

**Stanowisko Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (PIIT)
do przepisów projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych
oraz niektórych innych ustaw**

W związku ze skierowaniem Projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), dalej „Projekt” do konsultacji publicznych, Izba przedstawia swoje stanowisko.

I. Art. 6 ust. 1 pkt 5 (definicja reemitowania)

PIIT proponuje następującą zmianę brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 5):

*„5) reemitowaniem utworu jest jego rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający lub pod którego kontrolą i na którego odpowiedzialność takie pierwotne nadanie zostało przeprowadzone, drogą przejmowania w całości i bez zmian jego programu oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru, jeżeli takie pierwotne nadanie nie jest nadaniem online, niezależnie od sposobu, w jaki reemitent otrzymuje sygnał umożliwiający mu reemisję, oraz także wtedy, gdy zamiast pierwotnego nadania sygnał ten organizacja radiowa lub telewizyjna przesyła do reemitowania w taki sposób, że nie jest on publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu (wprowadzenie bezpośrednie); ~~w przypadku gdy jeżeli~~ reemisja dokonywana jest za pośrednictwem usługi Internetu, zdefiniowanej w art. 2 akapit 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz. Urz. UE L 310 z 26.11.2015, str. 1), **powinna być** prowadzona w sposób umożliwiający dostęp do niej wyłącznie upoważnionym użytkownikom.”*

Proponujemy minimalne zmiany językowe, bez których treść definicji nie jest dla nas zrozumiała. Mamy świadomość, że nasze zmiany idą w kierunku wskazanym przez Ministerstwo, czyli rozszerzają zakres reemisji także na środowisko niekontrolowane. Jednak, uważamy, że definicja powinna pozostać neutralna technologicznie, aby nie tworzyć sytuacji gdzie reemisja w Internecie bez zabezpieczeń i logowania stanie się odrębnym polem eksploatacji niepodlegającym obowiązkowemu pośrednictwu OZZ. W przeciwnym razie podmioty stosujące mniej wymagające rozwiązania technologiczne stałyby się beneficjentami takiego wyłączenia, a podmiotom uprawnionym byłoby trudniej dochodzić od nich roszczeń.

II. Proponowany w projekcie art. 21¹ ust. 1 pr. aut.(wykonywanie praw do reemisji przez podmioty uprawnione inne niż organizacje radiowe i telewizyjne

zgodnie z którym:

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

Proponujemy uzupełnić poprzez dodanie **art. 21¹ ust. 1² pr. aut.** stosownie do regulacji dotyczącej nadań poprzez uzupełnienie:

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

Powyższa propozycja ma na celu ekonomiczną równowagę rynkową w przypadku produkcji własnych nadawców i znajduje potwierdzenie w art. 5 ust 1 Dyrektywy SatCab, zgodnie z którym „Państwa członkowskie zapewniają, aby art. 4 nie miał zastosowania do praw do reemisji wykonywanych przez organizację radiową lub telewizyjną w odniesieniu do jej własnych transmisji, niezależnie od tego, czy dane prawa należą do tej organizacji, czy też zostały na nią przeniesione przez inny podmiot uprawniony”.

III. Art. 21¹⁰ (zakaz ogólnego monitoringu DUUTO)

Zgodnie z art. 21¹⁰ wprowadzonym przez Projekt, dotyczącym dostawców usług udostępniania treści online (DUUTO), z zastrzeżeniem art. 21⁵ ustalającego zasady odpowiedzialności DUUTO, DUUTO „nie mają obowiązku sprawdzania rozpowszechnianych treści”. Przepis ten ma stanowić implementację art. 17 ust. 8 Dyrektywy DSM, który stanowi, iż stosowanie art. 17 Dyrektywy DSM „nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku nadzoru”.

Wobec treści art. 17 ust. 8 Dyrektywy DSM jest to co najmniej wątpliwe, czy brzmienie art. 21¹⁰ według propozycji Projektu jest właściwą implementacją ww. przepisu. Według argumentacji uzasadnienia Projektu do proponowanej treści art. 21⁵: „Ponieważ omawiany przepis dyrektywy jest odpowiednikiem art. 15 ust. 1 w dyrektywie 2000/31/WE (dyrektywa o handlu elektronicznym), jego brzmienie zostało oparte na art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, jednakże z oczywistym zastrzeżeniem projektowanych przepisów art. 21⁵”. Jednakże, zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym: „Państwa Członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12, 13 i 14 ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność.” Treść art. 15 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym oraz treść art. 17 ust. 8 Dyrektywy DSM różnią się między sobą, a ponadto art. 17 ust. 8 Dyrektywy DSM dotyczy konkretnie DUUTO, natomiast art. 15 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym ma szerszy zakres i dotyczy też innych dostawców usług pośrednictwa internetowego, stąd argument uzasadnienia Projektu do proponowanej treści art. 21¹⁰ nie jest trafny.

