

Polish version follows

Warsaw, October 15, 2012

European Commission, Brussels

via

Minister for Culture and National Heritage
Mr. Bogdan Zdrojewski
Department of Intellectual Property and Media
Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warsaw, Poland

No. DWIM 1444/12

RE: proposal of 11 July 2012 for a Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market (COM (2012 372 final))

Dear Minister, Dear Sirs,

On behalf of the Polish Chamber of Digital Broadcasting (**PIRC**) on the basis of power of attorney (attached) and in the context of the letter from the Polish Minister for Culture and National Heritage, No. DWIM 1444/12 of 7 September 2012, requesting that it state its position with regard to the European Commission proposal of 11 July 2012 for a Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market (COM (2012 372 final)), please find the position of the PIRC stated below.

I. Initial remarks

The subject area regulated by the proposal is the issue of freedom to provide services on the common European market. In the extensive statement of reasons behind the proposal the EC deemed this area to be key for entities of this kind (collecting societies, providers of online services, exclusive rightholders) and the nature of their business activity. The Commission stated at the same time that the fact that there was no regulation in this area at EU level was causing problems, due to the inadequate level of transparency of management and functioning of collecting societies competing with each other in Europe. According to the EC this has led to negligence in the management of collecting societies' finances, the origin of which finances is primarily remuneration for copyright and related rights, while a significant percentage of licensing fees collected by collecting societies come from a repertoire other than the domestic one. The Commission also identified problems arising due to some collecting societies not having developed the capacity for multi-territorial licensing (MTL) for online use of works. In the EC's view this results in a lack of legal certainty, which in turn is an obstacle when it comes to consolidation of musical work repertoires.

The proposal for the Directive is therefore a major element in the building of a transparent copyright and related rights market in the EU. Upon analysis four overall areas of regulation can be discerned, and these are as follows:

- 1) the exercise of control over the activities of collecting societies by members of collecting societies,
- 2) the functioning of collecting societies in a transparent way;
- 3) a mechanism for MTL for exclusive rights to online use
- 4) enforcement of rights

The PIRC states its position with regard to points 3 and 4 of the regulatory areas outlined above.

II. Performance of services by collecting societies

Under article 27 of the proposal for the Directive a collecting society may outsource services which relate to the multi-territorial licences it grants but this may not affect the liability of the collecting society towards rightholders, online service providers or other collecting societies. Both this example and an analysis of other provisions in the proposal for the Directive lead to the conclusion that the nature of activities of collecting societies, which is multi-territorial licensing of rights to use musical works online, constitutes, in this regard, a service provided on the common market (see point 7 of the preamble) both for those exercising copyright and related rights and authors and rightholders, as well as other collecting societies.

The proposal for the Directive does not provide a clear and exhaustive definition of the term “multi-territorial licensing” and thus interpretation of the wording of the proposal is needed with regard to this issue.

From this point of view it would seem likely that if the Directive was adopted and implemented into national legal systems, a specialised type of agreement would come into existence, regulating collective management. In this scenario there is some inconsistency in the proposed legal structure, relating to the relationship between collecting societies and online music providers.

The proposal for the Directive imposes an obligation on online music providers exercising exclusive rights **to obtain the consent** from parties managing copyright or related rights to “online use”. The right granted is intended to be authorisation for reproduction or communication to the public, including in such a way that anyone can access works at a time and place of their individual choice (art. 2 and 3 of Directive 2001/29/EC). Meanwhile, the definition in art. 3 m of the proposal for the Directive of “online music service” refers to a different definition of “information society services”¹, which assumes access to online music “at a time and place of their individual choice”, and hence access to the online music service “upon demand”. It should be noted that the proposal for the Directive is inconsistent in this regard, with respect to these two definitions, i.e. “right to online use of musical works” and “online music service”. This will be discussed further below in point V. The proposal for the Directive expands the definition of “online music service” by adding the requirement referred to above for consent from the exclusive rightholder. Domestic legislators have left in place the detailed rules for the forming of contractual relations in this regard (point 43 of the preamble).

In view of the above the legal structure described in the proposed Directive for a future arrangement between the online music service provider and the rightholder (including collecting societies) provides for an *essential element (essentialia negotii)*, being the consent to the exercise of exclusive rights, which is a condition for effectiveness of the contractual arrangement.

¹ See art. 1 Directive 98/48/EC

Given this situation it would be advisable to consider expanding the definition of “online music service” to state explicitly that the consent to the exercise of exclusive rights (to musical works) is an element, and not merely a “requirement” (as per the current wording of art. 3 m). It needs to be evident to domestic legislators that an agreement that does not contain this element is non-existent. This proposed amendment making the definition more specific should have positive implications for the transposition of the definition into the national legislation of EU Member States.

