

Warszawa, 10 czerwca 2024 roku

Szanowny Pan
Przewodniczący Komisji Kultury i Środków Przekazu
Sejm Rzeczypospolitej Polskiej
ul. Wiejska 4/6/8
00-902 Warszawa
kksp@sejm.gov.pl

Do wiadomości:

Szanowna Pani
Hanna Wróblewska
Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego
bm@kultura.gov.pl
dpaif@kultura.gov.pl

Szanowny Pan
Krzysztof Gawkowski
Wiceprezes Rady Ministrów i Minister Cyfryzacji
minister@cyfra.gov.pl
sekretariat.dp@cyfra.gov.pl

Dotyczy: Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 406)

Szanowny Panie Przewodniczący,

Działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (dalej: „PIKE” lub „Izba”), w związku z zaplanowanym na 11 czerwca 2024 roku posiedzeniem Komisji Kultury i Środków Przekazu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „Komisja”), na którym odbędzie się pierwsze czytanie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 406; dalej: „Projekt”), PIKE pragnie przedstawić uwagi wobec Projektu.

Zaproponowane poniżej poprawki do Projektu mają na celu osiągnięcie przede wszystkim następujących rezultatów:

1. Wyrównanie obciążeń poszczególnych użytkowników praw autorskich i pokrewnych.
2. Zapobieżenie podwójnemu pobieraniu wynagrodzeń w tym samym strumieniu finansowym od tych samych środków („od złotówki wydanej na kulturę lub rozrywkę”).

3. Ograniczenie uprawnień OZZ, które są nadużywane.
4. Prawidłowa implementacja dyrektywy w zakresie wprowadzania bezpośredniego.
5. Zapewnienie neutralności technologicznej.

I. Wyrównanie obciążeń

W naszej ocenie Projekt powinien doprowadzić do **wyrównania obciążeń** użytkowników praw autorskich i pokrewnych, niezależnie od typu usługi czy technologii, w której jest świadczona. Mamy bowiem przeświadczenie, że zwłaszcza operatorzy, działający głównie na polu eksploatacji „reemitowanie”, są obecnie nadmiernie obciążeni opłatami na rzecz organizacji zbiorowego zarządzania (dalej: OZZ). Z kolei inni usługodawcy nie partycypują w należyтым stopniu w wynagrodzeniu eksploatacji uprawnionym. Nawet po projektowanej zmianie przepisów, niektóre OZZ zapowiadają, że i tak stawka wynagrodzenia uiszczanego im przez np. dostawców VOD, będzie niższa niż żądana od reemitentów (1,5% do 2,2%). Przyczyn tak absurdalnych sytuacji upatrywać można w braku właściwego nadzoru Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego (dalej: „MKiDN”) nad OZZ, ale i w niedoskonałości regulacji. Tam bowiem, gdzie przepisy nakazują OZZ zatwierdzenie wspólnej tabeli wynagrodzeń („wyświetlanie”) lub wspólne działanie OZZ („odtworzenie”), MKiDN podjął działania oczekiwane przez użytkowników. Projektodawca nie przewidział niestety, że proste dodanie przepisów zobowiązujących do zapłaty wynagrodzenia kolejne podmioty (pola eksploatacji), nie jest wystarczające do właściwego określenia jego wysokości oraz wyrównania obciążeń. Brakuje zwłaszcza zastosowania wspomnianych bezpieczników, obecnych na polach eksploatacji „wyświetlanie” i „odtworzenie”, gdzie wynagrodzenie dochodzone jest łącznie dla wszystkich uprawnionych w wysokości zatwierdzonej w tabeli.

Takie gwarancje powinny zostać rozszerzone także na reemitentów, którzy już w obecnych przepisach mają obowiązek zawierania umów z OZZ – jednak z drugiej strony nie uregulowano sposobu ustalania ich warunków ani ich zawierania. W praktyce zatem każda OZZ z osobna żąda zawarcia umowy na reemisję, a suma ich roszczeń znacząco wykracza poza to, co mogłoby zostać zatwierdzone we wspólnej tabeli. Szczególnie, że OZZ nie uwzględniają kompleksowości usługi telekomunikacyjnej, świadczonej przez operatorów, i oczekują wynagrodzeń płatnych nie tylko od reemisji, ale od całości wpływów abonamentowych, w tym opłat sprzętowych, infrastrukturalnych, czy za programy własne (lokalne). Taka sytuacja nie zachodzi natomiast w przypadku usług świadczonych drogą elektroniczną (internetowych), gdzie usługodawcy nie ponoszą kosztów korzystania z infrastruktury. W innych państwach Unii Europejskiej tamtejsze OZZ respektują szczególny charakter usługi telekomunikacyjnej i pozwalają operatorom na stosowne umniejszenie podstawy naliczania wynagrodzenia (np. w Niemczech o 25%).

W związku z powyższym Projekt powinien być wykorzystaną okazją do szerszej reformy przepisów o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i pokrewnymi, poprzez rozszerzenie rozwiązań znanych z pól eksploatacji wyświetlanie i odtwarzanie (wspólna tabela wynagrodzeń, jedna wyznaczona OZZ) także na pole eksploatacji reemitowanie i „na żądanie”. **W tym celu należałoby dopisać te pola w art. 47 ust. 3 i 4 oraz art. 76 ust. 3 ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (dalej: „uZZ”).**

Propozycja stosownych poprawek do Projektu:

- Art. 47 ust. 3 i 4 uZZ nadać brzmienie:

*„3. W zakresie, w jakim wynagrodzenie za publiczne odtwarzanie, **reemitowanie lub publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym do** przedmiotów praw pokrewnych określa zatwierdzona tabela wynagrodzeń, umowę o korzystanie z przedmiotów praw pokrewnych lub pobór wynagrodzenia za takie korzystanie zawiera organizacja zbiorowego zarządzania prawami pokrewnymi wyznaczona w drodze decyzji wydanej z urzędu przez ministra, biorącego pod uwagę konieczność zapewnienia efektywnego poboru wynagrodzenia i jego wypłaty oraz ocenę skuteczności i prawidłowości działania organizacji zbiorowego zarządzania na **danym** polu eksploatacji odtwarzanie.*

*4. Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi posiadające zezwolenie na polu eksploatacji odtwarzanie, **reemitowanie lub publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym** oraz organizacja zbiorowego zarządzania wyznaczona na podstawie ust. 3 zawierają z użytkownikiem umowę o korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych lub pobór wynagrodzenia za takie korzystanie, działając wspólnie na podstawie porozumienia określającego zasady zawierania takich umów.”*

- Art. 76 ust. 3 uZZ nadać brzmienie:

*„Organizacje zbiorowego zarządzania, których zezwolenia obejmują pola eksploatacji odtwarzanie **i reemitowanie** oraz pobór wynagrodzenia, o którym mowa w art. 70 ust. 2¹ pkt 1 **i 5** ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, są obowiązane do złożenia wspólnego wniosku o zatwierdzenie wspólnej tabeli wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na każdym z tych pól eksploatacji.”*

Nie będzie natomiast wpływać korzystnie na spójność systemu zbiorowego zarządzania dokonywane w Projekcie różnicowanie (dyskryminowanie) charakteru pośrednictwa OZZ, w zależności od rodzaju udostępnianych na żądanie treści (obowiązkowe przy filmach, a dobrowolne przy muzyce). Docelowo takie pośrednictwo powinno być dobrowolne, tak aby OZZ miał zachętę do jego sprawnego prowadzenia (obowiązkowe pośrednictwo OZZ likwiduje konkurencję). **W tym celu należałoby usunąć art. 70 ust. 3 PrAut.**

II. Zapobieżenie podwójnemu pobieraniu wynagrodzeń w tym samym strumieniu finansowym od tych samych środków

Krytycznie należy odnieść się do postulatów zgłaszanych przez niektóre OZZ, by do art. 70 ust. 2¹ PrAut dopisać jeszcze punkt w brzmieniu „stosownego wynagrodzenia z tytułu reemitowania utworu audiowizualnego”. **Już obecnie bowiem OZZ pobierają na podstawie tego przepisu wynagrodzenia uwzględniające korzyści uzyskiwane z tytułu reemitowania**, przy rozliczeniach z nadawcami, w oparciu o art. 70 ust. 2¹ pkt 3 PrAut („Współtwórcy utworu audiowizualnego oraz artyści wykonawcy są uprawnieni do: (...) stosownego wynagrodzenia z tytułu nadawania utworu w telewizji lub poprzez inne środki publicznego udostępniania utworów”).

Przykładowo Stowarzyszenie Filmowców Polskich, jako podstawę wynagrodzenia pobieranego od nadawców, traktuje nie tylko ich wpływy z reklam, ale i przychody uzyskiwane od operatorów z tytułu udzielania im licencji na polu eksploatacji „reemitowanie”. Jak wynika z wzoru umowy na nadawanie, dołączonego do sprawozdania SFP, wynagrodzenie, o którym mowa w art. 70 ust. 2¹ pkt 3 PrAut, ustalane jest jako procent od „wszystkich przychodów uzyskanych w danym okresie rozliczeniowym w związku z prowadzoną działalnością nadawczą bezpośrednio przez „Nadawcę” lub przez jednostki powiązane (...), w tym w szczególności przychodów ze sprzedaży czasu antenowego (w tym reklam, komunikatów i ogłoszeń), sponsoringu i innych przekazów handlowych, wszelkich innych form reklamowych zmierzających do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług, konkursów i loterii, umów barterowych, z opłat pobieranych od operatorów rozprowadzających programy, w tym operatorów platform cyfrowych i sieci kablowych, uzyskanych środków publicznych (w tym abonamentu), dotacji, oraz subwencji”. Pośrednio obecność programów w ofercie operatorów, zwiększając zasięg ich rozpowszechniania, wpływa także na zwiększenie się przychodów nadawców z reklam. Nie jest zatem trafna ocena, wyrażana przez niektóre OZZ, jakoby musiało dojść do zmiany art. 70 ust. 2¹ pkt 3 PrAut, aby współtwórcy i artyści wykonawcy mogli uzyskać wynagrodzenie uwzględniające reemisję programów. Już obecnie bowiem jest to możliwe przy pobieraniu wynagrodzeń od nadawców i faktycznie realizowane np. przez SFP. **Nie zachodzi zatem potrzeba dopisania do art. 70 ust. 2¹ PrAut punktu w brzmieniu „stosownego wynagrodzenia z tytułu reemitowania utworu audiowizualnego”.** Wręcz przeciwnie – dodanie takiego punktu doprowadziłoby w istocie do kilkukrotnego obciążania tego samego strumienia finansowego, co byłoby całkowicie nieuprawnione. Gdyby bowiem liczyć takie dodatkowe wynagrodzenie zarówno od przychodów (nie zysków) nadawcy, jak i operatora, to byłoby ono liczone dwukrotnie od opłat licencyjnych za program:

- na poziomie operatora – z wpływów za opłaty abonamentowe, w których cenie uwzględniono wysokość opłaty licencyjnej do przekazania nadawcy;
- oraz następnie na poziomie nadawcy – w jego wpływach od operatora za licencję zezwalającą operatorowi na umieszczenie programu w ofercie.

W kontekście implementacji dyrektyw 2019/789 i 2019/790 należy mieć na uwadze, że przepisy unijne nie wymagają rozszerzania uprawnień kolejnych grup na polu eksploatacji „reemitowanie”, a wręcz już teraz polskie przepisy wykraczają poza wymogi wynikające z dyrektyw regulujących ochronę poszczególnych uprawnionych. Nie zachodzą zatem jakiegokolwiek przesłanki prawne ani ekonomiczne, by do art. 70 ust. 2¹ PrAut dopisywać punkt „stosownego wynagrodzenia z tytułu reemitowania utworu audiowizualnego”.

Aby uniknąć podwójnego pobierania wynagrodzeń w tym samym strumieniu finansowym od tych samych środków w przypadku VOD, za korzystającego uznać natomiast należy jedynie twórcę katalogu VOD, a nie np. operatora, u którego te treści są dostępne, lecz nie ma on wpływu na ich zawartość. W praktyce jest bowiem jedynie pośrednikiem, który zbiera od abonentów opłaty za dostęp do usługi i przekazuje je w umówionej kwocie dostawcy VOD. Rozliczenia operatora z abonentem na ogół nie przyjmują natomiast kształtu opłat za poszczególne treści

czy pojedyncze usługi, lecz obejmują cały abonament na kompleksową usługę audiowizualną. Często operatorzy nie uzyskują żadnych dodatkowych korzyści z tytułu udostępnienia swoim abonentom także usług na żądanie. W takiej sytuacji nie powinni być zobowiązani do zapłaty wynagrodzenia na podstawie art. 70 ust. 2¹ PrAut.

III. Ograniczenie uprawnień OZZ, które są nadużywane

Dodatkowo podkreślić należy, że już obecnie to reemitenci płacą, na podstawie art. 21¹ ust. 1 PrAut, najwyższe wynagrodzenia na rzecz OZZ – wyższy procent swoich przychodów na OZZ niż nadawcy, a w przypadku części OZZ jest to nawet więcej nominalnie, mimo generalnie niższych wpływów reemitentów niż nadawców. Wynika to z nadużywania przez OZZ uprawnień, które akurat w przypadku reemisji mają charakter bezwzględny (bez możliwości zrzeczenia się pośrednictwa OZZ) i zakazowy, tzn. brak umowy skutkuje żądaniem przez OZZ dwukrotności wynagrodzenia i to za nawet 20 lat wstecz, więc reemitenci muszą godzić się na nierynkowe warunki umów narzucane przez OZZ. W tym zakresie także powinna dokonać się zatem korekta przepisów, poprzez wyeliminowanie możliwości zgłaszania takich żądań przez OZZ, gdy np. strony nie mogą dojść do porozumienia, co do warunków umowy licencyjnej. Dzięki temu możliwe będą realne negocjacje pomiędzy OZZ a użytkownikami, jako równoprawnymi partnerami, a nie jedynie poddawanie się przez użytkowników dyktatowi uprzywilejowanej prawnie OZZ.

W tym celu należałoby dodać do art. 79 PrAut ust. 8 w brzmieniu:

„Roszczenie z ust. 1 pkt 3 lit. b nie przysługuje organizacji zbiorowego zarządzania. Pozostałe roszczenia organizacji zbiorowego zarządzania przedawniają się z upływem trzech lat, z końcem ostatniego dnia roku kalendarzowego”.

IV. Regulacja wprowadzania bezpośredniego (definicja nadawania i reemitowania)

Przyjęty w Projekcie kształt regulacji wprowadzania bezpośredniego wciąż odbiega od wymogów dyrektywy 2019/789. W przeciwieństwie bowiem do Projektu, dyrektywa 2019/789 przewiduje odrębną regulację wprowadzania bezpośredniego. Jedynie w art. 8 ust. 2 dopuszcza (tj. nie wymaga od państwa członkowskiego nawet tego) **odpowiednie stosowanie** niektórych przepisów dyrektywy, które dotyczą reemisji. Nie jest zatem właściwa implementacja, która do wprowadzania bezpośredniego stosuje wprost reżim nadawania lub reemitowania. Gdyby prawodawca unijny chciał uczynić „reemisją” udostępnianie programów wprowadzanych bezpośrednio, to tak sformułowałby definicję tego pojęcia w art. 2 pkt 2) dyrektywy 2019/789. Zwrócił na to uwagę także Uniwersytet Jagielloński, w swoim stanowisku złożonym w poprzednich konsultacjach publicznych (s. 3)¹: „zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy – zasady dotyczące licencjonowania reemisji mogą być **stosowane odpowiednio** do rozpowszechniania utworów udostępnionych drogą „wprowadzenia bezpośredniego”. Tymczasem trudno dopatrzeć się w dyrektywie SATCAB II możliwości **stosowania wprost** regulacji wynikających z art. 4, 5, i 6 dyrektywy”. Zostało to powtórzone w stanowisku UJ złożonym w ostatnich konsultacjach publicznych (s. 3): „Co do **możliwości** (a nie konieczności) wprowadzenia przez państwa

¹ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587334.pdf>

członkowskie **odpowiedniego** stosowania art. 4, 5, i 6 dyrektywy (dotyczących zasad licencjonowania praw autorskich i pokrewnych) do tzw. wprowadzania bezpośredniego...”.

