

[Interest Representative Register ID: 26332554844-60]

STANOWISKO INTERNET SOCIETY POLAND I FUNDACJI PANOPTYKON W SPRAWIE DYREKTYWY 2004/48 - KONSULTACJE KOMISJI EUROPEJSKIEJ

1. Dlaczego dyrektywa 2004/48 ma znaczenie dla przyszłości wolnego Internetu i dlaczego istnieje potrzeba głębokiej zmiany w podejściu do egzekwowania własności intelektualnej?

1.1. Własność intelektualna a prawa podstawowe w Internecie – wprowadzenie

Ponad 10 lat po wprowadzeniu zasad dotyczących świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego oraz wolności słowa w sieci, Unia Europejska staje przed ważnym wyborem: może postawić na pierwszym miejscu takie wartości jak demokracja czy postęp technologiczny, albo, nie zwracając uwagi na uwarunkowania społeczne i technologiczne, może zmienić prawo własności intelektualnej w sposób całkowicie nieodpowiadający dzisiejszym realiom i potrzebom. Niestety, dokument Komisji Europejskiej dotyczący nowelizacji dyrektywy w sprawie egzekwowania prawa autorskiego sugeruje, że Komisja skłania się ku tej drugiej opcji.

W dobie Internetu każdy obywatel ma dostęp do tego systemu komunikacji – każdy może pobierać i wykorzystywać treści związane z szeroko rozumianą kulturą. W tym kontekście nierealne wydaje się wyegzekwowanie prawa, zgodnie z którym każde opublikowanie materiałów audiowizualnych w sieci powinno być usankcjonowane prawnie, szczególnie kiedy nie są one publikowane w celach komercyjnych. Debata publiczna nie powinna się koncentrować na tym, w jaki sposób lepiej egzekwować prawo własności intelektualnej, ale na tym, jak wprowadzić takie modele finansowania, które nie będą uderzały w ogół społeczeństwa. Nowe prawo autorskie powinno chronić przed represją obywateli, którzy w niekomercyjnych celach publikują i ściągają multimedia z Internetu oraz promować rozwój kultury i innowacyjne rozwiązania. Jeżeli Unia Europejska nie zmieni swojego kursu politycznego i nadal będzie koncentrowała się jedynie na restrykcyjnym podejściu do ochrony własności intelektualnej, grozi nam to, że przepisy prawa staną się zupełnie niekompatybilne z potrzebami obywateli, powszechny dostęp do wiedzy i kultury zostanie ograniczony, a wzrost gospodarczy i postęp osiągną do tej pory dzięki Internetowi, zostanie zahamowany.

Fundacja Panoptykon oraz Internet Society Poland chętnie korzystają z możliwości zajęcia oficjalnego stanowiska w sprawie komunikatu i dokumentu roboczego Komisji Europejskiej dotyczących dyrektywy 2004/48/WE („dyrektywa”, „dyrektywa IPRED”) regulującej sposób egzekwowania prawa własności intelektualnej. Jesteśmy zwolennikami podejmowania decyzji politycznych w oparciu o wyniki badań i analizę rzeczywistości; decyzji, które zapewnią ochronę podstawowych praw i stworzą korzystne warunki funkcjonowania zarówno dla posiadaczy praw autorskich, jak i zwykłych obywateli. Ta tematyka jest przedmiotem naszych analiz i żywego zainteresowania w związku z realizowanym projektem dotyczącym wyzwań regulacyjnych dla Internetu w Polsce i Unii Europejskiej. Celem projektu jest wypracowanie rozwiązań, które będą gwarantowały poszanowanie praw podstawowych w środowisku cyfrowym oraz

neutralność technologiczną. Stanowi to dodatkowy asumpt dla wypowiedzenia się w ogłoszonych przez Komisję Europejską konsultacjach w związku z mającym nastąpić przeglądem dyrektywy 2004/48 w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej.

We wstępie datowanego na 22 grudnia 2010 raportu na temat stosowania dyrektywy 2004/48 Komisja zadeklarowała, że celem przeglądu jest rozpoznanie jak wygląda egzekwowanie praw własności intelektualnej w Internecie. Zgodnie z deklaracją Komisji, jednym z głównych celów przeglądu jest zaproponowanie zmian w prawie, które uwzględniałyby nowe zjawiska i problemy w sferze własności intelektualnej wywołane masowym korzystaniem z Internetu. Dziwi nas, a zarazem niepokoi podkreślone w sprawozdaniu Komisji stwierdzenie, że gdy przyjmowano dyrektywę 2004/48 nie brano pod uwagę wyzwań związanych z powstaniem i upowszechnieniem tego szczególnego medium.

Ta podstawowa dla dokumentu deklaracja wydaje się być zwyczajnie nieprawdziwa. Po pierwsze, stwierdzenie, że Komisja proponując w 2003 roku harmonizację prawodawstwa dotyczącego egzekwowania praw własności intelektualnej pominęła Internet brzmi niewiarygodnie. Istotnie, różnorodność oferowanych wówczas usług Internetowych odbiegały od dzisiejszych standardów i przyzwyczajęń, jednak wszystkie podstawowe usługi Internetowe były już od kilku lat powszechnie dostępne, a wszystko wskazywało na to, że czeka nas dalszy, dynamiczny rozwój tego środka komunikacji na odległość. Po drugie, nazywane przez niektórych Internetowymi – choć faktycznie dotyczące wszystkich dzieł cyfrowych – traktaty WIPO (Światowej Organizacji Własności Intelektualnej) zawarto w już w roku 1996¹, a dyrektywa wprowadzająca do prawa UE techniczne środki zabezpieczające dzieła cyfrowe to zaproponowana w roku 1999 dyrektywa 2001/29. Po trzecie, nasze zdziwienie znajduje potwierdzenie w dokumentach: wbrew temu co obecnie sugeruje Komisja, już w dokumentach uzasadniających potrzebę wprowadzenia dyrektywy 2004/48 wielokrotnie wspomina się o piractwie w odniesieniu do plików muzycznych i multimedialnych w kontekście Internetu, jako wyzwaniu któremu proponowane w 2003 i uchwalone w 2004 przepisy europejskie mają zaradzić. Przypadek Napstera² – bardzo popularnego w tamtym czasie serwisu Internetowego – doskonale obrazuje problemy, z jakimi musieli się wówczas zmierzyć autorzy dyrektywy.

Pojawia się zatem pytanie, co chcieli przekazać autorzy raportu twierdząc, że dyrektywa nie została przygotowana do zwalczania naruszeń praw własności intelektualnej w Internecie? Zapewne to, że dotychczasowe środki okazały się niedostateczne i trwa poszukiwanie argumentów, aby wprowadzić dalej idące ograniczenia praw użytkowników Internetu.

Istotnie, we wstępie do swojego raportu Komisja stwierdza, że trzeba stworzyć efektywne mechanizmy egzekwowania prawa własności intelektualnej. Uważamy, że nie jest do dobrze postawiony cel. W pierwszym rzędzie należy się skoncentrować na zrewidowaniu podstawowych zasad prawa własności intelektualnej i dopiero potem tworzyć mechanizmy, które zapewnią jego poszanowanie. Intencjonalnie bądź nie, dobór słów wskazuje na to, że Komisja zdecydowała się na represyjny model regulacji – pomimo, że tego typu rozwiązania zawiodły już zarówno na szczeblu unijnym, jak na poziomie poszczególnych państw członkowskich.

1.2. Podstawowe nieporozumienie w procesie rewizji dyrektywy 2004/48: prawa podstawowe w Internecie muszą być wzmocnione, a nie dalej osłabiane

1 WIPO Copyright Treaty (WCT) i WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

2 <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>

Obserwujemy tendencję do stosowania coraz dalej idących środków represyjnych w stosunku do egzekwowania praw własności intelektualnej, takich jak gromadzenie danych osobowych w sieciach P2P (bez podstawy prawnej), filtrowanie sieci przez dostawców usług Internetowych (ISP) czy nieproporcjonalne kary nakładane w związku z drobnymi naruszeniami prawa. Sukces Internetu ma źródła w jego odporności i zdolności do przewycięzania ograniczeń. Doświadczenia z wprowadzaniem rozmaitych ograniczeń, które okazywały się całkowicie nieskuteczne – od przypadku wyłączenia Napstera do wprowadzenia prawa HADOPI we Francji – wyraźnie pokazują, że polityka represji prowadzi do:

- postępującej alienacji obywateli w systemie prawnym chroniącym własność intelektualną;
- naruszenia gwarancji praw podstawowych;
- całkowitej nieskuteczności prawa w realizowaniu zamierzonych celów.

Według opiniotwórczego IFPI Digital Music Report 2010³, w 2003 r. – po upływie ośmiu lat od kiedy Internet zaczął funkcjonować jako zjawisko masowe – istniało „mniej niż (sic) 50” legalnych serwisów z muzyką. Po 2003 r. liczba tego typu usług wzrosła, ale jednocześnie pojawiły się nowe ograniczenia, takie jak oprogramowanie służące zarządzaniu prawami cyfrowymi (DRM), które uniemożliwiało elastyczne korzystanie z legalnie zakupionych utworów. Zaczęły się też ciągle ataki medialne inspirowane przez przemysł rozrywkowy na tych konsumentów, którzy poczuli się zagubieni wobec niemożności korzystania z usług i możliwości, jakie wykształciły się w Internecie w czasie pierwszych dziesięciu lat jego globalnego funkcjonowania.

W świetle tych obserwacji, Komisja Europejska powinna rozważyć rezygnację ze środków legislacyjnych, które bezzasadnie ograniczają dostęp społeczeństwa do własnej kultury⁴. Nie widzimy potrzeby ślepego zaostrzania środków stających do dyspozycji właścicieli i organów ścigania. Wprost przeciwnie widzimy potrzebę pogłębionej analizy stosowania dotychczasowych metod i rezygnacji z środków, które okazały się przeciwnie skuteczne. Wyrażamy przekonanie że własność intelektualna nie jest czynnikiem autonomicznym. O innowacyjności gospodarki i rozwoju kultury decyduje przede wszystkim sytuacja twórców nowych koncepcji i dzieł, a ta ma nie wiele wspólnego z prawami wyłącznymi i przywilejami, które dotyczą głównie etapu dystrybucji. Czyli dotyczy głównie wydawców i pośredników, a nie twórców i nowych typów działalności twórczej.

Nie ulega wątpliwości, że w każdej działalności gospodarczej, w tym w sferze dystrybucji dzieł kultury, prawa wyłączne⁵ w korzystny sposób kształtują sytuację podmiotów, które je posiadają. Prawdą jest również, że funkcjonowanie praw wyłącznych w sferze dystrybucji można powiązać z korzyściami odnoszonymi przez samych twórców. Współcześnie zabezpieczeniu praw twórców służy instytucja tantiemów, unormowana w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Nie ma prostych odpowiedzi na pytanie w jakich warunkach tak skonstruowany system udzielania praw wyłącznych jest korzystny dla gospodarki i społeczeństwa jako całości. Nie mniej jednak nie można sobie pozwolić na zignorowanie tego pytania.

1.3. Dalsze wzmocnienie praw wyłącznych w sferze własności intelektualnej nie jest korzystne ani dla społeczeństwa, ani dla gospodarki

3 <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2010.pdf>

4 http://www.ivir.nl/news/Open_Letter_EC.pdf

5 Tak jak własność intelektualna to zbiorowa nazwa dotycząca bardzo różnych twórców: wynalazków, znaków towarowych, wzorów przemysłowych, wierszy, powieści, programów komputerowych, filmów tak prawa wyłączne to poszczególne prawa z niej wynikające, czyli prawa z wynalazków (patenty), czy prawa autorskie.

Próbie znalezienia odpowiedzi na to pytanie może posłużyć teoria krzywej Lauffera. Podwyższanie podatków od pewnego momentu skutkuje spadkiem dochodów państwa. Z prawami wyłącznymi jest podobnie. Gdy są za silne (dostępność, nieokreśloność, łatwość egzekucji nawet niejasno zdefiniowanych praw) także wpływają destrukcyjnie na relacje społeczne i gospodarcze. Stosowane jako szantaż prawny szkodzą innowacyjności i uczciwej konkurencji na wolnym rynku. W sferze podatków ten problem regulacyjny został już dawno zauważony i ustawodawca wykazuje wielką ostrożność przed pochopnymi decyzjami, które mogłyby spowodować przekroczenie krzywej Lauffera, a w efekcie szkodzenie stosunkom prawnospołecznym⁶. Niestety, w sferze praw własności intelektualnej tej roztropności wciąż brakuje. Znaczący w tym kontekście jest sam fakt, że przez kilkanaście lat Komisja nie zaproponowała Europie niczego poza zaostrzeniem egzekwowania praw właścicieli.

Zamiast zacierania odmienności między poszczególnymi prawami własności intelektualnej potrzebujemy rozumienia jakie są między nimi różnice, oraz jakie mogą i powinny być różnice w stosowaniu poszczególnych praw. Także w ramach każdego z praw trzeba analizować i uwzględniać w dalszych szczegółowych przepisach ich faktyczne funkcjonowanie w różnych branżach gospodarczych. Na przykład, prawo patentowe w środowisku cyfrowym, w którym produkty są bardzo skomplikowane a większość innowacji prawie nic nie kosztuje, funkcjonuje całkiem inaczej niż w zaawansowanej chemii, gdzie produkty są proste do opisanego, a innowacje szalenie kosztowne we wdrożeniu. Te różnice są tak fundamentalne, że muszą być uwzględniane (a są uwzględniane niedostatecznie) w przepisach prawa patentowego. Potrzeba norm prawnych traktujących o tychże różnicach, praktyka i orzecznictwo takiej dystynkcji wprowadzić nie może, zgodnie z zasadą *lege non distinguente*.

Analogiczny postulat należy zgłosić w stosunku do prawa autorskiego. Nieznane do tej pory możliwości jakie przyniosło środowisko cyfrowe wymagają nowych regulacji na poziomie formułowania samego prawa. I w tym przypadku potrzeba dostosowania przepisów prawa do nowych zjawisk w rzeczywistości ekonomicznej i społecznej – w tym określenia co podlega a co nie podlega prawom wyłącznym - a nie coraz bardziej drakońskich metod egzekwowania niejasno sformułowanych przywilejów. Prawo autorskie skrojone na potrzeby przemysłu filmowego, czy konwencjonalnej telewizji nie powinno być wprost stosowane do pokrewnych ale zasadniczo innych dzieł, jakimi są multimedia Internetowe. Stosowanie poprzez analogie również nie daje pożądanego rezultatu.

1.4. Brak empirycznych dowodów na poparcie polityki promowanej przez Komisję

Pomimo braku szczegółowego raportu oceniającego skutki dyrektywy IPRED, które opracowanie jest wymagane w artykule 18 dyrektywy, sprawozdanie Komisji zmierza wprost do stwierdzenia, że „należy zwrócić większą uwagę na ściganie naruszeń prawa własności intelektualnej w Internecie i że dyrektywa nie zapewnia wystarczających środków dla rozwiązania tego stale rosnącego, poważnego problemu”.

Komisja nie przedstawiła jednak dowodów wskazujących na to, że środki przewidziane w dyrektywie są w istocie niewystarczające w zetknięciu z poważnymi naruszeniami prawa własności intelektualnej w środowisku cyfrowym. Ponadto, podczas gdy nieuprawniona wymiana plików jest opisana jako zjawisko rosnące, raport Komisji nie podaje żadnych wiarygodnych danych na poparcie tej tezy.

Zamiast twardego oparcia w analizie badań i danych, obrany przez Komisję kierunek polityczny polegający na wzmacnianiu egzekwowalności praw autorskich i ostrzejszym ściganiu jego naruszeń, zdaje się mieć

⁶ http://pl.wikipedia.org/wiki/Krzywa_Lauffera

uzasadnienie jedynie w roszczeniach przemysłu rozrywkowego, który od ponad dziesięciu lat zwalcza nowe sposoby produkcji i dystrybucji utworów, które rozwinęły się w środowisku cyfrowym.

Komisja wychodzi z przekonania, że prawa wyłączne wydawców i pośredników są zbyt słabe i zagrożone – szczególnie w internecie. To przeświadczenie nie jest jednak poparte analizą dowodzącą, że taki sposób wyważenia interesów właścicieli praw i reszty społeczeństwa jest słuszny i uzasadniony. Jedynym uzasadnieniem dla nowych przywilejów ma być fakt, że pewne grupy właścicieli praw twierdzą, iż nie mogą swoich praw w pełni realizować i wiążą tę sytuację z piractwem (praw autorskich) oraz podrabianiem (znaków towarowych), o czym wielokrotnie mowa w sprawozdaniu Komisji. Jednak nie można tychże opinii traktować jako dowodu na to, że prawa wyłączne wydawców i pośredników są za słabe i zagrożone.

Jesteśmy za zwalczaniem oszustów, którzy – jak mowa w sprawozdaniu – „często zachęcają użytkowników Internetu do korzystania z ofert sprzedaży nielegalnych utworów”⁷. Jesteśmy za podejmowaniem działań zapobiegających „zagrożeniu dla zdrowia i bezpieczeństwa konsumentów”, o czym też mowa w sprawozdaniu. Jednak nie widzimy związku pomiędzy tymi działaniami, a wzmacnianiem praw własności intelektualnej. Poważne przestępstwa, takie jak wytwarzanie i sprzedaż nieskutecznych lub niebezpiecznych leków, nie są w swej istocie naruszeniami praw własności intelektualnej, lecz działaniami przestępczymi stanowiącymi zagrożenie dla zdrowia i bezpieczeństwa publicznego, które należy ścigać z urzędu. Dlaczego sprawcy tych przestępstw mają płacić odszkodowania producentom bezpiecznych leków, a nie organom publicznym finansującym koszty powszechnej opieki zdrowotnej? Tym bardziej, że – jak Komisja zauważa w sprawozdaniu – kwoty stanowiące bezpodstawne wzbogacenie przestępców znacznie przewyższają wartość szkody poniesionej przez producentów bezpiecznych produktów.

W interesie prowadzenia polityki opartej na empirycznych dowodach i zasadzie proporcjonalności, wzywamy również Komisję do niestawiania w jednym rządzie tak odmiennych problemów, jak podrabianie leków i nieuprawniona wymiana plików przez zwykłych konsumentów – i nietraktowania dowodów na istnienie jednego z nich jako uzasadnienia dla karania drugiego.

Nadużywanie dowodów i ich mylna interpretacja są również widoczne we wprowadzeniu do komunikatu, w którym Komisja odnosi się do "kilku badań" wskazując tylko jedno, sfinansowane przez Międzynarodową Izbę Handlową, którego metodologia okazała się niewiarygodna⁸. Co również niepokojące i niezrozumiałe, odnosząc się do nieweryfikowalnych "kilku badań" udowadniających, jak ogromne są koszty naruszeń praw autorskich, Komisja nie zdecydowała się wymienić kilku innych dostępnych badań, które wykazują, że te koszty są w rzeczywistości znacznie niższe, niż się zakłada⁹.

2. Jakie zagrożenia dla innowacyjności i praw podstawowych w Internecie wynikają z dyrektywy 2004/48 i zaproponowanego przez Komisję podejścia do egzekwowania własności intelektualnej?

2.1. Niedookreślone pojęcie „skali handlowej” zagraża innowacyjności

7 Stosowanie dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej, SEK(2010) 1589 wersja ostateczna, pkt. 3.1, s.6.

8 <http://blogs.ssrc.org/datadrip/wp-content/uploads/2010/03/Piracy-and-Jobs-in-Europe-An-SSRC-Note-on-Methods.pdf>

9 <http://www.hbs.edu/research/pdf/09-132.pdf>; <http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>.

