

Programowanie jako działalność twórcza o indywidualnym charakterze

Łukasz Zimończyk

Streszczenie

W prezentowanym artykule autor opisuje przesłanki uznania za utwór w rozumieniu prawa autorskiego programu komputerowego. Przedstawione zostały przesłanki indywidualnego charakteru i działalności twórczej. Autor porusza kwestię programowania jako działalności kreatywnej i zmieniające się na przestrzeni lat podejście judykatury do tego zagadnienia, z punktu widzenia specyfiki oprogramowania. Scharakteryzowano także wymogi indywidualnego charakteru tego rodzaju dzieł i doboru koncepcji odpowiednich dla ich należytej oceny oraz przyznania im ewentualnie ochrony przewidzianej reżimem prawa autorskiego, uwzględniając poglądy nauki prawa, a także orzeczenia sądów polskich, sądów europejskich oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przedstawione zagadnienia są odpowiedzią na rosnącą liczbę programów komputerowych w obrocie i konieczność ich analizy z punktu widzenia prawa autorskiego.

Słowa kluczowe: program komputerowy, prawo autorskie, indywidualny charakter, działalność twórcza

* Ukończył aplikację sądową i studia doktoranckie na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach. Student teologii Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie.

Na przełomie tysiącleci jesteśmy świadkami bezprecedensowego rozwoju i wzrostu znaczenia komputeryzacji i informatyzacji we wszystkich dziedzinach życia codziennego i publicznego. Jeszcze w latach 70. i 80. ubiegłego wieku korzystanie z komputerów zarezerwowane było dla stosunkowo wąskiej grupy naukowców, programistów i pasjonatów. Wraz z upowszechnieniem się komputerów osobistych nastąpiła jednak prawdziwa rewolucja komputerowa, która z czasem objęła swoim zasięgiem wszystkie sfery funkcjonowania człowieka, od nauki, przemysłu i biznesu, po życie społeczne. Na znaczeniu zyskały również programy komputerowe, niezbędne do poprawnego funkcjonowania każdego komputera. Na powyższą sytuację musiał zareagować system prawny. W Europie, a tym samym także w naszym kraju kwestie związane z programami komputerowymi zostały włączone w system prawa autorskiego. Przepisy te w polskim prawie autorskim¹ (dalej: u.p.a.p.p.) stanowią implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/24/WE z 23.4.2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych². Dyrektywa ta zastąpiła początkowo wprowadzoną dyrektywę nr 91/250/EWG z 14.5.1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych³. Ponadto na gruncie międzynarodowym ochrona programów komputerowych jest regulowana w pierwszym rzędzie przez konwencję berneńską⁴, ale również przez porozumienie TRIPS⁵ oraz Traktat WIPO o prawie autorskim (WTC)⁶.

W rezultacie powyższych uregulowań programy komputerowe stały się utworami chronionymi jak dzieła literackie. Niezbędne jest wszakże, tak jak w przypadku utworów literackich, spełnienie przez nie wymogów stawianych przez prawo autorskie. Wobec masowego stosowania standardowych rozwiązań programistycznych precyzyjniejsze określenie ram owych wymogów nie jest zadaniem łatwym, zwłaszcza dla judykatury. Programy komputerowe tworzone były niegdyś przez wąskie grono fachowców i programistów, często jeszcze w oparciu o zapis binarny czy asembler. Aktualnie programy komputerowe projektowane są masowo dla wielu celów i niekoniecznie przez wysokiej klasy specjalistów, którzy korzystają ze specjalnie do tego stworzonych aplikacji.

¹ Ustawa z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 880 ze zm.

² Dz. Urz. UE L 111/16 z 5.5.2009 r.

³ Dz. Urz. WE L 122 z 17.5.1991 r.

⁴ Konwencja berneńska z 9.9.1886 r. o ochronie dzieł literackich i artystycznych była wielokrotnie rewidowana i uzupełniana. Ostatni tekst konwencji (akt paryski) sporządzony został 24.7.1971 r. i poprawiony 2.10.1979 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474).

⁵ Porozumienie z 15.4.1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz. U. 1996 r. Nr 32, poz. 143, załącznik nr).

⁶ Dz. U. z 2005 r. Nr 3, poz. 12. W Rzeczypospolitej Polskiej Traktat wszedł w życie 23.3.2004 r., a w stosunku do Unii Europejskiej – 14.3.2010 r. (Dz. Urz. UE L 32 z 4.2.2010 r.).

1. Konieczność kumulatywnego spełnienia przesłanek

Próby określenia przesłanek uznania programu komputerowego za utwór podlegający ochronie prawa autorskiego należy podejmować w odniesieniu do art. 74 w zw. z art. 1 u.p.a.p.p. Każdy aspirujący do tego program komputerowy stanowić musi przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci. Jedynie utwór spełniający kumulatywnie powyższe cechy indywidualności, oryginalności oraz ustalenia będzie objęty ochroną prawa autorskiego⁷. Jak wspomniano wyżej, przepisy prawa autorskiego stanowią implementację dyrektywy nr 2009/24/WE z 23.4.2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, która posługuje się terminami nieco innymi, aczkolwiek zbliżonymi pojęciowo. W art. 1 ust. 3 tej dyrektywy wskazano bowiem, że program komputerowy podlega ochronie, jeżeli jest oryginalny w takim rozumieniu, że jest własną intelektualną twórczością jego autora. Żadnych innych kryteriów nie stosuje się przy dokonywaniu jego kwalifikacji do ochrony. Wbrew pozorom przesłanki uznania programu komputerowego za utwór zostały sformułowane podobnie zarówno w polskim prawie autorskim, jak i we wspomnianej dyrektywie. Wskazuje się jednak, że kierunek rozwoju orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS UE) wyklucza bardziej restrykcyjną interpretację art. 1 u.p.a.p.p.⁸. Nie ulega zatem wątpliwości, że w obowiązującym stanie prawnym program komputerowy powinien być nie tylko ustalony, ale również cechować się indywidualnością i stanowić utwór oryginalny, będący wytworem procesu intelektualnego programisty i jego zdolności kreatywnych, wynikać z działalności twórczej.

Niezbędność spełnienia powyższych przesłanek utworu przez program komputerowy judykatura postulowała już pod rządami poprzedniej ustawy o prawie autorskim – z 10.7.1952 r.⁹, która nie wskazywała *expressis verbis* programów komputerowych jako przedmiotu ochrony i nie zawierała dotyczących ich uregulowań. W szeroko komentowanym wyroku Sąd Apelacyjny w Gdańsku¹⁰ argumentował, że oprogramowanie komputerowe może stanowić *de lege lata* przedmiot ochrony prawnej, a ochrona ta znajduje swoje uzasadnienie w przepisach prawa autorskiego z 1952 r. Podnosił także, że w Europie Zachodniej taka ochrona prawnoautorska oprogramowań komputerowych nie jest kwe-

⁷ Tak: D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 22–23; K. Golat, R. Golat, *Prawo komputerowe (zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1998, s. 28; A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, Z. Radwański (red.), t. XIII, *Prawo autorskie*, J. Barta (red.), Warszawa 2013, s. 9–35; L. Jaworski, *Utwór jako przedmiot prawa autorskiego*, M. Prawn. 2000, Nr 6, s. 316–325; G. Jyż, A. Szewc, *Elementy prawa informatycznego*, Katowice 1999, s. 24; E. Ferenc-Szydełko, J. Szyjewska-Bagińska, A. Drzewiecki, K. Gienas, S. Tomczyk, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 10; J. Sieńczyto-Chlabcz, *Prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2013, s. 45; W. Machata, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013, s. 121.

⁸ Tak: Z. Okoń, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 2, 953.

⁹ Dz. U. z 1952 r. Nr 34, poz. 234 ze zm.

¹⁰ Wyrok SA w Gdańsku z 29.1.1993 r., AGCr 369/92, OSA 1993, Nr 6, s. 43.

stionowana, nawet jeżeli przepisy prawa autorskiego nie wymieniają wprost oprogramowania (*software*) jako przedmiotu prawa autorskiego. Stawiając tezę orzeczenia, Sąd Apelacyjny w Gdańsku wskazał: „Oprogramowanie komputerowe może być traktowane jako utwór o charakterze naukowym lub literackim (art. 1 ust. 1 prawa autorskiego z 1952 r.), jeżeli posiada ono cechę oryginalności twórczej, spełnia przewidziany przez ustawę wymóg odpowiedniego ustalenia (*verba legis*: „ustalony w jakiegokolwiek postaci”) i zawiera elementy indywidualizujące twórcę programu”. W glosie do wskazanego orzeczenia J. Barta i R. Markiewicz podnosili, iż przyznając programowi status utworu w rozumieniu prawa autorskiego, glosowane orzeczenie stara się też określić cechy, jakie powinien on spełniać, by mógł korzystać z ochrony prawnoautorskiej. Chodzi tu o niepodlegający wątpliwościom wymóg ustalenia programu oraz o cechę twórczości, która w orzeczeniu tym została ujęta w szczególny sposób. Następnie ww. autorzy wskazali, iż przyjęcie zaproponowanego przez sąd ujęcia przesądza, że spełnienie kryterium „twórczości” wymaga stwierdzenia zarówno „oryginalności”, jak i „indywidualności” dzieła. Wymóg oryginalności jest ujmowany wyłącznie w płaszczyźnie subiektywnej i zorientowany retrospektywnie. Wymóg indywidualności ma być z kolei badany w płaszczyźnie nowości przedmiotowej i zorientowany jest retrospektywnie i perspektywicznie. Wytwór intelektu spełniający cechę indywidualności jest zarazem zawsze oryginalny.

Pod rządami obecnie obowiązującej ustawy prawnoautorskiej sądy polskie zdają się bez zastrzeżeń przyjmować, iż w celu uzyskania statusu utworu programu komputerowe muszą spełnić przesłanki z art. 74 w zw. z art. 1 u.p.a.p.p., a zatem być przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiegokolwiek postaci. Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w pisemnych motywach wyroku¹¹: „W prawie polskim, jak stwierdza art. 74 ust. 1 u.p.a.p.p., programy komputerowe podlegają takiej samej ochronie jak utwory literackie (art. 1 ust. 1 ustawy). Program komputerowy jako przedmiot prawa autorskiego zaliczany jest do dzieł literackich wyrażonych słowem, symbolami matematycznymi lub znakami graficznymi. Tak rozumiany program komputerowy podlega ochronie w ramach prawa autorskiego, jeżeli jest utrwalonym przejawem działalności ludzkiej, spełniającym przesłanki indywidualności i oryginalności. Prawo autorskie nie chroni każdego rezultatu pracy człowieka. Byłoby to niemożliwe i niepraktyczne. Dlatego też wyróżnia ono i chroni szczególną kategorię wytworów ludzkich – takie produkty, które stanowią przejaw działalności twórczej i mają indywidualny, niepowtarzalny charakter (art. 1 ust. 1 ustawy)”. Podobnie czytamy w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi¹²,

¹¹ Wyrok SO we Wrocławiu z 30.4.2013 r., I C 926/08, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 1.7.2017 r.).

¹² Uzasadnienie wyroku SO w Łodzi z 11.3.2013 r., I C 244/08, znajduje się w uzasadnieniu wyroku SA w Łodzi z 14.12.2015 r., I ACa 807/13.

niezakwestionowanym przez rozpatrujący apelacje strony powodowej i pozwanej tamtejszy Sąd Apelacyjny: „Stosownie do art. 74 ust. 1 u.p.a.p.p. programy komputerowe korzystają z ochrony na tych samych zasadach co utwory literackie. Po to, aby program komputerowy uzyskał status «utworu», niezbędne jest stwierdzenie, że stanowi on przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze (art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p.). Należy przy tym stosować takie same kryteria jak przy dokonywanej w podobnym celu ocenie dzieł literackich”¹³. Zatem nie ma orzeczeń, które inaczej traktowałyby kwestię spełnienia przez program komputerowy cech utworu prawa autorskiego. Wydaje się, iż odmienna interpretacja art. 74 w zw. z art. 1 u.p.a.p.p. naruszyłaby zasadę *clara non sunt interpretanda*, zatem wyroki sądów pozostają w tym zakresie zgodne ze stanowiskiem doktryny prawa.

2. Działalność twórcza

Oryginalność rozumiana jest najczęściej jako cecha działalności twórczej. Działalność twórcza stanowi przejaw takiego działania, które przynajmniej w minimalnym stopniu odróżnia się od innych rezultatów takiego samego działania, a zatem posiada cechę nowości, której stopień jednakże nie ma znaczenia. Działalnością twórczą bywa określany zarówno sam proces tworzenia, jak i jego rezultat w postaci określonego bytu niematerialnego ustalonego w jakiegokolwiek postaci¹⁴. Nie można jednakże mówić o dziele twórczym, jeżeli proces intelektualny doń prowadzący miał wyłącznie charakter rutynowy, opierał się na zastosowaniu szablonowych rozwiązań lub był w dużym stopniu zdeterminowany czynnikami zewnętrznymi, funkcją bądź wiążącymi schematami¹⁵. Dla przyznania ochrony prawnoautorskiej cechy samego procesu twórczego, takie jak długość czasu spędzonego na tworzeniu utworu, wysiłek fizyczny czy intelektualny, ilość zaangażowanych współtwórców czy poniesione nakłady nie mają znaczenia. Natomiast znaczenie ma fakt powstania utworu w wyniku działalności o charakterze kreacyjnym – twórczość stanowi bowiem kreację czegoś niepowtarzalnego, niebanalnego. Jako projekcja wyobraźni nie sprowadza się do naśladownictwa, ale charakteryzuje się nowością rezultatu¹⁶. Jak podniósł Sąd Apelacyjny w Poznaniu: „Stwierdzenie, że utwór stanowi przejaw «działalności twórczej», oznacza, że utwór powinien stanowić rezultat działalności o charakterze kreacyjnym. Przesłanka ta, niekiedy określana jako przesłanka «oryginalności» utworu, zrealizowana jest wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy

¹³ Wyrok SA w Łodzi z 14.12.2015 r., I ACa 807/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 1.7.2017 r.).

¹⁴ Tak: A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.*, s. 2, 9.

¹⁵ Tak: W. Machała, *op. cit.*, s. 2, 128; M. Brzozowska, *Prawo autorskie w administracji publicznej*, Wrocław 2010, s. 20.

¹⁶ Tak: L. Jaworski, *op. cit.*, s. 2, 320.

wytwór intelektu”¹⁷. Z kolei Sąd Apelacyjny w Lublinie argumentował: „Utworem jest rezultat działalności o charakterze twórczym, kreatywnym, oryginalnym, charakteryzujący się indywidualnością. Nie jest zaś utworem taki rezultat pracy, który jest zdeterminowany przez opisywany obiekt czy zjawisko, założony cel (funkcję), który jest jednym z możliwych do osiągnięcia przez osoby (specjalistów) podejmujących się tego samego zadania. Ochrona prawnoautorska nie rozciąga się też na sam proces twórczy, metodę twórczą czy technikę zastosowaną przy tworzeniu dzieła”¹⁸. Pogłębioną analizę pojęcia działalności twórczej sporządził W. Machała¹⁹, wskazując, iż w polskiej nauce prawa autorskiego dominuje koncepcja czołowych jej przedstawicieli: J. Barty i R. Markiewicza. Zasada się ona w skrócie na pojmowaniu twórczości (oryginalności) jako procesu kreatywnego, którego wynikiem jest utwór subiektywnie nowy dla jego autora. Dokonując krytyki takiego ujęcia, przedstawił również opozycyjną koncepcję podkreślającą doniosłość kulturową utworu, rozumianą jako dające się zauważyć oddziaływanie badanego obiektu na stan szeroko rozumianej kultury społeczeństwa (kultury materialnej, cywilizacji). Elementami pomocnymi przy ocenie doniosłości kulturowej utworu miałyby być: wyjście poza jego podstawową funkcję, wywoływanie emocji (choćby negatywnych), artyzm, innowacyjność, spowodowanie rezonansu społecznego (rozgłosu) czy zastosowanie nieszablonowych rozwiązań. Jednakże z uwagi na specyfikę programów komputerowych, które mają na ogół zastosowanie *stricte* użytkowe, trudno odnieść do nich powyższe wymogi stawiane przez autora. Generalnie zaś uważa się, iż badanie przesłanki działalności twórczej powinno polegać na stwierdzeniu u autora dzieła aktywności o charakterze tworzenia, nadto niezbędne jest, aby doprowadziła ona do powstania wytworu stanowiącego projekcję jego umysłu²⁰. Również treść programu komputerowego nie może mieć jedynie charakteru pracy odtwórczej, polegającej na powielaniu w zapisie programu standardowych rozwiązań. Zdaniem autora sporządzenie programu komputerowego niewątpliwie zaliczyć można do działalności kreatywnej²¹. Programista musi wykonać określone zadanie, a najczęściej grupę zadań, operując logiką w ramach języka programowania. Mimo iż przy pisaniu programu liczba sposobów na osiągnięcie rezultatu jest w większym stopniu ograniczona właśnie zasadami programowania (niż w przypadku pisarza posługującego się językiem naturalnym czy rzeźbiarza

¹⁷ Uzasadnienie wyroku SA w Poznaniu z 7.11.2007 r., I ACa 800/07, LEX nr 370747.

¹⁸ Uzasadnienie wyroku SA w Lublinie z 30.6.1999 r., I SA/Lu 408/98, LEX nr 1692300. W tym samym duchu wypowiedział się SA w Lublinie w uzasadnieniu wyroku z 30.6.1999 r., I SA/Lu 408/98, LEX nr 1692300.

¹⁹ W. Machała, *op. cit.*, s. 2, 123–161.

²⁰ Tak: D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 2, 23.

²¹ Departament Prawny Ministerstwa Kultury w piśmie z 5.8.1999 r. (zn. DP/WPA.024/238/99) wskazał, że tworzenie nowego i rozwijanie istniejącego programu (jego modyfikowanie jako szczególny rodzaj opracowania) stanowią działalność twórczą w rozumieniu prawa autorskiego ze względu na to, iż programy komputerowe uznane zostały przez ustawodawcę za uregulowaną na odrębnych zasadach, szczególną kategorię utworów.

używającego tworzyw), to jednak pozostawiony jest mu pewien zakres swobody twórczej²². Dlatego też nie sposób uznać *a priori*, iż programowanie nie stanowi działalności twórczej, ponadto niektóre programy odznaczają się istotnie wysokim stopniem innowacyjności, niepowtarzalności i skomplikowania. W literaturze²³ podkreśla się, że właściwości programów komputerowych – które mają charakter użytkowy, są uwarunkowane technicznie oraz nastawione na dążenie do maksymalnej sprawności i przydatności – wykluczają stawianie im wymagań posiadania cech tradycyjnych utworów o estetycznym wydźwięku.

Początkowo w odmiennym kierunku szło orzecznictwo sądów niemieckich, co stało się jedną z przyczyn ujednoczenia ochrony prawnej programów komputerowych na kontynencie europejskim. Jak argumentował niemiecki BGH, poziom twórczości cechujący program komputerowy powinien przekraczać w istotny sposób rezultaty pracy przeciętnego programisty pod względem selekcji, zebrania, aranżacji i podziału informacji i instrukcji składających się na program komputerowy. Zatem sam program komputerowy powinien być więcej niż przeciętny²⁴. Wyższy Sąd Krajowy we Frankfurcie w orzeczeniu dotyczącym programów do obliczania statyki budowlanej (*Baustatikprogramme*) wskazał, iż podlegają one ochronie prawa autorskiego, gdy po pierwsze przebieg programu i struktura poleceń nie tylko wynika ze sposobu postawienia zadania, po drugie twórca przy kształtowaniu programu mógł dowolnie wybrać między różnymi formułami i przebiegami oraz mógł w znacznym stopniu ustalić warianty, i po trzecie program nie ogranicza się tylko do mechaniczno-technicznej kontynuacji i rozwijania ogólnie znanych danych²⁵.

Łagodniejsze kryteria oceny przesłanki działalności twórczej w odniesieniu do programów komputerowych przyjmowało orzecznictwo francuskie. W orzeczeniu w sprawie *Babolat Maillet Witt* przeciwko *Pachot* francuski Sąd Kasacyjny uznał, że program komputerowy jest oryginalny, jeżeli autor przedstawił wynik swojej intelektualnej pracy zawierający coś więcej niż automatyczne zastosowanie rozwiązań matematycznych i logicznych, i jednocześnie wynik ten jest ustalony w indywidualnej strukturze²⁶.

W polskim orzecznictwie sądowym brakuje pełnej zgodności co do przyznania prymatu koncepcji subiektywnej nowości, a mianowicie uznania, że utwór powinien być jedynie w ocenie samego twórcy niepowtarzalnym wytworem jego

²² Jak podniósł SA w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z 9.11.2006 r., I ACa 490/06, LEX nr 298567: „Nie jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego opracowanie stanowiące jedynie zastosowanie nawet wyspospecjalizowanej wiedzy technicznej, jeżeli jego treść jest z góry zdeterminowana obiektywnymi warunkami i wymaganiami technicznymi oraz charakterem realizowanego (rozwiązywanego) problemu (zadania) technicznego”.

²³ Tak: K. Golań, R. Golań, *op. cit.*, s. 2, 30.

²⁴ Uzasadnienie wyroku BGH z 9.5.1985 r., I ZR 52/83, EIPR 1986, Nr 6, s. 185, z komentarzem M. Kindermanna. W podobnym duchu wypowiedział się BGH w orzeczeniu z 4.10.1990 r., I ZR 139/89, GRUR Int. 1991, Nr 6, s. 449.

²⁵ Orzeczenie Wyższego Sądu Krajowego we Frankfurcie z 6.11.1984 r., Betriebsberater 1985, s. 139 i n.

²⁶ Tak: J.P. Sumner, D. Plunkett, *Copyright, patent, and trade secret protection for computer software In Western Europe*, s. 348, <http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1467&context=jitpl> (dostęp: 1.7.2017 r.); L. Bolc, *Ochrona programu komputerowego w nowym prawie autorskim*, Warszawa 1994, s. 39–40.

pracy, czy też ustanawiania jeszcze dodatkowych kryteriów ochrony. Wystarczy przywołać dwa orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie²⁷. Niemniej judykatura zasadniczo zdaje się przychylić do koncepcji subiektywnej nowości rezultatu pracy twórczej, zwłaszcza że dodatkową przesłanką uznania danego obiektu za utwór jest jego indywidualny charakter. Jak podniósł Sąd Apelacyjny w Szczecinie: „Utwór powinien stanowić rezultat działalności kreatywnej, prowadząc do powstania subiektywnie nowego wytworu intelektu. Tę cechę utworu określa się niekiedy mianem oryginalności. Z tego względu nie można zakwalifikować jako utworu efektu działalności wyłącznie rutynowej, szablonowej, zdeterminowanej (przez przeznaczenie, materiał, wiążące schematy), pozbawiającej twórcę swobody dokonywania wyborów”²⁸. Należy zatem uznać, że przeważa stanowisko, iż utwór winien stanowić subiektywną nowość dla twórcy dzieła, co jest tym bardziej uzasadnione w odniesieniu do programów komputerowych, które są tworzone w sposób niemalże masowy, i nie można oczekiwać, aby każdy programista znał kody, rozwiązania innych programów realizujących podobne funkcje.

Do przesłanki oryginalności w przypadku programów komputerowych i innych dzieł informatycznych odniósł się również TSUE w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Infopaq International A/S* przeciwko *Danske Dagblades Forening*²⁹. W punktach 34 i 35 uzasadnienia wyroku TSUE podniósł, iż z ogólnej systematyki konwencji berneńskiej, a w szczególności z jej art. 2 akapity 5 i 8, wynika, że objęcie określonych przedmiotów ochroną przysługującą utworom literackim i artystycznym wymaga, by stanowiły one twórczość intelektualną. Jednocześnie zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 91/250, art. 3 ust. 1 dyrekty-

²⁷ Jak podniósł SA w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 23.10.2015 r., I ACa 121/13, LEX nr 1950255: „Przesłanka twórczości jest spełniona wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu. Z twórczością mamy do czynienia zawsze, gdy w grę wchodzi wysiłek intelektualny, uwieńczony powstaniem określonego rezultatu, jeżeli nie polega on na odtworzeniu istniejącego już wytworu. Przesłankę twórczości należy uznać za spełnioną, gdy w rzeczywistości pojawia się wytwór, będący efektem wysiłku intelektualnego, niezależnie od subiektywnego przekonania twórcy o jego nowości”. Zarazem w wyroku z tego samego miesiąca z 7.10.2015 r., I ACa 1200/14, LEX nr 1936794, SA w Warszawie wskazywał, iż „Cechą procesu twórczego jest to, aby był on subiektywnie nowy dla samego twórcy. Innymi słowy, proces ten powinien być wynikiem samodzielnego wysiłku twórczego, brać początek w umyśle twórcy, a rezultat działalności twórczej autora powinien być dla niego poprzednio nieznanym. W skrajnym ujęciu uznanie twierdzenia danej osoby o braku świadomości co do istnienia w domenie publicznej określonego wytworu, nawet zupełnie pospolitego i banalnego, za wystarczające do uznania go za chroniony prawem autorskim, wyłączałoby możliwość stosowania «zewnętrznego» w stosunku do świadomości twórcy kryterium, pozwalającego odróżnić utwór od efektu pracy umysłowej, który nim nie jest, jak i oceny, czy cechy twórcze w jakikolwiek sposób rzeczywiście się w nim manifestują. Przedmiotem ochrony prawa autorskiego jest więc tylko taki rezultat, który choćby w minimalnym zakresie odróżniał się od innych rezultatów takiego samego działania, a zatem posiadał cechę nowości. Z tego względu warunkiem uznania określonego wytworu pracy umysłowej człowieka za utwór jest również to, aby posiadał on cechę indywidualności”.

²⁸ Uzasadnienie wyroku SA w Szczecinie z 25.9.2014 r., I ACa 574/14, LEX nr 1587351. Zarazem SN w uzasadnieniu wyroku z 6.3.2014 r., V CSK 202/13, LEX nr 1486990, argumentował, że „Cechą procesu twórczego jest to, aby był on subiektywnie nowy dla samego twórcy. Innymi słowy, proces ten powinien być wynikiem samodzielnego wysiłku twórczego, brać początek w umyśle twórcy, a rezultat działalności twórczej autora powinien być dla niego poprzednio nieznanym”.