This criterion, being the “consent”, should cover each form available in the EU enabling legally compliant use of a work or object of a related right, and not only a licence, as – as stated above – the envisaged aim of the proposal’s authors is not to harmonise national legislative systems with respect to contractual law and thus also forms of civil law agreements. We propose therefore that art. 3 of the proposal for the Directive should not place restrictions on the form in which consent is given to exercise of exclusive (music) rights to licensing. This would afford the Member States discretion regarding this issue, which would also reflect the principle of **subsidiarity** (art. 5.3 of the TEU) and **proportionality** (art. 5.4 of the TEU) and would not go beyond the measures necessary and feasible to effectively achieve the aim at national level.

III. The issue of repertoire

According to the proposal’s authors the aim of the envisaged regulation would be among other things to exert pressure on collecting societies to devise more efficient licensing practices (2.3. pp. 7 of the proposal for the Directive). In this context – from the point of view of online music service providers, the key issue is to eliminate undesirable competition between those organisations with regard to a collectively managed repertoire. It is common practice of some collecting societies to compete for the same repertoire and furthermore for the same categories of rightholders, for example co-authors of audiovisual works, which also includes authors of musical works.

This competition might be particularly acute in areas in which collecting societies act on behalf of authors and rights evidently not entrusted, and also enforced without outsourcing/commissioning (in Poland under art. 752 et seq. of the Polish Civil Code). Rights to musical works are an excellent example, and collective management of so-called minor or major rights without outsourcing, including under mutual representation agreements – common practice. In fact art. 5.6 of the proposal prohibits collecting societies from taking action if there is no “express consent” of the exclusive rightholder, but the issue is not the actual consent of the rightholder, it is also the defining of the boundaries of management between collecting societies competing for the same repertoire. At this point it should be said that in Poland these boundaries are defined, in addition to the entrusting of rights, also by an administrative/legal decision permitting collective management, issued by the Minister for Culture and Preservation of National Heritage. Current practice in this regard demonstrates however that this permission is not sufficiently clearly and transparently formulated. The Polish judicial system has therefore deemed judicial interpretation of permission necessary (see for instance Supreme Court ruling of 20.05.1999, I CKN 1139/97, OSP 2000, No. 2, item 24). The purpose of such interpretation is to eliminate scenarios in which authors’ remuneration is multiplied.

The proposal for the Directive provides for a general definition of a “**repertoire**” (art. 3 j), as *the works or other protected subject matter in which a collecting society manages rights*.

Our proposal is that this definition be expanded to state explicitly that the issue is not so much about the right (as in the current wording) of a collecting society to manage a collection of works or other protected subject matter but rather also the activities of a collecting society within the limits and on the basis of private or public title.

IV. The issue of other services

The Directive is intended to be implemented in order to create the so-called “European Licensing Passport”, i.e. introduce the option of “one-stop-shop” licensing of use of musical works. This basic principle seems to us to be well suited to this category of artistic activity. Point 21 of the preamble mentions however the problems faced by providers of “**other services**” (other than music) when obtaining the relevant licences providing access to films or games where music is an “important element”. Due to the fact that the purpose of this provision is not known, a statement of this kind could be exploited by some collecting societies as a means of a kind of “doubling” music rights existing in films, regardless of rights to the film as such. This in turn could lead to fees being charged multiple times for use of musical works constituting “other services” in addition to the fees for use of musical works. The complexity of this problem is acknowledged in the reasons for the proposal for the Directive. The proposal's authors point out that in certain sectors licences are usually granted by individual rightholders (for example film producers) directly, while in other sectors collective management of copyright is very important, especially economic rights to musical works. (pp. 2 point 1.1).

A comment that needs to be added to the comments made by the proposal's authors is that outside of the EU as well there are attempts on the part of collecting societies to multiply fees that are not due for rights to music used in films. In one recent ruling issued by the Canadian Supreme Court of 12 July 2012², a Canadian collecting society was denied the right to charge fees for use of music in a film, which was the soundtrack, and an attempt was made to substantiate this by citing among other things the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations of 1961. The Canadian Supreme Court ruled that pre-existing musical works that are featured in films and used with the film, are not grounds for a collecting society to charge separate remuneration for use of music, citing art. 19 of that Convention.

This is why, in view of the above, we suggest that the proposal for the Directive, and in particular the preamble to that proposal, should specify clearly that the “other services” in question could be subject to exclusive rights separate from music rights, for example the rights of producers of audiovisual works (respected in the EU at least following the ECJ ruling of 9.02.2012 in case C-277/10). Moreover these “other services” relating to film do not require the compulsory representation by collecting societies, which is also specified in the TRIPS agreement (art. 11 in conjunction with art. 14 section 4), WIPO publications (464(E0, 1996), WIPO treaties of 1996, the so-called WCT (art. 7 section 1) and the WPPT (art. 9 section 1) and agreed upon declarations concerning art. 7 section 1 of the WCT. The proposal's authors also refer to these acts (page 5 point 1.4.).

V. Derogation repealing certain provisions of the Directive – art. 33

Article 33 of the proposal provides for a **derogation repealing certain provisions in the Directive** with respect to broadcasters' rights and the fields of exploitation webcasting and delayed or modified webcasting (see point 35 of the preamble). There is a therefore a derogation applicable to audiovisual (linear) streaming online. Collecting societies would be exempt from detailed obligations and the rules for multi-territorial licensing of musical works used in “online music services” by broadcasters provided the repertoire was entrusted voluntarily.

The purpose of this derogation is highly unclear and demonstrates systemic inconsistency.

One of the main goals of the proposed regulation is supposedly to facilitate the providing of “online music services” (art. 3 m), for which a licence is required. At the same time, in line with the

² See *Re: Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada and others*, case file 34210

proposed definition of “online music services”, the main principle would be the non-linear nature (“individual choice of time and place of access” of the user). This is because, under appendix No. V to Directive 98/48/EC, any services provided in the form of transmission of data without an individual order being placed, and intended to be received by an unlimited number of users simultaneously, are not included in services of this kind.

Thus it would seem that there are no adequate grounds for this derogation provided for under art. 33 of the proposal for the Directive, and it is a sort of *superfluum*. This is because on the one hand the so-called “linear services” are supposed to be excluded from the scope of applicability of the Directive, and on the other the proposal for the Directive provides for harmonisation of the rules for the provision of and *clearing* of the right to perform non-linear services (“online music services”). At the same time the right to provide those services in the “online field of exploitation” is intended to require the right to reproduction or communication to the public, including at a time and place of individual choice (art. 2 and 3 of Directive 2001/29/EC). Meanwhile each of these rights mentioned above constitutes a separate field of exploitation, which is subject to artistic monopoly. Moreover, appendix No. V to this Directive contains a reference to the definition of an “audiovisual media service”³, deeming this not to be a service provided “at the individual demand of the user”. The definition of “audiovisual media service” however also covers an audiovisual media service upon demand (*sic!*).

Even the brief analysis carried out above shows that the proposal’s authors have provided a highly inconsistent definition of “online music services”, and thus this undermines even further the grounds given for this derogation under art. 33 of the proposal for the Directive.

VI. Settlement of payments between collecting societies for “non-licensing” fees

While the proposal for the Directive may regulate the area of settlement of payment of licensing fees between collecting societies (remuneration payable directly to exclusive rightholders or parties representing those rightholders), there is a noticeable lack of regulation of the charging and distribution of so-called “non-licensing fees” stemming from art. 5(2) of Directive 2001/29.

Exclusive rightholders making use of the artistic monopoly which encompasses above all the right to give (for remuneration) consents to reproduction (copying) of a work (art. 2 of Directive 2001/29) exercise their right while this is limited to acts of permitted use. Article 5(2) of Directive 2001/29 allows Member States to establish a derogation in which consent does not have to be obtained (granting a licence and paying the due fee) from rightholders for making copies of works. This applies above all to the private use mentioned, which is enjoyed by individuals (natural persons) for non-commercial purposes but also public use by social institutions (art. 5(2)(e) of Directive 2001/29). The compensation for the above is to be the right of rightholders to so-called “fair compensation”. This is intended to compensate for financial losses caused by mass copying falling within the boundaries of permitted use. These fees are not strictly speaking author’s remuneration.

Polish legislators fulfil the obligation to ensure fair compensation using so-called “manufacture and import fees” described in art. 20 of the Act on Copyright, collected from importers and manufacturers of devices and data carriers that can be used to make copies of works subject to copyright. Similar solutions are in place in EU Member States, for example Germany and Holland. These are not fees due on a licensing basis, as opposed to fees due under licences, and they arise by law and not under a contractual arrangement between the author and the copyright user. In Poland only selected collecting societies are entitled to collect these fees,

³ Provided for in art. 1 of the repealed Directive 89/552/EEC on television without frontiers, amended by Directive 2007/65/EC of 11 December 2007 and superseded by the final consolidating Directive 2010/13, also known as the audiovisual media services Directive.

which are then distributed among other collecting societies, and finally reach the exclusive rightholders.

The proposal in question disregards the legislation regulating cooperation of collecting societies based in the various EU Member States when collecting these fees and redistributing them to the rightholders. This concerns above all legislation which on the one hand would prevent “double charging” of businesses with fees of that kind, by guaranteeing fair compensation for rightholders. The problem is a practical one, which is demonstrated among other things by a recent ruling handed down by the Polish Court of Appeal in Wrocław of 21 February 2012 in case I ACa 11/12.⁴ In this case it was concluded that manufacture and import fees are not due in Poland if a comparable fee has been paid on the same reprographic equipment in Germany. In this case the national court ruled singlehandedly on the issue of “double charging” of business with “social copyright fees”. The problem remains however how collecting societies in various Member States should divide those fees among themselves and pass them on to rightholders.

Legislation preventing “double charging” of fees to ensure fair compensation for permitted use and specifying the procedure for dividing the funds generated in this way between collecting societies in various Member States should be included in the proposed regulation. This issue is a vital one for the concept of realising a single market in the European Union; these fees which are not licensing fees affect free trade between EU Member States.

This is why, having regard for the above, we think the proposal for the Directive should undergo further consultation.


Janusz Piotr Kolczyński

Attorney at Law

⁴ See also the commentary by J.P. Kolczyński and P.D. Antas on this ruling, published in the *European Intellectual Property Review*, No. 10/2012, pp. 732 et seq.

Wersja angielska pisma następuje

Warszawa, 15 października 2012 r.

Komisja Europejska, Bruksela

Za pośrednictwem

Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego
Bogdana Zdrojewskiego

Departament Własności Intelektualnej i Mediów
Ul. Krakowskie Przedmieście 15/17
00-071 Warszawa

sygn. DWIM 1444/12

Dot. wniosku Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2012 r. o sygn. COM (2012) 372 final w sprawie projektu Dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielaniu licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych na potrzeby ich wykorzystania na internetowym polu eksploatacji na rynku wewnętrznym

Szanowny Panie Ministrze, Szanowni Państwo,

W imieniu Polskiej Izby Radiodiffuzji Cyfrowej (**PIRC**) w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączeniu) w związku z pismem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego o sygn. DWIM 1444/12 z dnia 7 września 2012 r., w którym zwrócono się z prośbą o zajęcie stanowiska w przedmiocie wniosku Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2012 r. o sygn. COM (2012) 372 final w sprawie projektu Dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielaniu licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych na potrzeby ich wykorzystania na internetowym polu eksploatacji na rynku wewnętrznym, niniejszym przedstawiam stanowisko PIRC.

I. Wprowadzenie

Zakres regulacji projektu dyrektywy obejmuje obszar swobody świadczenia usług na wspólnym rynku europejskim. W obszernym uzasadnieniu projektu dyrektywy Komisja Europejska uznała ten obszar za kluczowy dla tej grupy podmiotów (organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi, dostawców usług internetowych, podmiotów praw wyłącznych) i rodzaju prowadzonej przez te podmioty działalności. Komisja stwierdza jednocześnie, że brak regulacji na poziomie unijnym stanowić ma źródło kłopotów. Mają one być związane z niedostatecznym poziomem standardów w zakresie przejrzystości zarządzania i funkcjonowania konkurujących między sobą w Europie organizacji zbiorowego zarządzania (dalej: **OZZ**). Skutkuje to zdaniem Komisji Europejskiej uchybieniami w zarządzaniu finansami OZZ, które to finanse pochodzą głównie z inkasowanych z rynku wynagrodzeń autorskich oraz tych pobieranych z tytułu korzystania z praw pokrewnych. Przy czym źródłem znacznego

odsetka należności licencyjnych pobieranych przez OZZ ma być repertuar inny niż krajowy. Komisja zidentyfikowała także problemy wynikające z braku przygotowania niektórych OZZ do udzielania wieloterytorialnych licencji na internetowym polu eksploatacji. Rezultatem powyższego ma być w ocenie Komisji brak pewności prawa, który utrudnia konsolidację repertuarów utworów muzycznych.

Projekt dyrektywy stanowi zatem istotny element w budowie przejrzystego rynku praw autorskich i pokrewnych w Unii Europejskiej. Jego analiza pozwala na wyodrębnienie czterech ogólnych obszarów regulacji. Są to:

- 1) sprawowanie przez członków OZZ kontroli nad działalnością tych organizacji,
- 2) transparentność funkcjonowania OZZ;
- 3) mechanizm udzielania licencji wieloterytorialnych na korzystanie z praw wyłącznych na internetowym polu eksploatacji
- 4) egzekwowanie praw

Stanowisko PIRC odnosi się do punktu 3 i 4 z powyżej zarysowanych obszarów regulacji.

II. Świadczenie usług przez OZZ

Z artykułu 27 projektu wynika, że OZZ może zlecać świadczenie usług dotyczących licencji wieloterytorialnych osobom trzecim. Ma to pozostawać bez wpływu na jej odpowiedzialność wobec podmiotów praw autorskich, dostawców usług internetowych oraz innych OZZ. Ten przykład jak i analiza innych przepisów projektu pozwalają na przyjęcie, że treścią działalności OZZ polegającej na udzielaniu wieloterytorialnych licencji uprawniających do korzystania z utworów muzycznych jest świadczenie w tym względzie usług na wspólnym rynku (por. także preambuła pkt 7) i to zarówno na rzecz korzystających z praw autorskich i pokrewnych, twórców i podmiotów praw pokrewnych, jak i na rzecz innych OZZ.

Projekt dyrektywy nie określa jednoznacznie i wyczerpująco zakresu pojęcia licencji wieloterytorialnej, stąd konieczne staje się dokonanie wykładni treści projektu w tym zakresie.

Z tego punktu widzenia wydaje się prawdopodobne, że po ewentualnym przyjęciu projektu dyrektywy i jej implementacji do krajowych porządków prawnych, dojdzie do powstania wyspecjalizowanego typu umów obejmujących zbiorowy zarząd. W tym kontekście wskazujemy na pewną niespójność proponowanej konstrukcji prawnej, która dotyczy relacji OZZ - dostawca internetowych usług muzycznych.

Projekt przewiduje po stronie korzystających z praw wyłącznych dostawców internetowych usług muzycznych **obowiązek uzyskania zgody** od dysponentów praw autorskich lub pokrewnych na takie korzystanie na „internetowym polu eksploatacji”. Udzielone prawo ma upoważniać do zwielokrotniania lub publicznego udostępniania twórczości w tym w formie interaktywnej (art. 2 i 3 dyrektywy 2001/29/WE). Jednocześnie wprowadzona do art. 3 pkt m projektu definicja „internetowej usługi muzycznej”, nawiązuje do innej definicji usługi społeczeństwa informacyjnego,¹ zakładając interaktywność, a więc dostępność internetowej usługi muzycznej „na żądanie”. Należy skonstatować, że projekt pozostaje w tym zakresie niespójny, co dotyczy obu definicji tj.: „prawa do utworów muzycznych na internetowym polu eksploatacji” oraz „internetowej usługi muzycznej”. Będzie jeszcze o tym mowa poniżej wpkt V. W tym miejscu należy wskazać, że projekt uzupełnia definicję „internetowej usługi muzycznej” o wskazany powyżej wymóg uzyskania zgody od podmiotu prawa wyłącznego. Po stronie ustawodawcy wewnętrznego pozostawiono zaś szczegółowe zasady kreowania stosunków zobowiązaniowych w tym względzie (pkt 43 preambuły).

Mając powyższe na uwadze wydaje się, że zarysowana w projekcie konstrukcja prawna porozumienia mającego w przyszłości połączyć dostawcę internetowej usługi muzycznej z

¹ Por. art. 1 Dyrektywy 98/48/WE

dysponentem praw (także OZZ) zakłada, jako jego *essentialia negotii*, element zgody na korzystanie z praw wyłącznych. Chodzi zatem o „element niezbędny”, decydujący o skuteczności powstania stosunku zobowiązaniowego.

W tym kontekście należałoby rozważyć uzupełnienie definicji „internetowej usługi muzycznej” o wyraźne stwierdzenie, że elementem jej treści, a nie tylko „wymogiem” (jak w obecnym brzmieniu art. 3 pkt m, w wersji angielskiej odpowiednio – *requirement*), jest zgoda na korzystanie z praw wyłącznych (utworów muzycznych). Dla prawodawcy wewnętrznego powinno być jasne, że bez tego elementu, umowa jako taka nie powstanie. Proponowane dookreślenie powinno korzystnie wpłynąć na transpozycję definicji do prawa wewnętrznego Państw Członkowskich Unii Europejskiej.

Przy czym przesłanka „zgody” powinna uwzględniać każdą z dostępnych w Unii Europejskiej form umożliwiających zgodne z prawem korzystanie z utworu lub przedmiotu prawa pokrewnego, a nie tylko licencję, skoro - jak wskazano powyżej - zamierzonym celem projektodawcy nie ma być zbliżanie ustawodawstw krajowych w zakresie prawa zobowiązań a więc także form zawierania porozumień o charakterze cywilnoprawnym. Proponujemy więc, aby art. 3 pkt m projektu nie ograniczał form udzielania zgody na eksploatację praw wyłącznych (muzycznych) jedynie do licencji. Pozwoliłoby to uwzględnić swobodę Państw Członkowskich w tym zakresie, co byłoby także zgodne z zasadą **pomocniczości** (art. 5 ust. 3 TUE) oraz **proporcjonalności** (art. 5 ust. 4 TUE) i nie wykraczało poza to, co niezbędne i możliwe do skutecznego osiągnięcia na poziomie krajowym.

III. Kwestia repertuaru

Projektodawcy wskazują, że celem planowanej regulacji miałyby być m.in. wywarcie presji na organizacje zbiorowego zarządzania do opracowania bardziej wydajnych praktyk licencyjnych (pkt 2.3. s. 7 projektu). Należy wobec tego wskazać, że w tym kontekście - z punktu widzenia podmiotów świadczących internetowe usługi muzyczne, zagadnieniem kluczowym jest wyeliminowanie niepożądanego konkurencji między tymi organizacjami w zakresie zarządzanego zbiorowo repertuaru. Powszechną praktyką niektórych OZZ jest konkurowanie w odniesieniu do tego samego repertuaru a nadto w odniesieniu do tych samych kategorii uprawnionych, np. współtwórców utworów audiowizualnych, wśród których mogą się znaleźć także twórcy utworów muzycznych.

Opisywana konkurencja może być szczególnie dotkliwa tam, gdzie OZZ działa w imieniu twórców i praw wyraźnie niepowierzonych, dochodzonych także bez zlecenia (w Polsce na podstawie art. 752 i n. ustawy Kodeks cywilny). Prawa do utworów muzycznych są tego dobitnym przykładem, a zbiorowe zarządzanie tzw. małymi lub dużymi prawami bez zlecenia, w tym na podstawie umów o wzajemnej reprezentacji – notoryjne. Wprowadzenie art. 5 pkt 6 projektu zakazuje podjęcia przez organizację działania wobec braku „wyraźnej zgody” podmiotu praw wyłącznych, jednak nie o samą zgodę uprawnionego tu chodzi, ale także o wytyczenie granic zarządzania między konkurującymi o ten sam repertuar OZZ. Trzeba tu od razu wskazać, że w Polsce granice te wyznacza, obok powierzenia praw, także decyzja administracyjnoprawna zezwalająca na prowadzenie zbiorowego zarządu wydawana przez Ministra Kultury i Ochrony Dziedzictwa Narodowego. Istniejąca w tym względzie praktyka dowodzi jednak, że wspomniane zezwolenia nie są dość jasno i przejrzysto sformułowane. Polskie sądy przyjęły więc konieczność sądowej wykładni zezwoleń (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 20.05.1999 r., I CKN 1139/97, OSP 2000, Nr 2, poz. 24). Celem takiej wykładni ma być wyeliminowanie sytuacji, w których mogłoby dojść do mnożenia wynagrodzeń autorskich.

Projekt dyrektywy przewiduje ogólną definicję „repertuaru” (art. 3 pkt j), określając go jako zbiór utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, do których prawami zarządza OZZ.

Proponujemy uzupełnienie tej definicji o wyraźne stwierdzenie, że chodzi o nie tyle (jak w obecnym brzmieniu) o prawo do zarządzania przez OZZ zbiorem utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, ale także o działanie OZZ w granicach i na podstawie

tytułu prywatnego lub publicznego.

IV. Kwestia innych usług

Wdrożenie dyrektywy ma doprowadzić do ustanowienia tzw. „europejskiego paszportu licencyjnego”, tj. wprowadzić możliwość uzyskania licencji na eksploatację utworów muzycznych „z jednego źródła”. Założenie to wydaje nam się trafne dla tej kategorii twórczości. Jednak w pkt 21 preambuły wspomina się o kłopotach usługodawców „**innych usług**” niż muzyczne w uzyskaniu odpowiednich licencji zapewniających dostęp do filmów lub gier, w których muzyka stanowi „ważny element”. Ponieważ nie jest wiadomy cel takiego zapisu, trzeba wyrazić obawę, że tego typu stwierdzenie może być wykorzystywane przez niektóre OZZ do swobodnego dublowania praw muzycznych zaistniałych w filmie i to niezależnie od praw do filmu jako takiego. To z kolei mogłoby doprowadzić do multiplikowania opłat za korzystanie z utworów muzycznych zawartych w „innych usługach” obok opłat za korzystanie z utworów muzycznych. Uzasadnienie projektu dostrzega złożoność tego zagadnienia. Projektodawcy wskazują, że w niektórych branżach licencje są najczęściej udzielane bezpośrednio przez poszczególne podmioty praw autorskich (np. producentów filmowych), w innych natomiast bardzo ważną rolę odgrywa zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi, zwłaszcza autorskimi prawami majątkowymi do utworów muzycznych (s. 2, pkt 1.1). Uwagi projektodawcy należy uzupełnić o informację, że także poza Unią Europejską pojawiają się po stronie OZZ próby multiplikowania nienależnych opłat za prawa muzyczne wykorzystane w twórczości filmowej. W jednym z niedawnych wyroków Sądu Najwyższego Kanady z 12 lipca 2012 r.², odmówiono tamtejszej OZZ prawa do naliczania opłat za korzystanie z muzyki filmowej zawartej w filmie w formie tzw. „soundtracku”, co próbowano uzasadnić z powołaniem m.in. na Konwencję Rzymską o Ochronie Artystów Wykonawców, Producentów Fonogramów oraz Organizacji Nadawczych z 1961 r. Sąd Najwyższy Kanady uznał, że uprzednio istniejące utwory muzyczne, które zostały włączone do filmu i są wraz z nim eksploatowane, nie dają OZZ prawa do odrębnego wynagrodzenia za korzystanie z muzyki z powołaniem na art. 19 opisanej Konwencji.

Dlatego mając powyższe na uwadze proponujemy, aby projekt dyrektywy, a w szczególności jej preambuła wyraźnie przesądzały, że przedmiotowe „inne usługi” mogą być objęte odrębnym od praw muzycznych prawem wyłącznym, np. prawem producentów utworów audiowizualnych (respektowanym w Unii Europejskiej co najmniej po wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 9.02.2012 r. w sprawie C-277/10). Nadto, że „inne usługi” w zakresie twórczości filmowej nie wymagają obowiązkowego pośrednictwa OZZ, co wynika także z porozumienia TRIPS (art. 11 w zw. z art. 14 ust. 4), publikacji WIPO (464(E0,1996), Traktatów WIPO z 1996 r., tzw. WCT (art. 7 ust. 1) i WPPT (art. 9 ust. 1) oraz uzgodnionych deklaracji do art. 7 ust. 1 WCT. Do aktów tych nawiązują także projektodawcy (s. 5 pkt. 1.4.).

V. Wyjątek uchylający niektóre postanowienia dyrektywy – art. 33

Artykuł 33 projektu wprowadza **wyjątek uchylający niektóre postanowienia dyrektywy** w odniesieniu do praw nadawców i pola eksploatacji webcasting, webcasting odroczony lub modyfikowany (por. także preambuła pkt 35). Chodzi więc o wyjątek dotyczący audiowizualnych usług streamingowych (linearnych) prowadzonych w Internecie. Organizacje zbiorowego zarządzania miałyby zostać zwolnione spod szczegółowych obowiązków i zasad opisujących udzielanie licencji wieloterytorialnych do utworów muzycznych eksploatowanych w ramach „internetowej usługi muzycznej” przez nadawców pod warunkiem dobrowolności powierzonego repertuaru.

Sens opisywanego wyłączenia jest dalece niejasny oraz przejawia niespójność systemową.

Jednym z głównych celów proponowanej regulacji mają być ułatwienia w świadczeniu

² por. Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada and others, sygn. akt 34210

„internetowych usług muzycznych” (art. 3 pkt m), których świadczenie wymagać ma licencji. Jednocześnie, zgodnie z proponowaną definicją „internetowych usług muzycznych”, ich głównym założeniem miała być nielinearność („indywidualne żądanie” korzystającego). Spod takich usług wyłączono bowiem, zgodnie z załącznikiem nr V do dyrektywy 98/48/WE, wszelkie usługi świadczone w formie przesyłania danych bez indywidualnego zamówienia i przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców.

Wydać się więc, że przedmiotowe wyłączenie z art. 33 projektu dyrektywy nie znajduje należytego uzasadnienia i jest swoistym *superfluum*. Z jednej strony bowiem wyłączone mają zostać spod zakresu dyrektywy tzw. usługi linearne, z drugiej projekt zakłada harmonizację zasad opisujących świadczenie i *clearing* praw do prowadzenia usług nielinearnych („internetowej usługi muzycznej”). Jednocześnie, do świadczenia tych usług na „internetowym polu eksploatacji” wymagane ma być prawo do zwielokrotniania lub publicznego udostępniania twórczości w tym w formie interaktywnej (art. 2 i 3 Dyrektywy 2001/29/WE). Przy czym każde z powyższych praw stanowi odrębne pole eksploatacji, objęte monopolem twórczym. Nadto, trzeba wskazać, że załącznik nr V do wymienionej dyrektywy odsyła do definicji „audiowizualnej usługi medialnej”³, uznając tę usługę za nieświadzoną „na indywidualne żądanie odbiorcy usług”. Jednak definicja „audiowizualnej usługi medialnej” obejmuje swym zakresem także audiowizualną usługę medialną na żądanie (sic!).

Już choćby z powyższej skrótowej analizy systemowej wynika, że projektodawca dalece niespójnie opisał definicję „internetowych usług muzycznych”, a tym bardziej niedostatecznie uzasadnił przedmiotowe wyłączenie z art. 33 projektu dyrektywy.

VI. Rozliczanie pomiędzy OZZ należności „pozalicencyjnych”

O ile projekt dyrektywy reguluje obszar rozliczania pomiędzy OZZ należności licencyjnych (wynagrodzenia przysługującego bezpośrednio podmiotom praw wyłącznych lub osobom reprezentującym te podmioty), o tyle dostrzec można deficyt regulacji w obszarze pobierania i repartycji tzw. należności pozalicencyjnych mających swoje źródło w art. 5(2) Dyrektywy 2001/29.

Podmioty praw wyłącznych korzystające z monopolu twórczego obejmującego przede wszystkim prawo do udzielania (za wynagrodzeniem) zgód na zwielokrotnianie (powielanie) utworu (art. 2 Dyrektywy 2001/29) korzystają ze swego prawa z ograniczeniem dla aktów dozwolonego użytku. Artykuł 5(2) Dyrektywy 2001/29 pozwala Państwom Członkowskim Unii Europejskiej na ustanowienie wyjątku przewidującego brak konieczności uzyskania zgody (udzielenia licencji i zapłaty należności licencyjnej) od podmiotów praw autorskich z tytułu powielania utworów. Dotyczy to przede wszystkim wspomnianego użytku prywatnego przyznanego osobom fizycznym działającym w celach niekomercyjnych ale także użytku publicznego przez instytucje społeczne (art. 5(2)(e) Dyrektywy 2001/29). Rekompensatą za powyższe ma być prawo podmiotów praw autorskich do tzw. *godziwej rekompensaty*. Ma ona na celu wyrównanie strat finansowych spowodowanych masowym kopiowaniem utworów w ramach dozwolonego użytku. Opłaty te nie mają charakteru wynagrodzenia autorskiego *sensu stricto*.

Polski ustawodawca realizuje obowiązek zapewnienia *godziwej rekompensaty* za pomocą tzw. opłat produkcyjno-importowych, o których mowa w art. 20 PrAut, pobieranych od importerów i producentów urządzeń i nośników pozwalających na powielanie utworów chronionych prawem autorskim. Podobne rozwiązanie istnieje w innych Państwach Członkowskich UE, np. w Niemczech i Holandii. Są to należności pozalicencyjne: w przeciwieństwie do należności licencyjnych, mają one swoje źródło w przepisie prawa a nie w stosunku obligacyjnym łączącym twórcę z użytkownikiem praw autorskich. W Polsce jedynie wybrane OZZ są uprawnione do pobierania

³ ustanowionej w art. 1 uchylonej Dyrektywy 89/552/EWG o *telewizji bez granic* zmienionej dyrektywą 2007/65/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. i zastąpionej ostatecznie ujednolicającą Dyrektywą 2010/13, nazwanej także dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych

omawianych opłat, które są następnie rozdzielane pomiędzy inne OZZ aby trafić ostatecznie do podmiotów praw wyłącznych.

Omawiany projekt abstrahuje od przepisów regulujących współpracę OZZ mających swe siedziby w różnych Państwach Członkowskich UE przy pobieraniu wspomnianych opłat i ich redystrybucji na rzecz podmiotów uprawnionych. Chodzi tu przede wszystkim o przepisy, które z jednej strony zapobiegałyby „podwójnemu obciążaniu” przedsiębiorców tego typu opłatami, gwarantując godziwą rekompensatę po stronie uprawnionych. Problem ma charakter praktyczny czego dowodzi m.in. niedawny wyrok polskiego Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 11/12.⁴ W sprawie tej uznano, że opłaty produkcyjno-importowe nie są należne w Polsce jeżeli w Niemczech zapłacono analogiczną opłatę od tego samego sprzętu reprograficznego. W sprawie tej sąd krajowy samodzielnie rozstrzygnął kwestię „podwójnego obciążania” przedsiębiorców „autorskimi opłatami parafiskalnymi”. Pozostaje jednak problem, w jaki sposób OZZ z różnych Państw Członkowskich UE powinny dzielić między sobą te opłaty i przekazywać je na rzecz uprawnionych.

Przepisy zapobiegające „podwójnemu obciążaniu” opłatami służącymi godziwej rekompensacie za akty dozwolonego użytku oraz określające sposób podziału wpływów z tego tytułu pomiędzy OZZ z różnych Państw Członkowskich UE powinny znaleźć się w proponowanej regulacji. Problematyka ta ma doniosłe znaczenia dla idei urzeczywistnienia jednolitego rynku Unii Europejskiej; przedmiotowe należności pozalicencyjne mają wpływ na swobodny handel pomiędzy Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej.

Dlatego mając na uwadze powyższe uważamy za zasadne skierowanie projektu do dalszych konsultacji.


Janusz Piotr Kolczyński

Radca prawny

⁴ Zob. także komentarz J.P. Kolczyńskiego i P.D. Antasa do tego wyroku opublikowany w: *European Intellectual Property Review*, Nr 10/2012, str. 732 i nast..