisków palca[6], tzw. klamki biometryczne, czytniki analizujące głos[7] lub układ naczyń krwionośnych w dłoni bądź w palcu, itd. Szczególnego znaczenia w bankowości nabiera zwłaszcza ta ostatnia metoda, oparta na biometrycznej identyfikacji dłoni lub palca, polegająca na odczycie wzoru, jaki w ludzkiej dłoni lub palcu tworzą naczynia krwionośne.[8] Technologia ta polega na odczycie – przy pomocy specjalnego czytnika – wzoru żył i porównanie go z zapisanym wcześniej wzorcem, w celu przeprowadzenia weryfikacji określonej osoby. Przy czym, co istotne, technologia ta nie funkcjonuje na martwym organizmie, wymaga ona bowiem odczytu ukrwionej żyły, co istotnie

1 Tekst jednolity: Dz. U. z 2002 nr 101, poz. 926, z późń. zm., dalej również jako „u.o.d.o." lub „ustawa".

2 Identyfikatory biometryczne ma w swej ofercie m.in. Bank BPH (http://www.bph.pl/pl/placowki_i_bankomaty/identyfikacja_biometryczna) oraz Getin Bank (http://www.getinbank.pl/dla-ciebie/inne-uslugi/inne-uslugi/biometria-finger-vein-w-oddzialach-getin-banku/oferta).

3 Pierwszym bankiem w Europie, który udostępnił bankomat biometryczny dla swoich klientów był Podkarpacki Bank Spółdzielczy (https://www.pbsbank.pl/biometria).

4 *Skimming* polega na kopiowaniu zawartości paska magnetycznego karty płatniczej bez wiedzy jej posiadacza w celu wytworzenia kopii i wykonywania nieuprawnionych płatności.

5 Inne bankowe projekty biometryczne w kraju oraz poza granicami przedstawia T. Woszczyński w prezentacji *Bezpieczeństwo systemów biometrycznych w bankowości na przykładzie biometrii naczyń krwionośnych palca*, 2011, dostępnej pod adresem: http://ncpi.org.pl/wp-content/uploads/2011/Konf_biometria/Biometria%20ZBP%2009122011.pdf; zob. również *Biometria w bankowości i administracji publicznej*, pod red. R. Kaszubskiego, Związek Banków Polskich, 2009.

6 Zwraca się przy tym uwagę, że technologie oparte na biometrii odcisków palca nie przyjęły się w bankowości z uwagi m.in. na łatwość przejęcia tego rodzaju danej (np. na skutek pozostawienia odcisków), negatywny odbiór przez klientów banków, czy niehigieniczny sposób skanowania palca (T. Woszczyński, *Bezpieczeństwo systemów biometrycznych…*, s. 11).

7 Zob. www.biometriaglosowa.pl.

8 Technologię tę mają w swej ofercie m.in. Fujitsu (PalmSecure) oraz Hitachi (Finger Vein).

ogranicza ryzyko z tym związane (np. drastyczne przypadki odcięcia palca i posłużenia się nim w celu uwierzytelnienia). Wśród innych zalet biometrii naczyń krwionośnych wymienia się: unikalność (wzór naczyń krwionośnych jest unikalny nawet dla bliźniaków), uniwersalność oraz niezmienność, które to cechy udowodnione zostały medycznie i matematycznie; brak – przynajmniej na obecnym etapie rozwoju nauki – możliwości odczytania z tego rodzaju danych biometrycznych informacji o stanie zdrowia, rasie, itd.; higieniczność, nieinwazyjność metody.[9]

Na szczeblu unijnym, Grupa Robocza powołana na podstawie art. 29 Dyrektywy nr 95/46/WE[10] (zwana dalej również jako „Grupa Robocza Art. 29" lub „Grupa Robocza") podkreśliła w dokumencie poświęconym biometrii, że „szybki postęp w zakresie technologii biometrycznych i ich coraz szersze zastosowanie obserwowane w ostatnich latach wymagają bliższego zbadania w kontekście ochrony danych. Powszechne i niekontrolowane wykorzystanie biometrii rodzi niepokój co do ochrony fundamentalnych praw i wolności obywatelskich."[11]

Definicja danych biometrycznych

Aktualnie w prawie polskim nie funkcjonuje legalna definicja danych biometrycznych. W niektórych aktach prawa polskiego zawarto jednakże odniesienie do pojęcia „danych biometrycznych". Przykładowo, według art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych[12] ilekroć w ustawie mowa jest o danych biometrycznych należy przez to rozumieć „wizerunek twarzy i odciski palców umieszczone w dokumentach paszportowych w formie elektronicznej". Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 4a ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[13] przez dane biometryczne należy rozumieć „wizerunek twarzy i odciski linii papilarnych pobrane w celu umieszczenia w dokumentach podróży przewidzianych w Konwencji Genewskiej w formie elektronicznej". Zgodzić należy się w tym zakresie z poglądem, iż powyższe regulacje nie wprowadzają definicji legalnej pojęcia danych biometrycznych, a jedynie „doprecyzowanie rodzajów biometryk, które interesują ustawodawcę w kontekście ich wprowadzenia do dokumentu urzędowego".[14]

Definicję pojęcia „danych biometrycznych" zawiera natomiast projekt unijnego ogólnego rozporządzenia o ochronie danych[15], który – jeżeli zostanie przyjęty i wejdzie w życie – będzie obowiązywać bezpośrednio w prawie krajowym. Zgodnie z art. 4 pkt 11 projektu „dane biometryczne" oznaczają „wszelkie dane dotyczące cech fizycznych, fizjologicznych i behawioralnych

9 T. Woszczyński, *Bezpieczeństwo systemów biometrycznych…*, op cit., s. 21.

10 Dyrektywa nr 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. U. UE L nr 281, s. 31 z 23.11.1995 r., zwana dalej również jako „Dyrektywa" lub „Dyrektywa 95/46/WE").

11 Grupa Robocza, *Working Document on biometrics*, z dnia 1 sierpnia 2003 r., WP 80, s. 2; dokument dostępy pod adresem: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/.

12 Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 268.

13 Tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 680.

14 M. Korga, *Dane biometryczne i ich wykorzystywanie na gruncie stosunku pracy*, Monitor Prawa Pracy, nr 12/2011, wersja elektroniczna czasopisma.

15 Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych, opublikowany w dniu 25 stycznia 2012 r. (tzw. ogólne rozporządzenie o ochronie danych); COM(2012) 11 final. Szerzej zob. D. Karwala, *Nowa unijna regulacja w zakresie danych osobowych – uwagi na temat projektu rozporządzenia z dnia 25 stycznia 2012 r. - część I, część II oraz część III*, Czas Informacji, nr 1, 2/3 oraz 4/2012.

danej osoby, które umożliwiają jej precyzyjną identyfikację, takie jak wizerunek twarzy lub dane daktyloskopijne". Definicja ta wykorzystuje dorobek Grupy Roboczej Art. 29. W opinii z dnia 1 sierpnia 2003 r. Grupa Robocza wskazała, że dane biometryczne stanowią „dane o szczególnym charakterze, odnoszące się behawioralnych lub fizjologicznych cech danej osoby, pozwalające na jej jednoznaczną identyfikację".[16] Natomiast w opinii z dnia 20 czerwca 2007 r. zgłoszono propozycję zdefiniowania biometrii jako „właściwości biologiczne, cechy fizjologiczne, cechy życiowe lub powtarzalne czynności, przy czym te cechy i/lub czynności dotyczą wyłącznie danej osoby, a jednocześnie są wymierne, nawet jeżeli schematy używane w praktyce do ich pomiaru charakteryzuje pewien stopień prawdopodobieństwa".[17]

Dane biometryczne jako dane osobowe

Ustawa o ochronie danych osobowych, w ślad za dyrektywą 95/46/WE, wprowadza szeroką definicję pojęcia „danych osobowych". Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy, za dane osobowe uważa się „wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej", przy czym osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne (art. 6 ust. 2). Ustawa precyzuje, że informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań (art. 6 ust. 3).

W kontekście powyższej definicji nie powinno budzić wątpliwości, że dane biometryczne stanowić będą – co do zasady[18] – dane osobowe, jako że czynnikami pozwalającymi na identyfikację osoby fizycznej mogą być w szczególności: jej wygląd zewnętrzny (geometria twarzy, kształt dłoni itd.), wzór siatkówki oka, układ żył, struktura kodu genetycznego, grupa krwi, jak również określone właściwości behawioralne (sposób zachowania osoby, podpisu, chód, a nawet sposób pisania na klawiaturze komputera).[19] Stanowisko to potwierdzone zostało przez Generalnego Inspektora m.in. w sprawozdaniu z działalności za rok 2005, gdzie jednoznacznie wskazał on, że „dane biometryczne są danymi osobowymi, a ich przetwarzanie podlega wszelkim rygorom przewidzianym w ustawie o ochronie danych osobowych".[20]

Wpływu na kwalifikację danych biometrycznych jako danych osobowych nie będzie miał sposób zapisu czy przechowywania tego rodzaju informacji.[21] Dane biometryczne mogą być bowiem zapisane i przedstawiane w postaci określonego obrazu (np. obrazu linii papilarnych, kształtu żył, ang. raw

16 *Working document on biometrics…*, op cit., s. 2.

17 Opinia nr 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych, z dnia 20.06.2007 r., WP 136, s. 8; dokument dostępy pod adresem: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/.

18 Co do zasady, gdyż można wyobrazić sobie sytuację, gdy dane biometryczne zapisane będą w sposób, który sprawia, że określenie na ich podstawie tożsamości osoby wymagałoby nadmiernych kosztów, czasu lub działań (art. 6 ust. 3 ustawy).

19 Grupa Robocza, *Working Document on biometrics*, s. 3; przy czym jak się wskazuje niektóre techniki biometryczne bazują jednocześnie na właściwościach fizycznych oraz behawioralnych. Zob. również J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 346.

20 GIODO, *Sprawozdanie z działalności za rok 2005*, s. 236.

21 Por. P. de Hert, *Biometrics: Legal Issues and Implications*, Background paper for the Institute of Prospective Technological Studies, DG JRC – Sevilla, European Commission, 2005, s. 13; Y. Liu, *Identifying Legal Concerns in the Biometric Context*, Journal of International Commercial Law and Technology, vol. 3, issue 1, 2008, s. 45.

data, raw biometric images), lub też odpowiednio przetworzone do postaci zapisu cyfrowego (tzw. wzorce biometryczne, ang. biometric templates). Za dane osobowe należy zatem uznać również wzór linii papilarnych, czy wzór żył. Przemawia za tym art. 6 ustawy, zgodnie z którym danymi osobowymi mogą być wszelkie informacje, które pozwalają na ustalenie tożsamości określonej osoby fizycznej.

Również jedynie wybrane, charakterystyczne punkty w ramach np. linii papilarnych czy wzorów żył oraz ich częściowe odwzorowanie stanowić będą dane osobowe. Informacje te – przy zastosowaniu określonych technologii – pozwalają bowiem na ustalenie tożsamości osoby, od której dane te zostały pobrane. Stanowisko to potwierdził wielokrotnie GIODO, podkreślając, iż dane w postaci np. charakterystycznych punktów linii papilarnych, przetworzone do postaci zapisu cyfrowego, stanowią dane osobowe. Wynika to z faktu, iż „w wyniku zestawienia kodu cyfrowego zarejestrowanego w systemie informatycznym z palcem (…) przyłożonym do urządzania skanującego, a także pozostałymi informacjami, możliwa jest identyfikacja (…) osoby".[22]

Dane biometryczne jako tzw. dane wrażliwe

Niektóre spośród danych biometrycznych stanowić będą dane, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych (tzw. dane wrażliwe, sensytywne), do której to grupy należą m.in. dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym. Odnosząc ustawową definicję do analizowanej problematyki wskazać można na przykłady danych biometrycznych, które stosukowo jednoznacznie pozwalają na kwalifikację ich jako danych wrażliwych. Przykładowo, w ramach systemów biometrycznych opartych o automatyczne rozpoznawanie twarzy przetwarzane mogą być dane ujawniające pochodzenie rasowe.[23] Podobnie, systemy bazujące np. na analizie kodu genetycznego czy na analizie krwi, ujawniać mogą dane o kodzie genetycznym lub o stanie zdrowia.

Nie wszystkie jednak przypadki pozwalają na równie prostą ocenę w kontekście art. 27 ust. 1 u.o.d.o. Rozwój biometrii, jak również medycyny, pozwala bowiem na pozyskiwanie informacji jak najbardziej „wrażliwych" w oparciu o dane biometryczne, które takich informacji wydają się nie zawierać. Możliwe jest już dziś, przykładowo, pozyskiwanie danych o przebytych chorobach przy wykorzystaniu obrazu tęczówki oka (irydologia).[24] Podobne zależności pomiędzy przebytymi, a nawet prognozowanymi (sic!) schorzeniami, ujawniają się w kontekście odcisków palców, na co wskazują prowadzone badania naukowe.[25] Wskazuje to na olbrzymi „potencjał" jaki tkwi w danych biometrycznych, „potencjał" ujawniania danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach, a nawet o życiu seksualnym. Dlatego też w doktrynie europejskiej pojawiają się głosy wskazujące na konieczność szczególnej regulacji w zakresie danych biometrycznych, nawet pomimo tego, że aktualnie większość z nich nie stanowi per se danych wrażliwych. Propozycje idą bądź w kierunku zaliczenia (wszelkich, bez

22 Tak GIODO m.in. w decyzji z dnia 22 lutego 2008 r., DIS/DEC-134/4605/08.

23 Tak również Grupa Robocza, *Working Document on biometrics*, op cit., s. 10; P. de Hert, *Biometrics: Legal Issues and Implications...*, op cit., s. 17.

24 K. Malik, *Problematyka przetwarzania danych biometrycznych pracowników*, Monitor Prawa Pracy, nr 12, 2008, wersja elektroniczna czasopisma.

25 M.in. badania dr M. Schuster wykazały istnienie zależności występującej pomiędzy pewnym schorzeniem (ang. CIP) a określonym układem linii papilarnych (przykład za Y. Liu, *Identifying Legal Concerns…*, op cit., s. 46). Autor wskazuje również na wyniki badań, które wykazały istnienie zależności pomiędzy odciskami palców a… homoseksualnością.

wyjątku) danych biometrycznych do kategorii danych wrażliwych, bądź też wydzielenia trzeciej kategorii danych osobowych, obok danych „wrażliwych" oraz danych „zwykłych"/„niewrażliwych" (lub też jako szczególna podkategoria danych wrażliwych).[26] Projekt unijnego ogólnego rozporządzenia o ochronie danych wydaje się iść w kierunku wydzielenia kategorii danych biometrycznych, obok danych „wrażliwych" oraz danych „zwykłych", jednak bez nadawania istotnego znaczenia temu podziałowi i tej kategorii danych.[27]

Operacje przetwarzania danych osobowych biometrycznych

W sytuacji zbierania danych biometrycznych za pomocą określonych czytników (np. odcisków palców, wzorów żył dłoni lub palca) oraz utrwalania ich w postaci zapisu cyfrowego dochodzić będzie do przetwarzania danych osobowych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych. Zgodnie z brzmieniem art. 7 pkt 2 ustawy, „przetwarzanie danych" stanowią „jakiekolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych".

Należy zauważyć, iż w prawie polskim z przetwarzaniem danych osobowych (biometrycznych) będziemy mieli do czynienia zarówno w kontekście tych działań, które mają pełne odzwierciedlenie w bazie danych, jak i działań, dla których w bazie danych zapisywane są tylko uzyskane w wyniku przetworzenia wyniki końcowe.[28] Dlatego też operacjami „przetwarzania danych osobowych", w rozumieniu przepisów ustawy, będą również czynności takie jak:

a) operacja odczytywania odcisku palca lub układu żył dłoni przyłożonej do czytnika,
b) operacja przetwarzania odczytanego obrazu do postaci wzorca,
c) operacja porównywania tak utworzonego wzorca z wzorcem zapisanym w bazie danych,
d) operacja odnotowania w bazie danych określonych czynności, np. weryfikacja prawidłowa/nieprawidłowa, data wejścia na teren zakładu pracy, itp.

Dopuszczalność korzystania z danych biometrycznych w bankowości

Korzystanie w bankowości z technologii opartych na biometrii nie jest – w świetle regulacji prawa polskiego, w tym ustawy o ochronie danych osobowych – zabronione. Jak słusznie podkreślono w tym zakresie w doktrynie, „żadnej z technik biometrycznych nie można uznać za generalnie sprzeczną z prawem" oraz „mimo że ułomnością polskiego prawa, a nawet luką prawną w sensie ścisłym, jest brak ogólnych unormowań dotyczących biometrii, to jednak taki brak nie może uzasadniać ogólnego stwierdzenia o nielegalności biometrii".[29] Posłużenie się tego rodzaju technologiami wymaga jednakże

26 Y. Liu, *Identifying Legal Concerns…*, op cit., s. 47.

27 Odniesienie do danych biometrycznych w tekście projektu – poza samą definicją – zamieszczono jedynie w jednym miejscu (art. 33 ust. 2 lit. d), obok takich kategorii, jak „dane genetyczne".

28 Tak również W. Wiewiórowski, *Prawna ochrona danych biometrycznych w systemach teleinformatycznych pracodawcy. Cele przetwarzania a zakres ochrony*, [w:] *Ochrona danych osobowych podmiotów objętych prawem pracy i prawem ubezpieczeń społecznych. Stan obecny i perspektywy zmian*, pod red. T. Wyka, A. Nerka, Warszawa 2012, s. 23.

29 W. Wiewiórowski, *Prawna ochrona danych biometrycznych…*, op cit., s. 18.

zapewnienia zgodności z przepisami u.o.d.o.[30], w szczególności spełnienia dwóch podstawowych wymogów prawnych, wynikających z tej ustawy, tj.:

a) obowiązku legitymowania się odpowiednią podstawą prawną, uprawniającą do przetwarzania danych osobowych (danych biometrycznych) oraz
b) obowiązku przetwarzania danych osobowych z zachowaniem tzw. zasady proporcjonalności.[31]

W świetle art. 23 ust. 1 oraz art. 27 ust. 2 u.o.d.o. każde przetwarzanie danych osobowych, bez względu na formę, wymaga oparcia na stosownej podstawie prawnej. Istnienie takiej podstawy jest warunkiem prawnej dopuszczalności przetwarzania danych osobowych. Jej brak skutkować może po stronie administratora danych (banku) odpowiedzialnością administracyjną (art. 18 u.o.d.o.) oraz karną (art. 49 u.o.d.o.).

Zgodnie natomiast z zasadą proporcjonalności (adekwatności), wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o., przetwarzane dane muszą być adekwatne (proporcjonalne) w stosunku do celu w jakim są przetwarzane. W szczególności, rodzaj, treść oraz ilość zbieranych danych nie powinny wykraczać poza potrzeby wynikające z celu ich zbierania.

Mając na uwadze, że systemy biometryczne stanowią daleko idącą ingerencję w sferę prywatności osób, których dane dotyczą (w ich prawa i wolności), od administratora danych wymaga się przeprowadzenia dokładnej i restrykcyjnej oceny, czy taki system w konkretnym przypadku spełnia wymogi niezbędności oraz adekwatności.[32] Przy czym, jak słusznie podnosi się w doktrynie, „test adekwatności" stanowi najpoważniejszy test, jaki musi przejść każdy system przetwarzający dane osobowe, w tym dane biometryczne.[33] Również analiza spraw związanych z biometrią, jakie miały miejsce w innych państwach europejskich dowodzi, że zasada adekwatności oraz ocena określonego projektu w jej kontekście jest o wiele istotniejsza i wywiera o wiele większe trudności praktyczne, niż np. zasada legalności i wymóg wskazania stosownej podstawy przetwarzania danych biometrycznych.[34] W ramach takiej analizy

30 Należy zauważyć, że zastosowanie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych będzie – zgodnie z art. 5 u.o.d.o. – wyłączone przepisami dotyczącymi tajemnicy bankowej, jednak nie w całości, a jedynie w zakresie, w jakim te ostatnie przepisy zapewniają „dalej idącą ochronę", niż wynika to z u.o.d.o. W szczególności, przepisy dotyczące tajemnicy bankowej nie będą wyłączały regulacji u.o.d.o. w zaresie podstaw przetwarzania danych osobowych oraz w kontekście zasady proporcjolaności.