²⁹ Uzasadnienie wyroku TSUE z 16.7.2009 r., C-5/08, www.curia.europa.eu (dostęp: 1.7.2017 r.).

wy 96/9 i art. 6 dyrektywy 2006/116³⁰ utwory takie jak programy komputerowe, bazy danych lub fotografie podlegają ochronie prawa autorskiego jedynie wtedy, gdy są oryginalne w tym sensie, że stanowią własną twórczość intelektualną ich autora. Jedynie do takich przedmiotów znajduje zastosowanie prawo autorskie (pkt 37 uzasadnienia wyroku).

Z przesłanką działalności twórczej wiąże się jeszcze jeden immanentny element, jako że każda tego rodzaju aktywność wiąże się z działalnością człowieka. Innymi słowy, jedynie człowiek może stworzyć utwór będący przedmiotem praw autorskich, w tym program komputerowy³¹. Słusznie podnosi się, że proces twórczy nie może być utożsamiany jedynie ze świadomym aktem działalności duchowej³². Tym niemniej, w ocenie autora, wszelkie nastroje, odmienne stany świadomości czy choroby psychiczne wyłączające bądź ograniczające zdolność rozpoznania swoich czynów czy pokierowania swoim postępowaniem nie powinny mieć znaczenia tak dla oceny samego utworu, jak i uprawnień podmiotu praw autorskich – twórcy. Nadto należy mieć na uwadze, iż w dobie obecnego gwałtownego i przyspieszającego rozwoju technologii informatycznej coraz częściej programy komputerowe są wykorzystywane w działalności twórczej (*computer assisted creativity*)³³. Powszechne stały się już aplikacje tworzące „samodzielnie” np. muzykę czy grafikę, z pewnością mogą również generować programy komputerowe. Pojawiają się wątpliwości, czy tego rodzaju utwory nadal stanowią dzieło człowieka, czy też zostały stworzone przez maszynę. Jednakże, zdaniem autora, nie ma żadnych podstaw, aby przypisywać zdolności twórcze komputerowi, który stanowi li tylko narzędzie dla człowieka. Generowane przez maszynę teksty oraz inne utwory stanowią jedynie wynik pracy algorytmu stworzonego przez człowieka, mogą one co najwyżej pozorować działalność twórczą. Nie powstaje zatem problem, komu przypisać autorstwo utworu stworzonego przy użyciu mniej lub bardziej zaawansowanego programu komputerowego, będzie on bowiem dziełem bądź programisty, bądź osoby, która posłużyła się takim programem (w żadnej zaś mierze maszyny). Pomimo bowiem coraz bardziej nowatorskich metod programowania czerpiących z osiągnięć neurologii, psychologii czy genetyki powstanie sztucznej inteligencji nadal stanowi pieśń odległej przyszłości³⁴.

W podsumowaniu rozważań dotyczących przesłanki działalności twórczej czy też oryginalności należy stwierdzić, iż orzecznictwo sądów polskich podkreśla, że cechy tej nie można przypisywać pracy o charakterze banalnym, szablon-

³⁰ Dyrektywa 2006/116/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz. Urz. L 372, s. 12).

³¹ SA w Warszawie w cytowanym już orzeczeniu z 7.10.2015 r., I ACa 1200/14, LEX nr 1936794, podkreślił, iż działalność twórcza bierze początek w umyśle twórcy.

³² Tak: L. Jaworski, *op. cit.*; W. Machata, *op. cit.*, s. 2, 123–125; M. Brzozowska, *op. cit.*, s. 5, 18.

³³ Tak: D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 2, 24–25; A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.*, s. 2, 11.

³⁴ Więcej na ten temat: G. Kubera, *Co słysząc, sztuczna inteligencjo?*, PC World 2014, Nr 6, s. 13–16; J. Malinowski, J. Korn, *Sztuczna inteligencja – SF czy tylko F?*, CZIP 2014, Nr 10, s. 34–39.

nowym, rutynowym, schematycznym, naśladowczym bądź wysoce zdeterminowanym funkcją. Również programowanie, jak uznały sądy, o ile spełnia cechy pracy nieszablonowej, można zakwalifikować jako proces twórczy. Jednakże programista musi mieć zagwarantowaną możliwość dokonywania wyborów w ramach swobody twórczej, nie być ściśle związany wymogami technicznymi, a efekt jego pracy nie powinien stanowić jedyne optimum rozwiązania problemu. Zarazem judykatura zdaje się przychylić do dominującej koncepcji, iż stworzony utwór powinien być subiektywnie nowy dla jego autora. Przesłanka twórczości powinna jednakże być badana przez ocenę samego utworu, nie zaś sposobu jego powstania, metody twórczej czy zastosowanej techniki kreacji. Proces twórczy może stanowić jedynie pracę człowieka. Natomiast TSUE z oryginalnością wiąże własną twórczość intelektualną autora dzieła.

3. Indywidualny charakter

Utwór – program komputerowy – powinien mieć także charakter indywidualny, inaczej mówiąc: powinien zawierać znamiona (piętno) osobowości twórcy³⁵. Określone dzieło musi być połączone z określoną osobą, a mianowicie twórcą – programistą – w sposób uzasadniający węzeł autorstwa. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „Nie może być uznany za utwór i objęty ochroną prawa autorskiego taki przejaw ludzkiej aktywności umysłowej, któremu brak cech dostatecznie indywidualizujących, to jest odróżniających go od innych wytworów podobnego rodzaju i przeznaczenia”³⁶. Konkretna twórczość ma zatem charakter indywidualny, gdy jej przejaw różni się od istniejącego zasobu utworów³⁷. Utwór (także program komputerowy) zakwalifikowany do ochrony prawnoautorskiej powinien stanowić pewną nowość względem zastanego stanu rzeczy. Nie ma jednakże znaczenia subiektywne przekonanie autora, że mamy do czynienia z nowym wytworem intelektu. Indywidualność musi być rozpoznawalna dla osób, które z utworem mają do czynienia³⁸. Damian Flisak³⁹ podnosi, że konsekwencją braku w prawie autorskim przesłanki obiektywnej nowości (w sensie absolutnym) oraz braku respektowania typowej dla prawa własności przemysłowej zasady (chronologicznego) pierwszeństwa jest konstrukcja figury prawnej zwanej twórczością paralelną (*Doppelschöpfung*). Możliwa jest bowiem sytuacja, w której różne osoby, działając niezależnie od siebie, tworzą utwory identyczne

³⁵ Jak podniósł L. Jaworski, *op. cit.*, zanim w toku prac legislacyjnych nad obowiązującą ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych wprowadzono do niej sformułowanie o „indywidualnym charakterze” utworu, wcześniejsze projekty posługiwały się określeniem, w myśl którego winien mieć „znamiona osobowości twórcy”.

