

UZASADNIENIE

I. Część ogólna – wyjaśnienie potrzeby i celu wydania ustawy

Celem projektowanej ustawy jest wdrożenie do polskiego porządku prawnego dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 17 kwietnia 2019 r.:

- a) dyrektywy 2019/789 *ustanawiającej przepisy dotyczące wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych mające zastosowanie do niektórych transmisji online prowadzonych przez organizacje radiowe i telewizyjne oraz do reemisji programów telewizyjnych i radiowych oraz zmieniającej dyrektywę Rady 93/83/EWG* (tzw. dyrektywy „satelitarno-kablowej II”, zwanej dalej „dyrektywą SATCAB II¹”) oraz
- b) dyrektywy 2019/790 *w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE* (tzw. dyrektywy „Digital Single Market”, zwanej dalej „dyrektywą DSM”). Termin implementacji obydwu dyrektyw upłynął 7 czerwca 2021 r., jednakże Komisja Europejska dopiero 4 czerwca 2021 r. wydała wytyczne dotyczące prawidłowego stosowania art. 17 dyrektywy DSM, do czego zobowiązuje Komisję ust. 10 tego artykułu².

a także dokonanie dwóch, niezwiązanych z ww. dyrektywami, zmian w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1231 oraz z 2020 r. poz. 288), zwanej dalej „ustawą o prawie autorskim”, o mniej istotnym znaczeniu.

Prace nad dyrektywą SATCAB II rozpoczęły się we wrześniu 2016 r. i stanowiły element szerszej strategii związanej z modernizacją przepisów unijnych dotyczących prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym. Pierwotnie przepisy te miały być ujęte w formie rozporządzenia. W ten sposób zostałyby zapewnione jednolite stosowanie nowych rozwiązań w całej UE i udałoby się zapobiec różnicom w porządkach krajowych poszczególnych państw członkowskich wynikających z różnego sposobu implementacji dyrektywy. Ostatecznie zdecydowano się na formę dyrektywy, istotnie przy tym modyfikując pierwotną propozycję przygotowaną przez Komisję Europejską (m. in. ograniczony został przedmiotowy zakres stosowania zasady państwa pochodzenia oraz wdrożone zostały przepisy dotyczące

¹ Przez „SATCAB I” rozumie się dyrektywę 93/83/EWG, którą dyrektywa 2019/789 zmienia i jak np. określił R. Markiewicz „aktualizuje w kontekście postępu technicznego” (zob. R. Markiewicz, *„Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790”*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2021, str. 352).

² Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady „Wytyczne dotyczące art. 17 dyrektywy 2019/790 w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym” COM(2021) 288 final.

„wprowadzenia bezpośredniego”). Negocjacje między Komisją, Radą i Parlamentem (trilog) zakończyły się 13 grudnia 2018 r.³

Celem dyrektywy SATCAB II jest stworzenie na gruncie prawa autorskiego warunków umożliwiających szersze rozpowszechnianie w państwach członkowskich programów telewizyjnych i radiowych pochodzących z innych państw członkowskich. Dyrektywa ma ułatwić udzielanie licencji na korzystanie z utworów i przedmiotów praw pokrewnych w nadawanych programach telewizyjnych i radiowych, które są „ważnym narzędziem promowania różnorodności kulturowej i językowej, spójności społecznej oraz coraz większego dostępu do informacji” (motyw 1 dyrektywy).

W ramach implementacji dyrektywy SATCAB II zostaną wprowadzone następujące zmiany w polskim prawie autorskim:

- 1) nastąpi wskazanie jednego prawa krajowego właściwego w zakresie wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych na potrzeby świadczenia przez organizacje radiowe i telewizyjne tzw. „dodatkowych usług online” (wg zasady państwa pochodzenia);
- 2) nastąpi ujednoczenie zasad licencjonowania usług reemisji programów radiowych i telewizyjnych bez względu na zastosowaną technikę reemisji (przymusowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi);
- 3) nastąpi prawne uregulowanie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych udostępnionych rozpowszechniającemu drogą „wprowadzenia bezpośredniego” (ang. „direct injection”, normatywne uznanie za reemisję).

Dyrektywa DSM jest natomiast odpowiedzią Unii Europejskiej na aktualne wyzwania związane z rozwojem technologii cyfrowych w obszarze prawa autorskiego. Jak wskazuje się w dyrektywie „szybki rozwój technologii cyfrowych zmienia sposób, w jaki tworzy się, produkuje, rozpowszechnia i eksploatuje utwory i inne przedmioty objęte ochroną”. Wciąż pojawiają się „nowe modele biznesowe i nowe podmioty”, w związku z czym „odpowiednie przepisy ustawodawcze powinny uwzględniać przyszłe przemiany, aby nie ograniczać rozwoju technologicznego”. Podkreśla się, że „cele i zasady określone w unijnych ramach prawa autorskiego są nadal solidne”, wciąż jednak „istnieje problem braku pewności prawa, zarówno dla podmiotów uprawnionych, jak i użytkowników, w odniesieniu do niektórych sposobów korzystania, w tym transgranicznych sposobów korzystania, z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w środowisku cyfrowym” (motyw 3 dyrektywy). Na problemy te Komisja Europejska wskazała m. in. w swoim komunikacie do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 9 grudnia

³ Odnośnie do genezy i przebiegu prac nad dyrektywą zob. np. T. Schapiro, *Comment on the EU's Update of the "SatCab" Directive: A Brave New Digital World for the Audiovisual Sector?*, https://www.wiggin.co.uk/insight/comment-on-the-eus-update-of-the-satcab-directive-a-brave-new-digital-world-for-the-audiovisual-sector/#_ftn3

2015 r. pt. „W kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego”⁴. Dyrektywa wprowadza zatem pewne nowe formy dozwolonego użytku utworów i baz danych (eksploracja tekstów i danych, zwielokrotnianie dla zachowania zbiorów dziedzictwa kulturowego) oraz istotnie modyfikuje formy już istniejące w prawie UE (korzystanie z utworów na potrzeby edukacji zdalnej). Wprowadza też środki ułatwiające korzystanie z utworów niedostępnych w handlu („out-of-commerce works”) oraz umożliwiające, w ograniczonym zakresie, licencjonowanie utworów co do których uprawnieni nie udzielili stosownego upoważnienia (tzw. rozszerzony zbiorowy zarząd). Istotną nowością jest wprowadzenie nowego prawa pokrewnego dla wydawców prasy do korzystania online z ich publikacji prasowych, jak również ujednoczenie i jednoznaczne przesądzenie zasad korzystania przez dostawców usług udostępniania treści online z utworów i przedmiotów praw pokrewnych zamieszczanych przez użytkowników tych usług, w szczególności zasad odpowiedzialności tych usługodawców za naruszenia praw autorskich. Dyrektywa wymaga też wprowadzenia rozwiązań zapewniających godziwe wynagrodzenie twórcom i wykonawcom, którzy przenoszą swoje prawa lub udzielają licencji (ochrona przed wyzyskiem), w tym środków umożliwiających lub ułatwiających praktyczne egzekwowanie tych uprawnień (wymóg przejrzystości umów i wpływów z nich, prawo żądania dodatkowego wynagrodzenia itp.).

Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy w dniu 14 września 2016 r.⁵. Wzbudził on znaczne zainteresowanie opinii publicznej. Obok nadziei środowisk kreatywnych na poprawę ich sytuacji w relacjach kontraktowych z największymi użytkownikami wyrażano z drugiej strony także obawy, że oczywista potrzeba ochrony praw autorskich w środowisku cyfrowym, głównie w Internecie, zaczyna przesłaniać potrzebę ochrony także innych, równie ważnych (lub nawet ważniejszych) wartości, jak prawo do swobodnej wypowiedzi oraz dostępu do informacji, czy wręcz nawet zagrażać tym wartościom. Ostatecznie projekt został przyjęty jako dyrektywa (UE) 2019/790 w dniu 17 kwietnia 2019 r. Została ona ogłoszona w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2019 r. Weszła w życie dwudziestego dnia po ogłoszeniu, zaś Państwa Członkowskie zostały zobowiązane do jej wdrożenia w terminie do dnia 7 czerwca 2021 r.

W głosowaniu w Radzie nad ostatecznym przyjęciem dyrektywy Polska i pięć innych Państw Członkowskich (Włochy, Luksemburg, Holandia, Finlandia, Szwecja) były temu przeciwne, a trzy inne wstrzymały się od głosu (Belgia, Estonia, Słowenia)⁶. Finlandia, Holandia, Luksemburg, Polska i Włochy wydały wspólne oświadczenie, w którym stwierdzono:

„Celem przedmiotowej dyrektywy miała być poprawa dobrego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz stymulowanie innowacji, kreatywności, inwestycji i produkcji nowych treści, również w środowisku cyfrowym. Sygnatariusze popierają te cele. Technologie cyfrowe radykalnie zmieniły sposoby produkcji i dystrybucji treści oraz dostępu do nich. Ramy prawne muszą odzwierciedlać te zmiany i je ukierunkowywać. Jednak naszym zdaniem ostateczny tekst dyrektywy nie realizuje tych celów w odpowiedni sposób. Jesteśmy przekonani, że w swojej obecnej formie

⁴ COM (2015) 626 final.

⁵ COM(2016) 593 final 2016/0280(COD).

⁶ Wyniki głosowania: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/pl/pdf>

dyrektywa ta jest dla jednolitego rynku cyfrowego krokiem wstecz, a nie krokiem naprzód. Ubolewamy szczególnie nad faktem, że dyrektywa nie zapewnia równowagi między ochroną posiadaczy praw a interesami obywateli UE i unijnych przedsiębiorstw. Istnieje więc ryzyko, że utrudni ona innowacje zamiast je promować oraz że będzie miała negatywny wpływ na konkurencyjność europejskiego jednolitego rynku cyfrowego. Mamy ponadto poczucie, że dyrektywa ta nie zapewnia jasności prawa, w przypadku wielu zainteresowanych podmiotów doprowadzi do braku pewności prawa i może zagrozić prawom obywateli UE. Nie możemy zatem wyrazić zgody na proponowany tekst dyrektywy.”⁷.

Również Estonia wydała oświadczenie, w którym wskazała, że „ostateczny tekst dyrektywy nie zapewnia wystarczającej równowagi we wszystkich aspektach między poszczególnymi interesami”. Niemcy ostatecznie poparły projekt, jednak również wydały oświadczenie, iż „jednocześnie rząd federalny wyraża ubolewanie w związku z tym, że nie udało się osiągnąć porozumienia w sprawie szeroko popieranej przez wszystkie strony koncepcji odpowiedzialności platform służących udostępnianiu treści za treści chronione prawem autorskim”. W odniesieniu do art. 17 dyrektywy wskazano, że przepis ten „spotyka się z poważnymi obiekcjami i powszechną krytyką niemieckiego społeczeństwa”, a „głosowanie, które odbyło się w Parlamencie Europejskim 26 marca 2019 r., również uwidocznilo głęboki rozdzwitek między zwolennikami tego aktu a jego krytykami.”⁸.

Ostatecznie Polska zdecydowała się na złożenie skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE, wnosząc o stwierdzenie nieważności art. 17 ust. 4 lit. b) i c) *in fine* (przesłanki zwolnienia dostawców usług udostępniania treści online z odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich), względnie całego art. 17 dyrektywy DSM. Przede wszystkim podniosła zarzut naruszenia prawa do wolności wypowiedzi i informacji gwarantowanego przez art. 11 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Określone w dyrektywie przesłanki zwolnienia dostawców usług udostępniania treści online z odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich mogą bowiem skutkować *de facto* koniecznością uprzedniego automatycznego weryfikowania (filtrowania) treści udostępnianych przez użytkowników tych usług. Doprowadzi to do prewencyjnej kontroli udostępnianych treści, a tym samym do podważenia istoty prawa do wolności wypowiedzi i informacji w zakresie wykraczającym poza wymogi proporcjonalności i niezbędności. W dniu 26 kwietnia 2022 r. TSUE oddalił skargę. Potwierdził jednak słuszność stanowiska Polski, że zaskarżone przepisy stanowią ograniczenie wykonywania prawa do wolności wypowiedzi i informacji (szczegóły w części uzasadnienia do art. 17 dyrektywy)⁹.

Termin implementacji dyrektywy upłynął 7 czerwca 2021 r. Należy jednak wskazać, że art. 17 ust. 10 dyrektywy zobowiązuje Komisję Europejską do wydania wytycznych (*guidance*) dotyczących prawidłowego stosowania tego artykułu. Komisja uczyniła to dopiero 4 czerwca 2021 r.¹⁰ (dalej jako „Wytyczne”), potwierdzając, że wytyczne „mają pomóc w prawidłowej i spójnej transpozycji art. 17 w państwach członkowskich, ze szczególnym

⁷ Dokument 7986/19 ADD 1 REV 2 z dnia 15 kwietnia 2019 r., <https://eur-lex.europa.eu>

⁸ Tamże.

⁹ Tekst wyroku jest dostępny na stronie Trybunału: curia.europa.eu.

¹⁰ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 czerwca 2021 r. „Wytyczne dotyczące art. 17 dyrektywy 2019/790 w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym” COM(2021) 288 final.

uwzględnieniem potrzeby wyważenia praw podstawowych oraz stosowania wyjątków i ograniczeń”. Wytyczne te spotkały się z krytyką środowisk kreatywnych oraz niektórych państw członkowskich. Zarzuca się Komisji, że osłabia kluczowe przepisy dyrektywy lub wręcz „pisze ją na nowo”¹¹. Wytyczne nie mają jednak mocy wiążącej. Projektowana ustawa uwzględnia je w zakresie, w jakim nie budzą wątpliwości co do zgodności z literalnym brzmieniem dyrektywy.

Po opublikowaniu dyrektyw w Dzienniku Urzędowym UE Ministerstwo Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu, z uwagi na wysokie zainteresowanie społeczne materiały dyrektywy 2019/790, w sierpniu i wrześniu 2020 r. przeprowadziło prekonsultacje publiczne, których celem było rozpoznanie potrzeb i oczekiwań zainteresowanych środowisk, jak też specyfiki poszczególnych obszarów tematycznych objętych postanowieniami obydwu dyrektyw. Z uwagi na ograniczenia związane z epidemią COVID-19 konsultacje odbyły się w formie korespondencyjnej. Uczestnicy mieli swobodę co do zakresu prezentowanych stanowisk, jednakże w celu odpowiedniego ukierunkowania wypowiedzi zadanych zostało 17 szczegółowych pytań dotyczących dyrektywy 2019/790 oraz dwa dotyczące dyrektywy 2019/789. W konsultacjach wzięło udział 40 podmiotów, w tym organizacje zbiorowego zarządzania, stowarzyszenia twórcze oraz organizacje reprezentujące przedsiębiorców. Uzyskano obszerny materiał liczący ponad 450 stron, udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej¹².

W dniu 7 października 2021 r. projekt ustawy został wpisany do Wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów (sygn. UC 103). Jednocześnie zostały ogłoszone założenia projektowanej ustawy¹³.

W ramach implementacji dyrektywy DSM zostaną wprowadzone następujące zmiany w polskim prawie autorskim:

- 1) wprowadzenie nowych postaci dozwolonego użytku (eksploracja tekstów i danych) oraz modyfikacja niektórych już istniejących (korzystanie z utworów w działalności dydaktycznej oraz zwielokrotnianie utworów w celu zachowania dziedzictwa kulturowego, art. 3–7 dyrektywy);
- 2) modyfikacja zasad korzystania z utworów niedostępnych w handlu (art. 8–11 dyrektywy);
- 3) wprowadzenie licencji zbiorowych z rozszerzonym skutkiem (art. 12 dyrektywy);
- 4) wprowadzenie środków ułatwiających licencjonowanie utworów udostępnianych w ramach usług wideo na żądanie (art. 13 dyrektywy);
- 5) wprowadzenie nowego prawa pokrewnego dla wydawców prasy w zakresie korzystania online z ich publikacji prasowych (art. 15–16 dyrektywy);
- 6) wprowadzenie przepisów szczególnych dotyczących dostawców usług udostępniania treści online (art. 17 dyrektywy);

¹¹ Zob. np. komentarz Europejskiego Zrzeszenia Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów GESAC <https://authorsocieties.eu/gesac-reacts-to-article-17-guidelines/>

¹² <https://bip.mkdnis.gov.pl/pages/posts/konsultacje-publiczne-3276.php>

¹³ <https://www.gov.pl/web/premier/wplip-rm>

- 7) zapewnienie godziwego wynagrodzenia twórcom i wykonawcom (wprowadzenie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu udostępniania utworu audiowizualnego w Internecie, wprowadzenie obowiązku przejrzystości i modyfikacja mechanizmu dostosowywania umów w relacjach kontraktowych między uprawnionymi i użytkownikami, wprowadzenie alternatywnej procedury rozstrzygania sporów oraz zmian w zakresie prawa twórców i wykonawców do wypowiedzenia zawartych umów lub odstąpienia od nich (art. 18-22 dyrektywy));
- 8) wprowadzenie nowych postaci dozwolonego użytku baz danych sui generis, tj. objętych ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz. U. z 2021 r. poz. 386) (art. 3, art. 4 i art. 6 dyrektywy).

Projektowana ustawa przewiduje również, poza implementacją ww. dyrektyw, uzupełnienie treści art. 66 ust. 1 ustawy o prawie autorskim przez doprecyzowanie, że licencjobiorca może mieć, obok siedziby (osoba prawna), także „miejsce zamieszkania” (osoba fizyczna). Jest to zmiana o charakterze porządkującym i doprecyzującym, postulowana przez sejmową Komisję do Spraw Petycji (obecnie przepis ten wskazuje, że umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat na terytorium państwa, w którym licencjobiorca ma swoją siedzibę, chyba że w umowie postanowiono inaczej). Z uwagi na zauważalny w ostatnich latach spadek skali naruszeń praw autorskich i praw pokrewnych przewiduje się też uchylenie art. 127¹ tej ustawy, który stanowi upoważnienie dla Prezesa Rady Ministrów do utworzenia zespołu do spraw przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego i praw pokrewnych. Tym samym przestanie istnieć, utworzony w 2000 r., Zespół do spraw przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego i praw pokrewnych.

Projektowana ustawa opiera się na następujących ogólnych wytycznych:

- 1) przepisy wdrażające obydwie dyrektywy powinny możliwie ściśle odpowiadać brzmieniu implementowanych przepisów tych dyrektyw;
- 2) nie będzie się wykraczać poza materię objętą dyrektywami, z zastrzeżeniem zmiany lub usunięcia dwóch przepisów ustawy o prawie autorskim, j. w.;
- 3) w możliwie największym stopniu zostaną wykorzystane już istniejące instytucje (Komisja Prawa Autorskiego, mediacja uregulowana w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, itd.);
- 4) nie nastąpi obciążenie finansów publicznych wskutek wprowadzenia projektowanych zmian.

II. Część szczegółowa – przedstawienie istniejącego stanu rzeczy w dziedzinie, która ma być unormowana, oraz wykazanie różnic między dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym

Implementacja dyrektywy SATCAB II

1. Dodatkowe usługi online (art. 2 pkt 1, art. 3 i art. 11 zdanie pierwsze dyrektywy)

Rozwój technologii cyfrowych i Internetu zmienił sposób rozpowszechniania programów telewizyjnych i radiowych oraz sposób dostępu do takich programów. Coraz więcej użytkowników chciałoby posiadać dostęp do programów telewizyjnych i radiowych zarówno w czasie rzeczywistego nadawania, jak i na żądanie, za pośrednictwem tradycyjnych kanałów, takich jak przekaz satelitarny czy sieć kablowa, jak również w ramach usług online (motyw 2 dyrektywy). W związku z tym organizacje radiowe i telewizyjne oprócz nadawania własnych programów coraz częściej oferują „dodatkowe usługi online” związane z tymi programami, które je odpowiednio wzbogacają (zapowiedzi, uzupełnienia, zwiastuny, komentarze, recenzje, zdjęcia z planu itp.). Ponieważ te „dodatkowe usługi online” są świadczone w Internecie, a więc do nieograniczonego kręgu odbiorców w różnych państwach, aby ułatwić organizacjom radiowym i telewizyjnym nabywanie stosownych licencji lub ustalanie zakresu już nabytych praw, dyrektywa nakazuje stosować fikcję prawną, przesądzając w art. 3 ust. 1, że wykonywanie tych praw ma miejsce wyłącznie w państwie, w którym dana organizacja ma swoje główne przedsiębiorstwo. Jest to przykład stosowania tzw. zasady państwa pochodzenia, która w aktualnym stanie prawnym została zastosowana do nadań satelitarnych uregulowanych w art. 6¹ ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062), zwanej dalej „ustawą o prawie autorskim”, w ślad za dyrektywą 93/83/EWG, jest także uwzględniona w dyrektywie DSM (art. 5 ust. 3 i art. 9 ust. 2). W aktualnym stanie prawnym, w braku powyższej regulacji, organizacje radiowe i telewizyjne zmuszone są posiadać wymagane prawa dla wszystkich terytoriów, których dotyczy świadczona usługa (motyw 3 dyrektywy).

Dyrektywa SATCAB II w art. 2 pkt 1 definiuje „dodatkową usługę online” jako „usługę online polegającą na przekazywaniu do powszechnego odbioru, przez organizację radiową lub telewizyjną lub pod jej kontrolą i na jej odpowiedzialność, programów telewizyjnych lub radiowych równocześnie z ich nadawaniem lub w określonym czasie po ich nadaniu przez tę organizację oraz na przekazywaniu do powszechnego odbioru wszelkich materiałów dodatkowych w stosunku do takiego nadania”. Chodzi zatem o usługi świadczone przez nadawców radiowych i telewizyjnych „online”, a więc drogą elektroniczną. Jak wskazuje się w motywach dyrektywy (motyw 8) usługi te mają „wyraźny i zależny” związek z nadawanymi programami i obejmują zarówno usługi dostępu do programów w sposób ściśle linearny, tj. równocześnie z ich nadaniem, jak też usługi dające dostęp do programów nadanych wcześniej

(tzw. „usługi catch-up”). Dodatkowe usługi online obejmują także usługi dostępu do materiałów, które „wzbogacają lub w inny sposób poszerzają programy telewizyjne i radiowe”, m.in. przez zapowiedzi, poszerzanie, uzupełnianie lub ocenę treści danego programu. Dyrektywa nie wymaga przy tym, aby użytkownicy dodatkowej usługi online musieli mieć jednoczesny dostęp do nadawanego programu, np. dzięki abonamentowi. Pozostaje decyzją organizacji radiowej lub telewizyjnej, czy dostęp do obu kategorii usług będzie jednoczesny czy też niezależny. Omawiana regulacja nie dotyczy natomiast usług online świadczonych przez nadawców bez „wyraźnego i zależnego” związku z nadawanymi programami, a więc jako działalność dodatkowa lub uzupełniająca działalność nadawczą, np. polegająca na udzielaniu dostępu do określonych utworów (lub albumów) muzycznych lub audiowizualnych (wideo na żądanie – VOD).

W motywach dyrektywy wskazuje się, że aby ułatwić na gruncie prawa autorskiego świadczenie dodatkowych usług online, tj. ułatwić weryfikację lub pozyskiwanie niezbędnych na potrzeby tych usług praw autorskich i pokrewnych, należy ustanowić zasadę państwa pochodzenia w odniesieniu do wykonywania tych praw. Dotyczy to jednak wyłącznie relacji między uprawnionymi a organizacjami radiowymi i telewizyjnymi, a nie dalszego rozpowszechniania lub zwielokrotniania tych treści przez inne podmioty (motyw 9).

W motywie 10 dyrektywy wskazuje się, że z uwagi na specyfikę mechanizmów finansowania i licencjonowania niektórych utworów audiowizualnych, które często oparte są na wyłącznej licencji terytorialnej, właściwe jest, aby w odniesieniu do programów telewizyjnych ograniczyć zakres stosowania zasady państwa pochodzenia tylko do niektórych rodzajów programów. Do takich należą programy informacyjne i publicystyczne oraz własne produkcje organizacji radiowej lub telewizyjnej, finansowane wyłącznie przez nią, ale także z funduszy pochodzących ze środków publicznych. Przez produkcje własne dyrektywa rozumie produkcje realizowane przez organizację radiową lub telewizyjną z wykorzystaniem zasobów własnych, ale nie produkcje zlecone przez taką organizację producentom od niej niezależnym ani koprodukcje. Z tych samych powodów zasada państwa pochodzenia nie będzie mieć zastosowania do telewizyjnych transmisji wydarzeń sportowych. Nie będzie mieć też zastosowania do udzielania licencji na produkcję własną organizacji radiowej lub telewizyjnej osobom trzecim, w tym innym organizacjom radiowym i telewizyjnym. Zasada państwa pochodzenia nie stanowi natomiast przeszkody dla uprawnionych oraz organizacji radiowych i telewizyjnych, aby stosować określone ograniczenia korzystania z ich praw, np. ograniczenia terytorialne.

Ponieważ na mocy dyrektywy uznaje się, że świadczenie dodatkowej usługi online, dostęp do niej lub korzystanie z niej następuje wyłącznie w państwie członkowskim, w którym organizacja radiowa lub telewizyjna posiada główne przedsiębiorstwo, podczas gdy faktycznie usługę tę można świadczyć transgranicznie w innych państwach członkowskich, dyrektywa wskazuje, aby przy ustalaniu wynagrodzenia za dane prawa strony uwzględniały wszystkie aspekty dodatkowej usługi online, takie jak jej cechy (m. in. czas dostępności w Internecie), odbiorców zarówno w państwie członkowskim, w którym organizacja radiowa lub telewizyjna posiada główne przedsiębiorstwo, jak i w innych państwach członkowskich, w których uzyskiwany jest dostęp do dodatkowej usługi online, oraz udostępniane wersje

językowe. Dyrektywa dopuszcza jednak stosowanie określonych metod ustalania wysokości wynagrodzenia, np. w oparciu o przychody organizacji radiowej lub telewizyjnej.

W dyrektywie omawiana problematyka została uregulowana w art. 3 ust. 1–3. Definicja „dodatkowych usług online” zawarta jest w art. 2 pkt 1, natomiast odpowiedni przepis przejściowy – w art. 11.

W polskim systemie prawa autorskiego nie istnieje obecnie regulacja, która w sposób szczególny określałaby status prawny dodatkowych usług online, definiowała je ani tym bardziej wskazywała prawo państwa pochodzenia jako właściwe dla wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych w tym zakresie. Projektowana ustawa przewiduje zatem wprowadzenie w art. 6 ust. 1 ustawy o prawie autorskim (słowniczek terminów ustawowych) definicji dodatkowej usługi online (nowo dodawany pkt 24) oraz stosownej regulacji w art. 6². Definicja oparta jest na definicji zawartej w art. 2 pkt 1 dyrektywy, przy czym w celu określenia znaczenia samego terminu „usługa online”, odwołuje się do ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344). Należy zwrócić uwagę, że dodatkowa usługa online może być świadczona wyłącznie przez organizację radiową lub telewizyjną, ewentualnie „pod jej kontrolą i na jej odpowiedzialność”. Może ona obejmować wyłącznie programy radiowe lub telewizyjne nadawane równocześnie lub nadane uprzednio oraz „materiały dodatkowe” zdefiniowane zgodnie z motywem 8 dyrektywy jako „poszerzające” nadawane programy (zapowiedzi, uzupełnianie, ocena treści itd.).

Z kolei w nowo dodawanym art. 6² ust. 1 przesądza się, że rozpowszechnianie utworów (i odpowiednio przedmiotów praw pokrewnych – zob. projektowana zmiana art. 101 ustawy) w ramach świadczenia dodatkowej usługi online, a także ich zwielokrotnianie niezbędne w celu świadczenia takiej usługi, umożliwienia dostępu do niej lub korzystania z niej, ma „do celów wykonywania praw autorskich dotyczących tych czynności” (i odpowiednio wykonywania praw pokrewnych) miejsce wyłącznie w państwie, w którym organizacja radiowa lub telewizyjna posiada swoje główne przedsiębiorstwo. Zgodnie z dyrektywą przepis ten będzie miał jednak zastosowanie do utworów odnoszących się do wszystkich programów radiowych i tylko niektórych kategorii programów telewizyjnych, tj. programów TV o charakterze informacyjnym i publicystycznym lub będących własnymi produkcjami organizacji radiowej lub telewizyjnej w całości przez nią finansowanymi. Jak wcześniej wspomniano, termin „główne przedsiębiorstwo” występuje już w art. 6¹ ust. 2 pkt 2 ustawy o prawie autorskim, który równolegle posługuje się terminem „siedziby” i tym samym nakazuje rozróżnić obydwa terminy.

W projektowanym art. 6² ust. 2, zgodnie z dyrektywą SATCAB II (art. 3 ust. 1 ostatnie zdanie), przesądza się, że ww. regulacja nie będzie miała zastosowania do nadawania telewizyjnego wydarzeń sportowych. Przepis ust. 3 zawiera wytyczne dla ustalania wynagrodzenia za korzystanie z praw w ramach świadczenia dodatkowej usługi online, zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy. Przepis ust. 4 potwierdza natomiast, zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy, że zasada państwa pochodzenia w odniesieniu do dodatkowych usług online pozostaje bez uszczerbku dla obowiązywania zasady swobody umów pozwalającej uprawnionym oraz

organizacjom radiowym i telewizyjnym uzgodnić ograniczenia w korzystaniu z takich praw.

W art. 4 ust. 1 projektowanej ustawy, zgodnie z art. 11 akapit pierwszy dyrektywy, przewiduje się przepis przejściowy, zgodnie z którym ww. art. 6² ust. 1 będzie miał zastosowanie do obowiązujących w dniu wejścia w życie projektowanej ustawy umów o korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych w ramach dodatkowej usługi online od dnia 7 czerwca 2023 r., jeżeli umowy te wygasają po tej dacie. Przepis dyrektywy odnosi się do umów obowiązujących w dniu 7 czerwca 2021 r., ponieważ jednak projektowana ustawa wejdzie w życie w terminie późniejszym, zasadne jest stosowanie przepisu przejściowego do umów obowiązujących w dniu wejścia w życie tej ustawy.