31 Pozostałe obowiązki oraz zasady przetwarzania danych osobowych, takie jak np. obowiązek informacyjny w stosunku do podmiotów danych, zasada związania celem, zasada czasowości, obowiązek rejestracji zbioru danych osobowych w rejestrze prowadzonym przez GIODO, jako że nie rodzą one równie istotnych wątpliwości, należy jedynie zasygnalizować. Omówienie obowiązków związanych z zabezpieczeniem systemów przetwarzających dane biometryczne wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Zob. w tym zakresie szczegółowe uwagi Grupy Roboczej Art. 29 dyrektywy zawarte w *Opinii nr 3/2012 w sprawie zmian sytuacji w dziedzinie technologii biometrycznych*, z dnia 27 kwietnia 2012 r., WP 193; dokument dostępy pod adresem: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/.

32 Analiza taka powinna stanowić część tzw. oceny wpływu na prywatność (ang. *Privacy Impact Assessment*), uwzględniającej ryzyko związane z przetwarzaniem danych osobowych oraz określającej środki służące ograniczeniu tego ryzyka. Ze względu na szczególne czynniki ryzyka związane z przetwarzaniem danych biometrycznych Grupa Robocza Art. 29 rekomenduje, aby ocena wpływu na prywatność stanowiła „integralny element fazy projektowania systemów, w których stosuje się ten rodzaj danych" (Opinia nr 3/2012, s. 33-34).

33 Tak W. Wiewiórowski, *Prawna ochrona danych biometrycznych…*, op cit., s. 24 oraz M. Korga, *Dane biometryczne i ich wykorzystywanie…* op cit.

34 Por. I. Iglezakis, *EU data protection legislation and case-law with regard to biometric applications*, 2013, artykuł dostępny pod adresem: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2281108); E. Kindt, *Biometric applications and the data protection legislation*, Datenschutz und Datensicherheit, 2007.

konieczne jest w szczególności rozważenie, czy zastosowanie innych środków, które w mniejszym stopniu ingerują w sferę prywatności (takich jak np. czytniki kart magnetycznych, monitoring za pomocą kamer, itp.), nie stanowiłoby równie efektywnego sposobu realizacji celów administratora danych. Dopiero w przypadku uznania, że zastosowanie innych środków nie pozwoli na pełną realizację celów administratora, możliwe będzie stwierdzenie, że przetwarzanie danych biometrycznych jest niezbędne dla realizacji prawnie usprawiedliwionego celu.[35]

Systemy fizycznej kontroli dostępu w bankach

Możliwą do zastosowania podstawą przetwarzania danych biometrycznych w zakresie posługiwania się systemami fizycznej kontroli dostępu w bankach będzie w szczególności art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o., pozwalający na przetwarzanie danych osobowych, gdy „jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą" (tzw. klauzula prawnie usprawiedliwionego celu). Rozwiązanie to jest o tyle korzystne – oceniając to z perspektywy banku, jako administratora danych – iż w przypadku stwierdzenia, że zachodzi w konkretnym przypadku prawnie usprawiedliwiony cel oraz, że przetwarzanie danych jest adekwatne do celu, który ma zostać osiągnięty, administrator danych będzie uprawniony do przetwarzania danych biometrycznych bez konieczności uzyskiwania zgody osób, których dane dotyczą (art. 23 ust. 1 pkt 1 u.o.d.o.).

Grupa Robocza Art. 29 w opinii dotyczącej rozwoju technik biometrycznych uznała, że istnieją sytuacje, w których przetwarzanie danych biometrycznych jest uzasadnione realizacją prawnie usprawiedliwionego celu (interesu). Jak wskazała Grupa Robocza, „tego rodzaju interes jest uzasadniony tylko, jeżeli administrator danych może wykazać, że jego interes jest obiektywnie nadrzędny względem prawa osoby, której dane dotyczą, do nierejestrowania jej w systemie biometrycznym. Przykładowo, jeżeli należy w sposób szczególny zapewnić bezpieczeństwo stref wysokiego ryzyka, stosując mechanizm umożliwiający dokładne sprawdzenie, czy dane osoby mają prawo dostępu do tych stref, zastosowanie systemu biometrycznego może leżeć w uzasadnionym interesie administratora danych".[36] Biometryczny system kontroli wejść do tego typu pomieszczeń (np. skarbców w bankach) zapewnia w szczególności, że tylko osoby odpowiednio przeszkolone i posiadające odpowiednie upoważnienia mogą mieć dostęp do takich miejsc.

W praktyce istotne jest, aby te same metody przetwarzania danych biometrycznych stosować nie tylko w stosunku do pracowników administratora danych, lecz również w stosunku do innych osób, mających mieć dostęp do określonych miejsc, np. zewnętrznych usługodawców, gości, itp. Tylko bowiem przy takim, „jednolitym" podejściu administrator danych będzie w stanie wykazać właściwą realizację ww. zasad przetwarzania danych biometrycznych.

Przetwarzanie danych biometrycznych pracowników banku; systemy rejestracji czasu pracy

Szczególne problemy związane ze stosowaniem technologii i systemów biometrycznych występują

35 Grupa Robocza Art. 29 w opinii nr 3/2012, s. 8-9.

36 Opinia nr 3/2012, s. 14.

w stosunkach pracowniczych, regulowanych prawem pracy, tj. w sytuacji gdy pracodawcy (w tym również banki) planują przetwarzać przy wykorzystaniu tego rodzaju technologii dane biometryczne swych pracowników. Problemy te powodowane są w głównej mierze szczególną regulacją kodeksu pracy, która istotnie modyfikuje ogólną regulację w zakresie ochrony danych osobowych, wynikającą z przepisów u.o.d.o. Zgodnie bowiem z art. 5 u.o.d.o., „jeżeli przepisy odrębnych ustaw, które odnoszą się do przetwarzania danych, przewidują dalej idącą ich ochronę, niż wynika to z niniejszej ustawy, stosuje się przepisy tych ustaw".

Przepisem, który stanowi podstawę przetwarzania przez pracodawcę danych osobowych pracownika jest art. 22^1 k.p.[37] Zgodnie z § 1 tego przepisu pracodawca może żądać od pracownika danych osobowych obejmujących: imię (imiona) i nazwisko, imiona rodziców, datę urodzenia, miejsce zamieszkania (adres do korespondencji), wykształcenie, przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Paragraf 2 art. 22^1 k.p. umożliwia przetwarzanie przez pracodawcę także „innych danych osobowych pracownika (…), jeżeli podanie takich danych jest konieczne ze względu na korzystanie przez pracownika ze szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy" oraz numeru PESEL. Dodatkową podstawę przetwarzania danych pracowników stanowi art. 22^1 § 4, zgodnie z którym pracodawca może żądać podania innych danych osobowych, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do danych biometrycznych należy stwierdzić, iż zarówno przepisy kodeksu pracy, jak również przepisy żadnej innej ustawy nie przewidują uprawnienia pracodawcy do pozyskiwania tego rodzaju danych osobowych od pracownika i ich przetwarzania.

Sytuację dodatkowo komplikuje orzecznictwo sądowo-administracyjne. Naczelny Sąd Administracyjny uznał w szczególności, iż zgoda pracownika, jako przesłanka legalizującej żądanie innych danych niż wskazane w art. 22^1 k.p., stanowi świadome obejście istniejących w prawie ograniczeń.[38] Sądy stoją na stanowisku, że wyrażona na prośbę pracodawcy zgoda pracownika na pobranie i przetwarzanie jego danych osobowych narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli. Za takim stanowiskiem przemawiać ma brak dobrowolności wyrażenia takiej zgody związany z zależnością pracownika od pracodawcy, brak równowagi w relacji między nimi.

Ze powyższych orzeczeń nie należy jednak wyprowadzać generalnego zakazu przetwarzania danych biometrycznych w miejscu pracy,[39] jak również ogólnego stwierdzenia o niedopuszczalności powoływania się na zgodę pracowników.[40] Sądy administracyjne nie wypowiedziały się również,

37 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141 z późn. zm., dalej jako k.p.

38 Wyroki z dnia 1 grudnia 2009 r. (sygn. I OSK 249/09) oraz z dnia 6 września 2011 r. (sygn. I OSK 1467/10).

39 Podobnie M. Korga, *Dane biometryczne i ich wykorzystywanie…*, op cit.

40 Tak również A. Mednis, zdaniem którego *„nie można wyłączyć zastosowania art. 23 ust. 1 u.o.d.o. w relacjach pracowniczych w zakresie wykraczającym poza katalog z art. 22^1 k.p."*; [w:] *Ochrona prywatności i danych osobowych w przepisach prawa pracy – problemy intepretacyjne i konfrontacja z praktyką*, [w:] *Ochrona danych osobowych podmiotów objętych prawem pracy i prawem ubezpieczeń społecznych. Stan obecny i perspektywy zmian*, pod red. T. Wyka, A. Nerka, Warszawa 2012, s. 108). Również w ocenie Grupy Roboczej Art. 29, „chociaż może istnieć silne domniemanie, iż zgoda jest niedostateczna ze względu na zwykły brak równowagi między pracodawcą a pracownikiem, Grupa Robocza nie wyklucza jej w zupełności >>pod warunkiem, że istnieją wystarczające gwarancje, że zgoda jest faktycznie dobrowolna<<" (Opinia nr 3/2012, s. 12).

jak dotychczas, na temat dopuszczalności żądania danych biometrycznych na podstawie innych przesłanek zamieszczonych w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. Natomiast GIODO za niedopuszczalne uznaje usankcjonowanie w oparciu o inne przesłanki niż art. 23 ust. 1 pkt 2 u.o.d.o. (wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o.) zbierania przez pracodawcę – na potrzeby realizacji stosunku pracy – innych danych osobowych niż te, o których mowa w przepisach prawa pracy. Zgodnie ze stanowiskiem GIODO, w stosunkach pracowniczych jedyną podstawą do gromadzenia danych biometrycznych może być przepis prawa. W przypadku, gdy nie ma regulacji zezwalających pracodawcom na żądanie od pracowników danych biometrycznych, ich gromadzenie jest zabronione. Jak wskazał organ, „pracodawca nie ma prawa pozyskiwać danych biometrycznych pracowników na potrzeby realizacji stosunku pracy, nawet za zgodą każdego pracownika".[41]

Generalny Inspektor stoi jednak również na stanowisku, że zastosowanie przez pracodawców systemów wykorzystujących dane biometryczne pracowników jest możliwie, ale pod warunkiem, że dane te są wykorzystywane w celach niezwiązanych ze stosunkiem pracy i istnieje określona, uprawniająca do tego podstawa prawna.[42] GIODO wskazuje, że taką podstawą może być np. uzasadniony interes pracodawcy, jakim jest ochrona niektórych pomieszczeń przed dostępem osób nieupoważnionych, pod warunkiem, że takie same metody zbierania i przetwarzania danych będą stosowane nie tylko wobec pracowników, ale również wobec każdej innej osoby wchodzącej do pomieszczenia (por. wcześniejsze uwagi). Jako przykład uzasadnionego wykorzystania systemów biometrycznych organ podaje ochronę dostępu do bankowego skarbca lub pomieszczenia, w którym przechowywane są informacje niejawne.[43] Należy jednak zauważyć, że ani ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych[44], ani też Prawo bankowe[45] nie zawierają przepisu, który zezwalałby wprost na przetwarzanie danych biometrycznych pracowników lub innych osób. Wydaje się więc, że wystarczającym będzie istnienie podstawy prawnej, z której uprawnienie do przetwarzania danych można wyprowadzić, a nie jedynie takiej, z której uprawnienie to wynika wprost.

W praktyce, w stosunku do pracowników administratora danych (w kontekście systemów fizycznej kontroli dostępu), wskazuje się – poza powyższym przykładem związanym z kontrolą dostępu z uwagi na przechowywanie informacji niejawnych – na możliwość powołania się na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, własności intelektualnej, ograniczenie dostępu osobom nieupoważnionym, itd. Wydaje się, że również w takich przypadkach zastosowanie systemów przetwarzających dane biometryczne będzie uzasadnione i adekwatne. Jednak ze względu na wątpliwości interpretacyjne i brak jednoznacznego stanowiska sądów i GIODO, nie sposób przesądzić z całą pewnością, że administrator danych (np. bank) jest uprawniony do przetwarzania danych biometrycznych swoich pracowników w tym zakresie.

Zagadnienie dodatkowo komplikuje się w kontekście systemów rejestracji czasu pracy, wykorzystujących dane biometryczne. Możliwość

41 *Porady i wskazówki*, Infor. Serwis prawno-pracowniczy, nr 29-30/2011, s. 7.
42 Tamże, s. 7.
43 Tamże, s. 8.
44 Dz. U. Nr 182, poz. 1228.
45 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.).

stosowania systemów rejestracji czasu pracy w zgodności z przepisami prawa w sposób istotny utrudnia bowiem zasada adekwatności (art. 26 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o.) oraz związany z nią „test adekwatności". Aktualnie organ ochrony danych osobowych przyjmuje, że biometryczne „systemy zbierające dane osobowe na potrzeby badania czasu pracy pracowników nie są w stanie pozytywnie przejść takiego testu. Pracodawca może bowiem wprowadzić inne, mniej ingerujące w prywatność metody oceny czasu pracy – np. elektroniczne karty wstępu do miejsca pracy".[46] Orzecznictwo sądów administracyjnych potwierdza to stanowisko. W szczególności w wyroku NSA z dnia 6 września 2011 r.[47] sąd podkreślił, że „wykorzystanie danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników (…) jest nieproporcjonalne do zamierzonego celu ich przetwarzania".

Bankowe systemy weryfikacji, logowania, itp.

Restrykcyjne odczytanie i praktyczne stosowanie zasady proporcjonalności może stanowić przeszkodę w stosowaniu technologii biometrycznych w bankowych systemach weryfikacji, logowania oraz w zakresie innych zastosowań technologii biometrycznych. Przy takim, rygorystycznym podejściu uzasadniony byłby bowiem argument, że realizacja określonych celów (np. zapewnienie bezpieczeństwa czynności bankowych) zawsze możliwa jest przy zastosowaniu innych środków, które w mniejszym stopniu ingerują w sferę prywatności (np. PIN-ów, tokenów, potwierdzeń SMS-owych lub innych metod, które stosowane są obecnie).

Tak restrykcyjne podejście i rozumienie zasady proporcjonalności nie wydaje się być jednak uprawnione. W przeciwnym bowiem razie rozwój technologii biometrycznych byłby praktycznie – z uwagi na potrzebę ochrony prywatności i danych osobowych – wyłączony, również np. w zakresie zabezpieczeń fizycznych określonych lokalizacji (a jak wykazano wcześniej, nie jest tak). Dodatkowo, przeciwko takiemu restrykcyjnemu podejściu przemawiają poglądy Grupy Roboczej Art. 29, która co prawda podkreśla znaczenie zasady proporcjonalności i oceny możliwości realizacji określonego celu w sposób mniej ingerujący w prywatność, to jednocześnie jednak zwraca uwagę na aspekt skuteczności realizacji tych celów. W opinii nr 3/2012 wskazano w szczególności, że „aby zachować zgodność z zasadą proporcjonalności, administrator danych w tego rodzaju sytuacjach wysokiego ryzyka ma obowiązek sprawdzić, czy ewentualne alternatywne środki byłyby równie skuteczne [podkr. dodane; ang. equally effective], a jednocześnie w odniesieniu do realizowanych celów ingerowałyby w prywatność w mniejszym stopniu, oraz powinien wybrać takie środki alternatywne".[48]

W kontekście zastosowania technologii opartych na biometrii w sektorze takim jak bankowość wśród argumentów przemawiających za realizacją w tym zakresie zasady adekwatności (proporcjonalności) przetwarzania danych osobowych wskazać można w szczególności:

a) okoliczność związaną z tym, że dotychczasowe środki zabezpieczeń (np. kody PIN) nie są równie skuteczne, jak zabezpieczenia biometryczne,
b) zauważany jest wzrost naruszeń, np. w zakresie funkcjonowania bankomatów (np. skimming),

46 W. Wiewiórowski, *Prawna ochrona danych biometrycznych…*, op cit., s. 24.
47 Sygn.. akt. I OSK 1476/10.
48 Opinia nr 3/2012, s. 14-15.

czy oddziałów banków, czemu dotychczasowe środki nie są w stanie również skutecznie przeciwdziałać,

c) zastosowanie tego rodzaju technologii wpływa na zwiększenie bezpieczeństwa operacji/transakcji bankowych.[49]

Nie bez znaczenia powinien być również fakt opierania operacji przetwarzania danych biometrycznych w tego rodzaju przypadkach na zgodzie zainteresowanych osób (klientów banku). Różnicuje to zasadniczo tę sytuację od sytuacji występującej w relacjach pracowniczych, gdzie problem możliwości powoływania się na zgodę pracownika stanowił jednej z argumentów przemawiających „przeciwko" stosowaniu technologii biometrycznej. Co prawda kwestię właściwej podstawy przetwarzania danych osobowych należy oddzielić od zagadnienia adekwatności przetwarzania danych, jednakże całościowa ocena możliwości zastosowania technologii biometrycznych – w przypadku rozwiązań opartych na zgodzie podmiotów danych (w tym w zakresie usług bankowych) –powinna być bardziej „liberalna".

Podsumowanie

Przepisy prawa polskiego, w tym przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, nie sprzeciwiają się, co do zasady, korzystaniu w bankowości z technologii opartych na biometrii. Coraz powszechniejsze stosowanie w praktyce tego rodzaju technologii wymaga jednak oceny zgodności w kontekście krajowych regulacji prawnych, w szczególności ustawy o ochronie danych osobowych. W tym zakresie szczególnie istotne będzie spełnienie dwóch podstawowych wymogów prawnych, wynikających z u.o.d.o., tj.: (i) obowiązku legitymowania się odpowiednią podstawą prawną, uprawniającą do przetwarzania danych osobowych (danych biometrycznych) oraz (ii) obowiązku przetwarzania danych osobowych z zachowaniem tzw. zasady proporcjonalności (adekwatności). W praktyce „test adekwatności" stanowi najpoważniejszy test, jaki musi przejść każdy system przetwarzający dane biometryczne.

Test ten systemy oparte na technologii biometrycznej „zdają" w zakresie fizycznej kontroli dostępu w bankach, np. do takich szczególnie chronionych miejsc, jak skarbiec, czy serwerownia. Istotne jest jednak, aby te same metody przetwarzania danych biometrycznych stosowane były zarówno w stosunku do pracowników administratora danych (banku), jak i w stosunku do innych osób, mających mieć dostęp do określonych miejsc, np. zewnętrznych usługodawców, gości, itp. Tylko bowiem przy takim, „jednolitym" podejściu administrator danych będzie w stanie wykazać właściwą realizację zasad przetwarzania tego rodzaju danych.

Natomiast możliwość przetwarzania danych biometrycznych przez banki, w związku z realizacją stosunku pracy, jest istotnie ograniczona w aktualnym stanie prawnym, co potwierdza orzecznictwo GIODO oraz sądów administracyjnych. Organ za niedopuszczalne uznaje zbieranie przez pracodawcę – na potrzeby realizacji stosunku pracy – innych danych osobowych niż te, o których mowa w przepisach prawa pracy. Problem dotyczy w szczególności systemów rejestracji czasu pracy, wykorzystujących dane biometryczne. Dopuszczalność ich stosowania w obecnych stanie prawnych jest kwestionowana również z uwagi na naruszenie zasady proporcjonalności. Jak

49 T. Woszczyński, *Bezpieczeństwo systemów biometrycznych…*, op cit., s. 7 oraz 30.

podkreślił w jednym ze swych wyroków NSA, wykorzystanie danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników jest nieproporcjonalne do zamierzonego celu ich przetwarzania.

Powyższe nie oznacza, że możliwość użycia przez pracodawców (w tym banki) systemów wykorzystujących dane biometryczne pracowników jest zupełnie wyłączona. Możliwość taką dopuszcza się, jednak pod warunkiem, że dane biometryczne są wykorzystywane w celach niezwiązanych ze stosunkiem pracy (np. w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, własności intelektualnej, ograniczenia dostępu osobom nieupoważnionym) oraz że istnieje określona, uprawniająca do tego podstawa prawna. Wydaje się przy tym, że dla spełnienia tego drugiego warunku wystarczające będzie istnienie podstawy prawnej, z której uprawnienie do przetwarzania danych można wyprowadzić, a nie wyłącznie takiej, z której uprawnienie to wynika wprost.

