

Patryk Gałuszka

Analiza wybranych zapisów umowy ACTA z perspektywy ekonomicznej analizy prawa

Media – Kultura – Komunikacja Społeczna 11/2, 59-71

2015

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Patryk Gałuszka

Analiza wybranych zapisów umowy ACTA z perspektywy ekonomicznej analizy prawa

Słowa kluczowe: umowa ACTA, prawo autorskie, własność intelektualna, koncerny medialne, dozwolony użytek

Key words: ACTA, copyright, intellectual property, media corporations, fair use

Wstęp

Badanie ustawodawstwa nie jest wyłącznie domeną prawników. Od lat 60. XX wieku najpierw w USA, a następnie również w Europie jednym z najdynamiczniej rozwijających się nurtów ekonomii jest ekonomiczna analiza prawa (ang. *Law and Economics*), zaliczana do nowego instytucjonalizmu¹, choć dla porządku należy zaznaczyć, że istnieją różne poglądy na jej przynależność dyscyplinarną w naukach ekonomicznych².

Ekonomiczna analiza prawa polega na zastosowaniu metod ekonomii do analizy rozwiązań prawnych ze szczególnym uwzględnieniem kryterium efektywności³. Upraszczając, ustawodawstwo analizowane jest pod kątem odpowiedzi na pytania: co jest optymalne z ekonomicznego punktu widzenia?, kto zyskuje, a kto traci na danym przepisie?, jak dany przepis wpływa na dobrobyt społeczeństwa? Ekonomia dostarcza narzędzi, które pomagają zrozumieć, jak jest skonstruowane prawo oraz wskazują, jak powinno ono wyglądać. W przypadku niektórych dziedzin prawa (np. prawa rodzinnego) stosowanie ekonomicznej analizy jest problematyczne, w innych jest ona wyjątkowo użyteczna. Jak pokazują doświadczenia amerykańskie oraz bogata literatura przedmiotu⁴, prawo własności intelektualnej idealnie nadaje się do analizy ekonomicznej.

Niniejszy tekst poświęcony jest umowie Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), która była przedmiotem zainteresowania opinii publicznej w początku 2012 roku. Celem artykułu jest dokonanie ekonomicznej analizy wybranych zapisów umowy oraz ukazanie kontekstu mającego wpływ na jej

¹ H.B. Schaefer, C. Ott, *The economic analysis of civil law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2004.

² Zob. J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt” 2007, nr 10, w szczególności s. 62–63.

³ J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, dz. cyt.

⁴ Np. W.M. Landes, R.A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Cambridge MA, London 2003; W. M. Landes, R. A. Posner, *An economic analysis of copyright law*, „The Journal of Legal Studies” 1989, nr 18(2); S. Scotchmer, *Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law*, „The Journal of Economic Perspectives” 1991, nr 5(1).

ostateczny kształt. Analizę zapisów ACTA poprzedzono wyjaśnieniem tego, jak ekonomia traktuje prawo własności intelektualnej, opisem ekonomicznych cech dóbr kultury wpływających na aktywność lobbingsową branży medialno-rozrywkowej oraz prezentacją genezy i procesu negocjacji umowy.

Prawo własności intelektualnej z punktu widzenia ekonomii

Z ekonomicznego punktu widzenia własność intelektualna ma cztery wymiary: twórczość (regulowaną prawem autorskim), wynalazczość, znaki towarowe i tajemnice przedsiębiorstwa (wszystkie trzy regulowane prawem własności przemysłowej). Zważywszy na to, że analiza wszystkich czterech wymiarów wykracza poza ramy tego tekstu, a zarazem przyczyną kontrowersji wokół ACTA były przede wszystkim regulacje związane z prawem autorskim, temu wymiarowi własności intelektualnej poświęcono w niniejszym tekście zasadniczą uwagę.

Z punktu widzenia ekonomii prawo autorskie jest monopolem przyznawanym twórcom, by zachęcić go do tworzenia. Choć państwo – idąc za teorią ekonomii – walczy z nadużyciem pozycji monopolistycznej na innych polach (np. deregulując rynek telekomunikacyjny), w przypadku własności intelektualnej monopol sankcjonuje i zobowiązuje się go chronić. Polityka ta oparta jest na założeniu, że łatwość kopiowania twórczości pozbawiłaby artystów możliwości czerpania korzyści ze swoich dzieł, co przełożyłoby się na mniejszą podaż dóbr kultury. Wybierając tzw. mniejsze zło, ustawodawca ustanawia monopol (prawo własności intelektualnej), który jest wprawdzie nieefektywny ekonomicznie – przekłada się na wyższe ceny płacone przez konsumentów oraz istnienie zbędnej straty społecznej – jednak w sumie przynosi społeczeństwu korzyści, tzn. większą podaż dóbr kultury.

