

Dr hab. Przemysław Polański, prof. n. ALK¹

Akademia Leona Koźmińskiego

Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Rafała Skibickiego „Filtracja treści jako element ochrony praw autorskich przechowywanych w internecie w ramach hostingu”

W polskiej nauce prawa często przyjmuje się, że praca doktorska powinna zostać oceniona przez pryzmat następujących kryteriów: 1) temat i zakres pracy 2) zastosowana metoda badawcza 3) kompozycja (budowa rozprawy) 4) strona formalno-redakcyjna pracy 5) treść merytoryczna oraz 6) wykorzystany w pracy materiał źródłowy.

1. Temat i zakres pracy

Temat pracy dotyczy jednego z najbardziej doniosłych zagadnień w obszarze prawa nowych technologii, a mianowicie problematyki filtrowania treści przez dostawców usług Web 2.0 tj. odpowiedzialności dostawcy usług hostingu za treści umieszczone przez użytkowników danego serwisu. Praca Rafała Skibickiego koncentruje się na kwestiach filtrowania treści chronionych prawem autorskim z perspektywy prawa unijnego, ale wiele wniosków ma zastosowanie szersze.

Nie jest to pierwsza praca naukowa z obszaru odpowiedzialności pośredników, ale jest to pierwsze głębsze opracowanie zagadnienia filtrowania treści w Internecie. Prócz opracowania recenzenta pracy doktorskiej na szczególną uwagę w polskiej literaturze prawniczej zasługuje praca Magdaleny Piech, Marcina Zielińskiego oraz Darii Gęsickej, a w literaturze obcej praca m.in. Christiny Angelopoulos. Praca Rafała Skibickiego wykracza, jednakże, poza zakres badań poprzedników. O ile wskazani powyżej badacze koncentrowali się w głównej mierze na problematyce wyłączenia odpowiedzialności pośredników, o tyle praca Autora koncentruje się na kluczowym problemie filtracji bezprawnych treści. Z tego też powodu praca Autora zasługuje na szczególną uwagę.

2. Zastosowana metoda badawcza

¹ Prawnik i informatyk, Kierownik grantu badawczego NCN nr DEC- 2014/15/B/HS5/03138 „Model zwalczania bezprawnych treści w Internecie”.

Autor deklaruje wykorzystanie metody dogmatycznej z pewnymi elementami komparatystyki prawniczej. I rzeczywiście metoda dogmatyczna dominuje w pracy naukowej Rafała Skibickiego przy czym w mojej ocenie Autor posługuje się tą metodą bardzo sprawnie, szeroko analizując zagadnienia filtrowania treści z wykorzystaniem najnowszego orzecznictwa TSUE i dorobku doktryny prawa.

Metoda porównawcza, z kolei, wykorzystywana jest przede wszystkim do zilustrowania różnych rozwiązań prawnych funkcjonujących w państwach Unii Europejskiej w odniesieniu do filtracji treści. Autor analizuje nie tylko prawodawstwo USA, ale także wskazuje na pewne odrębności w prawodawstwach implementujących art. 17 DSM takich państw, jak Estonia, Francja, Hiszpania, Niemcy i Włochy oraz nieco szerzej Czechy, Austria, Niemcy i Szwecja.

Miejscami, Autor odwołuje się do innych dziedzin badań, w tym przede wszystkim do elementów ekonomii (rozdział IV skupiający się na problematyce *value gap*) oraz technologii internetowych (rozdział I w którym omówiono m.in. technologię *finterprintingu* oraz *hashingu*).

3. Kompozycja (budowa rozprawy)

Praca składa się z 6 rozdziałów podzielonych na podrozdziały i zakończonych wnioskami końcowymi. Sam podział materii na obszary dotyczące wprowadzenia do problematyki, w tym pojęcia filtracji (rozdział 1), problematyki odpowiedzialności dostawcy usług hostingu, w tym regulacji amerykańskiej jako pierwowzoru dla UE (rozdział 2), filtracji treści przez dostawców usług hostingu, w tym analizy prawnoporównawczej przepisów w wybranych państwach (rozdział 3), przyczyn wprowadzenia obowiązku filtracji (rozdział 4), analizy obowiązku filtracji w świetle art. 17 DSM (rozdział 5 i 6) – jest jak najbardziej poprawny. Można zastanawiać się jedynie, dlaczego omówienie przyczyn wprowadzenia tego obowiązku znalazło się dopiero w rozdziale 4. Niemniej, tak przyjęta konstrukcja nie utrudnia w poważny sposób lektury pracy.

Na korzyść Autora należy zaliczyć częste stosowanie podsumowań wstępnych, dzięki czemu czytelnik zyskuje dodatkowe potwierdzenie toku rozumowania Autora, a także syntetyczne podsumowanie najważniejszych wątków poruszonych w kolejnych rozdziałach. Podobnie na pochwałę zasługuje próba podsumowania całości pracy w rozdziale końcowym, w tym precyzyjne określenie wniosków wynikający z weryfikacji hipotezy głównej i hipotez pomocniczych.

4. Strona formalno-redakcyjna pracy

Praca napisana jest w sposób formalnie poprawny. Zdania nie są zbyt długie i zawile – co ułatwia przyswojenie treści. Również przypisy nie są zbyt obszerne, co także należy poczytać Autorowi na korzyść. Autor posługuje się w jasny i klarowny sposób trudnymi pojęciami z zakresu prawa, jak i nowych technologii.

Punktem wyjścia dla przeprowadzenia badań było postawienie głównej hipotezy badawczej i dziewięciu hipotez pomocniczych. Takie ustrukturyzowanie pracy ułatwiło percepcję treści przez czytelników i powinno być rekomendowane innym badaczom w obszarze nauk prawnych.

5. Treść merytoryczna

Praca jest bardzo interesująca, szczególnie w obszarach, które nie doczekały się do tej pory głębszego omówienia w polskiej literaturze prawniczej.

Rozdział I stanowi wprowadzenie do problematyki filtracji, w tym zdefiniowanie kluczowych pojęć, takich jak chociażby pojęcie filtracji czy hostingu. Dostawcy hostingu stosują filtrację ze względu na duże ilości treści użytkowników, co wymaga moderacji treści.

Autor zwraca uwagę na fakt, iż na filtrację można patrzeć jako na proces dwuetapowy: identyfikację treści i podjęcie decyzji jej losie, wykonywane samodzielnie przez usługodawcę. W zakresie identyfikacji treści Autor omawia cztery sposoby służące identyfikacji naruszeń w sieci tj. *hashing*, *watermarking*, *fingerprinting* i metadane. Opis tych sposobów jest dość skrótowy, ale zapewne wystarczający dla większości prawników.

W zakresie rozpoznania treści Autor przywiązuje także dużą wagę do możliwości, jakie wydają się drzemać w sztucznej inteligencji, mając jednocześnie świadomość, że nie jest to panaceum na wszystkie problemy w zakresie zwalczania bezprawnych treści. Omówienie rodzajów uczenia maszynowego jest co do zasady poprawne.

Słusznie Autor zwraca uwagę na fakt, że automatyzacja w zakresie filtrowania treści rodzi ryzyko nadmiernego blokowania. Najmniejsze ryzyko automatycznego blokowania dotyczy treści identycznych, natomiast problematyka automatycznego filtrowania treści niemal identycznych, wymaga dalszych badań. Ponadto, automatyczne technologie rozpoznawania treści radzą sobie z identycznymi treściami i zmianami w plikach, ale nie rozpoznają kontekstu ich użycia, co jest co

do zasady zgodne z prawdą, aczkolwiek szczególnie wykorzystanie zaawansowanego uczenia maszynowego może wkrótce zasadniczo zmienić stan rzeczy.

W rozdziale I Autor omawia także podmioty zobowiązane do filtrowania treści, w tym przede wszystkim pojęcie dostawcy usługi hostingu oraz zawierające się w tym terminie pojęcie usługi platformy internetowej. Autor jest świadomy znaczenia podziału usługi hostingu na hosting tradycyjny i wirtualny zaproponowanego przez Autora niniejszej recenzji, ale w dalszej części pracy koncentruje się jedynie na zagadnieniu filtrowania w odniesieniu do dostawcy usługi hostingu wirtualnego, co istotnie wpływa na model filtrowania zaproponowany w dalszych rozdziałach pracy.

W **rozdziale II** Autor skupia się na analizie przepisów dotyczących ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług hostingu. W prawie międzynarodowym brak jest przepisów dotyczących obowiązkowej filtracji lub wydawania nakazów wobec pośredników internetowych, natomiast ciekawym aspektem pracy jest zwrócenie uwagi na regulacje dotyczą wyłączenia odpowiedzialności występujące w dwu- lub wielostronnych umowach o wolnym handlu zawieranych przez Unię Europejską lub USA. Autor zwraca także uwagę na istniejące podstawy w art. 50 porozumienia TRIPS, art. 14 ust. 2 Traktatu WIPO o prawie autorskim oraz art. 23 Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach w zakresie stosowania nakazów sądowych lub innych organów przeciwko pośrednikom internetowym, podkreślając jednocześnie brak instytucji obowiązkowej filtracji.

Słusznie zwraca Autor uwagę na fakt, że w orzecznictwie sądów unijnych (nie europejskich (sic!)) można zaobserwować tendencję do rozszerzania zakresu podmiotowego wyłączenia odpowiedzialności dla dostawców usługi hostingu uregulowanego w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE. Trend ten utrzymuje się właściwie od pierwszych orzeczeń TSUE w tym zakresie np. sprawy Google France, czy późniejszego orzeczenia w sprawie eBay, aż do dnia dzisiejszego.

Nie do końca jednak mogę zgodzić się z tezą Autora, że jest to zmiana w stosunku do pierwotnego zamierzenia prawodawcy unijnego. Otóż nie wiadomo do końca, jakie to pierwotne zamierzenie było. Poza oczywiście, wzorowaniem się na amerykańskim DMCA, nie ma pewności, czy wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE miało dotyczyć pierwotnie jedynie hostingu właściwego (usług *data centers*), czy też od początku zakładano, że każda

platforma internetowa przechowująca bezpłatnie treści swoich użytkowników (ang. *user-generated content*) objęta ma być przepisami bezpiecznych przystani.

Nie jest także dla mnie jasne, co Autor miał na myśli pisząc fałszywych dostawcach usług hostingu oraz dostawcach usług hostingu niewystarczająco współpracujących z podmiotami uprawnionymi (konkluzja nr 3 w rozdziale 2). Te dwa terminy, istotne z punktu widzenia postawionej tezy, pojawiają się tylko raz w pracy (sic!) i to w dodatku w podsumowaniu tez rozdziału. Nie można odnaleźć tych pojęć w treści żadnego z rozdziałów pracy, a jest to zagadnienie istotne z punktu widzenia tezy o rozszerzeniu zakresu podmiotowego wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy 2000/31/WE.

Należy, jednakże, zwrócić uwagę na fakt, że Autor dobrze dobiera orzeczenia TSUE i poprawnie analizuje szereg zarówno aktualnych, jak i historycznie istotnych orzeczeń TSUE mających kluczowe znaczenie dla analizowanych kwestii. To silna strona pracy, która będzie pomagać zarówno teoretykom, jak i praktykom w analizie zmieniającej się praktyki orzeczniczej w UE.

Jednym z kluczowych orzeczeń poddanych analizie jest wyrok TS w sprawie *Eva Glawischnig-Piesczek*, który zdaniem Autora daje możliwość wydania nakazu wymagającego stosowania oprogramowania filtrującego wobec dostawców usługi hostingu, pomimo dość jednoznacznego brzmienia art. 15 dyrektywy 2000/31/WE oraz orzecznictwa TSUE w takich sprawach, jak Netlog. Piotr Skibicki podkreśla także zmianę w sposobie wykładania zakazu ogólnego monitorowania wynikającego z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, podkreślając, że „o ile wcześniej z przepisu tego wywodzonego zakaz ogólnego obowiązku nadzorowania informacji rozumiany jako brak możliwości zobowiązania podmiotu pośredniczącego do poszukiwania konkretnych naruszeń wśród całej przechowywanej przez niego zawartości, o tyle wskutek tego orzeczenia, regulację tę rozumie się jako zakaz nakładania na takie podmioty obowiązku sprawdzania legalności wszystkich przechowywanych treści.” (wniosek 2, rozdział 3). Na ile zmiana ta będzie miała większe znaczenie z perspektywy zwalczania bezprawnych treści pokaże dopiero czas. Nowe ujęcie wcale nie musi prowadzić do zwiększenia fali nakazów filtrowania treści objętych prawem autorskim.

Interesujące są wywody w odniesieniu do orzeczenia TSUE w sprawie *YouTube*, które zdaniem Autora w sposób bezpośredni i szczegółowy uregulowało bezpośrednią odpowiedzialność dostawców usług hostingu w zakresie naruszenia

praw autorskich odrywając się od dosłownej treści art. 3 ust. 1 dyrektywy InfoSoc. Zdaniem Autora, kryterium odnoszące się do wiedzy usługodawcy o naruszeniach prawa autorskiego za jego pośrednictwem, są w istocie „ściśle połączone i pomieszczone” z przesłankami wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym. To prawda, ale nie jest to jednak pierwszy przypadek w którym TSUE miesza i łączy przesłanki odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy 2000/31/WE, by wspomnieć chociażby o orzecznictwie dotyczącym stosowania hiperlinków (por. wyrok TSUE w sprawie GS Media).

Prócz analizy orzecznictwa warto podkreślić dwie inne kwestie w pracy Piotra Skibickiego: analiza prawodawstwa amerykańskiego oraz wywody w zakresie teorii odpowiedzialności bezpośredniej i pośredniej. Cieszy fakt, że Autor podjął się badań nad regulacją problematyki filtrowania treści w USA i doszedł do wniosku, że brakuje przepisów na poziomie federalnym wymagających stosowania filtracji treści przez dostawców usług hostingu (wykładając kluczowy przepis §512 Tytułu 17 USC). Pewien niedosyt budzi fakt, że nie wiadomo w istocie, czy amerykańska doktryna rozważała kwestię filtrowania treści przez dostawców usług hostingu właściwego, czy tylko przechowywania treści przez platformy internetowe. Interesujące są też badania prawa amerykańskiego w tym zakresie, które wydaje się nie przewidywać możliwości wydania nakazu filtracji treści w drodze orzeczenia sądowego (na uwagę zasługuje analiza sprawy Veoh II), a także powodów brakuje przyjęcia regulacji analogicznej do art. 17 DSM w prawie USA. Analiza prawa amerykańskiego z perspektywy obowiązku filtracji to także jedna z silniejszych stron pracy doktorskiej Piotra Sibickiego.

Interesujące są też konkluzje Autora w odniesieniu do rozróżnienia odpowiedzialności bezpośredniej i pośredniej w dorobku orzecznictwym TSUE, które Piotr Skibicki ocenia krytycznie: *„Nieostre okazuje się rozróżnienie pomiędzy zharmonizowaną odpowiedzialnością bezpośrednią (pierwotną), a niezharmonizowaną odpowiedzialnością pośrednią (wtórną) dostawcy usługi hostingu w prawie UE . Jest to o tyle niefortunne, że w wypadku odpowiedzialności bezpośredniej konieczne będzie określenie, czy taki podmiot może korzystać z wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 ECD, czy też nie. Tak zarysowany całokształt stanu prawnego odpowiedzialności bezpośredniej za naruszenie praw autorskich w UE ciężko zatem ocenić pozytywnie.”* Z pewnością, ramy prawne dotyczące odpowiedzialności pośredników internetowych wymagają dalszych prac i

dopiero upływ czasu pokaże, czy przyjęcie DSA przyniesie poprawę sytuacji w tym zakresie.

Poprawne są też rozważania Autora dotyczące prawa polskiego, w tym zagadnienia regulacji odpowiedzialności pośredniej dostawcy usługi hostingu z art. 422 KC, a odpowiedzialności nakazowej w art. 439 KC. W szczególności w odniesieniu do odpowiedzialności nakazowej można zgodzić się z tezą Autora o konieczności respektowania wyników stosowania zasady skutku pośredniego wynikającego z prawa unijnego przy wykładaniu art. 439 KC: *„Podstawę normatywną odpowiedzialności nakazowej dostawcy usługi hostingu stanowi w polskim prawie art. 439 KC. Kluczową przesłanką jego zastosowania jest wykazanie bezprawności w zachowaniu adresata takiego nakazu. Przykładem takiego bezprawnego zachowania po stronie dostawcy usługi hostingu byłoby niepodjęcie niezwłocznej reakcji w zakresie usunięcia lub zablokowania treści naruszającej prawa autorskie po otrzymaniu stosownego zawiadomienia. Niemniej jednak wedle dominującego poglądu w polskiej doktrynie przepis ten nie pozwala na zastosowanie nakazu przeciwko „stronie niewinnej”. Czyniłoby to obecny system w Polsce niezgodny z wymogami prawa unijnego poprzez brak wdrożenia art. 8 ust. 3 dyrektywy InfoSoc i art. 11 zdanie 3 dyrektywy 2004/48. Ze względu jednak na zastosowanie wykładni prounijnej tego przepisu oraz oparcie się o najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak również nowy pogląd w doktrynie w zakresie stosowania art. 439 KC, możliwe jest wyłożenie tego przepisu w sposób, który umożliwiłoby pełne zastosowanie art. 8 ust. 3 dyrektywy InfoSoc i art. 11 zdanie 3 dyrektywy 2004/48 w prawie polskim.”* Dążenie do osiągnięcia takiego rezultatu wykładni prawa krajowego, aby był on zgodny z celem dyrektywy jest jednym z kluczowych zadań nie tylko badaczy prawa, ale także praktyków prawa autorskiego.

W **rozdziale 3** Autor poszukiwał podstaw do nałożenia obowiązków filtracji w celu przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego zarówno w dyrektywy o handlu elektronicznym (motyw 48 ECD), jak i w nakazach sądowych wynikających z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE, art. 9 ust. 1 lit. a) i art. 11 zdanie 3 dyrektywy 2004/48. Istotnie, przed przyjęciem art. 17 DSM istniały podstawy do wydawania nakazów sądowych zarówno w oparciu o zharmonizowane przepisy unijnego prawa autorskiego, jak i w oparciu o dyrektywę o handlu elektronicznym, która nie tylko w motywie 48 ustanowiła taką możliwość, ale przeniosła ją do części normatywnej przepisów, statuując m.in. w art. 14 ust. 3 możliwość wydawania takich nakazów zarówno przez sądy, jak i organy administracji.

Autor słusznie zwraca uwagę na fakt, że nakaz sądowy filtracji treści powinien określać zarówno jego granice czasowe (tak długo jak jest to konieczne do osiągnięcia stawianego mu celu), jak i terytorialne (terytorium określonego państwa przez wzgląd na zasadę terytorializmu prawa autorskiego). Piotr Skibicki stawia także postulat o konieczności zastosowania testu proporcjonalności w celu znalezienia właściwej równowagi między prawami właścicieli praw autorskich, prawami dostawców usług hostingu, jak i użytkowników platform internetowych. Trudno się nie zgodzić z takim postulatem. Zasada proporcjonalności to jedna z naczelných zasad w prawie unijnym, która powinna być stosowana przez wszystkie sądy i organy administracji nie tylko do rozstrzygania problemów dotyczących prawa autorskiego, ale i innych dziedzin prawa.

W ramach prowadzonych badań Autor zidentyfikował sześć państw członkowskich Unii Europejskiej, które dopuszczają możliwość nałożenia obowiązku filtrowania treści objętych prawami autorskimi w wyniku zastosowania nakazów sądowych: Niemcy, Austria, Holandia, Włochy, Polska oraz Francja. Nakazy filtracji w celu ochrony praw autorskich są stosowane jedynie w kilku państwach członkowskich, a ich zakres i rodzaj wymagają decyzji sądowej.

Co istotniejsze, na bazie analizy orzecznictwa oraz literatury technicznej, Autor doszedł do wniosku, że za najskuteczniejsze techniczne sposoby realizacji filtrowania treści to fingerprinting oraz nakaz *notice-and-searchdown*. O ile ten drugi nie wymaga wdrożenia zaawansowanej technologii, a właściwie pracy rąk ludzkich przy identyfikacji wyników wyszukiwania, o tyle fingerprinting może być już poza zasięgiem dużej części platform internetowych. Ustalenia te będą zapewne zmieniały się w czasie wraz z rozwojem zarówno technologii, jak i orzecznictwa sądowego, które – warto przypomnieć – często świadomie stroniło od wskazywania konkretnej technologii, która powinna być wykorzystana do filtrowania treści naruszających prawa autorskie.

Rozdział 4 jest nieco zaskakujący w tym sensie, że dotyczy on zagadnień dotyczących zagadnień ekonomicznych, w tym kondycji branży muzycznej, dominujących modeli biznesowych serwisów strumieniowych, czy analizy zjawiska piractwa internetowego wśród młodzieży. Tego typu obserwacje rynkowe zasługują na pochwałę i powinny stanowić element każdej pracy doktorskiej. Rozdział ten powinien jednak otwierać pracę doktorską, ponieważ nie stanowi oryginalnych badań, a jedynie zestawienie wyników cudzych badań w tym obszarze.

Na wstępie należy podkreślić istotną konstatację wynikającą z ustaleń samej branży muzycznej, która zarówno w Unii Europejskiej, jak i w USA znacząco zwiększyła swoje zyski dzięki technologii strumieniowej (ang. *streaming*), odnotowując w 2021 roku rekordowe przychody w XXI wieku. Efektem analizy raportów jest pozytywny trend w zakresie naruszeń prawa autorskiego w Polsce, szczególnie w odniesieniu do naruszeń praw do utworów muzycznych - wg badań EUIPO z 2020 r. państwem z najmniejszym poziomem piractwa internetowego w Unii Europejskiej. Autor podkreśla także fakt, że piractwo internetowe jest w odwrocie zarówno w Polsce, jak i w UE, a świadomość obywateli w zakresie prawa autorskiego wciąż rośnie.

Duża część tego rozdziału skupia się na problemie *value gap*, a więc luki wartości, wynikającej z faktu, że duże platformy internetowe nie są skłonne do zapłaty „należnego i uczciwego” wynagrodzenia podmiotom uprawnionym. Autor zauważa przy tym, że problem ten dotyczy właściwie tylko branży muzycznej w starciu z platformą YouTube. Autor stawia przy tym tezę, że *„kwota jaką YouTube powinien wypłacać artystom jest ciężko mierzalna i stale ulega zmianom. Przesadzone wydaje się porównanie pomiędzy YouTube a serwisami strumieniowymi takimi jak Spotify, czy Apple Music, ponieważ działa on na innych zasadach biznesowych (co do zasady nie jest kanałem subskrypcyjnym, a zarabia na reklamach) oraz jest platformą UGC, udostępniającą o wiele więcej rodzajów treści niż tylko pliki muzyczne.”* Cieszy fakt rozumienia przez Autora różnych modeli biznesowych, które stanowią mechanizm generowania pieniędzy na różne sposoby przez wspomniane przedsięwzięcia internetowe: od dochodów z reklam po dochody z subskrypcji.

Wiele z uwag zawartych w tym rozdziale ma charakter wiedzy dość powszechnej. Po pierwsze, Autor zauważa, że świadomość legalnych treści rośnie, a serwisy subskrypcyjne, takie jak Netflix i Spotify, pomagają w rozwiązaniu problemu piractwa internetowego. Po drugie, zaostrenie prawa autorskiego może mieć tylko chwilowy efekt. Po trzecie, Autor sugeruje, że problem piractwa internetowego dotyczy głównie młodych ludzi, którzy często nie zdają sobie sprawy z konsekwencji prawnych i ekonomicznych (można mieć w tym względzie poważne wątpliwości – bardziej prawdopodobna wydaje się hipoteza, że młodzi ludzie świadomość mają ale nie chcą płacić za treści, które mogą pozyskać za darmo). Po czwarte, zamiast surowszego prawa, Autor proponuje się edukację i wsparcie finansowe jako rozwiązanie. Na koniec, Autor krytykuje KE za oparcie reformy prawa autorskiego na podmiotach uprawnionych i brak danych statystycznych oraz rzetelnych badań

empirycznych. Wreszcie, Autor podkreśla, że zmiany prawne powinny być oparte na wiarygodnych badaniach i analizach.

Trudno się nie zgodzić z powyższymi poglądami, ale jednocześnie wypada podkreślić, że mają one bardziej charakter publicystyczny, niż naukowy. Stąd też, lepiej byłoby, gdyby w ostatecznej wersji publikacji rozdział ten znalazł się na samym początku pracy.

Rozdziały 5 i 6 dotyczą już tylko kontrowersyjnego artykułu 17 DSM, a w szczególności ustępu 4 tego przepisu, który brzmi: „4. *Jeżeli nie udzielono zezwolenia, dostawcy usług udostępniania treści online ponoszą odpowiedzialność za nieobjęte zezwoleniem czynności publicznego udostępniania, w tym podawania do wiadomości publicznej, chronionych prawem autorskim utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, chyba że wykażą, że: a) dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia, oraz b) dołożyli wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze – aby zapewnić brak dostępu do poszczególnych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje; oraz w każdym przypadku c) działali niezwłocznie po otrzymaniu odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia od podmiotów uprawnionych w celu zablokowania dostępu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, których dotyczy zastrzeżenie, lub usunięcia ich ze swoich stron internetowych, a także dołożyli wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczeniu zgodnie z lit. b).*”

Przepis ten – choć nie wybrzmiewa to wprost - wprowadza zdaniem Autora obowiązek automatycznej filtracji treści naruszających prawa autorskie oraz jednocześnie tworzy ryzyko nadmiarowego blokowania treści (ang. *overblocking*), naruszając tym samym prawa podstawowe użytkowników serwisu. Przyjęta konstrukcja zawiera także poważne luki poprzez niedookreślenie chociażby takich pojęć jak „*duża liczby chronionych prawem autorskim utworów*” w definicji platformy internetowej, co może prowadzić m.in. do poważnych problemów z ustaleniem zakresu podmiotowego obowiązku wyrażonego w tym przepisie, uderzając tym samym w interesy właścicieli platform internetowych.

Istotnie, źródła obowiązku stosowania filtracji przechowywanych treści dla platform internetowych należy upatrywać w art. 17 ust. 4 lit. b) i c) DSM określających warunki wyłączenia odpowiedzialności tychże za udostępnienie treści użytkowników

bez posiadania wymaganego zezwolenia od podmiotów uprawnionych. I rzeczywiście, należy zgodzić się z wnioskiem, iż wbrew literalnemu brzmieniu tego przepisu w istocie oznacza on nałożenie obowiązku filtrowania treści przy użyciu technologii automatycznego rozpoznawania treści, co zostało potwierdzone w doktrynie, jak i w wyroku TS w sprawie C-401/19, w którym Rzeczpospolitej Polskiej nie udało się przekonać sędziów Trybunału, że przepis ten jest niezgodny z prawem do wolności wypowiedzi zagwarantowanym w art. 11 Karty Praw Podstawowych.

Autor podejmuje bardzo szczegółową próbę wyznaczenia zakresu obowiązku filtrowania treści, poczynając od pojęcia „dołożenia wszelkich starań” przez skutki filtrowania względem danych osobowych użytkowników po zawłości związane z koniecznością stosowania zasady proporcjonalności czy rozstrzygnięcia skarg użytkowników przez ludzkiego moderatora. Istotnie, model odpowiedzialności wprowadzony w tym przepisie zaczyna zbliżać nas do USA, jednakże z tą uwagą, że obowiązujący za oceanem *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) nie został zmieniony i w odniesieniu do naruszeń prawa autorskiego nadal obowiązuje tam system *notice-and-takedown*, a nie obowiązek automatycznego filtrowania treści, jak w art. 17 DSM.

Autor analizuje historię tego przepisu i zauważa tendencję w zakresie prób ograniczenia negatywnych następstw obowiązku automatycznej filtracji w relacji do praw użytkowników. Należy się zgodzić ze stanowiskiem, że obowiązek filtrowania treści dla platform internetowych wynikający z art. 17 ust. 4 DSM, w praktyce oznacza zapewne konieczność stosowania technologii automatycznego rozpoznawania treści, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości UE w swoich orzeczeniach, a co stanowi potencjalnie daleko idące ograniczenie praw podstawowych użytkowników Internetu ze względu na ograniczenia technologiczne tego typu rozwiązań. Obowiązek ten dotyczy wszystkich rodzajów utworów, jednocześnie nie określając sankcji za naruszenia obowiązków osiągnięcia rezultatu, co powinno być uregulowane przez prawo krajowe.

Krytyczne uwagi w tym zakresie przyjętej konstrukcji nadają się do obrony, tym bardziej, że przepis ten wraz z towarzyszącymi mu motywami jest wyjątkowo obszerny, kazuistyczny i bardzo trudny w lekturze, ukrywając wiele kluczowych dla wolności Internetu wyborów w przepisach, które nigdy nie posługują się otwarcie terminami, takimi jak filtrowanie treści, czy cenzura.

Jednakże, teza Autora, że przyjęty model regulacji dostawców usług hostingu istotnie zmienia dotychczasową konstrukcję odpowiedzialności pośredników internetowych zawartą przede wszystkim w art. 12-14 dyrektywy o handlu elektronicznym może być poddana krytyce. Po pierwsze, powyższe założenie jest słuszne jedynie na pierwszy rzut oka. Uwzględniając rozwój regulacji unijnych w innych obszarach treści bezprawnych, należałoby raczej uznać, że art. 17 DSM to ewolucja, a nie rewolucja w obszarze regulacji treści w sieci.

Art. 17 DSM nie burzy – co zdaje się sugerować Autor, dotychczasowego modelu odpowiedzialności pośredników internetowych, a jedynie wprowadza kolejne odstępstwa od zasady wyłączenia odpowiedzialności za przechowywanie bezprawnych treści przez dostawców usług hostingu, *cachingu* i *mere conduit* za przechowywane, czy przekazywane treści. Należy bowiem pamiętać, że podobne w swej istocie odstępstwa w zakresie art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym zostały nałożone na pośredników w Unii Europejskiej w obszarze treści pornograficznych z udziałem dzieci oraz treści terrorystycznych. W obszarach tych nie mamy w istocie możliwości zasłonięcia się przepisami zapewniającymi bezpieczną przystań dla pośredników, którzy muszą podejmować działania proaktywne.

Fakt istnienia odrębnych regulacji stanowiących odstępstwo od modelu wyrażonego w art. 14 dyrektywy 2000/31/WE wydaje się umykać uwadze Autora, który odwołując się w wielu miejscach swojej pracy do zagadnienia filtracji treści pornograficznych czyni to praktycznie zawsze w kontekście doktryny prawa anglosaskiego, nie uwzględniając unijnych regulacji w tym zakresie. Z kolei, w obszarze treści terrorystycznych, wątek ten jest zaledwie wzmiankowany na początku pracy, aczkolwiek Autor wydaje się być świadomy istnienia odrębnej regulacji w tym zakresie, nie rozwija jednak tego wątku szerzej. („Zob. w szczególności art. 28b dyrektywy 2010/13 oraz art. 5 rozporządzenia 2021/784 w sprawie przeciwdziałania rozpowszechnianiu w internecie treści o charakterze terrorystycznym”). Warto byłoby, aby Autor przyjrzał się bliżej modelowi odpowiedzialności dostawcy usługi hostingu za treści terrorystyczne czy pornografię dziecięcą, chociażby w świetle motywu nr 7 rozporządzenia 2021/784. Nie powinno więc ulegać wątpliwości, że obowiązujący jeszcze model wyrażony w dyrektywie o handlu elektronicznym był w istocie zmieniony już dwukrotnie przed uchwaleniem dyrektywy DSM.

Po drugie, przyjmując, jak chce Autor, że przepis ten wprowadza w istocie ukryty obowiązek filtrowania treści w sposób analogiczny do tego, jak działa technologia ContentID wykorzystywana przez YouTube, czy *Audible Magic* wdrożona w serwisach Vimeo, Dailymotion oraz Soundcloud, należałoby zwrócić większą uwagę na technologiczne możliwości poszanowania art. 17 ust. 7 DSM, który zakłada obowiązek filtrowania w sposób szanujący wyjątki i ograniczenia wyrażone w prawie autorskim, co samo w sobie jest bardzo złożonym problemem i powinno być poddane dużo głębszej analizie w pracy Piotra Skibickiego. Mowa o ustępie, który brzmi: *„Państwa członkowskie zapewniają, aby użytkownicy w każdym państwie członkowskim mogli opierać na następujących obowiązujących wyjątkach lub ograniczeniach przy zamieszczaniu i udostępnianiu treści wygenerowanych przez użytkowników w ramach usług udostępniania treści online: a) cytowanie, krytyka, recenzowanie; b) korzystanie do celów karykatury, parodii lub pastiszu.”* Szkoda, że Autor jedynie wymienia wspomniane technologie, natomiast nie bada ich ograniczeń głębiej. W gruncie rzeczy, techniczne ograniczenia ContentID, czy *Audible Magic* mogłyby dostarczyć znacznie poważniejszych argumentów na rzecz krytyki art. 17 DSM, niż analiza dogmatyczna.

Odnosząc się do postulatów Autora, że prawodawca krajowy wdrażając art. 17 DSM mógłby wyłączyć z zakresu zastosowania tego przepisu mniejsze platformy internetowe, należy zwrócić uwagę na fakt, że jest to propozycja dość śmiała, choć sprzeczna z brzmieniem Wytycznych KE dotyczących art. 17 dyrektywy 2019/790 w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym. Wskazują na to dwa fragmenty owych Wytycznych. Po pierwsze, fragment wyraźnie mówiący o roli małych platform internetowych w odniesieniu do organizacji zbiorowego zarządu: *„Chociaż od dużych dostawców usług posiadających dużą grupę odbiorców w kilku lub wszystkich państwach członkowskich można oczekiwać dotarcia do dużej liczby podmiotów uprawnionych w celu uzyskania zezwoleń, od mniejszych dostawców usług o ograniczonej grupie odbiorców lub o zasięgu krajowym można oczekiwać aktywnego nawiązania kontaktu jedynie z odpowiednimi organizacjami zbiorowego zarządzania i ewentualnie z kilkoma innymi łatwymi do zidentyfikowania podmiotami uprawnionymi. Ci mniejsi dostawcy usług musieliby zadbać o to, aby inne podmioty uprawnione mogły się z nimi łatwo skontaktować, na przykład poprzez udostępnienie na swojej stronie internetowej przejrzystych danych kontaktowych lub narzędzi ad hoc. Byliby oni zobowiązani do nawiązania kontaktu ze wszystkimi podmiotami uprawnionymi, które zwrócą się do nich z propozycją*

udzielenia licencji.”(s.10). Jak i drugi fragment dotyczących oczekiwań KE względem stosowanych technologii przez mniejszych graczy: „Rodzaj i wielkość grupy odbiorców usługi: można oczekiwać, że więksi dostawcy usług z dużą grupą odbiorców będą wdrażać bardziej zaawansowane rozwiązania/technologie niż inni dostawcy usług o ograniczonej liczbie odbiorców i ograniczonych zasobach. Bardziej proporcjonalne mogłoby być oczekiwanie, że mniejsi dostawcy usług będą korzystać z prostszych rozwiązań (takich jak metadane lub wyszukiwanie według słów kluczowych), o ile rozwiązania te nie prowadzą do nadmiernego blokowania treści, co jest sprzeczne z ust. 7 i 9” (str. 15 Wytycznych).

Autor stawia także tezę, iż obowiązek nadzoru przewidziany w ramach art. 17 DSM należałoby uznać, w świetle zmiany podejścia TS do wykładni „ogólnego obowiązku nadzoru” z artykułu 15 dyrektywy 2000/31/WE w sprawie *Eva Glawischnig-Piesczek*, za obowiązek nadzoru szczególnego. Istotnie, dyrektywa o handlu elektronicznego dopuszcza stosowanie tego typu rozróżnienia. Wydaje się, że art. 17 DSM nie narusza nie tylko tego fundamentalnego przepisu, ale także ducha orzeczeń TSUE wyrażonych w sprawach *SABAM* oraz *Scarlet Extended*, co także wybrzmiewa z pracy Piotra Skibickiego.

W rozdziale 6 Autor poddaje krytyce Wytyczne Komisji Europejskiej wydane 4 czerwca 2021 r. na podstawie art. 17 ust. 10 DSM. Zdaniem Autora, najbardziej problematyczna jest proponowana w nich procedura filtrowania treści oznaczonych przez podmioty praw autorskich jako związanych ze znaczącą szkodą gospodarczą, a także niedostatecznie precyzyjne określenie oczekiwanych działań platform internetowych, form przekazywania informacji przez podmiot uprawniony, jak i możliwości stosowania przepisów wchodzącego niedługo w życie rozporządzenie *Digital Services Act*.

W dalszej części pracy, Autor analizuje poglądy doktryny, która w większości przyjmuje, że automatyczna filtracja powinna dotyczyć treści w oczywisty sposób naruszających prawa autorskie, a w obszarze treści użytkowników o charakterze transformatywnym blokowanie powinno być poprzedzone decyzją człowieka, a nie algorytmu. Ważne są także spostrzeżenia i propozycje doktryny w zakresie zwiększenia gwarancji praw użytkowników z których znacząca część znalazła wydzźwięk w przepisach Aktu o Usługach Cyfrowych (flagowanie treści, wykorzystanie statusu podmiotu zaufanego, stworzenie instytucji pośredniczącej, udostępnienie algorytmów na podstawie których działa system filtracji,

wprowadzenie sankcji na wypadek nieprawidłowego wykonania obowiązków przez platformę internetową, stworzenie repertorium utworów dostępnych nieodpłatnie).

Dalej, Piotr Skibicki analizuje sposoby wdrożenia tego przepisu w państwach członkowskich, podkreślając, że jedynie Niemcy i Austria uczyniły to w sposób wystarczająco szczegółowy i wykraczający poza brzmienie komentowanego przepisu, jak i Wytycznych KE. Analizie poddany został także polski projekt implementacji tego przepisu. Wreszcie, Autor zarysowuje własną propozycję stosowania filtracji treści w ramach art. 17 DSM, którą warto streścić w następujący sposób:

1. filtracji powinny podlegać jedynie treści oczywiście naruszające prawo autorskie, przez co rozumieć należy treści identyczne i równoznaczne z utworami chronionymi;
2. możliwość nadania szczególnej wagi chronionym utworom przez podmioty uprawnione jako wiążące się z możliwością utraty znacznego majątku;
3. nacisk na wdrożenie mechanizmów filtrowania z wykorzystaniem technologii fingerprintingu w stosunku do innych mechanizmów, jak np. hashing, czy słowa kluczowe;
4. przyjęcie zasady, utrzymania jako dostępnych publicznie treści będących przedmiotem sporu aż do zakończenia oceny przez człowieka, za wyjątkiem treści strumieniowanych na żywo (wydarzenia sportowe, premiery filmowe itd.
5. Wprowadzenie dodatkowych sankcji pieniężnych na wypadek naruszenia przez platformę internetową zakazu nadmiernego blokowania treści legalnych.

W ostatnim rozdziale zatytułowanym **Wnioski końcowe**, Autor podsumowuje główne ustalenia swojej pracy, weryfikując ostatecznie hipotezę główną swojej rozprawy, a mianowicie, że *„ewentualne ryzyka związane ze stosowaniem obowiązkowej filtracji treści przez dostawców usługi hostingu mogą zostać skutecznie zniwelowane”*. Wnioski są rozbudowane i precyzyjnie odnoszą się do postawionych wcześniej hipotez pomocniczych.

Przykładowo, jednym ze sposobów niwelowania owych ryzyk jest ograniczenie obowiązku filtrowania treści przez platformę internetową jedynie plików przekazanych przez podmiot uprawniony (w przeciwieństwie do nakazu sądowego, który mógłby potencjalnie wyjść poza tak zakreślony zakres obowiązku

automatycznego filtrowania). Co więcej, we wnioskach końcowych Autor emanuje dużo bardziej pozytywną energią, niż w części analitycznej rozprawy. Artykuł 17 ma być korzystny dla mniejszych podmiotów, a przesyłanie plików do dostawcy usług hostingu ma pomóc w stworzeniu bazy danych o chronionych utworach, co z resztą postulował recenzent niniejszej rozprawy już ponad dekadę temu. Autor argumentuje, że dzięki wprowadzeniu art. 17 DSM, użytkownicy będą mieli w istocie więc praw, niż przed jego uchwaleniem, a to przez wzgląd na procedurę rozpatrywania skarg. Dodajmy, jednakże, że procedura przewidziana w DSM ma się nijak do znacznie bardziej rozbudowanej procedury przewidzianej w uchwalonej już w formie rozporządzenia procedury pozasądowego rozstrzygnięcia sporów w Akcie o Usługach Cyfrowych. Będzie wywoływać to słuszne pytania o to, jak zarządzać wszystkimi rodzajami potencjalnie bezprawnych treści w sposób jednolity bez względu na typ utworu.

6. Wykorzystany w pracy materiał źródłowy.

Autor wykorzystuje bardzo bogaty materiał źródłowy w swojej pracy. Na szczególną uwagę zasługuje bogactwo przeanalizowanej literatury prawniczej z krajów anglosaskich. Prawidłowo przywołuje i analizuje prawo pierwotne i wtórne w odniesieniu do odpowiedzialności pośredników internetowych. Prócz dyrektywy o handlu elektronicznym przywołuje i analizuje wszystkie inne akty prawa wtórnego, w tym przede wszystkim art. 17 DSM. Autor poprawnie posługuje się orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Omawia wszystkie najważniejsze opinie rzeczników generalnych oraz orzeczenia TSUE dotyczące problematyki bezprawności treści.

Konkluzja

Praca Rafała Skibickiego jest oryginalnym wkładem w rozwój nauki prawa nowych technologii w Polsce. Praca stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego i wykazuje ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w danej dyscyplinie naukowej oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.

Praca zasługuje na wyróżnienie przede wszystkim ze względu na poziom opracowania naukowego problemu, który nie został w polskiej literaturze prawniczej poddany do tej pory głębszej refleksji naukowej. Praca uwzględnia najnowszą literaturę prawniczą i orzecznictwo TSUE, a sama rozprawa jest bardzo dobrze ustrukturyzowana i napisana bardzo dobrym językiem prawniczym.

Nie oznacza to, że praca jest wolna od wad. Rozprawę ulepszyliby:

- (1) Pogłębienie analizy o ramy prawne i metody zwalczania pornografii dziecięcej oraz treści terrorystycznych jako wcześniejszych historycznie odstępstw od modelu określonego w art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym;
- (2) dostrzeżenie różnic, jakie niesie ze sobą nałożenie obowiązku filtrowania treści względem dostawców usługi hostingu właściwego i platform internetowych (szczególnie w zakresie obowiązków centrów danych względem samych platform internetowych);
- (3) rozszerzenie analizy o dostawców usług telekomunikacyjnych, którzy mogą i stosują metody filtrowania treści, takie chociażby jak *Deep Packet Inspection*;
- (4) pogłębienie analizy najważniejszych przepisów Aktu o Usługach Cyfrowych względem obowiązującego dziś reżimu prawnego, szczególnie w odniesieniu do mechanizmów, takich jak skutki zgłoszeń dokonanych przez *trusted flaggers*, czy pozasądowy system rozstrzygania sporów;
- (5) wyjaśnienie pojęć, które pojawiają się jednokrotnie w tekście, takich jak fałszywi dostawcy usług hostingu oraz dostawcy usług hostingu niewystarczająco współpracujący z podmiotami uprawnionymi;
- (6) pogłębienie analizy technologii filtrujących, takich jak ContentID, oraz innych dostępnych rozwiązań technologicznych;
- (7) uwzględnienie nie tylko orzecznictwa TSUE, ale także skutków orzeczeń ETPCz w zakresie filtrowania treści, jak chociażby kontrowersyjnego wyroku w sprawie *Delfi*.

Konkludując, rozprawa doktorska Rafała Skibickiego spełnia wymogi przewidziane w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. z 2017 r., poz. 859).

Tym samym, uważam, że **zrecenzowana praca może być podstawą nadania Kandydatowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych.**

Dr hab. Przemysław Polański