Odejście od restrykcyjnego podejścia do rozumienia zasady proporcjonalności pozwoliłoby również na wykorzystanie technologii biometrycznych w bankowych systemach weryfikacji, logowania, jak również w zakresie innych zastosowań technologii biometrycznych w bankowości. Uprawniają do tego w szczególności poglądy Grupy Roboczej Art. 29, która co prawda podkreśla znaczenie zasady proporcjonalności i oceny możliwości określonego celu w sposób mniej ingerujący w prywatność, to jednocześnie jednak zwraca ona uwagę na aspekt skuteczności realizacji tych celów. W tym ostatnim zakresie, brak jest jednak – jak dotychczas – jednoznacznych wypowiedzi GIODO, co istotnie utrudnia stosowanie technologii opartych na biometrii w bankowości w szerszym zakresie.

* **Damian Karwala** damian.karwala@traple.pl
Radca prawny przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie, współpracujący z Kancelarią Prawną Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp.j., specjalizujący się w prawie nowych technologii, ochronie danych osobowych, handlu elektronicznym.

Zbigniew Okoń*

Reforma prawa autorskiego w UE: potrzebna ale nie wystarczająca

(EU Copyright Reform: Necessary but not Sufficient)

W ciągu ostatnich kilkunastu lat prawo autorskie, z dziedziny prawa interesującej jedynie wąską garstkę specjalistów, stało się przedmiotem powszechnego zainteresowania. O ile jeszcze kilka, kilkanaście lat temu informacjom z tego zakresu ciężko było się przebić do środków masowego przekazu, tak obecnie – jak dobitnie pokazał przykład protestów związanych z projektem porozumienia ACTA[1] – zmiany w prawie autorskim, szczególnie zmierzające w kierunku podwyższenia poziomu ochrony, stały się problemem społecznym zdolnym wyprowadzić ludzi na ulicę. Ton dyskusji nadają przy tym wypowiedzi, w świetle których prawo autorskie przedstawiane jest jako źródło opresji, tłumienia wolności słowa i kaganiec na kreatywność. Ta fundamentalna zmiana w postrzeganiu prawa autorskiego i gwałtowny wzrost jego społecznego znaczenia stają się bardziej zrozumiałe, jeżeli uwzględni się z jednej strony zmiany, jakim w ciągu ostatnich 25 lat poddana była ta dziedzina prawa, z drugiej – rewolucję techniczną, jaka w tym okresie zaszła w sposobie korzystania utworów.

Źródła obecnego kryzysu – jak to często bywa – tkwią w kryzysie poprzednim. Jego kulminacja przypadła na przełom lat 80-tych i 90-tych ubiegłego wieku. Powszechne było wówczas przekonanie o nienadążaniu prawa za rozwojem technologii, w rezultacie czego prawo autorskie – w stopniu wcześniej nie spotykanym – nie odzwierciedlało stosunków społecznych powstających w związku z korzystaniem z utworów. Pogląd taki był w owych czasach uzasadniony. Tempo zmian narzucanych przez postęp techniczny, przede wszystkim pojawienie się nowych kategorii twórczości (programów komputerowych, multimediów, elektronicznych baz danych) i nowych sposobów eksploatacji, było tak duże, że doktryna nie nadążała z pełną oceną nowych zjawisk i formułowaniem względnie jednolitych postulatów legislacyjnych[2]. Obserwowanym wówczas przemianom technologicznym nie towarzyszyła adekwatna reakcja ustawodawców na poziomie krajowym. Z kolei na poziomie międzynarodowym jakiekolwiek zmiany blokował strukturalny konflikt pomiędzy krajami rozwijającymi się i rozwiniętymi.

Kryzys ten w dużym stopniu udało się zażegnać w latach 1990-tych. W Europie wiązało się to z przyjęciem szeregu dyrektyw[3], które nie tylko ujednoliciły, ale i w znaczącym stopniu unowocześniły prawo autorskie państw członkowskich. Na poziomie międzynarodowym na przełamanie impasu wpłynęło zawarcie w 1994 r. porozumienia TRIPS. Znaczenie TRIPS wynika nie tylko z merytorycznych postanowień porozumienia. Szybki postęp negocjacji porozumienia w ramach urugwajskiej rundy GATT był jednym z głównych czynników, które odblokowały proces rewizji konwencji berneńskiej i rzymskiej. W konsekwencji już w 1996 r. doszło do zawarcia po auspicjami Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO) dwóch nowych traktatów – Traktatu WIPO o prawie autorskim (WCT) i Traktatu o artystycznych wykonaniach i fonogramach (WPPT)[4]. Wspólnym mianownikiem

1 Umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrobionymi między Unią Europejską i jej Państwami Członkowskimi, Australią, Kanadą, Japonią, Republiką Korei, Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi, Królestwem Marokańskim, Nową Zelandią, Republiką Singapuru, Konfederacją Szwajcarską i Stanami Zjednoczonymi Ameryki, tekst za: KOM(2011) 380 wersja ostateczna, dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0380:FIN:PL:HTML

2 Wśród licznej literatury zob. E. Traple, *Ustawowe konstrukcje w zakresie majątkowych praw autorskich i obrotu nimi w dobie kryzysu prawa autorskiego*, Kraków 1990, s. 10.

3 Pierwszą dyrektywą służącą harmonizacji prawa autorskiego stała się dyrektywa Rady 91/250/EWG z 14.5.1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. WE z 17.5.1991 r., L122).

4 Zob. J. Reinbothe, S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The*

wszystkich zmian legislacyjnych było podnoszenie poziomu ochrony autorskich praw majątkowych i praw pokrewnych. Rozstrzygnięto wątpliwości co do możliwości ochron w ramach prawa autorskiego niektórych kategorii twórczości (przede wszystkim programów komputerowych), uprawnionym przyznano nowe uprawnienia (np. prawo najmu czy nadawania), poszerzono też zakres uprawnień tradycyjnie stanowiących składnik monopolu autorskiego (np. w zakresie komunikowania utworów publiczności czy zwielokrotniania). Pewnym ograniczeniom poddano regulacje odnoszące się do dozwolonego użytku, szczególnie w odniesieniu do „komputerowych" kategorii twórczości, takich jak programy komputerowe i bazy danych. Wreszcie w ramach prawa autorskiego, również na poziomie międzynarodowym, uregulowano problematykę ochrony zabezpieczeń technicznych utworów i informacji o prawach.

Zmiany legislacyjne postępowały równolegle z eksplozją technologii informatycznych. Mają one – z punktu widzenia poruszanej problematyki – dwa aspekty. Z jednej strony nowe technologie bardzo ułatwiły każdemu dotarcie do milionowej publiczności przy znikomych kosztach własnych (chociażby za pomocą własnego bloga, You Tube czy Twittera). Komunikowanie utworów publiczności przestało być więc domeną profesjonalistów (nadawców radiowych i telewizyjnych, wydawców, dystrybutorów filmów), dysponujących odpowiednim zapleczem organizacyjnym i prawnym, a stało się dostępne dla każdego. Z drugiej strony ekspansja elektronicznych urządzeń służących do korzystania z utworów (czytników e-booków, tabletów, odtwarzaczy mp3, komputerów, smartfonów itp.) w połączeniu z poszerzeniem treści uprawnień majątkowych i nowymi środkami ochrony spowodowało, że prawo zaczęło się interesować czynnościami, jakie podejmuje odbiorca końcowy w celu zapoznania się z utworem. O ile w przypadku papierowej książki jej przeczytanie jest obojętne z punktu widzenia prawa autorskiego[5], o tyle w przypadku e-booka z przyczyn technicznych wiąże się z jego zwielokrotnieniem, a więc może stanowić ingerencję w treść praw wyłącznych, a jeżeli zastosowany został system DRM (Digital Rights Management) – również przepisom statuującym ochronę technicznych zabezpieczeń.

Zderzenie tych dwóch tendencji powoduje, że prawo autorskie dość niespodziewanie stało się „prawem codziennego użytku". Zaczęło regulować to, z książką, filmem czy programem komputerowym miliony użytkowników robią w domu, na własnym sprzęcie, z reguły bez chęci osiągnięcia z tego tytułu jakichkolwiek zysków. Jakkolwiek spostrzeżenie to może wydawać się oczywiste, ma ono głębsze konsekwencje. Prawo autorskie powstało i długie lata rozwijało się jako dziedzina mająca regulować stosunki pomiędzy indywidualnym twórcą, a wydawcą, nadawcą, producentem. Słowem profesjonalistą który w ramach swojej działalności udostępnia utwór publiczności. W rezultacie z jednej nastawione jest na ochronę twórcy, jako słabszej strony obrotu. Z drugiej strony w wielu obszarach posługuje się bardzo złożonymi, hermetycznymi konstrukcjami prawnymi, dostosowanymi do potrzeb obrotu profesjonalnego. Nowe technologie i przyjmowane w odpowiedzi na nie nowe regulacje prawne doprowadziły do sytuacji, w której stosunki społeczne regulowane prawem autorskim są dużo bardziej złożone i mniej jednolite. Uprzywilejowanym przez prawo autorskie uprawnionym – twórcą – może być nie tylko biedny, wymagający ochrony artysta, ale również międzynarodowy koncern. Z kolei „wydawcą" jest nie tylko profesjonalista, który posiada środki organizacyjne i finansowe pozwalające na zapewnienie sobie właściwej obsługi prawną, ale

WIPO Performances and Phonograms Treaty: Commentary and Legal Analysis, London 2002, s. 3, M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, USA 2002, s. 14 i n.

5 Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 138, J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 135.

również 13-letnia gimnazjalistka, prowadząca blog o kotach. To właśnie zastosowanie tych samych reguł do indywidualnych użytkowników, co do koncernów medialnych i bardzo głęboka ingerencja w to, co użytkownicy robią na swoich komputerach i tabletach leży u źródeł obecnego kryzysu i swego rodzaju buntu użytkowników wobec prawa autorskiego.

