



Aleksandra Auleytner
PARTNER W KANCEL-
ARII DOMAŃSKI ZAKRZEWSKI
PALINKA SP. K.

ACTA i Scarlet Extended

Obowiązki ISP w zakresie filtrowania treści w Internecie

Przepisy ACTA stanowią próbę połączenia ochrony praw autorskich ze swobodą działalności gospodarczej podmiotów dostarczających treści oraz zagwarantowaniem użytkownikom podstawowych praw, takich jak wolność słowa i ochrona danych osobowych. Pytanie, czy to się uda i czy postanowienia te rzeczywiście wejdą w życie, jest nadal otwarte.

ACTA wpisuje się w trend regulacji przyjmowanych przez państwa wysokorozwinięte od czasów Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS), zmierzającego do umiędzynarodowienia ochrony praw własności intelektualnej. Od wielu lat USA, Japonia, Kanada, Szwajcaria oraz Unia Europejska uznają, że dotychczasowe konwencje z zakresu ochrony praw własności intelektualnej (czyli przede wszystkim konwencje: paryska, berneńska, rzymska oraz traktat waszyngtoński) są niewystarczające. Nie wiążą bowiem państw, które najmniej dbają o ochronę prawa własności intelektualnej. Zacieśnianie tej ochrony odbywa się w szczególności w ramach zawieranych przez USA lub UE umów o wolnym handlu. W każdej z nich zastrzega się regulacje TRIPS (tzw. umowy TRIPS+). Jest to kontrowersyjne z uwagi na zaburzenie delikatnej równo-

wagi, którą udało się osiągnąć państwom podczas negocjowania tego porozumienia.

ACTA wobec TRIPS

Specyfika negocjacji umowy TRIPS oraz umów TRIPS+ pokazuje, że kwestie ochrony własności intelektualnej wpisywane są w wiele innych zagadnień jako pakiet pewnych rozwiązań. Ich przyjęcie gwarantuje ustępstwa silniejszych stron – sygnatariuszy tych umów – w innym obszarze interesującym dla słabszej strony umowy, np. dotyczących swobody handlu międzynarodowego. W ten sposób np. przystąpienie do TRIPS jest warunkiem *sine qua non* korzystania ze swobód układu GATT¹ i GATS², a zobowiązanie w układzie o wolnym handlu do stosowania postanowień konwencji berneńskiej jest warunkiem niezbędnym do korzystania z pewnych form swobody przepływu towarów, jakie

¹ Układ ogólny w sprawie taryf celnych i handlu – General Agreement on Tariffs and Trade.

² Układ ogólny handlu usługami – General Agreement on Trade in Services.

gwarantuje strefa wolnego handlu.

ACTA swoim charakterem przypomina również umowy TRIPS+, ale różni się od nich m.in. tym, że jest pierwszym instrumentem międzynarodowego prawa własności intelektualnej, który podejmuje tak szczegółowo temat naruszeń praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym. W związku z tym ustanawia również ramy prawne regulujące zasady dotyczące ujawniania przez pośredników w dostępie do usług internetowych (ISP) informacji o podmiotach naruszających prawa własności intelektualnej.

Filtrowanie treści w Internecie w prawie UE w Scarlet Extended

Jak pamiętamy, do tej pory w prawie UE kwestie udostępniania tych informacji regulują m.in.:

- dyrektywa 2000/31/WE w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego (dyrektywa o handlu elektronicznym),
- dyrektywa 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej,
- dyrektywa 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym oraz
- dyrektywa 2004/48/WE o egzekwowaniu własności intelektualnej.

Przepisy te zostały implementowane do polskiego prawa m.in. w Ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Szczegółowe relacje pomiędzy

ACTA swoim charakterem przypomina również umowy TRIPS+, ale różni się od nich m.in. tym, że jest pierwszym instrumentem międzynarodowego prawa własności intelektualnej, który podejmuje tak szczegółowo temat naruszeń praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym.

przepisami określone zostały w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), tj. Promusicae (C-275/06), L'Oréal (C-324/09) oraz w najnowszym i najbardziej wyczerpującym orzeczeniu z 24.11.2011 r. w sprawie SABAM vs. Scarlet Extended (C-70/10).

