

Warszawa, dnia 20 lipca 2022 r.

Sz. P.
dr Jacek Sellin
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa
Narodowego

STANOWISKO

ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU (IAB POLSKA) WS. PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O PRAWIE AUTORSKIM I PRAWACH POKREWNYCH ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW Z DNIA 6 CZERWCA 2022 R. (UC103)

Szanowny Panie Ministrze,

W związku ze skierowaniem do konsultacji publicznych projektu nowelizacji ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: "Projekt"), implementującej dyrektywę 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. (dalej: „Dyrektywa DSM”) oraz dyrektywę 2019/789 z dnia 17 kwietnia 2019 r. (dalej: “Dyrektywa SatCab”), IAB Polska pragnie zgłosić uwagi oraz zasugerować zmiany do proponowanego przez Ministerstwo brzmienia nowych przepisów. W naszej ocenie nie wykorzystano szansy, jaką daje treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia w sprawie C-401/19, aby doprecyzować w Projekcie niektóre, ogólnie sformułowane przepisy Dyrektywy, do czego zachęcają również wytyczne dotyczące art. 17 dyrektywy 2019/790 w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym z Komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 czerwca 2021 r.; COM (2021) 288 final (dalej: "Wytyczne”).

Poniższa analiza nie dotyczy wszystkich zmian wprowadzanych przez Projekt, a jedynie wybranych artykułów, które naszym zdaniem mogą mieć bezpośredni wpływ na działalność podmiotów reprezentowanych przez IAB Polska.

I. Zmiany w ogólnych przepisach związanych z wynagrodzeniem prawnoautorskim

W ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062 oraz z 2022 r. poz. 655; dalej: „PrAut”):

A. Doprecyzowanie w art. 47¹ ust. 2

1. Twórca ma prawo do regularnego otrzymywania od osoby, na którą przeniósł autorskie prawa majątkowe, lub od osoby, której udzielił licencji, lub albo ich następców prawnych, aktualnej informacji o **wszystkich** przychodach z korzystania z utworu oraz o wynagrodzeniu należnym w związku z tym korzystaniem, odrębnie dla każdego ze sposobów korzystania, w zakresie niezbędnym dla ustalenia wartości rynkowej praw przeniesionych albo stanowiących przedmiot licencji.

2. Informacja, o której mowa w ust. 1, jest przekazywana z regularnością adekwatną do specyfiki danego sposobu korzystania z utworu, nie rzadziej jednak niż raz w roku, **ale nie częściej niż raz na kwartał**.

- W naszej ocenie pojęcie „pośrednich” przychodów z korzystania z utworu może w przyszłości prowadzić do licznych sporów, a być może także nadużyć. Z tego powodu proponujemy wskazać na wszystkie przychody z korzystania z utworu. Wprowadzany do porządku prawnego obowiązek przejrzystości powinien także zabezpieczać korzystających z nieracjonalnego, uporczywego nadużywania prawa do informacji. Proponujemy ograniczyć obowiązek przekazywania informacji maksymalnie do okresów kwartalnych, zgodnych ze stosowanymi w sprawozdawczości okresami raportowymi. Intencją ustawodawcy unijnego było zabezpieczenie prawa twórców do informacji o przychodach i wynagrodzeniu. Ograniczenie prawa żądania informacji do okresów kwartalnych nie naruszy ww. prawa uprawnionych, ale pozwoli ograniczyć generowanie dodatkowych obowiązków i kosztów po stronie korzystającego, które mogłyby zakłócić jego normalną działalność gospodarczą.

B. Uzupełnienie w art. 57

Zakreślony termin 2 lat na przystąpienie do eksploatacji nabytego utworu jest o wiele za krótki i nieprzystosowany do realiów części podmiotów prowadzących działalność związaną z korzystaniem z autorskich praw majątkowych. Mając na uwadze zwłaszcza specyfikę działań wydawczych (długi okres produkcyjny, konieczność tworzenia długoletnich planów wydawniczych), wspomniany termin powinien zostać wydłużony (w analogiczny sposób jak w ust. 2 wskazanego przepisu) również dla utworów literackich, co najmniej do 10 lat od dnia przeniesienia majątkowych praw autorskich lub udzielenia licencji. Wobec powyższego proponujemy dodanie w art. 57 ust. 2¹ o następującej treści:

W przypadku nabycia praw albo udzielenia licencji wyłącznej w zakresie utworów przeznaczonych do utworu audiowizualnego, ust. 1 nie stosuje się. W przypadku samodzielnych utworów audiowizualnych, okres, o którym mowa w ust. 1, wynosi 5 lat i po jego upływie twórca może wyznaczyć drugiej stronie dodatkowy termin, nie krótszy niż 6 miesięcy, na przystąpienie do eksploatacji utworu audiowizualnego. Po upływie tego terminu twórca może udzielić licencji innym osobom, a przeniesienie praw lub licencja wyłączna przekształcają się w licencję niewyłączną.

Okres produkcji utworów audiowizualnych jest długotrwały i w praktyce od momentu rozpoczęcia preprodukcji do momentu premiery upływa okres znacznie dłuższy niż 2 lata.

Specyfika branży audiowizualnej nie pozwala na stosowanie tak krótkiego okresu na przystąpienie do eksploatacji utworów. Przepis w obecnym brzmieniu mógłby prowadzić do negatywnych praktyk rynkowych i nadużyć, które zakłóciłyby przejrzyste i efektywne funkcjonowanie tego rynku. Także ustawodawca unijny w art. 22 ust. 2 implementowanej Dyrektywy zwracał uwagę państwom członkowskim, że szczegółowe przepisy dotyczące mechanizmu odwołania, mogą być wprowadzone w prawie krajowym, biorąc pod uwagę specyfikę poszczególnych sektorów i poszczególnych rodzajów. Dodatkowo, z ww. przepisu Dyrektywy DSM wynika, że jeżeli utwór zawiera wkład więcej niż jednego twórcy, należy wziąć pod uwagę stosunkowe znaczenie poszczególnych wkładów i uzasadnione interesy wszystkich twórców i wykonawców, których dotyczy zastosowanie mechanizmu odwołania przez pojedynczego twórcę. Państwa członkowskie mogą wyłączyć utwory ze stosowania mechanizmu odwołania, jeżeli takie utwory zazwyczaj zawierają wkłady wielu twórców lub wykonawców. Państwa członkowskie mogą też wprowadzić przepisy przewidujące, że twórcy lub wykonawcy mogą podjąć decyzję o zakończeniu wyłączności umowy zamiast odwołania licencji lub przeniesienia praw. Proponowane zmiany mieszczą się zatem w dyspozycji art. 22 ust. 2 Dyrektywy DSM.

II. Rozszerzenie zakresu dodatkowego wynagrodzenia (tzw. tantiem) dla współtwórców utworów audiowizualnych

W naszej ocenie wprowadzenie zmian w art. 70 ust. 2¹ pkt 5 PrAut nie znajduje podstaw w zakresie implementowanej Dyrektywy. Wprowadzenie postanowienia Dyrektywy DSM nie poruszają w sposób bezpośredni dodatkowych wynagrodzeń dla współtwórców utworów audiowizualnych i z tego względu trudno przyjąć, że implementacja może stanowić uzasadnienie dla przyjęcia podobnych regulacji. Ze względu na doniosłość propozycji powinna ona zostać wprowadzona przez oddzielną nowelizację PrAut oraz zostać poprzedzona pogłębioną dyskusją, w której udział wezmą wszyscy przedstawiciele rynku.

Dodatkowo, w zaproponowanym kształcie projektowany przepis nie odpowiada założeniom, które zostały przedstawione w uzasadnieniu oraz ocenie skutków regulacji. W związku z szerokim określeniem pola eksploatacji, tj. „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym” planowana regulacja może objąć całą działalność internetową i wszelkie wykorzystania jakichkolwiek utworów audiowizualnych praktycznie w każdy sposób w Internecie, a nie - jak deklarują autorzy projektu - jedynie dla tzw. platform VOD. Takie rozumienie projektowanego przepisu stanowiłoby zbyt dalekie obciążenie finansowe dla podmiotów prowadzących działalność w Internecie i mogłoby wpłynąć w szczególności na działania drobnych przedsiębiorców wykorzystujących treści audiowizualne.

Dlatego też w zakresie audiowizualnych usług medialnych na żądanie uważamy, że art. 70 ust 2¹ pkt 5 nie stanowi implementacji żadnej z przedmiotowych Dyrektyw, a co więcej, wbrew art. 18 Dyrektywy DSM sprawia, że wynagrodzenie dla twórców i wykonawców, zamiast być „stosowne i proporcjonalne” do korzyści wynikających z korzystania z utworu, z uwzględnieniem

zakresu udzielonego prawa” działać będzie na niekorzyść twórców i stanie się nieproporcjonalnym obciążeniem podmiotów świadczących audiowizualne usługi medialne na żądanie, w szczególności w zakresie produkcji własnych udostępnianych na wyłączność w serwisie podmiotu zlecającego produkcję danego utworu audiowizualnego.

Proponowany zapis będzie sprzeczny z ideą zagwarantowania godziwego wynagrodzenia twórcom. Należy przy tym zrozumieć, iż wynagrodzenie na rzecz twórców stanowi ograniczoną część kosztów produkcji audiowizualnej zatem wprowadzenie odpłatności poprzez OZZ oznacza w praktyce podział wynagrodzenia na dwie składowe – płatne bezpośrednio twórcy oraz osobno poprzez OZZ.

System, gdzie wynagrodzenie miałoby być dzielone na część określoną w kontrakcie i osobno część zależną od korzyści generowanych przez dany utwór z pośrednictwem OZZ w praktyce oznaczałoby, iż sytuacja negocjacyjna i finansowa twórców może się istotnie pogorszyć. Obecnie w negocjacjach kontraktowych wynagrodzenia za stworzenie dzieła brane są pod uwagę takie czynniki, jak wkład twórcy w powstanie dzieła, spodziewane korzyści z eksploatacji dzieła czy inne czynniki rynkowe. Tym samym artysta pobiera wynagrodzenie z uwzględnieniem spodziewanego sukcesu danego dzieła (nawet jeśli w rzeczywistości sukces dzieła będzie mniejszy niż spodziewany) i nie ponosi ryzyka związanego z rzeczywistym poziomem korzyści wynikających z eksploatacji dzieła, które w całości spoczywa na zamawiającym. W sytuacji gdyby wynagrodzenie, jak proponuje się w tekście Projektu, było podzielone na część ryczałtową i osobno tę, która byłaby zależna od sukcesu dzieła, twórca otrzymywałby część wynagrodzenia jedynie w sytuacji odpowiedniego poziomu sukcesu dzieła bądź nie otrzymywałby wcale z racji niższego niż zakładany poziomu korzyści wynikających z korzystania z utworu bądź z niewłaściwej repartycji środków przez OZZ. Dodatkowe wynagrodzenie wprowadzone w proponowanym art. 70 w ust. 2¹ pkt. 5 PrAut. stanowi kolejną daninę płatną przez podmioty świadczące audiowizualne usługi medialne na żądanie, które nie dosyć, że ponoszą pełne ryzyko biznesowe produkcji, odprowadzają opłaty na rzecz PISF, to także będą zobowiązane do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia mimo zapłaty wynagrodzenia za udział w produkcji i przeniesienie prawa do wkładów twórczych lub praw pokrewnych artystów wykonawców w wysokości i według uzgodnionych przez strony zasad. Wnosimy o wykreślenie tego przepisu.