2. Reemisja (art. 4-7 dyrektywy)

Dyrektywa SATCAB II istotnie zmienia zasady licencjonowania reemisji, opierając się jednakże na założeniach i konstrukcjach przewidzianych w dyrektywie 93/83/EWG, implementowanych do polskiego prawa w art. 21¹ ustawy o prawie autorskim. W aktualnym stanie prawnym obowiązuje zatem pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi (zwanymi dalej „organizacjami zbiorowego zarządzania”) przy zawieraniu umów licencyjnych na reemisję, ale wyłącznie reemisję w sieciach kablowych. Reemisja wykonywana inną techniką nie podlega obowiązkowemu licencjonowaniu przez organizacje zbiorowego zarządzania i reemitenci mogą uzyskiwać niezbędne licencje bezpośrednio od uprawnionych. Zgodnie z dyrektywą 93/83/EWG obowiązek pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania nie dotyczy 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”. Spory związane z zawarciem i warunkami umowy z organizacją zbiorowego zarządzania mogą być rozpatrywane w trybie mediacji określonej w ustawie o zbiorowym zarządzaniu. Sama definicja pola eksploatacji reemitowanie zawarta jest w art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy o prawie autorskim i zgodnie z nią reemitowaniem utworu jest jego „rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający, drogą przejmowania w całości i bez zmian programu organizacji radiowej lub telewizyjnej oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru”.

Operatorzy sieci kablowych wielokrotnie wskazywali na nierówne traktowanie względem pozostałych reemitentów i tym samym brak „neutralności technologicznej” istniejących rozwiązań. Rozwój rynku doprowadził do tego, że jak wskazuje się w motywach dyrektywy (motyw 2), reemisja dokonywana jest obecnie nie tylko przez sieć kablową czy przekaz satelitarny, ale stosowane są także np. transmisja cyfrowa drogą naziemną, przekaz w systemach sieci mobilnych lub sieci zamkniętych opartych na protokole IP czy otwarty Internet. Reemitenci korzystają również z różnych sposobów uzyskiwania sygnału od organizacji radiowych i telewizyjnych, w tym za pomocą tzw. wprowadzenia bezpośredniego, tj. bez jednoczesnego nadawania programu przez daną organizację (o czym niżej). Wśród użytkowników obserwuje się rosnące zapotrzebowanie na dostęp do programów telewizyjnych

i radiowych, które pochodzą nie tylko z ich państwa członkowskiego, lecz również z innych państw członkowskich. Do grona takich użytkowników należą także np. członkowie mniejszości językowych UE oraz osoby, które mieszkają w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie ich pochodzenia.

Organizacje radiowe i telewizyjne codziennie przez wiele godzin nadają programy telewizyjne i radiowe zawierające różnorodne treści, w tym np. utwory audiowizualne, muzyczne, literackie czy graficzne, chronione prawem autorskim lub prawami pokrewnymi. Skutkuje to złożonym procesem weryfikacji lub pozyskiwania praw należących do wielu uprawnionych i dotyczących różnych kategorii utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Często prawa te należy zweryfikować lub pozyskać w krótkim terminie, w szczególności w przypadku przygotowywania programów informacyjnych czy publicystycznych. Jak podkreśla się w motywach dyrektywy (motyw 3), aby udostępniać swoje programy za granicą, organizacje radiowe i telewizyjne muszą posiadać wymagane prawa dla wszystkich terytoriów, których to dotyczy, przez co kwestia weryfikacji lub pozyskiwania takich praw staje się szczególnie złożona. W przypadku organizacji radiowych i telewizyjnych problemy te częściowo rozwiązują przepisy dyrektywy wprowadzające zasadę państwa pochodzenia na potrzeby eksploatacji utworów i przedmiotów praw pokrewnych w ramach świadczenia dodatkowych usług online. Z podobnymi problemami muszą się jednak mierzyć także reemitenci, którzy rozpowszechniają te same programy radiowe i telewizyjne, ale inną techniką i w pakietach obejmujących nieraz programy kilkuset nadawców. Reemisja obejmuje zatem ogromną liczbę utworów i przedmiotów praw pokrewnych, a reemitenci, podobnie jak nadawcy, także mają bardzo mało czasu na uzyskanie niezbędnych licencji. Powstaje zatem ryzyko, że chronione utwory i przedmioty praw pokrewnych będą eksploatowane bez zezwolenia uprawnionych lub bez wypłaty im godziwego wynagrodzenia (motywy 3 i 4 dyrektywy). Minimalizacji tego ryzyka służy obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania.

Dyrektywa 93/83/EWG ułatwia transgraniczny przekaz satelitarny i transgraniczną reemisję drogą kablową programów telewizyjnych i radiowych z innych państw członkowskich. Przepisy te nie mają jednak zastosowania do dodatkowych usług online związanych z nadawanymi programami, natomiast w zakresie reemisji ograniczają się tylko do reemisji w systemie kablowym lub mikrofalowym i nie uwzględniają innych technologii. Dyrektywa SATCAB II ma zatem ułatwić zarówno transgraniczne świadczenie tych dodatkowych usług online (poprzez wprowadzenie zasady państwa pochodzenia), jak też reemisji programów telewizyjnych i radiowych pochodzących z innych państw członkowskich dokonywanej inną techniką niż w sieciach kablowych i mikrofalowych – polegające na rozciągnięciu dotychczasowych zasad obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania na każdy sposób reemisji, z utrzymaniem tego samego wyjątku od tego pośrednictwa (prawa samodzielnie wykonywane przez nadawców, tj. bez pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania). W konsekwencji przyjmuje się, że na gruncie obecnie obowiązującego prawa europejskiego prawo do reemisji zostało uregulowane w sposób

technicznie neutralny¹⁴. Ponieważ dyrektywa 93/83/EWG jest już wdrożona do polskiego systemu prawnego, a dyrektywa SATCAB II stanowi w zakresie reemisji pewnego rodzaju „aktualizację” tej dyrektywy i powieliła cały szereg przyjętych w niej rozwiązań, część już obowiązujących przepisów zawartych w ustawie o prawie autorskim oraz w ustawie o zbiorowym zarządzaniu, wdrażających dyrektywę 93/83/EWG, może być uznana za prawidłowe wdrożenie także dyrektywy SATCAB II po stosownej zmianie innych przepisów dotyczących reemisji.

W celu wdrożenia przepisów dyrektywy SATCAB II w zakresie reemisji (rozdz. III, tj. art. 4–7) projektowana ustawa przewiduje przede wszystkim zmianę kluczowego art. 21¹ ust. 1 ustawy o prawie autorskim polegającą na objęciu zakresem tego przepisu każdej postaci reemisji. Tym samym każda reemisja, niezależnie od zastosowanej techniki przekazywania reemitowanego sygnału, będzie podlegała obowiązkowemu pośrednictwu organizacji zbiorowego zarządzania w zakresie uzyskiwania licencji na reemisję lub wypłaty wynagrodzenia za reemitowanie przedmiotów praw pokrewnych. Z kolei przepis art. 4 ust. 2 dyrektywy, który wskazuje właściwość organizacji zbiorowego zarządzania w przypadku, gdy dany uprawniony nie powierzył swoich praw do reemisji żadnej organizacji, należy uznać za wdrożony przez przepisy ustawy o zbiorowym zarządzaniu wprowadzające instytucję tzw. reprezentatywnej organizacji zbiorowego zarządzania. Zgodnie z art. 5 ust. 2 tej ustawy, w zakresie, w jakim m. in. art. 21¹ ustawy o prawie autorskim przewiduje obowiązek zawarcia umowy lub zapłaty wynagrodzenia za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania, prawami danej kategorii uprawnionych do danego rodzaju utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na danym polu eksploatacji, którzy nie zawarli umowy o zbiorowe zarządzanie swoimi prawami z żadną organizacją, zbiorowo zarządza ta organizacja, która jest reprezentatywna w odniesieniu do tych praw. Zgodnie z art. 10 ust. 1–3 ustawy reprezentatywną organizacją zbiorowego zarządzania jest ta, która jako jedyna posiada zezwolenie na zbiorowe zarządzanie prawami danej kategorii uprawnionych do danego rodzaju utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na danym polu eksploatacji. Jeżeli natomiast zezwolenie na zbiorowe zarządzanie w tym zakresie posiada więcej niż jedna organizacja, organizacją reprezentatywną jest ta, która w tym zakresie reprezentuje największą liczbę uprawnionych na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi oraz umowy o reprezentacji. Reprezentatywność tę potwierdza z urzędu minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego w drodze decyzji (deklaratoryjnej), a więc w trybie postępowania administracyjnego. Art. 4 ust. 3 dyrektywy nakazuje w tym zakresie równe traktowanie wszystkich uprawnionych. Zasada ta, jako generalna zasada zbiorowego zarządu, jest wdrożona w art. 4 ust. 3 ustawy o zbiorowym zarządzaniu, zgodnie z którym każda organizacja zbiorowego zarządzania „jednakowo traktuje uprawnionych bez względu na podstawę prawną zbiorowego zarządzania ich prawami”. W odniesieniu do organizacji reprezentatywnych zasada ta jest doprecyzowana w art. 5 ust. 4 ustawy o zbiorowym zarządzaniu, zgodnie z którym uprawnionemu niereprezentowanemu przez żadną organizację zbiorowego zarządzania, którego utwór lub przedmiot prawa pokrewnego jest objęty umową zawartą przez reprezentatywną organizację, przychody z praw z tytułu tej umowy przysługują na takich samych warunkach jak

¹⁴ J. Niebler, Die Online-SATCAB-Richtlinie – Weitersendung 2.0?, ZUM 2019/7, s. 548.

uprawnionym, którzy w tym zakresie zawarli z daną organizacją umowę o zbiorowe zarządzanie swoimi prawami. Roszczenie o wypłatę może być dochodzone wyłącznie wobec organizacji zbiorowego zarządzania, która zawarła umowę. Zgodnie z dyrektywą uprawniony powinien mieć min. 3 lata na ewentualne dochodzenie swoich roszczeń, licząc od daty reemisji jego utworu. W polskim prawie stosować się będą w tym zakresie przepisy Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń – zgodnie z art. 118 Kodeksu cywilnego, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi sześć lat, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – trzy lata, przy czym koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego.

Dyrektywa SATCAB II, podobnie jak dyrektywa 93/83/EWG (art. 10), przewiduje w art. 5 istotny wyjątek od obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania dla 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”. Przepis ten należy uznać za już wdrożony przez art. 21¹ ust. 1¹ ustawy o prawie autorskim, wprowadzony jako implementacja art. 10 dyrektywy 93/83/EWG. Z kolei przewidziany w art. 5 ust. 2 dyrektywy wymóg prowadzenia w dobrej wierze negocjacji przez organizacje zbiorowego zarządzania oraz organizacje radiowe i telewizyjne jest już realizowany w art. 45 ust. 5 ustawy o zbiorowym zarządzaniu, który ma ogólny charakter i jest adresowany do każdej negocjacji prowadzonych przez organizacje zbiorowego zarządzania i użytkowników.

Art. 6 dyrektywy, podobnie jak art. 11 dyrektywy 93/83/EWG, zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia mediacyjnego mechanizmu rozwiązywania sporów dotyczących umów na reemisję. Mechanizm taki został już wdrożony w ramach implementacji dyrektywy 93/83/EWG – jest uregulowany w art. 85 ustawy o zbiorowym zarządzaniu i jest stosowany na podstawie odesłania zawartego w art. 21¹ ust. 2 ustawy o prawie autorskim.

Zgodnie z art. 7 dyrektywy państwa członkowskie mogą postanowić, że ww. regulacje, jak też regulacje dotyczące reemisji zawarte w dyrektywie 93/83/EWG, mogą być stosowane także do reemisji „krajowej”, tj. w sytuacji, gdy zarówno nadanie, jak i reemisja nadanych treści odbywają się na terytorium danego państwa członkowskiego. Polskie regulacje korzystają z tej możliwości – odnoszą się do każdej reemisji, zarówno programów nadawanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i programów nadawanych z terytorium innych państw.

Dyrektywa w art. 2 pkt 2 wprowadza też definicję reemisji, natomiast w art. 9 modyfikację definicji „reemisji drogą kablową” zawartej w art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/83/EWG. Zmiana w dyrektywie 93/83/EWG polega na doprecyzowaniu, że dla powstania reemisji nie jest istotne, w jaki sposób reemitent otrzymuje „sygnał będący nośnikiem programu” od organizacji radiowej lub telewizyjnej, co należy postrzegać jako wyjście naprzeciw ewentualnym próbom objęcia przez krajowych ustawodawców definicją reemisji także rozpowszechniania tym sposobem programów udostępnionych drogą „wprowadzenia

bezpośredniego” („direct injection”, o czym dalej). W prawie polskim to pole eksploatacji utworu jest zdefiniowane w art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o prawie autorskim jako „jego rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający, drogą przejmowania w całości i bez zmian programu organizacji radiowej lub telewizyjnej oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru”. Definicja reemisji zawarta w dyrektywie SATCAB II wyłącza z jej zakresu reemisję drogą kablową z uwagi na jej zdefiniowanie w dyrektywie 93/83/EWG. Obie definicje są jednak spójne, określając, że reemisji dokonuje podmiot (reemitent) inny niż organizacja radiowa i telewizyjna, której programy są reemitowane, drogą przejmowania tych programów w całości i bez zmian i ich równoczesnego przekazywania do powszechnego odbioru (tj. równoczesnego rozpowszechniania). Obie definicje (po zmianie wynikającej z art. 9 dyrektywy SATCAB II) wskazują, że nie jest istotne, w jaki sposób reemitent otrzymuje sygnał „będący nośnikiem programu” od organizacji radiowej lub telewizyjnej w celu reemisji. Dyrektywa SATCAB II wprowadza jednak istotne wyłączenie – reemisja nie może obejmować programów udostępnianych przez organizacje radiowe lub telewizyjne w Internecie („online”, art. 2 pkt 2 zdanie wstępne dyrektywy). Ponadto przewiduje wymaganie, aby w przypadku, gdy reemisja dokonywana jest za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu zdefiniowanej w art. 2 akapit drugi pkt 2 rozporządzenia (UE) 2015/2120 (tytuł rozwinięty poniżej) jest ona prowadzona w „środowisku kontrolowanym”, tj. „w którym reemitent dokonuje zabezpieczonej reemisji do upoważnionych użytkowników” (art. 2 pkt 2b i pkt 3 dyrektywy). Projektowana ustawa wprowadza zatem stosowną zmianę definicji reemisji (pola eksploatacji „reemitowanie”) w art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o prawie autorskim. Zgodnie z tą definicją 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 reemisja dokonywana jest za pośrednictwem usługi dostępu do 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), jest ona prowadzona w sposób umożliwiający dostęp do niej wyłącznie upoważnionym użytkownikom”. Fragment tej definicji „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)” dotyczy implementacji przepisów dyrektywy o wprowadzeniu bezpośrednim, o czym niżej.

3. Wprowadzenie bezpośrednie („direct injection”, art. 8 i 11 zdanie drugie dyrektywy)

„Wprowadzenie bezpośrednie” w rozumieniu dyrektywy polega na takim przekazaniu przez organizację radiową lub telewizyjną swojego „sygnału będącego nośnikiem programu” podmiotowi, który będzie udostępniał go finalnym odbiorcom (wg dyrektywy „dystrybutorowi sygnału”), że sygnał ten w trakcie tego przekazywania nie jest udostępniany publicznie. Innymi słowy, dystrybutor sygnału otrzymuje go od organizacji radiowej lub telewizyjnej „bezpośrednio”, nie dokonuje zatem „przechwycenia” sygnału już dostępnego publicznie. „Dystrybutor” tego sygnału pełni rolę podobną do reemitenta – przejmuje program radiowy lub telewizyjny i jednocześnie, w całości i bez zmian, przekazuje go do powszechnego odbioru.

W aktualnym stanie prawnym „wprowadzenie bezpośrednie” nie jest uregulowane jako odrębne pole eksploatacji. Aktualna definicja pola eksploatacji „reemitowanie”, zawarta w art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o prawie autorskim wymaga, aby reemitowany program był pierwotnie nadawany, a zgodnie z definicją „nadawania” zawartą w art. 6 ust. 1 pkt 4 tej ustawy – nadawaniem utworu jest jego „rozpowszechnianie drogą emisji radiowej lub telewizyjnej”. W przypadku „wprowadzenia bezpośredniego” organizacja radiowa lub telewizyjna nie nadaje zatem swojego programu (nie jest nadawcą), a jedynie przekazuje swój „sygnał będący nośnikiem programu” wybranemu użytkownikowi. Z kolei ten użytkownik nie dokonuje reemisji (nie jest reemitentem), ponieważ programy, które rozpowszechnia, nie są równolegle nadawane. W praktyce rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych przekazywanych w drodze „wprowadzenia bezpośredniego” bardzo przypomina reemisję i ekonomicznie ma zasadniczo taki sam sens. W aktualnym stanie prawnym nie jest jednak reemisją, a sposobem rozpowszechniania utworów i przedmiotów praw pokrewnych, który nie został normatywnie wyodrębniony jako pole eksploatacji.

Dyrektywa SATCAB II w art. 8 nakazuje uznać rozpowszechnianie utworów przekazanych rozpowszechniającemu drogą „wprowadzenia bezpośredniego” za „pojedynczą czynność publicznego komunikowania”, jednak w odniesieniu do której zarówno organizacja radiowa lub telewizyjna, jak i rozpowszechniający muszą uzyskać stosowne, odrębne zezwolenia od podmiotów uprawnionych. Państwa członkowskie mogą określić warunki uzyskania takiego zezwolenia, w tym odpowiednio zastosować zasady dotyczące licencjonowania usług reemisji.

Projektowana ustawa uznaje wprost ww. sposób rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych za rodzaj reemisji. Jest to zgodne z praktyką rynkową, gdzie wobec braku szczegółowych regulacji prawnych stosuje się *per analogiam* przepisy dotyczące reemisji. Takie rozwiązanie pozwoli ograniczyć do minimum dalsze zmiany ustawowe, a także np. zachować dotychczasowe brzmienie zezwoleń na zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi, które w przypadku największych organizacji obejmują

także pole eksploatacji reemitowanie. Alternatywą dla takiego rozwiązania byłoby wyodrębnienie „wprowadzenia bezpośredniego” jako nowego pola eksploatacji – powstałaby jednak wtedy konieczność dokonania zmian całego szeregu przepisów ustawy o prawie autorskim oraz kolejnej zmiany zezwoleń organizacji zbiorowego zarządzania polegającej na dopisaniu w nich tego nowego pola eksploatacji. Co jednak bardziej istotne – pola eksploatacji aktualnie wyodrębnione w art. 50 ustawy o prawie autorskim mają bardzo różny charakter, stanowią ekonomicznie całkowicie odmienne sposoby eksploatacji utworów. Tymczasem „wprowadzenie bezpośrednie” jest ekonomicznie tożsame z reemisją, jednakże w tym przypadku postęp techniki udostępniania sygnału RTV wyprzedził regulacje prawne i zawarte w nich definicje nadawania i reemitowania. Nie wydaje się zatem zasadne normatywne wyodrębnienie w tym zakresie nowego pola eksploatacji.

Jak zwrócono uwagę w części niniejszego uzasadnienia dotyczącej reemisji, dyrektywa zmienia definicję reemisji zawartą w dyrektywie 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 reemisji. Ten sam kierunek przyjęto w dyrektywie SATCABII – art. 2 pkt 2 lit. a) in fine. Skoro nie jest istotny sposób, w jaki reemitent otrzymuje sygnał RTV celem jego dalszej reemisji, to wydaje się, że sygnał też może być też przekazany bezpośrednio drogą „wprowadzenia bezpośredniego”. W tym celu projektowana ustawa przewiduje odpowiednie rozszerzenie definicji reemitowania zawartej w art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o prawie autorskim poprzez wyraźne podkreślenie, że reemisja zachodzi 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)”.

Wdrażając art. 8 dyrektywy, projektowana ustawa przewiduje dodanie w art. 21¹ (dot. reemisji) nowego ust. 3, zgodnie z którym „uważa się, że w przypadku reemisji utworów udostępnionych przez organizację radiową lub telewizyjną w drodze wprowadzenia bezpośredniego organizacja ta oraz reemitent dokonują jednej czynności reemisji”. W ramach określania przez państwa członkowskie „warunków uzyskania zezwolenia od podmiotów uprawnionych” (art. 8 ust. 1 in fine dyrektywy) projektowany przepis ustawy przewiduje także, że zgoda uprawnionego na nadawanie utworu przez organizację radiową lub telewizyjną „stanowi jednocześnie zgodę na jego reemisję przez tę organizację poprzez wprowadzenie bezpośrednie” – tym sposobem już uzyskane przez organizacje radiowe lub telewizyjne licencje na nadawanie będą mogły obejmować także „wprowadzenie bezpośrednie” tych programów, a więc ich „bezpśrednie” przekazanie reemitentowi celem reemisji.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy zasady dotyczące licencjonowania reemisji mogą być stosowane odpowiednio do licencjonowania rozpowszechniania utworów udostępnionych drogą „wprowadzenia bezpośredniego”. Poprzez uznanie tego rozpowszechniania za rodzaj reemisji, zasady licencjonowania reemisji będą stosowane wprost – zgodnie z art. 21¹ ust. 1 ustawy o prawie autorskim zastosowanie znajdzie tutaj obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania, z określonym w ust. 1¹ wyjątkiem w odniesieniu do praw

wykonywanych bezpośrednio przez organizacje radiowe lub telewizyjne oraz określonym w ust. 2 mediacyjnym mechanizmem rozwiązywania sporów.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 dyrektywy wprowadza się w art. 4 ust. 2 projektowanej ustawy (podobnie jak w przypadku dodatkowych usług online) przepis przejściowy, zgodnie z którym nowy art. 21¹ ust. 3 ustawy o prawie autorskim będzie się stosował do obowiązujących w dniu wejścia w życie projektowanej ustawy zgód uprawnionego na rozpowszechnianie utworów lub przedmiotów praw pokrewnych udostępnionych rozpowszechniającemu drogą wprowadzenia bezpośredniego – od dnia 7 czerwca 2025 r., jeżeli zgody te wygasają po tej dacie. Przepis dyrektywy odnosi się do zgód obowiązujących w dniu 7 czerwca 2021 r., ponieważ jednak projektowana ustawa wejdzie w życie w terminie późniejszym, zasadne jest stosowanie przepisu przejściowego do zgód obowiązujących w dniu wejścia w życie tej ustawy.

Implementacja dyrektywy DSM

1. Dozwolony użytek (art. 3–7 dyrektywy)

1.1. Eksploracja tekstów i danych dla celów badawczych (art. 3 dyrektywy)

Art. 3 dyrektywy wprowadza do prawa autorskiego w stosunku do uczelni, organizacji badawczych oraz instytucji dziedzictwa kulturowego obowiązkowy wyjątek badawczy w postaci eksploracji tekstów i danych. Prawodawca unijny dostrzega, że badania naukowe są coraz częściej prowadzone przy pomocy technologii cyfrowych, które umożliwiają automatyczną matematyczną analizę informacji w postaci cyfrowej, takich jak teksty, dźwięki, obrazy lub dane, powszechnie określaną jako „eksploracja tekstów i danych”. Technologie eksploracji tekstów i danych umożliwiają przetwarzanie dużych ilości informacji w celu uzyskania nowej wiedzy lub zidentyfikowania nowych tendencji i korelacji. Mogą one przynieść szczególne korzyści uczelniom, organizacjom badawczym i instytucjom dziedzictwa kulturowego, które prowadzą badania w ramach swojej głównej działalności, tym samym wspierając innowacje i postęp naukowy (motyw 8 dyrektywy DSM). W motywach 8, 10 i 11 dyrektywy zwrócono jednak uwagę na związany z eksploracją tekstów i danych problem braku pewności prawa w odniesieniu do tego, czy pewne czynności wchodzące w zakres takiej eksploracji (np. zwielokrotnianie utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, pobieranie baz danych) wkraczają w monopol autorski lub prawo producenta baz danych. Wprowadzenie dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych dla celów badawczych ma zatem rozwiązać ww. problem braku pewności prawa, a jednocześnie zwiększać konkurencyjność UE jako przestrzeni badawczej.

Art. 2 pkt 2 dyrektywy DSM definiuje „eksplorację tekstów i danych” jako „zautomatyzowaną technikę analityczną służącą do analizowania tekstów i danych w postaci

cyfrowej w celu wygenerowania informacji, obejmujących między innymi wzorce, tendencje i korelacje”.

Wskazany w dyrektywie zakres beneficjentów przyjętego rozwiązania odnosi się do uczelni, organizacji badawczych i instytucji dziedzictwa kulturowego. Dwa ostatnie terminy zostały również zdefiniowane w dyrektywie. Zgodnie z art. 2 pkt 1 dyrektywy „organizacja badawcza” oznacza uczelnię, łącznie z należącymi do niej bibliotekami, instytut badawczy lub inny podmiot, których głównym celem jest prowadzenie badań naukowych lub działalności edukacyjnej obejmującej także prowadzenie badań naukowych: a) w sposób nienastawiony na zysk lub poprzez ponowne inwestowanie całości zysków w swoje badania naukowe lub b) zgodnie z uznaną przez dane państwo misją realizowania interesu publicznego – w taki sposób, że z dostępu do wyników takich badań naukowych nie może korzystać na preferencyjnych warunkach przedsiębiorstwo mające decydujący wpływ na taką organizację. Motyw 12 dyrektywy DSM wskazuje ponadto, że definicję organizacji badawczej należy rozumieć szeroko. Obejmie ona m.in. instytuty badawcze oraz szpitale prowadzące działalność badawczą. Wykluczeniu będą natomiast podlegały tylko te organizacje badawcze, nad którymi przedsiębiorstwa sprawują kontrolę ze względów komercyjnych (są np. akcjonariuszami lub wspólnikami instytucji badawczej, co mogłoby skutkować preferencyjnym dostępem do wyników prowadzonych przez nią badań). Nie ma natomiast przeszkód, jak wskazuje motyw 11, aby uwzględnić te instytucje badawcze, które współpracują z sektorem prywatnym w ramach partnerstw publiczno-prywatnych. „Instytucja dziedzictwa kulturowego” została z kolei zdefiniowana w art. 2 pkt 3 dyrektywy jako ogólnodostępna biblioteka, muzeum, archiwum, instytucja dziedzictwa filmowego lub instytucja dziedzictwa dźwiękowego.

Zakres przedmiotowy dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych dla celów badawczych został wskazany w art. 3 dyrektywy, który przewiduje wyjątek od praw przewidzianych w art. 5 lit a) i art. 7 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych, a także w art. 2 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym oraz w art. 15 ust. 1 dyrektywy DSM. Stosownie do art. 3 dyrektywy DSM dopuszczalne jest zatem zwielokrotnianie utworów i przedmiotów praw pokrewnych, pobieranie baz danych chronionych prawem producenta bazy danych oraz ich przechowywanie w celu przeprowadzania eksploracji tekstów i danych do celów badań naukowych.

Skorzystanie przez uprawnione podmioty z omawianej postaci dozwolonego użytku uzależnione jest jednak od spełnienia przez nie określonych warunków. Korzystanie z utworów powinno zatem odbywać się wyłącznie w celu eksploracji tekstów i danych (art. 3 ust. 1 dyrektywy) i wyłącznie dla celów badawczych (art. 3 ust.1 dyrektywy). Warunkiem wstępnym skorzystania z wyjątku, zgodnie z motywem 14 dyrektywy, jest legalny dostęp podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 dyrektywy do eksplorowanych treści, oparty na polityce otwartego dostępu, jak również dostęp legalnie nabyty lub licencjonowany, w tym np. w postaci abonamentów lub licencji otwartego dostępu. Celem eksploracji tekstów i danych nie może być osiągnięcie bezpośredniej lub pośredniej korzyści majątkowej, co należy rozumieć jako wymóg nienastawienia działalności beneficjenta tej postaci dozwolonego użytku

na osiągnięcie zysku. Ewentualny zysk z eksploracji tekstów i danych przez organizację badawczą powinien więc być reinwestowany w badania naukowe. Ponadto w art. 3 ust. 2 dyrektywy przewidziano konieczność wprowadzenia wymogu, aby utwory zwielokrotnione w ramach omawianej postaci dozwolonego użytku były przechowywane z zachowaniem odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Przechowywanie musi jednak służyć celom badawczym, w tym weryfikacji wyników tych badań. Jak wskazano w motywie 16 dyrektywy, środki służące zachowaniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa mogą polegać na tym, aby dostęp do danych podmiotów uprawnionych mogły mieć tylko osoby mające do nich zgodny z prawem dostęp, w tym dzięki uwierzytelnieniu adresu IP czy uwierzytelnieniu użytkownika. Środki te powinny być proporcjonalne do zagrożenia i nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne do realizacji celu polegającego na zapewnieniu bezpieczeństwa i integralności systemu, oraz nie powinny utrudniać skutecznego stosowania tego wyjątku.

W motywie 17 dyrektywy wprost wykluczone zostało ustawowe zapewnienie rekompensaty dla podmiotów praw wyłącznych z tytułu korzystania z dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych w celu badań naukowych. Należy także zwrócić uwagę na art. 7 dyrektywy, z którego wprost wynika, że każde postanowienie umowne sprzeczne z wyjątkiem przewidzianym w art. 3 jest bezskuteczne. Eksploracja tekstów i danych na podstawie art. 3 dyrektywy jest zatem możliwa bez względu na wolę uprawnionego.

W aktualnym stanie prawnym polskie przepisy nie przewidują regulacji dotyczących dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych w celach naukowych.

Wprowadzony do projektu ustawy przepis art. 26² stanowi implementację art. 3 dyrektywy. Wprowadza on nową postać dozwolonego użytku, obejmującą eksplorację tekstów i danych dla celów badawczych. Z kolei pojęcie eksploracji tekstów i danych zostało zdefiniowane w art. 6 ust. 1 pkt 21 projektu ustawy i oznacza ich analizę przy zastosowaniu zautomatyzowanej techniki służącej do analizowania tekstów i danych w postaci cyfrowej w celu wygenerowania informacji obejmujących w szczególności wzorce, tendencje i korelacje. Zaproponowana definicja legalna eksploracji tekstów i danych odpowiada więc w pełni definicji przewidzianej w art. 2 pkt 2 dyrektywy.