Niezależnie jednak od tego, jak polski ustawodawca zdefiniuje poszczególne pojęcia, kluczowe jest to, by **nie doprowadziło to do podwójnego pobierania wynagrodzenia za jedną czynność publicznego udostępniania** – „pojedynczą czynność publicznego komunikowania”, o której mowa w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/789. Także w tym zakresie kategorię wypowiedział się Uniwersytet Jagielloński, w swoim stanowisku złożonym w ostatnich konsultacjach publicznych (s. 3): „*Implementując do polskiego prawa art. 8 dyrektywy SATCAB II (odnoszący się do tzw. wprowadzania bezpośredniego) należy jednak koniecznie wprowadzić regulację, która wprost wyeliminuje niebezpieczeństwo pobierania podwójnego wynagrodzenia przez podmioty uprawnione (tzn. twórców, producentów, organizacje zbiorowego zarządzania) od nadawców i dystrybutorów sygnału za korzystanie z tych samych dóbr w ramach jednego pola eksploatacji (co jest podstawowym założeniem ustawodawcy unijnego). W obecnym projekcie nowelizacji brakuje takiej regulacji. Wydaje się, że taką funkcję miał pełnić projektowany przepis art. 21¹ ust. 4 pr. aut. lecz jego wadliwe usytuowanie w regulacji dotyczącej reemisji, a nie nadawania, nasuwa istotne wątpliwości interpretacyjne stosownego przepisu regulującego tę kwestię.*”

Na całkowitym nieporozumieniu polega więc dodanie w Projekcie art. 21¹ ust. 4 PrAut, który zobowiązuje nadawcę i reemitenta do uzyskania zgody uprawnionego odpowiednio na nadawanie oraz reemitowanie. Błędne rozszerzenie definicji doprowadziło do nielogicznego sformułowania w uzasadnieniu Projektu, jakoby przy wprowadzaniu bezpośrednim dochodziło do „jednej czynności rozpowszechniania utworu obejmującej dwa pola eksploatacji”. Jak potwierdza bowiem choćby przywołane powyżej stanowisko Uniwersytetu Jagiellońskiego, w przypadku wprowadzania bezpośredniego mamy do czynienia z **korzystaniem w ramach jednego pola eksploatacji**.

PIKE, mając na uwadze konieczność szybkiego przyjęcia Projektu, wobec znacznego opóźnienia w implementacji dyrektyw, proponuje **kompromisowe rozwiązanie, w którym uwzględniona zostanie chociaż kwestia wynagrodzenia przy wprowadzaniu bezpośrednim**. Jednocześnie w dalszej części stanowiska wskazujemy, jak w pełni zgodnie z dyrektywą 2019/789 powinno wyglądać uregulowanie tego sposobu dystrybucji programów.

a) Zabezpieczenie przed podwójną płatnością w przypadku projektowanego włączenia wprowadzania bezpośredniego do nadawania (opcja kompromisowa)

Jeżeli definicje zaproponowane w Projekcie zostaną utrzymane, to konieczne jest co najmniej wprowadzenie ust. 5 w art. 21¹ PrAut w poniższym, proponowanym przez PIKE, brzmieniu. Projektowane uregulowanie wprowadzania bezpośredniego – a zwłaszcza obecnie dodawany ust. 4 do art. 21¹ PrAut – może bowiem stworzyć ryzyko podwójnej płatności za jedną czynność publicznego udostępniania. Taka sytuacja byłaby szczególnie niebezpieczna w przypadku programów lokalnych, które często są produkowane przez podmioty zależne od operatorów, będące formalnie odrębnym bytem, jednakże ściśle powiązany osobowo i kapitałowo z operatorem. Wówczas, pomimo dystrybucji programu wyłącznie w sieciach kablowych,

powstałoby zagrożenie formułowania roszczeń przez OZZ względem obydwu podmiotów z grupy – zarówno nadawcy, jak i dystrybutora, za jedną czynność publicznego udostępniania. Takie podwójne pobieranie opłat mogłoby oznaczać obciążenie przekraczające możliwości operatorów i lokalnych nadawców, przeważnie o już słabej kondycji finansowej, skutkujące zakończeniem nadawania takich programów. Odbyłoby się to z dużą szkodą dla lokalnych społeczności, które mogłyby utracić dostęp do informacji o swoich „małych ojczyznach”. PIKE podkreśla zatem, że konieczne jest co najmniej wyeliminowanie niebezpieczeństwa podwójnego pobierania wynagrodzenia za jedną czynność publicznego udostępniania. Na konieczność wprowadzenia takiego zabezpieczenia zwrócono uwagę także w stanowisku Uniwersytetu Jagiellońskiego (na s. 3), złożonym w ostatnich konsultacjach publicznych.

Proponowane brzmienie art. 21¹ ust. 4 PrAut oraz proponowany do wprowadzenia ust. 5:

„4. W przypadku reemitowania utworów nadawanych **techniką drogą** wprowadzenia bezpośredniego ~~nadawca~~ **organizacja radiowa lub telewizyjna** i reemitent dokonują jednej czynności rozpowszechniania utworu, przy czym każdy z nich jest obowiązany uzyskać zgodę uprawnionego odpowiednio na nadawanie tych utworów ~~oraz~~ **albo** ich reemitowanie.

5. W umowie, o której mowa w ust. 1 lub dotyczącej praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1, a także w tabelach wynagrodzeń, nieważne są postanowienia zobowiązujące reemitenta do zapłaty wynagrodzenia z tytułu reemisji utworów nadawanych drogą wprowadzenia bezpośredniego, jeżeli organizacja radiowa lub telewizyjna uzyskała zgodę uprawnionego na nadawanie lub dane prawa należą do tej organizacji, czy też zostały na nią przeniesione.”

Z uwagi na art. 92 PrAut i art. 95¹ ust. 2 PrAut przepis art. 21¹ PrAut znajduje odpowiednie zastosowanie do artystycznych wykonań, fonogramów i wideogramów. A *contrario* nie znajduje zastosowania do praw pokrewnych do nadań, gdyż art. 97-99 PrAut nie odsyłają do art. 21¹ PrAut. Tym samym proponowany przez PIKE art. 21¹ ust. 5 PrAut pozostanie bez wpływu na przysługujące organizacji radiowej lub telewizyjnej wyłączne prawo do rozporządzania i korzystania ze swoich nadań programów.

b) Alternatywne i kompleksowe rozwiązanie, w pełni zgodne z dyrektywą – wyodrębnienie i uregulowanie wprowadzania bezpośredniego

Z Oceny Skutków Regulacji nie wynika, by w innych państwach członkowskich UE doszło do analogicznego zrównania wprowadzania bezpośredniego z nadawaniem lub reemitowaniem. Wręcz przeciwnie, jeden z podanych przykładów (Węgry) dowodzi, że właściwa implementacja dyrektywy 2019/789 nie wymaga nawet zastosowania względem wprowadzania bezpośredniego zasad licencjonowania, takich jak przy reemisji (obowiązkowe pośrednictwo OZZ). Zważając, że motyw 20. tej dyrektywy przewiduje, że w niektórych przypadkach dystrybutorów sygnału nie należy uznawać za uczestniczących w czynności publicznego komunikowania. Zatem **operatorzy nie zawsze powinni być zobowiązani do uzyskania jakiegokolwiek zgody na przekazywanie sygnału odbiorcom**. W art. 26 § 5a węgierskiej ustawy o prawie autorskim², którym implementuje się art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/789, uwzględniono właśnie przywołany powyżej motyw 20. W prawie węgierskim zastrzeżono bowiem, że: „Aby nadawać publicznie,

² <https://njt.hu/jogszabaly/1999-76-00-00>

oprócz pierwotnej organizacji radiowej lub telewizyjnej, [także] organizacja docierająca do publiczności musi uzyskać również prawo [do] korzystania, pod warunkiem że jej działalność wykracza poza zapewnianie technicznych środków użycia. W przypadku gdy organizacja docierająca do ogółu społeczeństwa udostępnia jedynie techniczne środki ich użycia, [tylko] organizacja radiowa lub telewizyjna jest obowiązana nabyć prawo do korzystania z nich.”³

Z kolei w art. 46a węgierskiej ustawy o prawie autorskim, także implementującym art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/789, udało się skonstruować nabywanie zezwoleń na transmisję bez udziału OZZ. Za wystarczające uznano zawarcie umowy pomiędzy uprawnionym a nadawcą, która obejmować będzie całość publiczności, do której dotrze sygnał programu – także za pośrednictwem jego dystrybutorów. Zauważono bowiem, że w przypadku wprowadzania bezpośredniego każdorazowo nadawcę i operatora wiąże umowa, na ogół odpłatna, która reguluje zasady udostępniania programu. Jak wskazano w uzasadnieniu⁴: „*Proporcjonalny podział ciężaru opłat pomiędzy strony uczestniczące w korzystaniu reguluje ustawa LXXIV z 2007 r. o zasadach rozpowszechniania programów i transformacji cyfrowej – odbywa się za opłatą programową zgodnie z § 37 ustawy (Dtv).*”⁵

Ostatnie zdanie art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/789 pozostawiło państwom członkowskim określenie warunków uzyskania zezwoleń od podmiotów uprawnionych – przykład węgierski pokazuje, że możliwe jest nabycie takiego zezwolenia przez nadawcę, obejmującą także udział operatora w tej „pojedynczej czynności publicznego komunikowania”. Sposób sformułowania art. 8 ust. 2 nie pozostawia natomiast jakichkolwiek wątpliwości, że wprowadzanie obowiązkowego pośrednictwa OZZ w nabywaniu takiego zezwolenia przez nadawcę ani operatora nie jest wymagane do prawidłowego wdrożenia dyrektywy 2019/789.

W ocenie PIKE Projekt nieprawidłowo więc implementuje art. 8 dyrektywy 2019/789 w zakresie regulacji wprowadzania bezpośredniego. Projektodawca nie dostrzega zwłaszcza, że dyrektywa wyróżnia dwa zupełnie odmiennie regulowane przypadki – gdy wprowadzanie bezpośrednie jest jedyną metodą dystrybucji programu przez nadawcę oraz gdy wprowadzaniu bezpośredniemu towarzyszy nadawanie. Zgodnie z dyrektywą wyłącznie w tym drugim przypadku udostępnianie programu przez operatora stanowi reemitowanie (por. motyw 21). **Art. 9 dyrektywy 2019/789 zmieniając art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/83 nie likwiduje wymogu zaistnienia pierwotnej transmisji przeznaczonej do odbioru publicznego, aby mogło dojść do retransmisji w rozumieniu tejże dyrektywy. Taki sam wymóg stawia definicja reemisji z art. 2 pkt 2 dyrektywy 2019/789.** Sformułowanie „*niezależnie od sposobu, w jaki reemitent otrzymuje sygnał będący nośnikiem programu od organizacji radiowej lub telewizyjnej w celu reemisji*” / „*niezależnie od sposobu, w jaki operator usługi retransmisji drogą kablową otrzymuje sygnał będący nośnikiem programu od organizacji radiowej lub telewizyjnej do celów retransmisji*” oznacza wyłącznie, że reemitent/operator nie musi pobierać akurat tego sygnału, który jest publicznie dostępny,

³ Z uwagi na krótki czas na złożenie stanowiska, tłumaczenie dokonano w oparciu o Google Translate, z własnymi poprawkami w nawiasach kwadratowych.

⁴ https://www.sztnh.gov.hu/sites/default/files/szjt_dsm.satcab_indoklassal_2020.05.07.pdf

⁵ Z uwagi na krótki czas na złożenie stanowiska, tłumaczenie dokonano w oparciu o Google Translate.

lecz może otrzymać bezpośrednio od nadawcy w sposób niepubliczny inny sygnał, będący nośnikiem programu.

Aby zaistniała reemisja, każdorazowo musi istnieć także publiczna pierwotna emisja. Jeśli nie ma takiej publicznej pierwotnej emisji – nie może być reemisji.