Prowadzona od kilku lat reforma prawa autorskiego w UE wydaje się być przynajmniej częściową odpowiedzią na te problemy. Prace legislacyjne obejmują kilka obszarów prawa autorskiego, a ich założenia opisane są przede wszystkim w zielonej księdze o prawie autorskim w gospodarce opartej na wiedzy[6], zielonej księdze dotyczącej dystrybucji utworów audiowizualnych w Internecie w Unii Europejskiej[7], a także w pewnym stopniu w Europejskiej agendzie cyfrowej[8] i związanych z nią dokumentach[9]. Celem tych prac jest m.in. zapewnienie szerszego dostępu do treści cyfrowych, z czym łączy się poprawa przejrzystości i dostosowanie do postępu technicznego zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, usuwanie przeszkód rozwoju jednolitego rynku cyfrowego audiowizualnych usług medialnych, przegląd i reforma ograniczeń autorskich praw majątkowych, które mają największe znaczenie z punktu widzenia rozpowszechniania wiedzy, w tym digitalizacji i udostępniania zbiorów przez biblioteki i muzea oraz ewentualnego wprowadzenia nowego ograniczenia, dotyczącego treści tworzonych przez użytkowników (*user generated content*)[10].

Innymi słowy prace zmierzają z jednej strony do stworzenia ram prawnych dla szerokiej legalnej dostępności treści cyfrowych w sieci, szczególnie w modelu *video on demand* i *music on demand*, z drugiej – pewnego poluzowania rygorów prawa autorskiego w tych obszarach, w których szczególnie odczuwalne są tworzone przez nie bariery swobodnego przepływu informacji. Spośród zamierzonych regulacji jak na razie udało się doprowadzić do uchwalenia dyrektywy 2012/28/UE w sprawie utworów osieroconych[11] oraz dyrektywy 2014/26/UE 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[12].

Wskazane prace legislacyjne, choć niewątpliwie potrzebne, nie rozwiązują tych bolączek, które wynikają ze specyfiki europejskiego prawa autorskiego. Dość oczywistym zarzutem wobec harmonizacji prawa autorskiego w UE jest jego wyrywkowość, prowadząca z każdą kolejną dyrektywą regulującą tylko szczegółowe zagadnienia związane z określoną kategorią twórczości lub formą eksploatacji do zmniejszenia spójności tej dziedziny prawa, a tym samym coraz większych trudności w jej praktycznym stosowaniu. Ponadto doświadczenia harmonizacji prawa autorskiego w UE, mającego swe źródło w dążeniu do usunięcia barier w swobodzie przepływu towarów i świadczenia usług, pokazuje, że proces ten prowadzi w istocie do „usztywnienia" poziomu ochrony. Jak trafnie zwracają uwagę

6 KOM(2008) 466 wersja ostateczna.

7 KOM(2011) 427 wersja ostateczna

8 KOM(2010) 245 wersja ostateczna

9 Zob. *Komunikat komisji w sprawie treści na jednolitym rynku cyfrowym* KOM(2012) 789 wersja ostateczna.

10 W kwestii problemów powstających w związku z tworzeniem i rozpowszechnianiem *user generated content* zob. m.in. M. Rimmer, *Digital copyright and the consumer revolution: hands off my iPod*, Edward Elgar Publishing 2007Journal of Intellectual Property Law and Practice Matthew Rimmer s book provides much needed insight into the current status of digital copyright and its relationship to the general purchasing public. . . This book, which has a structure that flows with concinnity and concision, makes it easy to navigate some of the most complicated and controversial issues. Lisa Wong, Osgoode Hall Law Journal This engaging account of US copyright law (and copyright wars, s. 261 i n., L. Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin 2008, s. 254 i n.

11 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych (Dz. Urz. UE z 27.10.2012, L 299).

12 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz UE z 20.03.2014, L84).

R. Burrell i A. Coleman, skutkiem jest brak możliwości zmiany poziomu ochrony nawet jeżeli nie jest on optymalny. Jeżeli osiągnięty konsensus likwiduje bariery w przepływie towarów, to nawet jeżeli jest on nieadekwatny, to jest on nieadekwatny we wszystkich państwach członkowskich, nie tworząc zagrożenia dla funkcjonowania wspólnego rynku.[13] W powiązaniu z częstymi trudnościami w wypracowaniu politycznego konsensusu pomiędzy państwami członkowskimi, reforma istniejących regulacji – choć w wielu wypadkach bardzo potrzebna – wydaję się być mało realna. Przykładem może być pochodząca z 1991 r. i od tego czasu praktycznie nie zmieniana dyrektywa o ochronie programów komputerowych. Już w przeglądzie wspólnotowego prawa autorskiego, dokonanym przez Komisję w 2004 r., wskazano na potrzebę interwencji prawodawcy wspólnotowego dla usunięcia problemów jakie pojawiły się wraz z rozwojem techniki.[14] Zmiany te nie tylko nie zostały jak dotąd wprowadzone, ale nie udało się nawet rozpocząć prac legislacyjnych. W tej sytuacji trudno rozsądnie oczekiwać, aby reforma prawa autorskiego prowadzona przez Komisję doprowadziła do radykalnych zmian, w tym przynajmniej częściowego wycofania się z niektórych chybionych rozwiązań europejskiego prawa autorskiego, takich jak ochrona baz danych prawem *sui generis* czy ochrona zabezpieczeń technicznych.

Analizując możliwość szerszej reformy prawa autorskiego w UE warto natomiast zwrócić uwagę na ewolucję orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. TS UE nie tylko coraz częściej odpowiada na pytania prejudycjalne z zakresu prawa autorskiego, ale coraz częściej rozstrzyga wbrew utartym opiniom i najbardziej oczywistej interpretacji wspólnotowego dorobku prawnego, wyraźnie dążąc do racjonalizacji poziomu ochrony. Do takich odważnych orzeczeń należy choćby wyrok w sprawie C-128/11 *UsedSoft*[15], w którym Trybunał dopuścił „elektroniczne" wyczerpanie prawa w odniesieniu do programów komputerowych, czy w sprawie C−466/12 Svensson[16], z którego z kolei wynika niedopuszczalność podnoszenia poziomu ochrony ponad poziom wynikający z prawa wspólnotowego, jeżeli mogłoby mieć to wpływ na swobodę przepływu towarów lub usług. Impulsem do poważniejszej reformy prawa autorskiego może być więc orzecznictwo Trybunału. Nie byłby to pierwszy raz, kiedy Trybunał odegrałby rolę prawotwórczą. W końcu to właśnie jego orzecznictwu z lat 1970-tych zawdzięczamy koncepcję eurowyczerpania praw własności intelektualnej, która z kolei stała się podłożem dla późniejszej harmonizacji praw własności intelektualnej[17].

*** Dr Zbigniew Okoń** okon@allerhand.pl
radca prawny, doktor nauk prawnych, współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Instytutu Allerhanda, członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie. Specjalizuje się i praktykuje w zakresie prawa reklamy, zwalczania nieuczciwej konkurencji, własności intelektualnej i prawa komputerowego. Jest partnerem w kancelarii dLK Korus Okoń Radcowie Prawni sp.p.

13 R. Burrell, A. Coleman, *Copyright exceptions: the digital impact*, Cambridge 2005, s. 194.

14 *Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*, SEC(2004) 995, s. 7-9.

15 Wyrok z dnia z dnia 3 lipca 2012 r., dotychczas niepublikowany w Zbiorze.

16 Wyrok z dnia z dnia 3 lipca 2012 r., dotychczas niepublikowany w Zbiorze.

17 Zob. w tej ostatniej kwestii D. Keeling, *Intellectual Property Rights in EU Law. Vol. I. Free Movement and Competition Law*, Oxford 2003, s. 29, M. van Eechoud, B. Hugenholtz, S. van Gompel, L. Guibault, N. Helberger, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International 2009, s. 2–3.

Beata Marek*

Odpowiedzialność maszyn, urządzeń i programów - jak ujarzmić ten oksymoron?

(Responsibility of machinery, equipment and programs - taming this oxymoron)

Cyborgi, androidy i roboty można oglądać w całej swej okazałości na szklanym ekranie. Kto z nas nie myślał jakby to było gdyby maszyny te otaczały nas w codziennym życiu? Nie mówię teraz o konwencjonalnych systemach, które doskonale znamy, lecz właśnie o sztucznej inteligencji opartej na sieciach neuronowych, która tak nas fascynuje.

Jak doskonale wiemy każde urządzenie jest wyposażone w oprogramowanie (ang. software). W uproszczeniu jest to pewien zestaw reguł / instrukcji, które zostały napisane po to by cyfrowa maszyna wykonywała określone czynności. Od zupełnie prostych jak np. odmierzanie czasu po te bardziej złożone. Do tej drugiej grupy można zaliczyć systemy ekspertowe, których celem jest rozwiązanie zadanego problemu na podstawie posiadanej wiedzy (tzw. baza wiedzy), zadawanych pytań i samodzielnego wnioskowania. Są to systemy wspomagające proces podejmowania decyzji. Systemy, które mają za zadanie oczywiście służyć człowiekowi. Przykładowo MYCIN[1] pełnił rolę jednego z pierwszych e-pomocników lekarza.

Twórcą oprogramowania może być człowiek, czy też szerzej grupa ludzi. Czy maszyna także? Czy maszyna może samodzielnie tworzyć nowe fragmenty kodu w określony, z góry zdefiniowany sposób? Oczywiście, że tak. Wystarczy ją odpowiednio zaprogramować czyli np. nakazać, że w przypadku napotkania problemu X ma ona dokonać analizy tego problemu i samonaprawy poprzez użycie właściwego kodu, który samodzielnie zostanie przez nią napisany. Można zastanawiać się czy w takiej sytuacji twórcą, w ten sposób stworzonego kodu naprawczego, będzie twórca czy też współtwórcy oprogramowania tego urządzenia. Jednakże wysoce dyskusyjne jest to czy moglibyśmy uznać taki kod za utwór podlegający ochronie prawnoautorskiej. Zgodnie z definicją legalną dziełem autorskim jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia[2]. W mojej ocenie generowanie kodu pomimo tego, że następuje z pierwotnej woli człowieka to jest jednak czynnością techniczną. To zaś definitywnie przesądza o tym, że nie mamy do czynienia z powstaniem utworu. A co w sytuacji gdy użytkownik będzie mógł samodzielnie zaprogramować maszynę do wykonywania określonych czynności poprzez odpowiednią jej konfigurację? Przykładowo maszyna będzie samodzielnie tworzyć kod źródłowy dla nowego programu, w oparciu wyłącznie o pisemny opis efektów, które ma realizować program oraz jego wygląd i inne elementy interfejsu użytkownika. O ile opis może spełniać cechy utworu to otwarte pozostaje pytanie co jednak z warstwą, która została zakodowana przez maszynę? Czy będzie podlegała ochronie? Na jakich zasadach? A co w przypadku gdy maszyna będzie zdolna do samodzielnego rozwoju bez potrzeby zewnętrznej ingerencji człowieka i definiowania jakichkolwiek

1 Stworzony w l. 70 XX wieku na Uniwersytecie Stanforda, diagnozujący bakteryjną chorobę krwi i proponujący odpowiednią terapię. System opierał się na ścisłej współpracy z lekarzem, któremu wyświetlane były wyniki analiz.

2 Art. 1, ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83 z późn. zm.).

poleceń?

Rozwój cybernetyki sprawił, że w 2014r., powyższe pytania są coraz częściej zadawane. Nic dziwnego. Jesteśmy świadkami tworzenia pierwszych prototypów zdolnych do samodzielnej nauki języka, a nawet myślenia abstrakcyjnego i rozwoju swojego oprogramowania[3].

Określenie autorstwa kodu to jedno. Znacznie bardziej skomplikowane są pytania o możliwość przypisania ewentualnej odpowiedzialności maszynom, które samodzielnie będą przeprowadzać operacje, prowadzić samochody, sprzedawać towary w sklepie czy też pełnić rolę opiekunów osób starszych. To już nie jest fantastyka. Internet Rzeczy jest realnym, namacalnym dowodem na to, że w ciągu kilkunastu - kilkudziesięcu lat będziemy korzystali z pomocy e-asystentów albo wręcz będziemy nijako od nich uzależnieni. Czy jednak w jakimkolwiek stopniu wpłynie to na fundamentalne zasady prawa określające, że tylko człowiek może być podmiotem praw i obowiązków? Raczej nie. Dlaczego?

Napisałam „raczej" dlatego, że w życiu można być pewnym tylko dwóch rzeczy: śmierci i podatków. Prawo natomiast stanowią prawodawcy w odniesieniu do realiów, w których żyją ich wyborcy. Niewykluczone zatem, że sztuczna inteligencja robotów stanie się na tyle niezależnym tworem, że aż wymagającym zastosowania specjalnych reguł prawnych w odniesieniu do np. ich odpowiedzialności. Przykładowo kiedy roboty faktycznie będą miały cechy zbliżone do ludzi. Dla mnie to jednak bardziej materiał na mocno średni film sensacyjny ze scenariuszem w tle gdzie robot zostaje niesłusznie uwikłany w morderstwo prezesa korporacji, osądzony i skazany na zagładę poprzez zniszczenie procesorów. Rzecz jasna dzień przed odbyciem egzekucji, okazuje się że robot jest niewinny i może żyć między ludźmi.

Napisałam „nie" z prostego powodu. Dzisiaj jest to niewyobrażalne by e-pomocnicy podejmowali niezależne decyzje od woli człowieka i by nie byli przez ludzi kontrolowani/nadzorowani. Dzisiaj e-pomocnicy to programy i urządzenia, które realizują jedną albo dwie z góry zdefiniowane funkcje i to człowiek decyduje o tym czy z nic korzystać. Najlepiej obrazuje to przykład z nawigacją satelitarną. Większość, nowych, pojazdów ma ją wbudowaną w standardzie. Zadaniem nawigacji jest pomoc kierowcy w dotarciu do celu. W 2008r. miał miejsce głośny wypadek, w Polsce, kiedy to kierowca samochodu wjechał do sztucznego jeziora gdyż e-mapa pokazywała, że w tym miejscu jest droga[4]. Kierowca wjechał do zbiornika pomimo kilku znaków ostrzegawczych, które były ustawione wzdłuż drogi. Bez wątpienia mapa w nawigacji nie była zaktualizowana. Nie zmienia to jednak faktu, że kierowca wjechał do jeziora wyłącznie z własnej winy, a producentowi nie można było przypisać odpowiedzialności za takie zachowanie kierowcy. Jest to całkowicie jasne i nie budzi najmniejszych wątpliwości. Kierowca zlekceważył znaki ostrzegawcze, a producent miał odpowiednie wyłączenia odpowiedzialności. Podobnie odpowiedzialność za skutki np. korzystania z systemu automatycznego hamowania spoczywałaby co do zasady na kierowcy, a nie na producencie. Jeżeli odnieść się do jeszcze innych przykładów e-pomocników (np. maszyn na halach produkcyjnych) to mamy na tyle klarowne przepisy

3 np. iCube, który samodzielnie nauczył się patrzeć na świat z cudzej perspektywy na skutek obserwacji i wyciągania wniosków.

4 Informacja prasowa, dostęp z dnia 9 maja 2014r.: http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,130438,5844968,Wjechal_do_jeziora__bo_tak_go_nakierowal_GPS.html .

by odróżniać kto, w jakich okolicznościach i jakiego rodzaju odpowiedzialność ponosi za swoje działanie bądź zaniechanie oraz co jest np. wadą fabryczną albo urządzeniem niebezpiecznym.

Rozwój sztucznej inteligencji jest jeszcze, w dalszym ciągu, wielką niewiadomą. Zakładając czysto hipotetycznie sytuację, w której można byłoby maszynie przypisać silną sztuczną inteligencję to byłaby to *defacto* żywa, świadoma swoich czynów istota[5]. Pytanie jednak czy na tyle świadoma by można było przypisać jej, mającą znaczenie prawne, odpowiedzialność za dane działanie bądź zaniechanie. O ile są prowadzone badania w kierunku rozwoju takich maszyn o tyle mało prawdopodobne wydaje się, dzisiaj, by wkroczyły one do masowego obiegu. Zdecydowanie realniejszym wydaje się komercjalizowanie na dużą skalę maszyn opartych o słabą sztuczną inteligencję (zdolność kojarzenia faktów, uczenia się, rozwiązywnia problemów), których funkcjonowanie będzie zależne od działań bądź zaniechań człowieka. Tego typu maszyny byłby zatem udoskonaloną wersją produktów, które już znamy.

Jeżeli świat pójdzie w kierunku maszyn wyposażonych w słabą sztuczną inteligencję to konsekwencją tego będzie możliwość przypisania odpowiedzialności nie robotom lecz wyłącznie osobom fizycznym czy też, w określonych przypadkach, osobom prawnym albo niepełnym osobom prawnym, które te maszyny wyprodukowały bądź je obsługują. Pardygmat nam sięzatem nie zmieni, a pomysły o jakiejkolwiek odpowiedzialności robotów pozostaną w sferze fantastyki.

*** Beata Marek** (beata.marek@cyberlaw.pl.)

5 Ł. Bownik, Sieć Semantyczna. Reprezentacja i Logika, Katowice 2009, s.20.

Beata jest prawnikiem. Na co dzień łączy biznes z prawem i bezpieczeństwem teleinformatycznym. Uwielbia pracę w interdyscyplinarnych zespołach i atmosferę startupów. Specjalizuje się w prawie nowych technologii. Właściciel Cyberlaw.

Autorka wielu publikacji i prelegentka na licznych, branżowych konferencjach. Dyrektor ds. prawnych w ISSA Polska – Stowarzyszeniu do spraw Bezpieczeństwa Systemów Informacyjnych, wiceprezes Cloud Security Alliance Polska, członkini International Cyber Threat Task Force, a także Fundacji Bezpieczna Cyberprzestrzeń.

Redaktor Naczelna „ICT Law Review“ oraz autorka bloga dla programistów i e-przedsiębiorców „cyberlaw.pl“.

Absolwentka stacjonarnych studiów prawnicznych na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz studiów podyplomowych z zakresu ochrony danych osobowych i informacji niejawnych na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

José Domínguez Leandro*

E-P2P LENDING or E-Social Lending

Throughout human history, before currency and even before of the apparition of an emerging banking system, that is, in the barter society itself, the figure of loans or obtaining financing was based on the loans of things or money from friends, relatives or acquaintances. This practice, which was based on the mutual trust between lender and borrower, has not left us in any time, but has been moved into the background, during the last period of the 20th century and early 21st century, due to the dynamic and power of the national or international banking system.

The crisis of the banking system appeared in the beginning of 2008, which has resulted in a lack of liquidity for credits, has revived the abovementioned practice, latent in the least developed countries, within the developed ones. It was necessary to fill a gap that could not be covered by the traditional banking system.

This has resulted in the apparition of the "microfinancing" and "microcredits", emerging the concepts of "Peer-to-Peer lending", "Peer-to-Peer Investing" or "Social Lending (P2P Lending)".

P2P Lending and e-P2P Lending concept

P2P Lending is commonly defined as the practice of lending money by individuals to other individuals, with no relation between them, being entrepreneurs or not, denominated "peers", without the intervention of a traditional financial institution or entity. Loans are, in principle, of small amounts, without guarantees and based on trust.

As a consequence of the development of the network of networks, Internet, and the so-called Web 2.0., represented by social networks, the barriers to entry, broadcast, geographic, etc. of these type of practices have been reduced, being possible its extension to a larger number of active and passive peers, leading to the creation of the so-called "e-P2P social lending" or "e-lending". Therefore, this would be the loan made online between individuals through the websites of those companies that make available to the "Peers" said platforms and other tools, as well as services focused on the examination of the applicants' solvency, in order to execute the loan transaction, receiving a commission in return.

These loans have an interest rate higher than the established by the traditional banking market, which can be set, by the platform, based on the lender's solvency or based on online auctions. They are, as stated earlier, "unsecured personal loans," that is, without any guarantees. Likewise, unlike bank deposits, this kind of loans is not guaranteed by governments.

The confluence of wills between the two "Peers" is executed, as indicated above, through web platforms, managed and promoted by some companies, resulting in what is commonly called "communities".

Promoters – managers of the "P2P Lending Communities"

Companies owning P2P Lending platforms enrich, due to their character as financial intermediaries, of the fees charged to lenders and borrowers for any operation or joining the system or community. The advantage for this type of promoters is that within the e-P2P Lending, processes are automated and require no personnel; thus, the fixed and variable

costs are much lower than in the case of operating offline. The disadvantage is that the success or failure of a platform is based on trust, in the promoter and its partners, the ability to choose good and solvent borrowers, on the low default rate, in the clear and open information on their web pages, on their capability to recover in case of default, etc.

Nature and Characteristics

As it will be analyzed below with regard to Spain, in order to determine which is the regulatory framework applicable to the "e-P2P Lending", it is necessary to set down its own particular nature and characteristics, which will allow its classification within such framework.

At the time of determining its nature, the first problem is that we will find a new and original activity, which cannot be totally framed in any of the financial institutions of the world. The platforms managing such communities are not entities that collect deposits from third parties in order to lend them to others third parties, but they only contact the "peers". They do not administer anyone's money; they are not investment banks or insurance companies. We can say they are plain financial services.

The common services offered by the platforms are the following:

- An online platform which gives the borrowers access to lenders and the realization of that relationship into a loan between them.
- The determination, by the corresponding operating model, of the approval of the operation or quality of the borrower, regarding its solvency, and the determination of the interest between the two "Peers".
- The validation of certain characteristics of the borrower, solvency, identity, incomes, assets, encumbrances over its assets, other loans, etc.
- Management of collections and payments of principals and interest fees.
- Management of unpaid and recovery actions for unpaid.
- Search and operational marketing to create greater volume of transactions between "peers" or new "peers".

Comparing Legal Frameworks

The regulation of the activity of the platforms or promoters in different countries can vary significantly. This is a barrier for the international development of these companies, which must necessarily adapt to the legal framework of each country.

Although loans between individuals are not banned in all countries, it is possible that interest charges are prohibited in those countries under Sharia Law.

What is often banned or highly regulated is the promotion or general attraction of loans to the public. In this sense, in some countries this could be considered a prohibited or illegal activity.

In other countries, this type of operations in which a company requests individuals or investors to contribute with money in exchange for a third party interest are often referred to as a "security". Thus, the corresponding activity carried out by these platforms is subject to regulation applicable to the institutions that buy and sell "securities", having to obtain the appropriate license and registration at a

control agency or entity created by the corresponding government and/or the registration and control of the relevant contract.

In some other countries, the activity carried out by this type of platforms is subject to the financial intermediaries regulations, which require more flexible requirements than those required for banks and other financial institutions.

Generally, the great concern of each country´s legislators rests on in the protection of consumers, subjecting the activity to the consumer protection rules.

Spain

The formal beginnings of the so-called "e-P2P Lending" in Spain date back to the 2008-2009 period.

In that period, the platforms Comunitae and Lubbus were created following the trail of the Anglo-Saxon markets.

Comunitae was born in April 2009 in beta and began its operations in 2010. Until June 2013, according to its website, it has managed loans for an approximate amount of 2.5 million Euros. An amount between 3,000 to 15,000 Euros may be borrowed and a minimum amount of 50 Euros may be lent. The operations reflected on its website indicates that the interest of the loans start at 7% and can go up to 14%.

Lubbus started in 2009. Up to June 2013, as per the information on its website, it has managed 23,785 loans. No a minimum or maximum loan amount is required, although its advertising is aimed to low value personal loans. On June 25th, 2013, the average interest of the opened operations was 11.23%.

Subsequently, in 2011, the projects Sociosinverores, focused on collective funding in order to finance business projects, and Injoinet, focused on collective funding for innovative projects, were born. And finally, the platform PrestamosP2P appeared which presents, as its particular feature, loans between individuals guaranteed by a mortgage over real estate properties.

At a regulatory level, at least three aspects of the e-P2P Lending shall be distinguished:

- The activity of granting a loan from a "Peer" to another "Peer".
- The intermediation –getting the "Peers" in touch to conclude the loan agreement- and provision of certain services to borrowers and lenders.
- And the intermediation activity on the Internet.

In relation to the first one, it shall be stated that in order with the Spanish Civil Code, loans between individuals, that is, without a financial institution granting the loan, is fully permitted subject to a regulation rooted on Roman law principles, which still remains and adapts to current times.

More complex is the assessment of the activity carried out by the platforms or companies that intermediate and promote loans between "peers". As indicated above, this type of platform does not fall within any of the banking system traditional figures, which makes difficult framing its regulation.

The Spanish legislator, aware of the boom that was having or could have this type of intermediation activity and the need to protect the consumer, has chosen to regulate the obligations to be fulfilled by this type of intermediaries which carry out the

activity of intermediation for the conclusion of loans or credits to consumers, by means of the Law 2/2009 of March 31th 2009.

The main obligations to be fulfilled by this type of entities are:

- They must be registered in the public registry corresponding to this type of companies.
- They must extreme the level of transparency, and have available to consumers the general contracting conditions used which shall be accessible on the website.
- They must have accurate information regarding the fees or compensations and costs to be charged for the services provided. The abovementioned fees and compensations shall be previously notified to the Registry.
- The abovementioned fees, compensations, etc. shall be included in a brochure, written in a clear, concreted and understandable manner, and shall be available on the website.
- Whether the activity is carried out online, the address of the company, its corporate name and, if appropriate, its trade name, registered office and registration details, shall be necessarily included in the website.
- They must prove to have a civil liability insurance policy.
- Before entering any agreement with an intermediary, they must provide to the consumer information regarding the abovementioned details.
- Intermediary agreements shall be in writing or in a way which records its celebration, being the consumer able to withdraw the agreement within 14 days from its signature without any penalty.

In case of failure to comply with these obligations, companies could be subject to financial penalties and, even, to closure of their the activity.

To these obligations must be added the common obligation to any company doing business through the Internet, regulated by the Spanish Services of the Information Society and Electronic Commerce Act, which, in summary, consist in reporting requirements. Therefore, companies shall provide information on the website regarding their company name, address and email address, details of registration in the Commercial Registry, prices of products and services, and any authorizations required to carry out their business.

Conclusion

Putting in comparison Spanish legislation with the current number of e-P2P lending transactions, we can conclude that consumer protection is sufficient, so operators will not be subject to a heavy bureaucratic burden. Nevertheless, if the general market of microfinance or microcredit continues to grow, it could be expected that such regulation may be analyzed at an European Union level, which shall lead to a change in it to be implemented into Spanish regulations.

*** Prof. José Domínguez Leandro**

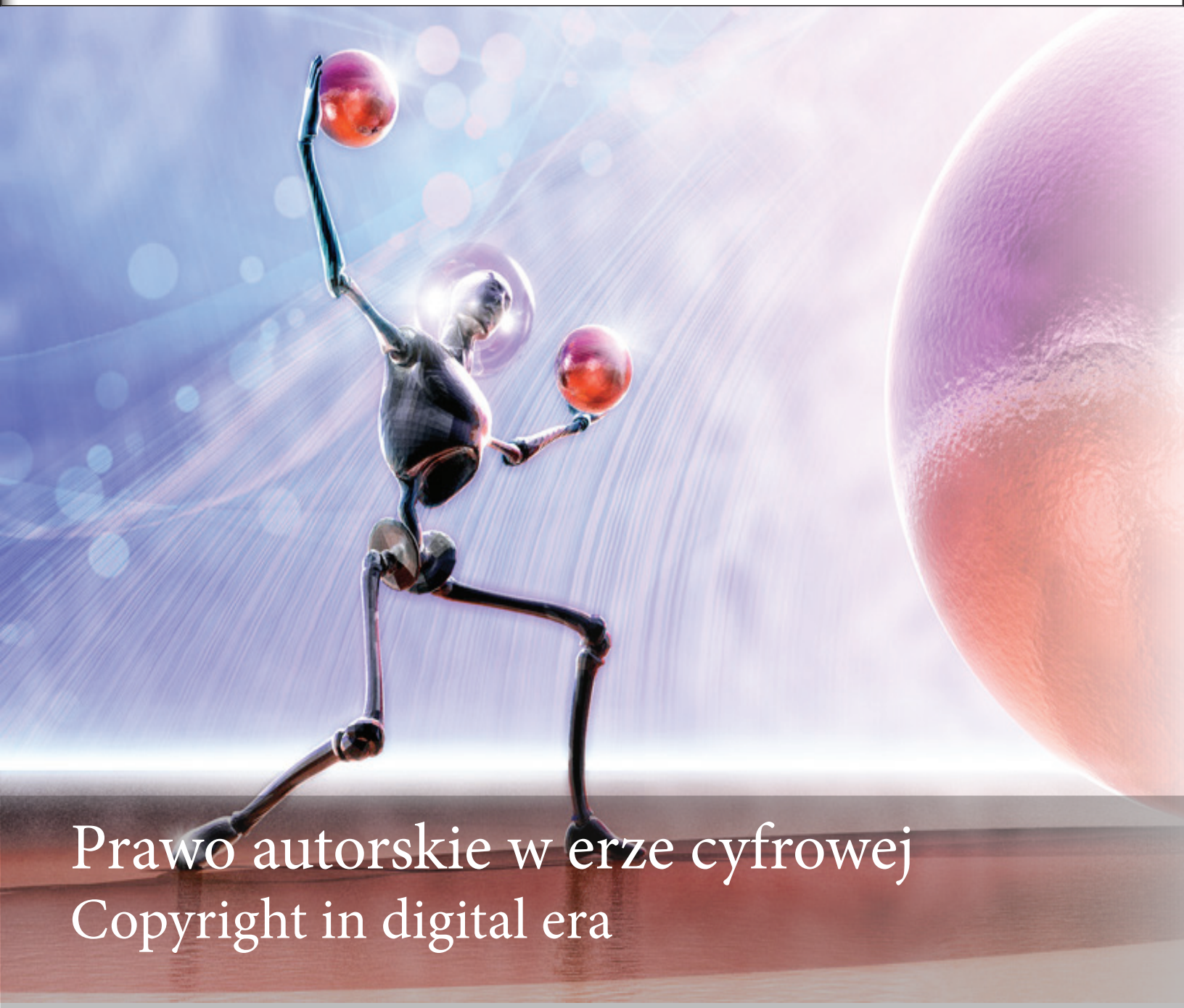
A Senior Lawyer and Excutive with 20 years experience in Law. José jointed to Ernst & Young Abogados, S.L. in 1991. Nowadays, as Executive Director leads the IP/IT Privacy and Distribution & Franchise Spanish Area.

Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych
ICT Law Review

3/1/2014

Półrocznik Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika
w Toruniu

Periodical of the Faculty of Law and Administration
of Nicolaus Copernicus University
in Torun



Prawo autorskie w erze cyfrowej
Copyright in digital era