

Andrzej Matlak, Tomasz Targosz, Michał Wyrwiński

Wybrane aspekty implementacji przepisów dyrektywy 2019/790 i dyrektywy 2019/789 w zakresie udostępniania utworów online

Słowa kluczowe: *prawo autorskie, prawa pokrewne, dyrektywa 2019/790, dyrektywa 2019/789, dostawcy udostępniający treści online, mechanizm wsparcia negocjacji licencyjnych, pozasądowe mechanizmy dochodzenia roszczeń, nadawanie, reemisja, organizacje zbiorowego zarządzania, rozszerzony zbiorowy zarząd*

Reforma prawa autorskiego, która jest konsekwencją uchwalenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/790 z 17.04.2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE¹ oraz dyrektywy 2019/789 z 17.04.2019 r. 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 zmieniająca dyrektywę Rady 93/83/EWG² to jedno z najtrudniejszych zagadnień, jakie aktualnie są przedmiotem ożywionej dyskusji toczącej się z udziałem przedstawicieli nauki i przedstawicieli różnych branż gospodarki związanych z twórczością. Tytuł dyrektywy 2019/790 wskazuje na zakres regulacji, który ma dotyczyć jednolitego rynku cyfrowego, jednak bliższa analiza jej treści potwierdza, że zakres ten jest o wiele szerszy, ponieważ odnosi się również do korzystania z utworów w inny sposób niż na rynku cyfrowym. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że niektóre kwestie dotyczące korzystania z utworów online zostały wyodrębnione przez prawodawcę unijnego do innego aktu, jakim jest dyrektywa 2019/789 dotycząca transmisji online prowadzonych przez organizacje nadawcze. Zagadnienia omawiane w niniejszym artykule koncentrują się na wybranych instytucjach dotyczących korzystania z utworów w środowisku cyfrowym online, takich jak pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania, nadania online, odpowiedzialność dostawców usług udostępniania treści online oraz mechanizmy rozstrzygania sporów w tym zakresie.

¹ Dz.Urz. UE L 130, s. 92 – dalej dyrektywa 2019/790 lub dyrektywa DSM.

² Dz.Urz. UE L 130, s. 82 – dalej dyrektywa 2019/789 lub dyrektywa SatCab.

1. Wprowadzenie

W lipcu 2020 r. w Katedrze Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego rozpoczął pracę zespół naukowców³ realizujących projekt badawczy pod kierownictwem prof. dr. hab. Ryszarda Markiewicza pt. „Naukowy model reformy prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym według dyrektyw UE”⁴. Celem projektu badawczego jest analiza dyrektywy 2019/790, która weszła w życie 7.06.2019 r. Zakres prac badawczych prowadzonych w ramach tego zespołu obejmuje m.in. naukową i krytyczną analizę przepisów dyrektywy 2019/790, propozycje i wskazówki dla ustawodawcy krajowego w zakresie implementacji przepisów dyrektywy 2019/790, a także na późniejszym etapie ocenę rozwiązań prawnych przyjętych w prawie krajowym jako implementacja dyrektywy 2019/790.

Potrzeba podjęcia prac badawczych jest związana przede wszystkim z koniecznością prawidłowej i racjonalnej implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2019/790. Ponadto należy wskazać na kwestie wynikające z pragmatyki związanej z rozwojem społeczeństwa cyfrowego, w tym twórców i użytkowników internetu, wydawców prasowych, dostawców treści online.

Strategia jednolitego rynku cyfrowego i założenia zawarte w motywach dyrektywy 2019/790 potwierdzają jednoznacznie, że szybki rozwój technologii cyfrowych zmienia sposób, w jaki się tworzy, produkuje, rozpowszechnia i eksploatuje utwory i inne przedmioty objęte ochroną. Wciąż pojawiają się nowe modele biznesowe i nowe podmioty. Odpowiednie przepisy ustawodawcze powinny uwzględniać przyszłe przemiany, aby nie ograniczać rozwoju technologicznego. 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 cyfrowym⁵.

Bezpośrednią inspiracją do opracowania niniejszego artykułu były konsultacje publiczne dotyczące wdrożenia najnowszych dyrektyw UE w zakresie prawa autorskiego (tzw. dyrektywy DSM i dyrektywy SatCab) ogłoszonych 30.07.2020 r., obejmujące konkretne pytania poddane pod dyskusję przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego⁶.

Poniżej przedstawione zostały wstępne spostrzeżenia i opinie dotyczące wybranych problemów związanych z udostępnianiem online dóbr objętych ochroną prawa autorskiego

³ Skład zespołu badawczego: dr Nicholas Ghazal, dr Michał Markiewicz, prof. dr. hab. Ryszard Markiewicz (kierownik projektu), prof. dr. hab. Andrzej Matlak, prof. dr. hab. Ewa Nowińska, dr hab. Justyna Ożegalska-Trybalska, dr Sybilla Stanisławska-Kloc, dr Tomasz Targosz, dr hab. Michał Wyrwiński (sekretarz projektu).

⁴ Artykuł napisany w ramach projektu badawczego kierowanego przez prof. dr. hab. Ryszarda Markiewicza pt. „Naukowy model reformy prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym według Dyrektyw UE”, (finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, nr projektu badawczego: 2019/35/B/HS5/03671, konkurs Opus 18).

⁵ Zob. motyw 3 dyrektywy 2019/790.

⁶ Zob. <http://www.prawoautorskie.gov.pl/pages/posts/konsultacje-publiczne-dotyczace-wdrozenia-najnowszych-dyrektyw-ue-w-zakresie-prawa-autorskiego-tzw-dyrektywy-dsm-i-dyrektywy-satcab-1025.php> (dostęp: 30.10.2020 r.). Odpowiedź przygotowana przez nasz zespół badawczy jest dostępna także na stronie internetowej Katedry Prawa Własności Intelektualnej: www.ipwi.uj.edu.pl.

lub praw pokrewnych, w szczególności koncentrujemy się na nowych instytucjach dotyczących pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania (ozz), wsparcia negocjacji, ochrony twórców i dochodzenia roszczeń.

2. Implementacja mechanizmu wsparcia negocjacji licencyjnych oraz pozasądowe mechanizmy dochodzenia roszczeń

Jedno z pytań sformułowanych w ramach konsultacji publicznych prowadzonych przez MKiDN dotyczy rozwiązań proceduralnych:

Czy mechanizm wsparcia negocjacji warunków licencyjnych w zakresie VoD, o którym mowa w art. 13 dyrektywy 2019/790, jak też „pozasądowy mechanizm dochodzenia roszczeń”, o którym mowa w art. 17 ust. 9 dyrektywy, oraz „alternatywna procedura rozstrzygania sporów”, o której mowa w art. 21 dyrektywy, powinny polegać na odpowiednim poszerzeniu kompetencji Komisji Prawa Autorskiego, czy też należy zastosować w tych przypadkach odesłanie do instytucji mediacji uregulowanej w art. 183¹–183¹⁵ ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁷ (zwłaszcza biorąc pod uwagę znacznie szersze grono mediatorów – art. 183² k.p.c.)?

Treść dyrektywy pozostawia państwu członkowskiemu swobodę w sprawie decyzji co do sposobu implementacji obowiązków dotyczących wsparcia negocjacji i pozasądowych mechanizmów dochodzenia roszczeń oraz alternatywnej procedury rozstrzygnięcia sporów⁸.

Uwzględniając aktualny stan prawny obowiązujący w Polsce, można wziąć pod uwagę co najmniej dwa dające się uzasadnić rozwiązania⁹.

Pierwsza opcja to wskazanie Komisji Prawa Autorskiego jako organu, do którego kompetencji należałyby trzy zasygnalizowane wyżej kwestie. Komisja Prawa Autorskiego jest instytucją, w której zasiada 20 arbitrów, powoływanych na okres 5 lat przez Ministra Kultury spośród kandydatów zaproponowanych przez organizacje zajmujące się ochroną praw twórców, wydawców lub nadawców. Skład Komisji Prawa Autorskiego może zatem uzasadniać twierdzenie o dobrym przygotowaniu merytorycznym jej członków, szczególnie w kwestiach dotyczących prawa autorskiego

Druga opcja implementacji to zastosowanie konstrukcji stałego sądu polubownego wraz z zespołem mediatorów, który działałby w sposób permanentny, na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego.

Wydaje się, że zakres działalności Komisji Prawa Autorskiego i sposób wykonywania jej obowiązków jest trudny do pogodzenia z zadaniami, jakie wynikają z efektywnej implementacji dyrektywy DSM w tym zakresie.

⁷ Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm. – dalej k.p.c.

⁸ Opierając się na szerokim pojęciu tzw. ADR, czyli Alternative Dispute Resolution, można uznać, że zarówno pozasądowy mechanizm dochodzenia roszczeń, jak i alternatywna procedura rozstrzygania sporów mogą być objęte jedną instytucją prawną. Szerzej na temat pojęcia ADR por. m.in. M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 29 i n.

⁹ Por. także R. Markiewicz, *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym (Dyrektywa 2019/790)*, udostępniony maszynopis publikacji przygotowywanej do druku.

Skład Komisji Prawa Autorskiego jest stosunkowo wąski, dostosowany do potrzeb dotyczących jej zadań zdefiniowanych aktualnie w ustawie. Trudno przewidywać, ile spraw będzie generowanych na podstawie dyrektywy DSM, jednak wydaje się, że zarówno ich liczba, jak i zakres może przekraczać możliwości efektywnego działania Komisji Prawa Autorskiego.

Należy także podkreślić, że trzy wskazane wyżej kwestie, które miałyby zostać wskazane jako kompetencja Komisji Prawa Autorskiego, są odległe od zakresu działalności Komisji, a ponadto nie są jednorodne wewnętrznie.

Mechanizm wsparcia negocjacji warunków licencyjnych w zakresie VoD, o którym mowa w art. 13 dyrektywy DSM, nie dotyczy sytuacji sporu. Jest to instytucja, która polega na udzieleniu pomocy w celu zawarcia umowy. Zatem zadanie tej instytucji nie polega na stosowaniu jakiegokolwiek formy nacisku czy też przymusu, lecz na ustaleniu, jakie jest źródło rozbieżności między stronami i w dalszej kolejności pomoc w poszukiwaniu rozwiązania satysfakcjonującego dla obu stron. Taka funkcja nie jest aktualnie realizowana ani przez Komisję Prawa Autorskiego, ani przez mediatorów działających na podstawie art. 183¹ k.p.c. Nie można wykluczyć, że wiedza z zakresu prawa autorskiego może nie być wystarczająca do efektywnej pomocy podmiotom prowadzącym negocjacje w zakresie spraw, o których mowa w art. 13 dyrektywy DSM. Możliwe, że takie wsparcie będzie wymagać udziału osób z doświadczeniem lub wiedzą z zakresu psychologii biznesu lub mediów, na co wskazuje także zakres spraw objętych tym przepisem, czyli VoD.

Inny charakter ma natomiast **pozasądowy mechanizm dochodzenia roszczeń**, o którym mowa w art. 17 ust. 9 dyrektywy DSM. Przedmiotem tych roszczeń mają być głównie skargi użytkowników skierowane przeciwko dostawcom usług udostępniania treści online dotyczących zablokowania dostępu do zamieszczonych przez nich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub ich usunięcia. Jest to mechanizm, który charakteryzuje się przede wszystkim szybkością i efektywnością działania.

Uwzględniając praktykę i doświadczenia wynikające z szybkości działania procedur „notice-and-takedown”, stosowanych dotychczas przez podmioty prywatne działające online, można wziąć pod uwagę rozwiązania nawiązujące do tych standardów. Wydaje się, że sposób działania Komisji Prawa Autorskiego dostosowany do aktualnych jej celów może nie być wystarczająco efektywny, aby spełnić wymogi dyrektywy (jeżeli podmioty uprawnione żądają zablokowania dostępu do swoich poszczególnych utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub ich usunięcia, muszą należycie uzasadnić swoje żądanie. Skargi złożone w ramach tego mechanizmu rozpatruje się bez zbędnej zwłoki, a decyzje o zablokowaniu dostępu zamieszczonych treści lub o ich usunięciu podlegają kontroli przeprowadzanej przez człowieka).

Jako dodatkowe rozwiązanie przy tego rodzaju mechanizmach można wskazać na instrumenty tzw. ODR, stosowane w sprawach między konsumentami i przedsiębiorcami¹⁰. Mechanizm rozstrzygania spraw online i doświadczenia dotyczące efektywności i czasu

¹⁰ Instrument ten jest oparty na przepisach rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z 21.05.2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich) (Dz.Urz. UE L 165, s. 1).

trwania tego rodzaju postępowań mogą być przedmiotem dalszych dyskusji także w sprawach dotyczących skarg, których przedmiotem są prawa autorskie. Model „procedowania online” może być użyteczny w sprawach skarg użytkowników przeciwko dostawcom usług udostępniania treści online, niezależnie od tego, jaki podmiot będzie dokonywał oceny skargi.

Po uwzględnieniu powyższych wątpliwości można zaproponować skorzystanie z opcji drugiej, ponieważ obowiązek pozasądowego rozstrzygnięcia sporów, o których mowa w art. 21 dyrektywy, nie przystaje do funkcji Komisji Prawa Autorskiego.

Jako bardziej uzasadnione można uznać ustanowienia wyspecjalizowanego stałego sądu polubownego, który mógłby działać w sposób bardziej dynamiczny. Dzięki otwartej formule możliwe byłoby wówczas ustalenie szerokiego grona arbitrów lub mediatorów. Przepisy regulujące wybór członków Komisji Prawa Autorskiego mogą nie być wystarczająco liberalne, aby dopuścić rozszerzenie zakresu podmiotowego tego grona. Należy również zwrócić uwagę na kadencyjny charakter członkostwa w Komisji Prawa Autorskiego, podczas gdy status arbitrów lub mediatorów w stałym sądzie polubownym nie musi być ograniczony czasowo.

Należy także wskazać, że obowiązek utworzenia pozasądowych mechanizmów rozstrzygnięcia sporów między użytkownikami a dostawcami platformy udostępniania wideo wynika również z art. 28b ust. 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) zmienionej na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1808 z 14.11.2018 r.¹¹ – dalej dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych. Zgodnie z tym przepisem „Państwa członkowskie zapewniają dostępność pozasądowych mechanizmów dochodzenia roszczeń na potrzeby rozstrzygnięcia sporów między użytkownikami a dostawcami platformy udostępniania wideo w kwestii stosowania ust. 1 i 3. Mechanizmy takie umożliwiają bezstronne rozstrzygnięcie sporów i nie pozbawiają użytkownika ochrony prawnej zapewnianej przez prawo krajowe”. Przedmiotem działalności takiego sądu polubownego miałyby być zatem spory między użytkownikami i dostawcami platform udostępniania wideo. Zakres merytoryczny jest wskazany w art. 28b ust. 1 i 3 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Jako ważniejsze elementy można wymienić obowiązki dostawców obejmujące m.in.

- stworzenie i obsługę oferowanych na platformie udostępniania wideo przejrzystych i przyjaznych dla użytkowników mechanizmów umożliwiających im zgłaszanie lub sygnalizowanie dostawcy takiej platformy treści, o których mowa w ust. 1;
- stworzenie i obsługę systemów, za pomocą których dostawcy platformy udostępniania wideo informują użytkowników platform, jakie działania podjęto w odpowiedzi na zgłoszenie lub sygnał,

¹¹ Dz.Urz. UE L 303, s. 69.

- stworzenie i obsługę systemów weryfikacji wieku użytkowników platformy udostępniania wideo w odniesieniu do treści, które mogą zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich,
- stworzenie i obsługę łatwych w użyciu systemów umożliwiających użytkownikom platformy udostępniania wideo ocenę treści,
- zapewnienie systemów kontroli rodzicielskiej, podlegających kontroli użytkownika końcowego, w odniesieniu do treści, które mogą zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich,
- stworzenie i obsługę przejrzystych, łatwych w użyciu i skutecznych procedur przyjmowania i rozpatrywania skarg użytkowników skierowanych do dostawcy platformy udostępniania wideo.

Uzasadnione wydaje się w tej sytuacji utworzenie wyspecjalizowanego podmiotu, stosującego pozasądowe mechanizmy rozstrzygania sporów, którego działalność mogłaby koncentrować się na relacjach między użytkownikami a podmiotami świadczącymi usługi obejmujące udostępnianie treści online. Różnice dotyczących kryteriów oceny wskazanych w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych i dyrektywie 2019/790 nie stanowią w tym przypadku problemu. Możliwe jest przecież stworzenie w ramach jednej instytucji zespołów złożonych ze specjalistów od różnych aspektów dotyczących treści udostępnianych online. Co więcej, zasadne może okazać się rozstrzygnięcie spraw, w których zarzuty dotyczące udostępnianego materiału online będą dotyczyć zarówno naruszeń wskazanych w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych, jak i w dyrektywie 2019/790. Wówczas jeden podmiot, działając w ramach procedur pozasądowych, będzie miał szansę rozstrzygnięcia takiej sprawy w sposób kompetentny.

Odrębną i dużo trudniejszą kwestią jest wykreowanie procedur dotyczących implementacji obowiązków związanych z mechanizmem wsparcia negocjacji, o którym mowa w art. 13 dyrektywy DSM.

Ten przepis nie może być prawidłowo implementowany przez proste odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących mediacji. Jest to bowiem procedura mająca na celu dojście do porozumienia w sytuacji sporu, a nie wypracowanie konsensusu zmierzającego do zawarcia umowy. Przedmiotem tego postępowania jest roszczenie (żądanie), które należy określić m.in. w treści wniosku o mediację na podstawie art. 183⁷ k.p.c.¹² W toku negocjacji strony mają dojść do porozumienia i zawrzeć umowę, zaś w razie braku zgody pozostaje *status quo*. Proceduralne aspekty tego zagadnienia wydają się bliższe konstrukcjom prawa cywilnego materialnego, z zakresu części ogólnej lub prawa umów. Materialnoprawne przepisy natomiast bowiem stanowią o obowiązku podjęcia lub prowadzenia negocjacji w dobrej wierze¹³, zmierzających do zawarcia umowy.

¹² Por. M. Wyrwiński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, Sopot 2006, art. 183⁷, Lex/el., teza 3.

¹³ Por. M. Pilich, *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Sądowy” 2006/7–8, s. 3 i n.

Pozasądowy mechanizm dochodzenia roszczeń, o którym mowa w art. 17 dyrektywy DSM, podobnie jak alternatywna procedura rozstrzygania sporów dotyczących obowiązku przejrzystości na podstawie art. 19 oraz mechanizmu dostosowania umów na podstawie art. 20, ma charakter dobrowolny. Zatem samo ustanowienie sądu polubownego do spraw tego rodzaju nie oznacza, że podmioty uprawnione z tytułu roszczeń, o których mowa w art. 17 dyrektywy, mają obowiązek korzystać z tej instytucji. Można stosować zasady oparte zarówno na postępowaniu mediacyjnym (art. 183¹–183¹⁵ k.p.c.), jak i polubownym (art. 1054–1217 k.p.c.).

3. Implementacja art. 17 dyrektywy 2019/790

3.1. Uwagi wstępne

Artykuł 17 dyrektywy 2019/790 wywoływał najwięcej kontrowersji podczas prac nad dyrektywą i bez większej przesady może być uznany za jej najważniejszy, a w każdym razie najbardziej dyskutowany przepis. Wydaje się on także jednym z najtrudniejszych do implementacji.

Formułując pytania w publicznej konsultacji dotyczącej wdrożenia dyrektywy 2019/790, Ministerstwo Kultury uznało, że wystarczające jest pozyskanie opinii na temat trzech zagadnień związanych ze sferą stosowania art. 17, z tym że jedno z nich odnosi się do definicji „dostawców usług udostępniania treści online”, a zatem kwestii, która w dyrektywie znajduje się w art. 2 poświęconym definicjom. Pytania dotyczące *stricte* art. 17 dyrektywy 2019/790 mają za przedmiot, po pierwsze, zasadność wprowadzenia obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania na potrzeby licencjonowania treści, które znajdują się na platformach poddanych tej regulacji¹⁴, a po drugie, zasadności odrębnego uregulowania przypadków dozwolonego użytku, określonych w art. 17 ust. 7 dyrektywy (cytowanie, krytyka, parodia, pastisz itd.), względnie zmiany przepisów ich dotyczących (art. 29 i 29¹ ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁵ – dalej pr. aut.). Jakkolwiek zagadnieniom tym nie można odmówić doniosłości, wydaje się, że prawidłowa i rozsądna implementacja art. 17 dyrektywy (w tym w zakresie objętych konsultacją problemów) wymaga przesądzenia kilku bardziej fundamentalnych kwestii.

3.2. Pojęcie dostawcy udostępniającego treści online

W ramach konsultacji publicznych MKiDN sformułowało również pytanie:

„Czy należy doprecyzować definicję «dostawca usług udostępniania treści online», zawartą w art. 2 pkt 6 w zw. z art. 17 dyrektywy i motywem 63, poprzez np. określenie minimalnej liczby przechowywanych utworów lub przedmiotów praw pokrewnych?»

¹⁴ Dalsza część pytania, przy założeniu pozytywnej odpowiedzi na pierwszą część, dotyczy tego, w jakich dziedzinach twórczości miałyby obowiązywać przymusowy zbiorowy zarząd i czy tak udzielane licencje powinny mieć rozszerzony skutek jak w art. 5 ust. 2–4 ustawy z 15.06.2018 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (Dz.U. poz. 1283) – dalej u.z.z.p.a.

¹⁵ Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.

Definicja dostawcy udostępniającego treści online (tzw. DUUTO) jest opisana bardzo konkretnie w art. 2 pkt 6 dyrektywy 2019/790. DUUTO oznacza dostawcę usług społeczeństwa informacyjnego¹⁶, którego 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. Dostawców takich usług, jak nienastawione na zys encyklopedie internetowe, nienastawione na zys 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, nie uznaje się za dostawców usług udostępniania treści online w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Nie ulega wątpliwości, że kryteria wskazane w przepisie art. 2 pkt 6 dyrektywy DSM zawierają nieostre pojęcia¹⁷. Jednak taka technika legislacyjna nie stanowi okoliczności wyjątkowej, zarówno biorąc pod uwagę doświadczenia dotyczące implementację innych aktów prawa unijnego, jak i szereg instytucji stosowanych w prawie krajowym. Zatem nie sposób powoływać się na potrzebę „doprecyzowania” pojęć nieostrych użytych w dyrektywie DSM jako na uzasadnienie do modyfikacji definicji zawartej w art. 2 pkt 6 dyrektywy DSM. Pojawiają się także wypowiedzi w literaturze wskazujące raczej na potrzebę pozostawienia orzecznictwu sądowemu interpretacji pojęć nieostrych, ponieważ próby konkretyzacji w prawie krajowym mogą prowadzić do ryzyka późniejszej oceny jako nieprawidłowej implementacji¹⁸. Prawidłowa implementacja pojęcia dostawcy usług udostępniania treści online do krajowego porządku prawnego powinna obejmować taki sam zakres podmiotowy i przedmiotowy jaki wynika z cytowanego przepisu dyrektywy DSM. Brak jest więc podstaw prawnych do kreowania dodatkowych kryteriów „doprecyzowujących”, ponieważ mogłyby one prowadzić do ograniczenia zakresu stosowania dyrektywy 2019/790.

Dopiero na podstawie zakresu wyznaczonego przez definicję wskazaną w art. 2 pkt 6 dyrektywy 2019/790 można wdrożyć rozwiązania powiązane z tą definicją, takie jak zasada proporcjonalności wynikająca z art. 17 ust. 5 tej dyrektywy lub zliberalizowane wymogi dotyczące nowych dostawców usług udostępniania treści online wskazane w jej art. 17

¹⁶ Choć pojęcie usług społeczeństwa informacyjnego jest zdefiniowane szeroko, przez odwołanie do dyrektywy (UE) 2015/1535, to trzeba także podkreślić, że samo pojęcie usług udostępniania treści online jest doprecyzowane m.in. w motywie 62 dyrektywy DSM; usługi te nie powinny obejmować usług, których głównym celem nie jest umożliwianie użytkownikom zamieszczania i udostępniania dużej ilości treści chronionych prawem autorskim w celach zarobkowych. Do tej drugiej kategorii usług należą, na przykład, usługi łączności elektronicznej w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 (14), a także dostawcy usług w chmurze dla przedsiębiorstw oraz usług w chmurze obliczeniowej, które umożliwiają użytkownikom zamieszczanie treści na własny użytek, takich jak cyberschowki lub internetowe platformy handlowe, których główną działalnością jest sprzedaż detaliczna online, a nie dostęp do treści chronionych prawem autorskim.

¹⁷ Zob. R. Markiewicz, *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym (Dyrektywa 2019/790)*, udostępniony maszynopis publikacji przygotowywanej do druku.

¹⁸ Por. T. Dreier, *Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2019/8, s. 776.

ust. 6. Ograniczenia te nie uzasadniają jednak wprowadzenia generalnego zawężenia definicji pojęcia „dostawcy usług udostępniania treści online”. Co więcej, jednoznaczna treść motywu 63 dyrektywy 2019/790¹⁹ przesądza, że ocena kryteriów DUUTO ma być dokonywana indywidualnie dla każdego przypadku. Można to rozumieć jako konieczność wykładni dynamicznej, uwzględniającej zmieniające się okoliczności dotyczące tej branży gospodarki, jaką jest udostępnianie treści online. Podobne funkcjonalnie podejście prawodawcy unijnego można zauważyć także w innych aktach prawnych, np. RODO, gdzie odchodzi się od sztywnych kryteriów limitujących zakres zastosowania przepisów.

Na podstawie art. 17 ust. 6 dyrektywy 2019/790 państwa członkowskie wprowadzają jedynie przepisy dotyczące ograniczeń obowiązków pewnej grupy dostawców usług udostępniania treści online, którzy rozpoczynają swoją działalność. Ale kryteria wskazane w tym przepisie, tj. okres działalności krótszy niż 3 lata oraz obrót roczny poniżej 10 mln euro nie eliminują takiego dostawcy z zakresu podmiotowego pojęcia „dostawcy usług udostępniania treści online”.

Także dodatkowe kryterium w postaci liczby pojedynczych odwiedzających przekraczająca 5 mln (obliczona według danych z poprzedniego roku kalendarzowego) nie prowadzi do ograniczenia zakresu podmiotowego. Po spełnieniu tego kryterium podmioty będące dostawcami usług udostępniania treści online, do których stosuje się nie tylko obowiązki wskazane w art. 17 ust. 4 dyrektywy DSM, są zobowiązane ponadto wykazać, że dołożyły wszelkich starań, aby zapobiec dalszemu zamieszczaniu zgłoszonych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały odpowiednie i niezbędne informacje.