Wobec powyższego art. 21¹⁰ wdrażający art. 17 ust. 8 Dyrektywy DSM powinien wskazywać, iż stosowanie przepisów oddziału 2a prawa autorskiego (dotyczącego DUUTO), „nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku monitoringu”, co zapewni większą spójność z przepisami Dyrektywy DSM oraz przepisami przyjętego w lipcu b.r. przez Parlament Europejski *Aktu o usługach cyfrowych*. (ang. Digital Services Act,) który będzie obowiązywał w nieodległej perspektywie czasowej.

IV. Proponowany w projekcie art. 24⁵ ust. 1 i 3 (przepisy szczególne dotyczące dostawców usług udostępniania treści online)

Zwracamy uwagę, że w proponowanym brzmieniu Art. 24⁵ust. 1 projektodawca mylnie tłumaczy termin „*best efforts*” jak „dołożenie najwyższej staranności”. Przyjęte rozwiązanie nie jest zgodne ani z Dyrektywą (co powinno być najważniejszym kryterium), ani nie jest spójne z polskim prawem cywilnym. Pojęcie „najwyższej staranności”, byłoby swoiste w obowiązującym porządku prawnym, gdyż żaden inny przepis nie posługuje się takim sformułowaniem. Art. 355 kodeksu cywilnego wymaga od dłużnika „należytej staranności”, która, w kontekście działalności profesjonalisty, wymaga uwzględnienia zawodowego charakteru tej działalności. Podobnie zapisy kodeksu spółek handlowych (293 § 2 i art. 483 § 2 k.s.h.) wskazują, że podwyższonym miernikiem staranności jest „staranność wynikająca z zawodowego charakteru działalności”. Ów podwyższony miernik staranności jest przedmiotem bogatego orzecznictwa i dorobku doktryny. Należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie jest rozumiana jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe (tak wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, LEX nr 1147729). „Z zasady nawet od profesjonalisty nie jest więc wymagane dołożenie staranności na możliwie najwyższym poziomie” (Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II).

Warto zwrócić uwagę, iż art. 17 ust. 4 pkt b) Dyrektywy 2019/790 (podobnie jak motywy nr 66 i nast.) posługują się pojęciem „wysokich standardów staranności zawodowej w sektorze”, co swoim zakresem odpowiada, znanemu w polskim porządku prawnym miernikowi, wynikającemu z art. 355 ust. 2 k.c. Wprowadzanie kwalifikowanego miernika „najwyższej staranności” jawi się zatem jako nieuprawnione i nie wynikające z Dyrektywy 2019/790. Postuluje się zatem zastąpienie sformułowania „najwyższej staranności” sformułowaniem powszechnie stosowanym tego miernika to jest - „należytej staranności”.

Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej „Pojęcie „dołożenia starań” nie jest zdefiniowane i nie ma odniesienia do prawa krajowego, więc jest to autonomiczne pojęcie prawa Unii, a państwa członkowskie powinny dokonać jego transpozycji zgodnie z niniejszymi wytycznymi i interpretować je w kontekście celu i założeń art. 17 oraz treści całego artykułu.”. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej od dawna ustanowił zasadę, że autonomicznym pojęciom prawa unijnego należy nadać niezależną i jednolitą wykładnię w całej UE (zob. np. sprawę C-467/08, Padawan). Implementacja Dyrektywy nie powinna wobec tego dążyć na siłę do wpisania pojęcia „*best efforts*” w istniejące już instytucje prawne, ale zdefiniować ją jako nowe i niezależne pojęcie, zgodnie z intencją ustawodawcy unijnego i duchem art. 17. Należy zwrócić uwagę na fakt, że KE pomija wręcz przymiotnik, posługując się jedynie terminem „dołożyć starań”. Jest to z pewnością nieprzypadkowe i spowodowane niezręcznością literalnego tłumaczenia terminu angielskiego na język polski („najlepsze starania”). Zaproponowane przez KE rozwiązanie można jednak uzupełnić o przymiotnik oddający sens użytego w wersji angielskiej terminu, jako „rozsądne” lub „odpowiednie” starania. Takie rozwiązanie było wskazywane także w piśmiennictwie (zob. Larroyed, Aline, When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate Transposition – The Case of ‘Best Efforts’ Under Article 17 DCDSM (November 30, 2020).

Co gorsza w art. 24⁵ust. 3 pominięty jest wymóg zachowania proporcjonalności. Jest to kolejny kluczowy element osiągniętego w art. 17 Dyrektywy kompromisu, a jego rola podkreślana jest przez KE w wytycznych:

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

Dyrektywa zawiera niewyczerpującą listę kryteriów, które należy co najmniej wziąć pod uwagę, aby ocenić, czy DUUTO spełnił warunki określone w art. 17 ust. 4, ale w każdym przypadku ocena ta powinna uwzględniać nadrzędne kryterium proporcjonalności. Oznacza to, że przy ocenie działania w celu uzyskania licencji, jak i zapewnienia niedostępności treści, wymagana jest analiza kosztów i korzyści (koszty usługi, koszty transakcji, wartość użytkowania/korzyści dla posiadaczy praw). Ponadto dostępność niektórych środków lub technologii na rynku nie wystarcza, aby uzasadnić ich użycie: muszą one być odpowiednie w szczególności do ochrony interesów użytkowników przed nadmiernym blokowaniem legalnych treści (art. 17 ust. 7). Ten aspekt jest ściśle związany z wolnością wypowiedzi.

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

Pominięcie tego kryterium w przedmiotowym projekcie, jak też nieprawidłowe (nadmiernie restrykcyjne) przełożenie terminu “*best efforts*” są o tyle niezrozumiałe, że stoją w jaskrawej sprzeczności z założeniami skargi złożonej przez Rząd RP do Trybunału Sprawiedliwości UE (sprawa C-401/19), której podniesiona została niezgodność właśnie art. 17 ust. 4 z art. 11 Karty Praw Podstawowych UE. Rząd RP argumentował, że przepis ten rodzi niebezpieczeństwo nadmiernego blokowania treści przesyłanych przez użytkowników, co może naruszać ich wolność otrzymywania i przekazywania informacji. Mimo oddalenia skargi TSUE potwierdził, że takie niebezpieczeństwo istnieje i że ustawodawcy krajowi powinni dołożyć odpowiednich starań, aby do krajowych porządków prawnych przenieść art. 17 w sposób gwarantujący poszanowanie praw podstawowych. Przedstawiony projekt pod tym względem budzi poważne wątpliwości. Dopiero prawidłowe zaimplementowanie klauzuli proporcjonalności oraz pojęcia “rozsądnych starań” (“*best efforts*”) kumulatywnie zapewnia prawidłowe oddanie intencji ustawodawcy unijnego i istotnie zapewni przewidzianą (i podkreśloną w orzeczeniu TSUE w sprawie C-401/19) równowagę praw podstawowych wszystkich dotkniętych tą regulacją grup podmiotów.

V. Art. 26(2) oraz art. 26(3) – niewłaściwa implementacja przepisów o naukowej i komercyjnej eksploracji tekstów i danych

W art. 26(2), jak i art. 26(3) pominięty został kluczowy fragment art. 3 i 4 dyrektywy DSM, wedle których eksploracja powinna być możliwa wyłącznie w przypadku posiadania „zgodnego z prawem”

dostępu do określonego przedmiotu ochrony. Identyczna uwaga odnosi się do wprowadzenia tego wyjątku w przypadku baz danych.

VI. Proponowany w projekcie art. 47¹ ust. 1 i 2 pr. aut

PIIT proponuje następujące zmiany w art. 47¹ ust. 1 i 2:

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

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

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

VII) Art. 57 (odwołanie praw)

Projekt wprowadza zmianę w art. 57 prawa autorskiego, implementującą art. 22 Dyrektywy DSM (Prawo odwołania). Zgodnie z treścią projektowanego art. 57 prawa autorskiego, który ma zastosowanie do utworów i artystycznych wykonania (art. 57 w zw. z art. 92), jeśli nabywca autorskich lub licencjobiorca praw wyłącznych nie przystąpi do eksploatacji utworu w terminie 2 lat od dnia przeniesienia praw lub udzielenia licencji, twórca lub wykonawca może od umowy odstąpić lub ją wypowiedzieć, po wyznaczeniu dodatkowego przynajmniej 6-miesięcznego terminu na eksploatację utworu lub artystycznego wykonania. W takim przypadku twórca zachowuje wynagrodzenie.

W przypadku utworów audiowizualnych, z uwagi na proces ich produkcji i eksploatacji, prawo twórców i artystów wykonawców, których utwory lub artystyczne wykonania zostały przeznaczone do eksploatacji w utworze audiowizualnym, do odstąpienia od umowy oraz jej wypowiedzenia, powinno zostać wyłączone.

Inaczej niż w innych sektorach, ukończenie utworu audiowizualnego i jego komercyjne rozpowszechnienie zajmuje znacznie więcej czasu, pochłania wielkie nakłady i wiąże się z ogromnym ryzykiem gospodarczym. Konkretna wzmianka o sektorze audiowizualnym w motywie (80) potwierdza, że prawodawca unijny zwrócił szczególną uwagę na sektor audiowizualny ze względu na praktyczne trudności, jakie może spowodować prawo twórcy lub wykonawcy do „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: (i) będzie to miało wpływ na innych twórców i wykonawców uczestniczących w realizacji utworu, jak też (ii) sytuacja taka może wywołać uzasadnioną niepewność inwestorów tych sektorów, 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, platformy dystrybucji oprogramowania), którzy również inwestują w pozyskanie dystrybuowanych przez nich treści.
- Rozpowszechnianie utworu audiowizualnego wymaga znacznie dłuższego czasu, niż inne utwory. Przed etapem produkcji i 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. Ryzyko cofnięcia któregoś z tych praw na etapie produkcji utworu audiowizualnego całkowicie osłabiłoby tworzenie produkcji audiowizualnych i zniechęciłoby do inwestycji. W praktyce jeden taki przypadek „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa może zablokować eksploatację całego utworu audiowizualnego, spowodować ogromne koszty i roszczenia.

Trudno zrozumieć dlaczego Projekt zrównuje termin na eksploatację utworów i artystycznych wykonań przeznaczonych do utworu audiowizualnego z pozostałymi utworami i wykonaniami oraz nie bierze pod uwagę ani specyfiki sektora audiowizualnego, w szczególności procesu produkcji i eksploatacji utworów audiowizualnych, ani też faktu, że utwór audiowizualny zawiera wkład więcej niż jednego twórcy i wykonawcy.

Tymczasem, art. 22 oraz motyw 80 Dyrektywy DSM wskazują, że szczegółowe przepisy krajowe dotyczące mechanizmu odwołania powinny brać pod uwagę:

- 1) specyfikę poszczególnych sektorów i poszczególnych rodzajów utworów i wykonań, wskazując zwłaszcza na sektor audiowizualny oraz
- 2) jeżeli utwór lub inny przedmiot objęty ochroną zawiera wkład więcej niż jednego twórcy lub wykonawcy, jak w przypadku utworu audiowizualnego, stosunkowe znaczenie poszczególnych wkładów i uzasadnione interesy wszystkich twórców i wykonawców, których dotyczy zastosowanie mechanizmu odwołania przez pojedynczego twórcę lub wykonawcę.

Projektodawca nie wyjaśnił w Uzasadnieniu do projektu dlaczego pominął przepis art. 22 ust 2 dyrektywy, brzmiący:

.....„Państwa członkowskie mogą wyłączyć utwory lub inne przedmioty objęte ochroną ze stosowania mechanizmu odwołania, jeżeli takie utwory lub inne przedmioty objęte ochroną zazwyczaj zawierają wkłady wielu twórców lub wykonawców.”

Proponujemy uzupełnienie treści art. 52 o ust. 2¹ o następującej treści:

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

VIII. Art. 70 ust. 2¹

Zmiana w art. 70 ust. 2¹ Projektu wprowadza kolejne uprawnienie dla współtwórców utworu audiowizualnego oraz artystów wykonawców do „*stosownego wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym*”.

Zgodnie z uzasadnieniem do Projektu „Celem projektowanej ustawy jest wdrożenie do polskiego porządku prawnego dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady”. Niestety, przepis ten nie jest bezpośrednim wdrożeniem żadnego z przepisów dyrektywy, a nową i kontrowersyjną propozycją legislacyjną dodaną do ustawy transponującej dyrektywy.

Według uzasadnienia do Projektu zmiana ta mieści się w granicach implementacji art. 18 dyrektywy 2019/790 w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (dalej „Dyrektywa DSM”), który wprowadza ogólną zasadę dotyczącą zapewnienia przez państwa członkowskie, aby twórcy i wykonawcy mieli prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia, jeżeli udzielają oni licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną. Należy jednak zauważyć, że właściwa implementacja art. 18 Dyrektywy DSM jest już obecnie uregulowana w art. 43 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a zmiana wprowadzana w Projekcie, jak słusznie stwierdzono w uzasadnieniu, stanowi jedynie doprecyzowanie, że „wynagrodzenie to powinno być „stosowne i proporcjonalne” do korzyści wynikających z korzystania z utworu, z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa”. Natomiast w ocenie PIIT zupełnie nieuprawnione i nie wynikające z Dyrektywy DSM jest rozszerzenie tejże implementacji również na art. 70 ust. 2¹, ponieważ wykracza poza zakres tej implementacji, nie mając bezpośredniego związku z art. 18 Dyrektywy DSM, który wprowadza ogólną zasadę odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia twórców, która w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych przekłada się na ogólną zasadę odpłatności umów dotyczących autorskich praw majątkowych, nie dotyka zaś kwestii wynagrodzenia uzyskiwanego z tytułu wyświetlania utworu audiowizualnego w kinach, najmu i publicznego odtwarzania egzemplarzy danego dzieła, nadawania utworu w telewizji lub reprodukcji dzieła na własny użytek osobisty, gdzie partycypującymi w takim wynagrodzeniu pozostają współtwórcy dzieła audiowizualnego oraz artyści wykonawcy.

Dlatego też **PIIT postuluje o usunięcie zmiany, o której mowa w art. 1 pkt 16) Projektu, tj. usunięcie zmiany w art. 70 ust. 2¹ poprzez dodanie pkt 5).**

Ponadto, obowiązujące przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych („prawa autorskiego”) przewidują szereg innych mechanizmów zapewniających współtwórcom utworów audiowizualnych („twórcom”) i artystom wykonawcom („wykonawcom”) wynagrodzenie z tytułu korzystania z ich praw,

w tym praw zawartych w utworach audiowizualnych udostępnianych publicznie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, które w zupełności realizują treść i cel art. 18 Dyrektywy DSM:

1) Zasada, według której twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu na każdym odrębnym polu eksploatacji, jeśli umowa nie stanowi inaczej, w tym na polu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (art. 17 w zw. z art. 45 w zw. z art. 50 pkt 3).

2) Zasada, według której za korzystanie z artystycznego wykonania lub za rozporządzanie prawami do niego, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie określone w umowie albo przyznane w przepisach ustawy, na każdym odrębnym polu eksploatacji, w tym na polu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (art. 86 ust. 1 pkt 2) lit. c) w zw. z art. 86 ust. 2 w zw. z art. 45 w zw. z art. 92).

3) Klauzula bestsellerowa - prawo twórcy i artysty wykonawcy do żądania stosownego podwyższenia wynagrodzenia przez sąd w razie rażącej dysproporcji między wynagrodzeniem twórcy a korzyściami nabywcy autorskich praw majątkowych lub licencjodawcy (art. 44 i art. 92).

Oprócz tego, że proponowana przez Projekt zmiana do art. 70 ust. 2¹ prawa autorskiego wykracza poza art. 18 Dyrektywy DSM, nie jest zgodna z art. 18 Dyrektywy, jak też ze szkodą dla sektora audiowizualnego nie bierze pod uwagę jego specyfiki. Argumenty za tym przemawiające są następujące:

1. **Wynagrodzenie „odpowiednie i proporcjonalne” a wynagrodzenie „dodatkowe”**

Art. 18 Dyrektywy DSM nakazuje wprowadzenie prawa do „odpowiedniego i proporcjonalnego” wynagrodzenia dla twórców i wykonawców, a nie wynagrodzenia „dodatkowego”, jak jest to proponowane w Projekcie. „Odpowiednie i proporcjonalne” wynagrodzenie może być oparte na wpływach z korzystania z utworu audiowizualnego. Nie jest to jednak równoznaczne z tym, że ma to być wynagrodzenie płatne dodatkowo do wynagrodzenia ustalonego z twórcą lub wykonawcą przy przenoszeniu przez niego praw lub udzielaniu licencji. W art. 18 Dyrektywy DSM chodzi bowiem o zapewnienie wynagrodzenia „godziwego” (sprawiedliwego). Proponowane w Projekcie wynagrodzenie „dodatkowe”, płatne przymusowo za pośrednictwem OZZ, a tym samym według zasad jednolicie ustalanych przez OZZ, nie czyni automatycznie tego wynagrodzenia „proporcjonalnym i odpowiednim”, czyli „godziwym”, w odniesieniu do wartości praw twórców i wykonawców w okolicznościach danego projektu audiowizualnego, czego wymaga Dyrektywa DSM (vide: motyw 73). Wynagrodzenie dodatkowe, które ma swoją podstawę w ustawie, nie jest ekwiwalentem wartości udzielanych praw, który zgodnie z art. 18 Dyrektywy DSM powinien być ustalany przy przenoszeniu praw lub udzielaniu licencji.

Ponadto, rozwiązanie przyjęte w Projekcie błędnie przyjmuje *a priori*, że w każdym przypadku wynagrodzenie kontraktowe nie spełnia przesłanki „proporcjonalności i odpowiedniości” i powinno być uzupełniane jednolicie ustalonym wynagrodzeniem dodatkowym.

2. **Wynagrodzenie „odpowiednie i proporcjonalne” w stosunku do wartości praw twórców i wykonawców, a wynagrodzenie „odpowiednie i proporcjonalne” w stosunku do wartości wpływów z utworu**

Jak wspomniano wyżej, Dyrektywa DSM nie nakazuje, aby wynagrodzenie twórców i wykonawców było „odpowiednie i proporcjonalne” do wpływów z utworu, ale do wartości praw twórców oraz wykonawców, przy czym nie ujmowanych abstrakcyjnie, ale w odniesieniu do konkretnych twórców lub wykonawców, czynników specyficznych dla nich samych, ich konkretnego wkładu w dany twór, a także z uwzględnieniem inne okoliczności konkretnego przypadku, jak praktyki rynkowe lub faktyczne wykorzystanie utworu (art. 18 oraz motyw 73 Dyrektywy DSM). Tymczasem, systemy taryfowe stosowane przez OZZ oraz redystrybucja zebranych środków do twórców i wykonawców w tych systemach, z założenia są sztywne i jednolite. Specyfika tych mechanizmów pomija kwestię wartości praw w konkretnym przypadku. Nie uwzględnia ona cech specyficznych twórcy i wykonawcy i ich wkładu, ani okoliczności powstawania i dystrybucji danego utworu audiowizualnego, a zwłaszcza wpływu inwestycji w promocję utworu na wynik ekonomiczny projektu, w których według Projektu twórcy i wykonawcy mieliby dodatkowo uczestniczyć. Tego rodzaju ocena wartości praw twórcy lub wykonawcy i ustalenie wynagrodzenia, która ma zapewnić, że wynagrodzenie jest „odpowiednie i proporcjonalne” w konkretnych okolicznościach, możliwe jest jedynie dla uczestników procesu tworzenia i dystrybucji danego utworu audiowizualnego.

Ponadto, jeśli celem wprowadzenia przez Projekt dodatkowego wynagrodzenia płatnego obowiązkowo za pośrednictwem OZZ miałyby być zapobieganie ustalaniu wynagrodzenia, które nie jest „godziwe”, cel ten zapewnia obowiązujący już w art. 44 prawa autorskiego, stanowiący odzwierciedlenie art. 20 Dyrektywy DSM. Mechanizm ten, w przeciwieństwie do przewidzianego w art. 70 ust. 2¹ prawa autorskiego, umożliwia przeprowadzenie indywidualnej oceny, w odniesieniu do konkretnego przypadku, czy wynagrodzenie kontraktowe zapłacone twórcy lub wykonawcy można uznać za „odpowiednie i proporcjonalne”, czy też należne jest twórcy lub wykonawcy uzupełnienie tego wynagrodzenia.

3. Zasada swobody zawierania umów oraz zasada sprawiedliwej równowagi praw i interesów

Projekt pomija dwie istotne zasady przewidziane w ust. 2 art. 18 Dyrektywy DSM, które powinny być respektowane przez mechanizmy ustalające „odpowiednie i proporcjonalne” wynagrodzenie dla twórców i wykonawców. Mianowicie, mechanizmy te muszą uwzględniać zasadę swobody zawierania umów oraz sprawiedliwą równowagę praw i interesów.

Zasada swobody zawierania umów

Przy zastosowaniu konstrukcji dodatkowego wynagrodzenia płatnego przymusowo za pośrednictwem OZZ, sposób określania wysokości i redystrybucji tego wynagrodzenia narzucany jest przez OZZ, co wyłącza zasadę swobody umów. Obowiązkowy zarząd prawami twórców i wykonawców pozbawia ich samych możliwości kształtowania wynagrodzenia w negocjacjach oraz dostosowywania jego wysokości do zróżnicowanych czynników. Co więcej, proponowana przez Projekt konstrukcja wynagrodzenia wyłącza w ogóle decyzję twórców i wykonawców co do powierzenia zarządzania ich prawami OZZ, ponieważ art. 70 ust. 2¹ prawa autorskiego dotyczy też uprawnionych, którzy zdecydowali się nie powierzać swoich praw OZZ.

Dodatkowo, rozwiązanie proponowane w Projekcie ustawy stoi wprost w sprzeczności z motywem (82) Dyrektywy DSM, który stanowi wyraźnie, że twórcy i wykonawcy powinni mieć prawo „udzielenia zezwolenia na nieodpłatne korzystanie ze swych utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, w tym na mocy nieodpłatnych licencji niewyłącznych, z korzyścią dla wszystkich użytkowników.” Projekt pomija

©PIIT: Stanowisko do przepisów projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), PIIT/739/22, 19.07.2022

fakt, że twórcy i wykonawcy mogą mieć interesy inne niż czysto ekonomiczne, np. potrzebę dotarcia ze swoimi pomysłami do odbiorców, promocji swojego nazwiska, uczestnictwa w projektach audiowizualnych, które nie są realizowane w celach zarobkowych, a np. promujących akcję, wydarzenie, itp.

Sprawiedliwa równowaga praw i interesów

Wprowadzane ustawowo dodatkowe obowiązkowe wynagrodzenie może zakłócić sprawiedliwą równowagę praw i interesów wypracowaną w specyfice sektora audiowizualnego i jego uwarunkowań ekonomicznych, a w konsekwencji odbić się niekorzystnie na wszystkich uczestnikach tego sektora, w tym na samych twórcach i wykonawcach, a także na ostatecznych odbiorcach treści audiowizualnych.

Aktualnie, wynagrodzenie twórców i wykonawców z tytułu udziału w produkcji audiowizualnej jest w większości przypadków ustalane jako wynagrodzenie ryczałtowe. Jest ono płatne twórcom i wykonawcom z góry niezależnie od powodzenia ekonomicznego projektu audiowizualnego. Według Projektu, wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie miałyby zostać powiększone o dodatkowe wynagrodzenie, będące wynikiem udziału twórców i wykonawców we wpływach z eksploatacji danego utworu audiowizualnego. Wobec powyższego, w realiach rynkowych może okazać się, że w celu przywrócenia równowagi rynkowej konieczne będzie zmodyfikowanie dotychczasowych zasad wynagradzania twórców i wykonawców z tytułu udziału w danej produkcji i urealnienie tego wynagrodzenia, które polegałoby na powiązaniu takiego dodatkowego wynagrodzenia z rezygnacją w części lub całości z wynagrodzenia ryczałtowego płatnego z góry. To z kolei oznacza, że jeżeli eksploatacja utworu nie przyniesie wpływów, twórcy i wykonawcy mogą nie otrzymać oczekiwanego wynagrodzenia stanowiącego udział we wpływach z eksploatacji utworu. Powyższy możliwy skutek proponowanej w Projekcie regulacji jest łatwo widoczny na przykładzie krótkiego łańcucha dystrybucji utworu audiowizualnego, gdzie zamawiającym produkcję jest dostawca usług VOD w celu udostępniania utworu w jego usłudze VOD. W tym przypadku dostawca usług VOD inwestując w produkcję będzie uwzględniał całość kosztu produkcji, zarówno ponoszonego w chwili zamawiania utworu, jak i w toku eksploatacji utworu. Należy także wziąć pod uwagę ryzyko przenoszenia produkcji audiowizualnych do tych krajów, w tym państw członkowskich Unii Europejskiej, w których produkcja nie pociąga za sobą tego typu dodatkowych kosztów, jak te wprowadzane przez Projekt.

Biorąc pod uwagę przesłankę sprawiedliwej równowagi praw i interesów, o której mowa w art. 18 ust. 2 Dyrektywy DSM, nie można też zapominać, że to producenci i dystrybutorzy utworów audiowizualnych, w tym dostawcy usług VOD, inwestują znaczne środki finansowe w produkcję i dystrybucję utworów audiowizualnych, a zwrot tej inwestycji możliwy jest z wpływów z dystrybucji treści, w tym ich udostępniania w formie VOD. Jednocześnie, twórcy i wykonawcy, którym Projekt ustawy przyznaje dodatkowe wynagrodzenie z udziałów we wpływach z dystrybucji treści, tego rodzaju inwestycji i związanego z nim ryzyka nie ponoszą.

Proponowane przez Projekt dodatkowe wynagrodzenie twórców i wykonawców może przynieść szkody także dla ostatecznych odbiorców utworów audiowizualnych. Mając na uwadze zasady ekonomii, w celu pokrycia dodatkowych kosztów takiego wynagrodzenia, utwory audiowizualne musiałyby wygenerować dodatkowe przychody, a te z kolei mogą pochodzić od ostatecznych odbiorców utworów audiowizualnych. Inną możliwą konsekwencją propozycji Projektu jest zmniejszenie oferty dla odbiorców usług na żądanie, zwłaszcza tam, gdzie dostęp na żądanie do określonych utworów jest zapewniany dodatkowo do oferty kanałów linearnych i w cenie dostępu do kanałów lub innych usług.

W kontekście sprawiedliwej równowagi praw i interesów należy mieć na uwadze fakt, że wszelkie dodatkowe gwarancje dla twórców i wykonawców utworów audiowizualnych przewidziane w przepisach prawa, to dodatkowe obciążenia dla podmiotów zamawiających u nich utwory i artystyczne wykonania, czyli producentów utworów audiowizualnych i ich dystrybutorów, w tym dostawców usług VOD lub dla ostatecznych odbiorców tych utworów. W ostatnim czasie dostawcy usług VOD zostali już obciążeni innym obowiązkiem płatności, która ma wspierać polską produkcję filmową, angażującą polskich twórców i wykonawców. W roku 2020 została wprowadzona płatność na rzecz Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej (PISF) w wysokości 1,5% przychodu uzyskanego z tytułu opłat za dostęp do usług VOD lub z reklam w serwisach VOD. Obciążanie przedsiębiorców działających na rynku usług audiowizualnych, inwestujących w produkcję i dystrybucję tych utworów, coraz to nowymi płatnościami płatnymi przez instytucje pośredniczące w dystrybucji tych środków (jak OZZ czy PISF), może prowadzić do zachwiania równowagi sektora audiowizualnego, a to w ostateczności niesie za sobą ryzyko dla samych twórców i wykonawców, jak i ostatecznych odbiorców utworów audiowizualnych.

Ponadto, według uzasadnienia Projektu, wprowadzenie dodatkowego przymusowego wynagrodzenia na polu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym podyktowane jest koniecznością dostosowania regulacji art. 70 prawa autorskiego do „najszybciej rozwijającego się obecnie sektora VOD”. Tymczasem, regulacja ta wykracza poza sektor VOD, ponieważ dotyczy nie tylko dostawców usług VOD zdefiniowanych w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, ale szerszego zakresu korzystania z utworów, jakim jest wskazane wyżej pole eksploatacji.

Gdyby jednak ustawodawca zdecydował się na pozostawienie w projekcie nowelizacji dodatkowego wynagrodzenia w art. 70 w ust. 2¹ pkt. 5 pr. aut, to proponujemy wprowadzenie regulacji analogicznej jak w art. 21 ust. 2¹ pr. aut., ale nie ograniczonej podmiotowo do organizacji radiowej lub telewizyjnej, ale obejmującej dostawców usług medialnych zamawiających utwory w celu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym na podstawie odrębnej umowy. W tym celu proponujemy dodanie w art. 70 w ust. 3 pr. aut. drugiego i trzeciego zdania: „korzystający z utworu audiowizualnego wypłaca wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2¹, za pośrednictwem właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi. **Twórca może w umowie z korzystającym zrzec się pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, o którym mowa w ust. 2¹ p.5. Zrzeczenie to wymaga zachowania formy pisemnej.**”

IX) Proponowany w projekcie art. 99⁹ pr. aut., zgodnie z którym:

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

Proponowany udział dziennikarzy w przychodach wymaga korekty z dwóch powodów. Po pierwsze, jest on zbyt wysoki. Po drugie, nie ma potrzeby, ani nawet realnej możliwości ustalania „na sztywno” udziału dziennikarzy w dochodach wydawców prasowych z tego prawa.

Wskazanie tak wysokiego udziału nie ma precedensu w innych krajach. Wedle najlepszej wiedzy autorów stanowiska, jedynie bardzo nieliczne kraje zdecydowały się na wskazanie konkretnej wartości udziału dziennikarzy, reszta krajów unijnych zdecydowała się na wykorzystanie racjonalnej formuły „odpowiednia część przychodów”. We Włoszech ową część określono na przedział „2 - 5%”, zaś w Niemczech użyto sformułowania „co najmniej jedna trzecia”. W świetle tej komparatystyki polski przepis byłby bezprecedensowy – zarówno co do wysokości, jak i braku elastyczności. Warto też zauważyć, że tym samym stawiałby on wydawców prasowych operujących w Polsce w gorszej pozycji konkurencyjnej niż inne wydawnictwa.

Udział twórców publikacji prasowej w wynagrodzeniu wydawcy powinien zostać urealniony rynkowo. Przede wszystkim powinien on uwzględniać charakter publikacji, zasady wynagrodzenia określone w umowie pomiędzy wydawcą a twórcą, jak i sposób korzystania z prawa pokrewnego i inne czynniki rynkowe. Nie znajdujemy uzasadnienia dla jednakowego traktowania dziennikarzy pracujących, dla przykładu, na podstawie umowy o pracę i tych publikujących okazjonalnie lub jako „wolni strzelcy”. Widzimy zdecydowane różnice pomiędzy publikacjami naukowymi, specjalistycznymi, przekrojowymi a notatkami rozrywkowymi, publikacjami o aktualnościach lub plotkach towarzyskich. Dostrzegamy wreszcie różnice pomiędzy publikacją w miesięczniku, a publikacją na internetowym portalu sportowym. Uważamy, że nakład ekonomiczny wydawcy oraz charakter publikacji powinny być uwzględniane przy podziale wynagrodzenia należnego wydawcom, o którym mowa w art. 99⁷ ust. 2. pr. aut.

Wedle motywu 59 zd. 4 i 5 preambuły: „Twórcy, których utwory włączono do publikacji prasowej, mają prawo do *odpowiedniego* udziału w przychodach, jakie uzyskują wydawcy prasy za wykorzystanie ich publikacji prasowych przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego”. Choć sformułowanie „odpowiedni” samo w sobie wymaga interpretacji, z pewnością wynika z niego, iż udział dziennikarzy powinien pozostawać w rozsądnej proporcji do wpływów wydawców uzyskanych z tytułu nowego prawa. Pozostaje przecież poza sporem, że wyłącznym uprawnionym do wynagrodzenia w tytułu prawa pokrewnego są wydawcy prasowi, a udział dziennikarzy stanowi niejako „obciążenie” tych wpływów. Ustalenie wynagrodzenia w wysokości połowy usprawiedliwiłoby tymczasem twierdzenie, że właścicielem nowego prawa są i wydawcy, i dziennikarze. Taka teza jest sprzeczna z brzmieniem samej dyrektywy. Udział dziennikarzy nie jest ich wynagrodzeniem „autorskim” (tj. za stworzenie utworu o charakterze dziennikarskim), ani za świadczone usługi dziennikarskie (to wynagrodzenie wynika już z umowy zawieranej między wydawcą a dziennikarzem), ponieważ u podstaw prawa pokrewnego leży wyłącznie techniczno-organizacyjny wysiłek wydawców prasowych na powstanie publikacji prasowych. Tym samym w odniesieniu do partycypacji dziennikarzy we wpływach wydawców z tytułu prawa pokrewnego nie znajdują zastosowania przepisy rozdziału 3 dyrektywy („Godziwe wynagrodzenie twórców i wykonawców w ramach umów o eksploatację”), bowiem ów udział i jego wysokość są motywowane wyłącznie polityczną decyzją ustawodawcy. Podsumowując, nie można by twierdzić, że tak duża wysokość udziału autorów publikacji prasowych jest wynikiem zasadniczo pro-autorskiego charakteru dyrektywy DSM.

Mając powyższe na uwadze, wskazane jest przeformułowanie art. 99(9) do postaci:

„Art. 99(9). Twórcy publikacji prasowej przysługuje prawo do ***odpowiedniej części wynagrodzenia uzyskanego przez wydawców*** z tytułu korzystania z prawa, o którym mowa w art. 99(7) ust. 2.”

Alternatywnie, aby pozostać w zgodzie z dyrektywą, rekomendowana jest zmiana artykułu zarówno co do wysokości udziału dziennikarzy, jak i uelastycznienia przepisu:

„Art. 99(9). Twórcy publikacji prasowej przysługuje prawo do **maksymalnie 20% wynagrodzenia uzyskanego przez wydawców** z tytułu korzystania z prawa, o którym mowa w art. 99(7) ust. 2”.

W każdym przypadku niezbędna jest natomiast zamiana sformułowania „należne wydawcy” na „uzyskane przez wydawcę”. Dziennikarze mogą partycypować wyłącznie w tych przychodach, które zostaną faktycznie wpłacone wydawcom prasowym. Nie mają oni żadnego prawa do żądania wypłaty niejako na poczet kwot należnych wydawcom, choć przez nich niezyskanych. Ten bardzo ważny aspekt wybrzmiewa jedynie wówczas, kiedy usunie się sformułowane „należne”.