³⁶ Uzasadnienie wyroku SN z 13.1.2006 r., III CSK 40/05, Wokanda 2006, Nr 6, s. 6.

³⁷ Tak: A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.*, s. 2, 9.

³⁸ Tak: K. Szczepanowska-Kozłowska, *Glosa do wyroku SN z 27.2.2009 r.*, V CSK 337/08, OSP 2010, Nr 3, poz. 33, cyt. za: A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.*, s. 2, 10.

³⁹ Tak: D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 2, 35.

lub istotnie do siebie zbliżone. Nie dochodzi wtedy do naruszenia praw autorskich. Dopuszczalne podobieństwa pomiędzy utworami mogą wynikać przede wszystkim ze znacznie ograniczonego zakresu swobody twórczej, zbieżności tematu⁴⁰ (uwagi te śmiało można odnieść do często podobnych programów komputerowych). Indywidualny charakter dzieła jest w praktyce badany przy użyciu różnych kryteriów pomocniczych i metod oceny. Do najbardziej rozpowszechnionych należą stworzona przez M. Kummera tzw. teoria statystycznej jednorazowości. Zakłada ona ocenę utworu przez pryzmat rezultatu osiągniętego przez twórcę. O indywidualności utworu przesądza jego jednorazowy charakter, co należy rozumieć w ten sposób, że takie samo dzieło nie zostało już wcześniej stworzone i że jego stworzenie w przyszłości przez inną osobę nie jest statystycznie prawdopodobne⁴¹. Jak jednak zauważa L. Jaworski⁴², przyjęcie kryterium statystycznej jednorazowości utworu nie stanowi przesłanki jego ochrony, nie jest bowiem równoznaczne z indywidualnością dzieła. Metoda ta powinna stanowić jedynie kryterium pomocnicze przy analizowaniu indywidualności utworu. Teoria statystycznej jednorazowości stanowi skrajnie zobiektywizowaną metodę badania, która całkowicie abstrahuje od procesu tworzenia, a skupia się jedynie na wyniku pracy, który powinien mieć charakter niepowtarzalny. Nie jest wystarczającym stwierdzenie, że dany utwór stanowi rezultat, wytwór intelektu twórcy i zawdzięcza mu swoje istnienie. Ponadto powinien się wyróżniać na tle innych dzieł swoją odrębnością i właściwościami⁴³.

Zdaniem autora, ocena programów komputerowych według teorii statystycznej jednorazowości nie jest właściwa ze względu na istotę tych dóbr, a powinna być brana pod uwagę ewentualnie jako kryterium pomocnicze. Specyfika kodowania programów komputerowych jest w o wiele większym stopniu (niż np. dzieł literackich) zeschematyzowana. Programistę obowiązują ściślejsze reguły wynikające z ograniczeń języka programowania i jego logiki. Trudniej jest zatem programiście stworzyć program, który znacznie odróżniałby się od innych, rozwiązujących podobne problemy czy pełniących zbliżone funkcje. Tym bardziej nie sposób w praktyce wymagać stworzenia programu komputerowego, którego stworzenie w przyszłości przez inną osobę nie jest statystycz-

⁴⁰ Tak: wyrok SA w Warszawie z 15.9.1995 r., I ACr 620/95, LEX nr 62623.

⁴¹ SN odniósł się do przesłanki indywidualnego charakteru utworu w uzasadnieniu wyroku z 18.2.2014 r., I ACA 809/08, Legalis nr 397058: „Sama oryginalność nie jest warunkiem wystarczającym do zakwalifikowania danego rezultatu pracy jako utworu. Niezbędne jest bowiem nadto, by charakteryzował się on indywidualnością. Proponowane w doktrynie «mierniki indywidualności» kładą nacisk na zbadanie tzw. statystycznej jednorazowości, a więc ustalenie, czy powstało wcześniej analogiczne dzieło i czy statystycznie prawdopodobne jest osiągnięcie zbieżnego efektu przez innego specjalistę podejmującego się w przyszłości takiego zadania. Proponowana jest też ocena przez pryzmat zakresu swobody twórczej. Innymi słowy: czy jest to wynik pracy zdeterminowanej funkcją przedmiotu, założeniami praktycznymi, jakim ma on sprostać, wymaganiami technicznymi lub innymi obiektywnymi czynnikami, czy też – procesu pozostawiającego możliwość wyboru”.

⁴² Tak: L. Jaworski, *op. cit.*, s. 2, 323.

⁴³ Tak: A. Nowicka, *Prawnautorska i patentowa ochrona programów komputerowych*, Warszawa 1995, s. 106.

nie prawdopodobne. Wobec zalewu różnego rodzaju aplikacji dostępnych na komputerach i telefonach komórkowych programowanie uległo daleko idącej standaryzacji. Nie powinno się jednak *a priori* odmawiać programom komputerowym ochrony prawnoautorskiej wobec niespełnienia wymogów statystycznej jednorazowości, skoro teoria ta stanowi jedynie jedną z metod badania przesłanki indywidualności, nadto pod wieloma względami nieodpowiednią przy badaniu programów komputerowych. Jak podniosła A. Nowicka za prof. S. Sottysińskim, „uzależnienie ochrony programu od piętna osobistej twórczości czy oryginalności jego formy jest tak niedorzeczne jak postulat sugerujący uzależnienie przyznania ochrony patentowej wynalazkom od oryginalności opisu patentowego”. Zarazem jednak nie sposób zwolnić programów komputerowych od obowiązku oznaczania się indywidualnym charakterem wobec włączenia tych dóbr niematerialnych w system prawa autorskiego. Należy opowiedzieć się za wykładnią pozwalającą na zobiektywizowanie kryteriów oceny przy badaniu indywidualności programów komputerowych⁴⁴.

Dla oceny indywidualnego charakteru programów komputerowych o wiele bardziej przydatna wydaje się teoria tzw. drobnej monety (*kleine Münze*). Zakłada ona, że utwór podlega ochronie, nawet jeśli w niewielkim stopniu odróżnia się od innych dzieł. Wymagany od utworu poziom indywidualności jest w tym ujęciu niski, a przynajmniej znacznie niższy, niż gdybyśmy przyjęli, że musi on być niepowtarzalny. Dorota Sokołowska, odnosząc się do powyższej teorii, zwraca uwagę na ustawowe stwierdzenie „każdy przejaw” działalności o indywidualnym charakterze. Podkreśla zarazem, iż nie powinno ono być interpretowane jako „jakikolwiek, dowolny, symboliczny”, a kwalifikowanie danego dzieła jako utworu powinno jednak ulec podwyższeniu o przymioty takie jak istotność, znacność, bądź też doniosły, szczególny, charakterystyczny rys badanego obiektu⁴⁵. Uzasadnieniem powstania i stosowania teorii drobnej monety jest ochrona inwestycji poniesionych na stworzenie dzieł cechujących się niewielkim poziomem indywidualności (zestawienia danych, statystyki, informatory, formularze, raporty, instrukcje, również większość programów komputerowych)⁴⁶. Niemniej przesłanka osobistego piętna programisty powinna w jakimś stopniu być spełniona nawet w przypadku w miarę standardowych programów komputerowych. W szczególności trudno pogodzić się z tezą, że z ochrony prawa autorskiego korzysta każdy program komputerowy, jeżeli tylko nie został skopiowany⁴⁷. Stosowanie teorii drobnych monet w odniesieniu do programów komputerowych zdaje się potwierdzać orzecznictwo TSUE. W uzasadnieniu wy-

⁴⁴ Tak: A. Nowicka, *op. cit.*, s. 12, 107.

⁴⁵ Tak: D. Sokołowska, [w:] *Granice prawa autorskiego*, M. Kępiński, J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, Warszawa 2010, s. 15.

⁴⁶ Tak: A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.*, s. 2, 15.

⁴⁷ Tak: A. Nowicka, *op. cit.*, s. 12, 109.

roku w sprawie *SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd* (orzeczenie wstępne)⁴⁸, w punkcie 41 TSUE wskazywał: „Ponadto w pkt. 3.7 uzasadnienia projektu dyrektywy 91/250 (COM(88) 816) wskazano, że podstawową zaletą ochrony programów komputerowych przez prawo autorskie jest objęcie ochroną wyłącznie indywidualnego wyrażenia utworu i pozostawienie innym autorom zamierzonej swobody tworzenia podobnych, a nawet identycznych programów, o ile nie są one wynikiem powielenia”. Do przesłanki indywidualności utworu (w tym przypadku fotografii portretowej) odniósł się szeroko TSUE w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Eva-Maria Painer przeciwko Standard VerlagsGmbH*⁴⁹, wskazując na konieczność cechowania się utworu oryginalnością w tym sensie, że stanowi własną twórczość intelektualną jego autora. Z tego rodzaju własną twórczością intelektualną autora mamy do czynienia, gdy odzwierciedla ona jego osobowość. Następnie TSUE wyjaśnia, iż dzieje się tak w przypadku, gdy autor mógł wyrazić swe możliwości twórcze przy realizacji utworu poprzez dokonywanie swobodnych i twórczych wyborów, a może ich dokonać na kilka sposobów i w różnych momentach realizacji utworu (w szczególności w fazie przygotowawczej, w fazie jego wykonania i na etapie jego końcowego opracowywania). Zdaniem TSUE, poprzez dokonywanie tych różnych wyborów autor utworu jest zatem w stanie odcisnąć na tworzonym dziele swój „osobisty charakter”. W cytowanym orzeczeniu TSUE zdaje się przychylić do teorii drobnej monety, argumentując, że żadne postanowienie dyrektywy 2001/29 lub innej dyrektywy mającej zastosowanie w tej dziedzinie nie pozwala uznać, by zasięg takiej ochrony był zależny od ewentualnych różnic dotyczących możliwości inwencji twórczej podczas realizacji różnych kategorii utworów. Reasumując, TSUE wskazał, że „art. 6 dyrektywy 93/98⁵⁰ należy interpretować w ten sposób, iż fotografia portretowa może na mocy tego przepisu być chroniona prawem autorskim, pod warunkiem – czego sprawdzenie należy do sądu krajowego w każdym konkretnym przypadku – że jest ona twórczością intelektualną autora odzwierciedlającą jego osobowość i przejawiającą się swobodnymi i twórczymi wyborami dokonanymi przezeń w trakcie realizacji tej fotografii. Gdy zostanie sprawdzone, że rozpatrywana fotografia portretowa ma charakter utworu, przysługująca jej ochrona nie jest słabsza od ochrony przysługującej każdemu innemu utworowi, łącznie z utworem fotograficznym”. Mimo że w powyższym orzeczeniu TSUE odniósł się do fotografii, to jednak treść uzasad-

⁴⁸ Uzasadnienie wyroku TSUE z 2.5.2012 r., C-406/10, LEX nr 1143218.

⁴⁹ Uzasadnienie wyroku TSUE z 1.12.2011 r., C-145/10, www.curia.europa.eu (dostęp: 1.7.2017 r.).

⁵⁰ Dyrektywa Rady 93/98/EWG z 29.10.1993 r. w sprawie harmonizacji czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz. Urz. L 290), która została uchylona przez dyrektywę 2006/116/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz. Urz. L 372, s. 12), która dokonuje jej ujednoczenia i zawiera w istocie te same przepisy. Dyrektywa 2006/216 weszła w życie 16.1.2007 r.

nienia sugeruje, iż uwagi te pozostają aktualne w przypadku każdego utworu prawa autorskiego. Nie ulega wątpliwości, iż teoria drobnych monet wydaje się najbardziej optymalna w dobie współczesnego powszechnego wytwarzania nowych utworów (przykładowo: programy komputerowe niemalże zalewają rynek i są zamawiane na potrzeby nawet niewielkich przedsiębiorstw działających w różnych branżach), co dostrzega również orzecznictwo krajowe⁵¹.

Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, iż indywidualność dzieła znajduje odzwierciedlenie w jego naturze, dlatego też trzeba inaczej oceniać przedmioty ochrony prawa autorskiego należące do różnych dziedzin wiedzy, nauki i szeroko rozumianej twórczości. Jak argumentował SN: „Oceniając stopień indywidualności określonego wytworu intelektu, należy uwzględniać rodzaj dzieła. Inne przesłanki decydują w przypadku dzieła literackiego (np. poetyckość języka, dobór środków stylistycznych i wersyfikacji), inne zaś w odniesieniu do utworów o charakterze referencyjnym”⁵². W przypadku programów komputerowych możliwości stworzenia utworu o charakterze wysoce zindywidualizowanym są w dużej mierze ograniczone specyfiką programowania, choć jednak niewykluczone. Także określony cel, funkcja, przeznaczenie i zastosowanie programu komputerowego, choć nie mają znaczenia przy ocenie przyznania bądź nie ochrony prawa autorskiego, to jednak często wybitnie ograniczają swobodę twórczą programisty, a co za tym idzie indywidualny charakter rezultatu jego pracy. Pamiętać należy, że programy i aplikacje są w dzisiejszych czasach tworzone z reguły na zamówienie i w celu realizacji określonych zadań. Sąd Okręgowy w Łodzi podkreślił, że „Należy pamiętać, że funkcjonalny charakter programów komputerowych niekiedy znacznie ogranicza, nawet eliminuje, swobodę twórczą, narzucając jedyne możliwe ich ukształtowanie, czego efektem jest ograniczenie, a nawet wyłączenie, prawnoautorskiej ochrony”⁵³.

⁵¹ SA w Krakowie w pisemnym uzasadnieniu wyroku z 29.10.1997 r., I ACa 477/97, zdaje się skłaniać w stronę oceny utworu przez pryzmat teorii drobnych monet. Sąd wskazywał: „Przesłanka indywidualności utworu jest spełniona wtedy, gdy elementy jego formy i/lub treści nie są w pełni wyznaczone przez uprzednio dane elementy należące do domeny publicznej. Innymi słowy oznacza to, iż przy kształtowaniu formy i/lub treści utworu jego twórca wykorzystał obszar swobody w wyborze i uporządkowaniu składników utworu”. Podniósł także, że „Uzależnienie ochrony od występowania w utworze cechy indywidualności nie oznacza, aby cecha ta miała przejawiać się w jakimś określonym stopniu jej natężenia, także w razie minimalnego stopnia indywidualności dopuszczalne jest kwalifikowanie ujawniającego tę cechę utworu jako przedmiotu prawa autorskiego”. Dobitnie podkreślił również, iż „Nie da się generalnie oznaczyć minimum indywidualności, które stanowiłyby wartość progową dla uzyskania ochrony w prawie autorskim i pozwalałyby w sposób dostatecznie bezpieczny rozróżniać wytwory intelektualne zdadne i niezdatne do ochrony. W każdym przypadku budzącym wątpliwości, tj. wtedy, gdy indywidualność badanego wytworu intelektualnego nie jest intuicyjnie oczywista, zachodzi konieczność odwołania się do ocen wartościujących. W ocenach tych należy kierować się dyrektywą nakazującą uwzględniać aksjologiczne uzasadnienie norm prawa autorskiego, jak i właściwości wytworów intelektualnych poddanych ocenom wartościującym”. Orzeczenie dostępne w: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie. Przepisy, orzecznictwo, umowy międzynarodowe*, Warszawa 2002, s. 998–999.

⁵² Uzasadnienie wyroku SN z 27.2.2009 r., V CSK 337/08, OSP 2010, Nr 3, poz. 33.

⁵³ Uzasadnienie wyroku SO w Łodzi z 11.3.2013 r., I C 244/08, , znajduje się w uzasadnieniu wyroku SA w Łodzi z 14.12.2015 r., I ACa 807/13. Rozważania te nie zostały zakwestionowane przez rozpatrujący apelację strony podwodowej i pozwanej SA w Łodzi z 14.12.2015. r., I ACa 807/13, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 1.7.2017 r.).

Reasumując rozważania dotyczące indywidualnego charakteru programów komputerowych i tendencje pojawiające się w tym zakresie w orzecznictwie sądowym, należy w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na szczególny charakter tego rodzaju utworów. Mianowicie z reguły noszą one w mniejszym stopniu ślady osobistego piętna twórcy, są w mniejszym zakresie indywidualne. Ograniczenia te, wynikające z ograniczeń języka programowania, struktury programu, jego funkcji i przeznaczenia, powinny być brane pod uwagę przez sądy decydujące o nadaniu im statusu utworu. Ponadto miarodajnym sposobem oceny indywidualnego charakteru programów komputerowych powinna być raczej teoria drobnej monety⁵⁴, przed badaniem sprowadzonym do ich statystycznej jednorazowości. Możliwe jest oczywiście stworzenie przełomowego, niepowtarzalnego i wybitnie indywidualnego programu, jednakże takie podejście eliminowałoby w praktyce większość bardziej standardowych programów komputerowych z ochrony prawnoautorskiej. Jednakże wnioski płynące z art. 74 w zw. z art. 1 u.p.a.p.p. oraz art. 3 dyrektywy nr 2009/24/WE i zauważalne w orzecznictwie TSUE wskazują, że ocena indywidualnego charakteru programów komputerowych nie może zostać wyłączone, z pewnością zaś program komputerowy nie może zostać skopiowany.

3. Zakończenie

W opinii autora lawinowo rosnąca liczba programów komputerowych, często niemających wybitnie skomplikowanego charakteru, niejednokrotnie tworzonych z użyciem specjalnych aplikacji ułatwiających proces, nie powinna wykluczać programowania z działalności twórczej⁵⁵. Nawet bowiem w ramach programowania informatykowi pozostawiony na ogół zostaje pewien poziom swobody twórczej, a to na etapie wyboru rozwiązań, opracowywania kodu programu i jego końcowej obróbki. Szczegółowa analiza orzeczeń sądowych oraz pojawiających się w tych sporach opinii biegłych wskazuje, iż sposób programowania każdego programisty jest nieco odmienny, stanowi niejako jego podpis, element pozwalający na jego indywidualizację. Jak już jednak podkreślono, dzieła programistyczne należy raczej zaliczać do tzw. drobnej monety i uwzględnić ich użytkowy charakter, jak również ograniczenia wynikające z natury programów komputerowych oraz logiki i rygorów programowania.

⁵⁴ Tak też podnoszą A. Niewęglowski, M. Późniak-Niedzielska, *op. cit.* Autorzy wskazują zarazem na wady tej koncepcji, gdyż przyznanie utworowi ochrony prawnoautorskiej jest przywilejem, jaki państwo daje twórcy, który za ten przywilej powinien zapłacić więcej aniżeli drobną monetę.

⁵⁵ Na trudności w ustaleniu elementów twórczych programu komputerowego wskazuje I. Matusiak, [w:] P. Ślęzak, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa 2017, s. 496–499.

Programming as creative activity having individual character

Summary

In the paper the author describes the criteria for recognising a computer program as a work within the meaning of copyright law. This article is intended as presentation of the criteria of individual character and creative activity. The author discusses the issue of programming as a creative activity and the changing approaches of courts to this issue, from the point of view of particularities of programming. The requirements for individual character of computer programs are described before a presentation of selected conceptions suitable for their appropriate evaluation and – possibly – granting them protection under the regime of copyright law. This article also reflects the views of legal scholars, the case law of Polish and European courts, including the Court of Justice of the European Union. These issues are presented in connection with the growing number of computer programs available on the market, which necessitates their analysis from the copyright law perspective.

Key words: computer program, copyright, copyright law, individual character, creative activity