3.3. Platformy a akty korzystania z utworów – stan dotychczasowy

Rozwiązaniem, które uczyniło z art. 17 dyrektywy 2019/790 tak gorący temat, jest regulacja zawarta już w ust. 1 tego przepisu, zgodnie z którym dostawca usług udostępniania treści online (DUUTO) dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości do celów niniejszej dyrektywy w przypadku, gdy udziela on publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez jego użytkowników. Rozwiązanie to należy postrzegać w kontekście licznych sporów o charakter zachowań tzw. pośredników internetowych, w tym zwłaszcza platform, na których użytkownicy mogą publicznie udostępniać różne treści (*user-generated content*). Tradycyjne podejście do takich sytuacji, którego wyraz stanowi dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku

¹⁹ Ocena tego, czy dostawca usług udostępniania treści online przechowuje i udziela dostępu do dużej ilości treści chronionych prawem autorskim, powinna być dokonywana indywidualnie dla każdego przypadku i powinna uwzględniać połączenie elementów, takich jak odbiorcy usługi oraz liczba plików zawierających treści chronione prawem autorskim zamieszczanych przez użytkowników usługi.

wewnętrzny (dyrektywa o handlu elektronicznym)²⁰ – dalej dyrektywa 2000/31/WE – i jej krajowe implementacje²¹, widzi w pośredniku podmiot, który sam nie podejmuje czynności udostępniania. Czynność taka przypisywana jest wyłącznie użytkownikowi, w związku z czym odpowiedzialność pośrednika może być oparta wyłącznie na którejś z możliwych do zastosowania (w zależności od danego systemu prawnego) koncepcji tzw. pośredniego naruszenia. Na gruncie prawa polskiego stosunkowo często widzi się tu możliwość przyjęcia odpowiedzialności za pomocnictwo na gruncie art. 422 k.c.²², co jednak z uwagi na występujące w tym przepisie przesłanki miałyby miejsce stosunkowo rzadko. Tak zwane bezpieczne przystanie wprowadzone w art. 12–15 dyrektywy 2000/31/WE²³ chronią pośrednika od odpowiedzialności przy spełnieniu wyrażonych w nich przesłanek²⁴. Ponieważ dla sfery zastosowania art. 17 dyrektywy 2000/31/WE zasadnicze znaczenie miałyby wyłączenie odpowiedzialności dla dostawców usługi hostingu (art. 14 tej dyrektywy), godzi się w tym miejscu wskazać, że wyłączenie to bazuje przede wszystkim na przesłance wiedzy o treści naruszającej. Odpowiedzialność usługodawcy staje się możliwa, jeśli mimo powzięcia wiedzy o naruszeniu nie usunął lub nie zablokował dostępu do bezprawnej treści²⁵. Prowadzi to w praktyce do tego, iż podmioty uprawnione zmuszone są do zawiadamiania usługodawców o odnalezionych treściach bezprawnych, przy czym zawiadomienia takie odnoszą się do każdego przypadku umieszczenia treści naruszającej osobno. Jeśli np. na danej platformie znajdują się tysiące plików z tym samym utworem i każdy jest udostępniany bezprawnie, opisywany model polegałby na obowiązku identyfikacji każdego z tych przypadków i zgłoszenia go usługodawcy. Jeśli po usunięciu pliku inny plik z tym samym utworem pojawi się ponownie na tym samym lub innym koncie, musi być on od nowa przedmiotem zgłoszenia. Sama procedura komunikacji naruszeń i ocena zasadności zawiadomień rodzą oczywiście wiele bardziej szczegółowych problemów, które w tym opracowaniu musimy pominąć²⁶. Nigdy jednak dość przypomnienia (w literaturze polskiej, a także części orzecznictwa nadal bowiem spotkać można w tej materii oczywiście błędne wypowiedzi)²⁷, że przepisy takie jak art. 14 u.ś.u.d.e. nie stanowią podstawy odpowiedzialności, ale wyłączają ją, jeśli istnieje ona na innej

²⁰ Dz.Urz. UE L 178, s. 1.

²¹ Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344) – dalej u.ś.u.d.e.

²² E. Laskowska, *Podstawa prawna odpowiedzialności za pośrednie naruszenie autorskich praw majątkowych – uwagi do stosowania przepisów kodeksu cywilnego w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013/120, s. 6 i n.

²³ W Polsce art. 12–15 u.ś.u.d.e.

²⁴ M.Z. Zieliński, *Odpowiedzialność deliktowa pośredniczących dostawców internetowych. Analiza prawnoporównawcza.*, Warszawa 2013, s. 188 i n.

²⁵ D. Gęsicka, *Wyłączenie odpowiedzialności cywilnoprawnej dostawców usług sieciowych za treści użytkowników*, Warszawa 2014.

²⁶ C. Angelopoulos, S. Smet, *Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability*, „Journal of Media Law” 2016, Vol. 8, No. 2; K. Garstka, P. Polański, *Notice and search-down injunctions in online copyright enforcement: should they be embraced or forgotten?*, EIPR 2019, No. 3; D. Holzmagel, *Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung*, Tübingen 2013.

²⁷ P.F. Piesiewicz, *Zarys problematyki odpowiedzialności cywilnej za naruszenie dóbr osobistych w postaci wpisów umieszczanych na forach internetowych*, „Państwo i Prawo” 2019/10, s. 95; P. Modrzejewski, *Odpowiedzialność innych podmiotów niż sprawca za naruszenie dóbr osobistych w Internecie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/3, s. 57.

podstawie²⁸. W konsekwencji, jeśli np. usługodawca nie zareaguje właściwie na zawiadomienie i straci przywilej nieodpowiedzialności, i tak konieczne stanie się wskazanie podstawy, na jakiej ta odpowiedzialność mogłaby obowiązywać.

Zarysowany wyżej model od dawna jednak podlegał erozji. Pytanie o jej przyczyny dotyczy rzecz jasna zagadnień o charakterze ekonomiczno-społecznym, a może nawet moralnym, jednak w uproszczeniu można zaproponować następujące wyjaśnienie²⁹: Regulacje wyłączające odpowiedzialność pośredników powstawały w czasach, kiedy przedsiębiorcy świadczący takie usługi dopiero zaczynali swoją działalność i istniała realna obawa, że narażenie ich na ryzyko daleko idącej odpowiedzialności (np. za naruszenia autorskich praw majątkowych) zatrzyma ich rozwój, a tym samym uniemożliwi postęp w dziedzinie, która wydawała się (i przewidywanie to niewątpliwie się sprawdziło) mieć niesamowity wprost potencjał wzrostu. Z czasem jednak pośrednicy stali się ekonomicznie coraz potężniejsi, a obecnie należą oni do najbardziej wartościowych i najbogatszych przedsiębiorstw na świecie³⁰. Sposób zdobycia takiej pozycji polega w ich przypadku na pozyskiwaniu jak największej liczby użytkowników. Jest to bezpośrednio skorelowane z przychodami (np. liczba wyświetlanych reklam, wartość danych „pozostawianych” przez użytkowników). Można przedstawić argumenty wskazujące na to, że wielu użytkowników zostało przyciągniętych dzięki dostępności treści umieszczanych na danej platformie z naruszeniem cudzych praw (w tym autorskich). W tym kontekście pojawiło się zwłaszcza pojęcie tzw. *value gap* mające oznaczać rozdźwięk między korzyściami uzyskiwanymi przez usługodawcę a brakiem korzyści uprawnionych z tytułu praw własności intelektualnej³¹. Aby przyciągnąć użytkowników platformy, podejmują dodatkowe wysiłki: starają się umożliwić łatwiejsze wyszukiwanie treści, rekomendują treści, którymi użytkownik mógłby być zainteresowany, niekiedy także promują je, a także obok treści umieszczanych przez użytkowników umieszczają treści własne. W rezultacie zaciera się zaczęła różnica między czysto technicznie rozumianą platformą, traktowaną podobnie jak dostawca energii lub operator telekomunikacyjny, a dostawcą treści. Zjawisko to nadal nie jest jednolicie oceniane. Wciąż spotkać można poglądy, zgodnie z którymi nawet te dodatkowe cechy nie zmieniają dotychczas obowiązujących zasad odpowiedzialności. Treść umieszczona przez użytkownika nadal pozostaje wyłącznie jego treścią, a operator platformy może za nią odpowiadać jedynie „pośrednio”, jeśli nie może powołać się na wyłączenie odpowiedzialności (w szczególności dla *hosting providera*)³². Zabiegi takie jak

²⁸ Ch. Angelopoulos, *Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU: A Summary* [w:] red. G. Froisio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford 2020, s. 317. Tak prawidłowo SN w wyroku z 30.09.2016 r., I CSK 598/15, LEX nr 2151458.

²⁹ M.L. Montagnani, *A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy* [w:] red. G. Froisio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, s. 295 i n.

³⁰ Na przykład wartość spółki Alphabet (Google) wynosiła w 2020 r. niemal bilion dolarów. Dla porównania, wartość Disney wynosi ok. 130 miliardów dolarów.

³¹ Na temat tego pojęcia zob. np. G. Nolte, *Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte)*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 2017/4, s. 304 i n.; J. Wimmers, M. Barudi, *Der Mythos vom Value Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2017/4, s. 327 i n.

³² Pozostałe wyłączenia dla mere conduit i cachingu są dla zakresu stosowania art. 17 dyrektywy 2019/790 mniej istotne.

wprowadzenie odpłatności za dostęp, grupowanie w kategorii, ułatwienia wyszukiwania, itp. nie zmieniałyby bowiem w istocie statusu usługodawcy jako pośrednika. O żywotności tej koncepcji świadczy np. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie YouTube'a³³.

Coraz częściej jednak znać dawało o sobie stanowisko odmienne, które opierało się na konstatacji, że nowy typ pośrednika nie jest dokładnie takim, jaki miał na myśli prawodawca, tworząc bezpieczne przystanie. Wyrażano je na dwa sposoby (mowa tu oczywiście o podziale uproszczonym). W pierwszym ujęciu pośrednik pozostawał pośrednikiem, ale nakładano na niego dodatkowe obowiązki zmierzające zwłaszcza do zapobieżenia przyszłym naruszeniom (a właściwie do ich ograniczenia). Była to zatem nadal sfera odpowiedzialności za naruszenie pośrednie, której najlepiej znanym przykładem pozostaje zapewne niemiecka teoria *Störerhaftung*³⁴. Formułując takie obowiązki (np. ograniczone obowiązki filtrowania), wskazywano, że w ogóle nie podlegają one wyłączeniu z art. 14 dyrektywy 2000/31/WE³⁵, a jedynym ograniczeniem jest dla nich art. 15 zakazujący ogólnego obowiązku monitorowania³⁶. Aby jednak w ogóle opuścić sferę stosowania przepisów ograniczających odpowiedzialność usługodawców, zaczęto wskazywać, że wyłączenia te mają mieć zastosowanie jedynie do pasywnych pośredników³⁷. Pośrednik aktywny nie mógł się już na nie powołać. Kryteria uznania pośrednika za aktywnego zakreślonego zostały niezwykle ogólnie, co sprawia, że nadal trudno jest w zasadzie stwierdzić, kiedy mamy z takim przypadkiem do czynienia³⁸. Drugie podejście, w którym element „aktywności” także zaczął odgrywać istotną rolę, koncentruje się na przypisaniu pośrednikowi bezpośrednio aktu korzystania mającego swój początek w zachowaniu osoby trzeciej (użytkownika). Sposób uzasadnienia takiego przypisania może się różnić w zależności od podstawy prawnej i systemu prawnego. Trybunał Sprawiedliwości, orzekając w sprawach prawnoautorskich, podążał tą drogą, rozszerzając zakres pojęcia prawa publicznego udostępniania utworu (*communication to the public*) na np. wprowadzenie do obrotu urządzenia pozwalającego uzyskać dostęp do bezprawnych treści³⁹ czy prowadzenia serwisu internetowego z linkami do bezprawnie udostępnianych utworów⁴⁰. Dogmatyczne uzasadnienie tych rozwiązań nie jest zbyt rozbudowane⁴¹. Można także podejrzewać, że na kierunek wybrany przez

³³ Opinia Rzecznika Generalnego w połączonych sprawach C-682/18 i C-683/18.

³⁴ A. Hartmann, *Unterlassungsansprüche im Internet: Störerhaftung für nutzergerierte Inhalte*, 2009; M. Leistner, *Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung*, „GRUR-Beilage” 2010/1, s. 1 i n.

³⁵ Zgodnie z art. 14 ust. 3 dyrektywy 2000/31/WE „Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sądy lub organy administracyjne, zgodnie z systemem prawnym Państw Członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł oraz nie ma wpływu na możliwość ustanowienia procedur regulujących usuwanie lub uniemożliwianie dostępu do tych informacji przez Państwa Członkowskie”.

³⁶ Należy wspomnieć, że art. 15 u.s.u.d.e. nie rozróżnia obowiązków ogólnych i szczególnych. W orzecznictwie przyjmuje się jednak tę dystynkcję, co pozwala zachować zgodność z prawem UE. Zob. wyrok SA w Warszawie z 21.06.2016 r., I ACa 1247/15, LEX nr 2138249.

³⁷ Por. TS w wyroku z 12.07.2011 r., C-324/09, L'Oréal SA i inni przeciwko eBay International AG i inni, EU:C:2011:474 – dalej wyrok TS C-324/09, L'Oréal – pkt 112–113.

³⁸ Zdaniem TS brak neutralności wyraża się m.in. w prezentacji danych ofert sprzedaży lub ich promocji (wyrok TS z 12.07.2011 r., C-324/09, L'Oréal, pkt 116).

³⁹ Wyrok z 26.04.2017 r., C-527/15, Stichting Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsowi, EU:C:2017:300.

⁴⁰ Wyrok TS z 14.06.2017 r., C-610/15, Stichting Brein przeciwko Ziggo BV i XS4ALL Internet BV, EU:C:2017:456.

⁴¹ Trybunał nawiązuje najczęściej do „decydującej roli” danego pośrednika, jednak nie jest to kryterium precyzyjne.

TS miało wpływ to, iż odpowiedzialność za pośrednie naruszenia nie została poddana harmonizacji⁴². Trybunał wprowadza więc jej elementy do naruszenia bezpośredniego. Samo podejście nie jest jednak tylko właściwe dla orzecznictwa TS. W prawie francuskim od dawna stosuje się rozróżnienie na *hebergeur* i *editeur*⁴³, a kwalifikacja usługodawcy jako tego drugiego rodzi jego odpowiedzialność na takiej zasadzie jak odpowiada wydawca (np. w prawie prasowym). W prawie niemieckim często mówi się natomiast o „uczynieniu treści swoją” (*sich zu eigen machen*)⁴⁴, która także prowadzi do bezpośredniej odpowiedzialności za jej rozpowszechnianie. Te różne konstrukcje obracają się wokół przesłanek podobnych do charakteryzujących kategorię aktywnych pośredników⁴⁵. Także w Polsce doszło już do przypisania przez sąd bezpośredniego naruszenia autorskich praw majątkowych serwisowi wymiany plików⁴⁶. Wreszcie zauważono, że istnieją także usługodawcy, których model biznesowy oparty jest na naruszeniach⁴⁷. Usługodawca taki doskonale wie, że jeśli ponosi on odpowiedzialność tylko za treści, których mimo zgłoszenia nie usunął, uprawnieni nie wygrają swoistego wyścigu zbrojeń z piratami. Serwis taki może co prawda reagować na zgłoszenia, ale usunięte treści pojawiają się niemal natychmiast w innym miejscu. Zazwyczaj dałoby się wykazać, że bez treści pirackich dany serwis nie mógłby się utrzymać. Mimo to „formalnie”, pozostając przy tzw. tradycyjnym modelu, mógłby on bez przeszkód kontynuować działalność.

Efektom erozji przywilejów nieodpowiedzialności zaczęły być orzeczenia, mocą których na pośredników nakładano różnego rodzaju obowiązki zapobiegające naruszeniom⁴⁸. W sprawie UE było to tym łatwiejsze, że art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE i art. 11 zdanie trzecie dyrektywy 2004/48/WE dla odpowiednio praw autorskich i innych praw własności intelektualnej wprowadziły wysoce oryginalny instrument polegający na możliwości nakładania na pośrednika obowiązków zmierzających do zapobiegania naruszeniom praw własności intelektualnej nawet bez konieczności wykazywania, że taki pośrednik może ponosić odpowiedzialność za naruszenie⁴⁹. Ponieważ wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy w ogóle nie odnoszą się do takich obowiązków, jedyną barierą dla nich stawał się art. 15 i zakaz nakładania ogólnego obowiązku monitorowania⁵⁰. Przez stosunkowo długi okres bardzo trudno było powiedzieć, czym właściwie różni się nakaz ogólny

⁴² Ch. Angelopoulos, *Harmonizing Intermediary...*, s. 316 i n.

⁴³ Zob. L. Thorval, *La responsabilité des fournisseurs de moyens face à la contrefaçon sur Internet*, „Revue Internationale Du Droit D’Auteur”, 2018/10, s. 45 i n.

⁴⁴ Zob. G. Spindler, *Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte” Inhalte und für beauftragte Nutzer*, MMR 2004/7, s. 440 i n.

⁴⁵ Zob. J.J.H. van Mil, *German Federal Court of Justice asks CJEU if YouTube is directly liable for user-uploaded content*, JIPITEC 2019, Vol. 14, No. 5, s. 355–356.

⁴⁶ Wyrok SA w Krakowie z 18.09.2017 r., I ACa 1494/15, LEX nr 2354397.

⁴⁷ BGH, I ZR 18/11, dot. usługi rapidshare.

⁴⁸ G.F. Frosio, S. Mendis, *Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?* [w:] red. G. Frosio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, s. 547 i n.; G.F. Frosio, *The Death of ‘No Monitoring Obligations’: A Story of Untameable Monsters*, JIPITEC 2017, Vol. 8, Issue 3.

⁴⁹ M. Husovec, *Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking*, JIPITEC 2013, Vol. 4, Issue. 2; M. Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, Cambridge 2017.

⁵⁰ Zob. wyrok TS z 16.02.2012 r., C-360/10, SABAM przeciwko Netlog, EU:C:2012:85.

od szczególnego⁵¹. Twierdzono m.in., że w zasadzie każdy obowiązek filtrowania (nawet w celu odnalezienia plików z jednym utworem) ma charakter ogólny, ponieważ filtrowanie także w takim przypadku musi objąć w zasadzie wszystkie treści⁵². Podejście to wydaje się nie do utrzymania w świetle wyroku TS z 3.10.2019 r., C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek przeciwko Facebook Ireland Limited⁵³. Wyrok ten dotyczył interpretacji art. 15 dyrektywy 2000/31/WE w związku z roszczeniami o naruszenie dóbr osobistych. Wnioski z niego wynikające są jednak bezpośrednio istotne także dla ochrony praw własności intelektualnej, ponieważ regulacje dyrektywy 2000/31/WE mają horyzontalny charakter, a zatem odnoszą się do odpowiedzialności pośredników z różnych tytułów. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 15 dyrektywy 2000/31/WE nie stoi na przeszkodzie, by sąd krajowy mógł:

- „– nakazać dostawcy usług hostingowych usunięcie informacji, które dostawca ten przechowuje i których treść jest identyczna z treścią informacji uprzednio uznanej za mającą bezprawny charakter, lub zablokowanie dostępu do tych informacji, niezależnie od tego, kto wnioskował o przechowywanie tych informacji;
- nakazać dostawcy usług hostingowych usunięcie informacji, które dostawca ten przechowuje i których treść jest równoznaczna z treścią informacji uprzednio uznanej za mającą bezprawny charakter, lub zablokowanie dostępu do tych informacji, pod warunkiem że nadzorowanie i wyszukiwanie informacji, których dotyczy taki nakaz, jest ograniczone do informacji przekazujących wiadomość, której treść jest w istocie niezmieniona w porównaniu do treści, która doprowadziła do stwierdzenia bezprawności, i zawierających elementy określone w nakazie, oraz że różnice w sformułowaniu tej treści równoznacznej z treścią informacji uprzednio uznanej za mającą bezprawny charakter nie są tego rodzaju, by wymagać od dostawcy usług hostingowych dokonania niezależnej oceny tej treści”. Inaczej mówiąc, dopuszczalne jest nie tylko nakazanie usuwania informacji identycznych treściowo z informacją uznaną za naruszenie, lecz także informacji, która jest w stosunku do niej równoznaczna, czyli – można powiedzieć – ma inną formę, ale tożsamą treść. W kategoriach art. 15 u.ś.u.d.e. (i art. 15 dyrektywy 2000/31/WE) zarówno plik z tekstem naruszającym dobra osobiste, jak i plik z utworem stanowią „informacje” – pojęcie „informacji” tu wszelkie kategorie treści naruszających.

3.4. Zasadnicze cechy art. 17 dyrektywy 2019/790

Dopiero na tak (choć oczywiście niezwykle skrótowo) zarysowanym tle można przedstawić naturę rozwiązań wynikających z art. 17 dyrektywy 2019/790, czy też, bardziej prawidłowo, zadać pytania, o jakie rozwiązania tu rzeczywiście chodzi i czy są one istotnie aż tak rewolucyjne.

⁵¹ Rzecznik Generalny M. Szpunar w opinii do sprawy C-484/14, Tobias Mc Fadden przeciwko Sony Music Entertainment Germany GmbH, EU:C:2016:170, pkt 132, wyraził stanowisko, że istnieją zasadniczo dwie przesłanki, które czynią obowiązek monitorowania szczególnym (a zatem dozwolonym): ograniczony przedmiot i ograniczony czas.

⁵² Zob. np. M. Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, Cambridge 2017, s. 121.

⁵³ EU:C:2019:821.

Z art. 17 dyrektywy DSM wynika pozornie, że udostępnianie przez użytkowników treści chronionych „za pośrednictwem” platform spełniających przesłanki definicji dostawcy usług udostępniania treści online stanowi po prostu publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE. Stosunek tej deklaracji do dotychczasowego stanu prawnego nie jest jednak w pełni jasny. Z jednej strony w preambule dyrektywy wskazano m.in. (pkt 64), że „[z]asadnym jest, aby uściślić w niniejszej dyrektywie, że dostawcy usług udostępniania treści online dokonują czynności publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości utworu, gdy udzielają publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników”. Także inne wersje językowe mogłyby świadczyć o tym, że zdaniem prawodawcy unijnego przyjęte rozwiązanie stanowi uściślenie/wyjaśnienie dotychczasowych reguł⁵⁴, a nie przełamanie ich. Z drugiej strony konstatacja, iż dyrektywa kodyfikuje po prostu dotychczasowy stan prawny, wydaje się kontrintuicyjna, choćby w świetle protestów, jakie art. 17 budził w czasie prac nad tą regulacją. Jednak nawet jeśli teza, iż art. 17 rzeczywiście oznacza zmianę w stosunku do stanu dotychczasowego, jest prawdziwa⁵⁵, nie da się również zaprzeczyć, iż zmiana ta zbudowana została na już istniejących fundamentach. Akt publicznego komunikowania został przypisany DUUTO, a zatem podmiotom, których definicja (poza aspektami ilościowymi)⁵⁶ odwołuje się do kryteriów wykorzystywanych już wcześniej do rozróżniania pośredników aktywnych od pasywnych bądź uzasadniania „czynienia treści swoją”. Co więcej, jakkolwiek DUUTO komunikują publicznie, dalsza część regulacji znacznie zakłóca czystość modelu bezpośredniego korzystania. W modelu takim oczywiście byłoby, że każde nieautoryzowane (nielicencjonowane) korzystanie będzie stanowiło naruszenie autorskich praw majątkowych i dyrektywa pozornie zmierza w tym kierunku, podkreślając konieczność zawarcia umów z podmiotami uprawnionymi⁵⁷. Dalsza część regulacji zmierza jednak w kierunku dość odległym od modelu bezpośredniego naruszenia. Równie ważnym elementem art. 17 jest bowiem wprowadzenie wyłączenia odpowiedzialności DUUTO, jeśli spełnił on kumulatywnie trzy warunki:

- a) dołożył wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia, oraz
- b) dołożył wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze – aby zapewnić brak dostępu do poszczególnych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje, oraz w każdym przypadku

⁵⁴ (It is appropriate to clarify, Es ist angemessen, in dieser Richtlinie klarzustellen, Il convient de clarifier dans la présente directive).

⁵⁵ Wydaje się, że elementem różnicującym jest m.in. znaczenie licencjonowania. W dotychczasowych rozstrzygnięciach elementu tego raczej nie brano pod uwagę.

⁵⁶ Cechą wyróżniającą DUUTO jest przechowywanie i udzielanie publicznego dostępu do dużej liczby chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną.

⁵⁷ Artykuł 17 ust. 1 akapit 2: „Dostawca usług udostępniania treści online musi zatem uzyskać zezwolenie od podmiotów uprawnionych, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 2001/29/WE, na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej, w celu publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną”.

- c) działał niezwłocznie po otrzymaniu odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia od podmiotów uprawnionych w celu zablokowania dostępu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, których dotyczy zastrzeżenie, lub usunięcia ich ze swoich stron internetowych, a także dołożył wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu zgodnie z lit. b.⁵⁸

Dyrektywa nie zatrzymuje się na samym wymienieniu tych przesłanek, ale dodaje (w ust. 5) kryteria stosowane przy dokonywaniu oceny, czy dany dostawca usług spełnia opisane obowiązki, „w świetle zasady proporcjonalności”. Należy wówczas uwzględnić między innymi:

- a) rodzaj, odbiorców i skalę świadczonych usług oraz rodzaj utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników usługi; oraz
b) dostępność odpowiednich i skutecznych środków oraz ich koszt dla dostawców usług.

Regulacja art. 17 ust. 4 i 5 odwołuje się więc w istocie do aktów staranności, których podjęcie (z uwzględnieniem nieśmiertelnej zasady proporcjonalności⁵⁹) pozwala na uniknięcie konsekwencji wykonania aktu bezpośredniego korzystania z przedmiotu ochrony (utworu). Jest to niewątpliwie rozwiązanie co najmniej nieortodoksyjne. Trudno przecież, pozostając w granicach racjonalności, uznać, że dany podmiot raz udostępnia utwór publicznie, innym zaś razem go nie udostępnia, w zależności od tego, czy spełnia czy nie obowiązki, z których przynajmniej część z tym konkretnym utworem ma co najwyżej pośredni związek. O wiele łatwiej jest powiedzieć, że albo (w pierwszym wariantcie) tak naprawdę nie chodzi tu o przypisanie publicznego udostępniania, lecz tylko odpowiedzialności za nie, albo że (w drugiej interpretacji) następuje co prawda przypisanie korzystania, ale towarzyszy mu zestaw przesłanek egzoneracyjnych, które przejmują niejako rolę wyłączeń odpowiedzialności z art. 14 i 15 dyrektywy 2000/31/WE (stosowanie art. 14 dyrektywa wprost wyklucza⁶⁰, a w stosunku do art. 15 deklaruje, że nie jest z nim sprzeczna⁶¹). W pierwszym modelu język dyrektywy jest rodzajem skrótu myślowego (nie korzysta, ale odpowiada tak jakby korzystał), w drugim przepis rozumiany byłby jednak bardziej dosłownie (korzysta, ale może nie odpowiadać, mimo że korzystał). Nie może tym niemniej budzić wątpliwości, że także w drugim wariantcie sposób udostępniania utworów ma szczególne cechy. Z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/790

⁵⁸ Artykuł 17 ust. 4.

⁵⁹ Artykuł 17 ust. 5 wyraźnie się do niej odwołuje „Przy dokonywaniu oceny, czy dany dostawca usług spełnia obowiązki, o których mowa w ust. 4, oraz w świetle zasady proporcjonalności, należy, (...)”.