Wziąwszy pod uwagę fakt, że monopole są z założenia nieefektywne ekonomicznie, państwo nakłada na własność intelektualną pewne ograniczenia. Pierwszym z nich jest czas trwania – w przypadku majątkowych praw autorskich ochrona wygasa po 70 latach od śmierci ostatniego ze współautorów⁵. Potem dzieło trafia do domeny publicznej i może być wykorzystywane bez konieczności wynagradzania właścicieli praw. W związku z powyższym np. od 1 stycznia 2012 roku wygasły majątkowe prawa do twórczości Jamesa Joyce’a, dzięki czemu każde kolejne wydanie dzieł tego autora w Polsce nie będzie wymagało negocjacji z właścicielami praw do oryginału. Warto przy tym zaznaczyć, że nie oznacza to legalności nieograniczonego obrotu darmowymi egzemplarzami dzieł Joyce’a w formie wydanych w Polsce książek cyfrowych. Jeśli bowiem przedmiotem obrotu nie jest anglojęzyczny oryginał, wówczas

⁵ Reguluje to artykuł 36 polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1994 r., który stanowi: „Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie autorskie prawa majątkowe gasną z upływem lat siedemdziesięciu: 1) od śmierci twórcy, a do utworów współautorskich – od śmierci współtwórcy, który przeżył pozostałych”.

prawo chroni także utwór pokrewny – tłumaczenie, które mogło być dokonane długo po śmierci autora.

Drugim ograniczeniem jest tzw. własny użytek osobisty (dozwolony użytek, ang. *fair use*)⁶, który ogranicza monopol właścicieli majątkowych praw autorskich przez przyznanie konsumentom dóbr kultury np. prawa do wykonania kopii dzieła na własny użytek, pożyczania oryginału osobom bliskim, etc. Intuicyjnie można przyjąć, że przepisy o własnym użytku osobistym mają chronić konsumentów – pozwalają im korzystać z dzieła w nieco szerszym zakresie bez obaw o pociągnięcie do odpowiedzialności z tytułu naruszenia majątkowych praw autorskich. Z punktu widzenia efektywności ekonomicznej chodzi jednak o jeszcze jeden czynnik: ograniczenie kosztów transakcji związanych z monitorowaniem ewentualnych naruszeń majątkowych praw autorskich. W interesie społecznym jest ochrona praw autorskich, jednak koszty tej ochrony nie mogą być zbyt wysokie. Aby uniknąć nadmiernych kosztów monitorowania sposobów, w jakie nabywcy dóbr chronionych prawem autorskim z owych dóbr korzystają, ustawodawca zdecydował o zezwoleniu na pewne – w teorii naruszające monopol właścicieli majątkowych praw autorskich – formy korzystania z twórczości. Nie ściga się więc np. pożyczania płyty CD lub dokonania kserokopii rozdziału książki od osoby, z którą pozostaje się w „związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego”⁷.

Ekonomiści nie są zgodni co do tego, jak mocne ograniczenie monopolu właścicieli majątkowych praw autorskich jest optymalne. Z jednej strony państwo chce dać twórcom zachętę (monopol na owoce ich prac), z drugiej – trudno ocenić, jak duża powinna ona być, by artystom opłacało się tworzyć, a wydawcom finansować proces produkcji i dystrybucji dzieł. Innymi słowy, można zadać pytanie: dlaczego majątkowe prawa autorskie wygasają 70 lat po śmierci ostatniego ze współautorów, a nie np. 40 lub 100 lat? Z jak szerokim gronem osób bliskich nabywca dobra kultury może podzielić się oryginałem? A kopią? Takie wątpliwości można mnożyć, szczególnie w kontekście dyskusji na temat ACTA, warto więc znów sięgnąć do analizy ekonomicznej, tym bardziej że pomaga ona udzielić chociaż częściowej odpowiedzi na powyższe pytania.

Za pierwsze nowoczesne prawo autorskie można uznać uchwalony w 1709 roku w Wielkiej Brytanii Statut Anny. Dokument ten ustanowił 14-letni okres ochrony, który na wniosek właściciela praw mógł być wydłużony o kolejne 14 lat⁸. W kolejnych stuleciach zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i w innych krajach okres obowiązywania praw autorskich wielokrotnie wydłużano.

⁶ W myśl artykułu 23 ww. ustawy „1. Bez zezwolenia twórcy wolno nieodpłatnie korzystać z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego [...] 2. Zakres własnego użytku osobistego obejmuje korzystanie z pojedynczych egzemplarzy utworów przez krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego”.

⁷ Artykuł 23 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1994 r.

⁸ R. Towse, *Copyright and economics*, w: *Music and copyright*, red. S. Frith, L. Marshall, Routledge, New York 2004, s. 54–69.

Przykładowo, w USA w 1831 roku początkowy okres ochrony zmieniono z 14 do 28 lat, co w przypadku wystąpienia o przedłużenie skutkowało łączną ochroną trwającą 42 lata (28+14 lat). W 1909 roku zmieniono okres możliwego przedłużenia na 28 lat, co dawało łączną ochronę trwającą 56 lat (28+28 lat). Od 1962 roku Amerykanie przedłużyli okres obowiązywania majątkowych praw autorskich 11 razy⁹, zmieniając przy tym w 1976 roku istotę samego systemu obliczania czasu ochrony, tzn. wprowadzając system przyjęty w większości innych krajów Zachodu, zgodnie z którym dzieło chroni się przez cały czas trwania życia autora oraz x lat po jego śmierci. W przypadku USA do 1998 roku x wynosiło 50 lat, a w roku 1998 wydłużono je o kolejne 20 lat. Przesądziło to o tym, że ochrona trwająca całe życie autora plus 70 lat jest obecnie standardem światowym (obowiązującym także w Polsce). Różnica pomiędzy 14 latami a 70 latami po śmierci autora jest na tyle duża, że trudno ją uzasadnić wyłącznie wydłużeniem się średniej życia człowieka. Za główną przyczynę tak radykalnej zmiany czasu ochrony majątkowych praw autorskich – korzystając z teorii wyboru publicznego – należy uznać m.in. działania lobbujące właścicieli tych praw¹⁰. Aby zrozumieć cały proces, tzn. dlaczego lobbying – sam w sobie kosztowny – może się opłacać, należy przyjrzeć się ekonomicznym cechom działalności twórczej.

Ekonomia kultury

Ekonomiści zajmujący się analizą branży medialno-rozrywkowej wskazują na pewne cechy dóbr kultury, które odróżniają tę branżę od innych rodzajów działalności gospodarczej. Upraszczając, jedną z cech dóbr kultury jest trudność, jaką ich producenci (twórcy, a przede wszystkim wydawcy) mają z przewidzeniem zainteresowania konsumentów nowymi produktami. W przeciwieństwie do innych rodzajów działalności gospodarczej, w przypadku dóbr kultury bardzo trudno przeprowadzać wiarygodne badania rynku. Jak zbadać, czy dany film spodoba się widzowi? Trzeba go jej pokazać, ale aby to uczynić, należy go nakręcić, ponosząc wszystkie koszty z tym związane. A jak się go już nakręci (poniesie koszty), wówczas badanie rynku niewiele może zmienić. W przypadku każdego kolejnego tytułu proces należałoby powtórzyć, bo każde dzieło jest inne, a reakcje odbiorców trudne do przewidzenia. Podobnie rzecz ma się z książkami, muzyką oraz szeregiem innych dóbr kultury i rozrywki. Caves określa tę cechę dóbr kultury mianem „nikt nie wie” (*nobody knows*) i zalicza ją do siedmiu cech odróżniających te dobra od większości produktów wytwarzanych przez inne branże¹¹.

⁹ W. M. Landes, R. A. Posner, *The economic structure...*

¹⁰ P. Burkart, *Loose integration in the popular music industry*, „Popular Music and Society” 2005, nr 28(4).

¹¹ R. E. Caves, *Creative industries: Contracts between art and commerce*, Harvard University Press, Cambridge MA, London 2000.

Wydawcy próbują sobie z powyższym problemem radzić, kierując się mało racjonalnymi – z punktu widzenia innych branż – narzędziami, takimi jak np. intuicja. Jak bardzo potrafi ona zawieść, pokazał przykład szeregu wytwórni muzycznych, które na początku lat 60. XX wieku odmówiły podpisania kontraktu z zespołem The Beatles, nie dostrzegłszy jego gigantycznego potencjału rynkowego. Inną metodą – stosowaną np. przez największe firmy fonograficzne oraz wydawców książek – jest rozkładanie ryzyka wydania produktów kultury na szereg tytułów. Polega to na podpisywaniu kontraktów z dużą liczbą artystów w nadziei, że któryś z nich osiągnie status gwiazdy, a co za tym idzie – przyniesie zyski, które umożliwią pokrycie strat wygenerowanych przez pozostałe pozycje z portfela. W efekcie o fonografii mówi się jako o branży ponoszącej notoryczne porażki – jedynie mniej niż 10% tytułów wydanych przez duże wytwórnie muzyczne przynosi zyski¹². Zyski te muszą być na tyle duże, by pokryć straty wygenerowane przez 90% nietrafionych inwestycji. Ten stan rzeczy ma przynajmniej trzy konsekwencje istotne dla analizy przeprowadzonej w niniejszym tekście.

Po pierwsze, zyski wydawców są uzależnione od spektakularnych sukcesów – hitów. Mała wytwórnia muzyczna lub niewielkie wydawnictwo współpracujące tylko z kilkoma artystami ma z założenia mniejsze niż duży wydawca szanse na przetrwanie serii porażek. Dlatego małe firmy często przywiązują dużą wagę do tego, by utrzymywać koszty na niskim poziomie, co w wielu przypadkach skazuje je na obsługę nisz rynkowych (wydawanie mało znanej, trafiającej do wąskiego grona odbiorców twórczości). Szacunki branży fonograficznej wskazują, że „w samej Wielkiej Brytanii wypromowanie wykonawcy z kręgu muzyki pop może kosztować ponad 1 milion funtów [...], a wykonawcy rockowego ponad 700 000 funtów”¹³. Wykreowanie globalnej gwiazdy lub światowego przeboju jest więc łatwiejsze, jeśli wydawca dysponuje znacznymi środkami. Tylko najwięksi są w stanie zaryzykować i – mówiąc językiem finansów – zastosować dźwignię, dzięki której przetrwają kilka porażek, by w końcu doczekać się przeboju. W efekcie niektóre spośród branż medialno-rozrywkowych (filmowa, fonograficzna) są zdominowane przez duże podmioty¹⁴.

Po drugie, wysokie koszty funkcjonowania dużych producentów dóbr medialno-rozrywkowych ponoszą w największym stopniu artyści i konsumenci. Przykładowo, artysta współpracujący z dużą wytwórnią bardzo rzadko sprzedaje tyle płyt, by otrzymać od niej tantiemy¹⁵. Warto sprecyzować: sytuacja ta miała miejsce na długo przed upowszechnieniem się tzw. piractwa internetowego

¹² D. Hesmondhalgh, *The cultural industries*, Sage – Thousand Oaks, London – New Delhi 2002; A. Leyshon, P. Webb, S. French, N. Thrift, L. Crewe, *On the reproduction of the musical economy after the Internet*, „Media, Culture & Society” 2005, nr 27(2).

¹³ IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), *Investing in Music*, 2010, [online] <http://www.ifpi.org/content/library/investing_in_music.pdf>, dostęp: 8.09.2013, s. 25

¹⁴ S. Hannaford, *Market domination!: The impact of industry consolidation on competition, innovation, and consumer choice*, Praeger Publishers, Westport CT 2007.

¹⁵ D.S. Passman, *All you need to know about the music business*, Simon & Schuster, New York 2000.

i nie jest jego konsekwencją, a wynika raczej z opisanych powyżej ekonomicznych podstaw funkcjonowania rynku dóbr kultury. Konstrukcja kontraktów nagraniowych przesądza o tym, że im więcej wytwórnia muzyczna zainwestowała w artystę, tym większy „dług” musi on spłacić wobec niej, a zatem tym więcej płyt sprzedać, by zacząć otrzymywać tantiemy (płacone dopiero po spłacie „długu”)¹⁶. W efekcie kosztowny w produkcji teledysk zwiększa szanse artysty na osiągnięcie statusu gwiazdy, ale zarazem odsuwa w czasie moment, w którym zaczyna od otrzymywać od swojego wydawcy pieniądze. Nielicznym się udaje, reszta musi posiłkować się przychodami z innych źródeł (tantiemy dla twórców płacone np. przez ZAiKS, koncerty, etc.). Wspomniane koszty przekładają się też na ceny – im więcej branża inwestuje w promocję (by w końcu mieć upragniony hit), tym więcej nabywcy muszą płacić za płyty, książki, filmy, etc.

Po trzecie, zarządzający największymi przedsiębiorstwami wydającymi dobra kultury i rozrywki znajdują się pod ciągłą presją akcjonariuszy oczekujących wzrostu zysków. W gospodarce rynkowej jest to sytuacja normalna, jednak w przypadku branży medialno-rozrywkowej wspomniana presja może być przez zarządzających odczuwana jako szczególnie silna. Wynika to z powszechnej wśród szefów takich firm świadomości, że w związku ze specyficzną strukturą kosztów brak kolejnego hitu może oznaczać szybki koniec ich kariery. Nie powinno więc dziwić, że szukają oni innych źródeł zysku dla korporacji, którą zarządzają, a jednym z nich jest wydłużenie czasu obowiązywania majątkowych praw autorskich i praw pokrewnych. Z jednej strony można bowiem miesiącami czekać, aż młody zdolny artysta w końcu nagra/ napisze/ nakręci przebój, z drugiej strony można natomiast spróbować przekonać Kongres USA (lub dowolny inny parlament), by wydłużył czas obowiązywania majątkowych praw autorskich lub praw pokrewnych albo ograniczył zakres dozwolonego użytku osobistego konsumentów. Efekt dla akcjonariuszy będzie identyczny – zyski i zwiększenie wartości przedsiębiorstwa.

Obserwacje powyższe potwierdzają dane o działalności lobbingowej przedsiębiorstw z branży medialno-rozrywkowej w USA. Przykładowo, kongresmen Howard L. Berman w latach 2011–2012 pozyskał od branży telewizyjnej, filmowej i muzycznej 343 010 USD, a wśród piątki największych darczyńców figurują wyłącznie firmy z branż ściśle zależnych od prawa autorskiego: Comcast Corp, National Amusements Inc., News Corp, Walt Disney Co i Time Warner¹⁷. Cała branża medialno-rozrywkowa w 2004 roku była w USA dwunasta na liście największych lobbystów i wypłaciła politykom 28 861 668 USD, z czego 13 373 366 USD trafiło do Kongresu USA. W przeciągu całej minionej dekady przemysł rozrywkowy przeznaczył na ten cel 152 671 704 USD. Sama branża muzyczna w 2004 roku wypłaciła politykom 2 539 118 USD, a w przeciągu

¹⁶ Zob. też: P. Gałuszka, *Biznes muzyczny: ekonomiczne i marketingowe aspekty fonografii*, Placet, Warszawa 2009.

¹⁷ Center for Responsive Politics, 2012, <www.opensecrets.org/politicians/summary.php?cid=N00008094>, dostęp: 23.04.2012.

całej minionej dekady 12 798 640 USD¹⁸. Burkart interpretuje to jako klasyczną pogoń za rentą, określając przemysł muzyczny mianem „kartelu poszukującego renty, mającego polityczną legitymizację dzięki związkom z amerykańskimi legislatorami i sądownictwem¹⁹”.

Geneza i proces negocjacji umowy ACTA

By zrozumieć przyczyny podjęcia prac nad umową ACTA, należy cofnąć się do początku lat 90. XX wieku, gdy powstawała Światowa Organizacja Handlu (WTO). Z inicjatywy państw rozwiniętych do umów o powstaniu WTO dołączono porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (ang. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPS), które w istotny sposób wpływało na ustawodawstwo sygnatariuszy. Przyjęte w 1994 roku TRIPS ustanawiało m.in. minimalne standardy ochrony własności intelektualnej, do których powinno dostosować się każde państwo będące sygnatariuszem porozumienia. Przykładem takich minimalnych standardów jest art. 13 ust. 5 mówiący, że „okres ochrony przysługujący na podstawie niniejszego Porozumienia wykonawcom i producentom fonogramów będzie trwać co najmniej do końca okresu 50 lat liczonego od końca roku kalendarzowego, w którym dokonano nagrania lub miało miejsce wykonanie²⁰”.

Innym istotnym uregulowaniem TRIPS jest postanowienie, że podmioty innych krajów członkowskich mają być traktowane nie mniej korzystnie niż własne podmioty. Wprawdzie można uznać, że wspomniane zapisy służą harmonizacji ustawodawstwa różnych krajów, jednak nie to było głównym celem TRIPS. Przed przyjęciem porozumienia kwestie własności intelektualnej były na poziomie międzynarodowym regulowane przez szereg traktatów administrowanych przez agendę ONZ – *World Intellectual Property Organization* (WIPO). Z punktu widzenia państw rozwiniętych, problemem było to, że WIPO nie dysponowało mechanizmami egzekucji prawa²¹. W związku z tym, zaczęto szukać alternatywnych rozwiązań prawnych, które umożliwiłyby sankcje wobec krajów niechroniących własności intelektualnej w sposób wystarczający. Rozwiązaniem takim okazało się włączenie prac nad TRIPS do serii negocjacji handlowych odbywających się w ramach układu ogólnego w sprawie taryf celnych i handlu (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), które dały początek Światowej Organizacji Handlu (WTO). W konsekwencji przyjęto zasadę, że każdy kraj chcący należeć do WTO musi przestrzegać zapisów

¹⁸ J. Bishop, *Building international empires of sound: concentrations of power and property in the “global” music market*, „Popular Music and Society” 2005, nr 28(4), s. 457.

¹⁹ P. Burkart, *Loose integration in the popular music industry*, „Popular Music and Society” 2005, nr 28(4), s. 490.

²⁰ TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right*), [online] <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>, dostęp 15.12.2014 r., Artykuł 14, pkt. 5.

²¹ E. Ayoob, *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, “Cardozo Arts & Entertainment Law Journal” 2010, nr 28.

TRIPS²². Odtąd wobec sygnatariuszy TRIPS łamiących to porozumienie można było stosować sankcje o charakterze handlowym.

Podjęcie prac nad ACTA należy interpretować jako przejaw woli uzupełnienia zapisów TRIPS o uregulowania, które uwzględnić będą rozwój technologii ułatwiających nieautoryzowaną wymianę dobrami własności intelektualnej. Negocjacje nad nowym traktatem rozpoczęto w 2007 roku, a zakończono pod koniec 2010. Wzięli w nich udział przedstawiciele USA, Japonii, 27 krajów Unii Europejskiej, Kanady, Szwajcarii, Australii, Meksyku, Korei Południowej, Maroka i Singapuru. Podpisanie umowy w przypadku części państw (m.in. Kanady, USA i Japonii) nastąpiło 1 października 2011 roku, zaś Unia Europejska wraz z 22 państwami członkowskimi²³ (w tym Polską) podpisały umowę 26 stycznia 2012 roku. Umowa nie weszła w życie m.in. wskutek masowych protestów rozpoczętych w Polsce i kontynuowanych w wielu krajach Europy. Kwestię umowy ostatecznie rozstrzygnął Parlament Europejski, który 4 lipca 2012 roku odrzucił ACTA.

Komentatorzy zwracają uwagę na to, że proces powstawania umowy był wyjątkowo nieprzejrzysty²⁴. Po pierwsze, negocjacje prowadzone były w sposób tajny przez przedstawicieli wybranych krajów poza forum, jakim jest WIPO (taka sytuacja miała już miejsce w przypadku TRIPS), a nawet niezależnie od WTO. Po drugie, w trakcie negocjacji zapisy umowy konsultowano tylko z niektórymi zainteresowanymi podmiotami. Swoje opinie mogli wyrazić przedstawiciele branży medialno-rozrywkowej, jednakże takiej możliwości nie miały np. organizacje konsumenckie. Brak przejrzystości procesu negocjacyjnego można uznać za jedną z podstawowych przyczyn późniejszego oporu opinii publicznej wobec ACTA, co doprowadziło do niew wejścia umowy w życie.

Ekonomiczna analiza wybranych zapisów umowy ACTA

W polskojęzycznej wersji ACTA jest 28-stronicowym dokumentem złożonym z sześciu rozdziałów²⁵. Rozdział I zawiera ogólne definicje oraz postanowienia początkowe. Rozdział II: „Ramy prawne dla dochodzenia i egzekwowania praw własności intelektualnej” dzieli się na pięć sekcji: 1) zobowiązania ogólne, 2) dochodzenie i egzekwowanie praw w postępowaniu cywilnym, 3) środki stosowane przy kontroli granicznej, 4) dochodzenie i egzekwowanie praw w postępowaniu karnym, 5) dochodzenie i egzekwowanie praw własności intelektualnej w środowisku cyfrowym. Rozdział ten zawiera zapisy, które można uznać

²² Tamże.

²³ Niemcy, Estonia, Cypr, Słowacja i Holandia nie podpisały umowy.

²⁴ P. Yu, *Six secret (and now open) fears of ACTA*, „SMU Law Review” 2011, nr 64; K. Weatherall, *Politics, compromise, text and the failures of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, „Sydney Law Review” 2011, nr 33.