Z orzecznictwa TSUE wynika, że ochrona prawa własności intelektualnej (wymienionego w Karcie praw podstawowych³ jako jedno z praw podstawowych) powinna zostać wyważona względem ochrony innych praw podstawowych. Dlatego (zgodnie z wyrokiem w sprawie SABAM vs. Scarlet Extended) nakaz nakładający na danego ISP (Internet Service Provider – dostawcę usług internetowych) obowiązek wdrożenia systemu filtrowania, który wymagałby od niego prowadzenia aktywnego, stałego nadzoru nad wszystkimi danymi każdego z jego klientów w celu zapobieżenia wszelkim przyszłym naruszeniom praw własności intelektualnej, byłby sprzeczny z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE (zakaz nakładania obowiązku monitorowania informacji). Nakaz taki byłby też niezgodny z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/48/WE, który wymaga, by środki służące zapewnieniu poszanowania praw własności intelektualnej nie były nadmiernie skomplikowane czy kosztowne. Ponadto naruszałby:

- swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, z której korzystają ISP (chronioną na mocy art. 16 Karty praw podstawowych), ponieważ zobowiązywałby ISP do wprowadzenia złożonego, kosztownego i trwałego systemu informatycznego na jego własny koszt;
- prawa podstawowe klientów ISP, tj. prawo do ochrony danych osobowych oraz wolność otrzymywania i przekazywania informacji, chronione przez art. 8 i 11 Karty praw podstawowych – pociągałby za sobą bowiem konieczność gromadzenia i identyfikację adresów IP użytkowników, od których pochodzą przesłane w sieci nielegalne treści. Adresy te stanowią dane osobowe, jako że pozwalają na precyzyjną identyfikację tych użytkowników. Dodatkowo, ponieważ system ten mógłby nie rozróżniać w wystarczającym stopniu treści niezgodnej z prawem i treści zgodnej z prawem, jego wdrożenie mogłoby doprowadzić do blokady połączeń o treści zgodnej z prawem.

Mimo że wyrok w sprawie SABAM vs. Scarlet Extended dosyć szczegółowo wymienia obowiązki w zakresie filtrowania, które zostałyby uznane za sprzeczne z prawem UE, to jednak pozostawia poza swym zakresem pewne kwestie. Nie zostały one przez TSUE w tej sprawie rozstrzygnięte jako pozostawiające

ACTA wpisuje się w trend regulacji przyjmowanych przez państwa wysokorozwinięte od czasów Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS), zmierzającego do umiędzynarodowienia ochrony praw własności intelektualnej. Od wielu lat USA, Japonia, Kanada, Szwajcaria oraz Unia Europejska uznają, że dotychczasowe konwencje z zakresu ochrony praw własności intelektualnej są niewystarczające.

³ Karta praw podstawowych wraz z protokołem brytyjskim, Dz.Urz. UE z 2007 r. C303.

Nakaz nakładający na danego ISP obowiązek wdrożenia systemu filtrowania, który wymagałby od niego prowadzenia aktywnego, stałego nadzoru nad wszystkimi danymi każdego z jego klientów w celu zapobieżenia wszelkim przyszłym naruszeniom praw własności intelektualnej, byłby sprzeczny z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE (zakaz nakładania obowiązku monitorowania informacji).



stające poza zakresem zapytania prejudycjalnego w tej konkretnej sprawie. W szczególności TSUE nie wskazał, czy filtrowanie treści przez ISP byłoby dopuszczalne w razie dobrowolnych działań ISP podejmowanych w porozumieniu z uprawnionym z praw własności intelektualnej. Mając na uwadze prawo do ochrony danych osobowych oraz wolność otrzymywania i przekazywania informacji), mam wrażenie, że w tym wypadku odpowiedź nadal powinna być negatywna.

W polskim kontekście SABAM vs. Scarlet Extended należałoby dokonać analizy, w jakim zakresie fakt przystąpienia przez Polskę do protokołu brytyjskiego⁴, w szczególności do art. 1 ust. 1 tegoż protokołu, miałby wpływ na interpretację wyroku w kontekście ISP działających w Polsce lub na rzecz polskich usługoborców. Artykuł 1 ust. 1 stanowi, że Karta nie rozszerza możliwości TSUE ani żadnego polskiego sądu do uznania, że polskie przepisy (np. gwarantujące ochronę prawa własności intelektualnej jako prawa podstawowego) są niezgodne z prawami podstawowymi, o których mowa w Karcie. Wydaje się, że odpowiedź powinna być negatywna, choć nie można wykluczyć, że protokół brytyjski – z uwagi na niejasność jego sformułowań – mógłby wprowadzić trudności w interpretacji postanowień wyroku, np. w razie sporu przed polskim sądem.

Interesujące pozostaje też – po dwóch miesiącach od wydania wyroku – zbadanie jego wpływu na brytyjski Digital Economy Act oraz francuską Hadopi 2, kontrowersyjne ustawy regulujące kwestie blokowania dostępu do sieci użytkownikom w związku z podejrzeniem naruszenia prawa własności intelektualnej.

Filtrowanie treści w Internecie w ACTA

Być może analiza postanowień ACTA w tym zakresie może okazać się przedwczesna, trudno bowiem przewidzieć, czy w związku z ogromem kontrowersji ACTA wejdzie w życie w państwach członkowskich UE, w tym w Polsce. Nie wiadomo również, czy do treści ACTA nie zostaną dołączone przez Polskę lub UE zastrzeżenia na podstawie art. 20 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, które mogą wpłynąć na ostateczną treść omawianych regulacji.

Obecnie w art. 27 ust. 1 ACTA, który dotyczy dochodzenia i egzekwowania praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym, czytamy, że: „Strona zapewnia w swoim prawodawstwie (...) doraźne środki zapobiegające naruszeniom i środki odstraszające od dalszych naruszeń”. Mamy więc do czynienia z klauzulą generalną, którą w myśl ACTA należy interpretować „w sposób, który po-

⁴ Protokół nr 7 dołączony do traktatu lizbońskiego, tzw. klauzula opt-out dotycząca ograniczenia stosowania przepisów Karty praw podstawowych dla przynależnych Wielkiej Brytanii i Polski.

⁵ Angielska wersja art. 27 ust. 4 ACTA „online service provider”.

W ust. 4 art. 27 ACTA mowa jest o nakazie ujawnienia przez dostawcę usług internetowych posiadaczowi praw własności intelektualnej informacji wystarczających do zidentyfikowania abonenta, którego konto zostało użyte do domniemanego naruszenia. Należy jednak zauważyć, iż ust. 4 zaczyna się słowami: „Strona może...”, a więc ma charakter fakultatywny.

zwala uniknąć tworzenia barier dla zgodnej z prawem działalności, w tym handlu elektronicznego, oraz, zgodnie z prawodawstwem strony”, zachowując „podstawowe zasady, takie jak wolność słowa, sprawiedliwy proces i prywatność” (art. 27 ust. 2 *in fine* ACTA). W ust. 3 tego artykułu mowa ponadto o konieczności brania pod uwagę przy stosowaniu przepisów ACTA ochrony konkurencji podmiotów działających w środowisku cyfrowym. W ust. 4 art. 27 ACTA mowa jest o nakazie ujawnienia przez dostawcę usług internetowych⁵ posiadaczowi praw własności intelektualnej informacji wystarczających do zidentyfikowania abonenta, którego konto zostało użyte do domniemanego naruszenia. Należy jednak zauważyć, iż ust. 4 zaczyna się słowami: „Strona może...”, a więc ma charakter fakultatywny. Również w tym ustępie znajduje się przytoczona przy okazji ust. 2 klauzula bezpieczeństwa odwołująca się do sposobu implementacji tego zapisu: „Procedury są stosowane w sposób, który pozwala uniknąć tworzenia barier dla zgodnej z prawem działalności, w tym handlu elektronicznego, oraz, zgodnie z prawodawstwem strony, zachowując

podstawowe zasady, takie jak wolność słowa, sprawiedliwy proces i prywatność”. Klauzulę tę należy interpretować przez pryzmat postanowień art. 6 ust. 2 ACTA, zgodnie z którym procedury przyjęte lub stosowane w celu wprowadzenia w życie ACTA „są uczciwe i sprawiedliwe oraz zapewniają odpowiednią ochronę praw wszystkich użytkowników podlegających takim procedurom”.

Należy się więc spodziewać, że dozwolone przez wewnętrzne przepisy ustawodawcze UE filtrowanie treści w Internecie na podstawie art. 27 ust. 4 byłoby dopuszczalne pod warunkiem spełnienia powyższych minimalnych standardów ochrony dotyczących przede wszystkim ochrony praw podstawowych. Tak więc art. 27 ACTA potencjalnie stwarzałyby np. możliwość narzucenia dostawcom usług internetowych takiej formy powszechnego monitoringu praw własności intelektualnej, jakiej od Scarlet Extended żądał SABEM. Jednakże w świetle orzeczenia TSUE, dyrektywy o 2000/31/WE, Karty praw podstawowych i przepisów prawa polskiego byłoby to niedopuszczalne.

Ostateczny tekst ACTA nie zawiera więc już najbardziej kontrowersyjnych postanowień, które dotyczyły ograniczenia swobody wypowiedzi w Internecie i zwiększonych obowiązków dostawców usług internetowych, znajdujących się w wersji ACTA z lipca 2010. Należy zauważyć, że w treści art. 27 ust. 4 ACTA uprawnionym do wydania dostawcy usług internetowych omawianego nakazu jest „właściwy organ”, podczas gdy w art. 11 ACTA, dotyczącym roszczenia informacyjnego, organem uprawnionym do wydania takiego nakazu jest jedynie „organ sądowy”. Może więc być to policja lub organ administracji, jeżeli w ten sposób regulować to będzie prawo wewnętrzne strony konwencji.

ACTA nie precyzuje też, na jakich zasadach dane dotyczące abonentów miałyby zostać wykorzystane i przekazane organom z innych stron konwencji. Nie jest więc jasne, czy ewentualna

W szczególności TSUE nie wskazał, czy filtrowanie treści przez ISP byłoby dopuszczalne w razie dobrowolnych działań ISP podejmowanych w porozumieniu z uprawnionym z praw własności intelektualnej. Mając na uwadze prawo do ochrony danych osobowych oraz wolność otrzymywania i przekazywania informacji, mam wrażenie, że w tym wypadku odpowiedź nadal powinna być negatywna.

Z orzecznictwa TSUE wynika, że ochrona prawa własności intelektualnej (wymienionego w Karcie praw podstawowych jako jedno z praw podstawowych) powinna zostać wyważona względem ochrony innych praw podstawowych.

⁶ Komunikat Komisji „Jednolity rynek w obszarze praw własności intelektualnej - Wspieranie kreatywności i innowacji celem zapewnienia wzrostu gospodarczego, atrakcyjnych miejsc pracy oraz wysokiej jakości produktów i usług w Europie” KOM(2011) 287, str. 24.⁵ Angielska wersja art. 27 ust. 4 ACTA „online service provider”.

⁷ Public Hearing on Directive 2004/48/EC and the challenges posed by the digital environment, Brussels, 07.06.2011.

Ostateczny tekst ACTA nie zawiera więc już najbardziej kontrowersyjnych postanowień, które dotyczyły ograniczenia swobody wypowiedzi w Internecie i zwiększonych obowiązków dostawców usług internetowych, znajdujących się w wersji ACTA z lipca 2010. Należy zauważyć, że w treści art. 27 ust. 4 ACTA uprawnionym do wydania dostawcy usług internetowych omawianego nakazu jest „właściwy organ”, podczas gdy w art. 11 ACTA, dotyczącym roszczenia informacyjnego, organem uprawnionym do wydania takiego nakazu jest jedynie „organ sądowy”.

Trudno przewidzieć, czy w związku z ogromem kontrowersji ACTA wejdzie w życie w państwach członkowskich UE, w tym w Polsce. Nie wiadomo również, czy do treści ACTA nie zostaną dołączone przez Polskę lub UE zastrzeżenia na podstawie art. 20 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, które mogą wpłynąć na ostateczną treść omawianych regulacji.

implementacja postanowień art. 27 ust. 4 ACTA nie wymuszałyby zmiany przepisów wewnętrznych strony o transferze danych – w szczególności uznania, że np. poziom ochrony danych osobowych w tych państwach – członkach konwencji ACTA – pozwala automatycznie na ich transfer. Kwestia ta, chyba zasadnie, wywołuje obecnie sprzeciw GIODO oraz Europejskiego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

Przepisy ACTA – jedynie fakultatywne?

Gdy przeanalizujemy obecną treść artykułu 27 ust. 4 ACTA, narzucają się następujące spostrzeżenia. Nie ulega wątpliwości, że rzeczywista treść tegoż artykułu zależna będzie od treści regulacji wewnętrznych państwa będącego stroną ACTA. Na tym tle wszelkie wątpliwości dotyczące zakresu obowiązku nałożonego na ISP, istniejące w prawie wewnętrznym strony, będą wpływać na zakres jej zobowiązań wynikających z art. 27 ust. 4. Ponadto, w przypadku UE wiele najważniejszych regulacji odnoszących się do art. 27 ust. 4 podlega właśnie gruntownym zmianom.

Wiosną 2012 r. Komisja Europejska zamierza dokonać przeglądu dyrektywy 2004/48/WE pod kątem jej dostosowania do świata technologii cyfrowych⁶. Powyższe odbywa się pomimo negatywnego stanowiska zgłaszanego przez podmioty reprezentujące ISP⁷. Komisja zapewnia, że zamierza zagwarantować, iż wszystkie ewentualne zmiany dyrektywy 2004/48/WE będą respektowały prawa podstawowe, a w szczególności prawo do prywatności, ochronę danych osobowych, swobodę wypowiedzi i informacji oraz prawo do skutecznych środków odwoławczych. Trzeba jednak uznać za prawdopodobne, że sposób regulacji prawnych UE w zakresie obowiązków ISP dotyczących monitorowania treści w Internecie w najbliższych latach będzie ewoluował.

Z drugiej strony, obecnie trwają prace nad zmia-

nami regulacji UE dotyczących ochrony danych osobowych – zastąpienia dyrektywy 1995/46/WE rozporządzeniem określającym ogólne unijne ramy ochrony danych oraz dyrektywą w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych na potrzeby ścigania przestępstw i zapobiegania im. Nowe regulacje mają na celu w szczególności wzmocnienie ochrony prywatności w sieci. Powyższe zmiany w prawie UE będą miały znaczący wpływ na sposób interpretacji przez UE zapisów art. 27 ACTA, a zatem na właściwą treść normy wypływającej z tego artykułu.

Jednocześnie postanowienia art. 27 ust. 4 ACTA mają charakter fakultatywny, co oznacza, że mogą nie zostać wprowadzone przez część stron konwencji. Może to powodować praktyczne trudności w relacjach pomiędzy podmiotami z tych stron konwencji. Spory interpretacyjne w tym zakresie mogą być trudne do rozstrzygnięcia, ponieważ ACTA przewiduje wymóg jednomyślności w przypadku podejmowania przez Komitet ACTA decyzji co do wdrożenia i funkcjonowania umowy. Dodatkowo ACTA nie przewiduje sobie właściwego systemu rozstrzygnięcia sporów, co oznacza, że w razie konfliktu strony będą musiały *ad hoc* wskazać właściwe forum dla jego rozstrzygnięcia. Niekoniecznie musi nim być Światowa Organizacja Handlu (WTO), z jej najbardziej rozbudowanym mechanizmem aktywności w tym zakresie.

Wydaje się też, że – jak pokazała praktyka umów zawieranych w ramach WTO, w tym TRIPS – może istnieć presja na implementację przez strony ACTA zapisów fakultatywnych tej konwencji w ramach ustępstw w innych, interesujących strony obszarach handlu międzynarodowego lub w ramach tzw. cross retorsji. Pojęcie to oznacza zgodę na implementację fakultatywnych postanowień umowy międzynarodowej w zamian za niewszyczenie procedury sankcji związanej z naruszeniem innej umowy międzynarodowej. <<