Zakres beneficjentów przyjętego rozwiązania został określony w art. 26² ust. 1 i odzwierciedla ten wskazany w dyrektywie. Projektowany przepis zawiera zamknięty katalog podmiotów uprawnionych do prowadzenia eksploracji tekstów i danych, obejmujący:

- a) uczelnie,
- b) instytuty badawcze, o których mowa w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1383 oraz z 2021 r. poz. 1192),
- c) instytuty naukowe Polskiej Akademii Nauk, o których mowa w art. 50 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk,
- d) biblioteki,
- e) muzea,
- f) archiwa oraz

g) instytucje kultury, których statutowym zadaniem jest gromadzenie, ochrona i upowszechnianie zbiorów dziedzictwa filmowego lub fonograficznego.

Wyżej wymienione podmioty, zgodnie z projektowanym art. 26² ust. 1, mogą korzystać z utworów, przedmiotów praw pokrewnych i baz danych stanowiących przedmiot ochrony *sui generis* w celu eksploracji tekstów i danych do celów badawczych.

Projektowany art. 26² ust. 2, implementując art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy, stanowi, że utwory zwielokrotnione zgodnie z art. 26² ust. 1 są przechowywane z zachowaniem odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i wyłącznie do celów badawczych, w tym do weryfikacji wyników tych badań. Przepis art. 26² upoważnia więc jedynie do eksploracji tekstów i danych oraz do ich przechowywania, nie dopuszcza natomiast udostępniania utworów osobom trzecim. Art. 26² ust. 3 projektu ustawy wdraża art. 3 ust. 3 dyrektywy. Zgodnie z projektowanym przepisem uprawniony może stosować środki zapewniające bezpieczeństwo i integralność sieci i baz danych, w których utwory są przechowywane. Środki te nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu.

1.2. Eksploracja tekstów i danych dla celów innych niż badawcze (art. 4 dyrektywy)

Możliwość stosowania technologii cyfrowych w celu eksploracji tekstów i danych ma doniosłe znaczenie nie tylko dla organizacji badawczych, ale także dla podmiotów gospodarczych, które wykorzystują wyniki eksploracji w różnych sferach życia codziennego i do różnych celów, takich jak np. podejmowanie złożonych decyzji biznesowych, rozwijanie nowych modeli biznesowych, opracowywanie innowacyjnych aplikacji i technologii. Dlatego też art. 4 dyrektywy wprowadza do prawa autorskiego wyjątek badawczy w postaci eksploracji tekstów i danych także w celach komercyjnych. W motywie 18 dyrektywy zaakcentowano niepewność co do tego, czy w aktualnym stanie prawnym można dokonywać zwielokrotnień i pobrań na potrzeby eksploracji tekstów i danych. Celem dyrektywy jest zatem zwiększenie pewności prawa oraz stymulowanie rozwoju innowacji w sektorze prywatnym.

Art. 4 dyrektywy wprowadza nową postać dozwolonego użytku, analogiczną do ustanowionej w art. 3, z tym że obejmującą eksplorację tekstów i danych dla celów komercyjnych. Z treści przepisu i motywu 18 wynika, że każdy podmiot, w szczególności sprofilowany komercyjnie, jest uprawniony do prowadzenia eksploracji tekstów i danych w ramach omawianego wyjątku.

Zakres przedmiotowy dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych dla celów komercyjnych został wskazany w art. 4 ust. 1 dyrektywy DSM, który przewiduje wyjątek od praw przewidzianych w art. 5 lit a) i art. 7 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych, w art. 2 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, w art. 4 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych oraz w art. 15 ust. 1 dyrektywy DSM. Zakres utworów, które mogą być eksplorowane w oparciu o powyższy przepis pokrywa się zatem z zakresem przewidzianym w art. 3 dyrektywy DSM, a dodatkowo obejmuje także programy komputerowe.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy zwielokrotnienia i pobrania dokonane w ramach omawianego dozwolonego użytku mogą być przechowywane tak długo, jak to konieczne do celów eksploracji tekstów i danych. Co szczególnie istotne, korzystanie z omawianej postaci dozwolonego użytku nie jest uzależnione od spełnienia jakichkolwiek warunków co do celu korzystania, w związku z czym z tej postaci dozwolonego użytku można korzystać w dowolnym celu.

Istotne postanowienie zawarto w art. 4 ust. 3 dyrektywy. Z przepisu wynika, że podmiot, któremu przysługują autorskie prawa majątkowe do utworów, które miałyby być eksplorowane, może wyłączyć taką możliwość przez odpowiednie zastrzeżenie, na przykład za pomocą środków nadających się do odczytu maszynowego w przypadku treści, które zostały udostępnione w Internecie. Zabezpieczenie ma polegać na zastosowaniu środków nadających się do odczytu maszynowego, łącznie z metadanymi i warunkami korzystania ze strony internetowej lub usługi, co wynika wprost z motywu 18 ust. 2 dyrektywy. Jest to zatem szczególny przypadek dozwolonego użytku, kiedy to już sama możliwość korzystania z niego jest uzależniona od woli uprawnionego, oczywiście pod warunkiem wyrażenia tej woli w odpowiedni sposób.

W aktualnym stanie prawnym polskie przepisy nie przewidują regulacji dotyczących dozwolonego użytku w postaci eksploracji tekstów i danych w celach komercyjnych. Implementacja omawianego przepisu dyrektywy nastąpi przez wprowadzenie do ustawy o prawie autorskim nowego art. 26³.

Różnice pomiędzy dozwolonym użytkowaniem w projektowanym art. 26² a dozwolonym użytkowaniem w projektowanym art. 26³ są następujące:

- art. 26³ nie zawiera żadnych ograniczeń podmiotowych – każdy może korzystać z omawianej postaci dozwolonego użytku,
- zakres utworów, które mogą być eksplorowane w oparciu o art. 26³, obejmuje także programy komputerowe (projektowany art. 77 ust. 1 ustawy o prawie autorskim wyłącza dopuszczalność eksplorowania tekstów i danych zawartych w programach komputerowych w odniesieniu do dozwolonego użytku badawczego),
- na podstawie art. 26³ można korzystać z utworów dla dowolnych celów, na podstawie art. 26² jedynie dla celów badawczych,
- zgodnie z art. 26³ ust. 2 zwielokrotnione utwory mogą być przechowywane wyłącznie w celu eksploracji tekstów i danych i tak długo, jak jest to konieczne, natomiast w odniesieniu do art. 26² nie wprowadza się żadnych ograniczeń czasowych,

- możliwość korzystania z dozwolonego użytku na podstawie art. 26² nie zależy od woli uprawnionego, natomiast zgodnie z art. 26³ uprawniony może zabronić korzystania ze swego utworu poprzez odpowiednie zastrzeżenie.

1.3. Dozwolony użytek dla celów dydaktycznych (art. 5 dyrektywy)

Art. 5 dyrektywy modyfikuje obowiązujące dotychczas przepisy art. 5 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2001/29/WE oraz art. 6 ust. 2 lit. b) i art. 9 lit. b) dyrektywy 96/9/WE dotyczące dozwolonego użytku dla celów dydaktycznych w ten sposób, że rozszerza dopuszczalność korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych przez placówki edukacyjne także na wyrażone w formie cyfrowej utwory i inne przedmioty objęte ochroną w celu korzystania z nich w środowisku online. Precyzuje warunki legalnego korzystania z omawianej postaci dozwolonego użytku – korzystanie z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w celu zilustrowania w ramach nauczania, w zakresie uzasadnionym przez niekomercyjny cel, który ma zostać osiągnięty, jest możliwe, pod warunkiem że:

- 1) odbywa się na odpowiedzialność placówki edukacyjnej, na jej terenie lub w innym miejscu, lub za pośrednictwem bezpiecznego środowiska elektronicznego dostępnego wyłącznie dla uczniów lub studentów i pracowników dydaktycznych danej placówki edukacyjnej oraz
- 2) jest opatrzone informacją dotyczącą źródła, łącznie z imieniem i nazwiskiem twórcy, chyba że okaże się to niemożliwe.

Art. 5 ust. 3 dyrektywy wprowadza zasadę państwa pochodzenia w przypadku korzystania z omawianej postaci dozwolonego użytku w środowisku cyfrowym – przyjmując, że korzystanie to ma miejsce wyłącznie w państwie członkowskim, w którym dana placówka edukacyjna ma swoją siedzibę. W motywach dyrektywy wskazano, że dotychczasowa regulacja mogła utrudniać rozwój działalności edukacyjnej, w której wykorzystuje się materiały cyfrowe, i nauczania na odległość. Zatem aby placówki edukacyjne mogły mieć pewność prawa korzystając z utworów w cyfrowej działalności edukacyjnej, w tym w Internecie i ponad granicami, konieczne jest wprowadzenie nowego obowiązkowego dozwolonego użytku (motyw 19).

Institucja dozwolonego użytku dla celów dydaktycznych istnieje już w polskim porządku prawnym i jest wyrażona w art. 27 ustawy o prawie autorskim. Przepis ten uprawnia instytucje oświatowe, uczelnie oraz jednostki naukowe do korzystania z utworów w celach naukowych i dydaktycznych. Art. 27 ust. 2 ustawy dopuszcza wprost korzystanie z dozwolonego użytku dla celów dydaktycznych w środowisku cyfrowym – takie korzystanie jest dopuszczalne, o ile jest ono ograniczone do kręgu osób uczących się, nauczających lub prowadzących badania naukowe, zidentyfikowanych przez beneficjentów omawianej postaci dozwolonego użytku. Przepis ten zawiera zatem warunek wyrażony w art. 5 ust. 1 lit. b) dyrektywy DSM.

Dla pełnego wdrożenia art. 5 dyrektywy konieczne jest jednak wprowadzenie do art. 27 ustawy o prawie autorskim określonych zmian. W ust. 1 tego przepisu zostanie wskazana

wprost odpowiedzialność beneficjentów w związku z korzystaniem z utworów w ramach dozwolonego użytku. W art. 27 ust. 2 proponuje się natomiast wprowadzenie zasady terytorialności, o której mowa w art. 5 ust. 3 dyrektywy, wskazując, że korzystanie z utworu w ramach omawianej postaci dozwolonego użytku odbywa się w państwie, w którym beneficjent ma swoją siedzibę. Opisane wyżej zmiany pozwolą na pełną implementację art. 5 dyrektywy, w szczególności dzięki powtórzeniu w projektowanym przepisie wszystkich wskazanych w dyrektywie warunków legalności korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych w oparciu o dozwolony użytek dla celów dydaktycznych.

W preambule do dyrektywy wskazuje się, że programy nauczania na odległość i kształcenia transgranicznego funkcjonują przede wszystkim na poziomie szkolnictwa wyższego, jednak cyfrowe narzędzia i zasoby są coraz częściej wykorzystywane na wszystkich poziomach kształcenia, w szczególności w celu poprawienia i wzbogacenia procesu uczenia się. Wyjątek lub ograniczenie przewidziane w niniejszej dyrektywie powinny zatem przynieść korzyści wszystkim placówkom edukacyjnym uznanym przez dane państwo członkowskie, w tym placówkom edukacyjnym na poziomie kształcenia podstawowego, średniego, zawodowego i wyższego (motyw 20). Należy zatem zwrócić uwagę, że zakres podmiotowy polskiej regulacji omawianej postaci dozwolonego użytku obejmuje również placówki edukacyjne prowadzące działalność na ww. poziomach edukacji. Utrzymany zostanie zatem katalog beneficjentów dozwolonego użytku dla celów dydaktycznych, który zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy o prawie autorskim obejmuje instytucje oświatowe oraz podmioty, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 4–8 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce.

Na gruncie stosowania nowego brzmienia art. 27 ustawy o prawie autorskim może pojawić się wątpliwość, czy zakres podmiotów uprawnionych do korzystania z dozwolonego użytku uregulowanego w tym przepisie obejmuje wyłącznie placówki publiczne, czy zarówno placówki publiczne jak i prywatne. Dotychczasowa wykładnia, wskazująca że dozwolony użytek z art. 27 obejmuje zarówno placówki publiczne, jak i prywatne, pozostaje aktualna. Należy zwrócić uwagę na treść motywu 42 preambuły do dyrektywy 2001/29/WE, który nakazuje traktować jednakowo podmioty prowadzące działalność tego samego rodzaju bez względu na różnice w strukturze organizacyjnej i środkach finansowania danej instytucji, którym nie przypisano znaczenia decydującego¹⁵. Niewątpliwie jest, że działalność szkół niepublicznych nie różni się charakterem od działalności szkół publicznych, nie ma charakteru handlowego, a jej podstawowym celem nie jest uzyskiwanie korzyści majątkowych.

Nie planuje się wprowadzenia ograniczeń stosowania omawianej postaci dozwolonego użytku, które dopuszcza art. 5 ust. 2 dyrektywy. Nie przewiduje się także wprowadzenia rekompensaty, o której mowa w art. 5 ust. 4 dyrektywy.

¹⁵ M. Walter, S. von Lewinski, *European Copyright Law (A Commentary)*, Oxford 2010, s. 1045. Należy podkreślić, że przy interpretacji powyższego pojęcia konieczne jest posłużenie się wskazówką z motywu 42 preambuły dyrektywy 2001/29/WE. Zgodnie z jego treścią „niehandlowy charakter danej działalności powinien być określony przez samą działalność. Struktura organizacyjna i środki finansowania danej instytucji nie są w tym względzie elementami decydującymi.”

1.4. Dozwolony użytek na potrzeby zachowania zbiorów (art. 6 dyrektywy)

Art. 6 dyrektywy zezwala instytucjom dziedzictwa kulturowego na wykonywanie kopii utworów i przedmiotów praw pokrewnych znajdujących się na stałe w zbiorach tych instytucji, w celu ich zachowania i w zakresie potrzebnym do tego zachowania. Omawiana postać dozwolonego użytku została już uregulowana w ustawie o prawie autorskim, jednak ma węższy zakres niż wynikający z dyrektywy DSM. Art. 28 ustawy o prawie autorskim wśród beneficjentów wymienia instytucje oświatowe, uczelnie, instytuty badawcze prowadzące działalność, o której mowa w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1383), instytuty naukowe Polskiej Akademii Nauk prowadzące działalność, o której mowa w art. 50 ust. 4 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz.U. z 2020 r. poz. 1796), biblioteki, muzea oraz archiwa, natomiast art. 6 dyrektywy wskazuje, że beneficjentami są instytucje dziedzictwa kulturowego, do których zgodnie z zawartą w art. 2 pkt 3 dyrektywy definicją zalicza się ogólnodostępną bibliotekę lub muzeum, archiwum lub instytucję dziedzictwa filmowego lub instytucję dziedzictwa dźwiękowego. Z porównania zakresu podmiotowego art. 6 dyrektywy oraz brzmienia art. 28 ust. 1 ustawy o prawie autorskim wynika, że ustawa nie zalicza do beneficjentów instytucji dziedzictwa filmowego oraz instytucji dziedzictwa dźwiękowego. Z tego względu projektowana regulacja przewiduje uzupełnienie katalogu beneficjentów zawartego w art. 28 ustawy o brakujące kategorie podmiotów. Do instytucji kultury, których statutowym zadaniem jest gromadzenie, ochrona i upowszechnianie zbiorów dziedzictwa filmowego lub fonograficznego, należą: Polski Instytut Sztuki Filmowej, Filmoteka Narodowa – Instytut Audiowizualny (instytucja powstała w 2017 r. w wyniku połączenia Filmoteki Narodowej i Narodowego Instytutu Audiowizualnego), Narodowy Instytut Fryderyka Chopina, Instytut Muzyki i Tańca oraz publiczne organizacje radiowe („Polskie Radio S.A.” oraz spółki zawiązane w celu tworzenia i rozpowszechniania regionalnych programów radiowych – tzw. „spółki radiofonii regionalnej”) i telewizyjne („Telewizja Polska S.A”, jak również terenowe oddziały spółki zawiązane w celu tworzenia i rozpowszechniania ogólnokrajowych programów 1, 2 i TV Polonia oraz regionalnych programów telewizyjnych). Z uwagi na fakt, że art. 28 powinien objąć biblioteki, muzea, archiwa, instytucje dziedzictwa filmowego oraz instytucje dziedzictwa dźwiękowego, co pokrywa się z katalogiem beneficjentów określonym w projektowanym art. 26² ustawy, proponuje się zastąpienie dotychczasowego wyliczenia zbiorczą kategorią „instytucja dziedzictwa kulturowego”. Zabieg ten, zgodny z zasadami techniki prawodawczej, pozwoli na wprowadzenie większej przejrzystości ustawy i ułatwi korzystanie z niej.

Z uwagi na fakt, że art. 6 dyrektywy dopuszcza wprost kopiowanie utworów i innych przedmiotów objętych ochroną niezależnie od ich formatu lub nośnika proponuje się dodanie tego sformułowania do art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawie autorskim. Rozwiązanie to pozwoli na wykluczenie istniejących dotychczas wątpliwości co do dopuszczalności kopiowania utworów i przedmiotów praw pokrewnych w formie cyfrowej poprzez wskazanie wprost, że takie utwory i przedmioty praw pokrewnych również są objęte zakresem omawianej postaci dozwolonego użytku.

1.5. Przepisy wspólne (art. 7 dyrektywy)

Zgodnie z art. 7 dyrektywy postanowienia umowne sprzeczne z wyjątkami przewidzianymi w art. 3, 5 i 6 dyrektywy mają być bezskuteczne, zaś do wszystkich instytucji dozwolonego użytku (art. 3–6 dyrektywy) mają mieć zastosowanie art. 5 ust. 5 oraz art. 6 ust. 4 akapit pierwszy, trzeci i piąty dyrektywy 2001/29/WE.

Powyższe przepisy dyrektywy nie wymagają uwzględnienia w projektowanej ustawie. Należy bowiem mieć na uwadze, że przepisy ustawy o prawie autorskim dotyczące dozwolonego użytku (art. 23–35) nie pozostawiają wątpliwości, że znajdują zastosowanie niezależnie od woli uprawnionych, a więc także niezależnie od ew. postanowień umownych między uprawnionym a beneficjentem danej instytucji dozwolonego użytku. Wykładnia ta zostanie jeszcze dodatkowo wzmocniona projektowanym przepisem art. 26³ ustawy o prawie autorskim, który *expressis verbis* uzależnia swoje stosowanie w danej sytuacji od (odpowiednio wyrażonej) woli uprawnionego i będzie stanowił swoisty wyjątek w przepisach o dozwolonym użytku. Z kolei art. 5 ust. 5 oraz art. 6 ust. 4 akapit pierwszy, trzeci i piąty dyrektywy 2001/29/WE zostały implementowane, w ramach implementacji tej dyrektywy, w art. 35 oraz 79 ust. 6 ustawy o prawie autorskim, znajdują zatem zastosowanie także do nowych przepisów o dozwolonym użytku, wprowadzonych zgodnie z art. 3-6 dyrektywy DSM.

2. Korzystanie z utworów uznanych za niedostępne handlu (art. 8-11 dyrektywy)

2.1. Wprowadzenie

Ze względu na fakt, iż znacząca część utworów niedostępnych w handlu, znajdujących się w zbiorach instytucji dziedzictwa kulturowego, nigdy bądź od wielu lat nie była eksploatowana w sposób komercyjny, a także ze względu na wiek tych utworów oraz ich dużą liczbę i potrzebę masowej digitalizacji, uzyskanie zgody uprawnionych na korzystanie umożliwiające eksploatację dużej części zbiorów instytucji dziedzictwa kulturowego okazuje się niemożliwe albo znacząco utrudnione (motyw 30 dyrektywy). Z tego względu w art. 8–11 dyrektywy przewidziano rozwiązanie umożliwiające korzystanie z utworów niedostępnych w handlu przez instytucje dziedzictwa kulturowego na podstawie licencji udzielonej przez organizację zbiorowego zarządzania również w zakresie, w którym uprawnieni nie powierzyli swoich praw w zbiorowy zarząd¹⁶. W przypadkach, w których nie istnieje organizacja zbiorowego zarządzania spełniająca wymogi określone w dyrektywie, przewidziano natomiast nowy obligatoryjny wyjątek (ograniczenie)¹⁷. Aktualnie obowiązująca ustawa o prawie autorskim zawiera rozwiązania mające na celu ułatwienie korzystania z konkretnych, wąsko określonych rodzajów utworów niedostępnych w handlu na podstawie umowy zawartej z organizacją zbiorowego zarządzania. Regulacja ta nie spełnia jednak wymogów wskazanych w dyrektywie, zarówno w odniesieniu do zakresu przedmiotowego, jak i warunków oraz dopuszczalnych sposobów korzystania z utworów niedostępnych

¹⁶ Art. 8 ust. 1 dyrektywy implementowany w projektowanych oddziałach 6 i 6a.

¹⁷ Główną regulację w tym zakresie zawiera art. 8 ust. 2 dyrektywy DSM. Na gruncie projektowanych przepisów rozwiązanie to znalazło odzwierciedlenie w projektowanych oddziałach 6 i 6b.

w handlu. W związku z powyższym konieczne okazało się całościowe, ponowne uregulowanie instytucji ułatwiających korzystanie z tych utworów przez instytucje dziedzictwa kulturowego.

2.2. Przepisy wspólne dotyczące korzystania z utworów niedostępnych w handlu, określonego w oddziałach 6a i 6b

Projektowany przepis art. 35¹⁰ otwiera część przepisów wspólnych (projektowany oddział 6) kompleksowej regulacji mającej na celu – zgodnie z wymogami dyrektywy – ułatwienie korzystania z utworów¹⁸ niedostępnych w handlu, znajdujących się w zbiorach instytucji dziedzictwa kulturowego, w tym w szczególności ich digitalizacji i rozpowszechniania online, również w zakresie transgranicznym. W projektowanym przepisie przesądza, że przedmiotowa regulacja nie ma zastosowania, gdy uprawniony jest reprezentowany przez organizację zbiorowego zarządzania na ogólnych zasadach, tj. na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie albo umowy o reprezentacji, a w związku z tym problem z pozyskaniem licencji nie występuje. W takiej sytuacji bowiem korzystanie na podstawie licencji udzielonej przez organizację zbiorowego zarządzania nie musi podlegać ograniczeniom wskazanym w oddziałach 6 i 6a. Nie ma ponadto podstaw do korzystania na podstawie dozwolonego użytku określonego w oddziale 6b.

Art. 8 ust. 5 dyrektywy określa wymogi uznania utworu za niedostępny w handlu na potrzeby korzystania określonego w dyrektywie. Zgodnie z jego treścią „utwór lub inny przedmiot objęty ochroną uznaje się za niedostępny w obrocie handlowym¹⁹, jeżeli w dobrej wierze można uznać, że cały utwór lub inny przedmiot objęty ochroną nie jest dostępny publicznie za pośrednictwem zwykłych kanałów handlowych, po tym jak podjęte zostały rozsądne działania w celu ustalenia, czy jest on dostępny publicznie”.

W projektowanej w art. 35¹¹ definicji utworów niedostępnych w handlu określono, że badanie poziomu ich dostępności odbywa się za pośrednictwem kanałów dystrybucji²⁰ właściwych dla danego rodzaju utworów „w zakresie zaspokajającym racjonalne potrzeby odbiorców”. W ten sposób uwzględniono treść motywu 38 dyrektywy (zdanie ostatnie), zgodnie z którym „ograniczona dostępność” danego utworu (innego przedmiotu objętego ochroną) nie jest wystarczająca dla stwierdzenia dostępności w zwyczajnych kanałach handlowych. Zastosowane w projektowanym przepisie pojęcie „racjonalnych potrzeb odbiorców” jest natomiast pojęciem funkcjonującym już na gruncie ustawy o prawie autorskim,

¹⁸ Przepisy te – zgodnie z zakresem przedmiotowym regulacji unijnej – przez odpowiednie stosowanie, umożliwią również korzystanie z niedostępnych w handlu przedmiotów praw pokrewnych (w tym nowego prawa wydawców) oraz z baz danych.

¹⁹ W projektowanym przepisie, oraz konsekwentnie w całości regulacji dotyczącej tzw. utworów *out-of-commerce* (oddziały 6–6b), utwory te określono jako utwory *niedostępne w handlu*. Zrezygnowano tym samym z dotychczasowego pojęcia utworów *niedostępnych w obrocie handlowym* w celu uniknięcia konfuzji z ustawowymi pojęciami *wprowadzenia do obrotu* oraz *obrotu utworem*, które to pojęcia wiążą się z momentem przeniesienia własności egzemplarza utworu bądź przekazania go do ograniczonego czasowego korzystania, podczas gdy ocena dostępności utworu w formie egzemplarza powinna być dokonywana przy uwzględnieniu etapu poprzedzającego wprowadzenie egzemplarza utworu do obrotu. Mimo iż w polskiej wersji językowej dyrektywy posłużono się pojęciem utworów *niedostępnych w obrocie handlowym*, projektowane rozwiązanie jest całkowicie zgodne z dyrektywą. Realizuje również zasadę unikania stosowania pojęć już zdefiniowanych w ustawie w odmiennym znaczeniu (§ 147 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283)).

²⁰ Należy to pojęcie rozumieć jako typowe modele biznesowe dystrybucji danego rodzaju utworów.

w art. 95². Badanie dostępności na podstawie projektowanych przepisów ma być dokonywane w odniesieniu do sposobów dystrybucji „właściwych dla danego rodzaju utworów”. Na konieczność uwzględnienia specyfiki dystrybucji danego rodzaju utworów wskazano w motywie 38 dyrektywy, zgodnie z którym badanie dostępności powinno być podejmowane „z uwzględnieniem cech charakterystycznych danego utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną lub konkretnego zbioru utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną”.

Dyrektywa przewiduje wymóg podjęcia „rozsądnych działań” w celu weryfikacji dostępności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną. W projektowanym przepisie przewidziano zatem, że stwierdzenie niedostępności utworu w rozumieniu projektowanego przepisu powinno nastąpić w wyniku przeprowadzenia badania dostępności „w dobrej wierze i z należytą starannością”. W proponowanym rozwiązaniu zdecydowano się na zastosowanie klauzul generalnych funkcjonujących na gruncie prawa cywilnego. Umożliwia to odpowiednie uwzględnienie dotychczas wypracowanych dla tych klauzul wskazówek interpretacyjnych. Projektodawca postanowił natomiast uniknąć określania konkretnych działań oraz precyzyjnego wskazywania źródeł, które powinny zostać zweryfikowane w celu stwierdzenia niedostępności, uwzględniając odmienną regulację przewidzianą dyrektywą DSM od rozwiązania zastosowanego w dyrektywie 2012/28/UE w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych. Takie rozwiązanie przyjęte przez prawodawcę unijnego wydaje się wynikać m.in. z faktu, że badanie dostępności utworów w zakresie uwzględniającym potrzeby odbiorców jest zadaniem łatwiejszym niż poszukiwanie uprawnionych w przypadku utworów potencjalnie osieroconych. Z powyższych względów dążenie do kazuistycznej regulacji, przewidującej na poziomie ustawy choćby przykładowe wskazanie konkretnych potencjalnych źródeł informacji na temat dostępności poszczególnych rodzajów utworów niedostępnych w handlu, prowadzącej do sformalizowania tych badań na wzór regulacji dotyczącej utworów osieroconych, nie wydaje się na obecnym etapie wskazane ani racjonalne. Tym niemniej w związku z faktem, że regulacja dotycząca utworów niedostępnych w handlu nie funkcjonowała do tej pory w praktyce na gruncie polskiego prawa autorskiego, uwzględniona została fakultatywna delegacja ustawowa dla ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego w celu umożliwienia, w przypadku zaistnienia faktycznej potrzeby rynkowej, przykładowego wskazania źródeł, które należy zweryfikować w trakcie przeprowadzania działań w dobrej wierze i z należytą starannością w odniesieniu do konkretnego rodzaju utworów. Dodatkowe szczególne wskazania dotyczące prowadzenia działań, o których mowa w projektowanym przepisie, w specyficznych sytuacjach, zawarto w projektowanych art. 35¹⁴ i art. 35¹⁵ ustawy o prawie autorskim.

W projekcie nie przesądzono, kto powinien przeprowadzić działania umożliwiające stwierdzenie niedostępności na potrzeby korzystania z utworu niedostępnego w handlu. O ile w przypadku korzystania na podstawie dozwolonego użytku (projektowany oddział 6b) ciężar ten będzie spoczywał zawsze wyłącznie na instytucji dziedzictwa kulturowego, o tyle w przypadku korzystania na podstawie projektowanego oddziału 6a (korzystanie na podstawie umowy licencji niewyłącznej zawartej z organizacją zbiorowego zarządzania), może on zostać rozłożony pomiędzy instytucję dziedzictwa kulturowego a organizację zbiorowego zarządzania. W momencie podpisywania umowy licencji niewyłącznej obydwa podmioty

powinny mieć przekonanie o przeprowadzeniu tych działań w dobrej wierze i z należytą starannością.²¹

W projektowanym art. 35¹² przesądzono, że przy określaniu dostępności utworu nie uwzględnia się obrotu egzemplarzami tego utworu, wobec których miało miejsce wyczerpanie prawa wprowadzenia do obrotu, a także dostępności opracowań tego utworu. Pierwsza część tego przepisu przejmuje w całości rozwiązanie zastosowane w aktualnie obowiązującej regulacji, dotyczące korzystania z utworów niedostępnych w handlu. Wydaje się, że w najlepszy możliwy sposób przepis ten implementuje na grunt polskiej ustawy zasadę zawartą w motywie 38 dyrektywy, zgodnie z którą dostępność taka, jak „dostępność w sklepach z produktami używanymi”, nie powinna być uznawana za dostępność w zwyczajnych kanałach handlowych w rozumieniu dyrektywy. Ponadto projektowany przepis uwzględnia wytyczne zawarte w motywie 37 dyrektywy, zgodnie z którymi dostępność adaptacji nie powinna uniemożliwiać stwierdzenia niedostępności utworu. Zgodnie z projektowanym przepisem dostępność tłumaczenia książki czy też adaptacji filmowej utworu literackiego nie uniemożliwi więc uznania za niedostępny w handlu samego utworu pierwotnego. Równocześnie projektowane rozwiązanie nie pozwala na stwierdzenie, że utwór jest niedostępny w handlu w przypadku braku dostępności utworu wyłącznie w jednej z jego form. Przykładowo, nie jest więc możliwe uznanie piosenki za niedostępną w handlu na potrzeby korzystania określonego w projektowanej regulacji wyłącznie ze względu na fakt, że nie jest ona dostępna w sprzedaży na płytach CD, podczas gdy jest dostępna na platformie streamingowej. Zgodnie z treścią motywu 37 dyrektywy dla uniemożliwienia stwierdzenia niedostępności wystarczające jest, że utwór jest dostępny „w jakiegokolwiek ze swoich różnych wersji, takich jak kolejne wydania utworów literackich lub alternatywne wersje utworów kinematograficznych, lub w jakiegokolwiek ze swoich postaci, takich jak cyfrowe i drukowane formy tego samego utworu”.

W projektowanym art. 35¹³ wskazano, że za utwór niedostępny w handlu nie może zostać uznany utwór „co do którego istnieje duże prawdopodobieństwo, że będzie dostępny w handlu w przyszłości”. W ten sposób uwzględniono treść motywu 38 dyrektywy, zgodnie z którym regulacja dotycząca tzw. utworów *out-of-commerce* nie wymaga powtarzania raz zakończonych badań dostępności, ale na etapie badań powinien być uwzględniany „każdy łatwo dostępny dowód przyszłej dostępności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną w zwyczajowych kanałach handlowych”. Art. 8 ust. 5 dyrektywy umożliwia wprowadzenie szczególnych wymogów, takich jak „termin ostateczny²², w celu ustalenia, czy utwory i inne przedmioty objęte ochroną mogą być licencjonowane zgodnie z ust. 1 lub wykorzystywane na podstawie wyjątku lub ograniczenia przewidzianego w ust. 2”. Dodatkowej wskazówki w tym zakresie udziela motyw 37 dyrektywy, w którym wskazano, że w celu ułatwienia korzystania z mechanizmów licencyjnych „konieczne może okazać się ustanowienie szczególnych wymogów w zakresie praktycznego stosowania tych mechanizmów

²¹ Równocześnie należy zaznaczyć, że przepisy dyrektywy nie umożliwiają wprowadzenia rozwiązania zbieżnego z zawartym w art. 35⁶ ust. 7 ustawy o prawie autorskim, zgodnie z którym wpis utworu do bazy utworów osieroconych oznacza możliwość korzystania z utworu przez kolejnych beneficjentów bez konieczności ponownego przeprowadzania starannych poszukiwań na potrzeby korzystania.

²² W angielskiej wersji językowej dyrektywy – *cut-off date*, w wersji francuskiej – *date butoir*.

licencyjnych, takich jak wymóg okresu, jaki musi upłynąć od pierwszej dostępności w obrocie handlowym utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną”. Wskazany wyżej przepis ma jednak charakter fakultatywny i na obecnym etapie projektodawca nie zdecydował się na rozwiązanie prowadzące do ograniczenia zakresu utworów, z których można korzystać na podstawie przepisów projektowanej regulacji. Niemniej jednak warte rozważenia wydaje się być wyeliminowanie pewnego okresu po rozpowszechnieniu utworu (bądź jego ustaleniu – w przypadku utworów nierozpowszechnionych), w którym skorzystanie przez uprawnionych z możliwości wyłączenia utworów lub przedmiotów praw pokrewnych i baz danych z projektowanych mechanizmów (tzw. *opt-out*) może być zjawiskiem częstym. Aktualnie obowiązująca ustawa przewiduje w art. 35¹⁰ ograniczenie, na podstawie którego wyłączono korzystanie z utworów niedostępnych w handlu, które zostały opublikowane po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 24 maja 1994 r. albo po tej dacie. Wprowadzenie w ślad za dotychczasowym rozwiązaniem konkretnej daty pierwszej publikacji, jako relewantnej dla dopuszczalności stwierdzenia niedostępności utworu na potrzeby korzystania określonego w projektowanej regulacji, nie wydaje się właściwe. Z upływem lat rozwiązanie takie prowadzi bowiem do nieuzasadnionego wykluczenia coraz większej grupy utworów. Można natomiast rozważyć wykluczenie możliwości uznania utworu za niedostępny w handlu w danym okresie (np. 15 lat) po jego pierwszym rozpowszechnieniu, a w przypadku utworów nierozpowszechnionych – jego ustaleniu.

Projektowany art. 35¹⁴ kształtuje normę dotyczącą zasad przeprowadzania w dobrej wierze i z należytą starannością działań w celu ustalenia dostępności w przypadku konkretnego zbioru utworów, stanowiącego pewną całość w ramach zbiorów danej instytucji dziedzictwa kulturowego. Badanie dostępności w tym przypadku może bowiem polegać, zgodnie z treścią proponowanego przepisu „na wrywkowym badaniu dostępności w handlu wybranych utworów należących do zbioru”. Zasady tej nie stosuje się jednak, gdy występuje znaczne prawdopodobieństwo dostępności poszczególnych utworów. Przepis ten stanowi odzwierciedlenie reguły zawartej w motywie 38 w zakresie, w jakim przewiduje on, że „indywidualna ocena poszczególnych utworów powinna być wymagana wyłącznie wtedy, gdy jest to uznane za rozsądne z uwagi na dostępność odnośnych informacji, prawdopodobieństwo dostępności handlowej i szacowany koszt transakcji, a także, iż w wielu przypadkach status niedostępności danego zbioru utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną w obrocie handlowym można określać za pomocą proporcjonalnego mechanizmu, takiego jak kontrola wrywkowa”.

Projektowany art. 35¹⁵ zawiera normę mającą zastosowanie przede wszystkim w przypadku badania dostępności utworów w wersjach językowych innych niż polska. W ramach prowadzenia działań, o których mowa w projektowanym art. 35¹¹, należy, przy uwzględnieniu prawdopodobieństwa pierwszego rozpowszechnienia utworu w innym państwie członkowskim, przeprowadzić badanie dostępności w tym państwie. W ten sposób uwzględniono treść motywu 38 dyrektywy w zakresie, w jakim uznano, że weryfikację dostępności przeprowadza się w państwie członkowskim siedziby instytucji dziedzictwa kulturowego „chyba że za rozsądną uznaje się weryfikację transgraniczną, na przykład w przypadku gdy istnieją łatwo dostępne informacje wskazujące, że utwór literacki został

najpierw opublikowany w danej wersji językowej w innym państwie członkowskim”. Zasada ta ma szczególne znaczenie w świetle faktu, iż licencja udzielona przez organizację zbiorowego zarządzania na podstawie art. 35²¹ może mieć charakter wieloterytorialny, natomiast w związku z fikcją prawną przyjętą w art. 9 ust. 2 dyrektywy, a w ślad za nim – w projektowanym art. 35²⁶ ust. 2, zasady określone w oddziale 6 i 6b dotyczyć będą również korzystania dokonywanego faktycznie poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez instytucje dziedzictwa kulturowego mające siedzibę na terytorium RP.

Proponowany art. 35¹⁶ stanowi wierne odzwierciedlenie treści art. 8 ust. 7 dyrektywy, przewidując wyłączenie stosowania projektowanej regulacji w odniesieniu do zbiorów utworów pochodzących z państw trzecich, z wyjątkiem sytuacji, w której istnieje organizacja zbiorowego zarządzania reprezentatywna dla uprawnionych z tego państwa trzeciego w zakresie określonego rodzaju praw i pól eksploatacji. W takich okolicznościach badania, o których mowa w projektowanym art. 35¹¹, należy przeprowadzić również w odpowiednim państwie trzecim (odpowiednie stosowanie projektowanego art. 35¹⁵).

Z proponowanego brzmienia art. 35¹⁷ wynika istotne ograniczenie dopuszczalności korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych na podstawie projektowanych oddziałów 6–6b. Korzystanie to nie może być bowiem realizowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Projektowane rozwiązanie – w ślad za regułą przewidzianą w aktualnie obowiązujących przepisach dotyczących korzystania z utworów osieroconych²³ – dopuszcza jednak przeznaczenie przychodów z takiego korzystania na cele (koszty) związane z digitalizacją i rozpowszechnianiem utworów uznanych za niedostępne w handlu. Przez te koszty należy przy tym rozumieć również koszty wynagrodzenia za korzystanie z praw autorskich lub praw pokrewnych należne w przypadku korzystania na podstawie licencji udzielonej przez organizację zbiorowego zarządzania. Projektowane rozwiązanie stanowi implementację art. 8 ust. 1 i 2 dyrektywy w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że korzystanie zarówno na podstawie licencji udzielonej przez organizację zbiorowego zarządzania, jak i na podstawie przewidzianego wyjątku lub ograniczenia, musi odbywać się „w celach niekomercyjnych”. Dodatkowo art. 8 ust. 2 dyrektywy przewiduje, w odniesieniu do tego drugiego przypadku, niekomercyjny charakter strony internetowej, na której utwór lub inny przedmiot ochrony podawany jest do wiadomości. Równocześnie, zgodnie z treścią motywu 40 dyrektywy „wszelkie licencje udzielane na podstawie mechanizmu przewidzianego w niniejszej dyrektywie nie powinny uniemożliwiać instytucjom dziedzictwa kulturowego pokrywania kosztów licencji oraz kosztów cyfryzacji i upowszechniania utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną będących przedmiotem licencji”.

W projektowanym art. 35¹⁸ przewidziano uprawnienie organizacji zbiorowego zarządzania oraz instytucji dziedzictwa kulturowego do złożenia wniosku do ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego o dokonanie rejestracji w portalu utworów niedostępnych w handlu. Jest to portal utworzony i zarządzany przez Urząd Unii Europejskiej do spraw Własności Intelektualnej w ramach europejskiego obserwatorium do spraw naruszeń praw własności intelektualnej (zwany dalej „EUIPO”). Portal ten jest

²³ Art. 35⁵ ust. 3 zdanie ostatnie.

dostępny pod adresem <https://euipo.europa.eu/out-of-commerce/#/>. Ma on zapewnić uprawnionym łatwy i skuteczny dostęp do informacji o ich utworach uznanych za niedostępne w handlu i sposobach korzystania z nich przez instytucje dziedzictwa kulturowego. Ma również – zgodnie z motywem 41 dyrektywy – ułatwiać uprawnionym skuteczne sprzeciwienie się takiemu korzystaniu (tzw. *opt-out*).²⁴ Portal został tak zaprojektowany, aby wyłącznie podmioty wcześniej w nim zarejestrowane miały możliwość zamieszczenia informacji wskazanych w art. 10 ust. 1 dyrektywy. Każda instytucja dziedzictwa kulturowego i organizacja zbiorowego zarządzania planująca zamieszczanie w portalu danych dotyczących przewidywanego korzystania z utworu musi więc najpierw zostać w nim zarejestrowana²⁵. Uznanie przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, że podmiot składający wniosek nie jest instytucją dziedzictwa kulturowego, podobnie jak w przypadku procedury rejestracji w bazie utworów osieroconych, następować będzie w toku postępowania administracyjnego – w celu zapewnienia możliwości oceny prawidłowości tego rozstrzygnięcia na drodze administracyjnej. Kompetencja ministra w zakresie rejestracji ww. podmiotów w portalu nie wynika w tym przypadku bezpośrednio z obowiązku nałożonego przez dyrektywę. Niemniej jednak portal ten przewiduje możliwość ustanowienia tzw. punktu kontaktowego, weryfikującego organizacje rejestrujące się w portalu, w celu uniknięcia rejestrowania się w nim podmiotów nieobjętych regulacją. Uwzględnienie przedmiotowej kompetencji ministra przyczyni się do prawidłowej realizacji sformułowanego w art. 10 dyrektywy obowiązku informacyjnego. Projektowane rozwiązanie jest zbieżne z rozwiązaniem zastosowanym w aktualnie obowiązującej regulacji dotyczącej rejestracji beneficjentów dozwolonego użytku utworów osieroconych.

W projektowanym art. 35¹⁹ przewidziano możliwość żądania przez uprawnionego „powstrzymania się²⁶ od korzystania” z utworu na podstawie oddziałów 6a lub 6b, za pośrednictwem portalu utworów niedostępnych w handlu. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 4 dyrektywy „wszystkie podmioty uprawnione mogą w każdej chwili, łatwo i skutecznie, wyłączyć swoje utwory lub inne przedmioty objęte ochroną z mechanizmu licencyjnego określonego w ust. 1, lub ze stosowania wyjątku lub ograniczenia określonego w ust. 2, ogólnie albo w szczególnych przypadkach, w tym po udzieleniu licencji lub rozpoczęciu danego korzystania”. Z powyższego wynika, że państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić możliwość takiego wyłączenia w każdym momencie, również na etapie poprzedzającym zamieszczenie w portalu informacji, o których mowa w art. 10 dyrektywy,

²⁴ Należy podkreślić, że wbrew nazwie nadanej portalowi przez EUIPO, jego celem jest przede wszystkim zapewnienie uprawnionym łatwego dostępu do informacji o sposobach korzystania z ich utworów. Zamieszczenie w portalu informacji o utworze nie skutkuje natomiast – jak to ma miejsce w przypadku utworów osieroconych – nadaniem mu swego rodzaju statusu utworu niedostępnego w handlu, który zwalniałby kolejnych korzystających z konieczności weryfikacji jego dostępności w handlu.

²⁵ Ponadto rejestracja podmiotu w portalu umożliwia mu dostęp do pełnych danych kontaktowych podmiotów, które złożyły przy wykorzystaniu portalu tzw. *opt-out* (na gruncie projektowanych przepisów określony jako *żądanie powstrzymania się od korzystania*). Podmioty zarejestrowane otrzymują również na bieżąco powiadomienia o nowych złożonych żądaniach powstrzymania się od korzystania dotyczących terytorium ich siedziby. Wczesna rejestracja w portalu może więc okazać się przydatna dla oceny sensowności podejmowania działań w celu weryfikacji dostępności utworów czy też negocjowania i zawierania umów licencyjnych dotyczących konkretnych utworów znajdujących się w zbiorach instytucji dziedzictwa kulturowego.

²⁶ Przedmiot żądania określono w projektowanym przepisie możliwie szeroko ze względu na fakt, iż w praktyce to samo żądanie złożone przy wykorzystaniu portalu EUIPO może obejmować zarówno już trwające, jak i jeszcze nierozpoczęte korzystanie.

a także umożliwić łatwe wyłączenie z mechanizmu w pełnym zakresie (np. w odniesieniu do wszystkich utworów, do których prawa przysługują uprawnionemu). Zgodnie natomiast z treścią motywu 41 dyrektywy, jedną z funkcji portalu stworzonego przez EUIPO ma być ułatwienie podmiotom uprawnionym takiego wyłączenia. Portal pozwala uprawnionym na dowolne określenie zakresu żądania – przewiduje możliwość zgłoszenia przez uprawnionego zarówno *opt-out* dotyczącego konkretnego utworu czy też sposobu korzystania, jak i tzw. *opt-out* generalnego (dotyczącego wszystkich utworów albo wielu utworów jednocześnie), w każdym czasie, również przed wpisaniem danych o planowanym korzystaniu z jakiegokolwiek utworu danego uprawnionego, tworząc swoisty rejestr zgłoszeń *opt-out*. Ważną pozytywną cechą portalu jest także zapewnienie uprawnionym możliwości zainicjowania *opt-out* w tym samym miejscu, w którym mogą pozyskać informację o korzystaniu z ich utworów. W związku z powyższym należy uznać, że w celu prawidłowego wdrożenia przewidzianego w dyrektywie obowiązku zapewnienia przez państwa członkowskie łatwego i skutecznego sposobu dokonania *opt-out*, niezbędne jest uwzględnienie w regulacji krajowej istniejących już możliwości oferowanych przez portal utworów niedostępnych w handlu. Portal EUIPO przewiduje możliwość zgłoszenia *opt-out* już na etapie, gdy informacja o korzystaniu z utworu nie została jeszcze zamieszczona w tym portalu²⁷. Organizacje zbiorowego zarządzania oraz instytucje dziedzictwa kulturowego mogą pozyskać informację o tym zdarzeniu za pomocą:

- 1) przekazanej im automatycznie informacji na wskazany adres mailowy, jeżeli w momencie zaistnienia zdarzenia były już zarejestrowane w portalu (informację uzyskują automatycznie wszystkie zarejestrowane organizacje zbiorowego zarządzania oraz instytucje dziedzictwa kulturowego z siedzibą w państwie, którego dotyczy *opt-out*),
- 2) przekazanego automatycznie powiadomienia w momencie podjęcia próby zamieszczenia w portalu danych na temat planowanego korzystania z utworu danego uprawnionego,
- 3) dostępnej w portalu wyszukiwarki.

W przypadku gdy żądanie zostało złożone po zamieszczeniu w portalu danych dotyczących korzystania objętego żądaniem (na gruncie projektowanych polskich przepisów – po zamieszczeniu danych, o których mowa w projektowanym art. 35²² ust. 1 lub art. 35²⁵), informacja zostanie przekazana podmiotowi, który zamieścił dane w portalu²⁸, oraz instytucji dziedzictwa kulturowego wskazanej w portalu jako strona umowy licencyjnej.

W projektowanym art. 35¹⁹ ust. 2 i 3 określono konsekwencje otrzymania przez organizację zbiorowego zarządzania oraz instytucję dziedzictwa kulturowego informacji o żądaniu uprawnionego powstrzymania się od korzystania. Zgodnie z treścią ust. 2 organizacja zbiorowego zarządzania zaprzestaje zawierania umów licencyjnych oraz wpisywania danych

²⁷ *The out-of-commerce Works Portal - High Level Specification* https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/meetings/out-of-commerce_works_portal_minutes-08-10-2019/out-of-commerce_works_portal_minutes-08-10-2019_HLS_en.pdf, wersja 0.15, s. 16.

²⁸ Na gruncie projektowanych polskich przepisów będzie to organizacja zbiorowego zarządzania (korzystanie na podstawie oddziału 6a) albo sama instytucja dziedzictwa kulturowego (korzystanie na podstawie oddziału 6b).

dotyczących korzystania w zakresie objętym żądaniem. Natomiast instytucja dziedzictwa kulturowego, w zależności od momentu pozyskania informacji o żądaniu, nie rozpoczyna korzystania z utworu w zakresie objętym żądaniem albo zaprzestaje takiego korzystania. W tym drugim przypadku instytucji dziedzictwa kulturowego pozostawiono miesiąc na zakończenie korzystania. W ten sposób umożliwiono zakończenie trwającego korzystania „w rozsądnym terminie”, o którym mowa w motywie 35 dyrektywy.

Należy podkreślić, że uprawnienie do żądania powstrzymania się od korzystania na podstawie oddziałów 6a lub 6b przysługuje wyłącznie uprawnionemu w zakresie przysługujących mu praw majątkowych do utworu. Decyzja, czy osobę, która dokonała stosownych czynności w portalu, należy uznać za uprawnionego, musi być podejmowana każdorazowo przez zainteresowaną organizację zbiorowego zarządzania lub instytucję dziedzictwa kulturowego²⁹. Od strony technicznej portal utworów niedostępnych w handlu nie uniemożliwi dokonania wpisu danych, o którym mowa w projektowanych art. 35²² ust. 1 i art. 35²⁵, w przypadku wcześniejszego zgłoszenia żądania, a jedynie powiadomi dokonującego wpisu o takim zgłoszeniu. Podobnie, gdy wpis został już dokonany, informacja o żądaniu zostanie przekazana zainteresowanym podmiotom i ujawniona w portalu, nie nastąpi jednak automatyczne uznanie utworu za wyłączony z korzystania.

W związku z faktem, iż poszczególne funkcjonalności portalu ulegają zmianom, zasadne jest wprowadzenie rozwiązania umożliwiającego ministrowi do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego elastyczne reagowanie na te zmiany, aby zapewnić uprawnionym możliwie najszersze wykorzystanie funkcjonalności portalu w zakresie tzw. *opt-out*, przy jednoczesnym czuwaniu, aby prawny skutek na gruncie polskich przepisów wiązać wyłącznie z tymi czynnościami wykonanymi w portalu, które zapewniają poinformowanie o złożeniu żądania wszystkich zainteresowanych podmiotów. Z tego względu przepis ust. 4 projektowanego art. 35¹⁹ przewiduje fakultatywną delegację ustawową dla ministra w zakresie określenia szczególnych zasad składania żądania powstrzymania się od korzystania z utworu przy wykorzystaniu ww. portalu.

Dodatkowo w ust. 5 przewidziano możliwość złożenia żądania dotyczącego konkretnego korzystania na piśmie organizacji zbiorowego zarządzania albo instytucji dziedzictwa kulturowego, która zamieściła dane dotyczące tego korzystania w portalu. Rozwiązanie to ma na celu zapewnienie alternatywnej formy złożenia żądania uprawnionym, którzy nie korzystają z Internetu. Możliwość ta została jednak ograniczona do żądania dotyczącego konkretnego korzystania po zamieszczeniu informacji o tym korzystaniu w portalu EUIPO. Jej rozszerzenie skutkowałoby bowiem koniecznością utworzenia, równoległego do portalu EUIPO, krajowego rejestru *opt-out*, co nie wydaje się zasadne.

Zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy rozwiązanie przyjęte w projektowanym art. 35²⁰ przewiduje fakultatywną delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego do nałożenia dodatkowych obowiązków informacyjnych, na wypadek gdyby okazało się, że zamieszczenie danych w portalu utworów niedostępnych w handlu w niewystarczającym stopniu zapewnia świadomość uprawnionych na temat

²⁹ Podmioty te będą miały dostęp do imienia i nazwiska oraz adresu mailowego osoby, która zgłosiła *opt-out*.

możliwości korzystania z ich utworów na podstawie projektowanej regulacji oraz ich uprawnienia do żądania powstrzymania się od tego korzystania.

2.3. Rozszerzony zbiorowy zarząd prawami autorskimi do utworów niedostępnych w handlu

W projektowanym art. 35²¹ przewidziano możliwość korzystania przez instytucje dziedzictwa kulturowego z utworów niedostępnych w handlu, w rozumieniu projektowanego art. 35¹¹, znajdujących się na stałe w ich zbiorach na podstawie umowy licencji niewyłącznej zawartej z reprezentatywną organizacją zbiorowego zarządzania, pomimo że uprawniony w odniesieniu do danego utworu i na danym polu eksploatacji nie jest reprezentowany przez organizację zbiorowego zarządzania na ogólnych zasadach (na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie albo o reprezentację). Proponowana regulacja, w zestawieniu z projektowanym art. 5 ust. 2a ustawy o zbiorowym zarządzaniu, przewiduje więc rozszerzony skutek zbiorowego zarządzania prawami do utworów niedostępnych w handlu. W zakresie rozszerzonego skutku zbiorowego zarządu korzystanie z utworów niedostępnych w handlu może się jednak odbywać wyłącznie na zasadach określonych w projektowanych oddziałach 6 i 6a. Rozwiązanie polegające na umożliwieniu organizacjom zbiorowego zarządzania udzielania niewyłącznej licencji na korzystanie w celach niekomercyjnych³⁰ przez instytucje dziedzictwa kulturowego z utworów³¹ niedostępnych w handlu znajdujących się na stałe w ich zbiorach w odniesieniu do utworów, co do których prawa nie zostały powierzone organizacji zbiorowego zarządzania, zostało przewidziane w art. 8 ust. 1 dyrektywy jako rozwiązanie obligatoryjne.³² Dopuszczalne licencjonowanie obejmuje, zgodnie z treścią dyrektywy, korzystanie „w celu zwielokrotniania, rozpowszechniania³³, publicznego udostępniania³⁴ lub podawania do publicznej wiadomości”. W motywie 29 dyrektywy wskazano, że utwory należy uznać za znajdujące się na stałe w zbiorach instytucji, jeżeli są „własnością tych instytucji lub znajdują się na stałe w ich posiadaniu, np. w wyniku przeniesienia własności, umowy licencyjnej, systemu przekazywania egzemplarza obowiązkowego lub uzgodnień dotyczących długoterminowego przechowywania”.

Projektowany art. 35²² ust. 1 określa zakres danych, które organizacja zbiorowego zarządzania powinna zamieścić w portalu utworów niedostępnych w handlu. Są to:

- a) dostępne dane identyfikujące utwór i jego twórcę, producenta oraz wydawcę utworu,
- b) dostępne dane identyfikujące uprawnionych,

³⁰ Niekomercyjny charakter licencji przewidzianej w regulacji unijnej został uwzględniony w projektowanym art. 35¹⁷ ustawy.

³¹ Regulacja zawarta w art. 8 dyrektywy dotyczy zarówno utworów rozpowszechnionych, jak i nierozpowszechnionych.

³² Państwu członkowskiemu pozostawiono swobodę w zakresie zastosowania konkretnego mechanizmu umożliwiającego udzielanie takich licencji. Wyjaśnienia w zakresie wyboru konkretnego rozwiązania, jakim jest rozszerzone zbiorowe zarządzanie, zostały zaprezentowane w uzasadnieniu do projektowanego art. 5 ust. 2a ustawy o zz. Szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do zapewnienia zgodności projektowanego rozwiązania z dyrektywą w zakresie wymogu reprezentatywności organizacji zbiorowego zarządzania zostały przedstawione również w ww. części uzasadnienia.

³³ Ang. *distribution*, mimo iż w polskiej wersji językowej dyrektywy posłużono się pojęciem *rozpowszechnianie*, odpowiednikiem prawa wyłącznego określonego w prawie UE jako *distribution* na gruncie polskich przepisów jest *prawo wprowadzenia do obrotu*.

³⁴ Ang. *communication to the public*.

- c) informacja o zakresie korzystania, do którego uprawnia umowa licencji niewyłącznej zawarta z instytucją dziedzictwa kulturowego, oraz o danych kontaktowych stron tej umowy³⁵.

Dokonanie powyższego wpisu musi nastąpić na 6 miesięcy przed rozpoczęciem rozpowszechniania na podstawie projektowanego art. 35²¹, a także przed innego rodzaju korzystaniem z tego utworu (w szczególności jego zwielokrotnieniem). Oznacza to, że w okresie 6 miesięcy od ww. wpisu instytucja dziedzictwa kulturowego nie może rozpowszechniać utworu. Nie ma jednak przeszkód, aby na podstawie zawartej umowy licencyjnej instytucja dziedzictwa kulturowego po dokonaniu wpisu rozpoczęła jego zwielokrotnianie. Ponadto, w wypadku gdy ta sama organizacja zbiorowego zarządzania zawiera kolejną umowę dotyczącą tego samego utworu i uprawnionego, na podstawie ust. 2, uzupełnia dotychczasowy wpis (nie tworzy nowego *recordu* w portalu utworów niedostępnych w handlu)³⁶. W tej sytuacji rozpoczęcie rozpowszechniania na podstawie nowo wpisanej umowy może się rozpocząć po upływie 6 miesięcy od dnia uzupełnienia wpisu w zakresie dotyczącym tej umowy.

Rozwiązanie polegające na zamieszczeniu danych dotyczących planowanego korzystania z utworu niedostępnego w handlu w portalu przewidziano w art. 10 dyrektywy, zgodnie z którym „państwa członkowskie zapewniają, aby informacje przekazywane przez instytucje dziedzictwa kulturowego, organizacje zbiorowego zarządzania lub właściwe organy publiczne do celów identyfikacji niedostępnych w obrocie handlowym utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, będących przedmiotem licencji udzielonej zgodnie z art. 8 ust. 1 lub wykorzystywanych na podstawie wyjątku lub ograniczenia określonego w art. 8 ust. 2, a także informacje o przysługujących podmiotom uprawnionym możliwościach, o których mowa w art. 8 ust. 4, oraz – gdy tylko staną się dostępne i gdy jest to konieczne – informacje o stronach umowy licencyjnej, objętych nią terytoriach i zakresie korzystania, były stale, łatwo i skutecznie dostępne na jednym przeznaczonym do tego publicznym portalu internetowym na co najmniej sześć miesięcy przed rozpowszechnianiem utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, ich publicznym udostępnianiem lub podaniem do publicznej wiadomości zgodnie z licencją lub na podstawie wyjątku lub ograniczenia”. Rozwiązanie to zapewni powszechny dostęp do informacji na temat korzystania z utworów uznanych za niedostępne w handlu wszystkim podmiotom uprawnionym.

Projektowany przepis art. 35²³ przesądza, że korzystanie z utworów niedostępnych w handlu przez instytucję dziedzictwa kulturowego mającą siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, może

³⁵ Art. 10 dyrektywy nie wymaga zamieszczenia w portalu danych kontaktowych stron umowy licencyjnej. Ze względu na konstrukcję tego portalu, jest to jednak niezbędne do zapewnienia skutecznego poinformowania korzystającej instytucji dziedzictwa kulturowego o złożonym *opt-out* dotyczącym tego korzystania.

³⁶ Na gruncie projektowanych polskich przepisów rozwiązanie to ma zastosowanie wyłącznie w przypadku tożsamości organizacji zbiorowego zarządzania oraz danych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 omawianego projektowanego artykułu. Co prawda, portal utworów niedostępnych w handlu w aktualnej wersji umożliwia, a nawet preferuje, dopisywanie nowych form korzystania do już istniejących *recordów* dotyczących danego utworu, niezależnie od tego, czy tożsamy jest podmiot dokonujący wpisu. Niemniej jednak, w tym wypadku część funkcjonalności portalu dostępna jest wyłącznie dla tzw. właściciela *recordu*. Lepszym rozwiązaniem wydaje się więc, by na gruncie polskich przepisów każdy podmiot uznający utwór za niedostępny w handlu, tworzył własny *record* poświęcony danemu utworowi.

odbywać się na podstawie umowy licencji niewyłącznej zawartej przez tę instytucję z reprezentatywną organizacją zbiorowego zarządzania w zgodzie z przepisami tego państwa członkowskiego. Równocześnie w projektowanym rozwiązaniu przesądzono, że umowa licencji niewyłącznej zawarta z polską organizacją zbiorowego zarządzania może obejmować terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Przepisy te stanowią implementację art. 9 ust 1 oraz art. 8 ust. 6 dyrektywy.

