

Odpowiedzi Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT]

w ramach konsultacji społecznych Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego dotyczących implementacji dyrektywy (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym („DSM”) oraz dyrektywy (UE) 2019/789 z dnia 17 kwietnia 2019 r. ustanawiającej przepisy dotyczące wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych mające zastosowanie do niektórych transmisji online prowadzonych przez organizacje radiowe i telewizyjne oraz do reemisji programów telewizyjnych i radiowych („SatCab”).

Na wstępie pragniemy podziękować za możliwość przedstawienia stanowiska w konsultacjach. Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na wybrane pytania.

W odniesieniu do dyrektywy 2019/790:

2) W jaki sposób zapewnić, aby stosowane przez podmioty uprawnione środki gwarantujące „bezpieczeństwo i integralność sieci i baz danych”, o których mowa w art. 3 ust. 3 dyrektywy, nie uniemożliwiały korzystania z dozwolonego użytku na potrzeby eksploracji tekstów i danych? Czy zasadne byłoby wprowadzenie w tym zakresie odpowiednio zmodyfikowanej procedury notice-and-takedown, w ramach której na żądanie użytkownika podmioty uprawnione byłyby obowiązane do usunięcia środków zabezpieczających lub udostępnienia utworu w inny sposób?

Przed wszystkim ustawa musi wyraźnie wskazywać, że prawo dostępu do cudzych treści w celu eksploracji tekstów i danych może zostać wykluczone, jeśli podmiot uprawniony dokonał zastrzeżenia swoich praw do zwielokrotniania i pobierania do celów eksploracji tekstów i danych. „Odpowiednie zastrzeżenie” nie może oznaczać nadmiernie sformalizowanego czy technicznie zaawansowanego sposobu ochrony treści, dopuszczalne musi być proste i czytelne wyrażenie sprzeciwu. Zgodnie z motywem 19 tego rodzaju stosownym sposobem są albo „środki nadające się do odczytu maszynowego”, albo umieszczenie takiego zastrzeżenia w „warunkach korzystania ze strony internetowej lub usługi”.

Procedura *notice-and-takedown* jest całkowicie nieadekwatna dla żądania usunięcia nadmiernych środków ochrony własnego kontentu. Przed wszystkim jest to procedura ochrony przed naruszeniem własnych praw (np. dóbr osobistych, czy praw autorskich), podczas gdy art. 3 dyrektywy statuuje jedynie rodzaj dozwolonego użytku, które nie jest jednakże źródłem osobnego prawa beneficjentów tego użytku. Dyskusja w tym zakresie przypomina zatem przypadki kontraktowego ograniczania np. dozwolonego użytku osobistego. W takich sytuacjach możliwe staje się np. podniesienie zarzutu nadużycia prawa podmiotowego – art. 5 kc (zob. J. Barta / R. Markiewicz, Prawo autorskie, WK 2016, rozdział 5.4.1.4, Lex/el), natomiast, należy to

podnieść ponownie, nie ma miejsca na zastosowanie procedury *notice & take down* – tym bardziej, że w takich przypadkach podmiot rozstrzygający zasadność zgłoszenia byłby „sędzią we własnej sprawie”.

3) Czy należy wprowadzić ograniczenia dozwolonego użytku na potrzeby cyfrowej działalności dydaktycznej, o których mowa w art. 5 ust. 2 dyrektywy? Jeżeli tak, to w jakim zakresie?

W zakresie **ograniczeń podmiotowych** proponujemy zachowanie kręgu podmiotów, jak w dotychczasowym art. 27 pr. autorskiego, tj. aby korzystanie dozwolone było wyłącznie dla ograniczonego kręgu osób uczących się, nauczających lub prowadzących badania naukowe, zidentyfikowanych jako podmioty określone w art. 27 ust. 1 obecnego pr. aut., tj. Instytucje oświatowe oraz podmioty, o których mowa w [art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 4-8](#) ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce.

W zakresie **ograniczeń przedmiotowych** – jako ograniczenie wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy (i z uwzględnieniem warunków w art. 5 ust. 1 przewidzianych) proponujemy wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym: *„cyfrowe korzystanie z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną następować będzie wyłącznie w celu zilustrowania w ramach nauczania i będzie obejmować rozpowszechnione drobne utwory oraz fragmenty większych utworów, w oryginale lub w tłumaczeniu. Korzystanie z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie będzie dotyczyć łatwo dostępnych rynkowo podręczników oraz materiałów edukacyjnych, o których mowa w ustawie o systemie oświaty oraz innych materiałów, dedykowanych przede wszystkim na rynek edukacyjny, wraz z materiałami bezpośrednio je uzupełniającymi, które wraz z nimi stanowią wspólny projekt wydawniczy, w szczególności podręczników przeznaczonych do pomocy dla nauczyciela.”*

Wprowadzenie ram jak w pkt 2 powyżej wynika z konieczności postawienia granicy pomiędzy „zilustrowaniem w ramach nauczania” a zastępowaniem wykorzystywanych w procesie nauczania materiałów edukacyjnych, które winnym być nabyte komercyjnie, materiałami wykorzystywanymi z powołaniem na omawiany dozwolony użytek. Z uwagi przy tym na trudności postawienia takiej granicy np. procentowo, sugerujemy przyjęcie rozwiązania na wzór obecnego art. 27 pr. aut., tj. wprowadzenie ograniczenia do *rozpowszechnionych drobnych utworów lub krótkich fragmentów większych utworów*.

Rekomendujemy (jak w pkt 2 powyżej) wyłączenie z dozwolonego użytku, o którym mowa w art. 5 ust. 1 Dyrektywy *„podręczników, materiałów edukacyjnych oraz materiałów ćwiczeniowych, o których mowa w ustawie o systemie oświaty oraz innych materiałów, dedykowanych przede wszystkim na rynek edukacyjny, wraz z materiałami bezpośrednio je uzupełniającymi, które wraz z nimi stanowią wspólny projekt wydawniczy, w szczególności podręczników przeznaczonych do pomocy dla nauczyciela”*. Są to materiały, których

wykorzystywanie w procesie nauczania winno następować na warunkach komercyjnych, bez możliwości korzystania z nich nieodpłatnie (nawet we fragmentach), gdyż to mogłoby skutkować oparciem procesu nauczania o wybór takich materiałów.

Powyższe wskazane ograniczenia przedmiotowe (z pkt 2) dotyczyć powinny natomiast jedynie materiałów łatwo dostępnych rynkowo, tj. co do których uzyskanie licencji nie powoduje nadmiernych trudności. Co do takich materiałów, a więc materiałów wyłączonych spod zastosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy **udzielanie licencji pozostać winno w rękach wydawców**. Z uwagi na wyłącznie profesjonalny charakter rynku wydawniczego nie występuje tu bowiem ryzyko trudności w ustaleniu lub trudności w dotarciu do uprawnionego wydawcy, którego ustalenie w przypadku publikacji edukacyjnych nie stanowi problemu.

Pozostawienie licencjonowania w rękach wydawców może wiązać się przy tym z uregulowaniem zasad na jakich wydawcy udzielaliby licencji placówkom edukacyjnym. System taki mógłby zakładać zasadę równego traktowania i niedyskryminacji żadnej z placówek edukacyjnych, a przy tym możliwość odmowy udzielenia licencji wyłącznie z ważnych powodów i zagrożenia istotnego interesu wydawcy.

Rozważyć też można - w przypadku wniosku licencyjnego zakładającego użytek na rzecz osób niepełnosprawnych lub wykluczonych społecznie – wprowadzenie zasady, iż odpłatność winna być ograniczona do kosztów wytworzenia, a także wprowadzenie zasady, iż brak stanowiska wydawcy w ustawowo określonym terminie (np. 30 dni) byłby równoznaczny z udzieleniem nieodpłatnej licencji z zakresem jak we wniosku placówki edukacyjnej. Powyższy system licencjonowania uważamy za godzący interesy wydawców z potrzebami placówek edukacyjnych, a jednocześnie nie nakładający na nie nadmiernych uciążliwości lub kosztów, a tym samym zgodny z celami i motywami Dyrektywy.

Ponadto zasadnym jest również wprowadzenie do polskiego porządku prawnego przepisów przewidujących **godziwą rekompensatę** dla podmiotów uprawnionych z tytułu korzystania – zgodnie z treścią art. 5 ust. 4 Dyrektywy.

4) Czy wymóg reprezentatywności organizacji zbiorowego zarządzania na potrzeby licencjonowania utworów niedostępnych w obrocie handlowym, określony w art. 8 ust. 1 pkt a) dyrektywy, może być uznany za spełniony biorąc pod uwagę definicję organizacji reprezentatywnej zawartą w art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2018 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi?

Pożądane byłoby przyjęcie podejście sektorowego do licencjonowania utworów niedostępnych w obrocie handlowym. Szczególnym sektorem jest sektor audiowizualny. Utwory audiowizualne w ogóle nie powinny być włączane w jakiegokolwiek regulacje dotyczące licencjonowania utworów niedostępnych w obrocie handlowym za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania.

Sektor audiowizualny osiągnął już porozumienie z instytucjami dziedzictwa narodowego oraz organizacjami zbiorowego zarządzania w sprawie zindywidualizowanego podejścia do treści audiowizualnych w tym kontekście w ramach dialogu podmiotów praw „Licenses for Europe” zainicjowanego przez Komisję Europejską z końcem 2012 r.

Z uwagi, między innymi, na zaangażowanie wielu twórców i wykonawców w utwory audiowizualne oraz wysokie koszty restauracji i digitalizacji utworów audiowizualnych, dla tego sektora wypracowane zostało zindywidualizowane podejście polegające na każdorazowej współpracy, przy każdym tytule, pomiędzy producentami filmowymi, instytucjami dziedzictwa filmowego oraz organizacjami zbiorowego zarządzania pod auspicjami dialogu podmiotów praw „Licenses for Europe”.

Inne podejście niż wskazane powyżej rodzi też ryzyko naruszenia uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich i pokrewnych oraz potencjalnego konfliktu z normalnym wykorzystaniem danego utworu.

5) Czy należy, zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy, wprowadzić dodatkowe wymogi dla licencjonowania utworów niedostępnych w obrocie handlowym (art. 8 ust. 1 dyrektywy) lub korzystania z nich w ramach dozwolonego użytku (art. 8 ust. 2 dyrektywy)? Jeżeli tak, to jakie i w jakich dziedzinach twórczości (muzyka, filmy, literatura, publicystyka itp.)?

Jak zostało to wskazane w odpowiedzi na pytanie 4) MKiDN, sektor audiowizualny powinien być wyłączony ze wszelkich ogólnych rozwiązań obejmujących poza komercyjne korzystanie z utworów audiowizualnych.

6) Czy mechanizm wsparcia negocjacji warunków licencyjnych w zakresie VOD, o którym mowa w art. 13 dyrektywy, jak też „pozasądowy mechanizm dochodzenia roszczeń”, o którym mowa w art. 17 ust. 9 dyrektywy oraz „alternatywna procedura rozstrzygania sporów”, o której mowa w art. 21 dyrektywy, powinny polegać na odpowiednim poszerzeniu kompetencji Komisji Prawa Autorskiego czy też należy zastosować w tych przypadkach odesłanie do instytucji mediacji uregulowanej w art. 183 z indeksami 1-15 Kodeksu postępowania cywilnego (zwłaszcza biorąc pod uwagę znacznie szersze grono mediatorów – art. 183 z indeksem 2 Kpc)?

Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że mediacje w kwestii udzielania licencji muszą być dobrowolne, stanowić mają bowiem mechanizm wsparcia negocjacji, a nie obowiązkowy element systemu. Zgodnie z zasadą swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody kontraktowania, licencjodawca tym samym może mieć prawo do nieudzielenia licencji danemu podmiotowi, gdyż jego strategia komercjalizacji dzieła może zakładać określoną dystrybucję ograniczoną do określonych platform, terytorium, czy pola eksploatacji.

Analizując właściwe mechanizmy wsparcia relacji między poszczególnymi interesariuszami należy przede wszystkim wziąć pod uwagę charakter sporów. Ze względu na fakt, że dotyczą one kwestii ogólnych warunków współpracy właściwszym rozwiązaniem byłoby sięganie po wsparcie mediatorów zgodnie z ramami określonymi w KPC, gdyż to nie kwestie prawno-autorskie, a finansowo-biznesowe są przeważnie przedmiotem negocjacji.

Komisja Prawa Autorskiego, w przeciwieństwie do mediacji, nie stanowi powszechnego systemu rozstrzygnięcia sporów, lecz jako instytucja specjalistyczna ma służyć ściśle określonym sporom dotyczącym zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi takim jak: rozpatrywanie spraw o zatwierdzenie i zmianę tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, rozwiązywanie sporów dotyczących stosowania w/w tabel, rozwiązywanie sporów związanych z zawarciem i warunkami umowy między OZZ a operatorami kablowymi w zakresie reemisji. Tym zadaniom podporządkowany jest sposób doboru i powołania składu KPA i kwalifikacje arbitrów. Założeniem i wartością tego ciała miało być stworzenie instytucji, która posiada praktyczną wiedzę o mechanizmach rynkowych dotyczących obrotu utworami i przedmiotami praw pokrewnych. To co stanowi atut w przypadku postępowań dotyczących tabel wynagrodzeń i umów w trybie przymusu kontraktowania z OZZ niestety mogłoby mieć negatywny wpływ na rozstrzygnięcie sporów dotyczących komercyjnego obrotu prawami z uprawnionymi, którzy są niezależnymi przedsiębiorcami.

Ponadto obecność w składach orzekających osób reprezentujących innych korzystających z przedmiotów praw autorskich i pokrewnych, a także organizacji zbiorowego zarządzania może naruszać swobodę kontraktujących, budzić obawy w zakresie poufności warunków handlowych oferowanych często konkurującym ze sobą podmiotom i bezstronności w orzekaniu. Dodatkowo, z uwagi na ograniczoną ustawowo liczbę arbitrów istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że mogą oni mieć konflikt interesów z uczestnikami sporów lub być w relacji konkurencji.

Należy także zwrócić uwagę na kwestie ograniczeń Komisji Prawa Autorskiego w zakresie działań operacyjnych. KPA zlokalizowana jest tylko w Warszawie, nie posiada własnego i niezależnego zaplecza organizacyjnego. Struktura operacyjna jest ukształtowana pod kątem zadań KPA tak, by rozpoznawać bardzo ograniczoną liczbę postępowań (wynikającą z ograniczonej i co do zasady stałej liczby OZZ).

Tymczasem mediatorzy działający w postępowaniach mediacyjnych przewidzianych przepisami KPC działają na terytorium całej Polski, mają odpowiednie zaplecze organizacyjne i lokalowe, które jest w stanie sprostać skali potencjalnych obciążeń. Mediatorzy nie są także z założenia powiązani z rynkiem praw autorskich i pokrewnych w Polsce, co stanowić może atut na rzecz niezależności orzeczeń oraz mają wiedzę i doświadczenie we wspieraniu stron w szukaniu kompromisu, co jest istotą mediacji.

Z kolei w przypadku sporów określonych w Art. 17.9 dyrektywy dotyczących składania skarg i dochodzenia roszczeń dotyczących zablokowania dostępu do zamieszczonych utworów należy wskazać na dyskutowane na polskim rynku mechanizmy typu *notice and action*, które w przypadku sporu zakładają zdjęcie z dostawców usług udostępniania treści roli pośrednika, umożliwiając bezpośrednie rozstrzygnięcie sporów między uprawnionymi, a użytkownikami udostępniającymi treści (*counternotice*). Wprowadzona procedura składania skarg i blokowania dostępu powinna zatem być kompletna i uwzględniać możliwość kontr-zgłoszenia podmiotu zamieszczającego treści zablokowane w wyniku zastosowania mechanizmu *notice and action*, *pod warunkiem prawidłowej identyfikacji takiego użytkownika, co umożliwia podjęcie przez podmiot uprawniony skutecznych kroków prawnych wobec niego*. Podobne rozwiązania zawarte są w amerykańskiej ustawie Digital Millennium Copyright Act, a ich odpowiednie ukształtowanie walnie przyczynić się może do zapewnienia równowagi pomiędzy skuteczną egzekucją praw (np. autorskich) z jednej strony, a poszanowaniem prawa do uzyskiwania i rozpowszechniania informacji z drugiej.

Należy w tym miejscu wskazać, że docelowo procedura ta, ze względu na transgraniczny charakter wielu naruszeń i działalności platform, powinna być uniwersalna w skali Europy, co jest przedmiotem dyskusji w ramach Digital Services Act.

8) Czy należy zdefiniować użyty w art. 15 ust. 1 dyrektywy termin „bardzo krótki fragment publikacji prasowej” jako jedno z istotnych ograniczeń zakresu przedmiotowego nowego prawa pokrewnego wydawców prasowych czy też należy pozostawić ten termin jako klauzulę generalną?

Termin „bardzo krótkich fragmentów” - jako pojęcie zawarte w dyrektywie - podlega wyłącznej wykładni w świetle tejże dyrektywy, powinno być interpretowane jednolicie w krajach Unii Europejskiej oraz gwarantować wysoki poziom ochrony wydawców prasowych (zob. motyw 9 dyrektywy 2001/29 w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym: „[w]szelka harmonizacja praw autorskich i pokrewnych opiera się na wysokim poziomie ochrony, odkąd prawa te mają zasadnicze znaczenie dla twórczości intelektualnej. Ich ochrona zapewnia utrzymanie i rozwój kreatywności w interesie autorów, artystów wykonawców, producentów, konsumentów, kultury i gospodarki, jak również szerokiej publiczności”).

Mając powyższe na uwadze, optymalnym rozwiązaniem jest przejęcie brzmienia wynikającego z dyrektywy, tj. „*pojedyncze słowa*” oraz „*bardzo krótkie fragmenty*”; wykładnię w tym drugim zakresie podejmą krajowe sądy oraz TSUE.

10) Jaki powinien być udział autorów publikacji prasowych w przychodach wydawców uzyskiwanych z eksploatacji tych publikacji przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego, stosownie do art. 15 ust. 5 dyrektywy? Czy zasadne byłoby zastosowanie tu

analogii do udziału autorów i wydawców w opłatach kompensacyjnych, o których mowa w art. 20 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (50%-50%)?

Dyrektywa prawnoautorska także w tym zakresie nie udziela odpowiedzi na pytanie, w jakiej części przychody wydawców prasowych winny być dzielone z autorami publikacji prasowych. Pozostaje natomiast poza sporem, że koncepcja „odpowiedniej części przychodów” winna być jednakowo interpretowana w krajach członkowskich oraz że w każdym przypadku udział lub wynagrodzenie byłoby wypłacane przez wydawcę prasowego zgodnie z art. 15 ust. 5 dyrektywy, a autorzy nie mają żadnych dodatkowych roszczeń wobec dostawców usług udostępniania treści online.

Ponieważ dyrektywa nie wskazuje na kryteria dokonania podziału, każdy kraj unijny jest obowiązany do wypracowania własnych kryteriów w tym zakresie - w ramach ustalonych brzmieniem dyrektywy (zob. wyrok SENA z 6/02/2003, C-245/00, nb. 34). Ustalając te kryteria należy wziąć pod uwagę, że jedynym źródłem uprawnień autorów publikacji do odpowiedniej części przychodów jest brzmienie przepisu. Nie jest nim natomiast korzystanie z ich artykułów przez użytkowników, czy ich komercyjna wartość dla danej gazety – w tym zakresie rolę wynagrodzenia pełnią już honoraria dziennikarskie. Tym samym do roszczenia o wypłatę „stosownego udziału” nie znajduje zastosowania art. 18 i nast. dyrektywy prawnoautorskiej, tj. nie stosuje się przepisów rozdziału trzeciego zatytułowane „godziwe wynagrodzenie twórców i wykonawców w ramach umów o eksploatację”. Innymi słowy, autorzy publikacji prasowych partycypują na podstawie prawa w przychodach, które są co do zasady przeznaczone dla wydawców prasowych.

Akurat trudno dopatrzeć się analogii do art. 20 ust. 4 polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ten ostatni przepis przewiduje bowiem swoiste ryczałtowe odszkodowanie na rzecz wydawców oraz twórców z tytułu legalnego korzystania z utworów przez użytkowników. Nie występują zatem praktycznie żadne podobieństwa pomiędzy tym przepisem a omawianym prawem pokrewnym, które w żadnym przypadku nie przewiduje „odszkodowania” na rzecz dziennikarzy z tytułu korzystania z ich publikacji, również jego zastosowanie nie zależy od kwalifikacji publikacji prasowej, czy też jej fragmentu, jako utworu.

11) Czy należy doprecyzować definicję „dostawca usług udostępniania treści online”, zawartą w art. 2 pkt 6) w zw. z art. 17 dyrektywy i motywem 63, poprzez np. określenie minimalnej liczby przechowywanych utworów lub przedmiotów praw pokrewnych?

Nie, termin „dostawca usług udostępniania treści online” został wystarczająco jasno i jednoznacznie zdefiniowany w art. 2 pkt 6) dyrektywy.

Usługi udostępniania treści online nieustannie ewoluują, zarówno pod względem modeli biznesowych, jak i technologii. Każdego dnia pojawiają się nowe platformy oferujące nowe usługi. Doprecyzowanie zakresu usług świadczonych przez tych dostawców może prowadzić do szybkiej dezaktualizacji przyjętych rozwiązań prawnych i w rezultacie do stanu niepewności prawnej.

Zachęcamy do dosłownej transpozycji art. 2 ust. 6 i art. 17 ust. 1 do polskiego prawodawstwa, aby zapewnić spójne podejście w zakresie usług w Polsce i Unii Europejskiej. Pozwoliłoby to uniknąć fragmentarycznej implementacji, która mogłaby doprowadzić do sytuacji, w której jedne usługi udostępniania treści online są objęte regulacją w jednym państwie członkowskim, a w innym już nie, co byłoby sprzeczne z zasadami europejskiego jednolitego rynku cyfrowego.

Usługi udostępniania treści online w art. 2 pkt 6) dyrektywy są definiowane z różnych punktów widzenia: charakteru usług objętych definicją, charakteru usług, które są wyraźnie wyłączone spod zakresu definicji wraz z dodatkowym wyjaśnieniem, w jakich sytuacjach te usługi wejdą w zakres definicji.

Dodatkowo, Motyw 62 dodaje ważne wyjaśnienie: *“aby zapewnić wysoki poziom ochrony prawa autorskiego, mechanizm wyłączenia odpowiedzialności, o którym mowa w niniejszej Dyrektywie, nie powinien mieć zastosowania do dostawców usług, których głównym celem jest podejmowanie lub ułatwianie piractwa prawa autorskiego”*.

Wobec powyższego wyraźnego zastrzeżenia, że art. 17 nie ma na celu ograniczenia odpowiedzialności stron internetowych naruszających lub ułatwiających naruszenie prawa autorskiego, uważamy, że wprowadzenie tego wyjaśnienia do tekstu ustaw implementujących dyrektywę zwiększy pewność prawa i jest niezbędne do tego, aby uniknąć niezamierzonych konsekwencji braku takiego doprecyzowania.

Ponadto, biorąc pod uwagę zapisy dyrektywy, o uznaniu podmiotu za dostawcę usług udostępniania treści online decydować powinna nie tyle ściśle określona liczba udostępnianych plików, co charakter prowadzonej działalności, uwzględniając specyfikę danego rynku krajowego oraz jego skalę. Zgodnie z motywem 63 Dyrektywy, ocena ta powinna być dokonywana indywidualnie uwzględniając nie tylko wielość udostępnianych plików, ale także typ i liczebność odbiorców. Kluczowy dla oceny danego podmiotu jest charakter prowadzonej działalności i rola tego podmiotu w dostarczaniu treści do odbiorców (aktywna/kommercyjna). Ewentualne progi powinny być ustalone nie w skali europejskiej (co wnioskując z dotychczasowej praktyki realnie prowadzi do wyłączenia z regulacji większości podmiotów krajowych), co indywidualne dla każdego kraju i w odniesieniu do liczby internautów. Nie sposób bowiem przyjąć tożsamego progu np. dla Słowenii czy Niemiec, gdzie różnice w populacji internautów, a tym samym w skali popularności poszczególnych usług online są wielokrotnie różne.

W krajowych przepisach implementujących dyrektywę należy także ująć, że dyrektywa obejmuje usługi udostępniania treści online tylko wtedy, gdy konkurują z innymi usługami online dotyczącymi treści i są przeznaczone dla tych samych odbiorców.

W związku z tym, że dyrektywa nie ma na celu ograniczenia możliwości udostępniania treści online przez użytkowników, państwa członkowskie powinny dokonać możliwie pełnej transpozycji przesłanek zawartych w motywach 62 i 63, a nie tylko tych, które dotyczą "dużych ilości treści". Odniesienia do "konkurowania z innymi usługami w zakresie treści online" oraz pozostałe elementy motywów mają zasadnicze znaczenie nie tylko dla tego, które usługi uznaje się za usługi świadczone w ramach udostępniania treści online, ale także do tego, jak należy interpretować i stosować pozostałą część dyrektywy do dostawców usług udostępniania treści online. Przykładowy wykaz usług wyłączonych z zakresu stosowania art. 17 dyrektywy pokazuje, jak ważne jest zawężenie zakresu usług, których to dotyczy.

Tego typu celowościowa interpretacja ma również zasadnicze znaczenie dla zapewnienia praktycznej realizacji zobowiązań wynikających z art. 17.

Podsumowując, postulujemy dosłowną transpozycję art. 2 ust. 6 i art. 17 ust. 1 do polskiego prawodawstwa i dodatkowo sugerujemy przeniesienie pozostałych istotnych części Motywów 62 i 63 do definicji zakresu usług w następującym (przykładowym) kształcie:

“przepisów art. [...odpowiedni przepis...] nie stosuje się do usługodawców, których usługi nie konkurują z innymi usługami online dotyczącymi treści, których głównym celem nie jest umożliwianie użytkownikom zamieszczania i udostępniania dużej ilości treści chronionych prawem autorskim w celach zarobkowych i których głównym lub jednym z głównych celów nie jest przechowywanie i umożliwianie użytkownikom zamieszczania i udostępniania dużej ilości treści chronionych prawem autorskim w celach zarobkowych, bezpośrednio lub pośrednio, dzięki ich organizacji i promowaniu w celu przyciągnięcia większej liczby odbiorców, w tym poprzez ich klasyfikację i wykorzystywanie ukierunkowanych działań promocyjnych w ramach tych usług”

„...mechanizm wyłączenia odpowiedzialności, o którym mowa w [...odpowiedni przepis...] nie ma zastosowania do usługodawców, których głównym celem jest angażowanie się w lub ułatwianie naruszania praw autorskich, praw pokrewnych i innych przedmiotów własności intelektualnej”.

12) Czy na potrzeby licencjonowania publicznego udostępniania utworów przez „dostawców usług udostępniania treści online” należy wprowadzić obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania? Jeżeli tak, to w jakich dziedzinach twórczości i czy tak udzielane licencje powinny mieć rozszerzony skutek jak w art. 5 ust. 2-4 ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi?

Przed wszystkim należy zauważyć, że art. 17 nie wskazuje licencjonowania przez organizacje zbiorowego zarządzania jako jedyne wyboru. Wręcz przeciwnie, ustawodawca UE (i tak samo

Trybunał Sprawiedliwości UE) zawsze podkreślał charakter prawa publicznego udostępniania jako wyłącznego prawa do zezwalania **lub zakazywania** należącego bezpośrednio do właścicieli praw. Prawo to jest nierozzerwalnie związane z zasadą swobody umów:

- Motyw 61 „*Ponieważ jednak przepisy te nie mają wpływu na swobodę zawierania umów, podmioty uprawnione nie powinny być zobowiązane do udzielania zezwolenia lub zawierania umów licencyjnych.*”
- Artykuł 17 ust. 2 *“Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że w przypadku, gdy dostawca usług udostępniania treści online uzyska zezwolenie, na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej [...]”*
- Artykuł 17 ust. 4 *“Jeżeli nie udzielono zezwolenia, dostawcy usług udostępniania treści online ponoszą odpowiedzialność za nieobjęte zezwoleniem czynności publicznego udostępniania, w tym podawania do wiadomości [...]”*

Po drugie, Artykuł 17 ust. 1 wyraźnie stanowi, że o licencji należy zwracać się właśnie bezpośrednio do podmiotu uprawnionego: *“[...] Dostawca usług udostępniania treści online musi zatem uzyskać zezwolenie od podmiotów uprawnionych, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 2001/29/WE”*. Transpozycja poprzez nałożenie rozszerzonych lub obowiązkowych systemów licencjonowania zbiorowego nie jest przewidziana jako rozwiązanie licencyjne dla art. 17. Takie rozwiązanie byłoby również sprzeczne z unijnym i międzynarodowym prawem autorskim.

Pragniemy również zwrócić uwagę na niedawną opinię Association Littéraire et Artistique Internationale („ALAI”), która potwierdza, że upoważnienie można uzyskać tylko od samych właścicieli praw autorskich: **„ALAI uważa, że uprzednie zezwolenie wymagane na mocy art. 17 ust. 1 może być udzielone tylko przez samych właścicieli praw i nie może pochodzić od przymusowego zezwolenia wynikającego z niedobrowolnej licencji nałożonej przez krajowego ustawodawcę.** Wynika to również z koncepcji praw wyłącznych zakorzenionej w międzynarodowych konwencjach dotyczących praw autorskich, które wyraźnie rozróżniają prawa wyłączne od zwykłych praw do godziwego wynagrodzenia”.

Co do licencji o rozszerzonym skutku:

Chociaż niektóre podmioty praw autorskich mogą zdecydować o upoważnieniu organizacji zbiorowego zarządzania do udzielania takich zezwoleń, mechanizmy licencji o rozszerzonym skutku, które działają w celu rozszerzenia takich upoważnień na niereprezentowane podmioty praw, nie są odpowiednim narzędziem do udzielania licencji dostawcom usług udostępniania treści online - zwłaszcza biorąc pod uwagę transgraniczny charakter ich działalności. Nawet w przypadku możliwości wycofania zgody na reprezentację (opt-out), mechanizmy te mogą działać w sposób uzurpujący sobie prerogatywy poszczególnych podmiotów praw.

Dzieje się tak zwłaszcza w przypadku licencjonowania treści audiowizualnych, które opiera się na indywidualnych negocjacjach bezpośrednio między stronami. Producenci audiowizualni dostosowują zakres nabywanych licencji każdego utworu tak, aby było to optymalne, tj. tak aby zapewnić prawa w sposób odpowiadający cyklowi życia utworu, sposobowi jego wykorzystania oraz aby zapewnić zwrot inwestycji i wynagrodzenie dla wszystkich współautorów i wykonawców. Każdy producent jest najlepiej przygotowany do samodzielnej oceny, który model dystrybucji jest optymalny, zarówno z handlowego, jak i konkurencyjnego punktu widzenia.

Chociaż może zaistnieć potrzeba, aby „wspierać rozwój rynku udzielania licencji między podmiotami uprawnionymi a dostawcami usług udostępniania treści online” (Motyw 61) w niektórych sektorach rynku, nie ma to miejsca w sektorze utworów audiowizualnych, ze względu na określone zasadnicze cechy szczególne tego sektora:

Sektor audiowizualny opiera się na modelu finansowania i dystrybucji dostosowanym do każdego etapu cyklu życia utworu, takiego jak film lub serial telewizyjny. Konieczne jest zapewnienie, że ten ekosystem pozostaje zrównoważony; zwłaszcza, że rodzaj eksploatacji, o którym mowa w art. 17 (udostępnianie online na żądanie), stał się jednym z najważniejszych sposobów korzystania z treści. Powiązane prawa do korzystania z treści na żądanie są często jednymi z kluczowych elementów umów pomiędzy producentami a podmiotami praw. To, czy i w jakim zakresie dostawcy usług udostępniania treści online powinni uzyskać prawa do korzystania z utworów na tym polu eksploatacji, jest decyzją, którą określić może tylko właściwy podmiot praw autorskich, mając dogłębną wiedzę na temat utworu, jego wyjątkowej sytuacji finansowej, jego rynku i popytu konsumentów.

Inną ważną specyfiką sektora rynku utworów audiowizualnych jest to, że zasadniczo wszystkie prawa są skupione w ręku producenta. W związku z tym pozyskanie praw do treści audiowizualnych jest stosunkowo łatwe. Wszyscy współautorzy i wykonawcy dzieła audiowizualnego przenoszą swoje prawa na producenta. W rezultacie producent jest w stanie funkcjonować jako punkt kompleksowej obsługi w zakresie licencjonowania i zapewniać optymalne i wydajne wykorzystanie i dystrybucję utworu audiowizualnego.

Narzucanie określonych metod licencjonowania (licencji o rozszerzonym skutku lub innej formy obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania) pozbawiłoby poszczególnych właścicieli praw do filmów lub innych utworów audiowizualnych możliwości decydowania, czy użytkownicy końcowi mogą umieszczać je w sieci internetowej i udostępniać te filmy lub inne utwory audiowizualne w usługach udostępniania treści online. Pozbawiłoby to też możliwości ustalania warunków takiego korzystania z filmów czy innych utworów audiowizualnych, co jest oczywiście sprzeczne ze „swobodą zawierania umów” nakazaną w Motywie 61 Dyrektywy. Zagroziłoby to w efekcie całemu systemowi dystrybucji offline i online.

Ze względu na fakt, że uzyskiwanie licencji jest uproszczone dzięki skoncentrowaniu praw w rękach producenta, system licencjonowania przez organizacje zbiorowego zarządzania jest również potencjalnie sprzeczny z postanowieniami samej dyrektywy, ponieważ trudno jest argumentować, że „uzyskanie zezwolenia bezpośrednio od podmiotów uprawnionych jest zazwyczaj uciążliwe i niepraktyczne w takim stopniu, że zawarcie umowy licencji jest mało prawdopodobne” zgodnie z zapisami art. 12 ust. 2 dyrektywy.

Powyższe argumenty nie są w żadnym razie osłabione przez możliwość wycofania zgody na reprezentację, czyli tzw. „opt-out”. Pomijając fakt, że skuteczne wycofanie zgody jest często dość trudne w praktyce i czasami wymaga od właścicieli praw autorskich podjęcia kroków prawnych w celu wyegzekwowania swoich praw, głównym problemem wydaje się, że samo istnienie licencji o rozszerzonym skutku lub innych form obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania w sektorze audiowizualnym w praktyce uniemożliwia producentom uzyskanie stawek rynkowych za swoje produkcje. Dzieje się tak dlatego, że licencje o rozszerzonym skutku lub inne mechanizmy obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania opierają się na wycenie wszystkich treści po tej samej wartości minimalnej.

Ponadto licencje o rozszerzonym skutku mogą działać tylko w ograniczonym zakresie terytorialnym. Artykuł 12 ust. 1 dyrektywy potwierdza, że państwa członkowskie mogą udzielać licencji o rozszerzonym skutku „w zakresie, w jakim dotyczy to ich stosowania na ich terytorium”. W konsekwencji, ten mechanizm licencjonowania nie jest rozwiązaniem, w którym usługi działają w wielu krajach, jak ma to miejsce w przypadku dostawców usług udostępniania treści online. Stoi to w sprzeczności z deklarowanym dążeniem UE do ustanowienia Jednolitego Rynku Cyfrowego.

Co do obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania w innej formie niż z wykorzystaniem licencji o rozszerzonym skutku:

Zbiorowy zarząd prawami wydaje się uzasadniony tylko wtedy, gdy indywidualne wykonywanie praw jest niemożliwe lub wysoce utrudnione. Tymczasem technologie cyfrowe znacznie ułatwiły właśnie indywidualne wykonywanie praw. Ponadto, w sektorze audiowizualnym, gdzie prawa są skonsolidowane u producentów, indywidualne zarządzanie prawami wyłącznymi jest rynkową normą, która działa i przynosi korzyści wszystkim podmiotom na rynku.

Zgodnie z międzynarodowymi konwencjami dotyczącymi praw autorskich, obowiązkowe zbiorowe zarządzanie nie jest dozwolone, z wyjątkiem przypadków, gdy jest to wyraźnie określone. Państwa członkowskie WIPO nie mogą w rzeczywistości wydawać „licencji” na działalność poza ich jurysdykcją. Wynika to z tak zwanej „zasady zakazu eksportu” zawartej w art. 11bis ust. 2 Konwencji berneńskiej: „Do narodowych ustawodawstw krajów związkowych należy unormowanie warunków wykonywania prawa, w ustępie poprzednim wskazanego, warunki te, wszakże będą miały skutek ściśle ograniczony do kraju, który by je ustanowił.” Konwencja

berneńska, art. 8 WCT oraz art. 10 i 14 WPPT ograniczają dopuszczalny zakres obowiązkowej licencji zbiorowej do określonych czynności publicznego udostępniania. Prawo do udostępniania, w szczególności w przypadku utworów audiowizualnych, nie jest objęte tą listą.

Jakiegokolwiek ograniczenie wyłącznego prawa do udostępniania w drodze obowiązkowego zbiorowego zarządzania również nie zdałoby trójstopniowego testu (art. 9 ust. 2 Konwencji berneńskiej, art. 13 TRIPS, art. 10 WCT i art. 16 WPPT). Ponadto, jakiegokolwiek nałożenie obowiązkowego zbiorowego zarządzania w tym obszarze stanowi naruszenie Porozumienia TRIPS.

Wreszcie, narzucenie obowiązkowych licencji udzielanych przez organizacje zbiorowego zarządzania w tym nowym obszarze zagroziłoby inwestycjom w nowe legalne usługi cyfrowe, faworyzując w ten sposób niektóre (czasami nieautoryzowane) usługi kosztem nowych usług, które działają zgodnie z zasadami i szanują szeroki zakres przepisów, w tym dotyczących zasad ochrony konsumentów.

Niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji natury prawnej wskazującej, iż nie jest zasadne wprowadzenie pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania, warto także wziąć pod uwagę zarówno praktykę funkcjonowania i redystrybucji środków przez OZZ, jak i model działalności dostawców usług udostępniania treści online. Przemawiają za tym takie kwestie jak:

- Wprowadzenie mechanizmu pobierania i redystrybucji należnych środków przez OZZ oznaczałoby konieczność zbierania i analizy danych o uprawnionych w przypadku każdego z udostępnianych materiałów. W praktyce wymagałoby to wypełniania przez użytkowników platform metryczek z danymi o udostępnianym dziele oraz listą uprawnionych, a użytkownicy indywidualni nie są w posiadaniu takowej wiedzy.
- Redystrybucja należnych środków co do zasady jest ściśle powiązana z wartością komercyjną danego dzieła, a tym samym kosztów jego produkcji i zyskiem wynikającym z jego eksploatacji. Wprowadzenie takiego mechanizmu u dostawców usług udostępniania treści online wymagałoby różnicowania sposobu komercjalizacji poszczególnych dzieł (np. poprzez różne wartości reklam towarzyszących ich emisji) i uzyskiwania danych o wartości budżetów poszczególnych udostępnianych treści. Jest to nierealne ze względu na nieposiadanie takiej wiedzy zarówno przez użytkowników, jak i platformy, a także ze względu na to, iż byłoby to w sprzeczności ze specyfiką funkcjonowania platform i całego ekosystemu cyfrowego.
- Obecnie funkcjonujący system redystrybucji tantiemów, uzyskiwanych przez OZZ, budzi wiele wątpliwości co do jego efektywności i sprawiedliwości. Mając na uwadze wskazane powyżej realia rynkowe i możliwość skutecznej bezpośredniej realizacji swoich praw w stosunkach z podmiotami świadczącymi usługi online, dla większości uprawnionych wprowadzenie przymusowego pośrednictwa OZZ oznaczać będzie znaczne wydłużenie

czasu oczekiwania na należne środki, zmniejszenie należnych kwot o koszty inkasa, czy w skrajnym przypadku wykluczenie z repartycji w przypadku najmniejszych twórców indywidualnych.

W związku z tym, kwestionujemy stosowność obowiązkowego i rozszerzonego mechanizmu licencjonowania zbiorowego w celu uzyskania zezwolenia na użytkowanie w kontekście art. 17. W szczególności takie mechanizmy byłyby całkowicie nieodpowiednie z biznesowego, ekonomicznego, praktycznego i prawnego punktu w odniesieniu zarówno do sektora audiowizualnego, jak i innych sektorów, wskazanych przykładowo poniżej.

Wprowadzenie systemu rozszerzonego zbiorowego zarządu (dalej ECL („extended collective licensing”)) w niektórych obszarach byłoby szczególnie szkodliwe:

- Sektor muzyki w Internecie:

Obecne praktyki w zakresie udzielania licencji na usługi online są złożone i są wynikiem wieloletniej ewolucji prawa i praktyk branżowych. Użytkownicy otrzymują obecnie różnorodne licencje, udzielane przez różnego rodzaju podmioty (wytwórnie fonograficzne, agregatory, organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, wydawcy muzyczni) i mające różne cechy pod względem praw i zakresu terytorialnego (od licencji lokalnych po licencje nieterytoriałne). Licencje wieloterytorialne na wykorzystanie utworów muzycznych na internetowym polu eksploatacji są dodatkowo wspierane i regulowane na mocy artykułu III Dyrektywy 2014/26/UE w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (dyrektywy CRM). Systemy zbiorowego zarządu, które ze względu na swój charakter nie mają charakteru wieloterytorialnego, kolidowałyby z tymi ramami i byłyby sprzeczne, zarówno z istniejącymi praktykami w zakresie udzielania licencji, jak i z podejściem do licencji wieloterytorialnych obowiązującym na mocy dyrektywy CRM.

- ECL w odniesieniu do art. 17 dyrektywy ws. praw autorskich:
ECL byłaby również niewłaściwa w odniesieniu do art. 17 dyrektywy. Po pierwsze, faktyczna reprezentatywność organizacji zbiorowego zarządzania nie będzie możliwa w odniesieniu do podmiotów objętych art. 17: większość treści zamieszczanych przez użytkowników w internecie to utwory, do których prawa autorskie należą do indywidualnych użytkowników (user generated content). Rozciągnięcie zakresu obowiązywania systemów ECL na wszystkie utwory należące do danej kategorii, w tym opublikowane na licencjach Creative Commons i utwory tworzone przez użytkowników, byłoby nieproporcjonalne. W rezultacie, systemy ECL pozbawiają użytkowników ich praw - czynią wysoce niepraktycznym korzystanie przez nich z ich wyłącznych praw i przyznawanie bezpłatnych licencji (jeśli tak postanowią) zgodnie z motywem 82 dyrektywy. Ponadto, o ile odpowiednio stosowane systemy ECL, dają licencjobiorcom

pewność prawną, o tyle w wypadku artykułu 17 dyrektywy nie miałyby to miejsca. Wobec braku jasnej infrastruktury własności praw, przetwarzanie wyłączeń podmiotów praw autorskich byłoby bardzo trudne dla dostawców usług udostępniania treści online (OCSSP). W jaki sposób dostawcy OCSSP mają rozróżniać, które wśród przesyłanych przez użytkowników treści wchodzą w zakres licencji, a co zostało wyłączone przez oświadczenie woli uprawnionego (tzw. opt-out)? ECL nie może zostać wdrożona na mocy art. 17, zanim nie zostanie ustalone, czy zarządzanie treściami, należącymi do podmiotów które wyłączone są ze zbiorowego zarządu (po opt-oucie) jest w ogóle technicznie możliwe.

13) Czy przypadki dozwolonego użytku określone w art. 17 ust. 7 dyrektywy (cytowanie, krytyka, parodia, pastisz itd.) wymagają osobnego uregulowania w ustawie lub też zmiany już obowiązujących przepisów o dozwolonym użytku (art. 29 i 29 z indeksem 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych)?

Obowiązek zapewnienia, że legalne umieszczanie treści w sieci Internet nie są jest blokowane, spoczywa wspólnie na dostawcach usług udostępniania treści online oraz na właścicielach praw autorskich. Jedynym obowiązkiem spoczywającym na państwach członkowskich w zakresie implementacji art. 17 ust. 7 jest uwzględnienie nowo wprowadzonych obowiązkowych wyjątków. Tymczasem, polska ustawa, dokładniej art. 29 i 29 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych reguluje już w odpowiedni sposób te wyjątki. Nie ma zatem potrzeby ponownego analizowania zakresu wyjątku w polskim prawie, ponieważ jest on już zgodny z dyrektywą.

Prawo autorskie UE zawiera wyczerpującą listę wyjątków i ograniczeń praw wyłącznych (zob. Art. 5 i Motyw 32 Dyrektywy o prawie autorskim z 2001 r. z późniejszymi zmianami). Wyjątki są wobec powyższego wyraźnie wymienione i nie ma miejsca na tworzenie nowych wyjątków na poziomie krajów członkowskich.

14) Czy wdrożenie art. 18 dyrektywy przewidującego prawo do odpowiedniego wynagrodzenia dla twórców i wykonawców za przeniesienie ich praw lub udzielenie licencji powinno polegać na wprowadzeniu prawa do niezbywalnego wynagrodzenia, np. na wzór rozwiązania przyjętego obecnie w art. 70 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych? Jeżeli tak, jakie dziedziny twórczości i jakie pola eksploatacji powinny być objęte tym wynagrodzeniem i jak uwzględnić w tych nowych rozwiązaniach zasadę swobody zawierania umów zgodnie z art. 18 ust. 2 dyrektywy?

Wdrożenie art. 18 Dyrektywy nie powinno polegać na wprowadzeniu prawa do niezbywalnego wynagrodzenia wypłacanego za pośrednictwem OZZ, jak np. na wzór rozwiązania przyjętego w art. 70 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Kwestie te należy pozostawić

swobodnej woli stron, zgodnie z zasadą swobody zawierania umów, stosownie do treści art. 18 ust. 2 dyrektywy.

Artykuł 18 ust. 1 dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, że w przypadku, gdy „twórcy i wykonawcy udzielają licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, mieli oni prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia”. Art. 18 ust. 2 dyrektywy z kolei wskazuje, że przy wdrażaniu do prawa krajowego zasady określonej w ust. 1, państwa członkowskie mogą swobodnie korzystać z różnych mechanizmów i muszą uwzględniać „zasadę swobody zawierania umów oraz sprawiedliwej równowagi praw i interesów”. Zachowanie swobody zawierania umów w celu do zapewnienia twórcom i wykonawcom odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia, jak też sprawiedliwej równowagi praw i interesów jest zatem, zgodnie z dyrektywą, koniecznością.

Ponadto, jak wyjaśnia motyw (73) dyrektywy, art. 18 ust. 1 dyrektywy wymaga, aby wynagrodzenie twórców i wykonawców było „odpowiednie i proporcjonalne do faktycznej lub potencjalnej wartości majątkowej praw udzielonych w ramach licencji lub praw przeniesionych, biorąc pod uwagę wkład twórcy lub wykonawcy w całość utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną oraz wszystkie inne okoliczności sprawy, takie jak praktyki rynkowe lub faktyczna eksploatacja utworu”. Oznacza to, że dyrektywa nie definiuje tego wynagrodzenia, jako proporcjonalnego do dochodów z utworu, ale ma być ono odpowiednie i proporcjonalne do wartości praw twórców i wykonawców. Wartość ta powinna być określana poprzez czynniki specyficzne dla danego twórcy i wykonawcy (umiejętności, wkład, rozpoznawalność, itp.) oraz jego wkład do projektu twórczego, jak też do wartości tego specyficznego projektu, determinowanej przez okoliczności jego powstawania i dystrybucji.

Istotne jest też podkreślenie różnorodności sektora kreatywnego i wynikającej z tego konieczność uwzględnienia różnorodnej praktyki wynagradzania twórców i wykonawców w różnych projektach twórczych. Nie istnieje jedno uniwersalne podejście, które mogłoby zapewnić wymaganą przez dyrektywę sprawiedliwą równowagę praw i interesów.

Ponadto, motyw (73) dyrektywy wskazuje, że wdrożenie zasady odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia twórców i wykonawców może odbywać się przez zastosowanie nowych lub już istniejących mechanizmów.

Polskie prawo zawiera już różne mechanizmy zapewniające twórcom i wykonawcom prawo do wynagrodzenia. Prawo twórców do wynagrodzenia za korzystanie z ich praw na wszystkich polach eksploatacji gwarantuje art. 17 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Prawo wykonawców do wynagrodzenia za korzystanie z artystycznych wykonań zapewnia art. 86 ustawy. Ponadto, prawo do wynagrodzenia z tytułu przeniesienia praw twórców i wykonawców oraz udzielenia licencji do tych praw zapewnione jest w art. 43 i art. 92 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Z przepisów tych wynika, że jeśli umowa nie stanowi inaczej, twórcom

i wykonawcom przysługuje wynagrodzenie za przeniesienie praw lub udzielenie licencji, a jeśli umowa nie przewiduje wynagrodzenia, przy ustalaniu jego wysokości uwzględnia się zakres przyznanych praw oraz korzyści wynikające z korzystania z praw. Ponadto, prawa do wynagrodzenia twórców i wykonawców są szczegółowo określone w szeregu innych przepisów ustawy o prawie autorskim. Wynagrodzenie jest wypłacane bezpośrednio przez użytkowników praw, nabywców praw lub licencjodawców lub za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi.

Podkreślić należy, że w celu realizacji zasady odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia za przeniesienie praw twórców lub wykonawców lub udzielenie licencji, art. 18 dyrektywy nie wymaga stosowania takich mechanizmów, jak przewidziany w art. 70 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, obejmujących wynagrodzenie, które jest (i) dodatkowe do otrzymywanego od bezpośrednich kontrahentów twórców i wykonawców za wkład w realizację utworu audiowizualnego, (ii) niezbywalne oraz (iii) podlega obowiązkowemu zbiorowemu zarządzaniu.

Co do zasady, ugruntowanej już także w polskiej judykaturze i orzecznictwie, zbiorowe zarządzanie prawami powinno mieć swoje źródło w woli posiadaczy praw. Obowiązkowe zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i pokrewnymi powinno być wyjątkiem, ponieważ taki mechanizm ogranicza prawa majątkowe podmiotów praw autorskich i wyłącza zasadę swobody zawierania umów. Pozbawia on tym samym twórców i wykonawców możliwości negocjowania wynagrodzenia, które powinno być dostosowane do takich zmiennych czynników, jak wartość ich praw zależna od cech specyficznych dla danych twórców i wykonawców, ich wkładu w dzieło oraz innych okoliczności danej sytuacji, a w szczególności specyfiki danego sektora twórczości. W praktyce może to prowadzić do zakłócenia sprawiedliwej równowagi praw i interesów. Dotyczy to w szczególności złożonego sektora audiowizualnego i zróżnicowanych utworów audiowizualnych.

Praktyki rynkowe w zakresie ustalania odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia w międzynarodowym sektorze audiowizualnym są zróżnicowane. Poszczególne umowy mogą przykładowo obejmować płatności z góry lub udziały w przychodach, ewentualnie premie w oparciu o wyniki kasowe lub liczbę widzów, jak również mogą być ustalone przy uwzględnieniu wielu innych cech charakterystycznych dla danego projektu, ponieważ każdy utwór audiowizualny, jak np. film lub program telewizyjny, jest inny. Na warunki poszczególnych umów będzie miało wpływ wiele różnych aspektów, związanych nie tylko z charakterem utworu audiowizualnego, ale także z charakterem i zakresem wkładu współtwórcy i wykonawcy. Swoboda negocjowania najlepiej dopasowanego modelu wynagrodzenia w umowach współtwórców i wykonawców audiowizualnych ma kluczowe znaczenie. W niektórych przypadkach autorzy lub wykonawcy mogą preferować płatności ryczałtowe i skorzystać z płatności z góry lub zdeterminowanych z płatności, aby uniknąć ryzyka i niepewności finansowej w świetle niepewnego wyniku projektu.

W przypadku producentów audiowizualnych, jak też dystrybutorów tych treści, w tym platform streamingowych i VOD, szczególne ryzyko zwrotu inwestycji finansowych w produkcję i dystrybucję projektu można lepiej ocenić na podstawie z góry ustalanych kosztów. Zmniejszenie pewności w tym obszarze może osłabić zdolność producentów i dystrybutorów treści audiowizualnych prognozowania i przyciągania inwestycji. W konsekwencji sytuacja taka może zniechęcać do inwestycji w projekty audiowizualne lub zmniejszać ich rentowność, a zatem podważać podstawy wynagradzania twórców i wykonawców audiowizualnych, jakimi są produkcja i dystrybucja rentownego projektu audiowizualnego.

Podsumowując, przepisy nie powinny regulować prawa do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia dla twórców i wykonawców w sposób szczególny, który nie ma podstaw w zasadzie swobody umów. Wprowadzenie szczególnych rozwiązań, które nie są oparte na zasadzie swobody umów, grozi fragmentacją unijnego prawa autorskiego, a co za tym idzie, rynku wewnętrznego. Zasada odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia jest osiągalna najlepiej poprzez swobodę zawierania umów i praktyki rynkowe. Wszelkie nakazowe interwencje legislacyjne mogą skutkować niezamierzonymi konsekwencjami w postaci ograniczania inwestycji w sektor audiowizualny, a w szczególności filmowy. Niezwykle ważne jest, aby uczestnicy rynku audiowizualnego zachowali wysoki poziom swobody umownej w zakresie negocjowania najbardziej odpowiedniego modelu wynagradzania, który służy interesom wszystkich zaangażowanych stron.

15) Czy należy doprecyzować przypadki, w których zgodnie z art. 19 ust. 4 dyrektywy wyłączony zostaje obowiązek przejrzystości - zdefiniowany w art. 19 ust. 1 dyrektywy - np. poprzez wskazanie konkretnych dziedzin twórczości lub pól eksploatacji?

Co do zasady obowiązek przejrzystości powinien być wyłączony dla wszystkich umów dot. udzielenia licencji lub przekazania praw, w których przewidziana jest stawka ryczałtowa, w tym umów, w których podmiot praw otrzymuje pełną kwotę płatną z góry, jako że w umowach tego typu wynagrodzenie dla twórcy/wykonawcy nie jest zależne od tego jak realna wartość artystyczna danego utworu zostanie zweryfikowana przez odbiorców i rynek, która to weryfikacja ma bezpośrednie przełożenie na wpływy licencjobiorców/podmiotów na które przeniesiono prawa lub ich następców prawnych. Stawki w umowach tego typu są kalkulowane według potencjalnej wartości majątkowej praw, umowy takie chronią twórców przed ryzykiem ekonomicznym i w wielu przypadkach skutkują wypłatą wyższego wynagrodzenia niż twórca otrzymałby w przypadku innych zasad wynagradzania, uzależnionych od komercyjnego sukcesu danego utworu. W przypadku umów ze stawką ryczałtową brak jest uzasadnienia do spełniania wymogów transparentności, gdyż twórca ma zapewnioną wypłatę wynagrodzenia wskazanego w umowie i informacje o faktycznych przychodach licencjobiorcy z tytułu eksploatacji utworu nie są mu potrzebne.

Przy tworzeniu wszelkich wynikających z dyrektywy przepisów odnoszących się do obowiązku przejrzystości i związanych z nim praw twórców i wykonawców, należy uwzględnić, że realizacja tego prawa po stronie twórców lub wykonawców może narażać korzystających na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, co może przyczynić się do szkody po stronie korzystającego, dlatego ewentualna regulacja w tym zakresie powinna ograniczać zakres dozwolonego korzystania z pozyskanych informacji przez uprawnionych twórców lub wykonawców.

Uzasadnione jest wdrożenie postanowienia, które wyłącza obowiązek przekazywania informacji na temat eksploatacji utworów i wykonań (obowiązek przejrzystości) tym twórcom i wykonawcom, których wkład nie jest znaczący w stosunku do całego utworu lub wykonania, co jest zgodne z treścią i intencją art. 19 ust. 4 dyrektywy.

Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do sektorów audiowizualnego i muzycznego, tworzenie nowych treści charakteryzuje się wysokim ryzykiem i jest przedsięwzięciem kosztownym. W przypadku utworów audiowizualnych, ich powstawanie pociąga za sobą zaangażowanie czasem nawet setek lub tysięcy współpracowników, w przeważającej mierze twórców i wykonawców. Związany z tym ciężar przekazywania informacji na temat eksploatacji utworów i wykonań jest szczególnie duży.

Dyrektywa przewiduje, że prawo powinno umożliwiać rozwiązania pragmatyczne. W celu uchwycenia właściwej perspektywy realiów sektora audiowizualnego w tym zakresie, należy wziąć pod uwagę dużą liczbę współpracowników tworzących utwór taki jak film lub program telewizyjny, jak też skumulowany efekt tego obowiązku rok po roku w połączeniu ze wzrostem liczby filmów i programów telewizyjnych, dla których raportowanie o eksploatacji byłoby wymagane. W przestrzeni audiowizualnej ciężar wypełniania obowiązku przejrzystości wobec każdego współtwórcy filmu byłby nieuzasadniony i nieproporcjonalny. Wymagałoby to znacznych zasobów i zmusiłoby producentów oraz dystrybutorów treści do poniesienia uciążliwych kosztów, które w braku takiego obowiązku mogłyby zostać zainwestowane w nowe projekty audiowizualne.

Poziom wkładu należy oceniać indywidualnie dla każdego przypadku. Nie ma potrzeby wyjaśniania tego aspektu prawnego poprzez precyzowanie konkretnych przykładów w przepisach. Groziłoby to również dezaktualizacją prawa w miarę rozwoju branży i zwiększania liczby zaangażowanych nowych uczestników.

Cel dyrektywy może zostać skutecznie wypełniony przez wprowadzenie mechanizmów przewidujących reaktywny obowiązek przekazywania twórcom i wykonawcom informacji na temat eksploatacji ich utworów i wykonań. Oznaczałoby to, że twórcy i wykonawcy otrzymują informacje na zgłoszone przez nich żądanie. Z przytoczonych wyżej względów, ma to szczególne znaczenie dla sektora audiowizualnego, a przy wdrażaniu obowiązków przejrzystości przewidzianych w dyrektywie *„państwa członkowskie powinny brać pod uwagę specyfikę odmiennych treści w sektorach, takich jak sektor muzyczny, sektor audiowizualny i sektor*

wydawniczy, a wszystkie stosowne zainteresowane strony powinny być zaangażowane przy określaniu takich obowiązków dla poszczególnych sektorów” (motyw (77) dyrektywy). Jak dalej wskazuje motyw (77) dyrektywy: „W stosownych przypadkach należy również uwzględnić znaczenie wkładu twórców i wykonawców w cały utwór lub wykonanie. Aby umożliwić zainteresowanym stronom osiągnięcie porozumienia w zakresie przejrzystości należy również wziąć pod uwagę możliwość zastosowania negocjacji zbiorowych”.

16) Czy należy wyłączyć prawo twórcy i wykonawcy do „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej) w odniesieniu do określonych rodzajów utworów lub kategorii uprawnionych zgodnie z art. 22 ust. 2 dyrektywy?

Uzasadnieniem dla prawa twórcy lub wykonawcy „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa jest zapewnienie możliwości „wycofania się” z udzielonego prawa przez twórców i wykonawców w tych przypadkach, w których ich prawa w ogóle nie są wykorzystywane przez nabywców praw lub licencjobiorców. Motyw (80) Dyrektywy wyjaśniający art. 22 dyrektywy mówi o utworach lub wykonaniach, które „nie są w ogóle eksploatowane”. W takiej sytuacji, jeśli prawa do utworów lub wykonań zostały udzielone na zasadzie wyłączności, twórca i wykonawca pozbawieni są z możliwości czerpania korzyści z eksploatacji ich praw przez innych partnerów.

Motyw (80) dyrektywy wskazuje, że „Jako że eksploatacja utworów lub wykonań może się różnić w zależności od sektora, na poziomie krajowym można przyjąć szczegółowe przepisy w celu uwzględnienia specyfiki sektorów, takich jak sektor audiowizualny (...)”.

Obecnie obowiązujące w Polsce przepisy art. 57 prawa autorskiego zawierają już w ust.1 bardzo ważne ograniczenie do sytuacji, w których nabywca autorskich praw majątkowych zobowiązał się do rozpowszechniania utworu, tym niemniej w naszej ocenie wskazane byłyby dalsze wyłączenia i zmiany. Należy wyłączyć prawo twórcy i wykonawcy do „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej) przede wszystkim w odniesieniu do utworów komercyjnych, stworzonych na potrzeby marketingu lub promocji. Wiele tego rodzaju utworów jest tworzonych ściśle według zamówienia klienta i może stanowić reklamę produktu czy też znaków towarowych, które z takich czy innych względów biznesowych mogą nie być wykorzystywane przez zleceniodawcę w krótkim czasie od ich powstania.

Prawo twórcy i wykonawcy do „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej) powinno być całkowicie wyłączone w przypadku sektorów produkcji oprogramowania oraz audiowizualnego.

W realiach sektorów audiowizualnego czy software’owego, prawa twórców lub wykonawców są zasadniczo wykorzystywane, ale inaczej niż w innych sektorach, ukończenie utworu audiowizualnego i jego komercyjne rozpowszechnienie zajmuje znacznie więcej czasu, pochłania wielkie nakłady i wiąże się z ogromnym ryzykiem gospodarczym. Konkretna wzmianka o sektorze audiowizualnym w motywie (80) potwierdza, że prawodawca unijny zwrócił szczególną uwagę na

sektor audiowizualny ze względu na praktyczne trudności, jakie może spowodować prawo twórcy lub wykonawcy „odwołania” przeniesionego prawa lub udzielonej licencji.

Zasadnicze przyczyny powyższego są następujące:

- W produkcję utworu audiowizualnego, jak film lub serial telewizyjny zaangażowanych jest wielu twórców i wykonawców. Jeśli jeden twórca lub wykonawca będzie mógł skutecznie się „cofnąć” swoje prawa: (i) będzie to miało wpływ na innych twórców i wykonawców uczestniczących w realizacji utworu, jak też (ii) sytuacja taka może wywołać uzasadnioną niepewność inwestorów tych sektorów, którymi są nie tylko producenci i inne podmioty inwestujące w produkcję, jak np. nadawcy, ale też dystrybutorzy (jak np. operatorzy kablowi i platformy streamingowe i VOD, platformy dystrybucji oprogramowania), którzy również inwestują w pozyskanie dystrybuowanych przez nich treści.
- Rozpowszechnianie utworu audiowizualnego wymaga znacznie dłuższego czasu, niż inne utwory. Przed etapem produkcji i w jego trakcie pozyskiwane są takie prawa jak prawa do scenariusza, prawa „opcji” do utworów bazowych (np. książki, sztuki, piosenki lub nawet fragmentów takich utworów), które są przeznaczone do wykorzystania w filmie lub serialu telewizyjnym. Ryzyko cofnięcia któregokolwiek z tych praw na etapie produkcji utworu audiowizualnego całkowicie osłabiłoby tworzenie produkcji audiowizualnych i zniechęciłoby do inwestycji. W praktyce jeden taki przypadek „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa może zablokować eksploatację całego utworu audiowizualnego, spowodować ogromne koszty i roszczenia.

Jakiegokolwiek uprawnienia do „odwołania” praw autorów lub wykonawców w sektorze audiowizualnym:

- (1) pociągałoby za sobą szkodliwą niepewność prawną i biznesową przy produkcji projektów audiowizualnych, pozyskiwaniu ich finansowania lub udzielaniu praw na ich dystrybucję, a w konsekwencji dotarcie do końcowego odbiorcy – widza,
- (2) miałyby szkodliwy wpływ na trwałość produkcji filmowej i telewizyjnej w UE w przyszłości, jak też (3) naruszałoby uzasadnione oczekiwania twórców i wykonawców, którzy nie cofnęli swoich praw, do rozpowszechniania utworu.

Generalnie, co do zasady twórca powinien mieć możliwość zarobkowania, a nabywcy praw/licencji do jak najszerzej i nieograniczonej dystrybucji.

17) Czy „obowiązek przejrzystości”, zdefiniowany w art. 19 dyrektywy, któremu zgodnie z art. 27 dyrektywy podlegają będą umowy od dnia 7 czerwca 2022 r., powinien dotyczyć również umów zawartych przed tą datą? Jeżeli tak, to czy powinny zostać wprowadzone jakieś

wyłączenia w zastosowaniu ww. obowiązku np. z uwagi na datę zawarcia umowy lub upływ terminu przedawnienia roszczenia głównego?

Zgodnie z artykułem 27 dyrektywy: *„Umowy dotyczące licencji lub przeniesienia praw twórców i wykonawców podlegają obowiązkowi przejrzystości określonemu w art. 19 od dnia 7 czerwca 2022 r.”* Zastosowanie obowiązku przejrzystości do umów zawartych przed tą datą w oczywisty sposób wykraczałoby poza brzmienie art. 27 dyrektywy oraz wkraczałoby w dyskusyjną sferę obowiązywania przepisów z mocą wsteczną.

Warto także zauważyć, że spełnienie wynikających z obowiązku przejrzystości wymagań pociągać będzie za sobą dla podmiotów zobowiązanych spory wysiłek organizacyjny oraz konieczność poniesienia nakładów na wdrożenie odpowiednich procesów raportowych, procedur wewnętrznych i dokonania ustaleń z podmiotami trzecimi uczestniczącymi w całym łańcuchu wartości. Wiązać się będzie także zapewne z koniecznością zawarcia w umowach odpowiednich zapisów. Z tego względu istotne jest, aby wskazana w dyrektywie data 7 czerwca 2022 r. stanowiła niejako „nowe otwarcie” dla istniejących od wielu lat na rynku praktyk i odnosiła się wyłącznie do umów zawartych począwszy od tej daty, tym bardziej że negocjowanie i renegocjowanie umów jest często procesem długotrwałym i trudnym.

W odniesieniu do dyrektywy 789/2019:

1) W jaki sposób należy potraktować „wprowadzanie bezpośrednie” w rozumieniu art. 2 pkt 4 w zw. z art. 8 dyrektywy – czy powinno być to nowe pole eksploatacji wyraźnie wskazane w art. 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych czy też ten sposób eksploatacji utworów należy uregulować jako jeden ze sposobów nadawania lub reemitowania?

Na wstępie pragniemy zauważyć, że temat właściwego odzwierciedlenia w przepisach prawa czynności technicznej, jaką jest „wprowadzanie bezpośrednie” jest skomplikowany i wymaga głębszej analizy Świadczy o tym chociażby fakt, że na poziomie prac unijnego prawodawcy, mimo wielu wysiłków i dyskusji, nie znaleziono dla niego jednolitego i satysfakcjonującego rozwiązania, tym samym niejako cedując na państwa członkowskie problem znalezienia takiego rozwiązania. Także wśród członków naszej Izby brak jest jednomyślności, co do odpowiedzi na powyższe pytanie.

Przede wszystkim należy wskazać, że pomimo, iż technologia „wprowadzania bezpośredniego” jest coraz częściej stosowana na rynku, nie zastąpiła ona jednak tradycyjnego „nadawania” i „reemisji”. Z technologicznego punktu widzenia ważny jest także fakt, iż operator będący odbiorcą sygnału telewizyjnego może nie dysponować wiedzą czy dany przekaz jest dokonywany poprzez „wprowadzanie bezpośrednie” i czy w przypadku danego nadawcy wystąpiła gdzieś czynność publicznego komunikowania, czy też nie. Sygnał telewizyjny przekazywany poprzez „wprowadzanie bezpośrednie” nie jest opatrzony bowiem żadnymi specjalnymi znacznikami.

Według niektórych firm członkowskich, wprowadzenie bezpośrednie nie powinno stanowić nowego pola eksploatacji i nie wymaga wprowadzania do polskich przepisów nowych szczegółowych rozwiązań. Ustalenia dotyczące czynności wprowadzania bezpośredniego powinny podlegać swobodzie umów. Nie ma potrzeby, aby polski ustawodawca interweniował w stosunek umowny między podmiotami praw, dostawcami kanałów i dystrybutorami sygnałów.

Stosownie do treści art. 2 pkt 4) dyrektywy, „wprowadzanie bezpośrednie” to proces techniczny, za pomocą którego organizacja radiowa lub telewizyjna przesyła swój sygnał będący nośnikiem programu organizacji innej niż organizacja radiowa lub telewizyjna w taki sposób, że sygnał ten nie jest publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu. Art. 8 ust. 1 dyrektywy ustanawia dla tak zwanego „czystego” bezpośredniego wprowadzania zasadę pojedynczej czynności publicznego komunikowania, w odniesieniu do której wymagane jest uzyskanie przez tę organizację i tego dystrybutora zezwolenia podmiotów uprawnionych.

Proces techniczny czystego bezpośredniego wprowadzenia jest dość dobrze ugruntowany w praktyce. Dostawcy programów telewizyjnych, którzy zestawiają programów telewizji linearnej i udzielają licencji na ich dystrybucję za pośrednictwem tradycyjnych platform płatnej telewizji, takich jak telewizja satelitarna, kablowa lub IPTV, zawsze byli uznawani za uczestniczących w jednym akcie publicznego komunikowania z dystrybutorami sygnału niosącego treści programu telewizyjnego.

Przez dziesięciolecia, wielu dostawców programów telewizyjnych oraz ich dystrybutorów rozwijało modele biznesowe w oparciu o założenie, zgodnie z którym zachodzi jedna czynności publicznego komunikowania, a zezwolenie twórców i wykonawców audycji włączonych do programów telewizyjnych uzyskiwane jest u źródła przez dostawców kanałów. Ani dostawcy kanałów, ani dystrybutorzy, nie powinni być narażeni na dodatkowe opłaty lub obowiązkowe mechanizmy zbiorowego zarządzania prawami.

W ocenie innych członków Izby, powyższe podejście skutkujące brakiem zmian w przepisach polskiego prawa nie umożliwi wypełnienia przez Polskę obowiązku transpozycji przepisów dyrektywy 789/2019 odnoszących się do „wprowadzania bezpośredniego”. Członkowie ci proponują inne rozwiązanie i przedstawiają towarzyszącą mu argumentację.

Implementacji do prawa polskiego „wprowadzania bezpośredniego” wymaga kompleksowej i systemowej analizy nie tylko na płaszczyźnie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ale także w kontekście ustawy o radiofonii i telewizji i innych aktów prawnych regulujących działalność rynku telewizyjnego (w tym prawa telekomunikacyjnego).

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że tradycyjne i obecne w polskim systemie prawnym pojęcia nadawania i reemisji pozostają nadal aktualne w praktyce rynkowej. Z tego powodu

istotne jest, aby przyszła regulacja dotycząca „wprowadzenia bezpośredniego” nie zaburzała istniejących mechanizmów i nie wprowadzała niepotrzebnych wątpliwości, jaka regulacja ma zastosowanie do określonego sposobu korzystania z przedmiotów praw autorskich i praw pokrewnych, co mogłoby prowadzić do podwójnego obciążania obowiązkami i opłatami związanymi z korzystaniem z programów telewizyjnych. Istotą zatem podejścia do „wprowadzenia bezpośredniego” jako sposobu korzystania z utworów jest brak duplikowania pól eksploatacji.

W ocenie tychże członków, z treści prawa wspólnotowego i funkcjonującego orzecznictwa jednoznacznie wynika, że czynność publicznego komunikowania z jaką mamy do czynienia w przypadku „wprowadzania bezpośredniego” nie jest wariantem „nadawania”. Fakt, że korzystanie z programu telewizyjnego w tym modelu wymaga współuczestnictwa w pojedynczej czynności publicznego komunikowania dwóch niezależnych podmiotów sprawia, że niezależnie od tego w jaki sposób ten mechanizm zostanie zaimplementowany do prawa polskiego, będzie w istocie odrębnym polem eksploatacji. Wszelkie próby „dopisania” tego sposobu korzystania z programów telewizyjnych do istniejących pól eksploatacji mogą doprowadzić do braku pewności co do prawa i podmiotów zobowiązanych do realizacji określonych obowiązków. Koszty społeczne i gospodarcze takiego zamieszania mogą przewyższyć koszty organizacyjne i finansowe związane z wprowadzeniem do obrotu prawnego nowego pola eksploatacji.

Zwracamy też uwagę na istotne negatywne aspekty uznania czynności publicznego komunikowania w przypadku „wprowadzania bezpośredniego” za wariant nadawania oraz praktyczne wątpliwości co do dalszych skutków przyjęcia takiego rozwiązania:

1. przyjęcie, że wprowadzenie bezpośrednie jest wariantem nadawania, w praktyce oznacza, że umowy pomiędzy nadawcą (organizacją telewizyjną lub radiową) a operatorem (dystrybutorem sygnału) będą upoważniać operatora do nadawania programu telewizyjnego dostarczanego przez nadawcę, czyli operator nie będzie rozprowadzać/reemitować takiego sygnału, tylko będzie go „nadawać” (w odpowiednim wariantcie nadawania);
2. obecnie umowy pomiędzy nadawcami a operatorami, co do zasady, nie obejmują pola nadawanie, co będzie wymagało zmiany doczasowych umów, a wielu nadawców nie posiada prawa do udzielania sublicencji na polu eksploatacji nadawanie. Zmiana tego stanu i koszty z nim związane będą w praktyce zbliżone do ciężarów wynikających z konieczności nabycia prawa na nowym polu eksploatacji;

3. przyjęcie, że działalność operatora stanowi wariant nadawania, sprowadza rolę podmiotu tworzącego program telewizyjny de facto do roli producenta programu (całej jego ramówki), który sam nie eksploatuje tego programu. Czy w takim przypadku podmiot ten powinien być nadal nazywany nadawcą?
4. definicja nadawania w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest ściśle powiązana z definicją nadawania i nadawcy w ustawie o radiofonii i telewizji. Z uwagi na taki sam system pojęć stosowany w tych ustawach oraz liczbę powiązanych z nadawcami obowiązków regulacyjnych istnieje wysokie ryzyko niepewności co do prawa w przypadku, gdy to operator a nie jak dotychczas nadawca będzie nadawać program telewizyjny;
5. zgodnie z art. 34 ustawy o radiofonii i telewizji rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Skoro czynności publicznego komunikowania/nadawania/rozpowszechniania miałyby dokonywać operator, to czy oznacza to, że operator powinien pozyskać koncesję na nadawanie?
6. jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest pozytywna, to czy podmiot posiadający koncesję miałby nadal ponosić odpowiedzialność za zgodność programu z przepisami obowiązującego prawa w zakresie m.in. treści audycji i przekazów handlowych, udziału audycji europejskich, udogodnień dla osób z niepełnosprawnościami, czasu trwania przekazów handlowych, ochrony małoletnich itd.? Czy nadal groziłaby mu utrata koncesji w przypadku nieprzestrzegania ustawy? Wydaje się, że jednak trudno jest takie obowiązki i sankcje przypisać operatorowi, który nie posiada kontroli redakcyjnej nad zawartością programu telewizyjnego.
7. ponadto, w tradycyjnym modelu nadawanie zawsze było dokonywane przez jeden podmiot – przez nadawcę / organizację radiową lub telewizyjną i było czynnością mającą miejsce jednokrotnie. W przypadku wariantu nadawania dokonywanego przez nadawców łącznie z wieloma operatorami, zamiast jednej czynności nadania, będą dziesiątki „nadań”. Przyszła regulacja powinna uwzględniać tę okoliczność i proporcjonalnie rozłożyć obowiązki w stosunku do liczby podmiotów zobowiązanych do ich wykonania, żeby nie prowadzić do sytuacji, w której sumarycznie obowiązki te zostaną zwielokrotnione proporcjonalnie do liczby „nowych” zobowiązanych, czyli operatorów.

Jak wspomniano powyżej, z uwagi na specyfikę publicznego komunikowania programu telewizyjnego dostarczanego operatowi drogą „wprowadzania bezpośredniego”, de facto mamy do czynienia z nowym odrębnym od aktualnie istniejących polem eksploatacji. Z uwagi na wspólne korzystanie z programu telewizyjnego na tym polu przez nadawcę (rozumianego, jako podmiot posiadający kontrolę redakcyjną nad programem) oraz operatora (dokonującego technicznego udostępnienia tego programu odbiorcom końcowym), konieczne jest dokonanie precyzyjnego podziału obowiązków pomiędzy tymi podmiotami oraz uprawnień twórców (w tym reprezentujących ich organizacji zbiorowego zarządzania) w stosunku do oczekiwań finansowych i tantiemizowania tego pola eksploatacji. W naszej ocenie pozyskanie koncesji oraz obowiązki dotyczące zawartości programu telewizyjnego m.in. treści audycji i przekazów handlowych, udziału audycji europejskich, udogodnień dla osób z niepełnosprawnościami, czasu trwania przekazów handlowych, ochrony małoletnich itd., powinny pozostać przy podmiocie posiadającym kontrolę redakcyjną. Także te podmioty powinny być zobowiązane do przygotowywania metryk na potrzeby ewentualnych rozliczeń z organizacjami zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi, bo jako jedyne, posiadają pełną wiedzę o zawartości redagowanej przez siebie ramówki telewizyjnej.

2) Czy „wprowadzanie bezpośrednie” powinno być objęte obowiązkowym pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania tak jak reemitowanie, stosownie do art. 8 ust. 2 dyrektywy?

Czynność „bezpośredniego wprowadzania” nie powinna być objęta obowiązkowym pośrednictwem zbiorowego zarządzania. Dyrektywa nie nakłada obowiązku pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania przy „wprowadzaniu bezpośrednim”. W zakresie czyszczenia praw autorskich związanych z „wprowadzaniem bezpośrednim” podmiotom korzystającym z takiej metody rozprowadzania sygnału powinna być pozostawiona swoboda decyzji, czy chcą korzystać z pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania, czy też nie.

W świetle argumentacji przytoczonej w odpowiedzi na pytanie nr 1) MKiDN dotyczącego art. 8 ust. 1 dyrektywy oraz w świetle zasady proporcjonalności, która nakazuje, aby ograniczenia w wykonywaniu praw wyłącznych mogły być wprowadzone tylko w niektórych koniecznych przypadkach art. 4, 5 i 6 dyrektywy nie powinny być stosowane do czynności bezpośredniego wprowadzenia.