

Warszawa, dnia 10 listopada 2015 roku

Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Departament Własności Intelektualnej i Mediów
ul. Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warszawa

(przesłane pocztą elektroniczną na adres: dwim@mkidn.gov.pl)

Szanowni Państwo,

W związku z ogłoszonymi 15 października 2015 przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego („MKiDN”) konsultacjami społecznymi (pismo DWIM 1128/15) w ramach prowadzonego przez Komisję Europejską przeglądu dyrektywy Rady Nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową („**Dyrektywa satelitarno-kablowa**”) przekazujemy stanowisko ITI Neovision S.A. („**Spółka**”) i prosimy o jego uwzględnienie w stanowisku przygotowywanym przez polski Rząd.

Pragniemy odnieść się do podstawowych zagadnień wynikających z przekazanego przez MKiDN formularza, tj.:

- 1. Zasady państwa pochodzenia w dyrektywie satelitarno-kablowej i potrzeby jej rozszerzenia na nowe formy eksploatacji**
- 2. Zbiorowego zarządzania prawami do retransmisji (reemisji) kablowej, w tym potrzeby rozszerzenia obowiązkowego zarządzania na nowe formy eksploatacji traktowane jak reemisja**
- 3. Rozszerzenia systemu mediacji i negocjacji przy zawieraniu umów na reemisję**

Ad 1. Zasada państwa pochodzenia w Dyrektywie satelitarno-kablowej i potrzeba jej rozszerzenia na nowe formy / pola eksploatacji

Tak zwana zasada „państwa pochodzenia” (ang. *country-of-transmission*) jest elementem harmonizacji prawa autorskiego w obszarze nadań satelitarnych. Nie służy ona natomiast harmonizacji prawa prywatnego międzynarodowego w kontekście wyboru prawa właściwego regulującego np. nabycie praw autorskich lub szczegółowe zasady odpowiedzialności za ich naruszenie. O ewentualnym powstaniu odpowiedzialności naruszcyciela nie przesądzi więc (niezależnie od wyboru prawa właściwego) prawo miejsca recepcji utworu, tylko prawo państwa jego nadania w rozumieniu art. 1 ust. 2 Dyrektywy satelitarno-kablowej.

Omawiana zasada wyklucza istnienie „pakietu wielu praw podmiotowych autora” rozsianych po

różnych państwach, wprowadzając w to miejsce „jedno prawo” - państwa transmisji utworu.

Już to podstawowe założenie leżące u podstaw zasady państwa pochodzenia, powoduje - zdaniem Spółki - wyższość tej teorii nad teorią państwa recepcji utworu. Wynikają z tego praktyczne korzyści, jak np. możliwość zawarcia umowy z wybraną organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub pokrewnymi („OZZ”) na danym terytorium. Mimo pewnych wątpliwości prawnych, do niewątpliwych korzyści praktycznych można także zaliczyć większą przewidywalność prawa w zakresie praw osobistych autora.

Mimo niewątpliwych korzyści, Spółka dostrzega także pewną niekonsekwencję w ujęciu motywu 17 dyrektywy. Zasada państwa pochodzenia uległa w nim pewnemu osłabieniu w sytuacji, w której miałyby dojść do obliczenia wysokości odszkodowania za naruszenie praw autorskich. W obecnym ujęciu dyrektywa nakazuje przyjmować - per analogiam - kryteria właściwe dla ustalania wynagrodzenia autorskiego. Odszkodowanie powinno więc uwzględniać „wszystkie aspekty nadania, takie jak faktyczna i potencjalna liczba odbiorców oraz wersja językowa”.¹ Zdaniem Spółki dyrektywa powinna wprowadzić (kierując się zasadą kompensaty za stratę) kryterium korzyści osiągniętych z ewentualnie nielegalnej eksploatacji dzieła, a nie (hipotetyczną) „faktyczną i potencjalną liczbę odbiorców oraz wersję językową”. Proponowane ujęcie, będzie spójne z tzw. dyrektywą Enforcement (2004/48/WE - art. 13 w zw. z motywem 26) i nie doprowadzi do przerostu odszkodowań, które w Polsce przybrały charakter swoistej kary umownej. Możliwe byłoby także wyraźne odesłanie w tym względzie przez Dyrektywę satelitaro-kablową do dyrektywy Enforcement.

Odnosnie rozszerzenia zasady państwa pochodzenia emisji o nowe formy eksploatacji, uważamy że może dojść w takim wypadku do swoistego zdublowania odnośnych regulacji z Dyrektywą 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (dalej: „**Dyrektywa 2001/29**”), która wprowadza zamknięty katalog ograniczeń prawa autorskiego.

Na wstępie wskazujemy, że Dyrektywa satelitaro-kablowa dookreśliła w zakresie działalności nadawczej i reemisyjnej (a więc tej prowadzonej także przez Spółkę) wyłączne prawo autorskie do publicznego komunikowania dzieła (w Polsce nazywane „publicznym rozpowszechnieniem”).² Dyrektywa dopasowała to prawo do specyfiki działalności nadawczej prowadzonej za pośrednictwem satelity nazywając je (wyłącznie dla celów Dyrektywy satelitaro-kablowej) „prawem publicznego przekazu satelitarnego” (w Polsce: prawem „rozpowszechniania utworu drogą emisji radiowej lub telewizyjnej prowadzonej w sposób satelitarny”).³ Należy tu podkreślić, że prawo do publicznego komunikowania ma charakter powszechny, o czym świadczy jego uregulowanie (pod inną nazwą) przykładowo przez:

✦ Konwencję berneńską o ochronie dzieł literackich i artystycznych (akt paryski) obowiązującą w Polsce od 4 sierpnia 1990 r. – **art. 11^{bis} ust. 1 (ii)** – jako „prawo do publicznego rozpowszechnienia”;

✦ Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO) o prawie autorskim - **artykuł 8**;

¹ Por. także: T. Dreier [w:] European Copyright Law, A Commentary, ed. M.M.Walter i S.v.Lewinski, Oxford University Press, 2010, s. 430, Nb. 7.1.10.

² Nt. krytyki polskiej terminologii por. M.Czajkowska-Dąbrowska „Rozpowszechnianie utworów poprzez publiczny odbiór programów radiowych i telewizyjnych”, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, Rok. 2007, z. 100, s. 57 i n.

³ Por. Art. 6¹ PrAut

⚡ Dyrektywę 2001/29/WE – art. 3 ust. 1 – jako „prawo do publicznego udostępniania”.

O ile w planowanej nowelizacji Dyrektywy satelitarno-kablowej miałyby chodzić o rozszerzenie zasady państwa pochodzenia na inne formy eksploatacji, powodem do tego nie mogłaby być wyłącznie potrzeba ewentualnego rozszerzenia na nie obowiązkowego pośrednictwa OZZ, co naruszałoby Dyrektywę 2001/29 i Konwencję berneńską. Ten powód stanowiłby – zdaniem Spółki – niedozwolone ograniczenie autorskich praw majątkowych do swobodnej dyspozycji dziełem na rzecz osób trzecich (tu: OZZ). Dyrektywa satelitarno-kablowa wprowadza bowiem **zasadę swobodnego zawierania umów**, o czym stanowią motywy 16 i 34. Państwa Członkowskie Unii Europejskiej zostały zobowiązane zapewnić, aby uzyskanie zezwolenia określonego w art. 2 możliwe było wyłącznie w drodze umowy (art. 3). Wyjątkowo dyrektywa zezwala na ograniczenie tej swobody wprowadzając obowiązkowe pośrednictwo OZZ przy udzielaniu zgód na polu reemisji kablowej. Rozszerzanie tego wyjątku godzi przede wszystkim w Konwencję berneńską.

Ad 2. Zbiorowe zarządzanie prawami do retransmisji (reemisji) kablowej, w tym potrzeba jego rozszerzenia na nowe formy eksploatacji

W tej kwestii Spółka prezentowała już 2013 r. swoje stanowisko złożone za pośrednictwem Polskiej Izby Radiodfuzji Cyfrowej, które w tym miejscu podtrzymuje.⁴

Dyrektywa satelitarno-kablowa wprowadzając w art. 9 obowiązkowe pośrednictwo OZZ dla reemisji kablowej uczyniła wyłom w wyłącznym prawie autora do dyspozycji majątkowymi prawami autorskimi w zakresie swobody kontraktowania. Zastępcą autora w tym względzie została OZZ, która ma działać we własnym imieniu, ale na rzecz uprawnionego, którego reprezentuje czyli jako zastępca pośredni z pewnymi wyjątkami dla praw niepowierzonych (art. 3, 9 ust. 2). Jak wskazano powyżej prawo do komunikowania za pośrednictwem satelity jest elementem szerszego uprawnienia autora do komunikowania swego dzieła publiczności. Dopuszczalne ograniczenia tego prawa muszą więc zostać skorelowane systemowo w szczególności z:

⚡ Konwencją berneńską regulującą możliwość pewnych odstępstw (traktowania krajowego, w tym unijnego) - np. art. 11^{bis} ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej)

⚡ wtórnym prawem unijnym, tj. w szczególności Dyrektywą 29/2001.

Istotne jest w tym miejscu podkreślenie, że dopuszczona w art. 11^{bis} ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej możliwość „traktowania krajowego” dotyczy wyłącznie tzw. „warunków wykonywania praw”. Spółka uważa, że ten zapis pozwala na ograniczenie roli OZZ wyłącznie do organizacji pobierającej wynagrodzenie autorskie, a nie podmiotu licencjonującego prawa autorskie. Już obecnie taka rola OZZ jest wywodzona z interpretacji art. 9 w zw. z art. 10 Dyrektywy satelitarno-kablowej dla tzw. „nadań własnych” nadawców reemitowanych następnie przez operatorów kablowych w sieci kablowej. Dostrzega się, że ewentualne działanie OZZ może mieć w tym wypadku wyłącznie charakter zarządu *ex post*, ograniczonego do inkasowania wynagrodzeń, a więc z wykluczeniem udzielania przez OZZ zgód na reemisję kablową nadań własnych.⁵

Jeśli Dyrektywa satelitarno-kablowa miałyby uregulować na nowo „warunki wykonywania praw” przez OZZ przez rozciągnięcie zasady obowiązkowego pośrednictwa na inne formy eksploatacji traktowanych jak reemisja, taka zmiana – zdaniem Spółki – powinna zakładać pośrednictwo OZZ wyłącznie w poborze wynagrodzeń autorskich, a nie pośrednictwo w uzyskaniu zgody na reemisję.

⁴ Por. DWIM 923/13/JB.

⁵ por. T.Dreier, op.cit., s. 457, Nb 7.10.5.

Trzeba uwzględnić, że obowiązkowe pośrednictwo OZZ w Polsce powoduje obecnie liczne kłopoty prawne i sądowe operatorów telewizji kablowych, którzy nie mogąc dogadać się z OZZ co do stawki wynagrodzenia autorskiego, są w efekcie przez OZZ blokowani w możliwości prowadzenia działalności nadawczej z powołaniem na naruszenie praw autorskich. Nowa dyrektywa powinna to zmienić, określając nową rolę OZZ jako głównie pośrednika w wypłacie wynagrodzeń, a nie udzielaniu zgód na reemisję, co będzie zgodne z Konwencją berneńską.

Obecnie Dyrektywa satelitarno-kablowa zezwala na ograniczenie wykonywania praw autorskich przez autorów w odniesieniu do nadawania i reemisji w zakresie:

- ⊕ obowiązkowego pośrednictwa OZZ dla reemisji kablowej (art. 9)
- ⊕ możliwości zawierania przez OZZ licencji zbiorowych z wyłączeniem utworów audiowizualnych (art. 3) oraz
- ⊕ możliwości wprowadzenia domniemań prawnych (art. 4, 9 ust.3).

Spółka uważa, że o ile miałyby dość do rozszerzenia pośrednictwa OZZ na reemisję inną niż kablowa, wzmocnieniu powinna ulec pozycja nadawcy przy gwarancji dla twórcy prawa do niezrzekalnego wynagrodzenia autorskiego. Spółka nie jest przekonana czy wynagrodzenie to powinno być w każdym wypadku i dla każdego utworu wypłacane przez właściwą OZZ. Obecnie zawieranie umów zbiorowych zostało przez Dyrektywę satelitarno-kablową ograniczone do innych utworów niż audiowizualne. W literaturze przedmiotu dostrzega się, że zakaz ten (przewidziany w art. 3 ust. 3 Dyrektywy satelitarno-kablowej) ma umożliwić indywidualny zarząd prawami wyłącznymi przez uprawnionych, którzy nie mogą być zdani na „przypadkową” ochronę przez OZZ na nieprzewidzianym przez nich w pierwotnej kalkulacji terytorium.

Trzeba wreszcie wskazać, że Komisja Europejska w raporcie z wykonywania Dyrektywy satelitarno-kablowej z 2002 r.⁶ nie znalazła podstaw i potrzeby dla rozciągnięcia obowiązkowego pośrednictwa OZZ na formy reemisji bezprzewodowej (w szczególności satelitarnej). W raporcie wskazano na

⁶ COM (2002) 0430 – por. pkt 4.2: „*In the case of retransmission by satellite, in which a satellite distributor (who is neither a broadcasting organisation nor the satellite operator providing transport) includes in a single package a number of channels which have already had an initial broadcasting, rents transmission bands from a satellite operator and makes that package available to television viewers against payment of a subscription. In this context, implementation of the principle of mandatory collection would amount to an equality of treatment in appearance only, as this approach would lead to different situations being dealt with in one and the same way. Retransmission by cable has a relatively restricted geographic reach (national or even local), and is thus not in the same league as satellite retransmission, which goes beyond Europe. To impose the principle of collective management on retransmission activities would amount to limiting considerably the freedom of rightholders, who would no longer be able to object to the retransmissions in question. However, some of the programmes contained in these retransmissions are not only the subject of an act of communication in the broadcasting context, but may also be presented on other media, in accordance with a chronology designed to maximise potential remuneration in respect of the work concerned. It should be noted that the chronology for the various acts of communication for a particular work is organised on a national basis, depending on the initial success achieved in the Member State where the work was produced. However, the retransmission of programmes in packages broadcast by satellite is part of this media chronology: to the extent that the technical means used ensure a vast reach for the method of retransmission concerned, a limitation on the exercise of exclusive rights would jeopardise this chronological chain and thus, to a certain extent, the potential remuneration in respect of a work. **The Commission does not therefore consider it appropriate, at this stage, to extend the mandatory collective-management regime to other categories of retransmissions.***” – podkreśl. nasze.

względy geograficzne powodujące nieograniczoną dostępność programu radiowo-telewizyjnego, także poza terytorium UE oraz samą istotę dyrektywy zakładającą swobodę kontraktową – także po stronie nadawców. Ta sytuacja nie zmieniła się także obecnie.

Ad. 3 Rozszerzenie systemu mediacji i negocjacji przy zawieraniu umów na reemisję

Celem Dyrektywy satelitarno-kablowej była promocja transgranicznej działalności retransmisyjnej za pośrednictwem kabla. Chodziło także o ochronę inwestycji, jaką operatorzy telewizji kablowej ponoszą w związku z uruchomieniem telewizji kablowej. Dążono do zrównoważenia pozycji operatora w relacji do OZZ, która uzyskiwała w dyrektywie rolę wiodącą – udzielała zgody na reemisję kablową. Celowi zrównoważenia interesów miało służyć postępowanie mediacyjne oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej przez OZZ w czasie negocjacji. OZZ miały być ograniczone w możliwości bezzasadnego utrudniania lub uniemożliwiania negocjacji w przedmiocie wydawania zezwoleń na reemisję kablową.

Praktyka polska poszła w niepożądanym innym kierunku, co spowodowało swoistą aberrację systemu wydawania zgód na reemisję kablową. O ile system mediacyjny i negocjacyjny na gruncie Dyrektywy satelitarno-kablowej miałby się obecnie zmienić, a rola OZZ jako udzielającej zgody na reemisję utrzymana, należałoby postulować wprowadzenie do dyrektywy domniemania udzielenia zgody przez OZZ w sytuacji, w której jest ona bezzasadnie odmawiana lub wstrzymywana.

Uzasadnienie dla wprowadzenia tego domniemania byłoby następujące. W sytuacji, w której strona dochodząca zawarcia umowy nie mogłaby przez dłuższy czas uzyskać satysfakcjonującej oferty ze strony OZZ, konieczne byłoby założenie przez dyrektywę, że podjęta w tych warunkach eksploatacja nie byłaby bezprawna. Brak przedstawienia ważnych powodów dla odmowy zawarcia umowy przez OZZ powinien skutkować ziszczeniem się warunku wzruszalnego domniemania prawnego w postaci udzielenia przez OZZ zgody obejmującej korzystanie z utworu lub przedmiotu prawa pokrewnego. Domniemanie to pozwoliłoby korzystającym z utworu rozpocząć reemisję bez obawy o nadużywanie w tym wypadku przez OZZ zarzut naruszania majątkowych praw autorskich. Jednocześnie dotychczasowe cele Dyrektywy satelitarno-kablowej zostałyby zachowane, tj. domniemanie to nie uchybiałoby (ograniczonej na rzecz OZZ) zasadzie swobody kontraktowania przez autora, wstrzymwanego w tym względzie „bez ważnych powodów” przez właściwą OZZ. Ewentualne spory mogłyby więc objąć wyłącznie wysokość wynagrodzenia autorskiego, które według jednolitej polskiej judykatury oraz przeważającego poglądu doktryny nie jest elementem treści majątkowych praw autorskich i nie generuje ryzyka uznania aktu reemisji za bezprawny. Wprowadzenie postulowanego tu domniemania nie byłoby także wykluczone na gruncie Dyrektywy 2001/29 na co, pod warunkiem zachowania równowagi interesów, wskazał także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 9 lutego 2012 r. w sprawie C-277/10 *Luksan*: „ustawodawca [unijny] nie miał zamiaru odrzucić stosowania koncepcji, takiej jak domniemanie przeniesienia praw, gdy chodzi o prawa do eksploatacji uregulowane w tej dyrektywie”.⁷

Jeśli natomiast chodzi o mechanizm mediacyjny, w przypadku polskiej regulacji, w 2010 r. zmieniono obowiązkową procedurę pośrednictwa Komisji Prawa Autorskiego przy zawieraniu umów na reemisję kablową, na procedurę fakultatywną wszczynaną na wniosek i na zasadach wynikających z procedury

⁷ Por. pkt 85 wyroku.

cywilnej. Poddanie procedury mediacyjnej polskiej procedurze cywilnej spowodowało jednak, że w zakresie w jakim Dyrektywa satelitarno-kablowa stanowi o **obowiązku państwa zapewnienia, aby każda ze stron** miała możliwość skorzystania z pomocy jednego lub kilku mediatorów, polska regulacja nie wdraża postanowień art. 11 dyrektywy w sposób prawidłowy. Trzeba bowiem zauważyć, że mediację w Polsce prowadzi się zasadniczo przed wszczęciem postępowania sądowego, a za zgodą stron także w jego toku. W praktyce przepis ten wymaga aktywności i zgody **obu stron sporu** (zwłaszcza po wszczęciu procesu sądowego), podczas gdy Dyrektywa satelitarno-kablowa zakłada, że **każda ze stron** powinna posiadać oddzielne uprawnienie do autonomicznego powołania arbitrów zarówno przed, jak i w trakcie postępowania sądowego. Pewnym mankamentem może więc mało jednoznaczny zapis art. 11 dyrektywy, który może budzić wątpliwości co do obowiązkowego charakteru tego przepisu. Ewentualna nowelizacja powinna więc oznaczać jego uściślenie w celu ochrony korzystających przed OZZ bezzasadnie odmawiających wszczęcia mediacji.

Reasumując, prosimy o uwzględnienie powyższych postulatów w stanowisku polskiego Rządu. Wydaje nam się, że poruszone zagadnienia są doniosłe i niemotywowane jedynie interesem Spółki, a korzystne dla całego rynku nadawców i reemitentów w Polsce.



Agnieszka Gotlibowska-Horoszczak
Dyrektor Działu Prawnego
Główny Radca Prawny