Dyrektywa wielokrotnie posługuje się pojęciem skali handlowej nie definiując go i jest to jej niewątpliwa słabość. Co prawda, motyw 14 preambuły pozwala na wydedukowanie następującej definicji: „działania prowadzone w skali handlowej to działania skierowane na uzyskanie bezpośredniego lub pośredniego zysku ekonomicznego lub korzyści handlowej, co z zasady nie obejmuje działań prowadzonych przez działających w dobrej wierze konsumentów końcowych.” Jednak tylko niektóre państwa uczyniły przyjęły takie rozumienie tego kluczowego dla dyrektywy pojęcia. Dlatego też przeniesienie motywu 14 do samej dyrektywy przyczyniłyby się pozytywnie do harmonizacji prawa w Unii Europejskiej. Trzeba jednak zauważyć, że nawet definicja wydedukowana z preambuły dyrektywy jest niedostateczna – dla zachowania innowacyjnego charakteru Internetu nie wystarczy ochronić przed represjami samych konsumentów.

Przed represyjnym wpływem praw wyłącznych w obszarze własności intelektualnej należy chronić przede wszystkim same innowacje. Źródła innowacji bywają bardzo różne, jednak można tu dostrzec pewne prawidłowości. Przede wszystkim zaobserwowano - co zostało potwierdzone w pogłębionych badaniach - że tylko część innowacji jest generowana przez podmioty prowadzące komercyjną działalność produkcyjną lub profesjonalne ośrodki projektowe¹⁰. W ostatnich dziesięcioleciach wiele innowacji powstało w wyniku działań wysokiej klasy specjalistów, którym nie wystarczała rola zwykłych konsumentów. Działając pozasystemowo i korzystając z powszechnie dostępnych środków dostosowują dostępne na rynku produkty do swoich potrzeb. Dopiero w kolejnym etapie niektóre z tych innowacji były wprowadzane do masowej produkcji i wchodziły na rynek. Niektóre innowacje, np. rozwijane w ramach ruchu wolnego i otwartego oprogramowania, powstają w ramach wielkich przedsięwzięć twórczości zbiorowej, którym trudno przypisać cechy „działających w dobrej wierze konsumentów końcowych”. Mogłyby się także pojawić poważne wątpliwości co do tego, na ile objęcie tego typu aktywności było intencją motywu 14 preambuły. Prawo własności intelektualnej, przede wszystkim prawo autorskie (z racji na to, że oprogramowanie jest chronione prawem autorskim), powinno zostać zmodyfikowane w takim kierunku, aby innowacyjna traktowana obecnie jako pozasystemowa (np. wolne oprogramowanie na licencji GPL - *copyleft*) stała się w pełni systemową.

2.2. Faktyczne przyzwolenie na patentowanie oprogramowania zagraża przyszłości Internetu

Gdyby sieci komputerowe podlegały trzydzieści lat temu obecnemu prawu własności intelektualnej, stosowanemu zgodnie z duchem dyrektywy 2004/48, Internet w ogóle nie mógłby powstać. Stosowanie twardych środków, przewidzianych do zwalczania podrabiania towarów i znaków towarowych, do przypadków naruszeń patentowych jest zasadniczym błędem. Twórcza aktywność na polu programowania komputerowego jest nękana przez patenty, których naruszenia są zwykle nie do uniknięcia. Oprogramowania i produktów zawierających oprogramowanie dotyczy setki tysięcy patentów. Wiele z nich nie spełnia wymogów sformułowanych w prawie, a tym samym nigdy nie powinny być zostać udzielone. Niektóre urzędy patentowe twierdzą, że nie udzielają patentów na oprogramowanie, jednak to nieprawda. Patenty na oprogramowanie są udzielane, tylko często pod inną, mylącą nazwą. Na przykład w Europejskim Urzędzie Patentowym (EPO) zakaz patentowania oprogramowania omija się nazywając innowacje informatyczne „wynalazkami realizowanymi przy pomocy komputera”.

Nieuniknione naruszenia patentowe stwarzają posiadaczom dużych portfeli patentowych okazję do eliminowania konkurencji ze strony nowo powstających firm (tzw. start-upów), małych i średnich przedsiębiorstw, projektów wolnego i otwartego oprogramowania. Duże firmy mogą podejmować tego typu działania anty-konkurencyjne na własną rękę lub poprzez podstawione podmioty. Istniejące przepisy

¹⁰ Eric von Hippel, *Democratizing Innovation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2005.

stwarzają tym samym wielkie pole do działania dla patentowych pasożytów (tzw. trolli). Dzięki temu procederowi właściciele dużych portfeli patentowych osiągają nadmierne zyski w stosunku do własnego wkładu, co prowadzi do zwiększenia kosztów transakcyjnych i cen detalicznych. Jako społeczeństwo ponosimy olbrzymie straty przez to, że rozwój i masowe wykorzystanie wolnego i otwartego oprogramowania są tłumione przy pomocy niezwerifikowanych praw patentowych. Komisja w swoim sprawozdaniu nie wzięła jednak po uwagę analiz potwierdzających destruktywne skutki udzielania i egzekwowania praw patentowych na innowacje informatyczne. Komisja nie proponuje także zmian, które mogłyby tym skutkom zapobiegać.

Przyjęte w sprawozdaniu Komisji podejście do legalności treści Internetowych oznacza negatywny scenariusz dla przyszłości Internetu. Czynienie pośredników odpowiedzialnymi za Internetowe treści, obciążanie ich kosztami sądowymi także w przypadkach nie stwierdzenia odpowiedzialności za naruszenie, obciążanie ich obowiązkiem zapobiegania lub przeciwdziałania naruszeniom własności intelektualnej, zdalne przeszukiwanie komputerów dla celów dowodowych – przy czym to wciąż nie wszystkie propozycje zgłoszone w ramach przeglądu dyrektywy 2004/48 - spowodowałyby diametralne zmiany w środowisku cyfrowym. Takie wzmocnienie pozycji właścicieli praw autorskich (także niejasno określonych) w stosunku do innych podmiotów mogących wchodzić z nimi w konflikt biznesowy, prowadziłyby do przekształcenia Internetu w nowy rodzaj telewizji, czyli medium o charakterze jednokierunkowym. Podstawowa zasada działania Internetu polegająca na tym, że każdy może stać się częścią tej megastruktury jako niezależny i twórczy podmiot, faktycznie przestałaby obowiązywać. Pomimo że proponowane zmiany nie wiążą się z wprowadzeniem koncesjonowania – a więc w teorii nie ograniczają dostępu do runku - tak daleko idące wzmocnienie pozycji właścicieli praw wyłącznych musi pociągnąć za sobą koszty transakcyjne i bariery, które będą nie do udźwignięcia dla mniejszych i słabszych ekonomicznie podmiotów.

2.3. Przymuszanie pośredników do współpracy w ściganiu naruszeń prawa autorskiego zagraża przyszłości Internetu i prawom podstawowym jego użytkowników

Wyraźne jest dążenie Komisji do podporządkowania/utożsamienia interesów pośredników z interesami właścicieli praw autorskich. W tym celu Komisja stwarza wymóg, aby będący pośrednikami operatorzy telekomunikacyjni i dostawcy Internetu współpracowali w ściganiu naruszeń praw autorskich. Porównuje się „platformy Internetowe, takie jak serwisy prowadzące sprzedaż online lub wyszukiwarki”, do pośredników przewożących towary. Komisja zauważa, że w przypadku podejrzenia „naruszeń praw własności intelektualnej pośrednicy (tacy jak przewoźnicy, spedytorzy, agenci morscy), mogą odegrać kluczową rolę w zakresie kontrolowania dystrybucji towarów naruszających prawa własności intelektualnej.” Zdaniem Komisji mogą oni odgrywać ważną rolę pod względem „zmniejszenia liczby naruszeń, w szczególności dzięki zastosowaniu środków zapobiegawczych oraz procedur powiadamiania i usuwania.”¹¹ Są to porównania całkiem nietrafne. Transport w sieci Internetowej to transport informacji, a nie towarów.

Jeśli by szukać analogii pomiędzy Internetem i bardziej tradycyjnymi rodzajami transportu, należy raczej wymienić dostarczanie listów lub transmisję rozmów w sieci telefonicznej. Co istotne, ani poczta nie ponosi odpowiedzialności za treść przesyłanych listów ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie obarczeni obowiązkiem się monitorowania treści rozmów telefonicznych. Nie oczekuje się od tych podmiotów, aby w ramach standardowej współpracy z właścicielami praw autorskich zdobywali informacje poprzez otwieranie powierzonych im listów czy podsłuchiwanie transmitowanych rozmów.

11 Stosowanie dyrektywy 2004/48/WE ..., pkt 3.3 s.7

Obserwujemy wyraźne dążenie Komisji do wypaczenia zasad ustalonych w dyrektywie o e-Commerce z 2000 roku, która przewiduje zwolnienie pośredników technicznych od odpowiedzialności za treść. Takimi pośrednikami są dostawcy dostępu do Internetu (ang. *Internet Access Providers - IAP*) oraz dostawcy usług Internetowych (np. serwisy hostingowe, wyszukiwarki i inne portale Internetowe). Zwolnienie od odpowiedzialności przewidziane w dyrektywie oznacza, że pośrednicy nie są odpowiedzialni za działania podejmowane przez użytkowników ich usług tak długo, jak nie zostali w sposób wiarygodny zawiadomieni o możliwym naruszeniu prawa.

Aby zapewnić, że pośrednicy nie będą zmuszeni donosić na swoich użytkowników, dyrektywa zakazuje nakładania na nich powszechnego obowiązku monitorowania przekazywanych i przechowywanych treści, czy też powszechnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na działalność niezgodną z prawem (artykuł 15). Ta podwójna ochrona pośredników – zwolnienie od odpowiedzialności oraz zakaz wprowadzania powszechnego obowiązku monitorowania – została także potwierdzona w deklaracji Rady Europy z 28 maja 2003 roku w sprawie wolności komunikowania się za pomocą Internetu.

Mając na uwadze fakt, że istniejące ramy prawne zakazują władzom publicznym obciążania pośredników powszechnym obowiązkiem monitorowania działań użytkowników Internetu, Komisja usiłuje wprowadzić system filtrowania oraz inne środki służące temu celowi poprzez tzw. samoregulację. W naszej opinii, Komisja usiłuje zmusić pośredników do aktywnego uczestnictwa w wojnie przeciwko dzieleniu się utworami w Internecie, m.in. poprzez wspieranie idącego w tym kierunku orzecznictwa, którego skutkiem są nakazy filtrowania sieci.

Poprzez ograniczenie zwolnień od odpowiedzialności przyznanych pośrednikom technicznym Komisja proponuje uogólnienie obowiązku monitorowania i cenzurowania treści nakazanego przez sąd pierwszej instancji w sprawie SABAM. Zamiast chronić podstawowe prawa użytkowników Internetu, Komisja zmierza do uczynienia zakazu wprowadzania obowiązku powszechnego monitorowania wymieniony w artykule 15 dyrektywy o e-Commerce całkowicie nieskutecznym. Jeśli Komisja zrealizuje swój zamiar, nakazy filtrowania sieci nakładane na pośredników szybko obejmą wszystkie obszary zastosowania prawa autorskiego.

Internet, okaleczony wzmocnioną pozycją właścicieli praw autorskich, mógłby w dalszym ciągu pozostać atrakcyjny dla szerokiej publiczności. Zapewne wciąż pozostałby bardziej interaktywnym i różnorodnym medium niż telewizja. Jednak negatywnym skutkiem takiej polityki regulacyjnej byłoby skazanie go na spowolniony rozwój, który w zależności od intensywności represyjnych działań oznaczałoby stagnację lub stłumiony w stosunku do potencjalnych możliwości wzrost gospodarki Internetowej.

2.4. Propozycje zwiększenia dostępu do informacji na temat domniemych naruszeń praw autorskich zagrażają prawu do prywatności użytkowników Internetu

Zarówno w swoim komunikacie jak i raporcie na temat stosowania dyrektywy, Komisja wielokrotnie powołuje się na rzekomą potrzebę ograniczenia prawa do prywatności w celu zagwarantowania prawa do informacji, które dyrektywa IPRED przyznaje osobom uprawnionym z tytułu prawa własności intelektualnej. W szczególności, Komisja zdaje się podważać orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Promusicae* z 2008 roku, w którym Trybunał orzekł, że prawo Unii Europejskiej nie wymaga od dostawców usług Internetowych ujawniania informacji o abonentach oraz podkreślił konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności. Podczas gdy zdaniem Trybunału prawo europejskie nie daje

podstawy dla wprowadzenia stałego monitoringu ruchu Internetowego, Komisja podkreśla, że własność intelektualna powinna być chroniona kosztem prawa do prywatności.

Monitorowanie ruchu w sieci bezsprzecznie jest naruszeniem prawa do prywatności. W kontekście zasad przetwarzania danych, nie ma wątpliwości, że adres IP stanowi daną osobową. Do tej kwestii odnosi się motyw 26 preambuły dyrektywy o ochronie danych osobowych z 1995 roku, zgodnie z którym "zasady ochrony danych muszą odnosić się do wszelkich informacji dotyczących zidentyfikowanych lub możliwych do zidentyfikowania osób; w celu ustalenia, czy daną osobę można zidentyfikować, należy wziąć pod uwagę wszystkie sposoby, jakimi może posłużyć się administrator danych lub inna osoba w celu zidentyfikowania owej osoby".¹² W świetle istniejących standardów prawa europejskiego, dane osobowe – w tym adresy IP użytkowników sieci – powinny być przekazywane organom ścigania przez pośredników Internetowych jedynie na podstawie nakazu sądowego.

Stąd niepokoić może stanowisko zaprezentowane w raporcie Komisji, zgodnie z którym *ograniczenia wynikające z prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych* są niepożądane, ponieważ uniemożliwiają dostawcom usług Internetowych śledzenie ich własnych klientów. Doświadczenia państw członkowskich, które usiłowały ominąć te ograniczenia, wskazują na niebezpieczeństwa grożące użytkownikom Internetu w razie zmiany prawodawstwa na korzyść osób uprawnionych z tytułu prawa własności intelektualnej bez uwzględnienia pozostałych czynników. Grozi nam m.in. niedostateczne zabezpieczanie danych, co może skutkować ujawnianiem dużych ilości danych o klientach, oraz tzw. spekulatywne fakturowanie na dużą skalę (tj. grożenie klientom wysokimi kosztami sądowymi oraz karami, jeżeli nie zapłacą kary w określonej wysokości za rzekome naruszenie)¹³.

W kontekście ostatnich orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka trudno też zaakceptować stwierdzenie Komisji, że sytuacja staje się *jeszcze bardziej problematyczna*, gdy wniosek o informację ma być złożony przed wszczęciem procedury sądowej. W sprawie ACS:Law przeciw Medicat Trybunał podkreślił, że konieczne jest zapewnienie, by kontrola przestrzegania prawa, działania zapobiegawcze i dochodzeniowe były realizowane z poszanowaniem zasad uczciwego procesu oraz innych gwarancji przysługujących osobom podejrzanym o naruszenie prawa - w tym gwarancji wynikających z artykułów 8 i 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

2.5. Propozycje zwiększenia odszkodowań z tytułu naruszeń praw autorskich zagrażają rozwojowi innowacyjności

W swoim komunikacie Komisja stwierdza, że warto rozważyć, czy sądy nie powinny być uprawnione do przyznawania odszkodowań odpowiadających nieuczciwemu wzbogaceniu się osoby naruszającej prawo, nawet jeśli przekraczałyby one wartość rzeczywistej szkody poniesionej przez osoby uprawnione z tytułu praw autorskich. Na podobnych zasadach możliwe byłoby szersze wykorzystanie instytucji odszkodowania za inne szkody ekonomiczne i moralne.

Oświadczenie to wydaje się całkowicie sprzeczne z wcześniejszymi zapewnieniami Komisji, że głównym celem przyznawania odszkodowań jest przywrócenie stanu, który wystąpiłby gdyby nie naruszono praw autorskich. Podobnie jak w przypadku układu ACTA, rewizja dyrektywy IPRED zmierza do wprowadzenia

12 Dyrektywa 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U. L 281 z 23.11.1995, str. 31)

13 Sprawa ACS:Law przeciw Medicat

nowych przepisów dotyczących odszkodowań, które mogą mieć katastrofalny wpływ na innowacyjność i kreatywność. Zwiększenie odszkodowań otworzyłoby drogę do pozywania na masową skalę użytkowników opatentowanych wynalazków i dzieł chronionych prawem własności intelektualnej oraz pośredników technicznych, których działalność jedynie ułatwia naruszenia prawa. Wyższe odszkodowania oznaczają wyższe koszty sądowe, a co za tym idzie, mogą mieć wpływ na osłabienie innowacyjności i stłumienie rozwoju wolnej kultury. Odszkodowania powinny być przyznawane w oparciu o dane empiryczne potwierdzające wysokość szkody materialnej poniesionej przez osobę uprawnioną i jedynie w przypadkach naruszenia prawa własności intelektualnej dla uzyskania zysku.

3. Dlaczego dotychczasowy trend regulacyjny w obszarze własności intelektualnej jest szkodliwy i jakie mamy alternatywy?

3.1. Rys historyczny konfliktu wokół własności intelektualnej w środowisku cyfrowym

Alternatywne podejście do prawa autorskiego pojawiło się już w latach 80-tych XX wieku w postaci licencji wolnego oprogramowania GPL (*copyleft*). Tylko dzięki temu, że to nie biznes, ale skłonni do pomijania praw autorskich wojskowi i naukowcy uczestniczyli w projektowaniu Internetu, pomysł stworzenia globalnej sieci komunikacyjnej był możliwy do realizacji. Zmiana podejścia do własności w świecie cyfrowym rozpoczęła się w latach 90-tych, gdy wzrost znaczenia technik informatycznych spowodował potrzebę prawnego ukonstytuowania tego, co zaczęto nazywać społeczeństwem informacyjnym. Niestety, dalszy rozwój regulacji w tym zakresie był nacechowany konfliktem pomiędzy realiami i potrzebami świata cyfrowego, a konwencjonalnym podejściem do własności intelektualnej. W Europie ten konflikt przejawia się w kształcie dyrektywy 2001/29 i kierunku dalszych debat nad zastosowaniem prawa autorskiego w społeczeństwie informacyjnym.

W toku tych debat wykrystalizowały się dwa wyraźne poglądy. Zgodnie z pierwszym podejściem, w środowisku cyfrowym należy stosować to samo prawo, które obowiązuje w świecie analogowym, ewentualnie z małymi modyfikacjami. Zwolennicy drugiego podejścia początkowo kontestowali ten pogląd i szukali sposobów na uniknięcie ograniczeń narzucanych przez klasyczne prawo autorskie. W tym kontekście pojawiały się pomysły na licencje GPL, Creative Commons i dalsze tego typu inicjatywy. W ostatnich latach obserwujemy eskalację konfrontacji pomiędzy tymi filozofiami. Zwolennicy pierwszego podejścia, dysponujący dominującymi wpływami w organach władzy, ignorują wszelkie sygnały potrzeby zmian na poziomie zasad prawa autorskiego, forsując ideę silniejszego egzekwowania istniejących przepisów. Zwolennicy drugiego podejścia od umiarkowanej koncepcji wprowadzania licencji zbiorowych przeszli do zaprzeczenia praworządności funkcjonujących lub proponowanych przepisów egzekucyjnych oraz formułowania alternatywnych zasad ochrony własności intelektualnej w dobie cyfryzacji.

Co znamienne, pierwsze z opisanych powyżej podejść nie uzyskało poparcia w renomowanych ośrodkach akademickich Europy. Znamienne jest list szefa Instytutu Prawa Informacyjnego (IViR) z Uniwersytetu Amsterdamskiego, prof. Hugenholtza do przewodniczącego Komisji Europejskiej.¹⁴ W liście jest mowa o tym, że Dyrekcja Generalna Rynku Wewnętrznego zleciła Instytutowi opracowanie dwóch ekspertyz na temat prawa własności intelektualnej w Unii Europejskiej, jednak przedstawione Dyrekcji wnioski zostały zignorowane. Co szczególnie istotne, zignorowany został także postulat stworzenia transgranicznych, europejskich praw własności intelektualnej. Innym ważnym momentem, kiedy nie skorzystano z propozycji

¹⁴ http://www.ivir.nl/news/Open_Letter_EC.pdf

wprowadzenia umiarkowanych zmian w reżimie prawa autorskiego, była debata nad Zieloną Księgą poświęconą tej problematyce.¹⁵ Wówczas eksperci IViR proponowali zmiany prawa idące w kierunku uelastycznienia i poszerzenia instytucji tzw. dozwolonego użytku.¹⁶

Z punktu widzenia interesu społecznego obie ww. kwestie – wprowadzenie jednolitych, europejskich praw własności intelektualnej, oraz uelastycznienie instytucji dozwolonego użytku – wydają się centralne. Nie będzie szansy na zakończenie konfrontacji pomiędzy dwoma skonfliktowanymi „obozami” dopóki Komisja Europejska nie zdecyduje się na poszerzenie spektrum oficjalnej debaty o te zagadnienia, i co za tym idzie, dopuszczenia do rozmowy nowych partnerów.

3.2. Źródła niepowodzeń na polu egzekwowania praw własności intelektualnej

Podłoże konfliktu pomiędzy tymi podejściami stanowi głęboka zmiana cywilizacyjna, dokonująca się w ostatnich kilkunastu latach. Ludzie zaczęli, na masową skalę, dysponować tanimi urządzeniami do kopiowania, którego koszt jest symboliczny. Istotą komputeryzacji i cyfryzacji jest to, że dzieło zostało oderwane od nośnika materialnego. Odpowiedzią na pojawiające się na tym polu wyzwania dla jednych jest policyjna ochrona sprzedaży egzemplarzowej i sądy doraźne, a dla innych – alternatywny mechanizm kompensacyjny i sprzedaż ryczałtowa.

W ramach podejścia represyjnego do wyzwania, jakim jest ochrona praw autorskich i pokrewnych w obliczu cyfryzacji i łatwości kopiowania, już kilkanaście lat temu zaproponowano rozwiązanie polegające na wprowadzeniu środków ochronnych nazywanych Digital Rights Management (DRM). Podstawę prawną dla wprowadzenia tych środków stanowiła amerykańska ustawa milenijna DCMA i europejska dyrektywa 2001/29. Korzystanie ze środków typu DRM (w celu kontrolowania dostępu do treści w Internecie) polega na wprowadzeniu mnogich obostrzeń prawnych. W latach 2004-2006 Unia Europejska realizowała duży program służący opracowywaniu i upowszechnieniu tychże środków. Wysiłki te zakończyły się jednak niepowodzeniem: na rynku nie ma skutecznych środków typu DRM, które spełniałyby wymogi prawne. Wprawdzie niektóre globalne koncerny stosują własne środki pełniące rolę DRM, lecz ich legalność można podważyć na gruncie dyrektywy 2001/29 ze względu na daleko idącą ingerencję w urządzenia będące w dyspozycji użytkowników. Potrzebna jest analiza przyczyn dotychczasowych niepowodzeń na polu egzekwowania praw własności intelektualnej w przestrzeni cyfrowej i wyciągnięcie wniosków, które powinny prowadzić do rewizji dyrektywy 2001/29. Komisja w swoim raporcie niestety nie podejmuje się tego wyzwania.

3.3. Zaostrzenie polityki regulacyjnej i postępujące ograniczanie praw podstawowych w Internecie

Niepowodzenie instytucji DRM, zamiast głębszej refleksji, doprowadziło do zaostrzenia polityki regulacyjnej. Nowy etap charakteryzuje rosnąca presja na operatorów i dostawców Internetu, aby współpracowali z organami ścigania w zwalczaniu domniemanych naruszeń praw autorskich. Orędownicy tego podejścia nie biorą pod uwagę podstawowego problemu, polegającego na tym, że operatorzy i dostawcy Internetu nie dysponują ani wiedzą ani uprawnieniami aby móc oceniać legalność utworów.

Wersja łagodna nowej polityki „post-DRM” to postulat filtrowania i blokowania treści (czynienia jej niedostępną). W państwach, w których zalegalizowano blokowanie treści w odniesieniu do wąskiej i

15 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright

16 http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/consultation_copyright/institute_information/EN_1.0&a=d

akceptowalnej społecznie sfery (np. w Danii – pornografii dziecięcej) zdarza się, że poszczególni operatorzy są zobowiązani wyrokami sądów do instalowania filtrów monitorujących korzystanie z sieci P2P. Efektywność tych działań jest niewielka. Próby narzucenia blokowania Internetu w celu wzmocnienia egzekwowania prawa autorskich rzadko kończą się powodzeniem. Na przykład wyrok duńskiego sądu o zablokowaniu słynnego portalu The Pirate Bay spowodował wzrost ruchu na tej stronie o 12%. Ustawowe wprowadzenie w Szwecji odpowiedzialności za nieautoryzowane korzystanie z sieci P2P spowodowało spadek ruchu, ale tylko na kilka miesięcy. Problemem jest to, że Komisja nie interesuje się ani efektywnością forsowanego prawa, ani dążeniem do głębszego zrozumienia dlaczego budzi ono opory społeczne.

Wersja twarda nowej polityki „post-DRM” polega nie na stosowaniu nowych środków technicznych, ale na zmianie prawa lub inicjatywach samoregulacyjnych. Pierwszy etap to wprowadzenie obowiązków informacyjnych. Użytkownicy sieci P2P są informowani o tym, że treści do których próbują uzyskać dostęp są nielegalne i ostrzegani, że właściciele praw mogą podjąć przeciwko nim kroki prawne (realizowany w Wielkiej Brytanii w oparciu o samoregulację). Kolejny etap to wprowadzanie prawnych obowiązków ograniczania i uniemożliwiania dostępu do sieci dla domniemanych naruszcycieli praw autorskich. Ten model regulacyjny jest już realizowany we Francji, mimo, że tzw. prawo HADOPI zostało zakwestionowane jako niekonstytucyjne. Po pewnych modyfikacjach pozasądowy mechanizm odcinania użytkowników od Internetu stał się obowiązującym prawem.

3.4. Dlaczego obecny trend regulacyjny zagraża przyszłości wolnego Internetu

Opisany powyżej trend pokazuje, że dla współczesnego podejścia do regulacji na polu własności intelektualnej charakterystyczny jest wysiłek wkładany w egzekwowanie praw właścicieli: kiedy model DRM okazał się nieegzekwowalny, zaproponowano blokowanie treści; kiedy blokownie okazało się nieskuteczne, zaproponowano odcinanie od sieci. Jaka jest logika tej eskalacji? Jakie jeszcze środki techniczne lub prawne można zaproponować, jeśli odcinanie domniemanych naruszcycieli praw autorskich od sieci nie wpłynie na rzeczywistość? Drugą, obok wysiłku wkładanego w egzekwowanie, charakterystyczną cechą podejścia do praw autorskich jest poszerzanie zakresu ich zastosowania. W obecnym stanie prawnym niemal każdy efekt działania człowieka można zaklasyfikować jako utwór. Skutkiem tej tendencji jest konieczność egzekwowania bardzo niedookreślonych praw – do tego stopnia, że zarzut naruszenia prawa autorskiego bywa całkowitą niespodzianką dla rzekomego naruszcyciela. Taki poziom represyjności musiał wywoływać silny opór społeczny, który był widoczny na wszystkich etapach ewolucji agresywnej polityki egzekwowania praw autorskich.

Z tego samego względu w opozycji do oficjalnego nurtu od dawna rozwijał się nurt alternatywny. Alternatywne podejście do regulacji własności intelektualnej zaczyna się od zakwestionowania zakresu jej zastosowania. Już w 1994, gdy w USA powstał rządowy program upowszechniania Internetu, Jessica Litman wygłosiła sentencję, z której wynikało, że podstawowy problem, jaki trzeba rozwiązać aby nadać sens budowanej infrastrukturze technicznej, zagnieżdżony jest w prawie autorskim jako takim: "Na początku stulecia amerykańskie prawo autorskie było skomplikowane, niekonsekwentne i trudne do zrozumienia, ale nie dotyczyło ono ani licznych ludzi ani wielu rzeczy. (...). Dziewięćdziesiąt lat później amerykańskie prawo autorskie jest jeszcze bardziej skomplikowane, niekonsekwentne i trudne do zrozumienia, lecz – co ważniejsze – dotyczy ono każdego i wszystkiego. Technika, nie przejmując się prawem, stworzyła środki, które czynią czynności takie jak powielanie i przesyłanie – czyli działania potencjalnie podlegające prawu

autorskiemu – zwyczajnymi, codziennymi czynnościami. Większości z nas nie uda się przeżyć nawet godziny bez kolizji z prawem autorskim."¹⁷

3.5. Główne postulaty głębokiej reformy w podejściu do własności intelektualnej w środowisku cyfrowym

Życie milionów ludzi w ciągłej kolizji z prawem nie może charakteryzować zdrowego społeczeństwa. W istocie chodzi więc o takie przekształcenie zasad prawa autorskiego, aby nastąpił powrót do zdrowszej sytuacji sprzed stu lat, gdy twórcy i zwykli konsumenci mogli funkcjonować na co dzień bez mierzenia się z prawnymi ograniczeniami. W tym celu, zamiast tworzenia coraz bardziej represyjnych metod egzekwowania nieprzystającego do życia reżimu prawnego trzeba przeprowadzić jego głęboką reformę. Ten postulat – sformułowany w oparciu o przytoczony cytat z Litman – został wielokrotnie podkreślony w licznych wystąpieniach Laurence Lessig'a¹⁸. W ostatnich latach nurt alternatywny do oficjalnego okrzepł i sformułował własne propozycje. Niektóre z nich się przebiły do opinii publicznej i wpłynęły na decyzje podejmowane w strukturach WTO i WIPO. Tym bardziej niepokoi nas, że Komisja w swym sprawozdaniu nie dostrzegła potrzeby uwzględnienia w swoich rozważaniach ani deklaracji WTO z Doha, ani agendy rozwojowej WIPO.

Najważniejszym postulatem nurtu alternatywnego jest powrót do źródeł prawa autorskiego i ograniczenie jego zastosowania wyłącznie do działań podejmowanych w celach handlowych. Posługiwanie się kopiami utworów w innych celach niż handlowe (tj. nie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej) nie powinno podlegać prawnym ograniczeniom.

Już w 2003 w USA proponowano blankietowe licencje, które po uiszczeniu miesięcznej opłaty pozwalałyby na swobodną wymianę plików z muzyką. Podobna propozycja licencyjna została sformułowana we Francji w 2005 i znalazła poparcie u licznych deputowanych francuskiego parlamentu. Do dziś sformułowano wiele różnych propozycji wprowadzania stałej opłaty, która następnie byłaby dzielona między autorów, artystów i producentów. Mimo to, Komisja w ogóle nie bierze pod uwagę potrzeby analizowania tego typu propozycji. Stanowisko wyrażone w raporcie Komisji wydaje się być oparte na bezkrytycznym przekonaniu, że każdy kto czyni cyfrowe odwzorowanie utworu dostępnym w sieci P2P jest piratem (czyli osobą, która przemocą(?) zagarnia cudzą własność).

Nurt alternatywny wcale nie reprezentuje przypisywanego mu często stanowiska, że w erze Internetu zbiorowe zarządzanie prawami nie jest już potrzebne, a powszechna wymiana utworów bez ograniczeń prawnych doprowadziłoby do lepszego podziału środków finansowych pomiędzy twórców i producentów. Zaproponowany i omówiony dość dokładnie w raporcie Free Commons Forum 2010 oraz mającej ukazać się w 2011 książce Philippe Aigrain'a *Internet & Creativity*, zbiorowy system finansowania twórczości zapewnia rozwój działalności twórczej opartej na Internecie przy jednoczesnym poszanowaniu praw podstawowych i zachowaniu zasad uczciwej współpracy. W ten sposób otwiera się wszystkim drzwi do świata, który już istnieje: nowych mediów, generujących nowe rodzaje utworów; nowych praktyk kulturowych znoszących wyraźny podział na twórców i odbiorców, producentów i konsumentów; oraz nowych form pośrednictwa – umożliwiających każdemu dostęp do generowanych w Internecie dóbr kultury oraz zapewniających odpowiednią jakość wspólnych działań w procesie ich tworzenia.

17 Jessica Litman, *Exclusive right to read* (1994) [<http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/papers/read.htm>]

18 M.in. w książce *Remix* z 2008 roku (str.269)