

Warszawa, dnia 8 marca 2011 roku

Szanowny Pan
Bogdan Zdrojewski
Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego

Sygnatura: DWIM/181/2011

Dot.: sprawozdania dotyczącego stosowania dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej

Szanowny Panie Ministrze,

Działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej pragnę podziękować za umożliwienie wyrażenia opinii o treści sprawozdania Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Społeczno - Ekonomicznego oraz komitetu Regionów – Stosowanie dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (zwanego dalej Sprawozdaniem). Omawiane zagadnienia posiadają bardzo istotne znaczenie dla działalności operatorów sieci kablowych, świadczących audiowizualne usługi medialne. PIKE pragnie zwrócić uwagę na nieprawidłowość praktyki sądów powszechnych, jak również nieproporcjonalność rygorów przewidzianych w polskich uregulowaniach. Znacznie utrudniają one prowadzenie działalności gospodarczej, ograniczając tym samym korzystanie z dóbr kultury milionom odbiorców usług, świadczonych przez reprezentowane podmioty.

I. PROPORCJONALNOŚĆ STOSOWANYCH ŚRODKÓW

Podstawowy przedmiot zastrzeżeń PIKE stanowi treść oraz stosowanie art. 79 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zgodnie z tym przepisem uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa, naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych albo poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności, a w przypadku gdy naruszenie jest zawinione – trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu. Uregulowanie to, w swej alternatywie oraz mało elastycznym sformułowaniu, w sposób nadmierny preferuje uprawnionych, nie biorąc pod uwagę całego szeregu możliwych sytuacji, niejednoznacznych w swej ocenie. Pośrednio potwierdza to samo MKiDN wskazując, że praktycznie wszystkie postępowania w sprawach o odszkodowanie wnoszone są o zapłatę wielokrotności, nie zaś o zapłatę odszkodowania na zasadach ogólnych. W szczególności PIKE pragnie zwrócić uwagę na przypadki, w których wobec operatorów sieci

kablowych wysuwane są żądania albo znajdujące bardzo wątpliwe uzasadnienie w przepisach albo nieograniczone w swej wysokości. Jak bowiem powszechnie wiadomo przepisy ustawy cechuje wysoki poziom niedookreśloności, a kwota stawek żądanych przez organizacje zbiorowego zarządzania nie podlega jakimkolwiek limitowaniu (nawet w przypadku zatwierdzenia tabel, będą one określać wyłącznie wynagrodzenie minimalne). Pomimo wielokrotnych apeli PIKE **nie została także dokonana implementacja dyrektywy satelitarno-kablowej**, w części upoważniającej operatorów sieci kablowych do nabywania licencji na korzystanie z utworów i przedmiotów praw pokrewnych bezpośrednio od organizacji radiowych i telewizyjnych. W ten sposób **organizacjom zbiorowego zarządzania stworzono sytuację pełnego monopolu, jednocześnie nakładając na operatorów sieci kablowych tak wysokie kary za wszelkie próby kwestionowania zakresu czy wysokości dochodzonych wynagrodzeń**. Warto także zauważyć, iż łączna kwota opłat z tytułu korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych, obciążających operatorów sieci kablowych, jest nielimitowana. W Polsce działa zaś wiele organizacji uprawnionych do zarządzania prawami na polu eksploatacji reemitowania i brak jakichkolwiek przesłanek prawnych, by nie powstało ich więcej. Każda z nich oczekuje zaś zapłaty wynagrodzenia nie wskazując listy reprezentowanych podmiotów, powołując się wyłącznie na udzielone upoważnienie do zarządzania. Chaos pogłębia fakt, że zakresy udzielonych upoważnień powielają się, a organizacje, w obawie przed roszczeniami bezpośrednio uprawnionych, odmawiają dokonywania zarządu na całym polu eksploatacji.

Sytuacja taka jest patologiczna i fakt ten potwierdza rozbieżność orzecznictwa sądów powszechnych. Z jednej strony, w niektórych wyrokach, podkreśla się, zasądzając trzykrotność należnego wynagrodzenia, iż operatorzy kablowi, jako przedsiębiorcy, zobowiązani są do zachowania szczególnej ostrożności. W uzasadnieniach takich wyroków wskazuje się, że niezawarcie umowy, w sytuacji istniejących wątpliwości, czy nawet nadmierności żądań organizacji zbiorowego zarządzania, niekiedy wypełnia przesłanki uznania winy operatora sieci kablowej. Więcej nawet – zdarza się, iż w przypadku spornym, dotyczącym właśnie nadmiernej wysokości żądanego wynagrodzenia, sądy orzekają, tytułem środka zabezpieczającego, zakaz reemitowania. W przypadku operatorów sieci kablowych, kontynuujących działalność gospodarczą, **ryzyko niemożności naprawienia szkody (czysto hipotetycznej) praktycznie nie występuje a szkoda w postaci zakazu reemitowania jest nieodwracalna**. Stąd całkowicie uzasadnione są obawy PIKE, iż wnioskiwane przez organizacje zbiorowego zarządzania środki wykorzystywane są w celu wymuszenia na operatorach kablowych zawarcia umów na narzuconych warunkach. Sądy powszechne nie badają także, wydając przedmiotowe postanowienia:

- a. czy dana organizacja zbiorowego zarządzania jest właściwa na danym polu eksploatacji, w odniesieniu do określonego rodzaju utworów;
- b. czy podmiot postanowienia faktycznie dokonał naruszenia;
- c. czy zakres żądanych informacji oraz dokumentów faktycznie jest niezbędny dla wykonania praw przez organizacje zbiorowego zarządzania.

Również praktyka wydawania przedmiotowych postanowień bez możliwości uprzedniego wypowiedzenia się przez zainteresowanego, w związku z odpowiednim stosowaniem

przepisów postępowania zabezpieczającego, często prowadzi do naruszenia interesu operatorów kablowych. Warto przy tej okazji zwrócić uwagę, iż dotychczas polski system prawny nie przewidywał skutecznego postępowania rozejmczego. Nie wydaje się również, by obecne rozwiązania zmieniły tę sytuację. **Postępowanie sądowe stanowi jedyną realną możliwość kwestionowania prawidłowości działań organizacji zbiorowego zarządzania.**

Z drugiej jednak strony część orzeczeń **jednoznacznie** wskazuje, że przedmiotowe przepisy wykorzystywane są przez organizacje zbiorowego zarządzania jako środek nacisku, nie zaś w celach faktycznie im przewidzianych.¹ Zakaz naruszania wykorzystywany jest jako środek zastraszania, mający na celu przymuszenie operatora sieci kablowej do zawarcia umowy licencji, na podstawie art. 21¹ ustawy, na skrajnie niekorzystnych warunkach. Obowiązek informacyjny stanowi zaś podstawę nie do ustalenia zakresu dokonanego i stwierdzonego naruszenia praw twórców, lecz formę przesądowego postępowania, prowadzącego do ustalenia, czy dany podmiot wykonuje obowiązki wynikające z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Dziwi zatem stanowisko Komisji Europejskiej, która z zadowoleniem przyjmuje w takich sytuacjach przymuszający charakter przepisów.² Rozwiązanie takie pozostaje w nijakim związku z powszechnie przyjmowanym postulatem pewności prawnej. Sytuacja, w której użytkownik zmuszony jest zawrzeć porozumienie, z uwagi na niejednoznaczność przepisów, a uprawnieni, reprezentowani zazwyczaj przez organizacje zbiorowego zarządzania, uzyskują korzyść, która potencjalnie im nie przysługiwała, jest skrajnie niepożądana. Działanie takie odbywa się ze szkodą nie tylko dla przedsiębiorców korzystających z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, lecz również dla ich finalnych odbiorców, ponoszących koszt tego świadczenia.

Doskonałego przykładu powyższych nieprawidłowości dostarcza seria **blisko stu** postępowań sądowych, wytoczonych w latach 2006-2007 z powództwa SA ZAiKS, przeciwko operatorom kablowym o zapłatę. SA ZAiKS wygrał zasadniczo wszystkie, opierając się na interpretacji przepisów przeprowadzonej przez Sąd Najwyższy w 2005 roku. Większość postępowań skończyła się ugodami, po wydaniu zasądzonego wyroku przez sąd pierwszej instancji, bądź to zobowiązujących do zapłaty wielokrotności wynagrodzenia, bądź to zakazujących prowadzenia działalności. Mocą zawartych ugód operatorzy kablowi zobowiązywali się uiszczać na rzecz SA ZAiKS kwoty od kilku do kilkuset tysięcy złotych. W jednym wypadku, w którym wartość przedmiotu sporu oraz determinacja pozwanego pozwoliły na ponowne skierowanie sprawy do Sądu Najwyższego, Sąd Najwyższy uznał swoje poprzednie orzeczenie za nieprawidłowe. W odpowiedzi na dalszy wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich w tej sprawie, Sąd Najwyższy mocą uchwały z dnia 25 listopada 2008 roku ponownie wskazał na niezasadność roszczeń SA ZAiKS. Wszystkie wydane orzeczenia oraz zawarte ugody okazały się nie znajdować uzasadnienia w przepisach. Połączenie nieprawidłowej praktyki sądów oraz niejasnych przepisów, pozwoliło zatem organizacjom

¹ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w sprawie z powództwa Stowarzyszenia Filmowców Polskich; postanowienie w sprawie umorzenia postępowania w sprawie karnej. Marginalnie warto zauważyć, iż praktycznie każde naruszenie ustawy stanowi podstawę wszczęcia postępowania karnego. Jest to ewenement na skalę europejską.

² str. 13/14 Commission Staff Working Document

zbiorowego zarządzania wymusić na operatorach sieci kablowych miliony złotych, ze szkodą zarówno dla rozwoju sieci telekomunikacyjnych, jak i samych abonentów.

Tym samym – w opinii PIKE – obecnie obowiązujące uregulowania nie spełniają minimalnych kryteriów ochrony prawnej podmiotów korzystających z utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Oczywiście intencji PIKE nie stanowi ochrona nieuprawnionego korzystania z cudzych praw, lecz zapobieżenie powszechnemu nadużywaniu przedmiotowych zapisów przez organizacje zbiorowego zarządzania. Organizacje te wykorzystują niespójność przepisów, swoją monopolistyczną pozycję oraz chwytliwy medialnie argument ochrony praw twórców do wymuszania na przedsiębiorcach zawierania umów. Umowy te nie tylko są oczywiście niekorzystne dla przedsiębiorców, lecz również nie znajdują oparcia w przepisach prawa.

Niezależnie od argumentów odwołujących się do racjonalności uregulowań, obowiązujące uregulowania stanowią także, w opinii PIKE, naruszenie przepisów dyrektywy. W szczególności jednoznacznie fakt ten wynika z treści motywu 17 dyrektywy. Stanowi on, że *„[p]rzewidziane w niniejszej dyrektywie środki, procedury i środki naprawcze w każdym przypadku powinny być ustalane tak, aby w należyty sposób uwzględniały specyfikę sprawy, włączając szczególne cechy każdego prawa własności intelektualnej, i w stosownym przypadku umyślny lub nieumyślny charakter naruszenia.”* Analogicznie, zgodnie z motywem 22 dyrektywy *„[p]odstawowe znaczenie ma też wprowadzenie tymczasowych środków zapewniających natychmiastowe zaniechanie naruszeń bez oczekiwania na decyzję o istocie sprawy, z przestrzeganiem prawa do obrony, przy zapewnieniu, tam gdzie to stosowne, proporcjonalności środków tymczasowych do cech charakterystycznych rozpatrywanej sprawy oraz gwarancji niezbędnych do pokrycia kosztów i szkód, na które została narażona osoba oskarżona bez uzasadnienia. Środki te są uzasadnione szczególnie w sytuacjach, gdy opóźnienie mogłoby spowodować nienaprawialne szkody dla podmiotu prawa własności intelektualnej.”* Obecne uregulowania naruszają także treść motywu 26 dyrektywy, zgodnie z którym *„suma odszkodowań przyznanych właścicielowi praw powinna uwzględniać wszystkie właściwe aspekty, takie jak utrata przez właściciela dochodów lub nieuczciwy zysk uzyskany przez naruszającego oraz, gdzie właściwe, wszelki uszczerbek moralny, które posiadacz praw poniósł. Jako alternatywa, tam np., gdzie ustalenie sumy poniesionego uszczerbku byłoby trudne, sumę odszkodowań można oprzeć na elementach takich, jak opłaty licencyjne, honoraria autorskie lub opłaty, jakie byłyby należne, gdyby naruszający poprosił o zgodę na wykorzystanie wchodzących w grę praw własności intelektualnej. Nie jest celem wprowadzenie obowiązku zastosowania odszkodowań o charakterze kary, ale dopuszczenie rekompensaty opartej na obiektywnym kryterium przy uwzględnieniu wydatków poniesionych przez właściciela praw, takich jak koszty identyfikacji i badań.”* Powyższa motywacja znajduje odzwierciedlenie w przepisach dyrektywy, w szczególności art. 3, 9 oraz 13.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w doktrynie. Podkreśla się, że „[i]iczne wątpliwości budzą alternatywne sposoby wynagrodzenia szkody, przede wszystkim zaś możliwość żądania w przypadku naruszeń niezawinionych zapłaty sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia. Taka obiektywna sankcja nie może być porównana nawet z sankcjami karnymi, które uzależnione są od winy sprawcy. Natomiast jeżeli naruszenie jest zawinione, uprawniony może żądać zapłaty trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z prawa do bazy danych [...] Możliwość żądania trzykrotności stosownego wynagrodzenia w przypadku naruszeń zawinionych stanowi środek, który **wychodzi znacznie poza granice kompensacji szkód**. Z tego względu można podnosić argumenty, iż sankcja jest sprzeczna z przewidzianym w dyrektywie 2004/48/WE nakazem unikania odszkodowania o charakterze karnym (ang. *punitive damages*) [...]”³ Zwraca się także uwagę, że „w praktyce zastosowanie tej regulacji także może doprowadzić do złamania podstawowych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. zasady pełnego wynagrodzenia szkody i zakazu wzbogacenia się poszkodowanego w wyniku zasądzenia na jego rzecz odszkodowania. Wobec zasygnalizowanych powyżej wątpliwości słuszne jest moim zdaniem stanowisko A. Tischner i T. Targosza, że regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej, pozostając w zgodzie z wymogami nałożonymi dyrektywą 2004/48, mogłaby ograniczać się do odesłania do zasad ogólnych [...]. Ponadto w literaturze zauważono, że skoro zgodnie z pkt 26 dyrektywy 2004/48, celem zasądzenia sumy pieniężnej, alternatywnej wobec odszkodowania na zasadach ogólnych, jest umożliwienie rekompensaty poszkodowanemu, w przypadkach, w których trudno udowodnić wysokość szkody, to zamieszczenie analizowanej regulacji w polskich ustawach z zakresu własności intelektualnej jest zbędne. W polskim systemie prawnym funkcjonuje bowiem wspomniany już wcześniej przepis art. 322 k.p.c. [...], który pozwala na odstąpienie od ścisłego udowodnienia wysokości szkody [...]”⁴

II. POZOSTAŁE UWAGI

Odnosząc się do poszczególnych pytań, przedstawionych w doręczonym dokumencie, PIKE pragnie wyjaśnić, że:

- a. w odpowiedzi na pytania 1.1-1.3: PIKE postuluje utrzymanie zasady, zgodnie z którą wszelkie regulacje powinny cechować się neutralnością technologiczną. Stąd wyróżnianie regulacji w odniesieniu do sieci Internet nie znajduje uznania w opinii PIKE. W szczególności mając na uwadze prowadzone prace nowelizacyjne, dotyczące ustawy o radiofonii i telewizji, stanowiące dla świadczenia usług w sieci Internet daleko bliżej idące obciążenia regulacyjne, niż w odniesieniu do identycznych usług, świadczonych w zamkniętych sieciach kablowych;
- b. w odpowiedzi na pytanie 2.3: PIKE sprzeciwia się tworzeniu kolejnych list praw własności intelektualnej. PIKE obawia się bowiem przyspieszenia tworzenia nowych pól

³ Targosz Tomasz, Tischner Anna „Komentarz do ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw”, w zakresie zmian do ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz.U.01.128.1402); wyd. SIP LEX 2008

⁴ Felchner Krzysztof, Jasińska Katarzyna, Lampart Marta, Marek Dawid „Komentarz do ustawy z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin”, [w:] K. Felchner, K. Jasińska, M. Lampart, D. Marek „Ustawa o ochronie prawnej odmian roślin. Komentarz”, w zakresie art. 36a, wyd. SIP Oficyna, 2009.

eksploatacji. Proces ten, który doprowadził do powstania pola eksploatacji reemitowanie, całkowicie sztucznie wydzielonego z pola eksploatacji nadawanie, obecnie doprowadził do jego rozbitcia na reemitowanie w technologii cyfrowej oraz analogowej. PIKE oczekiwałoby raczej pomocy w ograniczeniu przedmiotowych tendencji, znacznie utrudniających racjonalne prowadzenie i planowanie działalności gospodarczej. Marginalnie warto zauważyć, że propozycja zawarta w rządowym projekcie ustawy o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej, ponownie narusza zasadę neutralności technologicznej. W sposób wybiórczy wskazuje bowiem, iż nie stanowi nowego pola eksploatacji nadawanie programu w technologii cyfrowej, drogą naziemną. Niestety, w odniesieniu do innych technologii zapis taki został odrzucony;

- c. w odpowiedzi na pytanie 4.5: PIKE protestuje przeciwko dalszemu poszerzaniu obowiązków podmiotów, nie pozostających w żadnym związku ze świadczeniem usług. W opinii PIKE działanie takie stanowi przykład przerzucania odpowiedzialności na podmioty trzecie, wyłącznie z tego powodu, że jest to rozwiązanie dla Państwa prostsze. Stąd – Państwo broni jedną grupę podmiotów (uprawnionych), którzy sztucznie kreując bariery w dostępie do określonych dóbr, celem uzyskania wyższych korzyści, zmuszają inne podmioty, do pomocy w wymuszaniu tych ograniczeń. W opinii PIKE rozwiązania tej sytuacji nie stanowi stawianie kolejnych utrudnień, filtrów w dostępie do sieci, lecz ułatwienie dostępu do dóbr. Oczywiście jest, że to uprawnieni przyczyniają się swoim postępowaniem do procederu piractwa, czy to poprzez wprowadzanie barier narodowych, czy cenowych. PIKE wyraża sprzeciw wobec takiej propozycji.

Nie sposób także nie wspomnieć, iż argumentacja przywołana przez MKiDN w dotychczasowym sprawozdaniu, w odniesieniu do stosowanych środków alternatywnych pozostaje niepełna. Polski przepis art. 79 ust. 3 faktycznie przewiduje możliwość nakazania osobie, która naruszyła autorskie prawa majątkowe, zapłatę stosownej sumy pieniężnej na rzecz uprawnionego, jeżeli zaniechanie naruszania lub usunięcie skutków naruszenia byłoby dla osoby naruszającej niewspółmiernie dotkliwe. Niestety jednak, w odróżnieniu do treści dyrektywy, ogranicza swoje stosowanie wyłącznie do sytuacji, w której naruszenie było niezawinione (a należy pamiętać o rozszerzającej wykładni znaczenia tego pojęcia) oraz **za zgodą uprawnionego**. Często uniemożliwia to stosowanie przedmiotowej regulacji.

PIKE postuluje także o podjęcie bardziej intensywnych działań, które pozwoliłyby na ułatwienie prowadzenia działalności również przez podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, nie zaś wyłącznie uprawnionych. Do takich działań należałoby m.in. doprowadzenie do obniżenia obecnych, absurdalnie wysokich, kosztów zarządzania przedmiotowymi prawami przez organizacje zbiorowego zarządzania. W Polsce oscylują one ok. 20% pobieranych kwot. PIKE wnosi także o ograniczenie zakresu obowiązków nakładanych na operatorów, bez jednoczesnego udostępnienia im łatwej możliwości ich realizacji. Problem dotyczy:

- a. przepisów typu must carry, w odniesieniu do których wciąż nie wprowadzono ostatecznie odpowiadającego temu obowiązkowi instytucji must offer, czy obowiązkowi uiszczania wynagrodzenia za reemitowanie utworów i przedmiotów

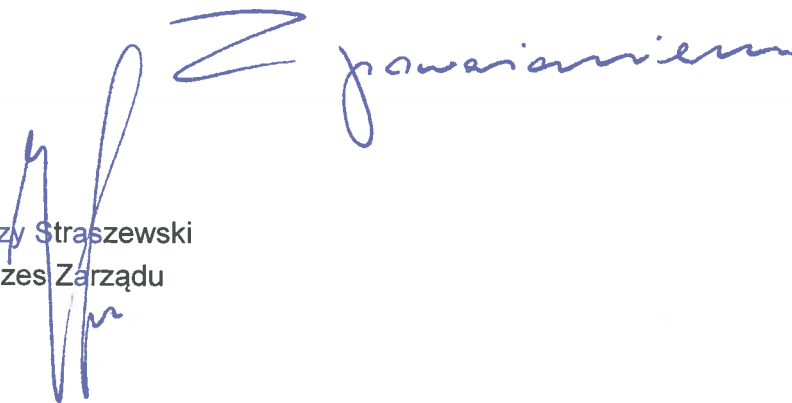
praw pokrewnych w programach must carry. Zatem operatorzy nie otrzymują środków należnych za reemitowanie utworów i przedmiotów praw pokrewnych, co więcej zobowiązani są do uiszczania opłat podmiotom uprawnionym.

b. projektowanego obowiązku zatrzymywania programów, którego uregulowania pozostają analogicznie niespójne jak w przypadku must-carry.

Ponadto – zgodnie z powyższymi wskazaniem, oba obowiązki naruszają zasadę neutralności technologicznej, obejmując sieci takie jak sieci kablowe, nie obejmując jednak sieci Internet, dostarczanej tymi samymi sieciami, ale z wykorzystaniem odmiennej technologii.

Polska Izba Komunikacji Elektronicznej zastrzega sobie prawo zgłoszenia dalszy uwag w terminie późniejszym.

Jerzy Straszewski
Prezes Zarządu

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Z poważaniem", is written above the printed name and title of Jerzy Straszewski. The signature is stylized and cursive.