Projektowany art. 5 ust. 2a ustawy o zbiorowym zarządzaniu przewiduje kompetencję reprezentatywnej organizacji zbiorowego zarządzania, w rozumieniu art. 10 tej ustawy, do zbiorowego zarządu z rozszerzonym skutkiem, obejmującego również zarząd prawami danej kategorii uprawnionych do danego rodzaju utworów lub przedmiotów praw pokrewnych niedostępnych w handlu na danym polu eksploatacji, którzy nie zawarli umowy o zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi z żadną organizacją. Regulacja ta jest komplementarna w stosunku do przewidzianej w art. 35²¹ możliwości korzystania przez instytucje dziedzictwa kulturowego z utworów niedostępnych w handlu (stosowanej odpowiednio do praw pokrewnych). Obowiązek przewidzenia takiego skutku wynika wprost z art. 8 ust. 1 dyrektywy DSM. W motywie 33 dyrektywy przewidziano jednak swobodę państw członkowskich w określeniu rodzaju mechanizmu licencyjnego, takiego jak rozszerzone licencje zbiorowe lub domniemanie reprezentacji, w zgodzie z tradycjami prawnymi i praktykami tych państw. Projektowane rozwiązanie przewiduje zastosowanie mechanizmu rozszerzonego zbiorowego zarządu, które to rozwiązanie jest stosowane na gruncie obowiązujących przepisów do przypadków obligatoryjnego zbiorowego zarządu, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o zbiorowym zarządzaniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 lit a) i b) dyrektywy organizacja zbiorowego zarządzania posiadająca możliwość udzielania licencji o tak poszerzonym skutku powinna być „ze względu na udzielone jej upoważnienia, w wystarczającym stopniu reprezentatywna w odniesieniu do podmiotów uprawnionych w przypadku odpowiedniego rodzaju utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną oraz w odniesieniu do praw, które są przedmiotem licencji, a także wszystkie podmioty uprawnione powinny być równo traktowane w odniesieniu do warunków licencji” przez organizację zbiorowego zarządzania.

Dodatkowe wskazówki w odniesieniu do warunku pierwszego zawiera motyw 33 dyrektywy. Swoboda państw członkowskich w określaniu wymogów dotyczących reprezentatywności ograniczona jest przez konieczność oparcia ich na kryterium „znaczącej liczby podmiotów uprawnionych w przypadku danego rodzaju utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, które udzieliły upoważnienia umożliwiającego udzielenie licencji na dany sposób korzystania”. Z tego też względu w projektowanym art. 7 ust. 1 pkt 2 planuje się dodanie dodatkowego kryterium, które minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa kulturowego bierze pod uwagę w trakcie oceny dawania rękopisami należytego zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi w toku postępowania administracyjnego z wniosku o udzielenie zezwolenia na zbiorowe zarządzanie,

tj. kryterium „zrzeszania istotnej liczby uprawnionych w zakresie objętym wnioskiem o udzielenie zezwolenia, biorąc pod uwagę ogólną liczbę uprawnionych danej kategorii”.

W odniesieniu do warunku określonego w art. 8 ust. 1 lit. b) dyrektywy należy wskazać, że na gruncie przepisów ustawy o zbiorowym zarządzaniu, w szczególności jej art. 4 ust. 3, organizacje zbiorowego zarządzania są zobowiązane do jednakowego traktowania uprawnionych, bez względu na podstawę prawną zbiorowego zarządzania ich prawami³⁷. Ponadto do korzystania, o którym mowa w art. 35²¹, zastosowanie będzie miał również art. 5 ust. 4 ustawy o zbiorowym zarządzaniu.

W projektowanym art. 5 ust. 3 ustawy o zbiorowym zarządzaniu potwierdzono, że umowa zawarta z reprezentatywną organizacją zbiorowego zarządzania uprawnia użytkownika do korzystania także z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych niedostępnych w handlu, do których prawami zarządza ona zbiorowo w zakresie rozszerzonego skutku. Równocześnie przesądzono o stosowaniu, do korzystania na tej podstawie, postanowień art. 5 ust. 4, które przewidują odpowiedzialność organizacji zbiorowego zarządzania w zakresie roszczeń związanych z tym korzystaniem.

Omawiana regulacja rozszerzonego zbiorowego zarządu dotyczy korzystania z dzieł *out-of-commerce* i ma charakter szczególny względem ogólnej regulacji rozszerzonego zbiorowego zarządu, zawartej w art. 12 dyrektywy i wdrażanej w art. 5a ustawy o zbiorowym zarządzaniu (o czym dalej).

2.4. Dozwolony użytek utworów niedostępnych w handlu

W projektowanym art. 35²⁴, w ślad za art. 8 ust. 2 dyrektywy, przewidziano nową postać dozwolonego użytku na rzecz instytucji dziedzictwa kulturowego posiadających na stałe w swoich zbiorach utwory niedostępne w handlu, w rozumieniu projektowanego art. 35¹¹. Obejmuje on zwielokrotnianie utworów (art. 2 dyrektywy 2001/29/WE) oraz ich publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy miał do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym (art. 3 dyrektywy 2001/29/WE)³⁸, ale wyłącznie w celach niekomercyjnych³⁹. Ponadto, zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. b) dyrektywy, udostępnianie utworów przez instytucje dziedzictwa kulturowego może następować wyłącznie na niekomercyjnych stronach internetowych⁴⁰. Dla instytucji dziedzictwa kulturowego oznacza to np. możliwość digitalizacji zbiorów oraz zamieszczenia ich na swojej stronie internetowej.

³⁷ Por. Monika Czajkowska-Dąbrowska (w:) *Ustawy autorskie. Komentarze*. Tom I, red. R. Markiewicz, Wolters Kluwer 2021, str. 1082.

³⁸ Wyjątek przewidziano również od stosownych praw do programów komputerowych, praw do baz danych oraz praw pokrewnych.

³⁹ Ten warunek został uwzględniony w projektowanym art. 35¹⁷.

⁴⁰ Art. 8 ust. 2 lit. a) przewiduje również obowiązek podania imienia i nazwiska twórcy lub innego dającego się ustalić podmiotu uprawnionego, chyba że okaże się to niemożliwe. Wdrożenie tego przepisu do polskiego porządku prawnego zostało dokonane w projektowanym art. 35²⁷.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 dyrektywy ta nowa postać dozwolonego użytku ma zastosowanie wyłącznie do tych rodzajów utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną „w odniesieniu do których nie istnieje organizacja zbiorowego zarządzania spełniająca warunki określone w ust. 1 lit. a)”. Projektowany art. 35²⁴ ust. 2 dopuszcza zatem korzystanie na podstawie dozwolonego użytku w sytuacjach, w których „brak jest reprezentatywnej organizacji zbiorowego zarządzania, o której mowa w art. 5 ust. 2a ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi”.^{41 42}

W projektowanym art. 35²⁵ zastosowano rozwiązania tożsame z przewidzianymi w odniesieniu do organizacji zbiorowego zarządzania w oddziale 6a, w celu zapewnienia realizacji obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 10 dyrektywy.

Art. 9 ust 2 dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do przyjęcia fikcji prawnej, zgodnie z którą „uznaje się, że korzystanie z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną na mocy wyjątku lub ograniczenia określonych w art. 8 ust. 2 ma miejsce wyłącznie w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma korzystająca z nich instytucja dziedzictwa kulturowego”. Fikcja ta wpłynie na sposób ustalenia prawa właściwego zgodnie z zasadą terytorializmu prawa autorskiego i należy przyjąć, że spowoduje dwa skutki, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w projektowanych przepisach. Po pierwsze, korzystanie faktycznie mające miejsce na terytorium RP nie podlega polskim przepisom, jeżeli jest dokonywane przez instytucję dziedzictwa kulturowego z siedzibą w innym państwie członkowskim. Po drugie, korzystanie faktycznie odbywające się na terytorium innego państwa członkowskiego przez instytucję dziedzictwa kulturowego mającą siedzibę na terytorium RP powinno się odbywać na zasadach określonych w polskich przepisach. Dwie powyższe zasady zostały odzwierciedlone odpowiednio w projektowanym art. 35²⁶ ust. 1 i 2.

W celu implementacji postanowień art. 8 ust. 2 lit. a) dyrektywy DSM w odniesieniu do projektowanego dozwolonego użytku projektowany przepis art. 35²⁷ odsyła do art. 34 ustawy o prawie autorskim, a także do art. 35 tej ustawy, mającego zastosowanie do wszystkich postaci dozwolonego użytku.

3. Rozszerzone licencje zbiorowe (art. 12 dyrektywy)

Art. 12 dyrektywy ma charakter fakultatywny. Określa zasady, na jakich państwa członkowskie mogą w swoich systemach prawa autorskiego wprowadzić możliwość udzielania tzw. licencji zbiorowych z rozszerzonym skutkiem (dalej „ECL” – Extended Collective License), tj. licencji, które upoważniają do korzystania z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych także tych uprawnionych, którzy nie udzielili upoważnienia do udzielenia takiej licencji. Zasady te są następujące:

⁴¹ Projektowany art. 5 ust. 2a ustawy o zbiorowym zarządzaniu przesądza natomiast, że reprezentatywność organizacji zbiorowego zarządzania oceniana jest w odniesieniu do trzech aspektów: kategorii uprawnionych, rodzaju utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz pola eksploatacji.

⁴² Szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do zapewnienia zgodności projektowanego rozwiązania z dyrektywą w zakresie wymogu reprezentatywności organizacji zbiorowego zarządzania zostaną przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej projektowanego art. 5 ust. 2a ustawy o zbiorowym zarządzaniu.

- 1) licencji może udzielić tylko organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi podlegająca przepisom krajowym wdrażającym dyrektywę 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 84 z 20.03.2014, str. 72, z późn. zm.),
- 2) licencja może obejmować tylko terytorium tego konkretnego państwa członkowskiego,
- 3) licencja (w zakresie nierozszerzonym) jest udzielana w zakresie upoważnień udzielonych danej organizacji zbiorowego zarządzania,
- 4) licencja dotyczy „dokładnie określonych przypadków korzystania, w których uzyskanie zezwolenia bezpośrednio od podmiotów uprawnionych jest zazwyczaj uciążliwe i niepraktyczne w takim stopniu, że zawarcie umowy licencji jest mało prawdopodobne ze względu na charakter korzystania lub rodzaje utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną”,
- 5) muszą być chronione „uzasadnione interesy podmiotów uprawnionych”,
- 6) organizacja zbiorowego zarządzania udzielająca licencji jest „ze względu na udzielone jej upoważnienia, w wystarczającym stopniu reprezentatywna dla danego państwa członkowskiego w odniesieniu do podmiotów uprawnionych, w przypadku odpowiedniego rodzaju utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, oraz w odniesieniu do praw, które są przedmiotem licencji”,
- 7) wszyscy uprawnieni są równo traktowani,
- 8) uprawnieni, którzy nie udzielili upoważnienia do udzielenia licencji, mogą „w dowolnym czasie łatwo i skutecznie wyłączyć swoje utwory lub inne przedmioty objęte ochroną z mechanizmu licencjonowania” (tzw. *opt-out*),
- 9) podejmuje się „odpowiednie działania informacyjne – począwszy od rozsądnego okresu przed rozpoczęciem korzystania z utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną w ramach udzielonej licencji – aby informować podmioty uprawnione o możliwości udzielania licencji przez organizację zbiorowego zarządzania”, następnie o udzieleniu licencji oraz o możliwości skorzystania przez uprawnionego z *opt-out*; działania informacyjne muszą być prowadzone w sposób „skuteczny” i „tak aby nie było konieczności informowania każdego podmiotu uprawnionego osobno”.

Opisane zasady, zgodnie z art. 12 ust. 4 dyrektywy, nie dotyczą licencji zbiorowych z rozszerzonym skutkiem, wprowadzonych zgodnie z innymi przepisami prawa UE ani udzielanych w ramach obowiązkowego (przymusowego) zbiorowego zarządzania. Tym samym nie dotyczą np. licencji na korzystanie z dzieł *out-of-commerce*, których dotyczą odrębne przepisy tej dyrektywy, ani licencji udzielanych w umowach, o których mowa w art. 21– 21³ ustawy o prawie autorskim, gdyż są one zawierane w ramach obowiązkowego zbiorowego zarządzania.

W motywach dyrektywy wskazuje się, że „z uwagi na charakter niektórych sposobów korzystania, wraz ze zwykle dużą liczbą odnośnych utworów lub innych przedmiotów objętych

ochroną, koszt związany z weryfikacją indywidualnych praw w przypadku każdego zainteresowanego podmiotu uprawnionego jest zbyt wysoki”. W rezultacie „jest mało prawdopodobne, aby – bez skutecznych mechanizmów udzielania licencji zbiorowych – odbyły się wszystkie transakcje w danych obszarach, które są konieczne, aby możliwe było korzystania z tych utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną”. Udzielanie przez organizacje zbiorowego zarządzania rozszerzonych licencji zbiorowych i podobne mechanizmy mogą zatem „umożliwić zawieranie porozumień w tych obszarach, w których licencje zbiorowe oparte na zezwoleniu podmiotów uprawnionych nie zapewniają wyczerpującego rozwiązania w odniesieniu do objęcia wszystkich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, które ma być stosowane”. Mechanizmy takie „uzupełniają zbiorowe zarządzanie prawami w oparciu o indywidualne zezwolenia podmiotów uprawnionych, zapewniając użytkownikom w niektórych przypadkach całkowitą pewność prawa”, jednocześnie dając uprawnionym możliwość „odnoszenia korzyści ze zgodnego z prawem korzystania z ich utworów” (motyw 45).

Projektowana ustawa wprowadza ECL w dwóch przypadkach: będą mogły być udzielane w zakresie eksploatacji nowego prawa pokrewnego dla wydawców prasy (art. 15 dyrektywy, projektowany art. 99⁷ ust. 2 ustawy o prawie autorskim) oraz w zakresie eksploatacji utworów i przedmiotów praw pokrewnych przez dostawców usług udostępniania treści online w ramach świadczenia przez nich usług publicznego udostępniania treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług (art. 17 dyrektywy, projektowany art. 21⁴ ust. 1 ustawy o prawie autorskim). W tych przypadkach chodzi bowiem o eksploatację znacznej liczby utworów i z reguły w Internecie (online). Nie wydaje się, aby istniejące organizacje zbiorowego zarządzania (aktualnie 10) dysponowały wystarczającymi upoważnieniami ze strony uprawnionych, aby mogły udzielić zwykłych licencji zbiorowych na cały repertuar eksploatowany przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego w ww. zakresie lub nawet na istotną część tego repertuaru. Stąd wprowadzenie licencji ECL w tym obszarze wydaje się uzasadnione z praktycznego punktu widzenia.

Na potrzeby ECL zostanie wykorzystana instytucja reprezentatywnej organizacji zbiorowego zarządzania, o której mowa w art. 10 ustawy o zbiorowym zarządzaniu. Należy bowiem uznać, że spośród wszystkich aktualnie funkcjonujących obecnie na polskim rynku organizacji zbiorowego zarządzania (po cofnięciu zezwoleń w kilku przypadkach) każda jest „reprezentatywna” w rozumieniu dyrektywy, jeżeli chodzi o zakres repertuaru, którym zarządza. Ustawa o zbiorowym zarządzaniu stawia jednak tę poprzeczkę „reprezentatywności” jeszcze wyżej w przypadku krzyżowania się zakresów reprezentacji kilku organizacji – wtedy tylko jedna z nich jest reprezentatywna w krzyżującym się zakresie i jest to ta, która „reprezentuje największą liczbę uprawnionych na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi oraz umowy o reprezentacji” (art. 10 ust. 2 ustawy o zbiorowym zarządzaniu). Jednak aby zapewnić, że w przyszłości każda nowa organizacja zbiorowego zarządzania także będzie spełniać kryterium „reprezentatywności”, przewiduje się dodanie w art. 7 ust. 1 ustawy o zbiorowym zarządzaniu dodatkowej przesłanki udzielenia zezwolenia na zbiorowe zarządzanie (pkt 3) w postaci wymogu, aby stowarzyszenie wnioskujące o zezwolenie zrzeszało „istotną liczbę

uprawnionych w zakresie objętym wnioskiem o udzielenie zezwolenia, biorąc pod uwagę ogólną liczbę uprawnionych danej kategorii”.

Przepisy dotyczące ECL zostają wprowadzone w projektowanym art. 5a ustawy o zbiorowym zarządzaniu. Przewiduje się zatem, że organizacja zbiorowego zarządzania, która zawiera umowę w zakresie, o którym mowa w art. 21⁴ ust. 1 lub art. 99⁷ ust. 2 ustawy o prawie autorskim może „rozszerzyć” zakres takiej umowy o prawa tej samej kategorii uprawnionych do tego samego rodzaju utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na tym samym polu eksploatacji, którymi organizacja ta nie zarządza na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie lub umowy o reprezentacji (przy czym zostaje wprowadzony termin „rozszerzona licencja zbiorowa”), pod warunkiem że w zakresie tego rozszerzenia umowa dotyczy wyłącznie korzystania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zaś organizacja zbiorowego zarządzania jest reprezentatywna w odniesieniu do tych praw.

W ust. 2 przewidziano mechanizm *opt-out* dla uprawnionych, zgodnie z art. 12 ust. 3 lit. c) dyrektywy. Uprawnieni będą mogli zatem „w każdym czasie i ze skutkiem natychmiastowym”, w drodze oświadczenia złożonego organizacji zbiorowego zarządzania, wyłączyć swoje utwory lub przedmioty praw pokrewnych z zakresu rozszerzonych licencji zbiorowych. W takim przypadku będzie odpowiednio stosowany mechanizm „okresu przejściowego”, o którym mowa w art. 32 ust. 3–5 ustawy o zbiorowym zarządzaniu, z tym że zostanie on skrócony do 6 miesięcy.

W ust. 3 przewidziano obowiązek informacyjny, zgodnie z art. 12 ust. 3 lit. d) dyrektywy. Organizacja zbiorowego zarządzania zamierzająca udzielić ECL „w rozsądnym czasie” przed jej udzieleniem obowiązana zostaje podać do publicznej wiadomości, że zamierza udzielić takiej licencji, a następnie że udzieliła takiej licencji oraz, w każdym przypadku, że uprawnieni mogą złożyć oświadczenie o wyłączeniu swych utworów spod ECL (*opt-out*).

Zgodnie z art. 12 ust. 4 dyrektywy do ECL ma mieć zastosowanie art. 7 dyrektywy 2014/26/UE. Ponieważ ta dyrektywa została wdrożona właśnie ustawą o zbiorowym zarządzaniu, a regulacja dotycząca ECL będzie znajdować się w tej ustawie, do organizacji zbiorowego zarządzania udzielającej ECL będą się stosowały także przewidziane w tej ustawie zasady dotyczące działalności oraz w pozostałych obszarach (obowiązek stosowania środków komunikacji elektronicznej, obowiązki informacyjne itd.).

4. Wprowadzenie środków ułatwiających licencjonowanie utworów udostępnianych w ramach usług wideo na żądanie (art. 13 dyrektywy)

Art. 13 dyrektywy ma na celu ułatwienie zawierania umów licencyjnych dotyczących udostępniania utworów w ramach usług wideo na żądanie (VOD). Przewiduje on, że strony, które „napotykały trudności związane z udzielaniem licencji”, powinny móc „zwrócić się o pomoc do bezstronnego organu lub mediatorów”, którzy będą „stanowić wsparcie w tych negocjacjach i w stosownych przypadkach proponować własne rozwiązania”. Dyrektywa nie zawiera bardziej szczegółowych wytycznych w tym zakresie. W motywie 52 wskazuje jednak,

że mediacja ma być dobrowolna dla obydwu stron i poszanowana ma być zasada swobody zawierania umów, co jednak należy uznać za dość oczywiste i powszechnie przyjęte standardy charakteryzujące istotę tego pozasądowego sposobu rozwiązywania sporów, odróżniające go od innych (ADR – Alternative Dispute Resolution), np. od sądownictwa polubownego (arbitrażu). Dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę decyzji co do „konkretnego funkcjonowania mechanizmu mediacji” i kosztów z tym związanych, o ile byłyby one „proporcjonalne do zagwarantowania skuteczności mechanizmu negocjacyjnego”.

Należy zauważyć, że aktualnie w prawie polskim nie ma przeszkód, aby strony negocjujące umowy licencyjne (i w zasadzie każde inne) korzystały z instytucji mediacji, którą oferuje wiele instytucji publicznych i prywatnych (Centrum Mediacji przy Krajowej Radzie Radców Prawnych, Sąd Arbitrażowy Rynku Audiowizualnego przy Krajowej Izbie Producentów Audiowizualnych w Warszawie, Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie itd.) lub też skorzystały z mediacji pozainstytucjonalnej (ad hoc). Negocjacje prowadzone z organizacjami zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi podlegają przepisom ustawy o zbiorowym zarządzaniu (m. in. art. 45), a w braku porozumienia – szczególnej postaci mediacji prowadzonej przez Komisję Prawa Autorskiego, stosującej odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o mediacji (art. 64 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 3 ustawy o zbiorowym zarządzaniu). Wydaje się zatem, że wdrażając omawiany przepis dyrektywy należy skorzystać z wieloletnich doświadczeń Komisji Prawa Autorskiego, nie zamykając jednak zainteresowanym stronom drogi do mediacji prowadzonej przez inne organizacje lub instytucje. Ponieważ ustawa o zbiorowym zarządzaniu dotyczy organizacji zbiorowego zarządzania (oraz tzw. niezależnych podmiotów zarządzających), zaś omawiany przepis dyrektywy negocjacji prowadzonych nie tylko z udziałem organizacji zbiorowego zarządzania, jego wdrożenie nastąpi w ustawie o prawie autorskim, w rozdziale 6 pt.: „Przepisy szczególne dotyczące utworów audiowizualnych”, w nowym art. 73¹.

Zatem zgodnie z projektowanym art. 73¹ ustawy o prawie autorskim strony negocjujące umowę o publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, mogą wystąpić do Komisji Prawa Autorskiego (o której mowa w ustawie o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi), o przeprowadzenie mediacji, wskazując mediatora z listy arbitrów Komisji. Jeżeli wskazany przez strony mediator wyrazi zgodę na mediację, uzgadnia ze stronami warunki, zasady i harmonogram mediacji. Mediator ma pomóc stronom w osiągnięciu porozumienia, a w stosownych przypadkach proponować własne rozwiązanie. W zakresie nieuregulowanym tymi przepisami do mediacji stosować się będzie odpowiednio przepisy o mediacji zawarte w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. Obsługę techniczno-organizacyjną mediacji zapewni urząd obsługujący ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, jednak nie dłużej niż przez 3 miesiące od wyrażenia przez mediatora zgody na mediację.

5. Utwory sztuk wizualnych znajdujące się w domenie publicznej (art. 14 dyrektywy)

Art. 14 dyrektywy wprowadza do prawa unijnego zasadę, zgodnie z którą w przypadku wygaśnięcia okresu ochrony utworów sztuk wizualnych wszelkie materiały powstałe w wyniku zwielokrotnienia tego utworu nie są przedmiotem prawa autorskiego ani praw pokrewnych, chyba że materiał powstały w wyniku tego zwielokrotnienia jest oryginalny w tym sensie, że stanowi własną intelektualną twórczość twórcy. W preambule zostało wyjaśnione, że w dziedzinie sztuk wizualnych rozpowszechnianie wiernych reprodukcji utworów znajdujących się w domenie publicznej przyczynia się do dostępu do kultury i jej promowania oraz do dostępu do dziedzictwa kulturowego (motyw 53). Prawodawca unijny wskazuje, że regulacja ta jest potrzebna z uwagi na transgraniczne rozpowszechnianie dzieł sztuki wizualnej znajdujących się w domenie publicznej, gdyż porządki krajowe poszczególnych państw członkowskich w tym zakresie różnią się i w konsekwencji powodują brak pewności prawa (motyw 53). Nie ulega wątpliwości, że jednolita implementacja art. 14 dyrektywy doprowadzi do usunięcia tych wątpliwości.

Biorąc pod uwagę, że ustawa o prawie autorskim nie przewiduje ochrony nietwórczych fotografii, należy uznać, że nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowych regulacji w tym zakresie. *A contrario*, w przypadku gdy fotografia utrwalająca inny utwór wizualny sama spełnia cechy utworu, podlega ochronie prawnoautorskiej bez względu na to, czy majątkowe prawa autorskie do utworu wizualnego istnieją, czy już wygasły. W drugim przypadku rozpowszechnianie takiej fotografii będzie wymagać co do zasady także zezwolenia twórcy utworu sztuk wizualnych utrwalonego na fotografii.

6. Nowe prawo pokrewne dla wydawców prasy – prawo do publikacji prasowych w zakresie korzystania przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego (art. 15-16 dyrektywy)

Art. 15 dyrektywy wprowadza do prawa autorskiego nową kategorię prawa wyłącznego – prawo wydawcy prasowego do wyłącznej eksploatacji online jego publikacji prasowych przez platformy internetowe zdefiniowane jako „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego”. W aktualnym stanie prawnym wydawcom takie odrębne prawo nie przysługuje – prawa wyłączne do eksploatacji publikacji prasowej online mogą nabyć jedynie pochodnie, tj. w ramach praw autorskich nabywanych od twórców (autorów) publikacji prasowych. Dyrektywa wyraźnie przesądza, że to nowe prawo pozostaje bez uszczerbku dla praw twórców, którzy w szczególności zachowują prawo do korzystania ze swoich utworów „niezależnie od publikacji prasowej, w skład której wchodzi” (art. 15 ust. 2 dyrektywy). Zgodnie z dyrektywą to nowe prawo wyłączone nie ma zastosowania do „prywatnych i niekomercyjnych sposobów korzystania z publikacji prasowych przez użytkowników indywidualnych”, do czynności „linkowania” oraz do „pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów publikacji prasowej” (art. 15 ust. 1 dyrektywy). Nowe prawo wyłączone ma także trwać relatywnie krótko – 2 lata od opublikowania danej publikacji prasowej (licząc od dnia 1 stycznia roku następnego) oraz nie będzie dotyczyć tych, które zostały opublikowane przed dniem 6 czerwca 2019 r. (art. 15 ust. 4 dyrektywy). Nie będzie także dotyczyć publikacji

prasowych, których ochrona wygasła (art. 15 ust. 2 *in fine* dyrektywy). Co warte podkreślenia - autorzy publikacji prasowych mają partycypować we wpływach uzyskiwanych przez wydawców z eksploatacji nowego prawa wyłącznego, choć sama dyrektywa nie określa żadnej proporcji podziału (art. 15 ust. 5).

Dyrektywa definiuje publikację prasową jako „zbiór złożony głównie z utworów literackich o charakterze dziennikarskim”, który m. in. „stanowi odrębną całość w ramach periodycznej lub regularnie aktualizowanej pod jednym tytułem publikacji, takiej jak gazeta lub czasopismo” i „jest publikowany w dowolnym medium z inicjatywy dostawcy usług, na jego odpowiedzialność i pod jego kontrolą” (art. 2 pkt 4 dyrektywy). W preambule wyjaśnia się, że zgodnie z tą definicją za publikacje prasowe należy uznać m. in. „dzienniki, tygodniki lub miesięczniki o tematyce ogólnej lub specjalistycznej”, jak również „internetowe serwisy informacyjne” (motyw 56). Dyrektywa za publikacje prasowe w tym rozumieniu nie uważa natomiast publikacji periodycznych naukowych lub akademickich (np. czasopism naukowych).

Zakres nowego prawa wyłącznego obejmuje prawa określone w art. 2 i art. 3 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE, a więc prawo do zwielokrotniania i publicznego udostępniania, w zakresie „sposobów korzystania online z publikacji prasowych” (art. 15 ust. 1). Co istotne, zakres nowego prawa pokrewnego jest określony także przez krąg podmiotów, które mogą być użytkownikami tego prawa – mogą to być wyłącznie „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego”. Sama „usługa społeczeństwa informacyjnego” została zdefiniowana w art. 2 pkt 5 dyrektywy poprzez odwołanie do usługi w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy (UE) 2015/1535. W praktyce w polskim ustawodawstwie będzie to usługa w rozumieniu przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (o czym dalej).

Celem wprowadzenia tego nowego prawa wyłącznego była, generalnie rzecz ujmując, poprawa sytuacji wydawców prasowych w dobie masowego korzystania z ich publikacji przez różnego rodzaju serwisy internetowe, bez uiszczania należnych wynagrodzeń. W preambule podkreśla się, że „wolna i pluralistyczna prasa jest niezbędna do zapewnienia wysokiej jakości dziennikarstwa i dostępu obywateli do informacji” i że „wnosi ona zasadniczy wkład w debatę publiczną i prawidłowe funkcjonowanie demokratycznego społeczeństwa”. Ale wskazuje się też na problemy, które prasa napotyka w dobie cyfryzacji: „szeroki dostęp do publikacji prasowych w Internecie doprowadził do powstania nowych usług online, takich jak agregatory wiadomości lub usługi monitorowania mediów, w przypadku których ponowne wykorzystywanie publikacji prasowych stanowi ważną część ich modeli biznesowych i źródła przychodów”, a wydawcy publikacji prasowych „mają trudności z udzielaniem licencji na internetowe korzystanie z ich publikacji dostawcom tych usług, co utrudnia im osiągnięcie zwrotu z inwestycji”. W przypadku gdy wydawców publikacji prasowych „nie uznaje się za podmioty uprawnione”, udzielanie licencji i egzekwowanie praw dotyczących publikacji prasowych w odniesieniu do sposobów korzystania online przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego w środowisku cyfrowym „są często skomplikowane i nieefektywne”. Wskazuje się też, że „należy uznać organizacyjny i finansowy wkład, jaki wydawcy wnoszą w produkcję publikacji prasowych, i stworzyć dla nich zachęty, aby zapewnić stabilność branży wydawniczej, a tym samym zwiększyć dostępność rzetelnych informacji” (motywy 54-55).

Implementacja omawianych przepisów dyrektywy DSM nastąpi przez wprowadzenie do ustawy o prawie autorskim nowego prawa pokrewnego – „prawa do publikacji prasowych w zakresie korzystania przez dostawców usług społeczeństwa informacyjnego”. Stosowne przepisy zostaną zamieszczone w rozdziale 11 „Prawa pokrewne” jako nowy oddział 3² (art. 99⁷–99¹⁰).

Projektowany art. 99⁷ ust. 1 ustawy o prawie autorskim zawiera zatem definicję „publikacji prasowej” na potrzeby nowego prawa pokrewnego – zgodną z definicją zawartą w art. 2 pkt 4 dyrektywy DSM. Wynika to z przyjętej praktyki legislacyjnej w ustawie o prawie autorskim, zgodnie z którą definicje przedmiotów praw pokrewnych zamieszczane są nie w słowniczku ustawowym (art. 6 ustawy), ale w przepisach oddziałów regulujących poszczególne prawa pokrewne (zob. art. 85, art. 94 ust. 1 i 2, art. 99¹ i art. 99² ustawy). Publikacją prasową będzie zatem „zbiór utworów lub przedmiotów praw pokrewnych złożony głównie z utworów słownych o charakterze dziennikarskim, stanowiący odrębną całość w ramach periodycznej lub regularnie aktualizowanej pod jednym tytułem publikacji, takiej jak gazeta lub czasopismo, rozpowszechniany w celach informacyjnych w dowolnej formie i w dowolny sposób w ramach działalności gospodarczej podmiotu, który sprawuje faktyczną i prawną kontrolę nad doбором rozpowszechnianych treści”. Zgodnie z art. 2 pkt 4 *in fine* dyrektywy DSM powyższa definicja nie będzie obejmować publikacji periodycznych o charakterze naukowym lub akademickim. Aby uniknąć ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, w ślad za preambułą (motyw 56), wskazuje się przykładowe publikacje prasowe, takie jak „dziennik, tygodnik lub miesięcznik o tematyce ogólnej lub specjalistycznej oraz internetowy serwis informacyjny”. Na szczególną uwagę w tej definicji zasługuje fakt, że publikacja prasowa będzie składać się przede wszystkim z utworów słownych (w dyrektywie „literackich”) o charakterze dziennikarskim i będzie rozpowszechniana w celach informacyjnych. Nie są istotne ani forma, ani sposób rozpowszechniania. Ważne jest natomiast, aby była wydawana periodycznie lub regularnie aktualizowana oraz aby była rozpowszechniana pod jednym tytułem jako „odrębna całość”. Publikacja prasowa musi też pochodzić od wydawcy rozumianego jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą (przedsiębiorca), który sprawuje faktyczną i prawną kontrolę publikowanych treści.

Treść nowego prawa pokrewnego zostanie określona w ust. 2. Prawo to będzie przysługiwać „wydawcom” na dwóch polach eksploatacji: zwielokrotnianie i publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy miał do publikacji dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. Sama konstrukcja redakcyjna przepisu (wyłączne prawo do korzystania i rozporządzania, sprecyzowane wskazaniem określonych pól eksploatacji) jest oparta na już istniejących w ustawie przepisach określających treść praw pokrewnych (art. 86, art. 94 ust. 4, art. 97, art. 99¹–99²). Co ważne, podobnie jak przy innych prawach pokrewnych, nowe prawo wyłączne będzie funkcjonować „bez uszczerbku” dla praw twórców i pozostałych uprawnionych. Oznacza to m.in., że zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy DSM, na prawo to nie będzie można się skutecznie powoływać przeciwko twórcom (i pozostałym uprawnionym) w celu uniemożliwienia im korzystania z ich utworów niezależnie od publikacji prasowej, w skład której te utwory wchodzi. Dotyczy to także sytuacji, gdy twórcy ci udzielili wydawcom jedynie licencji niewyłącznej na eksploatację swoich utworów w publikacji prasowej.

Co istotne, treść nowego prawa wyłącznego zostaje określona nie tylko przez wskazanie pól eksploatacji, ale także użytkowników tego prawa – mogą to być wyłącznie „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego”, zdefiniowani w projektowanym art. 6 ust. 1 pkt 22 ustawy o prawie autorskim – zgodnie z art. 2 pkt 5 dyrektywy DSM (z modyfikacją – zamiast „usługi społeczeństwa informacyjnego” definiuje się dostawcę tej usługi, gdyż w kolejnym przepisie art. 2 pkt 6 dyrektywy definiuje się „dostawcę usług udostępniania treści online”, który jest podkategorią dostawcy „usług społeczeństwa informacyjnego”). Dyrektywa pod pojęciem „usługi społeczeństwa informacyjnego” rozumie usługi w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy (UE) 2015/1535, w polskim prawie zdefiniowane w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344). Zatem w projektowanej definicji „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego” następuje odwołanie do tej ustawy.

W ust. 3 określa się wszystkie ograniczenia nowego prawa wyłącznego. Zatem, zgodnie z art. 15 ust. 1 *in fine* dyrektywy, prawo to nie będzie obejmowało „własnego użytku osobistego, niezwiązanego z prowadzeniem działalności gospodarczej”, „czynności odsyłania za pomocą linku do publikacji prasowej udostępnionej na stronie internetowej” (tj. czynności „linkowania” w terminologii dyrektywy) oraz „pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów publikacji prasowej”. Należy wyjaśnić, że ograniczenie związane z „własnym użytkowaniem osobistym” nie jest tożsame z treścią art. 23 ustawy o prawie autorskim (dozwolony użytek osobisty). Instytucja dozwolonego użytku (zarówno osobistego, jak i publicznego) nie wyznacza treści prawa autorskiego czy pokrewnego, ale pozwala (w określonych sytuacjach) bez zgody uprawnionego korzystać z tych praw, z ograniczeniami wynikającymi np. z art. 34–35 ustawy. Tymczasem omawiane ograniczenie nowego prawa wyłącznego wyznacza treść nowego prawa. Korzystanie z publikacji prasowej w ramach „własnego użytku osobistego, niezwiązanego z prowadzeniem działalności gospodarczej” nie jest w ogóle korzystaniem z nowego prawa wyłącznego i tym samym nie podlega np. ograniczeniom wynikającym z ww. art. 34–35 ustawy. Analogicznie należy rozumieć pozostałe ograniczenia określone w omawianym ust. 3.

Wyjątek z zakresu nowego prawa wyłącznego dotyczący „pojedynczych słów” i „bardzo krótkich fragmentów publikacji prasowej” może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych ze względu na niedookreśloność tych pojęć. Nie wydaje się jednak zasadna jakakolwiek próba ich dookreślenia w ustawie (np. poprzez określenie limitu słów lub znaków „bardzo krótkiego fragmentu publikacji prasowej”), gdyż każda taka próba może budzić zasadne pytania o zgodność z dyrektywą. Należy też mieć na uwadze, że Komisja Europejska generalnie nie zachęca do doprecyzowywania w prawie krajowym ogólnych pojęć stosowanych w dyrektywach, gdyż skutkuje to niejednolitym stosowaniem prawa UE w państwach członkowskich (zob. Komunikat Komisji dot. art. 17 dyrektywy, o czym dalej).

Projektowany art. 99⁷ ust. 3 ustawy o prawie autorskim zawiera także pozostałe ograniczenia dla nowego prawa wyłącznego – zgodnie z art. 15 ust. 4 *in fine* dyrektywy nowe prawo wyłączne nie będzie dotyczyło publikacji prasowych opublikowanych przed dniem 6 czerwca 2019 r., a zgodnie z art. 15 ust. 2 *in fine* dyrektywy – także utworów lub przedmiotów praw pokrewnych zawartych w publikacji prasowej, których ochrona wygasła.

Zgodnie z art. 15 ust. 4 dyrektywy DSM nowe prawo wyłączne będzie trwać relatywnie krótko – przez 2 lata, liczone od początku roku kalendarzowego następującego po dniu pierwszego rozpowszechnienia publikacji prasowej (projektowany art. 99⁸ ustawy o prawie autorskim). Zgodnie z art. 15 ust. 3 dyrektywy będzie się do niego stosować przepisy o dozwolonym użytku oraz pozostałe przepisy dotyczące wszystkich praw pokrewnych – nastąpi zatem stosowna zmiana merytoryczna art. 100 i art. 101 ustawy o prawie autorskim oraz upraszczająca zmiana redakcyjna tych przepisów poprzez zastosowanie jednej formuły „prawa pokrewne” i „przedmioty praw pokrewnych” zamiast enumeratywnego ich wyliczania.

Za szczególnie istotny dla jakości rynku prasy należy uznać przepis art. 15 ust. 5 dyrektywy DSM, zgodnie z którym autorzy publikacji prasowych mają partycypować we wpływach uzyskiwanych przez wydawców z eksploatacji nowego prawa wyłącznego. Dyrektywa nie określa jednak zakresu partycypacji, pozostawiając tę kwestię ustawodawcy krajowemu. W projektowanym art. 99⁹ przewiduje się udział autorów w wysokości 50% wpływów. Taka propozycja, jak się wydaje bardzo korzystna dla autorów (dziennikarzy), została przedstawiona przez samo środowisko wydawców prasowych (SDiW REPROPOL i Izbę Wydawców Prasy) w prekonsultacjach publicznych dyrektywy i zasługuje na poparcie.

Projektowany art. 99¹⁰ ustawy o prawie autorskim jest redakcyjnie oparty na podobnych przepisach dotyczących pozostałych praw pokrewnych i wskazuje właściwość polskiej ustawy względem publikacji prasowych ze względu na miejsce zamieszkania lub siedzibę wydawcy. Polska regulacja nowego prawa wyłącznego będzie zatem dotyczyć publikacji prasowych wydawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

Wykonywanie nowego prawa wyłącznego nie będzie podlegać obowiązkowemu pośrednictwu organizacji zbiorowego zarządzania. Aby jednak ułatwić udzielanie licencji w tym zakresie, zostanie zastosowany omówiony wcześniej mechanizm rozszerzonych licencji zbiorowych (ECL) – organizacja zbiorowego zarządzania reprezentatywna według przepisów ustawy o zbiorowym zarządzaniu będzie mogła udzielić dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego takiej rozszerzonej licencji zbiorowej na eksploatację publikacji prasowych online.

Art. 16 dyrektywy przewiduje prawo wydawców do udziału w rekompensacie za korzystanie z utworów na podstawie przepisów o dozwolonym użytku, co nie narusza obowiązujących w państwach członkowskich przepisów dotyczących „praw publicznego użyczenia”. Ten przepis dyrektywy należy uznać za już wdrożony do porządku krajowego. Wydawcom przysługuje bowiem udział w opłatach, o których mowa w art. 20 i art. 20¹ ustawy o prawie autorskim, oraz w podziale wynagrodzenia za publiczne użyczenie egzemplarzy bibliotecznych, o którym mowa w art. 28 ust. 4 i 5 tej ustawy.

7. Przepisy szczególne dotyczące korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych przez dostawców usług udostępniania treści online (art. 17 dyrektywy)

Art. 17 dyrektywy budzi największe kontrowersje i był głównym powodem, dla którego aż sześć państw członkowskich UE (w tym Polska) głosowało w Radzie przeciwko przyjęciu dyrektywy, a trzy kolejne wstrzymały się od głosu. Polska zaskarżyła też kluczowe przepisy art. 17 (ust. 4 lit. b i c *in fine*) do Trybunału Sprawiedliwości UE (jako żądanie ewentualne skarżąc cały art. 17). Ustawodawca unijny, świadom znaczenia tej regulacji, w ust. 10 zobowiązał Komisję Europejską do wydania wytycznych (guidance) co do prawidłowego wdrożenia i stosowania całego art. 17, nie wyznaczając jednak Komisji terminu wykonania tego obowiązku. Przedmiotowe wytyczne Komisja wydała dopiero 4 czerwca 2021 r., na trzy dni przed terminem implementacji dyrektywy, w formie komunikatu Komisji (COM(2021) 288 final).

Art. 17 dyrektywy przewiduje szczególne regulacje dotyczące korzystania z treści chronionych prawem autorskim lub prawami pokrewnymi przez „dostawców usług udostępniania treści online” (dalej „DUUTO”). Jest to zdefiniowana w art. 2 pkt 6 dyrektywy szczególna kategoria (podkategoria) dostawców „usług społeczeństwa informacyjnego” (zob. definicję w opisie rozwiązań do art. 15 dyrektywy), których „głównym lub jednym z głównych celów jest przechowywanie i udzielanie publicznego dostępu do dużej liczby chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników tych usług, które są przez niego organizowane i promowane w celach zarobkowych”. Dyrektywa precyzuje, że nie zalicza się do tej kategorii dostawców takich usług, jak „nienastawione na zysk encyklopedie internetowe, nienastawione na zysk repozytoria naukowe i edukacyjne, platformy tworzenia otwartego oprogramowania i platformy wymiany otwartego oprogramowania, dostawców usług łączności elektronicznej zdefiniowanych w dyrektywie (UE) 2018/1972, internetowych platform handlowych oraz usług w chmurze dla przedsiębiorstw i usług w chmurze obliczeniowej, które umożliwiają użytkownikom zamieszczanie treści na własny użytek”.

Art. 17 ust. 1 dyrektywy przesądza bardzo istotną kwestię, budzącą dotąd poważne wątpliwości na gruncie prawa autorskiego⁴³, że DUUTO dokonuje czynności publicznego udostępniania (rozpowszechniania) utworów, gdy „udziela on publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez jego użytkowników”. Tym samym dyrektywa przesądza, że na gruncie prawa autorskiego DUUTO jest w zakresie powyższych czynności użytkownikiem (art. 3 pkt 10 ustawy o zbiorowym zarządzaniu) i w związku z tym powinien dysponować odpowiednimi licencjami – w zakresie praw, o których mowa w art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 2001/29/WE, tj. w praktyce na polu eksploatacji „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”. Jednocześnie dyrektywa w art. 17 ust. 2 przewiduje rozszerzony skutek takich licencji pod względem podmiotowym, tj. że będą one *ex lege* obejmować także czynności publicznego udostępniania dokonywane przez

⁴³ Tak m. in. Komisja Europejska w „Wytycznych...”, str. 1.

korzystających z usług DUUTO, ale wyłącznie gdy „nie działają oni na zasadach komercyjnych lub gdy ich działalność nie przynosi znaczących przychodów”.

Ponieważ zgodnie z dyrektywą DUUTO mają być teraz użytkownikami w rozumieniu prawa autorskiego, to w konsekwencji obejmowałyby ich także regulacje dotyczące odpowiedzialności za naruszenia praw autorskich, np. gdyby doszło do publicznego udostępnienia określonych utworów bez wymaganej licencji. Biorąc jednakże pod uwagę charakter działalności DUUTO, ogromną liczbę udostępnianych treści i ich ogromne zróżnicowanie, dyrektywa wprowadza szczególnie reżim odpowiedzialności tych podmiotów, jednocześnie wyraźnie wyłączając w art. 17 ust. 3 reżim odpowiedzialności przewidziany w dyrektywie 2000/31/WE (tzw. dyrektywa „o handlu elektronicznym” lub dyrektywa „e-commerce”), do polskiego prawa wdrożony w art. 14 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Zgodnie z art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną „nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych”. Wg tego przepisu kluczową przesłanką zwolnienia usługodawcy (co do zasady tożsamy z DUUTO) z odpowiedzialności jest zatem brak po jego stronie wiedzy o bezprawnym charakterze przechowywanych (hosting) i udostępnianych danych lub związanej z nimi działalności oraz odpowiednia reakcja (uniemożliwienie dostępu) na informację, że treści o takim bezprawnym charakterze są jednak udostępniane (tzw. procedura *notice-and-take down*). Są to przepisy mające zastosowanie także do treści naruszających prawa autorskie, ale generalnie dotyczą każdych treści, a więc także np. naruszających dobra osobiste, bezpieczeństwo państwa czy porządek publiczny. Przewidziany w nich rygor odpowiedzialności można uznać za względnie łagodny, gdyż w istocie sprowadza się do właściwej reakcji usługodawcy na każdorazowe zawiadomienie o możliwości naruszenia prawa. Nie wymaga, aby usługodawca podejmował jakieś środki prewencyjne z własnej inicjatywy, aby np. zapobiec ponownemu udostępnieniu raz usuniętej bezprawnej treści.

Z punktu widzenia podmiotów praw autorskich i praw pokrewnych powyższe zasady odpowiedzialności dostawców usług przechowywania i udostępniania treści okazały się niedostatecznie skuteczne w obliczu dynamicznego rozwoju tych usług i ich coraz większej dostępności, a w efekcie niestety także znacznej skali nielegalnego udostępniania utworów i przedmiotów praw pokrewnych poprzez tego typu usługi. Procedura *notice-and-take down* okazała się niewystarczająca, gdyż raz usunięty nielegalnie udostępniony utwór bardzo szybko pojawia się ponownie w tym samym serwisie, ale w innej technicznie lokalizacji (pod innym linkiem). Uprawnieni i reprezentujące ich organizacje muszą zatem stale monitorować treści udostępniane w wielu serwisach internetowych i każdorazowo informować usługodawców o przypadkach naruszenia prawa autorskiego. Są to oczywiście działania kosztowne, czasochłonne i wciąż mało skuteczne. Stąd ustawodawca unijny postanowił w dyrektywie DSM w odpowiedni sposób wpłynąć na dostawców usług online, aby bardziej

zaangażowali się w zwalczanie przypadków naruszeń prawa autorskiego, a zwłaszcza w zapobieganie im.

W art. 17 ust. 4 dyrektywy przesądza się zatem, że DUUTO ponoszą odpowiedzialność z tytułu naruszenia praw autorskich, jeżeli publicznie udostępniają treści chronione prawem autorskim lub prawami pokrewnymi bez stosownego zezwolenia podmiotów uprawnionych (bez licencji). Mogą się jednak uwolnić od tej odpowiedzialności, jeżeli wykażą, że dołożyli „wszelkich starań”, aby uzyskać niezbędne zezwolenia (ust. 4 lit. a) oraz dołożyli „wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze”, aby „zapewnić brak dostępu” do chronionych treści „w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje” (ust. 4 lit. b). Muszą także w dalszym ciągu stosować procedurę *notice-and-take down*, tj. działać „niezwłocznie po otrzymaniu odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia od podmiotów uprawnionych” w celu „zablokowania dostępu” do wskazanych chronionych treści lub „usunięcia ich ze swoich stron internetowych” – ale teraz, po zastosowaniu tej procedury, także dołożyć „wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” (ust. 4 lit. c). Przesłanki określone w ust. 4 lit. b) i lit. c) *in fine* wymagają zatem od DUUTO, i jest to kluczową nowością gdy chodzi o regulacje prawne dotyczące usługodawców hostingowych, aby obok dotychczasowego obowiązku usuwania treści naruszających prawa autorskie w reakcji na odpowiednie zgłoszenie (*notice-and-take down*, ust. 4 lit. c *in principio*), dokonywali także pewnego rodzaju weryfikacji (filtracji) udostępnianych treści, aby nie dopuścić do ich nielegalnego udostępnienia lub ponownego nielegalnego udostępnienia (tzw. *notice-and-stay down*). Rozwiązanie to, choć może istotnie poprawić ochronę praw autorskich w sieci, budzi jednak także poważne kontrowersje. Powstaje tu bowiem także ryzyko swoistej cenzury w Internecie, tym bardziej że ogromna ilość i zróżnicowanie treści zamieszczanych w serwisach DUUTO wymusi na nich stosowanie mechanizmów automatycznej weryfikacji treści (algorytmy), które nie będą na tyle „inteligentne”, aby prawidłowo rozpoznać wszystkie faktyczne i prawne okoliczności decydujące o tym, czy dana treść chroniona została udostępniona zgodnie z prawem czy też nielegalnie (kwestia dozwolonego użytku, licencji uzyskanych indywidualnie w zakresie danej treści przez użytkownika usług DUUTO, wygaśnięcia ochrony lub jej braku *ab initio*, kwestia wyboru prawa właściwego itd.). Powstaje ryzyko, że DUUTO, chcąc uniknąć ew. odpowiedzialności, będą wykazywać pewną „nadgorliwość” i blokować dostęp również do treści, co do których ocena czy naruszają prawa autorskie, będzie budzić uzasadnione wątpliwości. Z tego właśnie względu Polska w finalnym głosowaniu w Radzie opowiedziała się przeciwko przyjęciu dyrektywy i właśnie te przepisy zaskarżyła do TSUE (skarga z 26 lipca 2019 r., sprawa C-401/19).

Art. 17 ust. 5 dyrektywy DSM nakazuje, aby przy ocenie, czy dany DUUTO spełnił ww. przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności, brać pod uwagę m. in. „rodzaj, odbiorców i skalę świadczonych usług”, rodzaj udostępnianych utworów i przedmiotów praw pokrewnych, „dostępność odpowiednich i skutecznych środków oraz ich koszt dla dostawców usług”. Ponieważ jest to tylko przykładowe wyliczenie pozostaje przyjąć, że taka ocena powinna być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności.

Dyrektywa w art. 17 ust. 6 przewiduje złagodzone rygory odpowiedzialności dla „nowych” DUUTO, tj. świadczących swoje usługi w UE krócej niż 3 lata i których roczny obrót nie przekracza 10 mln EURO. Tacy usługodawcy powinni jedynie wykazać, że dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać niezbędne zezwolenia (ust. 4 lit. a) oraz stosować procedurę notice-and-take down (ust. 4 lit. c in principio). Natomiast jeżeli średnia miesięczna liczba „pojedynczych odwiedzających” takiego „nowego” DUUTO, obliczona wg danych za poprzedni rok kalendarzowy, przekroczy 5 mln osób, usługodawcy ci są także obowiązani do stosowania procedury notice-and-stay down (ust. 4 lit. c in fine). W żadnym razie natomiast ci „nowi” DUUTO nie będą musieli stosować przesłanki z ust. 4 lit. b, tj. dokładać wszelkich starań, aby zapewnić brak dostępu do treści „w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje”⁴⁴.

W art. 17 ust. 7 dyrektywa przesądza, że te nowe przepisy dotyczące DUUTO nie będą ograniczać możliwości korzystania z treści chronionych na podstawie przepisów o dozwolonym użytku. Wskazuje zatem, że współpraca między DUUTO a podmiotami uprawnionymi z tytułu praw autorskich lub praw pokrewnych (celem której jest prawidłowe stosowanie przepisów krajowych wdrażających omawiane regulacje) „nie może prowadzić do uniemożliwiania dostępności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników, które nie naruszają prawa autorskiego i praw pokrewnych, w tym również w przypadku gdy takie utwory lub inne przedmioty objęte ochroną są objęte wyjątkiem lub ograniczeniem”. Jednocześnie nakazuje, aby użytkownicy usług DUUTO mogli korzystać z dozwolonego użytku w postaci cytowania, krytyki, recenzowania, karykatury, parodii i pastiszu – tym samym w tym zakresie wprowadza obowiązkowy dozwolony użytek, w przeciwieństwie do dyrektywy 2001/29/WE, która te postaci dozwolonego użytku traktuje jako fakultatywne.

W art. 17 ust. 8 dyrektywa wskazuje, że „stosowanie” tego artykułu „nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru”. Komisja Europejska w swoich „Wytycznych” interpretuje ten przepis jako sposób zagwarantowania, że po stronie DUUTO „nie istnieje ogólny obowiązek monitorowania” przechowywanych i/lub udostępnianych treści⁴⁵. Jednocześnie jednak DUUTO zostają obowiązani do udzielania uprawnionym, na ich żądanie, informacji na temat „funkcjonowania swoich praktyk w odniesieniu do współpracy, o której mowa w ust. 4”, a więc współpracy z uprawnionymi w celu zablokowania lub uniemożliwienia dostępu do chronionych treści, np. stosowanych narzędzi weryfikacji treści⁴⁶. Obowiązani zostają także do udzielania informacji „na temat wykorzystywania treści objętych umowami”, tj. umowami licencyjnymi zawieranymi z uprawnionymi na publiczne udostępnianie chronionych treści zamieszczanych przez użytkowników usług DUUTO.

W art. 17 ust. 9 dyrektywa nakazuje, aby DUUTO wprowadzili „skuteczny i sprawny mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń”, dostępny dla użytkowników ich usług, w sprawach dotyczących usunięcia zamieszczonych przez użytkownika treści lub zablokowania dostępu do nich, zaś państwa członkowskie – możliwość dochodzenia roszczeń

⁴⁴ Wytyczne..., str. 19.

⁴⁵ Tamże, str. 29.

⁴⁶ Tamże, str. 29.

zarówno na drodze sądowej, jak też pozasądowej. Dyrektywa wyraźnie wymaga, aby żądanie uprawnionego usunięcia lub zablokowania danej treści było „należycie uzasadnione”, a skarga użytkownika, który tę treść zamieścił, była rozpatrzona przez DUUTO w ramach ww. mechanizmu „bez zbędnej zwłoki”. Co szczególnie istotne, po rozpatrzeniu takiej skargi ostateczna decyzja DUUTO o usunięciu danej treści lub zablokowaniu dostępu do niej „podlega kontroli przeprowadzanej przez człowieka”, co wyklucza w tym przypadku stosowanie różnego rodzaju mechanizmów automatycznych, np. sztucznej inteligencji.

W tym samym art. 17 ust. 9 dyrektywa ponownie wskazuje, że „nie wpływa w żaden sposób na zgodne z prawem sposoby korzystania, takie jak korzystanie na podstawie wyjątków lub ograniczeń przewidzianych w prawie Unii” (a więc nie ogranicza dozwolonego użytku funkcjonującego na podstawie dotychczasowych regulacji UE). Wskazuje też, że nie modyfikuje regulacji dotyczących ochrony danych osobowych, tj. „nie może prowadzić do identyfikacji indywidualnych użytkowników, ani do przetwarzania danych osobowych, chyba że ma to miejsce zgodnie z dyrektywą 2002/58/WE i rozporządzeniem (UE) 2016/679”. Wprowadza też po stronie DUUTO obowiązek informowania użytkowników ich usług, „w swoich warunkach korzystania” (np. regulaminach), że mogą oni „korzystać z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną na podstawie wyjątków lub ograniczeń w zakresie prawa autorskiego i praw pokrewnych przewidzianych w prawie Unii”, tj. w zakresie dozwolonego użytku.

Art. 17 ust. 10 dyrektywy zobowiązuje Komisję Europejską do przeprowadzenia, we współpracy z państwami członkowskimi, rozmów z zainteresowanymi stronami „aby omówić najlepsze praktyki w zakresie współpracy między dostawcami usług udostępniania treści online a podmiotami uprawnionymi”. Następnie Komisja „w porozumieniu z dostawcami usług udostępniania treści online, podmiotami uprawnionymi, organizacjami użytkowników i innymi właściwymi zainteresowanymi stronami oraz uwzględniając wyniki rozmów zainteresowanych stron” ma wydać „wytyczne dotyczące stosowania niniejszego artykułu”. Jak już wcześniej wspomniano, wytyczne te, adresowane także do ustawodawców krajowych, Komisja wydała w dniu 4 czerwca 2021 r., tj. na trzy dni przed upływem terminu implementacji dyrektywy.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. Trybunał Sprawiedliwości UE oddalił skargę RP na art. 17 dyrektywy (odrzucił w zakresie zaskarżenia wyłącznie art. 17 ust. 4 lit. b i lit. c *in fine*)⁴⁷. Potwierdził słuszność stanowiska Polski (pkt 55-58 uzasadnienia wyroku), że zaskarżone przepisy stanowią ograniczenie wykonywania prawa do wolności wypowiedzi i informacji. Jednakże w ocenie Trybunału ustawodawca unijny wprowadził jednocześnie szereg przepisów (art. 17 ust. 5-10), które można uznać za „odpowiednie gwarancje” zapewnienia poszanowania tego prawa oraz sprawiedliwej równowagi między tym prawem a prawem własności intelektualnej (pkt 98 uzas.). W podsumowaniu swoich rozważań Trybunał stwierdził, że przy dokonywaniu transpozycji zaskarżonych przepisów do ich prawa wewnętrznego państwa członkowskie „powinny opierać się na takiej wykładni tego przepisu, która pozwoli na zapewnienie sprawiedliwej równowagi między poszczególnymi prawami podstawowymi

⁴⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0401>

chronionymi przez Kartę” (pkt 99 uzas.). Wydaje się, że projektowana ustawa uwzględni powyższe konkluzje Trybunału.

Wdrożenie art. 17 dyrektywy nastąpi w rozdziale 3 ustawy o prawie autorskim pt. „Treść prawa autorskiego”, poprzez dodanie nowego oddziału 2a „Przepisy szczególne dotyczące dostawców usług udostępniania treści online” (art. 21⁴-21¹⁰), tj. po oddziale 2 pt. „Autorskie prawa majątkowe”, a przed oddziałem 3 zawierającym przepisy o dozwolonym użytku. Sama definicja „dostawcy usług udostępniania treści online” (DUUTO), oparta na art. 2 pkt 6 dyrektywy, znajdzie się w art. 6 ust. 1 pkt 23 ustawy o prawie autorskim (słowniczek terminów ustawowych), bezpośrednio po definicji „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego” (projektowany art. 6 ust. 1 pkt 22 ustawy). Ponieważ DUUTO jest rodzajem „dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego”, definicja DUUTO będzie korzystać z definicji tego ostatniego. DUUTO będzie zatem „dostawcą usług społeczeństwa informacyjnego, którego głównym lub jednym z głównych celów jest przechowywanie i udzielanie publicznego dostępu do dużej liczby utworów lub przedmiotów praw pokrewnych zamieszczanych przez użytkowników tych usług, które to utwory lub przedmioty praw pokrewnych są przez niego organizowane i promowane w celach zarobkowych”. Komisja Europejska w swoich Wytycznych (str. 5) wyraźnie przestrzega przed próbami definiowania sformułowania „duża liczba utworów”, aby „uniknąć rozdrobnienia prawa w wyniku rozbieżnego postrzegania dostawców usług w różnych państwach członkowskich” – stosowna kwalifikacja powinna być dokonywana indywidualnie w każdym przypadku, z uwzględnieniem wskazówek zawartych w motywie 63 dyrektywy. Jednocześnie następuje, w ślad za art. 2 pkt 6 dyrektywy i zgodnie z ww. wytycznymi Komisji (str. 4), przykładowe wskazanie dostawców usług społeczeństwa informacyjnego, którzy nie mogą być uznani za DUUTO, tj.: dostawców „takich usług jak niedziałające w celach zarobkowych encyklopedie internetowe, repozytoria naukowe i edukacyjne, platformy tworzenia otwartego oprogramowania i platformy wymiany otwartego oprogramowania, dostawców usług łączności elektronicznej zdefiniowanych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona), internetowych platform handlowych oraz usług w chmurze dla przedsiębiorstw i usług w chmurze obliczeniowej, które umożliwiają użytkownikom zamieszczanie treści na własny użytek”.

Projektowany art. 21⁴ ust. 1 będzie przesądzał, zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy, że DUUTO wolno rozpowszechniać utwory zamieszczane przez użytkowników ich usług „wyłącznie za zgodą uprawnionego”, z zastrzeżeniem dalszych przepisów (art. 21⁵) określających warunki rozpowszechniania takich utworów bez zgody uprawnionego. Wymóg uzyskania przez DUUTO zgody uprawnionego na określoną eksploatację jego utworu rozstrzyga tym samym, że DUUTO jest użytkownikiem w rozumieniu prawa autorskiego. Wymaganą „zgodę uprawnionego” może uzyskać w sposób i na zasadach określonych w przepisach ustawy o prawie autorskim oraz ustawy o zbiorowym zarządzaniu. Może to być zatem jednostronne oświadczenie woli uprawnionego, umowa licencyjna z uprawnionym lub umowa licencyjna z ozz, w tym także zawarta w formule rozszerzonej licencji zbiorowej (o czym dalej). Należy wyraźnie podkreślić, że przepis nie wprowadza w omawianym zakresie obowiązkowego pośrednictwa ozz.

Zgodnie z projektowanym art. 21⁴ ust. 2 ustawy o prawie autorskim, zgodnie z art. 17 ust. 2 dyrektywy, ww. zgoda uprawnionego będzie obejmować również (ex lege) czynności rozpowszechniania utworów (i przedmiotów praw pokrewnych) dokonywane przez użytkowników usług DUUTO, jeżeli nie dokonują oni tych czynności „w celach zarobkowych” lub też czynności te „nie przynoszą znaczących przychodów”. Tym samym użytkownicy usług DUUTO zyskają na gruncie prawa autorskiego upoważnienie do zamieszczania i rozpowszechniania w serwisach danego DUUTO utworów objętych uzyskaną przez niego licencją, dzięki czemu uzyskają ochronę prawną przed zarzutem nielegalnego rozpowszechniania. Należy bowiem mieć na uwadze, że przesądzenie na gruncie dyrektywy że DUUTO jest użytkownikiem chronionych treści zamieszczanych przez użytkowników jego usług nie oznacza, że ci ostatni przestają być traktowani na gruncie prawa autorskiego jako publicznie udostępniający te treści. Możliwe są bowiem sytuacje, gdy DUUTO nie uzyska licencji, o których mowa, a mimo to będzie mógł dalej prowadzić swoją działalność (o czym dalej – art. 17 ust. 4).

Zgodnie z art. 17 ust. 3 dyrektywy, projektowany art. 21⁴ ust. 3 ustawy o prawie autorskim wyraźnie wyłącza stosowanie do ww. działalności DUUTO (względnie łagodnych) zasad odpowiedzialności przewidzianych w art. 14 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344), tj. przepisów krajowych określających warunki wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług społeczeństwa informacyjnego za udostępniane treści, stanowiących implementację art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE. Dyrektywa DSM przewiduje bowiem w art. 17 ust. 4 znacznie bardziej rygorystyczne warunki wyłączenia odpowiedzialności DUUTO.

Zgodnie z art. 17 ust. 4 dyrektywy, projektowany art. 21⁵ ust. 1 ustawy o prawie autorskim przesądza, i jest to logiczna konsekwencja uznania DUUTO za użytkowników rozpowszechnianych treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług, że DUUTO ponoszą odpowiedzialność za naruszenie praw autorskich jeżeli rozpowszechniają te treści bez wymaganej zgody uprawnionego. Mogą się jednak uwolnić od tej odpowiedzialności jeżeli wykazą, że 1) dołożyli „najwyższej staranności” (wg dyrektywy „wszelkich starań”), aby uzyskać zgodę uprawnionego (ust. 1 pkt 1), ale jednocześnie: 2) „dołożyli najwyższej staranności – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze – aby zapewnić brak dostępu do poszczególnych utworów, w odniesieniu do których uprawnieni przekazali dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje” (ust. 1 pkt 2) oraz 3) działali „niezwłocznie po otrzymaniu od uprawnionych odpowiednio uzasadnionego żądania zablokowania dostępu do utworów, których dotyczy to żądanie, lub usunięcia ich ze swoich stron internetowych a także dołożyli najwyższej staranności, aby zapewnić brak dostępu do tych utworów w przyszłości, na zasadach określonych w pkt 2”. Przesłanka zwolnienia z odpowiedzialności, o której mowa w projektowanym ust. 1 pkt 2, zobowiązuje DUUTO do prowadzenia działań prewencyjnych, tj. DUUTO mają „zapewnić brak dostępu” do utworów, jeżeli uprawnieni przekażą „odpowiednie i niezbędne informacje” umożliwiające identyfikację tych utworów na etapie ich zamieszczania przez użytkowników usług DUUTO ale zanim zostaną one publicznie udostępnione (rozpowszechnione). Projektowany przepis, w ślad za dyrektywą, nie narzuca sposobu, w jaki DUUTO mają dokonywać weryfikacji treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług, aby „zapewnić brak dostępu” do treści, co do

których uprawnieni przekazali „odpowiednie i niezbędne informacje”, nie narzuca też, jakie konkretnie dane powinny zawierać te „odpowiednie i niezbędne informacje”. Komisja Europejska wskazuje w swoich Wytycznych (str. 13), że ten przepis dyrektywy powinien być wdrożony w sposób „neutralny pod względem technologicznym i nieulegający dezaktualizacji”, a państwa członkowskie „nie powinny w swoich przepisach wykonawczych upoważniać dostawców usług do stosowania rozwiązań technologicznych ani narzucać im żadnych konkretnych rozwiązań technologicznych w celu wykazania, iż dołożyli starań”. Co istotne, Komisja wyraźnie potwierdza (str. 12), że warunkiem odpowiedzialności DUUTO na podstawie tego przepisu jest dostarczenie przez uprawnionych tych „odpowiednich i niezbędnych informacji”. Nie ulega jednak wątpliwości, że po ich otrzymaniu DUUTO będą zmuszeni do weryfikacji (filtracji) treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług, a wobec ogromnej liczby i zróżnicowania tych treści będą w praktyce zmuszeni stosować także mechanizmy (algorytmy) automatycznej weryfikacji. Jak wyżej kilkakrotnie już wspomniano, Polska dostrzega tutaj niebezpieczeństwo szczególnego rodzaju „cenzury”, zagrażającej wolności słowa i dostępu do informacji, ale skarga w tym zakresie wniesiona do TSUE została w dniu 26 kwietnia 2022 r. oddalona.

Przesłanka zwolnienia z odpowiedzialności, o której mowa w ust. 1 pkt 3, jest w swej pierwszej części dobrze już znaną i stosowaną, obowiązującą na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, procedurą *notice-and-take down*. Została jednak istotnie uzupełniona o procedurę *notice-and-stay down*, tj. treść raz usunięta przez DUUTO na żądanie uprawnionego nie może być ponownie rozpowszechniana „na zasadach określonych w pkt 2”, tj. jeżeli uprawnieni przekażą DUUTO „odpowiednie i niezbędne informacje” pozwalające „zapewnić brak dostępu” do tych treści. Przepis dyrektywy w tej części (art. 17 ust. 4 lit. c *in fine*) również został objęty tą samą skargą RP do TSUE (C-401/19), z identycznym uzasadnieniem (zagrożenie prawa do wolności wypowiedzi i dostępu do informacji).

Projektowany art. 21⁵ ust. 2 ustawy o prawie autorskim, zgodnie z art. 17 ust. 6 dyrektywy, przewiduje złagodzone przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności dla „nowych” DUUTO, tj. których usługi są dostępne publicznie na terytorium Unii Europejskiej krócej niż trzy lata i których roczny obrót nie przekracza równowartości 10 mln EUR – będą oni musieli wykazać, że: 1) dołożyli najwyższej staranności, aby uzyskać zgodę uprawnionego (ust. 1 pkt 1) oraz 2) stosować procedurę *notice-and-take down* (ust. 1 pkt 3 *in principio*). Natomiast jeżeli średnia miesięczna liczba pojedynczych odwiedzających tych DUUTO, obliczona na podstawie poprzedniego roku kalendarzowego, przekracza 5 milionów, będą oni również obowiązani stosować procedurę *notice-and-stay down* (ex post) w odniesieniu do utworów usuniętych w procedurze *notice-and-take down*, oczywiście o ile uprawnieni przekażą w tym zakresie „odpowiednie i niezbędne informacje” (ust. 1 pkt 3 *in fine*). Nie będą natomiast musieli stosować procedury *notice-and-stay down* (ex ante), tj. w zakresie i na zasadach określonych w ust. 1 pkt 2. Roczny obrót DUUTO będzie obliczany zgodnie z zaleceniem Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącym definicji mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw (Dz. Urz. L 124 z 20.05.2003, str. 36).

Zgodnie z art. 17 ust. 5 dyrektywy, projektowany art. 21⁵ ust. 3 ustawy o prawie autorskim wskazuje kryteria oceny, czy dany DUUTO spełnił przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności, o których mowa w ust. 1 i 2. Nakazuje zatem wziąć pod uwagę w szczególności rodzaj i skalę świadczonych usług, krąg ich użytkowników, rodzaj rozpowszechnianych utworów oraz dostępność i koszt odpowiednich i skutecznych środków uniemożliwiających dostęp do poszczególnych utworów lub zapobiegających ich ponownemu zamieszczaniu przez użytkowników tych usług. Poprzez użycie sformułowania „w szczególności” staje się oczywiste, że wymienione w ten sposób kryteria nie stanowią listy wyczerpującej.

Projektowany art. 21⁵ ust. 4 ustawy o prawie autorskim nie ma odpowiednika w przepisach dyrektywy. W motywie 62 wskazuje się jednak, że „aby zapewnić wysoki poziom ochrony prawa autorskiego, mechanizm wyłączenia odpowiedzialności, o którym mowa w niniejszej dyrektywie, nie powinien mieć zastosowania do dostawców usług, których głównym celem jest podejmowanie lub ułatwianie piractwa prawa autorskiego”. Komisja Europejska w swoich Wytocznych (str. 4) wyraźnie zaleca implementację tego fragmentu motywów do prawa krajowego. Zatem projektowane przepisy (ust. 1-3) określające przesłanki zwolnienia DUUTO z odpowiedzialności nie będą miały zastosowania do usługodawców „których głównym celem jest podejmowanie lub ułatwianie działań naruszających prawa autorskie”.

Kolejne przepisy tej części projektowanej ustawy (art. 21⁶-21¹⁰ ustawy o prawie autorskim) stanowią implementację art. 17 ust. 7-9 dyrektywy, które można ocenić jako próbę pewnego zabezpieczenia szeroko rozumianego interesu społecznego przed nieuzasadnionym lub nadmiernym blokowaniem dostępu do treści przez DUUTO (zob. uzas. wyroku w sprawie polskiej skargi na art. 17 dyrektywy C-401/19, pkt 69 i 77-95). Zatem zgodnie z art. 17 ust. 7 dyrektywy, projektowany art. 21⁶ dotyczy „współpracy” między DUUTO a uprawnionymi „w zakresie stosowania przepisu art. 21⁵”, tj. ustalania, które utwory powinny być objęte procedurą *notice-and-stay down*. Wskazuje zatem, że ta „współpraca” nie może prowadzić do niedostępności utworów zamieszczanych przez użytkowników zgodnie z prawem, w szczególności na podstawie przepisów o dozwolonym użytku. Zgodnie z projektowanym art. 21⁷ DUUTO i zgodnie z art. 17 ust. 8 dyrektywy, będą także obowiązani udostępniać uprawnionym, na ich żądanie, odpowiednie informacje na temat funkcjonowania swoich praktyk w odniesieniu do ww. współpracy oraz informacje na temat wykorzystywania utworów (i przedmiotów praw pokrewnych), co do których uzyskali zgodę uprawnionych na ich rozpowszechnianie (zgodnie z art. 21⁴ ust. 1). Art. 17 ust. 7 dyrektywy nakazuje także (jak to zostało omówione wyżej) stosowanie do omawianej działalności DUUTO (a dokładniej użytkowników usług DUUTO) instytucji dozwolonego użytku w zakresie cytowania, krytyki, recenzowania, karykatury, parodii i pastiszu, stanowiąc tym samym przepisy szczególne względem dyrektywy 2001/29/WE, która traktuje te instytucje dozwolonego użytku jako fakultatywne. W ustawie o prawie autorskim zostały one wprowadzone w art. 29 i 29¹, mają zastosowanie do wszystkich utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Nie ma zatem potrzeby wprowadzania w tym zakresie szczególnej regulacji dotyczącej DUUTO.

Zgodnie z art. 17 ust. 9 dyrektywy projektowany art. 21⁸ ustawy o prawie autorskim zobowiązuje DUUTO, aby zapewнили użytkownikom swoich usług „skuteczny i sprawny

mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń” w przypadku sporów dotyczących zablokowania dostępu do zamieszczonych przez nich utworów lub ich usunięcia. Przepis wyraźnie wymaga, aby uprawniony, który żąda takiej blokady, „należycie uzasadnić” swoje żądanie. Co szczególnie istotne, spory mają być rozstrzygane „bez zbędnej zwłoki”, a ostateczna decyzja DUUTO o zablokowaniu danej treści podlegać kontroli „przeprowadzanej przez człowieka”. Jest to zatem jeden z mechanizmów, przewidzianych w dyrektywie, ochrony interesu publicznego (prawo do swobody wypowiedzi i dostępu do informacji), aby w przypadku zastosowania przez DUUTO mechanizmów automatycznego rozstrzygania takich sporów, w tym np. także z użyciem algorytmów sztucznej inteligencji, ostateczna decyzja o zablokowaniu danej treści nie była pozostawiona maszynom, ale była decyzją podjętą przez człowieka. Zgodnie z dyrektywą wyraźnie dopuszcza się rozstrzyganie takich sporów także w trybie mediacji, o której mowa w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.).

Ochronie interesu publicznego (ochrona danych osobowych) służy także, zgodnie z dyrektywą, projektowany art. 21⁹. Przewiduje on, że działania DUUTO oraz uprawnionych, podejmowane w ramach realizacji ich uprawnień i obowiązków określonych w ww. art. 21⁴-21⁸, nie mogą prowadzić do identyfikacji indywidualnych użytkowników ani do przetwarzania ich danych osobowych, chyba że odbywa się to zgodnie z dyrektywą 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 201 z 31.07.2002, str. 37) i rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1 oraz Dz. Urz. UE L 127 z 23.05.2018, str. 2).

Zgodnie z projektowanym art. 21⁹ ust. 2 DUUTO mają obowiązek informować użytkowników swoich usług o warunkach korzystania z tych usług, w tym – co szczególnie istotne - o możliwości korzystania z utworów na podstawie przepisów o dozwolonym użytku.

Ostatni przepis w omawianej części projektowanej ustawy, art. 21¹⁰, stanowi implementację art. 17 ust. 8 (zdanie pierwsze) dyrektywy. Zgodnie z dyrektywą stosowanie art. 17 „nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru”. Komisja Europejska w swoich Wytocznych w zasadzie nie dokonała analizy tego przepisu. Natomiast TSUE w swoim wyroku w sprawie ze skargi Rzeczypospolitej Polskiej (C-401/19) stwierdził natomiast, że od DUUTO „nie można wymagać, by zapobiegali zamieszczaniu i publicznemu udostępnianiu treści, których uznanie za niezgodne z prawem wymagałoby od nich dokonania niezależnej oceny tych treści w świetle informacji dostarczonych przez podmioty uprawnione oraz ewentualnych wyjątków i ograniczeń prawa autorskiego”, zaś w niektórych przypadkach udostępnienia treści bez wymaganej zgody uprawnionego „można uniknąć jedynie po powiadomieniu podmiotów uprawnionych”. Co więcej, w ocenie Trybunału takie powiadomienie powinno zawierać „wystarczające informacje” umożliwiające DUUTO „stwierdzenie, bez konieczności przeprowadzania szczegółowego badania stanu prawnego, czy rozpatrywane udostępnienie treści jest bezprawne i czy ewentualne usunięcie tych treści nie

będzie kolidować z wolnością wypowiedzi i informacji (pkt 90-91 uzas.). 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.

Udzielanie przez uprawnionych zgody na rozpowszechnianie utworów i przedmiotów praw pokrewnych przez DUUTO nie będzie podlegać obowiązkowemu pośrednictwu organizacji zbiorowego zarządzania. Aby jednak ułatwić DUUTO uzyskiwanie takich zgód, zostanie zastosowany omówiony wcześniej mechanizm rozszerzonych licencji zbiorowych (ECL) – organizacja zbiorowego zarządzania reprezentatywna według przepisów ustawy o zbiorowym zarządzaniu będzie mogła udzielić DUUTO takiej rozszerzonej licencji zbiorowej na rozpowszechnianie treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług.

8. Zapewnienie godziwego wynagrodzenia twórcom i wykonawcom (art. 18-23 dyrektywy)

8.1. Wprowadzenie

Art. 18-23 dyrektywy mają zapewnić dwóm kategoriom uprawnionych – twórcom i wykonawcom – godziwe wynagrodzenie za eksploatację ich utworów i wykonań. Ma to nastąpić poprzez przyznanie samego prawa do takiego wynagrodzenia w określonych obszarach, jak też poprzez przepisy ułatwiające uprawnionym egzekwowanie prawa do wynagrodzenia w relacjach z użytkownikami. Szereg przepisów dyrektywy w tym zakresie jest już wdrożonych w polskim prawie, wymagają jednak mniej lub bardziej obszernych modyfikacji w celu dostosowania do wymogów dyrektywy.

8.2. Prawo do „odpowiedniego i proporcjonalnego” wynagrodzenia (art. 18 dyrektywy)

Art. 18 dyrektywy ustanawia zasadę „odpowiedniego i proporcjonalnego” wynagrodzenia w przypadku gdy twórcy i wykonawcy udzielają licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną. Jednocześnie jednak przyznaje państwom członkowskim swobodę w zakresie wyboru odpowiednich „mechanizmów” służących realizacji ww. zasady, przy czym mechanizmy te mają „uwzględniać zasadę swobody zawierania umów sprawiedliwą równowagę praw i interesów”. W motywach dyrektywy wskazuje się, że przez „odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie” należy rozumieć taką jego wysokość, która uwzględnia zarówno wkład twórcy w całość utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną, jak i wszystkie inne istotne

okoliczności sprawy, takie jak praktyki rynkowe lub faktyczna eksploatacja utworu (motyw 73).

Wdrożenie art. 18 dyrektywy nastąpi poprzez modyfikację art. 43 ustawy o prawie autorskim, który w ust. 1 ustanawia generalne prawo do wynagrodzenia w braku odmiennych uzgodnień stron. Ust. 2 ustanawia natomiast mechanizm ustalania wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy nie została ona określona w umowie. Nastąpi zatem doprecyzowanie, że wynagrodzenie to powinno być „stosowne i proporcjonalne” do korzyści wynikających z korzystania z utworu, z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa. Kryterium „stosowności” należy utożsamiać z „odpowiednością”, o której mowa w art. 18 dyrektywy, która oznacza, że w momencie zawarcia umowy wynagrodzenie powinno odpowiadać temu, co w obrocie należy świadczyć zgodnie z rodzajem i zakresem udzielonej możliwości korzystania z utworu, z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności. Z kolei kryterium „proporcjonalności” odnosi się do stosunku przychodów twórcy lub wykonawcy z tytułu eksploatacji utworu przez kontrahenta do całości przychodów kontrahenta z takiej eksploatacji. Zachowane zostanie natomiast brzmienie ust. 1, które przyjmuje zasadę odpłatności za przeniesienie majątkowych praw autorskich lub udzielenie licencji w przypadku gdy strony umowy, tj. twórca oraz nabywca lub licencjodawca, korzystając z zasady swobody umów, nie postanowiły inaczej. Przepis ten rozróżnia dwie sytuacje: pierwszą, w której strony w ogóle nie odniosły się w umowie do wynagrodzenia należnego twórcy, oraz drugą, w której co prawda strony przyjęły, że przeniesienie majątkowych praw autorskich lub udzielenie licencji następuje odpłatnie, jednakże nie określiły wysokości tego wynagrodzenia. W pierwszym przypadku zaktualizuje się domniemanie odpłatności wskazane w ust. 1, a wynagrodzenie zostanie ustalone w oparciu o kryteria stosowności i proporcjonalności, o których mowa w projektowanym ust. 2. Kryteria te stosować się będzie także w drugim przypadku. Należy zwrócić uwagę, że obowiązek wykazania, iż strony przyjęły, że przeniesienie praw lub udzielenie licencji nastąpiło bez wynagrodzenia lub że wynagrodzenie to zgodnie z zamiarem stron miało nie być stosowne lub proporcjonalne, spoczywać będzie na nabywcy praw lub licencjodawcy.

W polskim prawie autorskim jednym z najbardziej istotnych mechanizmów zapewnienia twórcom i wykonawcom „godziwego” wynagrodzenia jest regulacja zawarta w art. 70 ustawy o prawie autorskim, który przewiduje niezbywalne i wykonywane za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania prawo twórców i wykonawców do dodatkowego wynagrodzenia za eksploatację utworu audiowizualnego na określonych polach eksploatacji (nadawanie, wyświetlanie w kinach, najem itd.). Środowiska filmowe od dawna wskazują, że regulacja ta nie jest dostosowana do aktualnych uwarunkowań rynkowych, bowiem nie uwzględnia najszybciej rozwijającego się obecnie sektora VOD. W ramach implementacji omawianego art. 18 dyrektywy przewiduje się zatem uzupełnienie treści art. 70 ust. 2¹ ustawy o prawie autorskim przez dodanie nowego pkt 5, który będzie obejmował „stosowne” wynagrodzenie z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym. W ten sposób istniejąca regulacja art. 70 zostanie uzupełniona o bardzo istotne i zyskujące wciąż na znaczeniu pole eksploatacji.

8.3. Obowiązek informacyjny (wymóg przejrzystości, art. 19 dyrektywy)

Prawodawca unijny uznał, że ze względu na słabszą pozycję negocjacyjną twórców i artystów wykonawców przenoszących swoje prawa lub udzielających licencji, konieczne jest zapewnienie im możliwości stałej oceny wartości majątkowej tych praw w odniesieniu do otrzymanego przez nich wynagrodzenia. W obecnej sytuacji prawnej twórcy oraz artyści wykonawcy stykają się z brakiem transparentności w tym zakresie. Prawodawca unijny założył, że ocena wartości majątkowej praw może być przydatna nie tylko w sytuacjach, w których na podstawie zawartej umowy wynagrodzenie twórcy jest uzależnione od wysokości wpływów z korzystania z utworu – w tym zakresie prawo do informacji gwarantuje już aktualne brzmienie art. 47 ustawy o prawie autorskim – ale również dla oceny, czy uzgodnione w umowie wynagrodzenie nie okazało się niewspółmiernie niskie w porównaniu do tych przychodów. W związku z tą potrzebą uznano, że konieczne jest wprowadzenie przepisów zobowiązujących kontrahentów twórców i wykonawców (oraz następców prawnych tych kontrahentów) do regularnego przekazywania twórcom i wykonawcom aktualnych, istotnych oraz wyczerpujących informacji na temat sposobów eksploatacji ich utworów i wykonań, przychodów z tej eksploatacji i należnego wynagrodzenia. W związku z powyższym prawidłowe wdrożenie dyrektywy wymaga wprowadzenia nowego obowiązku informacyjnego, niezależnego od sposobu określenia wysokości wynagrodzenia w umowie zawartej przez twórcę lub wykonawcę.

Aktualnie obowiązująca regulacja dotycząca obowiązku informacyjnego, zawarta w art. 47 ustawy o prawie autorskim, nie będzie miała zastosowania w zakresie, w którym będzie stosowany projektowany art. 47¹. Natomiast z przewidzianego w art. 47 uprawnienia dotyczącego dostępu do dokumentacji twórca będzie mógł skorzystać niezależnie od tego, czy w danych okolicznościach znajdzie zastosowanie projektowany nowy obowiązek informacyjny.

Art. 19 dyrektywy nakazuje zapewnić twórcom oraz wykonawcom uprawnienie do otrzymywania informacji „na temat eksploatacji swoich utworów” (w szczególności w zakresie „sposobów eksploatacji, wszystkich uzyskanych przychodów i należnego wynagrodzenia”) od podmiotów „którym udzielili licencji lub na które przenieśli swoje prawa lub ich następców prawnych”. Celem tego przepisu, zgodnie z motywami 74 i 75 dyrektywy, jest umożliwienie „stałej oceny wartości majątkowej” praw autorskich i praw do artystycznych wykonań. Przekazywane informacje powinny być „aktualne, istotne i wyczerpujące” z punktu widzenia wskazanego wyżej celu, przy uwzględnieniu „specyfiki każdego sektora”. Przedmiot przekazywanej informacji określono więc w projektowanym art. 47¹ ust. 1 z uwzględnieniem brzmienia art. 19 ust. 1 dyrektywy („informacja o bezpośrednich i pośrednich⁴⁸ przychodach z korzystania z utworu oraz o wynagrodzeniu należnym w związku z tym korzystaniem, odrębnie dla każdego ze sposobów korzystania”) oraz celu

⁴⁸ Z uwzględnieniem treści motywu 75 dyrektywy DSM w zakresie, w jakim informacją powinny być objęte *wszystkie źródła przychodów istotnych dla sprawy, w tym – w stosownych przypadkach – przychodów ze sprzedaży artykułów promocyjnych.*

określonego w jej motywie 74 („w zakresie niezbędnym⁴⁹ dla ustalenia wartości rynkowej praw”).

Aktualność informacji ma pozwalać na „dostęp do najnowszych danych” (motyw 75 dyrektywy) przy uwzględnieniu specyfiki danego sektora. Natomiast zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 dyrektywy, twórcy i wykonawcy mają otrzymywać informacje regularnie, co najmniej raz w roku. W tym zakresie regulacja unijna zostaje wdrożona do polskiego porządku prawnego w projektowanym art. 47¹ ust. 2, zgodnie z którym informacja przekazywana jest „z regularnością adekwatną do specyfiki danego sposobu korzystania z utworu, nie rzadziej jednak niż raz do roku”. Jednocześnie w projektowanym art. 47² ustawy przewidziano fakultatywną legitymację ustawową dla ministra w odniesieniu do określenia częstotliwości oraz zakresu przekazywanej informacji, o której mowa w ust. 1, dla konkretnych sposobów korzystania z utworów w przypadku, gdy zaistnieje taka potrzeba rynkowa.

Zgodnie z treścią art. 19 ust. 2 dyrektywy, w przypadku gdy kontrahent twórcy lub wykonawcy albo ich następca prawny nie posiada wszystkich niezbędnych informacji, ponieważ udzielił następnie licencji, twórca może wnioskować o przekazanie dalszych informacji przez licencjodawcę kontrahenta twórcy (albo jego następcy prawnego)⁵⁰. W celu implementacji tego przepisu w projektowanym art. 47¹ ust. 3 przewidziano, że w przypadku udzielenia licencji przez jednego z zobowiązanych wskazanych w projektowanym ust. 1, i w związku z tym nieposiadania pełnej przedmiotowej informacji, konieczne jest poinformowanie o tym fakcie twórcy i przekazanie mu, na jego żądanie, informacji identyfikującej licencjodawcę. W takim wypadku, na żądanie twórcy, informację w brakującym zakresie przekazuje osoba, której kontrahent twórcy (albo jego następca prawny) udzielił licencji.

W projektowanym art. 47¹ ust. 4 przewidziano, w zgodzie z treścią fakultatywnego art. 19 ust. 4 dyrektywy, całkowite wyłączenie stosowania projektowanego obowiązku informacyjnego w sytuacji, gdy wpływ wkładu pracy twórczej danego twórcy na wartość rynkową eksploatowanej całości nie jest znaczny. Sytuacja taka może wystąpić na przykład w przypadku eksploatacji utworów zbiorowych albo zbiorów składających się z licznych utworów. Wyjątek ten nie będzie miał jednak zastosowania, jeżeli twórca wykaże niezbędność informacji dla wykonania prawa, o którym mowa w art. 44 ustawy o prawie autorskim.

Natomiast projektowany art. 47¹ ust. 5, przy uwzględnieniu treści art. 19 ust. 3 dyrektywy, przewiduje możliwość ograniczenia wykonania obowiązku informacyjnego do „form i zakresu informacji, których można racjonalnie oczekiwać przy uwzględnieniu specyfiki danego sposobu korzystania z utworu w uzasadnionych sytuacjach, w których koszty lub obciążenie administracyjne związane z realizacją obowiązku, o którym mowa

⁴⁹ Konstrukcja ta zapewnia realizację przesłanki wyczerpującego i istotnego charakteru informacji stanowiącej przedmiot obowiązku, równocześnie uwzględniając obowiązek zapewnienia proporcjonalności i skuteczności projektowanego obciążenia wynikający z art. 19 ust. 3 dyrektywy.

⁵⁰ Prawodawca unijny posłużył się pojęciem *sublicencjodawców*, niemniej jednak należy uznać ze względu na całość brzmienia tego przepisu, że obejmuje on również sytuacje, w których zobowiązany jest pierwszym licencjodawcą, ale nie jest kontrahentem twórcy (licencja została mu udzielona przez osobę, na którą twórca przeniósł prawa).

w ust. 1 lub ust. 3, okażą się nadmiernie uciążliwe w stosunku do przychodów z korzystania z utworu”.

W projektowanym art. 47¹ ust. 6 przewidziano ponadto, że ten nowy obowiązek informacyjny nie będzie miał zastosowania do eksploatacji dokonywanej na podstawie umowy o korzystanie z utworów zawartej z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi albo z niezależnym podmiotem zarządzającym w rozumieniu ustawy o zbiorowym zarządzaniu, o ile twórca otrzymuje informacje, o których mowa w art. 87 tej ustawy. Przyjęte brzmienie projektowanego przepisu przesądza, że zobowiązaniem ze względu na projektowany obowiązek informacyjny nie jest ani organizacja zbiorowego zarządzania, ani użytkownik, który zawarł z nią umowę. W pkt 2 przesądzono natomiast, zgodnie z treścią motywu 74, że obowiązek informacyjny nie ma zastosowania w przypadku eksploatacji utworu na podstawie nieodpłatnej tzw. otwartej licencji udzielonej przez twórcę⁵¹.

W przypadku ograniczeń obowiązku informacyjnego ustanowionych w projektowanym art. 47¹ ust. 4 i 5 nie wydaje się zasadne wskazywanie konkretnych przypadków, w których należy przyjąć, że występują okoliczności wskazane w tych przepisach. Należy zgodzić się z wyrażonymi we wstępnych konsultacjach publicznych dyrektywy obawami, że rozwiązanie takie nie byłoby wystarczająco elastyczne, a w wielu przypadkach stosowna ocena powinna być dokonywana indywidualnie w okolicznościach konkretnej sprawy. W projektowanym art. 47² przewiduje się jednak fakultatywną delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego do wydania rozporządzenia, w którym nastąpiłoby określenie takich przypadków, gdyby zaistniała taka potrzeba rynkowa.

8.4. Klauzula „bestsellerowa” (art. 20 dyrektywy)

Art. 20 dyrektywy nakazuje państwom członkowskim wprowadzenie mechanizmów, w oparciu o które twórcy będą mogli żądać od podmiotów, z którymi zawarli umowę o eksploatację praw lub od ich następców prawnych, odpowiedniego i godziwego wynagrodzenia, jeżeli pierwotnie uzgodnione wynagrodzenie okaże się być niewspółmiernie niskie w porównaniu do wszystkich późniejszych odnośnych przychodów uzyskiwanych z eksploatacji utworów lub wykonań. W motywach dyrektywy zwraca się uwagę, że niektóre umowy o eksploatację praw są zawierane na długie okresy i oferują twórcom i wykonawcom niewiele możliwości ich renegotjowania z kontrahentami lub ich następcami prawnymi, w przypadku gdy wartość majątkowa praw okazuje się być znacznie wyższa niż wartość szacowana pierwotnie. Zatem w odpowiedzi na to zjawisko należy przewidzieć mechanizm dostosowania wynagrodzeń w przypadkach, gdy wynagrodzenie pierwotnie uzgodnione na podstawie licencji lub przeniesienia praw staje się wyraźnie niewspółmiernie niskie

⁵¹ Za dopuszczalnością upoważnienia do bezpłatnego korzystania z utworu w drodze jednostronnej czynności prawnej opowiedział się w polskiej doktrynie m.in. prof. R. Markiewicz w: R. Markiewicz, *Ilustrowane prawo autorskie*, Wolters Kluwer 2018, s. 453.

w stosunku do przychodów z dalszej eksploatacji utworu lub utrwalonego wykonania przez kontrahenta twórcy (motyw 78).

Omawiany mechanizm, określany jako tzw. klauzula bestsellerowa, istnieje już w polskim porządku prawnym. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 44 ustawy o prawie autorskim w razie rażącej dysproporcji między wynagrodzeniem twórcy a korzyściami nabywcy autorskich praw majątkowych lub licencjodawcy twórca może żądać stosownego podwyższenia wynagrodzenia przez sąd. W doktrynie wskazuje się, że dla pełnej implementacji art. 20 dyrektywy konieczne będzie „ustanowienie alternatywnej przedsądowej procedury rozwiązywania sporów dotyczących roszczeń między twórcą a podmiotem korzystającym z praw autorskich, związanych z podwyższeniem wynagrodzenia na podstawie klauzuli bestsellerowej”⁵². Postulat ten zostanie spełniony przez wprowadzenie w projektowanym art. 68¹ ustawy o prawie autorskim (zgodnie z art. 21 dyrektywy) odesłania do mediacji uregulowanej w Kodeksie postępowania cywilnego.

Dodatkowo dyrektywa wyłącza w art. 20 ust. 2 stosowanie klauzuli bestsellerowej w odniesieniu do umów zawieranych przez podmioty, o których mowa w art. 3 lit. a) i b) dyrektywy 2014/26/UE, tj. odpowiednio organizacje zbiorowego zarządzania i niezależne podmioty zarządzające. Dyrektywa daje zatem pierwszeństwo umowom zbiorowym⁵³. Z uwagi na powyższe konieczne jest dodanie w art. 44 ustawy o prawie autorskim przepisu ust. 2, który wyłączy stosowanie omawianej klauzuli w odniesieniu do umów zawieranych z tymi podmiotami.

8.5. Alternatywna procedura rozstrzygania sporów (art. 21 dyrektywy)

Art. 21 dyrektywy nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia mechanizmu rozstrzygania sporów dotyczących wymogu przejrzystości (art. 19 dyrektywy) oraz klauzuli bestsellerowej (art. 20 dyrektywy) w drodze dobrowolnej, alternatywnej procedury rozstrzygania sporów. W motywie 79 dyrektywy wskazano, że spełnienie omawianego obowiązku przez państwa członkowskie może polegać na utworzeniu nowego organu bądź na wykorzystaniu istniejącego organu lub mechanizmu spełniającego warunki określone w dyrektywie.

W projekcie planuje się wykorzystanie istniejącego już w polskim porządku prawnym mechanizmu mediacji sądowej uregulowanego w art. 183¹ – 183¹⁵ Kodeksu postępowania cywilnego. Mechanizm ten spełnia kryteria określone w art. 21 dyrektywy. W związku z tym za wystarczające należy uznać odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w tym zakresie, które zostanie wprowadzone w projektowanym art. 68¹ ustawy o prawie autorskim.

⁵² J. Szyjewska-Bagińska, komentarz do art. 44 ustawy o prawie autorskim [w:] Ustawa o Prawie Autorskim i Prawach Pokrewnych. Komentarz., red. E. Ferenc-Szydełko, Legalis 2021

⁵³ R. Markiewicz, Prawo Autorskie na Jednolitym Rynku Cyfrowym, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790, s. 334.

8.6. Prawo „odwołania” licencji lub przeniesienia prawa (art. 22 dyrektywy)

Dyrektywa w art. 22 nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia rozwiązań pozwalających twórcom i wykonawcom, którzy udzielili licencji lub przenieśli swoje prawa autorskie lub pokrewne „na zasadzie wyłączności”, na „odwołanie” w całości lub w części takiej licencji lub przeniesienia praw, jeżeli utwór ten lub inny przedmiot objęty ochroną nie jest eksploatowany. Prawodawca unijny zwraca uwagę, że twórcy i wykonawcy, którzy udzielili licencji lub przenieśli swoje prawa, mają prawo spodziewać się, że ich utwór lub wykonanie będą eksploatowane. Zdarza się jednak, że utwory lub wykonania, na które udzielono licencji lub w przypadku których przeniesiono prawa, nie są w ogóle eksploatowane. Jeżeli prawa te przeniesiono na zasadzie wyłączności, twórcy i wykonawcy nie mogą zwrócić się do innego partnera o eksploatowanie ich utworów lub wykonań. W takim przypadku, po upływie rozsądnego okresu, twórcy i wykonawcy powinni mieć prawo skorzystania z mechanizmu „odwołania”, który pozwoli im dokonać przeniesienia praw na inną osobę lub udzielić jej licencji (motyw 80).

W polskim porządku prawnym omawiana instytucja posiada swój odpowiednik w art. 57 ustawy o prawie autorskim – w formie uprawnienia twórcy do odstąpienia od umowy albo jej wypowiedzenia. Jednakże dla pełnej implementacji art. 22 dyrektywy konieczne jest wprowadzenie zmian do art. 57 ustawy. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że uprawnienie do odstąpienia od umowy albo jej wypowiedzenia wskazane w art. 57 ustawy dotyczy wyłącznie sytuacji, w których podmiot, na który przeniesiono majątkowe prawa autorskie lub któremu udzielono licencji, nie przystąpi do rozpowszechniania utworu w umówionym terminie. Dyrektywa posługuje się natomiast pojęciem „eksploatacji”, która obejmuje także inne niż rozpowszechnianie formy korzystania z utworu. Z tego względu proponuje się rozszerzenie zakresu uprawnienia twórcy do odstąpienia albo wypowiedzenia umowy nie tylko na przypadki, gdy utwór nie został rozpowszechniony, ale także gdy nabywca lub licencjobiorca nie korzystają z niego w inny sposób. W konsekwencji w art. 57 nastąpi zamiana sformułowania „rozpowszechnianie” na „eksploatacja”.

Należy też zauważyć, że zawarte w art. 22 dyrektywy uprawnienie do „odwołania” (oznaczającego w polskiej ustawie uprawnienie do odstąpienia albo wypowiedzenia umowy) obejmuje wyłącznie sytuacje, w których doszło do przeniesienia majątkowych praw autorskich albo udzielono licencji wyłącznej. Art. 57 ustawy o prawie autorskim w obecnym brzmieniu pozwala na wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w przypadkach przeniesienia majątkowych praw autorskich oraz udzielenia licencji, przy czym nie ma znaczenia, czy jest to licencja wyłączna, czy niewyłączna. Proponuje się zatem stosowne ograniczenie zastosowania art. 57 ustawy do sytuacji, w których doszło do przeniesienia majątkowych praw autorskich albo udzielenia licencji wyłącznej.

Skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia będzie mogło nastąpić nie wcześniej niż po upływie dwóch lat od przeniesienia majątkowych praw autorskich lub udzielenia licencji. Przed odstąpieniem lub wypowiedzeniem twórca musi jednak wyznaczyć kontrahentowi dodatkowy termin na rozpoczęcie eksploatacji utworu, który nie

może być krótszy niż sześć miesięcy. Dopiero upływ dodatkowego terminu pozwoli twórcy na skuteczne odstąpienie od umowy bądź jej wypowiedzenie.

Proponuje się również wprowadzenie rozwiązania alternatywnego, zgodnie z którym twórca lub wykonawca, który udzielił licencji wyłącznej, może, zamiast wypowiedzenia umowy kontrahentowi, udzielić licencji innym osobom. W tej sytuacji licencja, która została udzielona jako wyłączna, przekształca się w licencję niewyłączną. Rozwiązanie to stanowi odpowiedź na zawartą w art. 22 ust. 2 *in fine* dyrektywy możliwość wprowadzenia przepisów przewidujących, że twórcy lub wykonawcy mogą podjąć decyzję o „zakończeniu wyłączności umowy” zamiast odwołania licencji lub przeniesienia praw. Takie rozwiązanie będzie korzystne zarówno dla uprawnionych, którzy będą mieć możliwość uzyskiwania wynagrodzenia z tytułu udzielenia innym osobom zgody na eksploatację ich utworów, jak i dla odbiorców, którzy uzyskają do nich szerszy dostęp.

8.7. Przepisy wspólne – bezskuteczność odmiennych postanowień umownych i wyłączenia w stosunku do programów komputerowych (art. 23 dyrektywy)

Zgodnie z art. 23 ust. 1 dyrektywy wszelkie postanowienia umowne, które „uniemożliwiają przestrzeganie” art. 19–21 dyrektywy, mają być bezskuteczne w odniesieniu do twórców i wykonawców. Przepis ten nie wymaga implementacji do polskiego prawa poprzez wprowadzenie odrębnego przepisu. Przepisy wdrażające art. 19 i 20 dyrektywy, tj. art. 44 (klauzula bestsellerowa) i projektowany 47¹ (wymóg przejrzystości), mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nie mogą być omijane w drodze odmiennych porozumień stron. Natomiast przewidziany w art. 21 dyrektywy mechanizm „dobrowolnej, alternatywnej procedury rozstrzygnięcia sporów” ze swej istoty wymaga zgody obydwu stron.

Art. 23 ust. 2 dyrektywy wyłącza stosowanie do programów komputerowych regulacji dotyczących zasad ustalania wynagrodzenia autorskiego w przypadku, gdy kwestie te nie zostały rozstrzygnięte w umowie łączącej twórcę z nabywcą lub licencjobiorcą, obowiązku informacyjnego, prawa do podwyższania wynagrodzenia, przepisów odsyłających do mediacji w sprawach obowiązku informacyjnego oraz prawa do dodatkowego wynagrodzenia, a ponadto uprawnienia twórcy do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w określonym terminie nabywca bądź licencjobiorca nie przystąpią do eksploataowania utworu. Z uwagi na powyższe zachodzi konieczność zmiany art. 77 ustawy o prawie autorskim poprzez dodanie zawartego w przywołanym przepisie wyliczenia odpowiednich przepisów regulujących ww. kwestie, tj. art. 43, art. 44, art. 47¹, art. 47², art. 57 i art. 68 ustawy o prawie autorskim. Ponadto z uwagi na fakt, że art. 4 ust. 1 dyrektywy nie przewiduje wyjątku od art. 4 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2009/24/WE w odniesieniu do eksploracji tekstów i danych dla celów badawczych, konieczne jest rozszerzenie katalogu zawartego w art. 77 o treść art. 26², który reguluje tę postać dozwolonego użytku.

9. Zmiany w ustawie o ochronie baz danych (art. 3-5 i art. 8 dyrektywy)

Przepisy art. 3 i 4 dyrektywy DSM przesądzają, że wyjątek w zakresie dozwolonego użytku dotyczy również praw określonych w art. 5 lit. a) i art. 7 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE, tj. praw *sui generis* do baz danych – zarówno wykazujących cechy utworu, jak i nieprzejawiających tych cech. W związku z tym w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych zostaną wprowadzone odpowiednie przepisy regulujące dozwolony użytek baz danych objętych tą ustawą (baz danych *sui generis*).

Art. 3 dyrektywy wprowadza nowy przypadek dozwolonego użytku w postaci „eksploracji tekstów i danych na potrzeby badań naukowych”, adresowany do „organizacji badawczych” oraz „instytucji dziedzictwa kulturowego” (zob. pkt 1.2 uzasadnienia). W związku z tym przewiduje się dodanie w ustawie o ochronie baz danych nowego przepisu art. 8b w brzmieniu: „Art. 8b. 1. Biblioteki, muzea, archiwa oraz instytucje kultury, których statutowym zadaniem jest gromadzenie, ochrona i upowszechnianie zbiorów dziedzictwa filmowego lub fonograficznego, zwane dalej „instytucjami dziedzictwa kulturowego”, a także uczelnie, instytuty badawcze, o których mowa w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1383) oraz instytuty naukowe Polskiej Akademii Nauk, o których mowa w art. 50 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz. U. z 2020 r. poz. 1796), mogą zwielokrotnić bazy danych w celu eksploracji tekstów i danych do celów badawczych, jeżeli czynności te nie są dokonywane w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści majątkowej.”. Zgodnie z dyrektywą bazy danych zwielokrotnione w ramach omawianego dozwolonego użytku będą mogły być „przechowywane z zachowaniem odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i wyłącznie do celów badawczych, w tym weryfikacji wyników tych badań”, zaś uprawniony będzie mógł stosować „środki zapewniające bezpieczeństwo i integralność sieci i baz danych”, które to środki nie będą mogły „wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu”.

Art. 4 dyrektywy przewiduje dozwolony użytek na potrzeby eksploracji tekstów i danych, który nie jest ograniczony podmiotowo i również ma zastosowanie do baz danych *sui generis*. Z tej postaci dozwolonego użytku będzie zatem mógł korzystać każdy, ale pod warunkiem, że uprawniony nie uczynił odmiennego zastrzeżenia (zob. pkt 1.3 uzasadnienia). Proponuje się zatem dodanie w ustawie o ochronie baz danych przepisu art. 8a w brzmieniu: „Art. 8a. 1. Wolno zwielokrotnić rozpowszechnione bazy danych w celu eksploracji tekstów i danych, chyba że uprawniony zastrzegł inaczej w odpowiedni sposób. W przypadku baz danych publicznie udostępnionych w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, zastrzeżenie to następuje za pomocą środków nadających się do odczytu maszynowego. 2. Bazy danych zwielokrotnione zgodnie z ust. 1 mogą być przechowywane wyłącznie w celu eksploracji tekstów i danych, tak długo jak jest to konieczne.”. Wprowadzenie tego przepisu będzie wymagało zdefiniowania pojęcia „eksploracja tekstów i danych”, co nastąpi przez odesłanie do definicji zawartej w projektowanym art. 6 ust. 1 pkt 21 ustawy o prawie autorskim.

Natomiast art. 5 dyrektywy DSM należy uznać za częściowo wdrożony przez przepis art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych, który zawiera już uregulowanie wprowadzające dozwolony użytek w zakresie korzystania z baz danych w charakterze ilustracji, w celach dydaktycznych lub badawczych. Natomiast dla pełnego

wdrożenia tego przepisu dodane zostaną w art. 8 przepisy ust. 1a i 1b. W ust. 1a zostanie wskazane wprost, że korzystanie z baz danych w ramach dozwolonego użytku będzie odbywać się na odpowiedzialność instytucji oświatowych i podmiotów, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 4–8 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, na ich terenie lub w innym miejscu, lub za pośrednictwem bezpiecznego środowiska elektronicznego dostępnego tylko dla uczących się i nauczających lub prowadzących działalność naukową w danej instytucji lub podmiocie. W art. 27 ust. 2 proponuje się natomiast wprowadzenie zasady terytorialności, o której mowa w art. 5 ust. 3 dyrektywy, wskazując, że korzystanie z bazy danych w ramach omawianej postaci dozwolonego użytku odbywa się w państwie, w którym beneficjent ma swoją siedzibę. Opisane wyżej zmiany pozwolą na pełną implementację art. 5 dyrektywy, w szczególności dzięki powtórzeniu w projektowanym przepisie wszystkich wskazanych w dyrektywie warunków legalności korzystania z baz danych w oparciu o dozwolony użytek dla celów dydaktycznych. Na potrzeby stosowania przepisów ust. 1a i 1b zostanie wprowadzona do słowniczka (dodany przepis pkt 3b w art. 2 ust. 1) definicja instytucji oświatowej odsyłająca do definicji zawartej w ustawie o prawie autorskim.

Art. 6 dyrektywy przewiduje dla „instytucji dziedzictwa kulturowego” prawo wykonywania kopii baz danych, które znajdują się na stałe w ich zbiorach, w celu zachowania tych zbiorów i „w zakresie potrzebnym do tego zachowania” (zob. pkt 1.5 uzasadnienia). Proponuje się więc dodanie w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych przepisu art. 8c w brzmieniu: „Art. 8c. Instytucje dziedzictwa kulturowego mogą zwielokrotnić bazy danych znajdujące się we własnych zbiorach, niezależnie od formatu lub nośnika, w celu uzupełnienia, zachowania lub ochrony tych zbiorów.”.

W projektowanym art. 8d, w ślad za art. 8 ust. 2 dyrektywy DSM, przewidziano nową postać dozwolonego użytku na rzecz instytucji dziedzictwa kulturowego posiadających na stałe w swoich zbiorach bazy danych niedostępne w handlu, w rozumieniu art. 8 ust. 5 dyrektywy. Obejmuje on zwielokrotnianie baz danych oraz ich publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy miał do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. W zakresie nieuregulowanym w tym przepisie nastąpi odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów oddziału 6 i 6b ustawy o prawie autorskim.

10. Przepisy przejściowe (art. 26-27 dyrektywy)

Zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 dyrektywy ma ona zastosowanie do „wszystkich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, które są chronione na podstawie przepisów prawa krajowego z dziedziny prawa autorskiego w dniu 7 czerwca 2021 r. lub po tej dacie”, ale „bez uszczerbku dla umów zawartych i praw uzyskanych przed dniem 7 czerwca 2021 r.”. Należy uznać, że przepisy te nie wymagają implementacji w drodze odrębnego przepisu, gdyż wynikają z ogólnych zasad działania nowych przepisów z obszaru prawa cywilnego. Ponieważ projektowana ustawa wejdzie w życie po dniu 7 czerwca 2021 r. znajdzie zastosowanie do „wszystkich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, które są chronione na podstawie

przepisów prawa krajowego z dziedziny prawa autorskiego” w dniu jej wejścia w życie, ale „bez uszczerbku dla umów zawartych i praw uzyskanych” przed tym dniem.

Zgodnie z art. 27 dyrektywy „umowy dotyczące licencji lub przeniesienia praw twórców i wykonawców podlegają obowiązkowi przejrzystości określone w art. 19 od dnia 7 czerwca 2022 r.”. W związku z faktem, że projektowana ustawa wejdzie w życie po dniu 7 czerwca 2022 r., nie ma potrzeby implementacji tego przepisu dyrektywy. Obowiązek przejrzystości, o którym mowa, będzie miał zastosowanie do umów obowiązujących w dniu wejścia w życie projektowanej ustawy oraz umów, które zaczną obowiązywać po tym dniu.

III. Zmiany w ustawie o prawie autorskim niezwiązane z wdrażaniem dyrektyw

1. Nowelizacja art. 66 ust. 1

Znowelizowany zostanie art. 66 ust. 1 – zgodnie z dezyderatem nr 86 Komisji do Spraw Petycji z dnia 4 marca 2021 r. Przepis ten w obecnym brzmieniu nie uwzględnia faktu, że licencjobiorcą może być także osoba fizyczna, która nie ma siedziby, a miejsce zamieszkania. Dlatego ust. 1 otrzyma brzmienie: „1. Umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat na terytorium państwa, w którym licencjobiorca ma swoją siedzibę albo miejsce zamieszkania, chyba że w umowie postanowiono inaczej.” – jest to zmiana o charakterze porządkującym i doprecyzującym.

2. Likwidacja Zespołu do spraw przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego i praw pokrewnych

Uchylony zostanie art. 127¹ ustawy o prawie autorskim, upoważniający Prezesa Rady Ministrów do utworzenia, w drodze zarządzenia, zespołu do spraw przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego i praw pokrewnych.

Zespół taki został powołany zarządzeniem nr 83 Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2000 r. (M.P. z 2013 r. poz. 540). Jego celem było opracowywanie wniosków i propozycji dotyczących działań organów administracji rządowej w zakresie zwalczania naruszeń prawa autorskiego i praw pokrewnych. W momencie utworzenia Zespołu naruszenia te polegały głównie na nielegalnej produkcji w kraju lub przemyśle z zagranicy i następnie nielegalnej dystrybucji na bazarach, targowiskach i innych miejscach płyt CD i DVD z filmami, muzyką, gramami lub programami komputerowymi. Z inicjatywy Zespołu były podejmowane liczne interwencje w celu likwidacji tego zjawiska.

Należy zauważyć, że od co najmniej kilku lat naruszenia praw autorskich i praw pokrewnych przeniosły się do Internetu, często poza polską jurysdykcję. Jednocześnie z dostępnych analiz dotyczących przestrzegania praw własności intelektualnej wynika, że skala naruszeń w Polsce wykazuje tendencję spadkową, a w niektórych obszarach jest nawet najniższa w całej UE. W raporcie Europejskiego Urzędu ds. Własności Intelektualnej Unii Europejskiej (*European Union Intellectual Property Office, EUIPO*) pt. „*Naruszenia praw*

autorskich online w Unii Europejskiej” z grudnia 2021 r.⁵⁴, który jest obecnie najbardziej aktualnym opracowaniem w tym zakresie, przeanalizowano konsumpcję pirackich treści przy użyciu różnych metod dostępu na komputery stacjonarne i urządzenia mobilne, w tym oprogramowanie do odbioru platform streamingowych na telewizorach i przystawkach z Android TV. Analizą objęto filmy, muzykę i kanały telewizyjne we wszystkich państwach członkowskich UE od 2017 roku do końca 2020 r. Z zaprezentowanych danych wynika, że w statystykach dotyczących dostępu przeciętnego internauty do nielegalnych treści Polska znajduje się nie tylko znacznie poniżej średniej unijnej (5,9), ale odnotowała najniższy wskaźnik (3,8) w całej Unii.⁵⁵ Ponadto, zgodnie z danymi ilustrującym trendy dot. konsumpcji pirackich treści w latach 2017-2020 (wykres nr 8) tylko dwa państwa członkowskie, w tym Polska, znalazły się poniżej średniej UE w 2017 r. i jednocześnie odnotowały szybszy spadek niż średnia UE w kolejnych 3 latach⁵⁶. Dodatkowo, w latach 2017-2020 w Polsce zaobserwowano stałą tendencję malejącą w odniesieniu do konsumpcji pirackich treści.⁵⁷ Z danych dotyczących pirackiej muzyki⁵⁸ wynika, że średnia UE wynosi w tym względzie 0,6, przy czym Polska plasuje się poniżej tego wskaźnika. Z kolei wykres prezentujący skalę tzw. piractwa filmowego wskazuje, że średnia UE to 1,2 dostępu do stron z pirackimi filmami na użytkownika Internetu miesięcznie. Ten wskaźnik dla Polski wynosi 0,3 i jest najniższy w UE. Polscy internauci również najrzadziej w całej UE korzystają z pirackich treści telewizyjnych (wskaźnik 2,9 dostępu internauty w miesiącu przy średniej dla UE na poziomie 4,1). Z opublikowanego w 2018 r. raportu Business Software Alliance również wyłania się pozytywny obraz Polski. W latach 2011-2017 nasz kraj zanotował bowiem spadek udziału nielegalnego oprogramowania w całym rynku o 7%. Według autorów tej publikacji tendencja jednoznacznie wskazuje na to, że kolejne lata także przyniosą stopniowe zmniejszanie skali piractwa. Tym samym znacząco spadła również wartość użytkowanych przez Polaków programów komputerowych z nielegalnych źródeł – jeszcze w 2011 r. było to 618 milionów dolarów, podczas gdy w 2017 – 415. Różnica jest więc zauważalna, stanowi bowiem ponad 30% tej sumy⁵⁹. Inny raport EUIPO dotyczący percepcji, świadomości i zachowań obywateli państw członkowskich w UE w odniesieniu do praw własności intelektualnej wskazuje, że w Polsce zaobserwowano jeden z najniższych w całej UE poziom tolerancji wobec nielegalnego pobierania utworów⁶⁰.

Wydaje się, że powyższe statystyki dostatecznie potwierdzają silną pozycję Polski jako kraju o wysokiej świadomości w zakresie praw autorskich, w którym respektowane są prawa środowisk twórczych. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że dotychczasowa formuła

⁵⁴ European Intellectual Property Office, *Online copyright infringement in the European Union*, 2021 r. Raport dostępny pod adresem: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/pl/web/observatory/online-copyright-infringement-in-eu>.

⁵⁵ Ibidem, s. 39.

⁵⁶ Ibidem, s. 40.

⁵⁷ Ibidem, s. 84.

⁵⁸ Ibidem, s. 55.

⁵⁹ Dane dostępne pod adresem: <https://www.gry-online.pl/newsroom/piractwo-na-pc-zmniejsza-sie-z-roku-na-rok-takze-w-polsce/zc1ac07>

⁶⁰ European Intellectual Property Office, *The European citizens and intellectual property: perception, awareness and behavior*, 2017 r. Raport dostępny pod adresem: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/25-11-2013/european_public_opinion_study_web.pdf, 2017, s. 55.

działania Zespołu do spraw przeciwdziałania naruszeniom prawa autorskiego i praw pokrewnych wyczerpała się, proponuje się jego rozwiązanie.

IV. Informacje końcowe

Projekt jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

Projekt nie wymaga przedstawiania organom i instytucjom Unii Europejskiej w celu uzyskania opinii, dokonania powiadomienia, konsultacji albo uzgodnienia. W szczególności, zgodnie z art. 2 ust. 1 decyzji Rady 98/415/WE z dnia 29 czerwca 1998 r. w sprawie konsultacji Europejskiego Banku Centralnego udzielanych władzom krajowym w sprawie projektów przepisów prawnych (Dz. Urz. WE L 189 z 03.07.1998, str. 42; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 1, t. 1, str. 446) projekt ustawy nie wymaga zasięgnięcia opinii Europejskiego Banku Centralnego, ponieważ nie wpływa na stabilność instytucji finansowych i rynków.

Projekt nie podlega notyfikacji Komisji Europejskiej w trybie ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2021 r. poz. 743).

Projekt w opisanym w nim zakresie dotyczy majątkowych praw i obowiązków przedsiębiorców oraz wpływa na działalność mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców (możliwość eksploracji tekstów i danych w ramach dozwolonego użytku, zasady korzystania z utworów *out-of-commerce*, nowe prawo pokrewne wydawców prasy, nowe zasady eksploatacji utworów przez DUUTO, obowiązek przejrzystości itd.). Nie dotyczy natomiast praw i obowiązków przedsiębiorców wobec organów administracji publicznej.

Projektowana ustawa nie podlega notyfikacji zgodnie z trybem przewidzianym w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. poz. 2039, z późn. zm.).

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. z 2017 r. poz. 248) oraz § 52 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2022 r. poz. 348) projekt ustawy zostanie zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz na stronie podmiotowej Rządowego Centrum Legislacji w serwisie Rządowy Proces Legislacyjny z dniem skierowania do uzgodnień międzyresortowych.

Projektowana regulacja nie stwarza zagrożeń korupcyjnych.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1242056.4665050.4659606
Nazwa dokumentu	Uzasadnienie do ustawy.docx
Tytuł dokumentu	Uzasadnienie do ustawy
Skrót dokumentu	BED04D3FD13EE8DE44BADB7F15828E22DB5E495F
Wersja dokumentu	1.0
Akceptacja	Sellin Jarosław, 2022-06-15 10:56:48, wersja 1.0 (Sekretarz Stanu, R (R), R (R)) Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Akceptacja	Falkowska-Gołębiewska Katarzyna, 2022-06-14 17:12:37, wersja 1.0 (Dyrektor, Departament Prawa Autorskiego i Filmu (DPAiF), Departament Prawa Autorskiego i Filmu (DPAiF)) Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Akceptacja	Barski Jacek, 2022-06-10 16:23:14, wersja 1.0 (Naczelnik Wydziału, Departament Prawa Autorskiego i Filmu (DPAiF), Wydział Prawa Autorskiego (DPAiF-WA)) Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego
	EZD 3.104.37.37.41746
Data wydruku:	2022-06-20 08:58:37
Autor wydruku:	Jackiewicz Monika