W Projekcie niestety tego nie uwzględniono, o czym świadczy następujący fragment uzasadnienia: *„Wdrożenie art. 8 dyrektywy SATCAB II będzie zatem polegać na jednoznacznym przesądzeniu, że udostępnienie sygnału radiowego lub telewizyjnego w drodze „wprowadzania bezpośredniego” stanowi postać nadawania w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o prawie autorskim. (...) W tym celu zmieniona zostanie definicja nadawania. Zgodnie z projektowanym art. 6 ust. 1 pkt 4 za nadawanie utworu uznaje się „jego rozpowszechnianie drogą emisji radiowej lub telewizyjnej prowadzonej w sposób bezprzewodowy (naziemny lub satelitarny) lub w sposób przewodowy, w tym przesyłanie przez organizację radiową lub telewizyjną sygnału zawierającego program innemu podmiotowi w taki sposób, że nie jest on publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu, w celu przejęcia programu przez ten podmiot w całości i bez zmian oraz równoczesnego i integralnego przekazania go do powszechnego odbioru (wprowadzenie bezpośrednie)”. W związku z tym jednoczesne udostępnianie odbiorcom otrzymanego w ten sposób (czyli pierwotnie nadanego) programu automatycznie stanowić będzie jego reemitowanie, gdyż zostanie spełniona podstawowa przesłanka, tj. aby program był „nadawany”. W definicji „reemitowania” (projektowany art. 6 ust. 1 pkt 5), projektodawca zgodnie z dyrektywą doprecyzowuje ponadto, że dla zakwalifikowania danego aktu eksploatacji jako reemitowania nie jest istotne, w jaki sposób reemitent otrzymał sygnał zawierający program. Jak zwrócono uwagę w części niniejszego uzasadnienia dotyczącej reemisji, dyrektywa SATCAB II w art. 9 zmienia definicję reemisji zawartą w art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/83/EWG poprzez wyraźne wskazanie, że nie jest istotny sposób, w jaki reemitent otrzymuje od organizacji radiowej lub telewizyjnej „sygnał będący nośnikiem programu” przeznaczony do reemitowania. Skoro nie jest istotny sposób, w jaki reemitent otrzymuje sygnał RTV celem jego dalszego reemitowania, to sygnał ten może być też przekazany drogą „wprowadzenia bezpośredniego”. Aby jednak rozstrzygnąć w tym zakresie wszelkie ewentualne wątpliwości, w projektowanym art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o prawie autorskim doprecyzowuje się (in fine), że reemitowanie dotyczy też „programu nadawanego drogą wprowadzenia bezpośredniego”.”*

W świetle dyrektywy 2019/789 za niedopuszczalne uznać zatem należy zrównanie wprowadzania bezpośredniego z nadawaniem, skutkujące zakwalifikowaniem jako reemitowania każdej dystrybucji programu przez operatora.

W ocenie PIKE Projekt błędnie implementuje art. 2 pkt 2 dyrektywy 2019/789 wobec zbyt szerokiej definicji „reemisji” oraz art. 2 pkt 4 i art. 8 dyrektywy 2019/789 z uwagi na niewydzielenie pojęcia „wprowadzanie bezpośrednie” i zastosowanie każdorazowo do takiej transmisji programów wprost przepisów o nadawaniu i reemitowaniu. Zgodnie natomiast z motywem 21. dyrektywy 2019/789 tylko w jednym przypadku wprowadzanie bezpośrednie może zainicjować reemisję – jeżeli towarzyszy mu pierwotne nadanie (publicznie dostępne) przez nadawcę. **Pierwsze zdanie motywu 20. dyrektywy 2019/789 wyklucza natomiast by dochodziło do reemisji, gdy nadawca**

przekazuje swój sygnał będący nośnikiem programu w drodze wprowadzania bezpośredniego jedynie dystrybutorom sygnału, nie przekazując swoich programów bezpośrednio odbiorcom. PIKE dostrzega zatem konieczność odrębnego i kompleksowego uregulowania transmisji programów w drodze wprowadzania bezpośredniego. Aby to osiągnąć konieczne jest zmodyfikowanie definicji oraz dodanie art. 21^{1a} PrAut zamiast regulowania wprowadzania bezpośredniego w art. 21¹ PrAut poświęconemu reemisji. Dodatkowo potrzebna jest korekta definicji reemisji aby nie zawierała ona w *definiens* pojęcia pośrednio definiowanego (reemitent). Niezbędna do zachowania zgodności z ostatnim zdaniem motywu 20. dyrektywy 2019/789 jest natomiast zmiana definicji nadawania, gdyż w przypadku udostępniania przez dystrybutorów sygnału nadawcom jedynie „środków technicznych”, w celu zapewnienia lub poprawy odbioru nadania, to cała czynność publicznego udostępniania zamyka się w nadawaniu, za które na gruncie prawa autorskiego w całości odpowiada nadawca (por. motyw 20 *in fine*: „dystrybutorów sygnału nie należy uznawać za uczestniczących w czynności publicznego komunikowania”).

W celu uregulowania wprowadzania bezpośredniego w zgodzie z dyrektywą 2019/789, PIKE proponuje wprowadzić następujące zmiany w Projekcie (pogrubił):

- W art. 6 ust. 1 PrAut:

- pkt 4 otrzymuje brzmienie:

„4) nadawaniem utworu jest jego rozpowszechnianie drogą emisji radiowej lub telewizyjnej prowadzonej w sposób bezprzewodowy (naziemny lub satelitarny) lub w sposób przewodowy, w tym przesyłanie przez organizację radiową lub telewizyjną sygnału zawierającego program innemu podmiotowi, który zapewnia jedynie środki techniczne w celu zapewnienia lub poprawy odbioru nadania w taki sposób, że nie jest on publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu, w celu przejęcia programu przez ten podmiot w całości i bez zmian oraz równoczesnego i integralnego przekazania go do powszechnego odbioru (wprowadzenie bezpośrednie);

- dodaje się pkt 4a w brzmieniu:

„4a) wprowadzeniem bezpośrednim utworu jest przesłanie sygnału przekazującego utwór przez organizację radiową lub telewizyjną innemu podmiotowi w taki sposób, że nie jest on publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu, w celu przejęcia programu przez ten podmiot w całości i bez zmian oraz równoczesnego i integralnego przekazania go do powszechnego odbioru;”

- pkt 5 otrzymuje brzmienie:

„5) reemitowaniem utworu jest jego rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający ~~lub podmiot, pod którego kontrolą i na którego odpowiedzialność takie pierwotne nadanie jest prowadzone~~, drogą przejmowania w całości i bez zmian programu organizacji radiowej lub telewizyjnej oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru, niezależnie od sposobu, w jaki przejmowany jest sygnał umożliwiający reemisję, w tym programu nadawanego drogą wprowadzenia bezpośredniego;”

- Wykreśla się projektowany ust. 4 w art. 21¹ PrAut w brzmieniu:

~~„4. W przypadku reemitowania utworów nadawanych techniką wprowadzania bezpośredniego nadawca i reemitent dokonują jednej czynności rozpowszechniania utworu, przy czym każdy z nich jest obowiązany uzyskać zgodę uprawnionego odpowiednio na nadawanie tych utworów oraz ich reemitowanie.”~~

- Dodaje się art. 21^{1a} PrAut w brzmieniu:

1. *„Organizację radiową lub telewizyjną wprowadzającą utwór wyłącznie bezpośrednio oraz podmiot upubliczniający sygnał przekazujący ten utwór, o ile nie zapewnia jedynie środków technicznych w celu zapewnienia lub poprawy odbioru nadania, uważa się za rozpowszechniających ten utwór, w drodze pojedynczej czynności.*
2. *Wprowadzony bezpośrednio utwór wolno rozpowszechniać wyłącznie na podstawie zgody uprawnionych.*
3. *Zgoda uprawnionego na nadawanie utworu przez organizację radiową lub telewizyjną stanowi jednocześnie zgodę na jej udział w rozpowszechnieniu utworu wprowadzonego bezpośrednio.*
4. *Wolno upubliczniać sygnał przekazujący utwór wprowadzony bezpośrednio wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi posiadające zezwolenie na polu eksploatacji reemitowanie są uprawnione do udzielania zgód na upublicznianie sygnału przekazującego utwór wprowadzony bezpośrednio.*
5. *Obowiązku pośrednictwa właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, o którym mowa w ust. 4, 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.*
6. *Postanowienia umów i tabel wynagrodzeń odnoszące się do reemitowania stosuje się do upubliczniania sygnału przekazującego utwór wprowadzony bezpośrednio, z zastrzeżeniem ust. 7.*
7. *Nieważne są postanowienia umowy, o której mowa w ust. 4, i tabel wynagrodzeń ograniczające zgodę na upublicznienie sygnału przekazującego utwór wprowadzony bezpośrednio tylko do niektórych technologii lub zobowiązujące do zapłaty wynagrodzenia, jeżeli uprawnieni udzielili zgody, o której mowa w ust. 2 lub 3.*
8. *W przypadku sporów związanych z zawarciem i warunkami umowy, o której mowa w ust. 4, stosuje się przepis art. 85 ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi.”*

- Art. 64 ust. 1 pkt 3 uZZ otrzymuje brzmienie:

*„rozwiązywanie sporów związanych z zawarciem i warunkami umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 **lub art. 21^{1a} ust. 4** ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych”*

- Art. 4 ust. 1 Projektu otrzymuje brzmienie:

„Do obowiązujących w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy zgód uprawnionego na rozpowszechnianie utworów lub przedmiotów praw pokrewnych nadawanych drogą wprowadzenia bezpośredniego przepisy art. 6 ust. 1 pkt 4-5 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się od dnia 7 czerwca 2025 r., jeżeli wygasają po tej dacie.”

V. Zapewnienie neutralności technologicznej, na przykładzie relacji reemitentów z OZZ i nadawcami

Zgłaszany przez PIKE postulat zapewnienia neutralności technologicznej powinien przyświecać projektodawcy przy każdej regulacji, w tym także na innych polach eksploatacji niż reemitowanie. Na tym polu konieczność interwencji ustawodawcy jest jednak szczególnie widoczna, albowiem Projekt w sposób niewystarczający uwzględnia wynikającą z dyrektywy 2019/789 konieczność wprowadzenia neutralności technologicznej w obszarze zezwoleń na reemitowanie, udzielanych zarówno przez OZZ, jak i nadawców. Wbrew temu co wskazano w raporcie z poprzednich konsultacji publicznych, nie wykracza poza zakres dyrektywy 2019/789 **wyraźne przesądzenie, że uzyskane przez operatora zezwolenie na reemisję obejmuje wszystkie technologie.** Dopiero to zapewni bowiem pełną neutralność technologiczną, co jest celem dyrektywy 2019/789.

Wielu z operatorów stosuje różne technologie reemisji bądź zastępuje tradycyjne sieci kablowe (oparte o kable koncentryczne) sieciami światłowodowymi. Uzyskane już od OZZ i nadawców zezwolenia na reemisję powinny zatem objąć wszystkie technologie, aby uniknąć konieczności aneksowania setek umów. Jednocześnie nie powinno się pozostawiać nadawcom możliwości wymuszania na operatorach technologii, w jakiej reemitowane są ich programy.

Projekt nie implementuje prawidłowo art. 5 ust. 2 dyrektywy 2019/789. Nie przekonuje bowiem wyrażona w uzasadnieniu Projektu sugestia, jakoby ten przepis unijny, zobowiązujący do prowadzenia w dobrej wierze negocjacji dot. zezwolenia na reemisję pomiędzy nadawcami i reemitentami, był już implementowany w art. 72 Kodeksu cywilnego. Należy bowiem przypomnieć, iż także art. 16 ust. 1 dyrektywy 2014/26 w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi, zawiera obowiązek prowadzenia negocjacji w dobrej wierze (pomiędzy OZZ a użytkownikiem). Wówczas stwierdzono potrzebę wprowadzenia przepisu zobowiązującego uczestników negocjacji do ich prowadzenia w dobrej wierze – art. 45 ust. 5 uZZ: *„W przypadku nieprzyjęcia oferty, o której mowa w ust. 4, przez użytkownika organizacja zbiorowego zarządzania i użytkownik przystępują do negocjacji, które mają obowiązek prowadzić w dobrej wierze.”* Art. 45 uZZ kompleksowo reguluje zasady udzielania i negocjowania warunków zgody na korzystanie z praw pomiędzy OZZ a użytkownikami. **Obecnie zachodzi zatem potrzeba implementacji art. 5 ust. 2 dyrektywy 2019/789 poprzez analogiczny przepis dot. nadawców i reemitentów.**

Dodatkowo, z uwagi na odmienny charakter umów zawieranych przez reemitentów z organizacjami radiowymi i telewizyjnymi (uzyskanie zezwolenia na reemitowanie konkretnych programów, a nie na całość repertuaru, jak w przypadku OZZ), w proponowanym art. 21¹ ust. 6 PrAut zawarto zdanie drugie. Nie pozwala ono nadawcom na wymuszanie od reemitentów

nabywania praw także do innych programów. Zasadą powinna być możliwość indywidualnego nabywania praw do tych programów, które reemitent planuje włączyć do swojej zróżnicowanej oferty. To bowiem operator tworzy pakiety programów, mając na uwadze preferencje swoich abonentów. Wymaga więc interwencji ustawodawcy szkodliwa dla rynku praktyka ze strony nadawców, jaką jest narzucanie zbiorowych licencji na (niemal) wszystkie swoje programy, pomimo woli ze strony reemitenta na nabycie tylko niektórych praw.

Jednocześnie wynagrodzenie licencyjne powinno być uzależnione od korzyści z praw, aby wyeliminować kolejną patologię, jaką jest ustanawianie wysokich minimów gwarantowanych – opłaty ryczałtowej, niezależnej od liczby abonentów, do których faktycznie dociera program u danego operatora. Na konieczność interwencji ustawodawcy wskazuje nieefektywność dotychczas podejmowanych przeciwko tej praktyce inicjatyw na gruncie prawa ochrony konkurencji i zwalczania nieuczciwej konkurencji. Stąd proponowany art. 21¹ ust. 11 PrAut.

W celu powyższego PIKE proponuje zmienić art. 21¹ PrAut w następujący sposób (dodać pogrubione fragmenty):

*„1. Wolno reemitować utwory wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. **W takiej umowie postanowienia ograniczające zezwolenie na reemisję tylko do niektórych technologii są nieważne.***

(...)

4-5. [zmiana zaproponowana już w poprzednim punkcie]

*6. **Organizacja radiowa lub telewizyjna nie może bez ważnej przyczyny odmówić ani ograniczyć tylko do niektórych technologii zezwolenia na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97. Organizacja radiowa lub telewizyjna nie może w żadnym przypadku uzależnić udzielenia takiego zezwolenia, o którym mowa w zdaniu poprzednim, lub jego warunków od nabycia przez reemitenta innych praw, niż te, o które się do niej zwrócić.***

*7. **Odmowa lub ograniczenie tylko do niektórych technologii zezwolenia na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97, wraz z uzasadnieniem wskazującym przyczyny odmowy lub ograniczenia tylko do niektórych technologii, jest niezwłocznie przekazywane reemitentowi, który zgłosił organizacji radiowej lub telewizyjnej zamiar uzyskania takiego zezwolenia.***

*8. **Organizacja radiowa lub telewizyjna i reemitent przekazują sobie wszystkie informacje niezbędne do udzielenia zezwolenia na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97.***

*9. **Jeżeli nie zachodzą przyczyny odmowy udzielenia zezwolenia na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97, a organizacja radiowa lub telewizyjna posiada wszystkie informacje niezbędne do jej udzielenia, niezwłocznie składa reemitentowi ofertę zawarcia umowy zezwalającej na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97. Oferta zawiera uzasadnienie wysokości proponowanego wynagrodzenia.***

*10. **W przypadku nieprzyjęcia oferty, o której mowa w ust. 9, przez reemitenta, organizacja radiowa lub telewizyjna i reemitent przystępują do negocjacji, które mają obowiązek prowadzić w dobrej wierze.***

11. Organizacja radiowa lub telewizyjna przy ustalaniu wynagrodzenia i pozostałych warunków umowy zezwalającej na reemitowanie praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97, zawieranej z reemitentem stosuje obiektywne i niedyskryminujące kryteria, w tym uwzględnia wysokość wpływów osiągniętych z korzystania z praw, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i art. 97 oraz charakter i zakres tego korzystania, w tym rzeczywistą liczbę odbiorców programu. Nieważne są postanowienia takiej umowy zobowiązujące reemitenta do osiągnięcia określonej liczby odbiorców programu i określające wynagrodzenie organizacji radiowej lub telewizyjnej od takiej liczby.”

* * *

PIKE wyraża nadzieję, że powyższe uwagi Izby zostaną uwzględnione w Projekcie, a tym samym wzięte zostaną pod uwagę oczekiwania polskich przedsiębiorców – operatorów związanych z tradycyjnymi technologiami przekazu, oraz zasady konkurencji i neutralności technologicznej wobec postępującej fali nowoczesnych technologii i zmian w procesie użytkowania praw autorskich. PIKE zgłosiła także swoich przedstawicieli do uczestnictwa w pracach parlamentarnych nad Projektem na posiedzeniu sejmowej komisji.

Z wyrazami szacunku,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'B. Łaga'.

Bogdan Łaga
Prezes Zarządu
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej