

Warszawa, dnia 5 października 2020 r.

Pani
Katarzyna Falkowska-Gołębiowska
Departament Własności Intelektualnej i Mediów
Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego

STANOWISKO
ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE
ADVERTISING BUREAU (IAB POLSKA) W RAMACH KONSULTACJI
PUBLICZNYCH MINISTERSTWA KULTURY I DZIEDZICTWA NARODOWEGO
DOTYCZĄCYCH WDROŻENIA DYREKTYW UE W ZAKRESIE PRAWA
AUTORSKIEGO

Szanowna Pani Dyrektor,

W związku z konsultacjami publicznymi Ministerstwa 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 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, pragniemy w imieniu branży internetowej podziękować za możliwość udziału w tych konsultacjach oraz wyrazić nasze stanowisko w zakresie wybranych pytań, które przedstawiamy poniżej. Liczymy także na dalszą współpracę w tej kwestii.

I. Odpowiedzi na pytania dot. Dyrektywy 790/2019

- 1. Pytanie nr 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?**

Przede 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 take down* jest całkowicie nieadekwatna dla żądania usunięcia nadmiernych środków ochrony własnego kontentu. Przede 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 and take down* – tym bardziej, że w takich przypadkach podmiot rozstrzygający zasadność zgłoszenia byłby „sędzią we własnej sprawie”.

- 2. Pytanie nr 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 ze 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 rozstrzygania 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 rozstrzyganie 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 diskutowane 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 umożliwi podjęcie przez podmiot uprawniony skutecznych kroków prawnych wobec niego. Podobne rozwiązania zawarte są w amerykańskiej ustawie Digital Millennium Copyright Act, a ich odpowiednie ukształtowanie w pełni 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.

3. Pytanie nr 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?

Ochrona publikacji prasowych nie dotyczy „*pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów*”. Tym samym „*pojedyncze słowa*” lub „*bardzo krótkie fragmenty*” stanowią niewątpliwie ograniczenie zakresu przedmiotowego tego prawa. Jednocześnie ograniczenie to koniecznie musi być interpretowane w świetle celu prawa pokrewnego wydawców prasowych, którym jest ochrona ich interesu gospodarczego w możliwości wyłącznego komercyjnego wykorzystywania publikacji prasowych w środowisku online (zob. motyw 55 zd. 1: „*Należy uznać organizacyjny i finansowy wkład, jaki wydawcy wnoszą w produkcję publikacji prasowych i stworzyć dla nich zachęty, aby zapewnić stabilność branży wydawniczej, a tym samym zwiększyć dostępność rzetelnych informacji*”).

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”).

Optymalnym rozwiązaniem jest pozostawienie brzmienia wynikającego z dyrektywy, tj. „*pojedyncze słowa*” lub „*bardzo krótkie fragmenty*”; wykładnię w tym zakresie podejmą krajowe sądy oraz TSUE.

Kluczowym elementem towarzyszącym wskazanemu ograniczeniu od prawa pokrewnego wydawców prasowych jest uwypuklenie, iż pozostawieniem poza zakresem ochrony „bardzo krótkich” fragmentów publikacji prasowych w żadnym przypadku nie może wpływać negatywnie na skuteczność prawa wydawców prasowych. Taki wniosek wynika wprost z motywu 58 dyrektywy: „*Biorąc pod uwagę ogromną agregację i ogromne wykorzystywanie publikacji prasowych przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego, ważne jest, aby wyłączenie dotyczące bardzo krótkich fragmentów zostało zinterpretowane w sposób niewpływający na skuteczność praw przewidzianych w niniejszej dyrektywie*”. Mając to na uwadze celowe jest włączenie do tekstu ustawy zakazu substytucyjności „bardzo krótkich” fragmentów publikacji prasowych.

4. **Pytanie nr 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. 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.

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 utwór.

5. Pytanie nr 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?

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 także specyfikę danego rynku krajowego oraz jego skalę. Zgodnie z motywem 63 Dyrektywy, ocena ta powinna być dokonywana indywidualnie uwzględniając nie tylko ilość 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 i 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.

Wobec powyższego celowa wydaje się pełna transpozycja art. 2 ust. 6 i art. 17 ust. 1 do polskiego prawodawstwa i dodatkowo przeniesienie pozostałych istotnych części Motywów 62 i 63 do definicji zakresu podmiotowego art. 17 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”.

6. Pytanie nr 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?

W przypadku publicznego udostępniania utworów przez dostawców usług udostępniania treści online nie jest zasadne wprowadzenie pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania, biorąc 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.

- 7. Pytanie nr 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)?**

Opisane w polskim ustawodawstwie przypadki dozwolonego użytku w pełni odzwierciedlają zapisy opisane w art. 17 ust. 7 dyrektywy. Nie ma zatem potrzeby wprowadzania dodatkowych zapisów.

- 8. Pytanie nr 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?**

Prawo do odpowiedniego wynagrodzenia dla twórców i wykonawców za przeniesienie ich praw lub udzielenie licencji przewidziane w art. 18 dyrektywy jest już szeroko realizowane w polskim prawie. Są to zarówno bogate przepisy w zakresie prawa autorskiego (w tym art. 41 ust. 3 i 4; art. 43, 44, 45), jak również szereg zapisów zabezpieczających twórców zawartych w prawie cywilnym. Szczególnie przy przepisach mogących mieć tak radykalny wpływ na kondycję i kształt rynku, potrzebę implementowania danej regulacji należy oceniać biorąc pod uwagę całokształt regulacji prawnych, a nie tylko brzmienie wyrywkowych z kontekstu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Biorąc pod uwagę szerokie spektrum obecnych regulacji należy uznać, że obecnie obowiązujące przepisy w pełni realizują zasadę wynikającą z art. 18 Dyrektywy, co wykazane jest poniżej. Błędne jest przyjmowanie, że art. 70 realizuje takie samo ratio legis, gdyż ma ograniczony zakres przedmiotowy i stanowi wyjątek w skali Europy.

Okoliczność, iż w przepisach ustawy o prawie autorskim nie są powtórzone przymiotniki występujące w dyrektywie („odpowiednie”, „proporcjonalne”), wcale nie oznacza, iż polskie prawo pozwala na to, aby umowy wzajemne (a do tej kategorii standardowo

zalicza się zarówno umowa licencyjna, jak i umowa przeniesienia autorskich praw majątkowych) były zawierane w sposób prowadzący do pokrzywdzenia jednej z umawiających się stron. W przepisach prawa autorskiego zagadnienie odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia jest uwzględnione w określaniu wysokości wynagrodzenia biorąc pod uwagę zakres przekazywanych praw, pola eksploatacji czy wartości rynkowej związanej z eksploatacją danego utworu.

Przepisy prawa autorskiego zabezpieczają interesy autorów w zakresie odpowiedniego wynagrodzenia wskazując na:

- zasadę określania wynagrodzenia z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu (Art. 43 ust 2);
- klauzulę bestsellerową, czyli prawo twórcy do żądania stosownego podwyższenia wynagrodzenia przez sąd w razie rażącej dysproporcji między wynagrodzeniem twórcy a korzyściami nabywcy autorskich praw majątkowych lub licencjodawcy (Art. 44);
- zasadę odrębnego wynagrodzenia za każde pole eksploatacji (Art. 45);
- zakaz zawierania umów dotyczących wszystkich utworów lub wszystkich utworów określonego rodzaju tego samego twórcy mających powstać w przyszłości zapewniający twórcom uzyskiwanie wynagrodzenia osobno dla poszczególnych utworów proporcjonalnie do ich wartości (Art. 41 ust 3);
- zakaz zawierania umów na nieznaną w chwili podpisania umowy polu eksploatacji, co otwiera twórcom możliwość pozyskania dodatkowego wynagrodzenia w przyszłości, w przypadku woli rozszerzenia praw o nowe pole eksploatacji (Art. 41 ust 4);
- Twórcy i wykonawcy mają jednocześnie do dyspozycji szereg cywilnoprawnych instytucji takich jak przepisy Kodeksu cywilnego dot. wзыску (art. 388 kc) lub wad oświadczeń woli.

Stosowana praktyka kontraktowa oraz sytuacja na polskim rynku w pełni umożliwia twórcom uzyskanie słuszných wynagrodzeń, mało tego - bez ponoszenia proporcjonalnego ryzyka związanego z uzyskaniem wpływów z obrotu dziełem. Wynagrodzenie wypłacane w całości z góry wyliczane jest bowiem według potencjalnej wartości majątkowej praw udzielonych w ramach licencji lub praw przeniesionych, zanim atrakcyjność artystyczna wyniku ich pracy zostanie zweryfikowana przez odbiorców.

Wynagrodzenie ryczałtowe za przeniesienie praw lub udzielenie licencji należy uznać za odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie. Zmiana praktyki rynkowej i

uzależnianie wynagrodzenia twórców od sukcesu rynkowego danego dzieła poprzez interpretowanie okoliczności „proporcjonalności” jako prowizyjności wiązałyby się bowiem z częściowym przeniesieniem odpowiedzialności i ryzyka związanego z obrotem dziełem na twórców. Zmodyfikowanie istniejących zasad oraz przyjęcie za regułę wynagrodzenia opartego o faktyczną wartość praw, zapewniającego twórcom lub wykonawcy udział we wpływach z eksploatacji musiałoby być jednocześnie powiązane z urealnieniem oceny faktycznej zależności pomiędzy ich wkładem twórczym, a korzyścią uzyskaną z eksploatacji danego utworu – tzn. przejście na wynagrodzenie prowizyjne powinno wiązać się z zrezygnowaniem przez współtwórcę/artystę z wysokiego ryczałtu pobieranego obecnie oraz przyjęciem przez twórcę ryzyka, iż nie otrzyma success fee, jeżeli eksploatacja utworu nie przyniesie wpływów w pełni pokrywających wydatki na produkcję, dystrybucję, marketing i eksploatację utworu.

W wypadku, gdyby prawodawca pomimo tak szerokiego wachlarza funkcjonujących przepisów zabezpieczających interes twórców i ich prawo do należytego wynagrodzenia przedstawiony powyżej, uznał za konieczne wprowadzenie dodatkowych przepisów wiernie oddających intencje dyrektywy, jesteśmy za literalnym wdrożeniem art. 18 dyrektywy. Zatem prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia należałoby zapisać jako ogólną normę uzupełniającą wskazane wyżej przepisy, ale mającą charakter *lex generalis*. Wdrożenie art. 18 mogłoby nastąpić poprzez zmianę Art. 43 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i dodanie przesłanej odpowiedniości i proporcjonalności poprzez dodanie sformułowania: „odpowiedniego i proporcjonalnego”:

Art. 43. [Wynagrodzenie]

1. Jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia.

2. Jeżeli w umowie nie określono wysokości wynagrodzenia autorskiego, wysokość wynagrodzenia określa się z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu.

Biorąc pod uwagę przy tym zarówno motyw 73 dyrektywy, jak i przytoczony powyżej Art. 43 ust 2, należy przyjąć, że:

- wynagrodzenie ryczałtowe także stanowi odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie
- wynagrodzenie prowizyjne przyjmuje się w przypadku braku określonego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego, z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu

- wybór pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym, a prowizyjnym dokonywany jest między kontraktującymi stronami biorąc pod uwagę specyfikę danego sektora (motyw 73). Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego jest możliwe w szczególności wówczas, gdy na etapie zawierania umowy można oszacować jedynie a) potencjalną wartość praw, zaś wartość faktyczna, wynikająca z przyszłych wpływów z eksploatacji, jest jeszcze nieznana; b) gdy jest to podyktowane zwyczajem branżowym; c) gdy ze względu na specyfikę obrotu jest niemożliwe albo nadmiernie utrudnione monitorowanie korzyści osiąganych z eksploatacji prawa autorskiego (2 ostatnie punkty zostały też zaproponowane przez dr hab. Beatę Giesen z WpIA UŁ podczas konferencji pt. Wyzwania dyrektywy o prawie autorskim i prawach pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym (2019/790) zorganizowanej przez Katedrę Prawa Własności Intelektualnej – WpIA UJ w Krakowie 24-25.10 2019 r.)

9. Pytanie nr 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 zryczałtowana, 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.

10. Pytanie nr 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?

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. Prawo twórcy i wykonawcy do „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej) powinno być wyłączone w przypadku utworów audiowizualnych, jako że są to zazwyczaj duże i złożone przedsięwzięcia, w których bierze udział wielu twórców/wykonawców. W praktyce jeden taki przypadek „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa może zablokować eksploatację całego utworu audiowizualnego, spowodować ogromne koszty i roszczenia. Co do zasady twórca powinien mieć możliwość zarobkowania, a nabywcy praw/licencji do jak najszerszej i nieograniczonej dystrybucji.

Generalnie, z pewnością prawo do odwołania licencji lub przeniesienia prawa nie powinno obejmować wykonawców/twórców, których udział własny w utworze jest niewielki lub znaczenie jego wkładu jest niewielkie. Wyłączenie powinno także obowiązywać, jeżeli utwór lub inny przedmiot objęty ochroną zawiera wkład więcej niż jednego twórcy lub wykonawcy i odwołanie takie naruszałoby uzasadnione interesy wszystkich twórców i wykonawców, których dotyczy zastosowanie mechanizmu odwołania przez pojedynczego twórcę lub wykonawcę.

Ponadto, znowelizowane przepisy powinny także wyłączać przedmiotowe prawo w przypadku, gdy utwór nie jest eksploatowany z powodu ważnych usprawiedliwionych okoliczności, w tym podobnych do siły wyższej, np. stanów epidemii, klęski, sytuacji kryzysowych etc. Ostatnie doświadczenia związane z epidemią COVID-19 wskazują na potrzebę wzięcia pod uwagę także przesłanek tego typu.

11. Pytanie nr 17) Czy „obowiązek przejrzystości”, zdefiniowany w art. 19 dyrektywy, któremu zgodnie z art. 27 dyrektywy podlegają 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?

„Obowiązek przejrzystości”, zdefiniowany w art. 19 dyrektywy, któremu zgodnie z art. 27 dyrektywy podlegają umowy od dnia 7 czerwca 2022 r., nie powinien dotyczyć również umów zawartych przed tą datą. 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 renegotjowanie umów jest często procesem długotrwałym i trudnym.

II. Odpowiedzi na pytania dot. 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?**

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 naszej ocenie 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:

- a) 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);
- b) 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;
- c) 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?
- d) 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;
- e) 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?
- f) 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.

- g) 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 operatorowi 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?

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 przypadku gdyby ustanowiono nowe pole eksploatacji określone jako „wprowadzanie bezpośrednie”, (co postulujemy) z uwagi na fakt, że jest to pole na którym współdziałają nadawca i operator, to pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania jest niepotrzebne, a może nawet być niekorzystne dla twórców i wykonawców. Nadawca (organizacja radiowa lub telewizyjna) posiada kontrolę redakcyjną nad programem i może z łatwością bezpośrednio ustalać zasady wynagrodzenia dla twórców i wykonawców a następnie podzielić te koszty z operatorem. W tej sytuacji, obowiązek kontraktowania przez nadawców z organizacji zbiorowego zarządzania byłby nieuzasadniony, bo udział pośrednika w płatności zawsze będzie niekorzystnie wpływać na wysokość wynagrodzenia otrzymywanego ostatecznie przez uprawnionych.

Kluczowe z punktu widzenia dyrektywy jest jednak wprowadzenie do prawa polskiego mechanizmu chroniącego korzystających przed pobieraniem podwójnego wynagrodzenia przez podmioty uprawnione (tzn. twórców, producentów, organizacje zbiorowego zarządzania) od nadawców i operatorów za korzystanie z tych samych dóbr w ramach jednego pola eksploatacji.

Z poważaniem,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Schmidt', with a long, sweeping flourish extending to the right.

Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu