



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 30.09.2020 r.
KIGEiT/2379/09/2020

Sz. P
Piotr Gliński
Minister
Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
ul. Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warszawa

Konsultacje publiczne dotyczące wdrożenia najnowszych dyrektyw UE w zakresie prawa autorskiego (tzw. dyrektywy DSM i dyrektywy SatCab)

Szanowny Panie Ministrze,

W imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, w której działa Sekcja Ochrony Własności Intelektualnej (SOWI) na rzecz poszanowania własności intelektualnej, praw nadawców, dystrybutorów, licencjodawców oraz odbiorców programów telewizyjnych i innych treści multimedialnych, prezentujemy odpowiedzi na niektóre pytania zadane w ramach przedmiotowych konsultacji.

AD 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. Takie „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”.

Odpowiadając na drugie z pytań należy wyraźnie wskazać, że procedura notice-and-takedown jest całkowicie nieadekwatna dla żądania usunięcia nadmiernych środków ochrony własnych treści. 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, który nie jest jednak źródłem osobnego prawa beneficjentów tego użytku. Na zastosowanie we wskazanym zakresie procedury notice & take down nie ma miejsca także dlatego, że w takich przypadkach podmiot rozstrzygający zasadność zgłoszenia byłby „sędzią we własnej sprawie”.

AD 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)?

Mając na uwadze sposób powoływania członków Komisji Prawa Autorskiego (zgłaszanych przez organizacje zbiorowego zarządzania oraz podmioty korzystające z praw), ustawowe kompetencje tego organu, istotę rozstrzyganych spraw oraz procedurę rozstrzygania sporów, organ ten nie spełnia wymogów, o których mowa w art. 13 i art. 17 ust. 9 dyrektywy, nie stanowi też „powszechnego systemu rozstrzygania sporów”.

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. 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. Komisja zlokalizowana jest tylko w Warszawie, nie posiada własnego i niezależnego zaplecza organizacyjnego. Jej struktura jest ukształtowana pod kątem zadań Komisji tak, by rozpoznawać bardzo ograniczoną liczbę postępowań (wynikającą z ograniczonej i co do zasady stałej liczby OZZ).

Z powyższych względów poszerzenie kompetencji Komisji Prawa Autorskiego w tym względzie nie wydaje się rozwiązaniem zgodnym z dyrektywą.

Analizując właściwe mechanizmy wsparcia relacji między poszczególnymi interesariuszami należy przede wszystkim wziąć pod uwagę charakter potencjalnych sporów. Ze względu na fakt, że dotyczą one kwestii ogólnych warunków współpracy właściwszym z obu zaproponowanych rozwiązań wydaje się odwołanie do instytucji mediacji zgodnie z ramami określonymi w KPC, gdyż przedmiotem negocjacji czy potencjalnych sporów nie będą kwestie prawnoautorskie lecz kwestie finansowo-biznesowe. Mediatorzy działają na terytorium całej Polski, mają odpowiednie zaplecze organizacyjne i lokalowe, które jest w stanie sprostać skali potencjalnych obciążeń oraz mają wiedzę i doświadczenie we wspieraniu stron w szukaniu kompromisu, co jest istotą mediacji.

Jednakże mając na uwadze specyfikę potencjalnych sporów, różne kategorie podmiotów w nich uczestniczących oraz motywacje ustawodawcy unijnego wynikające z art. 13 i art. 17 ust. 9 dyrektywy odsłanie do instytucji mediacji uregulowanej w art. 1831-15 KPC może okazać się nieefektywne. Spory między stronami dotyczyć będą głównie zagadnień związanych z funkcjonowaniem Internetu (w szczególności usług VoD), czyli bardzo specyficznych kwestii technologicznych, biznesowych i prawnych, które mogą pojawiać się między różnymi kategoriami podmiotów działających w sektorze on-line. Dlatego pod rozwagę należy brać także rozwiązanie polegające na **stworzeniu nowego wyspecjalizowanego organu arbitrażowego lub odwołanie się już istniejącego działającego w ramach stowarzyszeń lub związków podmiotów świadczących np. audiowizualne usługi medialne na żądanie** (m. in. VoD).

Natomiast, w przypadku art. 21 dyrektywy zastosowanie art. 1831-15 KPC wydaje się bardziej zasadne, przy czym wymagałoby przeprowadzenia szczegółowych analiz, w celu oceny efektywności mediacji przewidzianej w KPC dla rozwiązywania tego typu sporów zgodnie z oczekiwaniami ustawodawcy unijnego.

W tym miejscu należy podkreślić, 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 musi mieć prawo do nieudzielenia licencji danemu podmiotowi, gdyż jego strategia komercjalizacji dzieła może zakładać określoną dystrybucję ograniczoną do określonych platform, terytorium, czy pola eksploatacji.

AD 7) Czy i w jakim zakresie art. 14 dyrektywy dotyczący utworów sztuk wizualnych w domenie publicznej wymaga wdrożenia poprzez nowy przepis szczególny, biorąc pod uwagę aktualnie obowiązujące przesłanki ochrony prawnoautorskiej i przepisy o czasie trwania ochrony utworu?

W naszej ocenie w związku z tym, że w polskiej ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych brak jest ochrony tzw. nietwórczych fotografii w ramach praw pokrewnych art. 14 dyrektywy nie wymaga implementacji do polskiego prawa.

AD 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 (tak motyw 9 dyrektywy 2001/29 w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym). Mając powyższe na uwadze, optymalnym rozwiązaniem jest przejęcie brzmienia wynikającego z dyrektywy, tj. „pojedyncze słowa” oraz „bardzo krótkie fragmenty”, wykładnię w tym drugim zakresie pozostawiając TSUE oraz sądom krajowym.

AD 9) Czy na potrzeby wykonywania nowego prawa pokrewnego wydawców należy wprowadzić obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania?

Wydawcy prasowi są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą i działają na rynku od lat samodzielnie lub za pośrednictwem tworzonych przez siebie stowarzyszeń. W związku z tym nie ma powodu wprowadzania w tym zakresie obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania. Do rozważenia pozostaje przyjęcie alternatywnej instytucji „rozszerzonego zbiorowego zarządu”, z którego jednak każdy wydawca prasowy mógłby w dowolnym momencie zrezygnować.

AD 10) Jaki powinien być udział autorów publikacji prasowych w przychodach wydawców użytkiwanych 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%)?

Poza sporem pozostaje, 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. 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 rozszczenia o wypłatę „stosownego udziału” nie znajduje zastosowania art. 18 i nast. dyrektywy. Innymi słowy, autorzy publikacji prasowych partycypują na podstawie prawa w przychodach, które są co do zasady przeznaczone dla wydawców prasowych.

Zgodnie z art. 15 ust. 5 dyrektywy postawą wypłaty wynagrodzenia dla twórców publikacji prasowych jest „korzystanie z ich publikacji prasowych przez dostawców społeczeństwa informacyjnego”. Podstawą do otrzymania wynagrodzenia za korzystanie z utworów na różnych polach eksploatacji stanowią, i powinny stanowić, co do zasady zawarte umowy (twórca-wydawca; wydawca-dostawca społeczeństwa informacyjnego). Wynagrodzenie to musi być powiązane z „korzystaniem” z danej publikacji. Natomiast art. 20 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przewiduje swoiste ryczałtowe odszkodowanie za obrót fizycznymi nośnikami niezależnie od rodzaju utworów, które zostaną na nich zapisane. Dlatego zastosowanie do tego rodzaju wynagrodzenia przez analogię art. 20 ust. 4 nie wydaje się zasadne.

AD 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?

Wydaje się, że definicja „dostawca usług udostępniania treści online”, zawarta w art. 2 pkt 6) w zw. z art. 17 dyrektywy i motywem 63 jest wystarczająca.

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 powinien być charakter prowadzonej działalności i rola tego podmiotu w dostarczaniu treści do odbiorców (aktywna/komercyjna). Aktywną rolę należy rozumieć w szerokim znaczeniu tego pojęcia. Ponadto, obecnie dużym problemem jest nie tylko przechowywanie nielegalnych treści prawnoautorskich na platformach, ale również materiałów zawierających linki, które kierują użytkowników w inne miejsce w celu uzyskania nielegalnych treści. W związku z powyższym, można jednak zastanowić się nad tym, aby w definicji został położony nacisk na fakt, że dostawca usług udostępniania treści online odgrywa aktywną rolę, niezależnie od charakteru zastosowanych w tym celu środków, a także nad szerokim rozumieniem „celów zarobkowych”, nieograniczonym jedynie do odpłatnego korzystania z serwisu, ale obejmującym czerpanie wszelkich korzyści przez dostawcę usług udostępniania treści online (np. wartość komercyjna zgromadzonych danych osobowych użytkowników serwisu).

Co ważne, wszelkie ewentualnie wprowadzone 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. W tym miejscu należy również zasygnalizować, że uwzględnienie lokalnych warunków konieczne jest także przy implementacji wyjątków z art. 17 ust. 5-6 dyrektywy, które to należy doprecyzować.

AD 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?

Przede wszystkim należy zauważyć, że art. 17 nie wskazuje licencjonowania przez organizacje zbiorowego zarządzania jako jedynego 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 nierozdzielnie 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”.

Należy podkreślić, że zasada przyjęta w art. 17 ust. 1 i ust. 2 nie powinna wpływać w sposób ograniczający na swobodę zawierania umów, a podmiot praw autorskich i pokrewnych w żadnym wypadku nie powinien być zmuszany do udzielania zezwoleń w formie zbiorowego licencjonowania. **Dlatego też w naszej ocenie na potrzeby licencjonowania publicznego udostępniania utworów przez „dostawców usług udostępniania treści online” nie jest zasadne wprowadzanie obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania.** Nie jest to rozwiązanie właściwe, zwłaszcza

w przypadku określonych kategorii uprawnionych. **W szczególności takie mechanizmy byłyby całkowicie nieodpowiednie z biznesowego, ekonomicznego, praktycznego i prawnego punktu w odniesieniu do sektora audiowizualnego.**

Licencjonowanie treści audiowizualnych opiera się na indywidualnych negocjacjach bezpośrednio między stronami. Producenci audiowizualni w sposób optymalny dostosowują zakres nabywanych licencji każdego utworu, tj. tak aby zapewnić prawa w sposób odpowiadający cyklowi życia utworu, sposobowi jego wykorzystania oraz aby zapewnić zwrot inwestycji i wynagrodzenie dla wszystkich współautorów. Wobec tego to producent jest najlepiej przygotowany do samodzielnej oceny, który model dystrybucji jest dla niego najwłaściwszy, zarówno z handlowego, jak i konkurencyjnego punktu widzenia. To, czy i w jakim zakresie dostawcy usług udostępniania treści online powinni uzyskać prawa do korzystania z utworów, jest decyzją, którą tylko właściwy podmiot praw autorskich, mając dogłębną wiedzę na temat utworu, (jego sytuacji finansowej, rynku i popytu), może określić.

Ponadto specyfiką sektora rynku dotyczącego utworów audiowizualnych jest to, że generalnie wszystkie prawa są skupione w ręku producenta (pierwotnie lub wtórnie) w związku z czym rozliczenie praw do treści audiowizualnych jest stosunkowo łatwe. Skoncentrowanie praw w rękach producenta upraszcza także uzyskiwanie licencji, nie można więc 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. Indywidualne zarządzanie prawami wyłącznymi jest rynkową normą, która działa i przynosi korzyści wszystkim podmiotom na rynku. Nakazywanie określonych metod licencjonowania (licencji o rozszerzonym skutku lub innych obowiązkowych licencji udzielanych przez organizacje 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 utwory audiowizualne w usługach udostępniania treści online.

Argumentacji przedstawionej powyżej nie osłabia możliwość wycofania zgody na reprezentację, czyli tzw. „opt-out”. Nie tylko skuteczne wycofanie zgody jest często dość trudne w praktyce ale, samo istnienie licencji o rozszerzonym skutku lub innych obowiązkowych licencji udzielanych przez organizacje zbiorowego zarządzania w sektorze audiowizualnym w praktyce uniemożliwia producentom uzyskanie stawek rynkowych za swoje produkcje. Wynika to z tego, że licencje o rozszerzonym skutku lub inne obowiązkowe licencje udzielane przez organizacje zbiorowego zarządzania ustalają stawkę odniesienia, która wycenia wszystkie treści po tej samej wartości de minimis. Ponadto Artykuł 12 ust. 1 dyrektywy potwierdza, że państwa członkowskie mogą udzielać licencje o rozszerzonym skutku „w zakresie, w jakim dotyczy to ich stosowania na ich terytorium”. W konsekwencji, ten mechanizm licencjonowania może działać tylko w ograniczonym zakresie terytorialnym i nie jest rozwiązaniem, w którym usługi działają w wielu krajach, jak ma to miejsce w przypadku dostawców usług udostępniania treści online.

Zbiorowy zarząd prawami wydaje się są uzasadniony tylko wtedy, gdy indywidualne wykonanie praw jest niemożliwe lub wysoce niewykonalne. Tymczasem technologie cyfrowe znacznie ułatwiły właśnie indywidualne wykonywanie praw. Obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania na potrzeby licencjonowania publicznego udostępniania utworów przez „dostawców usług udostępniania treści online” w sektorze audiowizualnym niosłoby za sobą z kolei szereg problemów natury techniczno-organizacyjnej. Oznaczałoby de facto konieczność zbierania i analizy danych o uprawnionych w przypadku każdego z udostępnianych materiałów (w praktyce wymagałoby to wypełniania przez użytkowników platform ankiet zawierających informacje o udostępnianym dziele wraz z listą uprawnionych, których to informacji użytkownicy indywidualni zazwyczaj nie posiadają). Dodatkowo nie można pomijać, iż redystrybucja należnych środków co do zasady jest ściśle powiązana z wartością komercyjną danego dzieła, na którą składają się koszty jego produkcji i zysk wynikający 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. W naszej ocenie jest to niewykonalne ze względu na nieposiadanie takiej wiedzy zarówno przez użytkowników, jak i platformy. Stoi to także w sprzeczności ze specyfiką funkcjonowania platform i całego ekosystemu cyfrowego.

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

W praktyce najbardziej istotnym elementem z punktu widzenia uprawnionych jest zapewnienie sprawnego i skutecznego usunięcia ich treści z platformy internetowej w celu zachowania wartości związanej z wyłącznością treści, a nie model zbiorowego licencjonowania. W przypadku jednak stwierdzenia przez ustawodawcę potrzeby licencjonowania publicznego udostępniania utworów przez „dostawców usług udostępniania treści online” za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania w sektorze audiowizualnym, należy co najmniej zastrzec możliwość wycofania zgody na reprezentację (tzw. „opt-out”).

AD 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)?

Mając na uwadze obecną, szeroką regulację wynikającą z art. 29 i art. 291 polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przypadki dozwolonego użytku określone w art. 17 ust. 7 dyrektywy (cytowanie, krytyka, parodia, pastisz itd.) nie wymagają osobnego uregulowania. Nie ma zatem potrzeby ponownego analizowania zakresu wyjątku w polskim prawie, ponieważ jest ono już zgodne z dyrektywą.

AD 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?

Biorąc pod uwagę szerokie spektrum obecnych regulacji (zarówno bogate przepisy w zakresie prawa autorskiego, jak również szereg zapisów zabezpieczających twórców zawartych w prawie cywilnym) należy uznać, że obecnie obowiązujące przepisy w zupełności realizują zasadę wynikającą z art. 18 dyrektywy.

Na wstępie należy zaznaczyć, że okoliczność, iż w przepisach ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie są powtórzone przymiotniki występujące w dyrektywie („odpowiednie” i „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. Wśród przepisów prawa autorskiego, które zabezpieczają interesy autorów w zakresie odpowiedniego wynagrodzenia należy wskazać na:

- zasadę określania wynagrodzenia z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu (Art. 43 ust 2);
- tzw. 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 pola eksploatacji, co otwiera twórcom możliwości 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. wyzysku (art. 388 kc) lub wad oświadczeń woli.

Motyw 73 dyrektywy wskazuje, że wdrożenie zasady odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia twórców i wykonawców może odbywać się przez zastosowanie nowych lub już istniejących mechanizmów. Tymczasem stosowana praktyka kontraktowa oraz sytuacja na polskim rynku w pełni umożliwia twórcom uzyskanie słusznych 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. Ponadto, jak wyjaśnia motyw 73 dyrektywy, art. 18 ust. 1 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 mając na uwadze czynniki specyficzne dla danego twórcy i wykonawcy (umiejętności, wkład, rozpoznawalność, itp.) , jak też do wartości konkretnego projektu, wyznaczonej okolicznościami jego powstawania i dystrybucji.

W związku z tym 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 dzięki którym unikają ryzyka w świetle niepewnego wyniku finansowego projektu. Dlatego też należy podkreślić, iż wynagrodzenie ryczałtowe za przeniesienie praw lub udzielenie licencji także należy uznać za odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie. Wybór pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym a prowizyjnym nadal powinien być dokonywany między kontraktującymi stronami biorąc pod uwagę specyfikę danego sektora. Zmiana praktyki rynkowej i uzależnianie wynagrodzenia twórców od sukcesu rynkowego danego dzieła poprzez interpretowanie okoliczności „proporcjonalności” wyłącznie 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 musiałoby być jednocześnie powiązane z urealnieniem oceny faktycznej zależności pomiędzy wkładem twórczym, a korzyścią uzyskaną z eksploatacji danego utworu. W takim wypadku przejście na wynagrodzenie prowizyjne powinno wiązać się z zrezygnowaniem przez współtwórcę/artystę z wysokiego ryczałtu pobieranego obecnie oraz przyjęciem przez niego ryzyka, iż nie otrzyma wynagrodzenia success fee (czyli uzależnionego od pomyślnego rezultatu), jeżeli eksploatacja utworu nie przyniesie wpływów w pełni pokrywających wydatki na produkcję, dystrybucję, marketing i eksploatację utworu.

Podkreślić też 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. Błędne jest przyjmowanie, że art. 70 realizuje ratio legis art. 18 dyrektywy (który odnosi się zasadniczo do wszystkich kategorii utworów i artystycznych wykonania, pól eksploatacji oraz umów autorskich), gdyż ma ograniczony zakres przedmiotowy (dotyczy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu niektórych form eksploatacji tylko utworu audiowizualnego) i stanowi wyjątek w skali Europy.

Co do zasady, utrwalonej 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.

W wypadku jednak, 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*. W celu implementacji do polskiego prawa art. 18 dyrektywy racjonalna wydaje się modyfikacja (rozszerzenie) treści obecnego art. 43 poprzez dodanie sformułowania: „odpowiedniego i proporcjonalnego”.

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 też fragmentacją unijnego prawa autorskiego, a co za tym idzie, rynku wewnętrznego. Zasada odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia jest osiągalna najpełniej poprzez swobodę zawierania umów i praktyki rynkowe. Należy mieć przy tym na uwadze, że wszelkie nakazowe interwencje legislacyjne mogą skutkować niezamierzonymi konsekwencjami w postaci ograniczania inwestycji w sektor audiowizualny, a w szczególności filmowy. Dlatego tak istotne jest, aby uczestnicy rynku audiowizualnego zachowali wysoki poziom swobody kontraktowania w zakresie negocjowania najbardziej odpowiedniego modelu wynagradzania, który służy interesom wszystkich zaangażowanych stron.

AD 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?

Zdecydowanie należy doprecyzować przypadki, w których zgodnie z art. 19 ust. 4 dyrektywy wyłączony zostaje obowiązek przejrzystości:

Uzasadnione jest wdrożenie postanowienia, które wyłącza obowiązek przekazywania informacji na temat eksploatacji utworów i wykonań tym twórcom i wykonawcom (obowiązek przejrzystości), których wkład nie jest znaczący w stosunku do całego utworu lub wykonania, co jest zgodne z treścią i intencją art. 19 ust. 4 dyrektywy. Poziom wkładu należy oceniać indywidualnie dla każdego przypadku. Nie ma potrzeby wyjaśniania tego aspektu prawnego poprzez precyzowanie konkretnych przykładów w przepisach. Groziłoby to dezaktualizacją prawa w miarę rozwoju branży i zwiększania liczby zaangażowanych nowych uczestników.

Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do sektora audiowizualnego. Powstawanie i korzystanie z utworów audiowizualnych jest procesem angażującym wiele podmiotów zarówno uczestniczących w produkcji, jak i w dystrybucji utworu (w przypadku produkcji filmu lub programu telewizyjnego mówimy o setkach a nawet tysiącach współpracowników w tym w dużej mierze twórców i wykonawców). Związany z tym ciężar przekazywania informacji na temat eksploatacji utworów i wykonań jest szczególnie duży. A należy wziąć pod uwagę także skumulowany efekt tego obowiązku rok po roku w połączeniu ze wzrostem liczby utworów, dla których raportowanie o eksploatacji byłoby wymagane (np. nadawcy programów telewizyjnych oferują każdego dnia setki utworów). W sektorze audiowizualnym ciężar wypełniania obowiązku przejrzystości wobec każdego współtwórcy filmu, czy też innego utworu audiowizualnego, byłby nieuzasadniony i nieproporcjonalny (w niektórych przypadkach możliwe, że obowiązek taki byłby zwyczajnie niewykonalny od strony technicznej i organizacyjnej). Z pewnością wymagałoby to znacznych zasobów i zmusiłoby producentów oraz dystrybutorów treści do poniesienia dodatkowych kosztów, które w braku takiego obowiązku mogłyby zostać zainwestowane w nowe projekty audiowizualne.

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. Ze względów wskazanych powyżej, ma to szczególne znaczenie dla sektora audiowizualnego, a przy wdrażaniu obowiązków przejrzystości przewidzianych w dyrektywie zgodnie z motywem 77 „państwa członkowskie powinny brać pod uwagę specyfikę od-

miennych 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”.

Rozważając sposób implementacji do polskiego prawa art. 19 dyrektywy, można dokonać tego poprzez modyfikację (poszerzenie) dotychczasowego art. 47 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Co ważne przy tworzeniu wszelkich wynikających z dyrektywy przepisów odnoszących się do obowiązku przejrzystości i związanych z nim praw twórców i wykonawców, należy mieć na uwadze fakt, że realizacja tego prawa po stronie twórców lub wykonawców może narażać ich kontrahentów na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wynikające z takiego ujawnienia szkody. Dlatego ewentualna regulacja w tym zakresie powinna ograniczać zakres dozwolonego korzystania z pozyskanych informacji przez uprawnionych twórców lub wykonawców.

AD 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?

Prawo twórcy i wykonawcy do „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej) powinno być wyłączone w odniesieniu do niektórych kategorii utworów np. współautorskich a w szczególności utworów audiowizualnych (jako że są to zazwyczaj duże i złożone przedsięwzięcia, w których bierze udział wielu twórców/wykonawców).

Motyw 80 dyrektywy wskazuje, że „Jako że eksploatacja utworów lub wykonania może się różnić

w zależności od sektora, na poziomie krajowym można przyjąć szczegółowe przepisy w celu uwzględnienia specyfiki sektorów, takich jak sektor audiowizualny (...)”. Konkretna wzmianka o sektorze audiowizualnym w motywie 80 dyrektywy potwierdza, że prawodawca unijny zwrócił szczególną uwagę na ten sektor 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 „cofnąć” swoje prawa będzie to miało wpływ na innych twórców i wykonawców uczestniczących w realizacji utworu, którzy nie cofnęli swych praw, naruszając ich uzasadnione oczekiwania co do rozpowszechniania utworu.
- Prawo twórcy lub wykonawcy „odwołania” przeniesionego prawa lub udzielonej licencji może wywołać uzasadnioną niepewność inwestorów sektora audiowizualnego, 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).
- W realiach sektora audiowizualnego, prawa twórców lub wykonawców są zasadniczo wykorzystywane, ale inaczej niż w innych sektorach, ukończenie utworu audiowizualnego i jego rozpowszechnienie zajmuje znacznie więcej czasu. Już przed etapem produkcji, jak też 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. Niepewność prawna i biznesowa z jakimi wiąże się ryzyko cofnięcia na etapie produkcji utworu audiowizualnego któregośkolwiek z pozyskanych praw całkowicie dezorganizowałaby proces tworzenia produkcji audiowizualnych i w konsekwencji zniechęcała do inwestycji.

W szczególności 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.

Ponadto, znowelizowane przepisy powinny także wyłączać przedmiotowe prawo w przypadku, gdy utwór nie jest eksploatowany z powodu ważnych usprawiedliwionych okoliczności, w tym 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.

AD 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 ogromny 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. Zastosowanie „obowiązku przejrzystości” do umów zawartych przed 7 czerwca 2022 r. prowadziłoby do zachwiania zasady bezpieczeństwa obrotu, mogłoby być również kwestionowane jako regulacja powodująca „działanie prawa wstecz” oraz naruszająca bez uzasadnionej przyczyny zasadę swobody umów.

Odpowiedzi na pytania w odniesieniu do dyrektywy 789/2019:

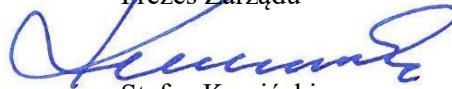
AD 2) Czy „wprowadzanie bezpośrednie” powinno być objęte obowiązkowym pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania tak jak reemitowanie, stosownie do art. 8 ust. 2 dyrektywy?

Należy podkreślić, że dyrektywa nie nakłada obowiązku pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania przy „wprowadzaniu bezpośrednim”. W związku z tym, wydaje się, że najwłaściwszym rozwiązaniem byłoby pozostawienie decyzji dot. korzystania z pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania podmiotom uczestniczącym w procesie wprowadzania bezpośredniego.

Istotnym jest natomiast aby dokonując implementacji do polskiego prawa art. 8 dyrektywy wprowadzić regulację, która wprost wyeliminuje niebezpieczeństwo pobierania podwójnego wynagrodzenia przez podmioty uprawnione (tzn. twórców, producentów, organizacje zbiorowego zarządzania) od nadawców i dystrybutorów sygnału za korzystanie z tych samych dóbr w ramach jednego pola eksploatacji

z powrotem

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński