

Warszawa, 14 października 2016 roku

568/PIKE/2016

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

Nr sprawy: DWIM/971/16

Dotyczy: przedstawionych przez Komisję Europejską propozycji dotyczących modernizacji prawa autorskiego.

Działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie (dalej: PIKE lub Izba) uprzejmie dziękuję za uwzględnienie reprezentowanej przeze mnie organizacji w prowadzonych przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego (dalej: MKiDN) konsultacjach w przedmiocie przedstawionych przez Komisję Europejską (dalej: KE) propozycji dotyczących modernizacji prawa autorskiego.

PIKE już na początku prac KE nad modernizacją prawa autorskiego, to jest w połowie ubiegłego roku, wyrażało duże nadzieje w związku z planowaną reformą. W swym stanowisku z dnia 26 maja 2015 roku ocenialiśmy jako niezwykle istotne te cele, które KE wskazała w konsultowanym wówczas komunikacie „Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego dla Europy” [COM (2015) 192 final]. Mieliśmy wówczas nadzieję, że dojdzie do realizacji wskazanych celów, co prowadzić będzie do budowy i wzmocnienia fundamentów nowoczesnej gospodarki europejskiej. Postulaty i tezy zaprezentowane w powyższym komunikacie KE opierały się bowiem na słusznym założeniu, że **kluczem do rozwoju Jednolitego Rynku Cyfrowego oraz gospodarek i społeczeństw europejskich jest zapewnienie lepszego dostępu do dóbr kultury**. W świetle zaprezentowanych obecnie przez KE propozycji dotyczących modernizacji prawa autorskiego musimy niestety stwierdzić, iż w części rozczarowują one jeżeli chodzi o zakres zmian, w szczególności dlatego, że nie uwzględniają w pełni zasady neutralności technologicznej. Niektóre z projektowanych przepisów mogą w naszej ocenie wręcz pogorszyć dostępność dóbr kultury.

Z przyjętego w dniu 8 lipca 2015 roku przez polski Komitet do Spraw Europejskich komunikatu ws. „Strategii jednolitego rynku cyfrowego” wynika, iż Polska chce, by **„przyszłe rozwiązania prawne były neutralne technologicznie. [...] Samo prawo musi być technologicznie neutralne, tak aby nie faworyzować albo wykluczać określonych technologii”**.

Ponadto we wnioskach tego komunikatu podkreślono, iż „Rząd RP kładzie duży nacisk na realizację przez KE programu *Better Regulation* tak aby wszystkie inicjatywy legislacyjne podejmowane w ramach realizacji strategii Jednolitego Rynku Cyfrowego spełniały wymagania tego programu. Jest to szczególnie istotne w środowisku cyfrowym, gdzie nadmiar regulacji prawnych nie idzie w parze z innowacyjnością, a dynamiczne zmiany tego środowiska wymagają rozwiązań przemyślanych i **neutralnych technologicznie**, zdolnych przetrwać próbę czasu.”

Takie spojrzenie na projektowane regulacje stanowi realizację obowiązującej w Unii Europejskiej zasady neutralności technologicznej wyrażonej w art. 8 ust. 1 zd. 2 dyrektywy ramowej (2002/21/WE): „Państwa Członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne (...) brały przede wszystkim pod uwagę dążenie do **zagwarantowania neutralności technologicznej przyjmowanych norm prawnych**”. Wobec powyższego należy dopilnować, by ostateczny kształt konsultowanych projektów (w tym późniejsze wdrożenie do polskiego porządku prawnego) zrównywał prawa i obowiązki bez względu na stosowaną technologię.

I. Projekt rozporządzenia rozszerzającego stosowanie zasad z dyrektywy sat-kab (93/83/EWG) na nadawanie i retransmitowanie w innych technologiach
(dalej: Rozporządzenie)

KE w opublikowanym w dniu 14 września 2016 roku dokumencie pt. „Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules” (dalej: **IA**) przedstawiła 4 rozważane opcje (w tym zerową) względem nadawania oraz 3 rozważane opcje (w tym zerową) względem retransmitowania, przy czym projektowany kształt Rozporządzenia stanowi efekt wybrania opcji nr 2 dla nadawania oraz opcji nr 1 dla retransmitowania. W ocenie PIKE **zaprezentowane opcje, szczególnie w przypadku retransmitowania, prezentują bardzo wąskie spektrum możliwości i w istocie jedynie pozorują wybór oraz zostały dobrane w ten sposób, by podjęta przez KE decyzja jawiła się jako wypośrodkowana**. Kwestia ta zostanie przez nas rozwinięta w dalszej części niniejszego punktu.

Zgodnie z projektowanym art. 1 lit. b) Rozporządzenia pojęcie „retransmisji”, ma zostać rozszerzone względem definicji przyjętej w dyrektywie sat-kab, jednakże nie w pełni. Mianowicie poza pojęciem „retransmisji” planuje się pozostawić wciąż w szczególności działania podejmowane w Internecie: „*retransmission provided over **an internet access service** as defined in Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council*”. W motywie 12 Rozporządzenia wyjaśnia się, iż: “Retransmission services which are offered on **the open internet** should be excluded from the scope of this Regulation as those services have different characteristics. They are not linked to any particular

infrastructure and their ability to ensure a controlled environment is limited when compared for example to cable or closed circuit IP-based networks."

Powyższe ograniczenie pozostaje w istocie w kontrze do celów wskazanych przez KE w „Strategii jednolitego rynku cyfrowego”, w szczególności do zapewnienia lepszego dostępu do dóbr kultury. **Skoro według Rozporządzenia rozszerzenie obowiązkowego zbiorowego zarządu na retransmisje w innych technologiach niż kablowa ma przyczynić się do zapewnienia lepszego dostępu do dóbr kultury, to rozszerzenie to powinno być maksymalne (co najmniej do poziomu zaprezentowanego przez KE w opcji numer 2 dla retransmisji).**

Za całkowicie nieprzekonujące należy uznać obawy wyrażane przez KE w IA, jakoby rozszerzenie Rozporządzenia na Internet mogło wywrzeć negatywny wpływ na dostępność treści *premium* w programach ogólnodostępnych (FTA). KE nie wyraziła bowiem takich obaw w przypadku wybranej dla nadawania opcji numer 2 dot. „dodatkowych usług online” (*“ancillary online service”*), które z założenia mają objąć udostępnianie treści w otwartym Internecie, w tym w czasie rzeczywistym (*simulcasting*), w tym także programów ogólnodostępnych (FTA). **Jeżeli natomiast uzasadnieniem dla obaw formułowanych przez KE względem opcji numer 2 dla retransmisji miałby być brak powiązania usług z infrastrukturą, PIKE proponuje by rozszerzenie retransmisji na Internet przyjęło podobny kształt jak rozszerzenie nadawania, a zatem by miało charakter dodatkowy do tradycyjnego rozprowadzania („ancillary online retransmission service”).** Wówczas odpadłyby liczne problemy, które KE wiąże z retransmisją w Internecie – przede wszystkim **krąg użytkowników uprawnionych do udostępnianych treści będzie pokrywał się z kręgiem abonentów operatora (kablowego/satelitarnego/mobilnego/IPTV).** Z uwagi na fakt, że infrastruktura – jako obiekt fizyczny – musi znajdować się w jakimś określonym Państwie Członkowskim, w łatwy sposób będzie można powiązać krąg tych abonentów z określonym terytorium co zapobiegnie naruszeniom wyłączności terytorialnej. Oczywiście dostęp do „ancillary online retransmission service” nie musiałby się już odbywać przy wykorzystaniu infrastruktury operatora, lecz mogłaby być w tym celu wykorzystywana dowolna infrastruktura, umożliwiająca połączenie internetowe.

Dopóki retransmisja będzie miała charakter strumieniowy, w sposób oczywisty nie będzie to odrębne pole eksploatacji nazywane w polskim prawie „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym”, lecz wciąż będzie to „reemitowanie”. Projektowana w art. 1 a) Rozporządzenia definicja „ancillary online service” wskazuje jednak, iż w skład tych usług świadczonych przez nadawców wchodzi także możliwość udostępniania audycji w określonym czasie po jej pierwotnym nadaniu. Aby zachować równość pomiędzy nadawcami a operatorami, także w przypadku operatorów proponowane przez nas pojęcie „ancillary online retransmission

service” powinno obejmować tego typu usługi dodatkowe (np. catch-up TV¹, restart TV², network PVR³ itp.). W naszej ocenie tego typu usługi dodatkowe winny mieścić się w polu eksploatacji „emisja” (w przypadku nadawców) lub „reemisja” (w przypadku operatorów). Natomiast nawet gdyby uznać inaczej, to uprawnionym powinno przysługiwać jedynie prawo do dodatkowego wynagrodzenia z tytułu korzystania z ich utworów i przedmiotów praw pokrewnych na takim (odrębnym) polu eksploatacji, jednakże nie powinno tworzyć się prawa zakazowego, które skutecznie utrudniałoby świadczenie tego typu innowacyjnych usług dodatkowych.

W istocie zaproponowane przez nas rozwiązanie zakładające rozszerzenie pojęcia retransmisji w Rozporządzeniu także na Internet, pozwoli osiągnąć sukces także innemu projektowanemu przez KE rozporządzeniu – ws. zapewnienia możliwości transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług *online* w zakresie treści („*portability*”). Owe rozporządzenie ma bowiem znaleźć zastosowanie wyłącznie do „*online content service*”, co powinno obejmować także „*ancillary online retransmission service*”. Dotychczas dostępność on-line retransmisji programów jest bowiem – przynajmniej w Polsce, jeżeli chodzi o legalną ofertę – niewielka i bez wprowadzenia reformy postulowanej w niniejszym stanowisku przez PIKE sytuacja ta może długo nie ulec zmianie, hamując sukces rozporządzenia ws. „*portability*”. Jednoczesne wprowadzenie obu rozporządzeń umożliwi natomiast użytkownikom szeroki dostęp do treści cyfrowych także w przypadku tymczasowego pobytu w innym Państwie Członkowskim. Zgodnie z art. 4 projektowanego rozporządzenia ws. „*portability*” taki dostęp podczas tymczasowego pobytu w innym Państwie Członkowskim będzie bowiem traktowany jako następujący w Państwie Członkowskim zwykłego pobytu użytkownika, wobec czego nie będzie dochodzić do żadnych naruszeń ograniczeń terytorialnych.

Na zakończenie wskazać należy, iż proponowane przez nas rozwiązanie, pomimo że jest dalej idące niż wybrana przez KE opcja numer 1, to i tak stanowi **rozsądny kompromis pomiędzy dostępnością i otwartością usług, a kontrolą nad nimi**. W istocie stanowi zmodyfikowaną o ograniczenie do abonentów korzystających z określonej infrastruktury opcję numer 2, która sama w sobie także nie jest wcale skrajnie daleko idąca. Świadczy o tym uwaga sformułowana przez KE na s. 49 IA, gdzie wyraźnie wskazuje, iż opcja numer 2 nie przewidywała rozszerzenia retransmisji na usługi czerpiące zyski wyłącznie z reklam, w których nie ma zarejestrowanych użytkowników. To dowodzi, że KE w IA nie przedstawiła wszystkich możliwych opcji dla retransmisji, pozorując w istocie wybór. Nadto porównanie opcji przedstawionych przez KE względem nadawania a retransmisji, wyraźnie wskazuje na lukę pomiędzy opcją numer 1 i 2 dla retransmisji, którą wypełnia przedstawiona w

¹ Możliwość obejrzenia audycji po określonym czasie od jej pierwotnej emisji

² Możliwość obejrzenia („przewinięcia”) od początku audycji już rozpoczętej

³ Możliwość przechowywania nagranych przez abonenta audycji na dysku sieciowym operatora (w chmurze), zamiast na dysku dekodera

niniejszym stanowisku propozycja PIKE. O ile bowiem w przypadku opcji dla nadawania rozdzielono na dwie:

- opcja nr 2: obejmująca usługi on-line dodatkowe do transmisji początkowych,
- opcja nr 3: to co powyżej oraz usługi od początku wyłącznie internetowe,

w przypadku opcji dla retransmisji takiego rozdziału nie dokonano, z góry niesłusznie dyskwalifikując rozwiązanie pośrednie – obejmujące usługi on-line dodatkowe do retransmisji opartych o infrastrukturę.

Powyższy postulat PIKE jest w pełni zgodny z zasadą neutralności technologicznej wyrażoną w art. 8 ust. 1 zd. 2 dyrektywy ramowej (2002/21/WE). PIKE pragnie podkreślić, iż jest za tym, by przyjęte rozwiązania obejmowały **otwarty Internet w rozumieniu technologii**, albowiem PIKE konsekwentnie popiera rozwiązania pozwalające na świadczenie usług przy wykorzystaniu dowolnej technologii na równych warunkach. Nie musi to jednak automatycznie oznaczać, że należałoby wprowadzić takie rozwiązania, które mogłyby sprawić, że usługodawcy jak i dostawcy treści do tych usług (posiadacze praw autorskich) utraciliby kontrolę nad tymi treściami. Wręcz przeciwnie, w naszej ocenie kompromisowy model zakładać może konieczność uprzedniego zawarcia pomiędzy usługodawcą a określonymi usługobiorcami umowy na świadczenie usług (za które co do zasady pobierane będzie wynagrodzenie). W praktyce, gdy taka umowa zawierana jest z konsumentami na odległość, wiąże się z nią wyraźne oświadczenie konsumenta zawierające żądanie rozpoczęcia wykonywania usługi jeszcze przed upływem terminu do odstąpienia od umowy (art. 21 ust. 2 ustawy o prawach konsumenta). Dopiero wówczas (lub w przypadku braku takiego oświadczenia – po upływie terminu do odstąpienia od umowy) usługodawca rozpoczynałby świadczenie tych usług (udostępniałby programy za pośrednictwem Internetu). Proponowany przez PIKE model dla retransmisji w Internecie oznacza w istocie nawet mniejsze ryzyko utraty kontroli przez uprawnionych nad losem treści, do których mają prawa, niż można to sobie wyobrazić w przypadku opcji wybranej przez KE dla nadawania w Internecie, gdzie odbiorcami programu niekoniecznie będą osoby zidentyfikowane dzięki zawarciu z nimi umowy.

Na zakończenie powyższej kwestii należy podkreślić, iż mimo że KE postanowiła przeprowadzić reformę obowiązkowego zbiorowego zarządu względem nadawania i retransmisji w drodze rozporządzenia, to i tak **konieczne będzie wprowadzenie do polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: PrAut) takich przepisów, które zagwarantują równość retransmisji (reemisji) niezależnie od wykorzystywanej technologii**. PIKE już wyprzedzająco w trakcie ostatnich prac legislacyjnych nad nowelizacją art. 21¹ PrAut wskazywało na konieczność wprowadzenia rozwiązań neutralnych technologicznie i pierwotne projekty nowelizacji taką neutralność przewidywały. Niestety ostatecznie nowelizacja ograniczyła się tylko do dodania w art. 21¹ PrAut ust. 1¹, stanowiącego przepisania art. 10 dyrektywy sat-kab z 1993 roku, której daleko do neutralności technologicznej, czego dowodem są obecne prace nad reformą zasad w niej

wyrażonych. Wyraźne upoważnienie do wydania takich krajowych regulacji znajduje się w art. 3 ust. 5 Rozporządzenia. Nie powinno się zatem już dłużej posługiwać w art. 21¹ PrAut pojęciami „operatorom sieci kablowych”, ani „w sieciach kablowych”. Nie ma także sensu kazuistyczne rozszerzanie art. 21¹ PrAut na kolejne technologie poprzez ich wymienianie, skoro Rozporządzenie nie zawiera wyczerpującego ich wyliczenia. W zamian należy przyjąć neutralne technologicznie pojęcie „reemitenta”⁴ lub całkowicie odejść od jakichkolwiek określeń podmiotu reemitującego, gdyż jest to w tym przepisie zbędne. Konsekwencją takiej zmiany w art. 21¹ PrAut będzie traktowanie w równy sposób każdej reemisji utworów oraz przedmiotów praw pokrewnych, takich jak artystyczne wykonania i fonogramy. Dzięki takiej nowelizacji właściwe OZZ zostaną ponadto zobowiązane do złożenia do zatwierdzenia tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na całym polu reemisji, a nie tylko dla wybranych technologii. Da to szansę na sprawiedliwsze niż dotychczas traktowanie różnych operatorów, gdy OZZ zatwierdzało tabele zawierające tylko reemisję kablową. Nadto ewentualne spory związane z zawarciem umowy na każdą reemisję podlegać będą rozstrzygnięciu przez KPA. **W istocie niezależnie od ostatecznego kształtu Rozporządzenia, PIKE opowiada się za nowelizacją art. 21¹ PrAut, która doprowadzi do jej neutralności technologicznej, nie wyłączając Internetu.**

Odnosząc się już do kwestii czysto legislacyjnych zwracamy uwagę, iż nie wyjaśniono sensu dokonania wyłączenia względem organizacji nadawczych zarówno w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia („*other than **broadcasting organisations***”) jak i w art. 4 Rozporządzenia („*Article 3 shall not apply to the rights exercised by a **broadcasting organisation**...*”), skoro art. 4 Rozporządzenia będzie wyłączał stosowanie także art. 3 ust. 1 Rozporządzenia.

Niezależnie od powyższej wątpliwości, należy zauważyć, iż art. 4 Rozporządzenia stanowi niemalże kopię art. 10 dyrektywy sat-kab:

Article 4 [Rozporządzenia]	Article 10 [dyrektywy sat-kab]
Exercise of the rights in retransmission by broadcasting organisations	Exercise of the cable retransmission right by broadcasting organizations Member States shall ensure that
Article 3 shall not apply to the rights exercised by a broadcasting organisation in respect of its own transmission, irrespective of whether the rights concerned are its own or have been transferred to it by other holders of copyright or by holders of related rights.	Article 9 does not apply to the rights exercised by a broadcasting organization in respect of its own transmission, irrespective of whether the rights concerned are its own or have been transferred to it by other copyright owners and/or holders of related rights.

⁴ Opowiadała się za tym także Minister Cyfryzacji w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją art. 21¹ PrAut (implementacją art. 10 dyrektywy sat-kab):
<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12280160/12329060/12329062/dokument213680.pdf>

Oznacza to, iż prawodawca unijny podtrzymuje istnienie dwóch sposobów uzyskania przez organizację radiową i telewizyjną (nadawców) uprawnienia do utworów i przedmiotów praw pokrewnych, które wyłączają obowiązkowe pośrednictwo OZZ:

1-R&d) „are its own” (tłum. „należą do tej organizacji”)

2-R) “have been transferred to it by other holders of copyright or by holders of related rights”

2-d) “have been transferred to it by other copyright owners and/or holders of related rights” (tłum. „zostały na nią przeniesione przez innego właściciela praw autorskich i/lub praw pokrewnych”)

Ta konsekwencja unijnego prawodawcy powinna prowadzić do poprawienia art. 21¹ ust. 1¹ PrAut, który obecnie – wskutek zmiany projektu nowelizacji dokonanego w toku prac parlamentarnych, polegającego na usunięciu słów „w tym także na podstawie licencji” – może stanowić swoiste *superfluum* a przy tym nie uwzględniać opinii płynących z KE o tym, jak art. 10 dyrektywy sat-kab powinien zostać implementowany⁵. Na wątpliwości związane z intencją prawodawcy unijnego zwracało uwagę także Biuro Legislacyjne Senatu w swej opinii z dnia 28 lipca 2016 roku⁶. Jednakże w naszej ocenie ponowne zastosowanie analogicznej regulacji w akcie prawa unijnego przesądza o tym, że **przez „have been transferred” należy rozumieć także udzielenie licencji**. Reasumując, art. 21¹ PrAut po wprowadzeniu Rozporządzenia powinien zatem przyjąć następujące brzmienie:

Art. 21¹ PrAut:

1. Utwory nadawane w programach organizacji radiowych i telewizyjnych **wolno reemitować** wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi.

1¹. Obowiązku pośrednictwa właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, o którym mowa w ust. 1, nie stosuje się do praw, z których organizacja radiowa lub telewizyjna korzysta w odniesieniu do jej własnych transmisji, niezależnie od tego, czy dane prawa należą do tej organizacji, czy też zostały na nią przeniesione przez innego uprawnionego, **w tym także na podstawie licencji**.

⁵ Stanowisko z Komisji Europejskiej przesłane przez p. Marię Martin-Prat, kierownika Departamentu ds. prawa autorskiego w Komisji Europejskiej [Head of the Copyright Unit in the European Commission Internal Market Directorate General (DG MARKT)] w dniu 30 czerwca 2014 r. w trakcie konsultacji projektu nowelizacji art. 21¹ PrAut toczących się w MKiDN.

⁶ Wskazuje na to opinia Biura Legislacyjnego Senatu z dnia 28 lipca 2016 r.: „Nie budzi bowiem wątpliwości, że następstwem przeniesienia praw przez innego uprawnionego, będzie to, że prawa te będą należały do nabywcy (w tym przypadku organizacji radiowej lub telewizyjnej). Rozróżnienie „należenia praw” od „przeniesienia praw”, o ile dokonane zostało świadomie, zdaje się sugerować, iż przepis dotyczy utworów, do których prawa przeniesiono na organizację na podstawie umowy o przeniesienie praw autorskich oraz utworów, do których organizacji przysługują prawa na podstawie innych umów, a zatem wobec braku innej możliwości – **na podstawie licencji**.”

<https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/3592/plik/247o.pdf>

2. W przypadku sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w ust. 1, stosuje się przepisy art. 110¹⁸.

II. Projekt dyrektywy ws. prawa autorskiego na Jednolitym Rynku Cyfrowym (dalej: Dyrektywa)

1. VOD a mechanizmy negocjacyjne

Zgodnie z wybraną przez KE opcją nr 2 dla VOD, w Dyrektywie planuje się zobowiązać Państwa Członkowskie do powołania niezależnego organu, przed którym miałyby być prowadzone negocjacje pomiędzy podmiotami planującymi dostarczać VOD (według definicji z polskiej ustawy o radiofonii i telewizji – „audiowizualne usługi medialne na żądanie”) a uprawnionymi z tytułu praw autorskich i pokrewnych do treści, które tamte podmioty planowałyby udostępniać na żądanie.

W ocenie PIKE jest to dobra okazja do reformy już istniejącego podmiotu jakim jest Komisja Prawa Autorskiego (dalej: KPA). Zgodnie bowiem z art. 110¹ ust. 2 pkt 3) PrAut do zadań KPA już obecnie należy rozstrzyganie sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 PrAut. **Podkreślamy konieczność reformy KPA, a nie jedynie rozszerzenia jej kompetencji**, gdyż obecnie skład KPA nie pozwala uznać, iż jest to organ, o którym mowa w art. 10 Dyrektywy, czyli: „an impartial body with relevant experience”. W szczególności operatorzy sieci kablowych, pomimo że to głównie ich spraw dotyczą obecne kompetencje KPA, nie posiadają reprezentacji w tym organie. Nadto pozycja KPA jest także marginalna, z uwagi na wprowadzenie dobrowolności mediacji w art. 110¹⁸ ust. 2 PrAut. W praktyce bowiem OZZ nie zgadzają się na udział w prowadzonych przed KPA mediacjach w sprawie sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 PrAut, a jedynie narzucają jednostronnie ustalone warunki takich umów. Czyni to możliwość rozstrzygania sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 PrAut, jedynie iluzoryczną.

Odnosząc się do stwierdzenia prezentowanego przez KE na s. 58 IA, jakoby: *„It is for instance unclear whether forced negotiations (even in good faith) could reach more agreements than negotiations on a voluntary basis.”* – nasze polskie doświadczenia wskazują, iż to wprowadzenie potrzeby uzyskania zgody obu stron (w tym OZZ) na przeprowadzenie jakichkolwiek negocjacji czy mediacji, skazuje je już z góry na fiasko.

Tym większe nasze zdziwienie budzi wskazanie na s. 58 IA jako elementu konstrukcyjnego mechanizmu negocjacji dla VOD jego dobrowolności (*„will be on a voluntary basis”*). Zdumienie jest tym większe, że żaden z przepisów Dyrektywy nie zakłada, że takie negocjacje muszą być dobrowolne. Wręcz przeciwnie, z Dyrektywy usunięte zostało

sformułowanie: „*The participation in the negotiation mechanism should be voluntary*”, które znajdowało się jedynie we wcześniejszej – nieoficjalnej wersji projektu. Mając na uwadze, że stwierdzenia wyrażone w IA nie mają mocy prawnej, a wiążące są postanowienia Dyrektywy, **oznacza to, iż KE w istocie zrezygnowała z wymogu dobrowolności względem mechanizmu negocjacyjnego dla VOD. W naszej ocenie powinno to skutkować wprowadzeniem w Polsce obligatoryjnego uczestnictwa uprawnionych do treści (w szczególności OZZ) w negocjacjach wszczynanych przed KPA na wniosek podmiotu planującego dostarczać te treści w ramach VOD. Analogicznie należałoby wówczas znieść dobrowolność mediacji przy rozstrzyganiu przez KPA sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 PrAut. PIKE wierzy, że po gruntownych zmianach KPA, jako niezależny organ ekspercki, zyskałaby na znaczeniu i mogłaby zacząć odgrywać istotną rolę w rozwiązywaniu sporów pomiędzy uprawnionymi i korzystającymi z praw.**

2. Odpowiedzialność hostingodawców

Zgodnie z wybraną przez KE opcją nr 2 dla hostingodawców, w Dyrektywie planuje się wprowadzić względem niektórych usług hostingu obowiązek wprowadzenia odpowiednich technologii oraz zapewnienia transparentności, w celu umożliwienia uprawnionym do treści, kontroli nad ich uploadowaniem przez użytkowników.

PIKE stoi na stanowisku, iż nie powinno się uprzywilejowywać żadnej grupy podmiotów zapewniających dostęp do treści audiowizualnych, gdyż wpływa to negatywnie na konkurencję. Jeżeli zatem operatorzy kablowi są pozywani z całą bezwzględnością przez OZZ, jeżeli tylko nie zaakceptują jednostronnie narzucanych przez OZZ warunków umów licencyjnych, to za niesprawiedliwe należy uznać istnienie takich podmiotów, które w łatwy sposób mogą uniknąć odpowiedzialności pomimo, że nie uiszczają żadnych opłat licencyjnych z tytułu zapewniania dostępu do treści audiowizualnych. Jednocześnie jednak dotychczasowe doświadczenia wskazują, iż w przypadku usług świadczonych w Internecie, problemem może być ich duża delokalizacja. Niezależnie zatem od tego, jaka opcja zostanie przez KE przyjęta względem odpowiedzialności hostingodawców, należałoby zapewnić, że możliwe będzie jej **skuteczne egzekwowanie niezależnie od fizycznego położenia serwerów czy też siedziby usługodawcy, jeżeli tylko jego usługi kierowane są na terytorium Państw Członkowskich Unii Europejskiej.**

Odnosząc się szczegółowo do zaproponowanych rozwiązań należy zauważyć, iż art. 13 Dyrektywy zawiera liczne niedookreślone i ocenne pojęcia, takie jak „*large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users*”, „*effective content recognition technologies shall be appropriate and proportionate*”, „*adequate information*”, „*adequate reporting*”. Aby hostingodawcy nie byli narażeni na daleko idącą niepewność co do zakresu obowiązków, którym muszą sprostać, należałoby przyjąć wyraźne kryteria kwalifikujące danego

usługodawcę do kategorii podmiotów objętych art. 13 Dyrektywy. W istocie istniejąca obecnie niepewność co do zakwalifikowania usługi jako przekraczającej hosting z art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym (2000/31/WE) i ryzyko utraty zwolnienia od odpowiedzialności w przypadku świadczenia usług dodatkowych, na co zwróciła uwagę także KE na s. 143 IA, zniechęca hostingodawców od przyjęcia dobrowolnie takich rozwiązań jak wskazywane w art. 13 Dyrektywy.

Jednocześnie art. 13 Dyrektywy nie zastrzega żadnego rygoru dla niezastosowania się do wymogów w nim wskazanych. W szczególności nie jest jasna jego relacja do art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym (2000/31/WE). Nie wiadomo zatem, czy niezastosowanie technologii rozpoznawania treści albo nieudzielenie informacji i raportów uprawnionym ma skutkować automatyczną niemożnością zastosowania wyłączenia odpowiedzialności hostingodawców z art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym (2000/31/WE), czy też może jedynie doprowadzić do jego ograniczenia względem konkretnych uprawnionych, którzy ponieśliby szkodę dlatego, że doszło do zaniechań usługodawcy. Projektowany art. 13 Dyrektywy kłóci się także z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym (2000/31/WE) w zakresie, w jakim ten drugi przepis uniemożliwia nakładanie na usługodawców „ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność”. Wreszcie nie jest jasne, kto miałby pokrywać koszty dostosowania się do wymogów z art. 13 Dyrektywy. W ocenie PIKE skoro beneficjentem zmian mieliby być uprawnieni do treści audiowizualnych – uzyskując dodatkową kontrolę nad swoimi treściami, to usługodawcy powinni mieć możliwość przerzucenia właśnie na nich poniesionych przez siebie kosztów dostosowania usług do nowych wymogów z art. 13 Dyrektywy. Na konieczność częściowego lub pełnego przejęcia ciężaru kosztów przez podmiot praw autorskich, w przypadku skierowania do usługodawcy nakazu stosowania środka blokującego dostęp do określonych treści, wskazał już Rzecznik Generalny w swej opinii z dnia 26 listopada 2013 roku złożonej w sprawie C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH).

Jednocześnie ograniczenie art. 13 Dyrektywy do *„information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users”* może nie dawać jednoznacznej odpowiedzi, czy dyspozycją tego przepisu objęte zostaną także serwisy umożliwiające dostęp do treści audiowizualnych za pomocą odesłań do treści znajdujących się na serwerach nienależących do prowadzącego dany serwis. Jest to szczególnie istotne w świetle najnowszego orzecznictwa TSUE C-160/15, według którego zamieszczanie linków może stanowić czynność publicznego udostępniania, w szczególności jeśli dokonuje się tego w celu uzyskania korzyści majątkowej a linki odsyłają do treści zamieszczonych bez zgody uprawnionego.

Nasze zdziwienie budzi natomiast brak jakiejkolwiek analizy projektowanych rozwiązań w kontekście art. 12 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej gwarantującego

poszanowanie życia prywatnego: „Każdy ma prawo do poszanowania swojej prywatności, honoru, domu oraz tajemnicy korespondencji i komunikowania się.” Wybrana opcja nr 2 wywrzeć może bowiem silny negatywny wpływ na te prawa podstawowe, albowiem wymóg zastosowania efektywnych technologii rozpoznawania treści prowadzi w istocie do odczytywania przez usługodawcę wszystkich plików uploadowanych przez użytkownika. O ile zatem użytkownik uploaduje treści w celu ich publicznego udostępnienia, to takie skanowanie może nie naruszać jego prywatności, tajemnicy korespondencji ani komunikowania się. Takie zagrożenie może jednak wystąpić, jeżeli treści byłyby przez użytkownika uploadowane tylko do użytku własnego lub dla kręgu osób pozostających z nim w związku osobistym. Konieczne jest zatem rozgraniczenie tych sytuacji.

Podsumowując, PIKE uważa zaproponowaną przez KE opcję nr 2 dla hostingodawców za zbyt daleko idącą. W naszej ocenie wystarczającą mogłaby być opcja nr 1, jeżeli reforma zostałaby skierowana do wszystkich hostingodawców, a nie jedynie do niedookreślonej ich grupy, i dzięki niej zostałyby jedynie wyraźnie zagwarantowane, że hostingodawcy nie będą narażeni na utratę wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym (2000/31/WE) jeżeli przyjmą dobrowolnie mechanizmy takich rozwiązań jak wskazywane w art. 13 Dyrektywy. Nie powinno się jednak nakładać na hostingodawców żadnych obowiązków filtrowania ani monitorowania treści znajdujących się na ich serwerach, gdyż byłyby to rozwiązania nad wyraz kosztowne, uciążliwe i zagrażające prywatności użytkowników, a pomimo tego wszystkiego mogłyby pozostawać nieskuteczne.

3. Wprowadzenie praw pokrewnych do publikacji prasowych

Zdaniem PIKE projektowana w art. 11 Dyrektywy regulacja, zakładająca wprowadzenie praw pokrewnych do publikacji prasowych, jest zbędna, a może okazać się nawet szkodliwa dla wydawców.

Po pierwsze, nie ma ona żadnego uzasadnienia dla zapewnienia możliwości uzyskiwania licencji na wykorzystanie treści prasowych przez podmioty świadczące usługi w Internecie, w tym portale ogólnoinformacyjne, agregatory informacji, portale branżowe. Obecnie obowiązujące regulacje zapewniają odpowiednie ramy prawne w tym względzie w oparciu o ogólne instytucje prawa autorskiego, w szczególności umowę licencji oraz system zbiorowego zarządzania.

Po drugie, zauważyć należy, że wydawcy przysługują prawa autorskie do całości publikacji periodycznej (ochronę utworów zbiorowych za jakie uznać można też prasę ustanawia Konwencja Berneńska w art. 2 ust. 5 aktualnego tekstu), zaś w zakresie poszczególnych artykułów ma on swobodę uregulowania swojej sytuacji, np. poprzez nabycie majątkowych praw autorskich lub zawarcie z twórcą licencji wyłącznej. Zwraca zresztą na to uwagę sama

KE na s. 143 i 161 IA. Oba rozwiązania prowadzą do uzyskania szerokiej ochrony prawnej w ramach obecnych regulacji, w związku z czym, brak jest uzasadnienia dla tworzenia nowego prawa pokrewnego.

Mając na względzie powyższe zauważyć należy, że aby wprowadzenie nowego prawa pokrewnego uznać za celowe, musiałoby ono w jakiś sposób rozszerzać zakres ochrony której materiały prasowe już podlegają, będąc „utworami”. Mogłoby to nastąpić m.in. poprzez faktyczne ograniczenie obecnego zakresu dozwolonego użytku względem materiałów prasowych (wyłączenie prawa przedruku lub prawa cytatu, względnie rozszerzenie ich odpłatności), ustanowienie ochrony dla elementów nietwórczych publikowanych treści, np. objęcie ochroną także pojedynczych zdań lub niewielkiej grupy słów z publikowanych artykułów, jak również zakazanie wprost umieszczania hiperłączy do opublikowanych on-line artykułów. Powyższe jest jednak nie do pogodzenia z zasadami funkcjonowania społeczeństwa informacyjnego i w istocie nie jest proponowane przez KE, gdyż art. 11 ust. 3 Dyrektywy zakłada, że przepisy dotyczące dozwolonego użytku mają być odpowiednio stosowane do projektowanego prawa pokrewnego.

Granica monopolu twórcy oraz podmiotu publikującego materiał prasowy powinna być bowiem wyznaczona w taki sposób, aby zapewnić z jednej strony ochronę jego praw, z drugiej natomiast strony, aby zabezpieczyć niezbędny w każdym społeczeństwie obieg informacji. W naszej ocenie, obecne regulacje, w szczególności zakres prawa autorskiego jakiemu podlegają artykuły prasowe będące utworami, w pełni spełniają ten wymóg, wobec czego nie wymagają zmian.

Na marginesie trzeba zwrócić uwagę na fakt, że jeżeli spory przedstawicieli prasy z podmiotami świadczącymi usługi on-line są rozstrzygane na korzyść tych drugich, to nie dlatego, że twórcy lub wydawcy nie posiadają niezbędnych praw, a dlatego, że działalność podmiotów świadczących usługi on-line uznawana jest za niepowodującą naruszenia posiadanych przez autorów lub wydawców praw autorskich (tak w szczególności sprawa Svensson i in. C-466/12 dotycząca agregacji i publikacji odnośników).

Reasumując, wprowadzenie prawa pokrewnego w zakresie w jakim prawo to będzie szersze niż obecna ochrona prawnoautorska materiałów prasowych będących utworami, w tym, niezależnie od przyjętych rozwiązań konstrukcyjnych, będzie faktycznie ograniczało zakres dozwolonego użytku tych utworów lub sankcjonowało ochronę elementów nietwórczych publikowanych treści, uznać należy za rozwiązanie zdecydowanie negatywne z perspektywy działalności podmiotów świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego, zwłaszcza tych działających w sektorze informacyjnym. Rozwiązanie takie spowoduje przede wszystkim nadmierne ograniczenie przepływu informacji (co pozostaje w sprzeczności z powołanym już uprzednio motywem 2 preambuły do dyrektywy 2000/31/WE), oraz wzrost kosztów działalności, powodujący w wielu wypadkach nieopłacalność dotychczas świadczonych usług

i rezygnację z nich. Sugerowana przez KE opcja nr 3, która zakłada obok wprowadzenia praw pokrewnych do publikacji prasowych, także możliwości pobierania wynagrodzenia z tytułu korzystania ze wszystkich publikacji w ramach dozwolonego użytku, jeżeli zostanie ostatecznie przyjęta, nie powinna stanowić podstawy do wprowadzania w Polsce jakichkolwiek dodatkowych wynagrodzeń z tytułu korzystania w ramach dozwolonego użytku. Już obecnie bowiem art. 20, art. 20¹, art. 25 ust. 2 i 4 oraz art. 27¹ ust. 2 PrAut przewidują tego typu uprawnienia do wynagrodzenia.

Dodatkowo należy zauważyć, że prawo pokrewne dla wydawców prasy zostało już wprowadzone na terytorium niektórych państw Unii Europejskiej, w tym Niemiec oraz Hiszpanii. KE ma tego świadomość, o czym świadczy przywołanie tych faktów na s. 159 IA, jednakże nie wyciąga z tego poprawnych wniosków. Zdaniem PIKE zatem, wszelkie prace legislacyjne nad ewentualnym prawem pokrewnym powinny zostać poprzedzone dokładną analizą powyższych regulacji krajowych i ich skutków. W szczególności, uwagę zwrócić należy na regulacje hiszpańskie, które spowodowały zakończenie działalności kilku podmiotów świadczących usługi informacyjne on-line, w tym hiszpańskiego Google News. Obecnie, wprowadzone tam regulacje oceniane są jednoznacznie negatywnie, jako skutkujące ograniczeniem rynku informacyjnego, zarówno tradycyjnego, jak i elektronicznego. Potwierdza to w szczególności raport organizacji AEEPP (<http://www.aepp.com/pdf/InformeNera.pdf>, powoływany za:

<https://www.techdirt.com/articles/20150725/14510131761/study-spains-google-tax-news-shows-how-much-damage-it-has-done.shtml>).

4. Wynagrodzenie twórców i artystów wykonawców

Podobnie jak wskazywaliśmy w punkcie poprzednim, przyjęcie art. 14 i 15 Dyrektywy – jeżeli będzie miało miejsce – nie powinno stanowić podstawy do wprowadzania w Polsce jakichkolwiek dodatkowych obowiązków dla korzystających z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. Odpowiednikiem bowiem projektowanego art. 14 Dyrektywy jest art. 47 PrAut (w tym w zw. z art. 92 PrAut) przyznający twórcy (wykonawcy) prawo do otrzymania informacji i wglądu w niezbędnym zakresie do dokumentacji mającej istotne znaczenie dla określenia wysokości należnego mu wynagrodzenia. Odpowiednikiem projektowanego art. 15 Dyrektywy jest natomiast art. 44 Dyrektywy (w tym w zw. z art. 92 PrAut) przyznający twórcy (wykonawcy) w razie rażącej dysproporcji między jego wynagrodzeniem a korzyściami nabywcy autorskich praw majątkowych lub licencjodawcy, możliwość żądania przez twórcę (wykonawcę) stosownego podwyższenia wynagrodzenia przez sąd.

5. Braki w Dyrektywie – definicja utworu audiowizualnego

PIKE wielokrotnie zwracało uwagę na brak legalnej definicji utworu audiowizualnego. Pomimo, że w art. 1 ust. 2 pkt 9) PrAut jako przykłady utworów wskazano utwory

audiowizualne (w tym filmowe), a art. 69 PrAut wskazuje, kto jest współtwórcą utworu audiowizualnego, ustawa nie zawiera definicji pojęcia „utwór audiowizualny”. PIKE także wielokrotnie postulowało wprowadzenie takiej definicji do przepisów, co jednak dotychczas się nie stało. W naszej ocenie prace nad Dyrektywą stanowią doskonałą okazję do uzupełnienia tej luki, albowiem sama Dyrektywa także posługuje się pojęciem „audiovisual works” (art. 10) nie definiując go. Z uwagi na przekrojowy charakter Dyrektywy i jej nakierowanie na Jednolity Rynek Cyfrowy, wprowadzenie do niej definicji „utworu audiowizualnego” miałoby charakter powszechny – możliwe byłoby przyjęcie zawartej w niej definicji do stosowania we wszystkich sytuacjach prawnych regulowanych przez ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Wobec powyższego proponujemy by wprowadzić następującą definicję utworu audiowizualnego:

„jednolity utwór, stanowiący sekwencję następujących po sobie obrazów z dźwiękiem, bądź bez niego, utrwalonych w sposób umożliwiający ich odtwarzanie, wywołujących wrażenie ruchu”.

III. Pozostałe projekty

PIKE nie zgłasza uwag do pozostałych dokumentów będących przedmiotem niniejszych konsultacji.

IV. Podsumowanie

Inicjatywa stworzenia przez Komisję Jednolitego Rynku Cyfrowego niewątpliwie zasługuje na akceptację i wsparcie. Realizacja tego ambitnego celu wymaga jednak w naszej ocenie dokonania kilku korekt w przyjmowanych aktach prawnych, czemu daliśmy wyraz w niniejszym stanowisku.

W imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej oferuję MKiDN wszelką pomoc reprezentowanej przeze mnie organizacji oraz współpracujących z nią specjalistów w dalszych pracach Komisji Europejskiej, a z uwagi na przyjętą przez KE metodę regulacji (Dyrektywa oraz Rozporządzenie z fakultatywną delegacją do wprowadzenia dalej idących przepisów), także w pracach nad wdrożeniem do polskiego porządku prawnego rozwiązań ostatecznie przyjętych na szczelbu Unii Europejskiej.

Jerzy Straszewski
Prezes Zarządu PIKE