²⁵ Wszystkie cytaty zawarte w niniejszej sekcji oparte są na polskim tłumaczeniu umowy ACTA dostępnym [online] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0380:FIN:PL:PDF>>.

za kluczowe z punktu widzenia indywidualnego użytkownika dóbr kultury i rozrywki. Rozdział III: „Praktyki w zakresie dochodzenia i egzekwowania” składa się z czterech artykułów regulujących m.in. kwestie związane z koordynacją działań transgranicznych. Rozdział IV reguluje współpracę międzynarodową, wymianę informacji, kwestie szkolenia, edukacji, etc. Rozdział V dotyczy postanowień instytucjonalnych – przede wszystkim powołuje komitet ds. ACTA, który ma oceniać funkcjonowanie umowy i proponować w przyszłości jej ewentualne zmiany. Rozdział VI zawiera postanowienia końcowe, z których najistotniejszym jest zapis art. 40, mówiący, że umowa wejdzie w życie po ratyfikowaniu przez sześć państw. Jak wspomniano wcześniej, nie doszło do tego wskutek zatrzymania procesu ratyfikacji umowy w Europie. Szczegółowa analiza wszystkich zapisów ACTA wykracza poza ramy niniejszego tekstu, w związku z czym uwaga zostanie skupiona na pokazaniu, w jaki sposób wybrane części umowy mogą wpływać na ograniczenie własnego użytku osobistego.

Szczególne uwagę należy zwrócić tu na sekcję IV: „Dochodzenie i egzekwowanie praw w postępowaniu karnym”, której art. 23 ust. 1 stanowi:

Każda Strona ustanawia procedury karne i kary, które są stosowane przynajmniej w przypadkach umyślnego podrabiania znaku towarowego lub piractwa praw autorskich lub pokrewnych na skalę handlową. Dla celów niniejszej sekcji działania na skalę handlową obejmują przynajmniej działania prowadzone jako działalność handlowa w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści ekonomicznej lub handlowej.

Problematyczność tego zapisu wynika z bardzo szerokiego ujęcia „działania na skalę handlową”. Do tego typu działania zapis zalicza działalność handlową „w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści ekonomicznej lub handlowej”. Zważywszy na to, że niemal każde działanie człowieka może być zinterpretowane jako dążenie do korzyści ekonomicznej, należy uznać tę definicję za bardzo szeroką. Zapis ten jest kluczowy z punktu widzenia indywidualnych konsumentów wykorzystujących twórczość w sposób, który zależnie od okoliczności można zinterpretować jako własny użytek osobisty lub jako działalność handlową prowadzoną „w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści ekonomicznej lub handlowej”. Można na przykład postawić pytanie: czy osoba prowadząca stronę internetową poświęconą literaturze nie stanie się przedmiotem postępowania karnego, ponieważ umieściła na wspomnianej stronie internetowej fragmenty utworu objętego ochroną? Wziąwszy pod uwagę, że takie strony internetowe często prowadzone są dla osiągnięcia korzyści ekonomicznej (np. pośredniej, takiej jak popularyzacja renomy prowadzącego witrynę krytyka literackiego), cytowany zapis klasyfikuje taką działalność jako prowadzoną na skalę handlową. Istotna byłaby odpowiedź na pytanie, jak obszerny fragment dzieła jest cytowany, tzn. czy jego rozmiar przekracza zapisy o własnym użytku osobistym. O ile sama interpretacja instytucji własnego użytku osobistego nie musi ulec zmianie wskutek dostosowania krajowych przepisów do umowy

ACTA, o tyle art. 26 tej umowy zmienia procedurę rozstrzygania o tym, czy zakres własnego użytku osobistego został przekroczony:

Każda Strona zapewnia swoim właściwym organom, w stosownych przypadkach, możliwość działania z własnej inicjatywy, by rozpocząć dochodzenie lub działanie prawne w odniesieniu do przestępstw określonych w art. 23 (Przestępstwa) ust. 1, 2, 3 i 4, dla których Strona ustanawia procedury karne i kary.

Może to oznaczać zerwanie ze stosowanym w polskim prawie zapisem, że naruszenie praw autorskich ściga się w większości przypadków na wniosek pokrzywdzonego²⁶. Zestawienie obecnych przepisów o prawie autorskim z art. 23 ust. 1 i art. 26 umowy ACTA pokazuje, jak mogłaby zmienić się sytuacja osoby prowadzącej wspomnianą wcześniej stronę internetową poświęconą literaturze po implementacji przepisów umowy do prawa krajowego. Po pierwsze, działalność polegająca na prowadzeniu strony internetowej, w szczególności jeśli byłaby ona współfinansowana z reklam na niej zamieszczanych, mogłaby być zaklasyfikowana jako „działalność na skalę handlową”. Po drugie, „właściwe organy” (prokuratura) mogłyby uznać, że przeciwko takiej osobie należy wszcząć postępowanie. O tym, jak takie postępowanie mogłoby wyglądać, mówi art. 12:

1. Każda Strona zapewnia swoim organom sądowym prawo do zastosowania szybkich i skutecznych środków tymczasowych:

a) przeciwko stronie lub w stosownych przypadkach stronie trzeciej, nad którą odnośny organ sądowy sprawuje jurysdykcję, w celu uniemożliwienia naruszenia jakiegokolwiek prawa własności intelektualnej oraz w szczególności w celu uniemożliwienia wprowadzenia do obrotu handlowego towarów, których dotyczy naruszenie prawa własności intelektualnej.

Wspomniane środki tymczasowe mogłyby polegać na zamknięciu strony internetowej podejrzanej o naruszenie oraz na konfiskacie sprzętu (art. 12 ust. 3: „prawo do nakazania konfiskaty lub innego rodzaju przejęcia kontroli nad podejrzаныmi towarami oraz nad materiałami i narzędziami związanymi z naruszeniem”). Co istotne, art. 12 ust. 2 precyzuje, że odbyłoby się to bez wysłuchania drugiej strony („Każda Strona zapewnia swoim organom sądowym

²⁶ Reguluje to rozdział 14 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1994 r., w szczególności art. 122, który mówi, że „Ściganie przestępstw określonych w art. 115, art. 116 ust. 1, 2 i 4, art. 117 ust. 1, art. 118 ust. 1, art. 1181 oraz art. 119 następuje na wniosek pokrzywdzonego”. W przypadku produktów branży medialno-rozrywkowej artykuł 116 stanowi: „1. Kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom rozpowszechnia cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. 2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. 3. Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełniania przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu albo działalność przestępną, określoną w ust. 1, organizuje lub nią kieruje, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

prawo do zastosowania środków tymczasowych bez wysłuchania drugiej strony”). W efekcie można sobie wyobrazić sytuację, w której organy państwa na podstawie arbitralnej decyzji urzędnika, który podejrzewa naruszenie, wszczynają z urzędu procedurę karną względem prowadzącego wspomnianą wcześniej stronę internetową poświęconą literaturze. Wprawdzie sąd może oczyścić oskarżonego z zarzutów (tzn. uznać, że nie naruszył on przepisów o własnym użytku osobistym), co dałoby mu podstawę do otrzymania rekompensaty z tytułu wszelkich poniesionych szkód²⁷, jednak wątpliwe jest, by taka rekompensata w pełni pokrywała np. straty prestiżowe (krytyk literacki posądzony o piractwo spotkałby się zapewne z ostracyzmem środowiska). Sednem problemu z cytowanymi zapisami umowy ACTA jest to, że w obecnej sytuacji ściąganie naruszenia odbywa się na wniosek pokrzywdzonego, który może uznać, że sposób wykorzystania jego utworów, np. w omawianym przypadku cytatu z dzieła literackiego, nie narusza jego praw autorskich. Pozostawienie w rękach właściciela majątkowych praw autorskich decyzji o tym, czy ścigać naruszenie, jest niewątpliwie tańsze (część naruszeń nie będzie ścigana) oraz pozwala uniknąć istotnych pomyłek.

Podsumowanie

Umowa ACTA wzbudziła wiele kontrowersji wynikających głównie z krytycznej oceny trybu jej powstawania oraz z dosłownej (niekiedy zbyt dosłownej) interpretacji niektórych zapisów (np. tych dotyczących przejmowania dóbr w trakcie kontroli granicznej) przez opinię publiczną. Nie zmienia to jednak faktu, że analiza niektórych punktów umowy z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa może budzić wątpliwości dotyczące zachwiania równowagi pomiędzy monopolem przyznawanym właścicielom majątkowych praw autorskich a ograniczeniami tego monopolu – konkretnie instytucją dozwolonego użytku osobistego. Jak wspomniano, monopol właścicieli majątkowych praw autorskich ograniczany jest na dwa sposoby. Pierwszy, czyli wygasanie majątkowych praw autorskich, na przestrzeni kilkudziesięciu lat uległ znacznemu osłabieniu (tzn. monopol właścicieli majątkowych praw autorskich został wzmocniony).

Obserwacja debaty²⁸, jaka przetoczyła się przez USA po wydłużeniu czasu obowiązywania majątkowych praw autorskich w 1998 roku z 50 do 70 lat

²⁷ Art. 12 ust. 5 ww. ustawy precyzuje: „Jeżeli środki tymczasowe zostaną uchylone lub wygasną na skutek działania lub zaniedbania wnioskodawcy, lub gdy następnie ustalono, że nie miało miejsca naruszenie prawa własności intelektualnej, organy sądowe mają prawo nakazać wnioskodawcy, na wniosek pozwanego, aby zapłacił pozwanemu odpowiednie odszkodowanie z tytułu wszelkich szkód spowodowanych przez te środki”.

²⁸ Debata ta była wyjątkowo ożywiona i wzbudziła po raz pierwszy tak istotne zainteresowanie opinii publicznej sprawami własności intelektualnej. Zob. P. Samuelson, *The constitutional law of intellectual property after Eldred v. Ashcroft*, „The Journal of the Copyright Society of the U.S.A.” 2002, nr 50.

po śmierci ostatniego ze współautorów, pokazuje, że dalsze wydłużanie ochrony może budzić istotny sprzeciw opinii publicznej. W związku z tym logiczne wydaje się ukierunkowanie przez branżę medialno-rozrywkową działań lobbingsowych na osłabienie drugiego z ograniczeń, tzn. instytucji dozwolonego użytku. Analiza wybranych zapisów umowy ACTA zdaje się potwierdzać ten scenariusz: branża medialno-rozrywkowa uznała, że wzmocnienie ochrony własności intelektualnej będzie prostszą drogą do zwiększenia zysków niż podjęcie kolejnej próby wydłużania czasu ochrony. Naturalnie wzmocnienie ochrony własności intelektualnej nie musi automatycznie wiązać się ze stratą społeczną. Jednak gdy dochodzi do możliwości częściowego ograniczenia instytucji dozwolonego użytku, wówczas można zaryzykować stwierdzenie, że do straty społecznej może dojść. Jak duża byłaby to strata, zależałoby od sposobu implementacji umowy ACTA do krajowego ustawodawstwa oraz interpretacji tych przepisów przyjętej przez prokuraturę i sądy.

Powyższe rozumowanie rodzi jednak kolejne pytanie: dlaczego do tej pory stosunkowo łatwo było zmieniać przepisy dotyczące majątkowych praw autorskich i praw pokrewnych? Łatwo to zrozumieć, analizując, jak polscy europosłowie tłumaczyli głosowanie za ACTA. Tematyka prawa autorskiego jest tak trudna, że przeciwny poseł, szczególnie nieczujący presji zorientowanych w temacie wyborców, zgłasza tak, jak podpowiedzą mu koledzy z partii lub lobbyści reprezentujący przedstawicieli koncernów medialno-rozrywkowych. Protesty w sprawie ACTA mogą sugerować, że czasy braku zainteresowania wyborców własnością intelektualną minęły, a dla pewnych grup społecznych temat ten jest niezwykle istotny. Jest to obserwacja, która wymaga dalszych analiz pozwalających stwierdzić, czy protesty społeczne przeciw umowie ACTA były jednostkowym wydarzeniem, czy przejawem trwałego zainteresowania opinii publicznej kwestiami własności intelektualnej.

Bibliografia

- Ayoob E., *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, „Cardozo Arts & Entertainment Law Journal” 2010, nr 28.
- Bełdowski J., Metelska-Szaniawska K., *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt” 2007, nr 10.
- Bishop J., *Building international empires of sound: concentrations of power and property in the “global” music market*, „Popular Music and Society” 2005, nr 28(4).
- Burkart P., *Loose integration in the popular music industry*, „Popular Music and Society” 2005, nr 28(4).
- Caves R. E., *Creative industries: Contracts between art and commerce*, Harvard University Press, Cambridge MA, London 2000.
- Center for Responsive Politics, 2012, [online] <<http://www.opensecrets.org/politicians/summary.php?cid=N00008094>>, dostęp: 23.04.2012.
- Gałuszka P., *Biznes muzyczny: ekonomiczne i marketingowe aspekty fonografii*, Placet, Warszawa 2009.
- Hannaford S., *Market domination!: The impact of industry consolidation on competition, innovation, and consumer choice*, Praeger Publishers, Westport CT 2007.
- Hesmondhalgh D., *The cultural industries*, Sage, London, Thousand Oaks, New Delhi 2002

- IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), *Investing in Music*, 2010, [online] <http://www.ifpi.org/content/library/investing_in_music.pdf>, dostęp: 8.09.2013.
- Landes W. M., Posner R.A., *An economic analysis of copyright law*, „The Journal of Legal Studies” 1989, nr 18(2).
- Landes W. M., Posner R. A., *The economic structure of intellectual property law*, Harvard University Press, Cambridge MA, London 2003.
- Leyshon A., Webb P., French S., Thrift N., Crewe L., *On the reproduction of the musical economy after the Internet*, „Media, Culture & Society” 2005, nr 27(2).
- Passman D.S., *All You Need to Know about the Music Business*, Simon & Schuster, New York 2000.
- Samuelson P., *Constitutional law of intellectual property after Eldred v. Ashcroft*, „The Journal of the Copyright Society of the U.S.A.” 2002, nr 50.
- Schaefer H.B., Ott C., *The economic analysis of civil law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2004.
- Scotchmer S., *Standing on the shoulders of giants: cumulative research and the patent law*, „The Journal of Economic Perspectives” 1991, nr 5(1).
- Towse R., *Copyright and Economics*, w: *Music and copyright*, red. S. Frith, L. Marshall, Routledge, New York 2004.
- Weatherall K., *Politics, compromise, text and the failures of the anti-counterfeiting trade agreement*, „Sydney Law Review” 2011, nr 33.
- Yu P., *Six secret (and now open) fears of ACTA*, „SMU Law Review” 2011, nr 64.

Akty prawne

- ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), [online] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0380:FIN:PL:PDF>>, dostęp: 15.12.2014
- TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right*), [online] <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>, dostęp 15.12.2014.
- Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 roku (Dz. U. nr 24, poz. 83, tekst jednolity: Dz. U. 2006, nr 90, poz. 631).

Streszczenie

W artykule analizie poddano wybrane zapisy umowy ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) z perspektywy ekonomicznej analizy prawa (*Law and Economics*), jak też przybliżono dyskusję nt. ekonomicznych cech dóbr kultury, a następnie omówiono proces negocjacji umowy ACTA. W opinii autora artykułu jednym z ryzyk związanych z przyjęciem umowy są ograniczenia, jakie mogłaby ona nałożyć na instytucję dozwolonego użytku.

Summary

Analysis of the selected aspects of the anti-counterfeiting trade agreement from the perspectives of law and economics

The paper employs the perspectives of Law and Economics to conduct concise analysis of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA). The paper begins with a brief description of Law and Economics and presentation of characteristic economic features of cultural goods. Then, the paper proceeds to presentation of the process of ACTA negotiation. The final section of the paper analyses selected parts of ACTA to conclude that one of the risks of this agreement was limitations it could put on fair use.