Gdyby jednak ustawodawca zdecydował się na pozostawienie w projekcie nowelizacji dodatkowego wynagrodzenia w art. 70 w ust. 2¹ pkt. 5 pr. aut., to proponujemy wprowadzenie regulacji analogicznej jak w art. 21 ust. 2¹ PrAut., ale nie ograniczonej podmiotowo do organizacji radiowej lub telewizyjnej, ale obejmującej dostawców usług medialnych zamawiających utwory w celu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym na podstawie odrębnej umowy. W tym celu proponujemy dodanie w art. 70 w ust. 3 PrAut. drugiego i trzeciego zdania:

korzystający z utworu audiowizualnego wypłaca wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 21, za pośrednictwem właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami

pokrewnymi. Twórca może w umowie z korzystającym zrzec się pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, o którym mowa w ust. 21 p.5. Zrzeczenie to wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

III. Prawo zwielokrotniania utworów w celu eksploracji tekstów i danych w celach komercyjnych

Naszym zdaniem tak szczątkowe uregulowanie nowej podstawy dla dozwolonego użytku rozpowszechnionych utworów w celu eksploracji tekstów i danych, które zostało wskazane w projektowanej zmianie art. 26³ PrAut jest niewystarczające, aby wprowadzenie nowych przepisów nie tworzyło różnic interpretacyjnych i w konsekwencji nie prowadziło do potencjalnych konfliktów pomiędzy podmiotami obecnymi na rynku. W szczególności, w odniesieniu do wykorzystania takiego dozwolonego użytku w zakresie utworów udostępnionych w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym (udostępnienia w Internecie) nie jest jasne, w jaki sposób należałoby dokonać skutecznego zastrzeżenia o braku możliwości eksploracji tekstów i danych.

Określenie, iż zastrzeżenie powinno nastąpić za pomocą środków nadających się do odczytu maszynowego wprowadza wiele niejasności i powinno zostać doprecyzowane.

Dodatkowo możliwe do rozważenia jest wprowadzenie konkretnych wymogów technologicznych dla zastrzeżenia, które przesądzałyby o tym, czy jest ono możliwe do odczytania maszynowego. W celu zachowania neutralności technologicznej przepisów ustawowych, odpowiednie uregulowania mogłyby zostać wprowadzone w randze przepisów rozporządzenia wydawanego przez ministra właściwego ds. informatyzacji i cyfryzacji. W takiej sytuacji projektowane przepisy powinny wprowadzać odpowiednie upoważnienie ustawowe do wydania takiego rozporządzenia.

Ponadto, w art. 26², jak i art. 26³ pominięto kluczowe zastrzeżenie, wedle którego eksploracja tekstów i danych powinna być możliwa pod warunkiem „zgodnego z prawem” dostępu przedmiotu analizy w ramach eksploracji. Brak takiego uzupełnienia doprowadzi do sytuacji, w której możliwe stanie się eksplorowanie tekstów i danych z nielegalnego źródła.

IV. Prawo do reemisji

A. Zmiana proponowanej w Projekcie definicja reemisji w art. 6 ust. 1 pkt 5 PrAut.:

reemitowaniem utworu jest jego rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający lub pod którego kontrolą i na którego odpowiedzialność takie pierwotne nadanie zostało przeprowadzone, drogą przejmowania w całości i bez zmian jego programu oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru, jeżeli takie pierwotne nadanie nie jest nadaniem online, niezależnie od sposobu, w jaki reemitent otrzymuje sygnał umożliwiający mu reemisję, oraz także wtedy, gdy zamiast pierwotnego nadania sygnał ten organizacja radiowa lub telewizyjna przesyła do reemitowania w taki

~~sposób, że nie jest on publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu (wprowadzenie bezpośrednio); w przypadku gdy jeżeli reemisja dokonywana jest za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu, zdefiniowanej w art. 2 akapit 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz. Urz. UE L 310 z 26.11.2015, str. 1), jest ona powinna być prowadzona w sposób umożliwiający dostęp do niej wyłącznie upoważnionym użytkownikom~~

Proponujemy minimalne zmiany językowe, bez których treść definicji nie jest dla nas zrozumiała. Uważamy, że definicja powinna pozostać neutralna technologicznie, aby nie tworzyć sytuacji gdzie reemisja w Internecie bez zabezpieczeń i logowania stanie się odrębnym polem eksploatacji niepodlegającym obligatoryjnemu pośrednictwu OZZ. W przeciwnym razie podmioty stosujące mniej wymagające rozwiązania technologiczne stałyby się beneficjentami takiego wyłączenia, a podmiotom uprawnionym byłoby trudniej dochodzić od nich roszczeń.

B. Uzupełnienie proponowanego w Projekcie art. 21¹ ust. 1 PrAut.

1. *Wolno reemitować utwory wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi.*

Proponujemy uzupełnić powyższe poprzez dodanie **art. 21¹ ust. 1² PrAut.** stosownie do regulacji dotyczącej nadań poprzez dodanie:

1². Twórca może w umowie z organizacją radiową lub telewizyjną zrzec się pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, o którym mowa w ust. 1 w zakresie reemisji poprzez wprowadzenie bezpośrednio. Zrzeczenie to wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Powyższa propozycja ma na celu ekonomiczną równowagę rynkową w przypadku produkcji własnych nadawców i znajduje potwierdzenie w art. 5 ust 1 Dyrektywy SatCab, zgodnie z którym:

Państwa członkowskie zapewniają, aby art. 4 nie miał zastosowania do praw do reemisji wykonywanych przez organizację radiową lub telewizyjną w odniesieniu do jej własnych transmisji, niezależnie od tego, czy dane prawa należą do tej organizacji, czy też zostały na nią przeniesione przez inny podmiot uprawniony.

C. Uzupełnienie Projektu o wymóg prowadzenia w dobrej wierze negocjacji przez organizacje radiowe i telewizyjne oraz wprowadze mediacyjnego mechanizmu rozwiązywania sporów dotyczących umów na reemisję pomiędzy organizacjami radiowymi i telewizyjnymi a reemitentami.

W zakresie wdrożenia Dyrektywy SatCab w uzasadnieniu projektu wskazano, iż przewidziany w art. 5 ust. 2 Dyrektywy wymóg prowadzenia w dobrej wierze negocjacji przez organizacje zbiorowego zarządzania oraz organizacje radiowe i telewizyjne jest już realizowany w art. 45 ust. 5 ustawy o zbiorowym zarządzaniu, który ma ogólny charakter i jest adresowany do każdych negocjacji prowadzonych przez organizacje zbiorowego zarządzania i użytkowników. W uzasadnieniu wskazano ponadto, iż art. 6 Dyrektywy SatCab, który zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia mediacyjnego mechanizmu rozwiązywania sporów dotyczących umów na reemisję, który został wdrożony w ramach implementacji dyrektywy 93/83/EWG – został uregulowany w art. 85 o zbiorowym zarządzaniu i jest stosowany na podstawie odesłania zawartego w art. 21¹ ust. 2 ustawy o prawie autorskim.

W naszej ocenie niezbędne jest implementowanie art. 5 ust. 2 oraz art. 6 Dyrektywy SatCab w zakresie w jakim państwa członkowskie zapewniają aby w przypadku gdy organizacje radiowe i telewizyjne oraz reemitenci podejmują negocjacje dotyczące zezwolenia na reemisję na mocy niniejszej dyrektywy, negocjacje te prowadzone były w dobrej wierze oraz możliwe było skorzystanie z pomocy mediatora w przypadku gdy między reemitentem a organizacją radiową lub telewizyjną nie została zawarta umowa dotycząca zezwolenia na reemisję nadawanych programów.

Art. 21¹ ust. 2 PrAut oraz art. 45 ust. 5 i art. 85 ustawy o zbiorowym zarządzaniu realizują jedynie wymóg prowadzenia w dobrej wierze negocjacji których stroną jest organizacja zbiorowego zarządzania jak i wprowadzają mechanizm mediacji wyłącznie w przypadku rozwiązywania sporów których stroną jest organizacja.

Projekt nie wprowadza tym samym obowiązków wynikających z art. 5 ust. 2 oraz art. 6 Dyrektywy SatCab w zakresie prowadzenia w dobrej wierze negocjacji przez organizacje radiowe i telewizyjne w zakresie własnych nadań, w tym treści zawartych w programach bezpośrednio z reemitentami jak i mediacyjnego mechanizmu rozwiązywania sporów pomiędzy organizacją radiową i telewizyjną a reemitentem w zakresie własnych nadań, w tym treści zawartych w programach.

D. Zmiana proponowanego w Projekcie art. 21¹⁰ PrAut.

Z zastrzeżeniem art. 21⁵, dostawcy usług udostępniania treści online nie mają obowiązku sprawdzania rozpowszechnianych treści.

Powyższy artykuł powinien zostać zmieniony poprzez nadanie mu następującej treści:

Z zastrzeżeniem art. 21⁵, dostawcy usług udostępniania treści online nie mają **ogólnego** obowiązku **monitorowania** rozpowszechnianych treści.

W naszej ocenie proponowane brzmienie może być interpretowane zbyt szeroko i zwalniać dostawców usług udostępniania treści online z jakiegokolwiek weryfikowania rozpowszechnianych treści nawet na wniosek uprawnionego. Tymczasem, Dyrektywa DSM

przewiduje, że stosowanie art. 17 nie skutkuje wprowadzeniem ogólnego obowiązku nadzoru ani nie zwalnia dostawców z jakiegokolwiek weryfikowania rozpowszechnianych treści. Proponowana zmiana powinna ograniczać ryzyko zbyt szerokiego interpretowania zwolnienia dostawców z obowiązku sprawdzania treści.

E. Modyfikacja proponowanego w Projekcie art. 99⁹ PrAut

Twórcy publikacji prasowej przysługuje prawo do 50% wynagrodzenia należnego wydawcy z tytułu korzystania z prawa, o którym mowa w art. 99⁷ ust. 2.

Postulujemy następującą modyfikację:

*Twórcy publikacji prasowej przysługuje prawo do **części 50%** wynagrodzenia należnego wydawcy z tytułu korzystania z prawa, o którym mowa w art. 99⁷ ust. 2. **Udział twórcy powinien uwzględniać charakter publikacji, zasady wynagrodzenia określone w umowie pomiędzy wydawcą a twórcą oraz sposób korzystania z prawa pokrewnego.***

Uważamy, że proponowany udział twórców publikacji prasowej w wynagrodzeniu należnym wydawcy z tytułu korzystania z prawa, o którym mowa w art. 99⁷ ust. 2 PrAut. nie powinien być określany bezwarunkowo w ustawie i powinien być urealniony rynkowo. Udział twórcy w wynagrodzeniu z prawa pokrewnego wprowadzonego przepisami nowelizacji powinien uwzględniać charakter publikacji, zasady wynagrodzenia określone w umowie pomiędzy wydawcą a twórcą, sposób korzystania z prawa pokrewnego i inne czynniki rynkowe. Nie znajdujemy uzasadnienia dla jednakowego traktowania dziennikarzy pracujących na umowę o pracę i tych publikujących okazjonalnie lub jako woli strzelcy. Widzimy różnice pomiędzy publikacjami naukowymi, specjalistycznymi, przekrojowymi a notatkami rozrywkowymi, publikacjami o aktualnościach lub plotkach towarzyskich. Dostrzegamy różnice pomiędzy publikacją w miesięczniku a publikacją w portalu sportowym. Uważamy, że nakład ekonomiczny wydawcy oraz charakter publikacji powinny być uwzględniane przy podziale wynagrodzenia należnego wydawcom, o którym mowa w art. 99⁷ ust. 2. PrAut. Warto zaznaczyć, że nowe prawo ma na celu przede wszystkim zabezpieczenie ekonomicznych interesów wydawców publikacji prasowych w zakresie korzystania online z ich publikacji prasowych przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego i podział wynagrodzenia proponowany w projekcie nie odzwierciedla nakładów organizacyjnych i ekonomicznych wydawców jakie wydawcy wnoszą w produkcję publikacji prasowych.

Dodatkowo, zgodnie z informacjami o implementacji ww. postanowień Dyrektywy DSM, w innych krajach europejskich, takich jak Włochy, czy Niemcy, otrzymaliśmy informację, że minimalne wynagrodzenie twórców w tych krajach jest istotnie niższe i kształtuje się na poziomie między 2-5% a 33%. W związku z tak drastycznymi różnicami, dostrzegamy w proponowanym brzmieniu art. 99⁹ PrAut. zagrożenie dla działalności wydawców publikacji prasowych.

V. Przepisy szczególne dotyczące dostawców usług udostępniania treści online (błędne tłumaczenie przesłanki “best efforts” z Dyrektywy DSM)

Zwracamy uwagę, że w proponowanym brzmieniu Art. 21⁵ ust. 1 PrAut projektodawca mylnie tłumaczy użyty w anglojęzycznej wersji Dyrektywy DSM termin “best efforts” jak “dołożenie najwyższej staranności”. Przyjęte rozwiązanie nie jest zgodne ani z Dyrektywą DSM (co powinno być najważniejszym kryterium), ani nie jest spójne z polskim prawem cywilnym.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji Europejskiej:

Pojęcie „dołożenia starań” nie jest zdefiniowane i nie ma odniesienia do prawa krajowego, więc jest to autonomiczne pojęcie prawa Unii, a państwa członkowskie powinny dokonać jego transpozycji zgodnie z niniejszymi wytycznymi i interpretować je w kontekście celu i założeń art. 17 oraz treści całego artykułu.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej od dawna ustanowił zasadę, że autonomicznym pojęciom prawa unijnego należy nadać niezależną i jednolitą wykładnię w całej UE (zob. np. sprawę C-467/08, Padawan).

Implementacja Dyrektywy nie powinna wobec tego dążyć na siłę do wpisania pojęcia “best efforts” w istniejące już instytucje prawne, ale zdefiniować ją jako nowe i niezależne pojęcie, zgodnie z intencją ustawodawcy unijnego i duchem art. 17.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Komisja Europejska (dalej: “KE”) pomija wręcz w swoich Wytycznych przymiotnik (“best”), posługując się jedynie terminem “dołożyć starań”. Jest to z pewnością nieprzypadkowe i spowodowane niezręcznością literalnego tłumaczenia terminu angielskiego na język polski (“najlepsze starania”). Zaproponowane przez KE rozwiązanie można jednak uzupełnić o przymiotnik oddający sens użytego w wersji angielskiej terminu, jako “rozsądne” lub “odpowiednie” starania. Takie rozwiązanie było wskazywane także w piśmiennictwie (zob. Larroyed, Aline, When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate Transposition – The Case of ‘Best Efforts’ Under Article 17 DCDSM (November 30, 2020).

Co gorsza w projektowanym art. 21⁵ ust. 3 PrAut pominięty jest wymóg zachowania proporcjonalności. Jest to kolejny kluczowy element osiągniętego w art. 17 Dyrektywy DSM kompromisu, a jego rola podkreślana jest przez KE w wytycznych:

*Państwa członkowskie powinny zagwarantować uwzględnienie zasady proporcjonalności określonej w art. 17 ust. 5 przy ocenie, czy dostawca usług udostępniania treści online dołożył starań zgodnie z art. 17 ust. 4 lit. a) i b) oraz czy spełnił wymogi art. 17 ust. 4 lit. c). Ma to znaczenie w szczególności dla **ochrony wolności prowadzenia działalności gospodarczej przez dostawców usług.***

Dyrektywa zawiera nie wyczerpującą listę kryteriów, które należy co najmniej wziąć pod uwagę, aby ocenić, czy DUUTO spełnił warunki określone w art. 17 ust. 4 Dyrektywy DSM, ale w każdym przypadku ocena ta powinna uwzględniać nadrzędne kryterium proporcjonalności.

Oznacza to, że przy ocenie działania w celu uzyskania licencji, jak i zapewnienia niedostępności treści, wymagana jest analiza kosztów i korzyści (koszty usługi, koszty transakcji, wartość użytkowania/korzyści dla posiadaczy praw). Ponadto dostępność niektórych środków lub technologii na rynku nie wystarcza, aby uzasadnić ich użycie: muszą one być odpowiednie w szczególności do ochrony interesów użytkowników przed nadmiernymi blokowaniem legalnych treści (art. 17 ust. 7 DSM). Ten aspekt jest ściśle związany z wolnością wypowiedzi.

Proporcjonalność w prawie UE oznacza użycie jedynie środków niezbędnych do osiągnięcia celu i wstrzymania się od użycia środków nadmiarowych.

Celem w tym przypadku jest osiągnięcie dobrze funkcjonującego rynku praw autorskich, w sytuacjach gdy treści przesyłane przez użytkowników DUUTO konkurują z podobnymi treściami w usługach komercyjnych udostępniających treści online. Konsekwentnie objęte regulacją powinny być jedynie takie przypadki udostępniania utworów przez użytkowników DUUTO, które mogą zaburzać istniejące stosunki rynkowe i funkcjonowanie podmiotów udostępniających takie same treści na podstawie licencji. Zapewnieniu takiego, wąskiego, zakresu funkcjonowania przepisów wydanych na podstawie art. 17 Dyrektywy DSM służy m.in. kryterium proporcjonalności.

Pominięcie tego kryterium w przedmiotowym Projekcie, jak też nieprawidłowe (nadmiernie restrykcyjne) przełożenie terminu "*best efforts*" są o tyle niezrozumiałe, że stoją w jaskrawej sprzeczności z założeniami skargi złożonej przez Rząd RP do Trybunału Sprawiedliwości UE (sprawa C-401/19), której podniesiona została niezgodność właśnie art. 17 ust. 4 Dyrektywy DSM z art. 11 Karty Praw Podstawowych UE. Rząd RP argumentował, że przepis ten rodzi niebezpieczeństwo nadmiernego blokowania treści przesłanych przez użytkowników, co może naruszać ich wolność otrzymywania i przekazywania informacji. Mimo oddalenia skargi TSUE potwierdził, że takie niebezpieczeństwo istnieje i że ustawodawcy krajowi powinni dołożyć odpowiednich starań, aby do krajowych porządków prawnych przenieść art. 17 Dyrektywy DSM w sposób gwarantujący poszanowanie praw podstawowych. Przedstawiony Projekt pod tym względem budzi poważne wątpliwości.

Dopiero prawidłowe zaimplementowanie klauzuli proporcjonalności oraz pojęcia "*rozsądnych starań*" ("*best efforts*") kumulatywnie zapewnia prawidłowe oddanie intencji ustawodawcy unijnego i istotnie zapewni przewidzianą (i podkreśloną w orzeczeniu TSUE w sprawie C-401/19) równowagę praw podstawowych wszystkich dotkniętych tą regulacją grup podmiotów.

VI. Wniosek końcowy

Implementacja Dyrektywy DSM i Sat Cab do prawa krajowego w Projekcie stara się być dokonana w sposób maksymalnie zbliżony do brzmienia samej dyrektywy. A zatem w celu interpretacji poszczególnych obowiązków, wyłączeń i praw przysługujących poszczególnym podmiotom regulowanym niezbędne będzie sięganie do samych Dyrektyw i wskazanych tam wyjaśnień. Często bowiem nawet uzasadnienie do Projektu nie wyjaśnia zawłości wynikających z Dyrektywy, które Projektowana nowelizacja mogłaby uzupełnić. Takie uzupełnienia lub niespójności z Dyrektywą SatCab wskazujemy w niniejszym stanowisku licząc na ich uwzględnienie w ostatecznej wersji Projektu.

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