

Stowarzyszenie Autorów ZAiKS
Dyrekcja Generalna
ul. Hipoteczna 2
00-092 Warszawa
skr. poczt. P-16, 00-950 Warszawa
tel. (22) 827 60 61-9 centrala
fax (22) 828 92 04
e-mail: sekretariat@zaiks.org.pl

Szanowny Pan
Prof. dr hab. Piotr Gliński
Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego
I Wiceprezes Rady Ministrów

Wasz znak:

Nasz znak: *PS/22*

Warszawa, dn. 19.10.2016 r.

**Stanowisko Stowarzyszenia Autorów ZAiKS w sprawie konsultacji publicznych
dot. propozycji modernizacji prawa autorskiego, przedstawionych przez KE.**

Szanowny Panie Premierze,

w odpowiedzi na ogłoszone przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego konsultacje w związku z opublikowanymi przez Komisję Europejską propozycjami dotyczącymi modernizacji prawa autorskiego, pragnę przekazać w imieniu Stowarzyszenia Autorów ZAiKS następujące uwagi.

Komisja Europejska przedstawiła w ramach przedmiotowych konsultacji cztery projekty aktów prawnych („Pakiet Praw Autorskich”):

1. Projekt rozporządzenia ustanawiającego zasady dotyczące wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych mające zastosowanie do niektórych nadawców transmisji i retransmisji programów telewizyjnych i radiowych.
2. Projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym.
3. Projekt dyrektywy w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów i innych przedmiotów chronionych prawem autorskim i prawami pokrewnymi z korzyścią dla osób niewidomych, osób słabowidzących i osób z niepełnosprawnościami uniemożliwiającymi zapoznawanie się z drukiem, i w sprawie zmiany dyrektywę 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym.
4. Projekt rozporządzenia w sprawie transgranicznej wymiany między Unią a państwami trzecimi kopii utworów w formacie umożliwiającym dostęp osobom niepełnosprawnym do określonych utworów i innych przedmiotów chronionych

prawem autorskim i prawami pokrewnym, z korzyścią dla osób niewidomych, słabowidzących lub z innymi niepełnosprawnościami uniemożliwiającymi zapoznanie się z drukiem.

Stowarzyszenie Autorów ZAiKS pragnie wyrazić swoje stanowisko zarówno do dwóch pierwszych projektów aktów prawnych, wskazanych powyżej, jak i do przyjętych przez Komisję założeń do całego opiniowanego Pakietu Praw Autorskich.

1. Uwagi ogólne.

Na wstępie należy podkreślić, że Stowarzyszenie Autorów ZAiKS z zadowoleniem przyjmuje fakt, że przedstawione akty prawne, a w szczególności projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym po raz pierwszy podkreśla znaczenie problemu *transfer of value*, jednocześnie kreując zobowiązania, skierowane do dostawców usług *online*, które mogą stanowić pierwszy krok w celu powstrzymania dalszego zakłócania jednolitego rynku cyfrowego dóbr kulturalnych przez dominujących graczy rynkowych.

Już samo jednoznaczne uznanie przez KE w projekcie wskazanej wyżej dyrektywy, że niektóre działania dostawców usług sieciowych kreują po ich stronie obowiązki na rzecz twórców i artystów wykonawców stanowi istotny progres i może się przyczynić do ograniczenia powoływania się na klauzulę „bezpiecznej przystani” przez operatorów platform internetowych.

Również wprowadzenie obowiązków wobec dostawców usług opartych na zamieszczaniu przez ich użytkowników treści chronionych, mających na celu prawidłowe realizowanie przez podmioty uprawnione z tytułu praw autorskich i praw pokrewnych ich uprawnień wynikających z umów licencyjnych, takich jak technologie identyfikacji treści i elektroniczne systemy skarg i rekompensat, podobnie jak obowiązki informacyjne zawarte w art. 14 projektu dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym, stanowią niewątpliwie niezbędną bazę dla stworzenia europejskim twórcom bardziej zrównoważonych warunków negocjacyjnych z potężnymi podmiotami biznesowymi.

Należy jednak podkreślić, że wspomniane wyżej mechanizmy powinny stanowić jedynie podstawę do podejmowania dalszych działań na rzecz wyrównywania szans europejskiego sektora kreatywnego w związku z eksploatacją utworów *online*.

Przedstawiony Pakiet Praw Autorskich wydaje się być dobrym punktem wyjścia, który w trakcie prac w ramach Rady i Parlamentu Europejskiego powinien ulec dalszemu uszczegółowieniu, zwłaszcza w zakresie umożliwienia twórcom i artystom wykonawcom nie tylko uzyskiwania informacji o eksploatacji ich twórczości *online*, czy zgłaszania zastrzeżeń dla takiej eksploatacji, ale również tworzyć mechanizmy i zapewniać uzyskanie godziwego wynagrodzenia od podmiotów czerpiących większość swoich przychodów z umożliwiania udostępniania europejskiej twórczości.

2. Projekt rozporządzenia ustanawiającego zasady dotyczące wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych mające zastosowanie do niektórych nadawców transmisji i retransmisji programów telewizyjnych i radiowych.

Pragniemy zauważyć, iż rozszerzenie „zasady państwa pochodzenia” nie przyczyni się do osiągnięcia celu w postaci zwiększenia dostępu do treści w całej UE, gdyż zastosowana zasada ma pozwolić ustalić jedynie, gdzie nastąpiło nadanie, w następstwie czego jakiemu reżimowi prawnemu podlega. Zasada państwa pochodzenia nie ma związku z podstawowymi ograniczeniami w ponadgranicznej eksploatacji *online*, do których należą m.in. fragmentacja repertuarów, gospodarcze i kulturowe aspekty rynków właściwych, a przede wszystkim niezbędna swoboda uprawnionych do decydowania o geograficznym zakresie ich zgody na korzystanie z utworu.

Odnosząc się do usług *online* towarzyszących pierwotnym nadaniom, to art. 32 dyrektywy w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi wprowadza odstępstwo w odniesieniu do praw do utworów muzycznych dla wykorzystania *online* w przypadku programów radiowych i telewizyjnych. Stanowi on, iż wymogi określone w przepisach tytułu III dyrektywy nr 2014/26/UE „nie mają zastosowania do organizacji zbiorowego zarządzania, gdy udzielają one – na zasadzie dobrowolnej agregacji wymaganych praw, zgodnie z zasadami konkurencji na podstawie art. 101 i 102 TFUE – licencji wieloterytorialnej dotyczącej praw do utworów muzycznych dla wykorzystania *online* niezbędnej nadawcy celem publicznego komunikowania lub udostępnienia swoich programów radiowych lub telewizyjnych równocześnie z ich pierwotną emisją lub później oraz wszelkich innych treści *online*, w tym zapowiedzi, wyprodukowanych przez nadawcę lub dla niego, stanowiących uzupełnienie pierwotnej emisji jego

programu radiowego lub telewizyjnego”. Przytoczony przepis opiera się na dobrowolnej reagregacji repertuarów i ograniczony jest do usług *online* towarzyszących pierwotnym nadaniom, mając na celu zapobieżenie zdobycia przez nie przewagi rynkowej względem innych usługodawców *online*. Zatem, to uwarunkowania rynkowe i wola stron, bez związku z ustaleniem państwa pochodzenia, stanowią w tym przypadku determinanty na rzecz zapewnienia szerszego dostępu poprzez usługi simulcasting-u czy catch-up TV. W związku z tym, jakiegokolwiek rozszerzenie zasady państwa pochodzenia będzie w tym przypadku irrelevantne.

Z zaniepokojeniem traktujemy propozycję rozszerzenia zasady „państwa pochodzenia” na usługi dostępu do treści *online*. Odbyłoby się to – jak wykazał to już m.in. raport De Wolf dla Komisji Europejskiej – z pokrzywdzeniem uprawnionych. Sprzyjałoby to bowiem poszukiwaniu przez usługodawców najbardziej korzystnej dla nich – kosztem uprawnionych i prawdopodobnie także konsumentów – jurysdykcji. Wprowadzenie jakichkolwiek kryteriów ustalenia państwa pochodzenia w przypadku usług *online* nie zagwarantowałoby pewności co do prawa, ani efektywności jego stosowania. Miejsce położenia serwera, siedziba usługodawcy, siedziba podmiotu umieszczającego utwór *online*, to kryteria, które mogą być swobodnie zmieniane, szczególnie przez podmioty biznesowe o skomplikowanej strukturze organizacyjnej, które posiadają serwery na terytorium różnych państw. Przepisy dyrektywy „satelitarno-kablowej” nie odpowiadają sposobom korzystania w sieciach interaktywnych, wobec czego nie powinny być „przenoszone dalej”.

W przypadku internetu kryterium państwa pochodzenia nie może spełnić swojej roli, dlatego już w dyrektywie o handlu elektronicznym (dyrektywa nr 2000/31/WE) prawo autorskie zostało wyjęte spod ogólnej zasady państwa pochodzenia. Brak jest bowiem w szczególności uwzględnienia rzeczywistego zasięgu terytorialnego eksploatacji, co czyni szczegółowe postanowienia dyrektywy sprzecznymi z jej motywami.

W kolejnych etapach prac legislacyjnych, należy oczekiwać stosownej modyfikacji art. 2 ust. 2 omawianego rozporządzenia, w zakresie ustalania kwoty opłaty za prawa podlegające zasadzie państwa pochodzenia.

Nasze zastrzeżenia wzbudza także treść art. 3 ust. 3 przedmiotowego rozporządzenia w zakresie, w którym, gdy zarządzaniem prawami danej kategorii zajmuje się więcej niż jedna organizacja zbiorowego zarządzania, a podmiot praw nie wybierze organizacji zbiorowego zarządzania, to organizację zbiorowego zarządzania, którą uznaje się za upoważnioną do zarządzania prawem tego podmiotu praw, wskaże „państwo członkowskie, dla którego terytorium operator usługi retransmisji stara się zweryfikować prawa do retransmisji”. Tego typu regulacja stanowiłaby niebezpieczny precedens i wykraczała poza przyjęty zakres nadzoru nad organizacjami zbiorowymi zarządzania ze strony krajowych organów administracji publicznej. Zwracamy także uwagę, że polska ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych zawiera regulację dotyczącą ustalania „organizacji właściwej” (art. 107) i nie znajdujemy uzasadnienia dla zmiany zasad, przewidzianych tym przepisem. Przyjęte rozwiązanie zapewnia należyłą ochronę podmiotów uprawnionych w ramach zarządu prawami, realizowanego przez organizację zarządzającą daną kategorią praw.

Jednocześnie, z satysfakcją przyjmujemy, iż zaproponowana przez Komisję Europejską w art. 1 lit. a) przedmiotowego rozporządzenia definicja „dodatkowej usługi *online*” jest zbliżona do przyjętej przez EBU, GESAC, ECSA i ICMP w dn. 4 kwietnia 2014 roku.

Niezależnie od powyższego wskazujemy, że definicja „retransmisji”, zawarta w art. 1 pkt b) jest niezrozumiała i postulujemy ponowne skonstruowanie tej definicji z uwzględnieniem zasad prawidłowej legislacji.

3. Projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym.

Podnoszony przez Stowarzyszenie problem *transfer of value* oraz fakt realizacji przez dostawców usług opartych na zamieszczaniu treści przez użytkowników publicznego udostępniania utworów i związanej z tym konieczności uzyskiwania licencji od podmiotów uprawnionych został przez KE w sposób wyraźny i jednoznaczny uwzględniony w Motywie 38 Dyrektywy.

W motywie tym Komisja wskazuje, że:

- 1) dostawcy usług opartych na zamieszczaniu treści przez użytkowników dokonują aktu publicznego udostępniania treści chronionych prawem

autorskim i prawami pokrewnymi, zgodnie z Artykułem 3 Dyrektywy 2001/29/EC,

oraz, że:

- 2) nie mogą oni korzystać z przywilejów *safe harbour*, które zapewnia Dyrektywa 2000/31/EC, jeśli pełnią aktywną rolę w udostępnianiu treści chronionych poprzez ułatwianie (tworzenie narzędzi zapewniających sprawne zamieszczanie treści) i promowanie takich działań wśród swoich użytkowników.

Należy podkreślić, że chociaż wskazana w Motywie interpretacja jest zgodna z dotychczasową doktryną, to sądy krajowe miały do tej pory liczne problemy z wykładnią przepisów Dyrektyw InfoSoc i E-Commerce w tym zakresie, a stanowiska przyjęte w ich orzeczeniach były niejednokrotnie sprzeczne ze sobą. Dlatego doprecyzowanie, zawarte w propozycji Dyrektywy, mogłoby stanowić podstawę do prawidłowej interpretacji przepisów w odniesieniu do dostawców usług opartych na zamieszczaniu treści przez użytkowników i w konsekwencji do zapewnienia podmiotom uprawnionym wynagrodzenia z tytułu masowego wykorzystania ich twórczości, którego do tej pory byli pozbawieni. Najdogodniejszym rozwiązaniem, z punktu widzenia Stowarzyszenia, byłoby odzwierciedlenie treści Motywu 38 w artykule Dyrektywy, co zapewni pełną implementację jej przepisów do prawa krajowego.

Do momentu ewentualnego uwzględnienia powyższego postulatu chcielibyśmy zaproponować zmianę w treści pierwszego zdania paragrafu pierwszego wspomnianego Motywu 38 z „Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, **thereby** going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public (...)”, na „Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, **therefore** going beyond the mere provision of physical facilities and performing **both: an act of reproduction** and an act of communication to the public (...)”. Należy podkreślić, że proponowana zmiana precyzyjniej wskazuje na związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy aktywnym zapewnieniem przez tych dostawców usług możliwości publicznego udostępniania chronionych treści dostarczanych przez użytkowników i w konsekwencji przekraczaniem przez nich

roli biernego dostawcy narzędzi, jak również eliminuje wątpliwości co do faktu, że przechowywanie i zapewnianie dostępu do chronionych treści przez usługodawców stanowi na gruncie prawa autorskiego akt zarówno publicznego udostępniania, jak i zwielokrotnienia utworów i innych przedmiotów objętych ochroną.

Wnioskujemy również o wyodrębnienie jako czwarty paragraf w omawianym Motywie ostatniego zdania obecnego paragrafu trzeciego: „This obligation should also apply when the information society service providers are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC”. W obecnym brzmieniu paragrafu trzeciego 38 Motywu nie jest jasne, które z obowiązków, wskazanych w zdaniu poprzedzającym tego paragrafu, statuuje projekt Dyrektywy również odnośnie usługodawców, którzy są w stanie wykazać, że ich działalność polega wyłącznie na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę (hosting). Wyjaśnienia w tym zakresie nie wprowadza również treść art. 13 projektu Dyrektywy. Z tego też powodu wnioskujemy o wprowadzenie powyższej zmiany lub doprecyzowanie treści wskazanego zdania, odnoszącego się do usługodawców świadczących usługi hostingowe. Działalność ISP wykracza już bowiem poza zakres zwolnienia przewidziany w ramach *safe harbor* („funkcja techniczna, automatyczna i bierna, przy jednoczesnej neutralności co do samej treści i możliwości jej kontrolowania”, wyrok TSUE w połączonych sprawach C-236/08 i C-238/08 *Google France & Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier i in.*). Neutralność ISP w odniesieniu do treści, które przechowuje lub przekazuje jest bardzo często już jedynie teoretyczna. Model biznesowy ISP będących wyszukiwarkami, portalami społecznościowymi, platformami interaktywnymi UGC (User Generated Content) oparty jest bowiem nie na przechowywaniu danych, lecz na udostępnianiu treści. Takie wykorzystanie utworów generuje zyski dla ISP, w szczególności w postaci wpływów z reklam, natomiast podmioty uprawnione z tytułu praw autorskich nie są uwzględnione w podziale tych zysków. Na przykład, pomimo ogromnego wzrostu wartości marki (o 768% pomiędzy 2006 a 2014 rokiem) od przejęcia największego serwisu ISP, tzn. YouTube, amerykański koncern Google nie podzielił się tym wzrostem z uprawnionymi z tytułu praw autorskich, których twórczość jest głównym zasobem serwisów internetowych.

Zwracamy się również z prośbą o podjęcie działań mających na celu wykreślenie ostatniego zdania z Motywu 33 projektu Dyrektywy, dotyczącego definicji publikacji prasowej, a odnoszącego się do hiperłączy: „This protection does not extend to acts of hyperlinking which do not constitute communication to the public.” W opinii Stowarzyszenia treść tego zdania, która jednoznacznie wskazuje, że hiperlinkowanie nie stanowi aktu publicznego udostępnienia wykracza poza obowiązujące ramy prawne i stoi w sprzeczności z orzecznictwem TSUE, mając na uwadze np. aktualne orzeczenie GS Media przeciwko Sanoma Publishing, w którym Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że w niektórych warunkach linkowanie może być uznane za publiczne udostępnienie treści chronionych. Wskazuje to jednoznacznie, że do czasu ustalenia wyraźnych podstaw w aktach prawnych nie ma uzasadnienia dla wprowadzania takich treści w oficjalnych częściach dokumentów, jakimi niewątpliwie są motywy dyrektywy.

W celu rozwiania ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych proponujemy również dodanie w art. 10 projektowanej dyrektywy klauzuli, która wyłącza spod mechanizmu negocjacyjnego organizacje zbiorowego zarządzania, w myśl przepisów dyrektywy 2014/26/UE.

Również projektowany art. 12 dyrektywy wymaga zgłoszenia zastrzeżenia. Regulacja ta zamieszczona została w rozdziale zatytułowanym „Prawa w publikacjach” i poprzedzona została postanowieniem odnoszącym się do ochrony publikacji prasowych w zakresie cyfrowych sposobów korzystania, zapewniającym prawa wydawcom publikacji prasowych. Zakres zastosowania projektowanego art. 12 dotyczącego godziwej rekompensaty jest odmienny – odnosi się do szerszej grupy wydawców, co potwierdza treść motywu 36, odwołującego się do wydawców publikacji prasowych, książek lub publikacji naukowych. Projektowane postanowienie art. 12 umożliwia przewidzenie przez Państwa Członkowskie w regulacjach krajowych, iż przeniesienie praw na wydawcę lub udzielenie mu licencji na dane prawo, stanowią wystarczającą podstawę prawną dla wydawcy do roszczenia o udział w rekompensacie za korzystanie z utworu, które miało miejsce na podstawie wyjątku lub ograniczenia. Prawo takie nie powinno jednakże naruszać uprawnień autorów. Postanowienie to nie zabezpiecza na rzecz twórcy udziału w rekompensacie. Zwracamy się w

Stowarzyszenie Autorów **ZAiKS**

związku z powyższym o taką modyfikację treści tego artykułu, aby wyraźnie zapewnić, że realizacja uprawnień wydawców nie będzie następowała kosztem uprawnień twórców.

Mamy nadzieję, że zaprezentowane powyżej stanowisko Stowarzyszenia Autorów ZAiKS znajdzie swój wyraz w przygotowywanej przez Ministerstwo odpowiedzi Rządu RP na konsultacje publiczne Komisji Europejskiej.

Z poważaniem,



Janusz Fogler
Prezes