⁶⁰ Artykuł 17 ust. 3: „Jeżeli dostawca usług udostępniania treści online dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie, ograniczeń odpowiedzialności ustanowionych w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE nie stosuje się do sytuacji objętych niniejszym artykułem”.

⁶¹ „Stosowanie niniejszego artykułu nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru. Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że dostawcy usług udostępniania treści online udostępniają podmiotom uprawnionym, na ich żądanie, odpowiednie informacje na temat funkcjonowania swoich praktyk w odniesieniu do współpracy, o której mowa w ust. 4, oraz – w przypadku zawierania umów licencyjnych między dostawcami usług a podmiotami uprawnionymi – informacje na temat wykorzystywania treści objętych umowami”.

wynika, że publiczne udostępnianie w rozumieniu tego przepisu odnosi się do treści, które zostały pierwotnie zamieszczone przez użytkowników. Jest to zatem rodzaj „wtórnego” udostępniania, podobnego do aktów publicznego komunikowania znanych z orzecznictwa TS dotyczącego linkowania⁶². Publiczne udostępnianie przez operatora platformy, które nie byłoby udostępnianiem treści zamieszczonych przez osoby trzecie (pierwotne), nie jest natomiast objęte regulacją art. 17 dyrektywy 2019/790, w tym jej ograniczeniami. Gdyby podmiot taki sam zdecydował o umieszczeniu danej treści, odpowiadałby na ogólnych zasadach. W szczególności musiałby on uzyskać zgodę uprawnionego, a nie jedynie starać się ją uzyskać.

Specyficzna natura aktu korzystania, którego dotyczy art. 17 dyrektywy 2019/790, może mieć istotne znaczenie dla implementacji tego przepisu, co niewątpliwie jedynie podnosi i tak już wysoki poziom trudności, z jakim musi się skonfrontować ustawodawca krajowy. Obok bowiem opisanych wyżej w zarysie cech podstawowych, art. 17 zawiera także wiele innych bardziej szczegółowych rozwiązań, których wdrożenie do prawa krajowego będzie rodziło problemy. Z tego punktu widzenia zaskakujące wydaje się, że w ww. konsultacji jedynie dwa z nich (o których niżej) uznano za zasługujące na odrębne pytania. Natura aktu korzystania przez platformę ma w szczególności wpływ na zakres swobody ustawodawcy krajowego, jeśli chodzi o modyfikację niektórych rozwiązań zaproponowanych w dyrektywie. Istnieją tu dwie możliwe interpretacyjne (oczywiście chodzi o warianty podstawowe). W pierwszej z nich należy dosłownie przyjąć nie tylko że DUUTO udostępniają utwory publicznie, lecz także, że jest to ten sam akt udostępniania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE. Konsekwencją takiego podejścia byłoby uznanie, iż zakres swobody ustawodawcy krajowego jest nieznaczny, a implementacja powinna nastąpić w ustawie prawnoautorskiej⁶³. W drugiej, regulacja art. 17 jest na tyle specyficzna, że uzasadnia objęcie jej zupełnie nową ustawą⁶⁴, a publiczne udostępnianie rozumiane jest jako odstępujące od ram art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29⁶⁵, a także wykraczające poza granice konwencyjne⁶⁶. Takie stanowisko pozwala zaproponować wprowadzenie nowych wyjątków w zakresie dozwolonego użytku⁶⁷ (skoro bowiem nie chodzi w istocie o „klasyczne” prawo publicznego komunikowania, wyjątki od niego nie zostały poddane harmonizacji)⁶⁸. Rozstrzygnięcie tej kwestii przekracza ramy niniejszego opracowania, wydaje się jednak, że ustawodawca winien być świadomy istniejących w tym zakresie możliwości, na co zadane w konsultacji pytania nie wskazują.

⁶² Na przykład wyrok TS z 8.09.2016 r., C-160/15, GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV i in., EU:C:2016:644.

⁶³ Zobacz na temat różnych koncepcji co do interpretacji art. 17 M. Husovec, J.P. Quintais, *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new eu rules on content-sharing platforms*, s. 10 i n., <https://ssrn.com/abstract=3463011> (dostęp: 4.12.2020 r.).

⁶⁴ Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts.

⁶⁵ Tak w uzasadnieniu niemieckiego projektu Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts.

⁶⁶ M. Husovec, J.P. Quintais, *How to license...*, s. 12.

⁶⁷ Zob. § 6 UrhDaG-E.

⁶⁸ M. Husovec, J.P. Quintais, *How to license...*, s. 36 i n.

3.5. Zasadność wprowadzenia obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania na potrzeby licencjonowania treści

„Wtórne” udostępnianie dokonywane przez DUUTO ma zgodnie z art. 17 dyrektywy 2019/790 co do zasady wymagać uzyskania zgody (licencji) od uprawnionych. Jeśli korzystanie będzie w ten sposób autoryzowane, nie dojdzie do naruszenia praw autorskich lub pokrewnych, a spełnienie dodatkowych przesłanek egzoneryacyjnych nie będzie nawet potrzebne. To, że operator platformy może uniknąć odpowiedzialności także jeśli nie zawrze umowy (na warunkach określonych w art. 17 ust. 4), nie zmienia faktu, iż dyrektywa konstruuje wtórne korzystanie jako akt wymagający co do zasady licencji.

Licencja taka, jeśli zostanie uzyskana, obejmie zarówno platformę, jak i użytkowników udostępniających treści, ale tych ostatnich tylko wtedy, gdy „nie działają oni na zasadach komercyjnych lub gdy ich działalność nie przynosi znaczących przychodów”. *A contrario*, jeśli użytkownik działa w sposób komercyjny, musi on uzyskać odrębną licencję od uprawnionych, ponieważ jego zachowanie nie będzie objęte zezwoleniem uzyskanym przez DUUTO. Wszystko to prowadzi do wniosku, że rodzaj publicznego udostępnienia, o którym mowa w art. 17 dyrektywy, mimo deklaracji prawodawcy nie jest dokładnie tym samym, co klasyczne, jednopodmiotowe publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE. Także licencja, do której nawiązuje prawodawca unijny, jest w istocie czynnością legalizującą korzystanie zainicjowane przez osobę trzecią (użytkownika).

Skoro licencja na publiczne udostępnienie, którą ma co do zasady uzyskać DUUTO, obejmuje tak naprawdę korzystanie zainicjowane przez użytkowników (i to „niekomercyjnych”), to wynikają z tego dla mechanizmu licencjonowania następujące konsekwencje:

- DUUTO ma być z założenia podmiotem udostępniającym znaczne ilości utworów i innych przedmiotów chronionych. Można założyć, że te znaczne ilości wynikają także z tego, że przedmioty chronione są udostępniane przez znaczną liczbę użytkowników.
- DUUTO, znów z założenia, nie ma kontroli nad tymi użytkownikami. To użytkownik decyduje, jakie utwory lub inne przedmioty ochrony wykorzystuje i w jaki sposób.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że licencje, które powinien uzyskać DUUTO, będą musiały obejmować bardzo wiele przedmiotów ochrony, co do których nie ma żadnej racjonalnej możliwości ich uprzedniej specyfikacji. Jest to sytuacja podobna do przypadków, w których za uzasadnione uznaje się stosowanie zbiorowego zarządu, przy czym można nawet twierdzić, że zakres potencjalnie wykorzystywanych utworów i ich różnorodność są jeszcze większe niż ma to miejsce np. w przypadku reemisji.

Jeśli zatem system licencjonowania przewidziany w art. 17 dyrektywy 2019/790 ma prawidłowo funkcjonować, to musi on być zorganizowany w taki sposób, by DUUTO mógł w stosunkowo łatwy sposób takie licencje uzyskać. Trzeba tu podkreślić zależność między uzyskaniem licencji a regulacją zawartą w art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790. Im trudniejsze będzie uzyskanie licencji (co na pewno uwzględnić musi liczbę podmiotów, z którymi DUUTO musiałby nawiązać kontakt i prowadzić negocjacje), tym łatwiej

będzie utrzymywać, że mimo braku umowy dostawca usługi podjął jednak „wszelkie starania” w celu uzyskania zgody, a zatem jego odpowiedzialność pozostanie ograniczona. Inaczej mówiąc, im trudniej będzie uzyskać licencję, tym większa stanie się sfera nieautoryzowanego (i nieopłaconego) korzystania. Trudność w nawiązaniu kontaktu z uprawnionymi i uzyskania odpowiednich zgód także nie może być jednak zbyt duża, wówczas bowiem nałozony na DUUTO obowiązek byłby zbyt uciążliwy. Ustawodawca powinien tak skonstruować ramy licencjonowania, by obowiązek podjęcia w tym zakresie negocjacji i zawarcia umów był wykonalny i by mechanizm licencyjny rzeczywiście stanowił podstawowy model funkcjonowania DUUTO. Inaczej mówiąc, nie byłoby pożądane nakładanie na DUUTO obowiązku negocjowania z rozproszonymi uprawnionymi, co ostatecznie prowadziłoby do stanu, w którym znaczna część udostępnianych treści nie byłaby licencjonowana, a w konsekwencji większe znaczenie od licencji nabywałoby spełnienie obowiązków staranności z art. 17 ust. 4. Taki model ostatecznie nie sprzyjałby twórcom, nie otrzymywaliby oni w zasadzie żadnego dodatkowego wynagrodzenia. Jeśli to założenie jest poprawne, DUUTO powinien spełnić obowiązek staranności, podejmując negocjacje jedynie z tymi podmiotami, które zagwarantują objęcie jak największej części relewantnego repertuaru. Najłatwiej wyobrazić sobie spełnienie tego warunku przez zapewnienie, by DUUTO zwracał się o licencje przede wszystkim do właściwych o.z.z.

Uznać zatem wypada, iż istnieją zarówno prawne, jak i praktyczne argumenty zdecydowanie przemawiające za objęciem omawianej sfery licencjonowania zbiorowym zarządem. Jest to uzasadnione zarówno normatywnie nietypowością nowej konstrukcji, która sprawia, że musi wykształcić się odpowiednia praktyka rynkowa (co zostanie ułatwione profesjonalizacją procesu kontraktowego z obu stron), jak i konstatacją, że tylko rozwiązania ułatwiające zawieranie licencji (tu zaś ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych ma decydujące znaczenie) pozwoli osiągnąć zamierzenie, zgodnie z którym taka praktyka licencjonowania się rzeczywiście rozwinie. Nie wydaje się natomiast, by do realizacji ww. celów konieczne było wprowadzenie obowiązkowego zbiorowego zarządu. Takie rozwiązanie budziłoby wątpliwości co do zgodności z prawem UE. Niewątpliwie dyrektywa 2019/790 nie nakazuje jego wprowadzenia, obowiązkowy zbiorowy zarząd oznacza zaś, że uprawnieni zostają co do zasady pozbawieni możliwości wykonywania indywidualnego zarządu. Tymczasem nie sposób chyba przyjąć, by eksploatacja utworu na platformie internetowej mogła być wyjęta spod sfery kontroli uprawnionego w tym sensie, że nie miałby on możliwości sprzeciwić się temu udostępnieniu. Gdyby natomiast wprowadzić obowiązkowy zbiorowy zarząd, w sytuacji, w której o.z.z. zawarła umowę z daną platformą, uprawniony nie miałby możliwości doprowadzenia do zaprzestania rozpowszechniania utworu.

Istnieje jednak, jak się wydaje, rozwiązanie, które pozwala zachować zalety zbiorowego zarządu, unikając wyżej wskazanej wady. W odniesieniu do licencjonowania treści dla DUUTO zasadne będzie wprowadzenie zarządu nieobowiązkowego, ale rozszerzonego. Takie rozwiązanie faktycznie poszerza repertuar, którym dysponuje organizacja, pozwalając na objęcie licencją wszystkich niemal istotnych treści. Jeśli przyjmiemy, że korzystne jest, by licencjonowanie objęło jak największy zakres utworów, a równocześnie pamiętamy, że alternatywą dla licencji jest regulacja art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790, w sytuacji,

gdy istnieje uprawniony, który nie powierzył w zarząd praw żadnej o.z.z., jest mało prawdopodobne, by brak poszukiwania takiego uprawnionego i zawarcia z nim umowy mógł być uznany za uzasadniający niedołożenie odpowiedniej staranności w rozumieniu art. 17 ust. 4 lit. a dyrektywy 2019/790. Jeśli zatem nie zastosuje się rozszerzonego skutku, takie utwory (i ich twórcy) nie będą po prostu objęci licencją, a zatem nie będą partycypować w wynagrodzeniu. Alternatywą nie jest tu samodzielny zarząd, ale stan obecny (tj. brak wynagrodzenia, chyba że platforma naruszy obowiązki wynikające z implementacji art. 14 dyrektywy 2000/31/WE i sama będzie ponosić odpowiedzialność za bezprawne udostępnienie). Powstaje oczywiście pytanie, czy skoro uprawniony zachowuje w tym modelu, jak wskazano, możliwość wycofania utworu (*opt-out*), korzystanie przez znaczą część większych podmiotów (skupiających prawa do wielu utworów) z tej opcji nie sprawi, że w efekcie DUUTO będzie musiał podejmować indywidualne negocjacje, w wyniku czego korzyści płynące ze zbiorowego zarządu zostaną w dużej mierze zneutralizowane. O ile bowiem można na ogólnych zasadach uznać, że brak poszukiwania drobnych uprawnionych nie byłby naruszeniem obowiązku staranności, w odniesieniu do większych z nich sprawa nie byłaby już tak oczywista. Ryzyku temu mogłoby zapobiec skorzystanie z niemieckiej propozycji, zgodnie z którą obowiązek dołożenia starań w celu uzyskania licencji obejmowałby w zasadzie jedynie obowiązek zwrócenia się do właściwych o.z.z.⁶⁹ Przy takim rozwiązaniu uprawniony będzie miał mniejszą skłonność do wycofania utworu ze zbiorowego zarządu – pozwoli mu to co prawda wykonywać roszczenia zakazowe (z wykorzystaniem mechanizmu *stay-down*, który nowa dyrektywa wprost aprobeje⁷⁰, ale DUUTO zapewne nie będzie zainteresowany zawarciem z nim umowy licencyjnej.

Na obecnym etapie trudno jest uzasadnić ograniczenie zbiorowego zarządu tylko do wybranych kategorii utworów. Jeśli takie ograniczenie miałoby mieć miejsce, należałoby oczywiście zadbać o to, by rozszerzonym zbiorowym zarządem zostały objęte te rodzaje utworów, które najczęściej mogą być udostępniane na platformach, tj. utwory audiowizualne, muzyczne, słowno-muzyczne, fotograficzne, a także wszystkie w zasadzie prawa pokrewne.

3.6. Zasadność osobnej regulacji dozwolonego użytku (art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790)

Pytanie o to, czy przypadki dozwolonego użytku określone w art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 (cytowanie, krytyka, parodia, pastisz art.) wymagają osobnego uregulowania w ustawie lub też zmiany już obowiązujących przepisów o dozwolonym użytku (art. 29 i 29¹ pr. aut.) wymaga powiązania z treścią art. 17 ust. 7. Ten stosunkowo rozbudowany przepis stanowi, że stosowanie zasad odpowiedzialności stanowiących fundament art. 17

⁶⁹ Paragraf 4 niemieckiego projektu: Ein Diensteanbieter ist verpflichtet, bestmögliche Anstrengungen zu unternehmen, die vertraglichen Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke zu erwerben. Der Diensteanbieter erfüllt diese Pflicht, sofern er Nutzungsrechte erwirbt, die ihm entweder angeboten werden oder die über eine im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft oder abhängige Verwertungseinrichtung verfügbar sind.

⁷⁰ Artykuł 17 ust. 4 lit. b dyrektywy 2019/790.

„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”. Państwa członkowskie mają zapewnić, „aby użytkownicy w każdym państwie członkowskim mogli opierać na następujących obowiązujących wyjątkach lub ograniczeniach przy zamieszczaniu i udostępnianiu treści wygenerowanych przez użytkowników w ramach usług udostępniania treści online:

- a) cytowanie, krytyka, recenzowanie;
- b) korzystanie do celów karykatury, parodii lub pastiszu”.

Artykuł 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 jest więc wyrazem obawy przed tzw. overblockingiem⁷¹, tj. skutkami stosowania automatycznych narzędzi, takich jak oprogramowanie filtrujące, które obok treści rzeczywiście naruszających zablokują także „przy okazji” także treści wykorzystywane w sposób nienaruszający, w tym w ramach dozwolonego użytku. Realizacja tego celu nie jest wcale łatwa i zapewne trzeba od razu założyć, że stan idealny nie zostanie osiągnięty. W ramach konsultacji publicznych MKiDN zagadnienia tego dotyczy tylko jedno pytanie, które zresztą nie wydaje się wprost związane ze źródłem największych trudności. Wydaje się, że odpowiedź na pytanie o to, czy implementacja art. 17 ust. 7 dyrektywy wymaga osobnego uregulowania w ustawie wspomnianych w tym przepisie przypadków dozwolonego użytku lub też zmiany już obowiązujących przepisów o dozwolonym użytku (art. 29 i 29¹ pr. aut.) zależy od rozstrzygnięcia dwóch kwestii. Po pierwsze, zależy ona od tego, czy „prawo publicznego komunikowania” wprowadzone w art. 17 dyrektywy DSM wykracza poza treść art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE. Gdyby tak uznać, możliwe staje się wprowadzenie dalej idących wyjątków, w tym wyjątków (jak w propozycji niemieckiej) legalizujących korzystanie z fragmentów o określonym rozmiarze (do 20 sekund)⁷². Niewątpliwie jednak nawet przyjęcie takiego założenia nie zmuszałoby ustawodawcy polskiego do takiego kroku – w pełni wystarczające byłoby zapewnienie przestrzegania wyjątków dozwolonego użytku już istniejących. Bardziej istotna wydaje się więc kwestia druga: czy polska regulacja właściwie implementuje wyjątki dotyczące cytowania, krytyki, recenzowania, korzystanie do celów karykatury, parodii lub pastiszu. W istocie jednak, jeśli to zagadnienia miałyby być rozstrzygnięte, właściwe byłoby dokonanie odpowiednich zmian w przepisach o dozwolonym użytku, do których można byłoby następnie w implementacji art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 odesłać. Artykuł 17 ust. 7 wyraźnie stanowi, że odnosi się do „obowiązujących” wyjątków lub ograniczeń, przez co należy rozumieć wyjątki lub ograniczenia uregulowane w art. 5 dyrektywy 2001/29/WE. Jeśli zatem ustawodawca uznałby, że nie istnieje podstawa do wprowadzania zupełnie nowych (lub zmodyfikowanych) wyjątków, wyjątki, do których odnosi się art. 17 ust. 7, powinny być rozumiane tak jak dotychczas i powinny być zgodne z prawem UE.

⁷¹ Ch. Geiger, E. Izyumenko, *Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights* [w:] G. Frosio (red) *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, s. 572 i n.

⁷² Zob. § 6 niemieckiego projektu.

4. Implementacja do polskiego prawa dyrektywy 2019/789

4.1. Uwagi wstępne

W tym miejscu należy podkreślić, że 17.04.2019 r., tego samego dnia co dyrektywa 2019/790, została przyjęta również dyrektywa 2019/789. Oba powołane wyżej akty prawne powinny zostać implementowane przez państwa członkowskie UE w terminie do 7.06.2021 r., dlatego też słusznym podejściem polskiego ustawodawcy wydaje się podjęcie równoległych prac legislacyjnych zmierzających do wdrożenia do prawa krajowego łącznie obu dyrektyw. Ogłoszone przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego konsultacje publiczne⁷³ nie wskazują jednak, aby wszystkie problemy związane z implementacją dyrektywy 2019/789 zostały na tym etapie dostatecznie zidentyfikowane. W ramach konsultacji publicznych MKiDN sformułowało jedynie dwa pytania:

- 1) W jaki sposób należy potraktować „wprowadzanie bezpośrednie” w rozumieniu art. 2 pkt 4 w zw. z art. 8 dyrektywy – czy powinno być to nowe pole eksploatacji wyraźnie wskazane w art. 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy też ten sposób eksploatacji utworów należy uregulować jako jeden ze sposobów nadawania lub reemitowania?
- 2) Czy „wprowadzanie bezpośrednie” powinno być objęte obowiązkowym pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania tak jak reemitowanie, stosownie do art. 8 ust. 2 dyrektywy?

Przed udzieleniem odpowiedzi na wskazane wyżej pytania warto zwrócić uwagę także na inne zagadnienia wzbudzające wątpliwości z perspektywy implementacji do polskiego prawa dyrektywy 2019/789.

4.2. Nadania online programów radiowych i telewizyjnych

Jedną z form rozpowszechniania utworów i przedmiotów praw pokrewnych zdefiniowano w dyrektywie 2019/789 jako „dodatkową usługę online”. Polega ona „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” (art. 2 pkt 1 dyrektywy 2019/789). Chodzi tu o usługi mające wyraźny i zależny związek z nadawanym programem. W ramach tak zdefiniowanej usługi można dostrzec zasadniczo 3 formy działalności nadawców:

- rozpowszechnianie „własnych” programów online równocześnie z ich pierwotną emisją;
- rozpowszechnienie „własnych” programów z opóźnieniem (tj. w określonym czasie po ich pierwotnej emisji);

⁷³ Informacja o konsultacjach publicznych z 30.07.2020 r. znajduje się na stronie: <http://bip.mkidn.gov.pl/pages/posts/konsultacje-publiczne-3276.php>.

- przekazywanie odbiorcom dodatkowych materiałów w stosunku do emisji, wyprodukowanych przez nadawcę.

Pierwsza, ze wskazanych wyżej usług (określana jako *simulcasting*) polega generalnie na linearnym (liniowym) nadawaniu swoich własnych programów (przez konkretną organizację radiową lub telewizyjną) za pośrednictwem internetu, przy czym to rozpowszechnianie online stanowi dodatkowy „kanał dystrybucyjny” tego samego programu, który dla użytkowników jest dostępny w tym samym czasie za pośrednictwem tradycyjnych środków przekazu (np. z nadajników naziemnych lub satelity).

Druga usługa (określana jako *catch-up*) sprowadza się zasadniczo do rozpowszechniania przez konkretnego nadawcę swoich programów radiowych lub telewizyjnych za pośrednictwem internetu ale z pewnym opóźnieniem czasowym w stosunku do pierwotnej ich emisji. Z treści dyrektywy 2019/789 nie wynika, jak długie miałyby to być opóźnienie, więc wydaje się, że unijny prawodawca nie chciał jednoznacznie przesądzać tej kwestii⁷⁴.

Największe wątpliwości wzbudza trzecia ze wskazanych wyżej usług. Sformułowania zawarte w definicji „dodatkowej usługi online” mogą nasuwać pewne skojarzenia z audiowizualnymi usługami na żądanie (np. VoD), dlatego też w preambule dyrektywy 2019/789 wyjaśniono, że chodzi tu o zapewnienie dostępu do materiałów, które wzbogacają lub w inny sposób poszerzają programy telewizyjne i radiowe nadawane przez organizację radiową lub telewizyjną, np. poprzez zapowiedzi, poszerzanie, uzupełnianie lub ocenę treści danego programu. Zwrócono przy tym uwagę, że zapewnianie dostępu do poszczególnych utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, które zostały włączone do programu, nie powinno być uznawane za dodatkową usługę online⁷⁵. Definicją tej usługi nie zostało objęte także zapewnianie dostępu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną niezależnie od emisji np. usługi dostępu do poszczególnych utworów muzycznych lub audiowizualnych, albumów muzycznych lub nagrań wideo⁷⁶.

Z rozpowszechnianiem „własnych” programów online wiąże się m.in. problem tzw. zasady państwa pochodzenia⁷⁷. Chodziło o przyjęcie na gruncie prawa unijnego takiej regulacji, która wprowadzałaby pewnego rodzaju fikcję prawną, przesądzając, że w przypadku transgranicznego świadczenia wskazanej wyżej usługi, eksploatacja przez nadawcę utworów i przedmiotów praw pokrewnych⁷⁸ ma miejsce wyłącznie w tym kraju UE, w którym posiada

⁷⁴ We wniosku uzasadniającym wprowadzenie projektu rozporządzenia, które następnie przyjęło formę dyrektywy 2019/789, wyjaśniono jedynie, że telewizja typu *catch-up* umożliwiła konsumentom oglądanie programów w dowolnie wybranym czasie. Ogólnie rzecz biorąc, podstawą tej koncepcji jest weryfikacja praw do emisji programu w ustalonym okresie, zazwyczaj 7 do 30 dni po nadaniu, por. s. 1 wniosku 2016/0284 (COD), przypis 2 – A. Matlak, *Projekt unijnego rozporządzenia dotyczącego nadawania oraz reemisji programów radiowych i telewizyjnych z wykorzystaniem cyfrowych kanałów dystrybucyjnych* [w:] *Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, red. J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski, Warszawa 2018, s. 384 i n.

⁷⁵ A. Matlak, *Nowe zasady dotyczące nadawania oraz reemisji programów radiowych i telewizyjnych z wykorzystaniem cyfrowych kanałów dystrybucyjnych wynikające z dyrektywy 2019/789*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej”, 2020/2, s. 115–116.

⁷⁶ Por. motyw 8 preambuły dyrektywy 2019/789.

⁷⁷ Szerzej na ten temat A. Matlak, *Nowe zasady...*, s. 116–120.

⁷⁸ Chodzi tu o wszystkie czynności relewantne z perspektywy prawa autorskiego mające miejsce w trakcie świadczenia dodatkowej usługi online, w trakcie dostępu do tej usługi lub korzystania z niej.

on główne przedsiębiorstwo. Wprowadzenie powołanej regulacji miało – zdaniem Komisji Europejskiej – obniżyć koszty transakcji związane z nadaniami transgranicznymi, dzięki czemu miało stworzyć nadawcom nowe możliwości oferowania usług online za granicą, w szczególności w odniesieniu do treści, które nie są związane z wyłącznością terytorialną⁷⁹.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 dyrektywy 2019/789 czynności publicznego komunikowania utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, drogą przewodową lub bezprzewodową, i publicznego udostępniania utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, drogą przewodową lub bezprzewodową, w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie w przez siebie wybranym, w odniesieniu do:

- a) programów radiowych; oraz
- b) programów telewizyjnych:
 - (i) informacyjnych i publicystycznych; lub
 - (ii) będących własnymi produkcjami organizacji nadawczej w całości przez nią finansowanymi,

w ramach świadczenia dodatkowej usługi online przez taką organizację lub pod jej kontrolą i na jej odpowiedzialność, jak również czynności zwielokrotniania takich utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, niezbędne w celu świadczenia dodatkowej usługi online (umożliwienia dostępu do niej lub korzystania z niej w odniesieniu do wymienionych wyżej programów) – **uznaje się**, do celów wykonywania praw autorskich i praw pokrewnych dotyczących tych czynności, za mające miejsce **wyłącznie w państwie członkowskim**, w którym organizacja radiowa lub telewizyjna posiada swoje główne przedsiębiorstwo.

Jak wynika z powołanego wyżej przepisu, inaczej potraktowano programy radiowe oraz programy telewizyjne. W odniesieniu do programów radiowych zasada państwa pochodzenia jest stosunkowo szeroka i obejmuje praktycznie wszystkie przekazy wchodzące w ich skład. Istotne ograniczenia dotyczą natomiast programów telewizyjnych. W tym kontekście pojawia się jednak pewna wątpliwość terminologiczna wynikająca z różnych wersji językowych dyrektywy 2019/789. Przykładowo w polskiej wersji, zasada państwa pochodzenia została ograniczona zasadniczo tylko do programów telewizyjnych:

- informacyjnych i publicystycznych, lub
- będących własnymi produkcjami organizacji radiowej lub telewizyjnej w całości przez nią finansowanymi.

4.3. Reemisja programów

W dyrektywie 93/83/EWG z 27.09.1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową⁸⁰ – dalej dyrektywa 93/83/EWG – przewidziano system obowiązkowego zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi w odniesieniu do reemisji drogą kablową programów telewizyjnych i radiowych z innych państw członkowskich. System ten ułatwia weryfikację praw, lecz nie obejmuje usług retransmisji

⁷⁹ Por. T. Dreier, *Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2019/8, s. 778.

⁸⁰ Dz.Urz. UE L 248, s. 15.

inną drogą niż kablowa, np. za pośrednictwem satelity lub zamkniętych sieci łączności elektronicznej, takich jak IPTV (przekaz programów w systemach sieci zamkniętych opartych na protokole IP). Dlatego też, aby rozszerzyć regulację tego zagadnienia wynikającą z prawa unijnego, w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2019/789 dość szeroko zdefiniowano pojęcie „reemisji”. Oznacza ona „przeznaczoną do powszechnego odbioru równoczesną, niezmienną i pełną reemisję – inną niż retransmisja drogą kablową zdefiniowana w dyrektywie 93/83/EWG – przeznaczonej do powszechnego odbioru pierwotnej transmisji programów telewizyjnych lub radiowych z innego państwa członkowskiego”, jeżeli taka pierwotna transmisja odbywa się drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym satelitarną (lecz nie jest transmisją online), pod warunkiem że:

- reemisji dokonuje podmiot inny niż organizacja radiowa lub telewizyjna, która przeprowadziła pierwotną transmisję lub pod której kontrolą i na której odpowiedzialność taka pierwotna transmisja została przeprowadzona, niezależnie od sposobu, w jaki reemitent otrzymuje sygnał będący nośnikiem programu od organizacji nadawczej w celu reemisji; oraz – w przypadku gdy reemisja dokonywana jest za pośrednictwem usługi dostępu do internetu zdefiniowanej w art. 2 akapit drugi pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/2120 z 25.11.2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu i dotyczącego opłat detalicznych za regulowane usługi łączności wewnątrzunijnej oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012⁸¹ – jest ona prowadzona w środowisku kontrolowanym. Przez **środowisko kontrolowane** należy rozumieć tutaj „środowisko, w którym reemitent dokonuje zabezpieczonej reemisji do upoważnionych użytkowników”⁸².

Powołana wyżej definicja koncentruje się na trzech podstawowych kwestiach. Po pierwsze, potwierdza, że **reemisja** z prawnego punktu widzenia może zaistnieć tylko wówczas, gdy dokonuje jej **inny podmiot**⁸³ niż pierwotnie nadający program radiowy lub telewizyjny⁸⁴. Sam nadawca, gdyby nawet z technicznego punktu widzenia rozpowszechniał swój program w sposób równoczesny i integralny równoległe kilkoma kanałami dystrybucyjnymi (np. przewodowo, satelitarnie i za pośrednictwem internetu), na płaszczyźnie prawnej nie będzie uznawany za reemitenta swojego własnego programu. Po drugie, z reemisją możemy mieć do czynienia wtedy, gdy przekaz przeznaczony jest **do powszechnego odbioru**. Nie będzie ona występowała wówczas, gdy nadawca przesyła swój program tylko do indywidualnego odbioru przez konkretnego operatora (chodzi np. o przekaz techniczny, umożliwiający zweryfikowanie

⁸¹ Dz.Urz. UE L 310, s. 1.

⁸² Por. art. 2 pkt 3 dyrektywy 2019/789.

⁸³ Może to być np. operator platformy satelitarnej (tzw. multipleksu) lub operator zapewniający swoim abonentom dostęp do programów za pośrednictwem kontrolowanej (zabezpieczonej) usługi internetowej, opartej na protokole IP. W doktrynie wskazuje się na rozróżnienie usług internetowych IPTV oraz OTT (*Over-the-top content*). W tym drugim przypadku dostawcy również oferują użytkownikom przekazy z wykorzystaniem protokołu internetowego IP, jednak jest to zasadniczo reemisja dokonywana przez tzw. „otwarty Internet”, a nie przez sieć zamkniętą (zabezpieczoną), ponieważ dostawcy usług OTT zwykle nie zapewniają jednocześnie użytkownikom dostępu do Internetu. Usługa OTT może być więc generalnie odbierana na wszystkich urządzeniach, które pozwalają na korzystanie z Internetu, np. laptopy, smartfony, tablety, telewizory wyposażone w moduł internetowy – por. J. Niebler, *Die Online-SatCab-Richtlinie – Weitersendung 2.0?*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 2019/7, s. 546–547.

⁸⁴ W tym drugim przypadku chodzi o nadawcę programu.

przez operatora jakości lub parametrów technicznych przesyłanego programu). Po trzecie, reemisją jest tylko takie rozpowszechnianie całego programu radiowego lub telewizyjnego, które ma charakter równoczesny z pierwotnym nadaniem⁸⁵ i następuje bez żadnych zmian⁸⁶.

Dodatkowo, ustawodawca unijny wyjaśnia, że z punktu widzenia reemisji nie ma znaczenia sposób, w jaki operator otrzymuje sygnał (będący nośnikiem programu) od organizacji nadawczej. W praktyce reemitenci mogą otrzymywać taki sygnał bezpośrednio od nadawcy, który równolegle sam przekazuje go także do publicznego odbioru; mogą jednak również sami „przechwytywać” sygnał przekazywany przez organizację nadawczą, która przesyła go w procesie technicznym wprowadzania bezpośredniego np. do przekazu satelitarnego⁸⁷. Należy mieć jednak na uwadze, że w przypadku reemisji dokonywanej za pośrednictwem internetu⁸⁸ dyrektywa 2019/789 odnosi się tylko do usług świadczonych w środowisku kontrolowanym (np. w systemie IPTV). Wprowadzając legalną definicję „reemisji”, ustawodawca unijny starał się więc uzupełnić nią pojęcie „retransmisji drogą kablową” zdefiniowane w dyrektywie 93/83/EWG⁸⁹.

Wskazane wyżej poszerzenie regulacji unijnej wiąże się z faktem, że operatorzy reemitujący programy radiowe i telewizyjne za pośrednictwem przekazu satelitarnego, przekazu cyfrowego drogą naziemną, przekazu w systemach sieci zamkniętych opartych na protokole IP, sieci ruchomej i podobnych sieci, świadczą usługi równoważne usługom realizowanym przez operatorów sieci kablowych. Wszyscy oni bowiem odbierają m.in. programy radiowe i telewizyjne pochodzące z innych państw członkowskich UE, a następnie rozpowszechniają je do publicznego odbioru, w sposób równoczesny, niezmieniony i integralny w stosunku do pierwotnego nadania⁹⁰. Dlatego też, aby zagwarantować pewność prawa operatorom oferującym usługi reemisji za pośrednictwem przekazu satelitarnego, przekazu cyfrowego drogą naziemną, przekazu w systemach sieci zamkniętych opartych na protokole IP, sieci telekomunikacyjnych oraz w celu usunięcia różnic w prawie krajowym w odniesieniu do takich usług, dyrektywa 2019/789 wprowadza podobne zasady, jakie mają zastosowanie w przypadku reemisji kablowej (określone w dyrektywie 93/83/EWG). Chodzi tu o rozszerzenie **zasady obowiązkowego pośrednictwa** organizacji zbiorowego zarządzania także na operatorów dokonujących reemisji programów innych nadawców za pośrednictwem wskazanych wyżej kanałów dystrybucyjnych⁹¹. Należy tu jednak jasno podkreślić, że podob-

⁸⁵ Dokonywanym przez organizację nadawczą. Reemitowany programu powinien być dostępny dla abonentów operatora w tym samym czasie, w którym program udostępnia sam pierwotny nadawca (drobne, techniczne przesunięcie reemisji w stosunku do pierwotnego nadania może pojawić się w przypadku przekazu satelitarnego; chodzi np. o 3–4 sekundy, które są potrzebne na pokonanie przez sygnał dystansu z satelity na ziemię).

⁸⁶ Treść (zawartość) reemitowanego programu powinna być zasadniczo identyczna z wersją programu nadawanego przez organizację radiową lub telewizyjną. Operator nie może więc dokonywać modyfikacji audycji wchodzących w skład programu lub zmieniać ich kolejności.

⁸⁷ Por. pkt 14 preambuły dyrektywy 2019/789.

⁸⁸ Zdefiniowanej w art. 2 akapit drugi pkt 2 rozporządzenia 2015/2120.

⁸⁹ A. Matlak, *Nowe zasady...*, s. 120–122.

⁹⁰ Por. A. Lucas-Schloetter, *The right of communication to the public in the era of direct injection, IPTV and OTT*, „Revue Internationale Du Droit D’Auteur” 2020, No. 4, s. 58–60.

⁹¹ Takie rozszerzenie regulacji nie narusza zdaniem organów UE postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z 26.02.2014 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, a w szczególności jej przepisów dotyczących praw podmiotów uprawnionych w odniesieniu do wyboru organizacji zbiorowego zarządzania (Dz.Urz. UE L 84, s. 72–98).

nie jak w przypadku dyrektywy satelitarno-kablowej, dyrektywa 2019/789 ogranicza się zasadniczo do reemisji programów „z innego państwa członkowskiego”. Tak więc reemisja programów odbywająca się w obrębie jednego kraju będzie zasadniczo podlegała prawu wewnętrznemu konkretnego państwa UE. Przepis art. 7 dyrektywy 2019/789 zezwala jednak państwom członkowskim na rozszerzenie zakresu szczególnej regulacji odnoszącej się do reemisji także do programów nadawanych i równocześnie reemitowanych na ich własnym terytorium⁹².

Jak jednoznacznie wynika z art. 5 dyrektywy 2019/789, obowiązkowe pośrednictwo organizacji zbiorowego zarządzania w przypadku reemisji **nie powinno mieć zastosowania** do praw wykonywanych przez organizacje nadawcze w odniesieniu do ich własnych przekazów, niezależnie od tego, czy dane prawa należą do tej organizacji, czy też zostały na nią przeniesione przez inny podmiot praw autorskich lub praw pokrewnych.

Trzeba mieć jednak na uwadze, że odwołanie się do konstrukcji tzw. **obowiązkowego pośrednictwa** organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do reemisji, podobnie jak ma to miejsce w dyrektywie 93/83/EWG, prowadzi do nieuchronnych konfliktów między podmiotami reemitującymi utwory i dobra chronione w ramach praw pokrewnych a organizacjami zbiorowego zarządzania. Wynika to przede wszystkim stąd, że do negocjacji przystępują wówczas nie twórca (który jest często słabszą stroną stosunku zobowiązaniowego) i operator reemitujący programy telewizyjne (profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą i mogący starać się narzucić twórcy arbitralnie swoje stanowisko), lecz naprzeciw operatora **zawsze** zasiadać będzie do negocjacji organizacja zbiorowego zarządzania (mająca w wielu przypadkach pozycję faktycznego monopolisty)⁹³. W tym kontekście wprowadzenie szczególnej konstrukcji „obowiązkowego pośrednictwa” organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do reemisji należy ocenić jako przyznanie przez ustawodawcę takim organizacjom wyjątkowo dużych uprawnień. Pozycja negocjacyjna organizacji zbiorowego zarządzania jest więc w tym zakresie znacznie mocniejsza niż w przypadku innych pól eksploatacji, gdyż operator został ustawowo zmuszony do podpisania umowy z taką organizacją (wyłączono bowiem możliwość zawierania indywidualnych umów między operatorami i podmiotami uprawnionymi, którym przysługują prawa autorskie i pokrewne do reemitowanych utworów)⁹⁴. Dlatego też unijny prawodawca, przyjmując dyrektywę 93/83/EWG, dążył do wprowadzenia w niej takich regulacji, które będą ułatwiały rozwiązywanie nieuchronnych sporów, jakie pojawią się podczas negocjacji prowadzonych między organizacjami zbiorowego zarządzania a operatorami sieci kablowych. W tym właśnie celu w dyrektywie 93/83/EWG znalazły się art. 11 i 12, przewidujące obowiązek państw członkowskich wprowadzenia regulacji umożliwiającej skorzystanie ze specjalnie powołanych w tym celu negocjatorów (mediatorów) oraz prowadzenie wskazanych wyżej negocjacji w sposób zapobiegający ich utrudnianiu lub zrywaniu bez uzasadnionych powodów. Dostrzeżono bowiem, że z uwagi na skomplikowaną istotę samej reemisji kablowej,

⁹² Warto zwrócić uwagę, że obecna polska regulacja dotycząca reemisji kablowej, wynikająca z art. 21¹ pr. aut., również może mieć zastosowanie do programów polskich i zagranicznych.

⁹³ Szerzej na ten temat A. Matlak, *Reemisja kablowa utworów w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2009/103, s. 8–10.

⁹⁴ A. Matlak, *Reemisja kablowa...*, s. 8–10.

spory dotyczące zawierania opisanych wyżej umów nie są standardowymi sporami, jakie pojawiają się podczas negocjacji odnoszących się do innych kontraktów⁹⁵.

Dlatego też w art. 6 dyrektywy 2019/789 zobowiązano państwa członkowskie do zapewnienia, aby możliwe było skorzystanie z pomocy mediatora lub mediatorów zgodnie z art. 11 dyrektywy nr 93/83/EWG w przypadku, gdy między organizacją zbiorowego zarządzania a reemitentem lub między reemitentem a organizacją radiową lub telewizyjną nie została zawarta umowa dotycząca zezwolenia na reemisję nadawanych programów. Zakres przewidzianej tu mediacji jest więc stosunkowo szeroki, gdyż powinna ona obejmować także spory między organizacjami nadawczymi i operatorami mającymi zamiar reemitować ich programy⁹⁶.

Przy implementowaniu wskazanej wyżej regulacji na grunt polskiego prawa konieczne będzie poszerzenie zakresu art. 21¹ pr. aut., tak aby jego hipotezą została objęta także reemisja dokonywana przez operatorów platform cyfrowych i usług internetowych prowadzonych w środowisku kontrolowanym (chodzi o sieci zamknięte oparte na protokole IP). Warto rozważyć również zmianę obecnej regulacji dotyczącej mediacji, wynikającej z art. 85 u.z.z.p.a., która powinna zostać rozszerzona także na spory związane z zawarciem umowy między organizacją nadawczą i operatorem reemitującym jej program. Z obserwacji praktyki wynika ponadto, że realne efekty takiej mediacji mogłyby pojawić się jednak wówczas, gdyby była ona obowiązkowa⁹⁷.

4.4. „Bezpośrednie wprowadzanie” sygnału organizacji nadawczej

Jednym z zagadnień objętych treścią dyrektywy 2019/789 jest także autorskoprawny status transmisji programów w drodze tzw. „bezpośredniego wprowadzania”⁹⁸ ich do sieci dystrybucyjnej. Ogólnie ujmując, chodzi tu o proces techniczny, za pomocą którego organizacja radiowa lub telewizyjna przesyła swój sygnał (będący nośnikiem programu) innemu podmiotowi niż nadawca w taki sposób, że sygnał ten nie jest publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu. Odbiorcą sygnału będzie z reguły operator⁹⁹, który zajmuje się dystrybucją programu do bezpośrednich użytkowników.

Uzasadnieniem przyjęcia tej regulacji miała być chęć zagwarantowania pewności prawa i utrzymanie wysokiego poziomu ochrony podmiotów uprawnionych w sytuacji, gdy nadawca przekazuje swój sygnał (będący nośnikiem programu) w drodze wprowadzania bezpośredniego jedynie dystrybutorom sygnału (nie udostępniając go jednocześnie indywidualnym abonentom),

⁹⁵ A. Matlak, *Reemisja kablowa...*, s. 8–10.

⁹⁶ A. Matlak, *Nowe zasady...*, s. 124–125.

⁹⁷ Jeśli z wnioskiem o jej przeprowadzenie wystąpi reemitent, organizacja nadawcza lub organizacja zbiorowego zarządzania.

⁹⁸ W świetle definicji z art. 2 pkt 4 dyrektywy 2019/789 przez „wprowadzanie bezpośrednie” należy rozumieć „proces techniczny, za pomocą którego organizacja radiowa lub telewizyjna przesyła swój sygnał będący nośnikiem programu organizacji innej niż organizacja radiowa lub telewizyjna w taki sposób, że sygnał ten nie jest publicznie dostępny w trakcie tego przesyłu”.

⁹⁹ Może nim być np. operator satelitarnej platformy cyfrowej, operator sieci przewodowej lub podmiot zarządzający serwisem internetowym, w którym udostępniane są programy radiowe lub telewizyjne konkretnych nadawców. Podmiot ten ogólnie określany jest w dyrektywie 2019/789 jako „dystrybutor sygnału” (por. motywy 20 preambuły dyrektywy 2019/789).

zaś ci ostatni dystrybutorzy dostarczają ten sygnał końcowym odbiorcom, aby umożliwić im oglądanie lub wysłuchanie programów. W takim przypadku zasadniczo uznaje się, że miała miejsce tylko **pojedyncza czynność publicznego komunikowania**, w której równocześnie uczestniczą, przez swój udział, organizacje radiowe i telewizyjne oraz dystrybutorzy sygnału¹⁰⁰.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/789, w przypadku gdy organizacja radiowa lub telewizyjna przekazuje sygnał będący nośnikiem programu dystrybutorowi sygnału w drodze wprowadzania bezpośredniego, a jednocześnie sama nie dostarcza tego sygnału bezpośrednio odbiorcom (zaś dystrybutor przekazuje im ten sygnał), wówczas organizację nadawczą i dystrybutora sygnału uznaje się za uczestniczących w pojedynczej czynności publicznego komunikowania, w odniesieniu do której wymagane jest uzyskanie przez tę organizację i tego dystrybutora zezwolenia podmiotów uprawnionych. Organizacje radiowe i telewizyjne oraz dystrybutorzy sygnału powinni zatem uzyskać od podmiotów uprawnionych zezwolenie na **własny udział** w pojedynczej czynności publicznego komunikowania. Udział organizacji nadawczej oraz dystrybutora sygnału w tej eksploatacji nie powinien skutkować jednak wspólną odpowiedzialnością wskazanych wyżej podmiotów za to publiczne komunikowanie (prawodawca unijny wyłącza więc w tym zakresie odpowiedzialność solidarną nadawcy i dystrybutora)¹⁰¹.

Podkreślono jednocześnie, że państwa członkowskie mogą same określić warunki uzyskania zezwolenia od podmiotów uprawnionych. Mogą one postanowić, że art. 4, 5, i 6 dyrektywy 2019/789 stosuje się odpowiednio do wykonywania przez podmioty uprawnione prawa do udzielenia lub odmowy udzielenia dystrybutorom sygnału zezwolenia na transmisję, o której mowa w art. 8 ust. 1, prowadzoną za pomocą jednego ze środków technicznych, o których mowa w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2019/789 lub w art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/83/EWG¹⁰². Prawodawca unijny pozostawił więc poszczególnym państwom możliwość swobodnego decydowania o warunkach uzyskania zezwolenia na taką pojedynczą czynność publicznego komunikowania, w tym o stosownych płatnościach na rzecz konkretnych podmiotów uprawnionych. Regulacje krajowe **powinny przy tym uwzględnić zakres korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych zarówno przez organizację nadawczą, jak i dystrybutora sygnału** (w ramach tej pojedynczej czynności publicznego komunikowania). Chodzi tutaj m.in. o **wyeliminowanie niebezpieczeństwa pobierania podwójnego wynagrodzenia przez podmioty uprawnione od nadawców i dystrybutorów za korzystanie z tych samych dóbr w ramach jednego pola eksploatacji**. Wyjaśniono bowiem, że na dystrybutorach sygnału (podobnie jak na reemitentach) będą spoczywać znaczne obciążenia związane z weryfikacją lub pozyskiwaniem praw, z wyjątkiem praw posiadanych przez organizacje radiowe i telewizyjne. Państwa członkowskie mogą zatem wprowadzić regulacje przewidujące, że dystrybutorzy sygnału będą korzystać z mechanizmu obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania prawami dotyczącymi ich transmisji w ten sam sposób jak operatorzy zajmujący się reemisją programów¹⁰³.

Zwrócono jednak uwagę, że w przypadku, gdy dystrybutorzy sygnału jedynie **udostępniają** organizacjom nadawczym „**środki techniczne**”, w rozumieniu orzecznictwa

¹⁰⁰ Por. A. Lucas-Schloetter, *The right of communication to the public in the era of direct injection, IPTV and OTT*, „Revue Internationale Du Droit D’Auteur” 2020/4, s. 57.

¹⁰¹ Por. motyw 20 preambuły dyrektywy 2019/789.

¹⁰² Por. art. 8 ust. 2 dyrektywy 2019/789.

¹⁰³ A. Matlak, *Nowe zasady...*, s. 125–126.

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁰⁴, w celu **zapewnienia odbioru nadania lub poprawy odbioru** tego nadania, **dystrybutorów sygnału nie należy uznawać za uczestniczących** w czynności publicznego komunikowania¹⁰⁵.

Z inną jeszcze sytuacją mamy do czynienia, gdy organizacje nadawcze przekazują swój sygnał (będący nośnikiem programu) **bezpośrednio odbiorcom**, prowadząc tym samym pierwotną czynność transmisji, a jednocześnie dostarczają ten sygnał innym dystrybutorom w procesie technicznym wprowadzania bezpośredniego (np. w celu zapewnienia jakości sygnału do celów reemisji) – wówczas **transmisje tych innych dystrybutorów** stanowią czynność publicznego komunikowania **odrębną** od czynności publicznego udostępniania prowadzonej przez organizację radiową lub telewizyjną. W takich przypadkach zastosowanie powinny mieć przepisy dotyczące **reemisji** określone w art. 4–7 dyrektywy 2019/789 oraz przepisy o **retransmisji** określone w dyrektywie 93/83/EWG¹⁰⁶.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, można konkretnie ustosunkować się do dwóch pytań sformułowanych przez MKiDN w ramach konsultacji publicznych:

- 1) W jaki sposób należy potraktować „wprowadzanie bezpośrednie” w rozumieniu art. 2 pkt 4 w zw. z art. 8 dyrektywy – czy powinno być to nowe pole eksploatacji wyraźnie wskazane w art. 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy też ten sposób eksploatacji utworów należy uregulować jako jeden ze sposobów nadawania lub reemitowania?

Z powołanej wcześniej definicji „wprowadzania bezpośredniego” z art. 2 pkt 4 oraz treści art. 8 dyrektywy wynika, że ustawodawcy unijnemu chodzi o specyficzną postać nadawania, w którego procesie występują dwa podmioty (tzn. nadawca i dystrybutor sygnału). Potwierdza to również sformułowanie, że taką procedurę nadawczą uznaje się za uczestniczenie wskazanych wyżej podmiotów „**w pojedynczej czynności publicznego komunikowania**”. Nieporozumieniem byłoby w tym kontekście tworzenie jakiegoś nowego pola eksploatacji w art. 50 pr. aut. **Bezpośrednie wprowadzanie** jest bowiem **jednym ze sposobów nadawania**. Nie stanowi ono odrębnej formy eksploatacji utworów i przedmiotów praw pokrewnych, które – w świetle kryteriów przyjętych w polskiej doktrynie prawa autorskiego – mogłoby stanowić „nowe” pole eksploatacji.

W rozumieniu art. 2 pkt 4 oraz art. 8 dyrektywy 2019/789 nie chodzi tu natomiast o **reemisję**, która jest odrębnym (od nadawania) polem eksploatacji. Z procesem **wprowadzania bezpośredniego** nie będziemy mieli bowiem do czynienia w sytuacji, gdy organizacje nadawcze przekazują swój sygnał (będący nośnikiem programu) **bezpośrednio odbiorcom**, prowadząc tym samym pierwotną czynność transmisji, a jednocześnie dostarczają ten sygnał innym dystrybutorom (np. operatorom sieci kablowych lub satelitarnych platform cyfrowych) w procesie technicznym wprowadzania bezpośredniego; wówczas **transmisje tych innych dystrybutorów** stanowią czynność publicznego komunikowania **odrębną** od czynności publicznego udostępniania prowadzonej przez organizację radiową lub telewizyjną. W takim przypadku (nieobjętym jednak definicją **wprowadzania bezpośredniego**)

¹⁰⁴ Por. np. wyrok TS z 16.03.2017 r., C-138/16, Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) przeciwko Zürs.net Betriebs GmbH, EU:C:2017:218.

¹⁰⁵ Por. motyw 20 preambuły dyrektywy 2019/789.

¹⁰⁶ Por. motyw 21 preambuły dyrektywy 2019/789.

zastosowanie powinny mieć przepisy dotyczące **reemisji** określone w art. 4–7 dyrektywy 2019/789 oraz przepisy o **retransmisji** określone w dyrektywie 93/83/EWG¹⁰⁷.

- 2) Czy „wprowadzanie bezpośrednie” powinno być objęte obowiązkowym pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania tak jak reemitowanie, stosownie do art. 8 ust. 2 dyrektywy?

Odpowiedź na wskazane wyżej pytanie uzależniona jest od kategorii podmiotu uczestniczącego w procesie **wprowadzania bezpośredniego**. W związku z tym, że organizacja radiowa lub telewizyjna (**nadawca**) sama kształtuje treść (zawartość) swojego programu, nie ma powodu wprowadzania w odniesieniu do tego podmiotu konstrukcji obowiązkowego pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania. Jeśli chodzi natomiast o **dystrybutora sygnału** można rozważyć przyjęcie obowiązkowego pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania. W związku z tym jednak, że dystrybutorzy sygnału są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą i mogą dysponować odpowiednią strukturą organizacyjną do indywidualnego negocjowania umów z podmiotami uprawnionymi, wystarczające wydaje się przyjęcie w tym zakresie instytucji „rozszerzonego zbiorowego zarządu” (podobnej jak uregulowana np. w art. 21 lub art. 21² pr. aut.), z którego jednak każdy dystrybutor mógłby zrezygnować. Implementując do polskiego prawa art. 8 dyrektywy 2019/789 należy koniecznie wprowadzić regulację, która wprost **wyeliminuje niebezpieczeństwo pobierania podwójnego wynagrodzenia** przez podmioty uprawnione (tzn. twórców, producentów, organizacje zbiorowego zarządzania) od nadawców i dystrybutorów sygnału za korzystanie z tych samych dóbr w ramach jednego pola eksploatacji (co jest podstawowym założeniem ustawodawcy unijnego).

prof. Andrzej Matlak

Professor of law, Intellectual Property Law Chair, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow. ORCID: 0000–0002–4811–0407

dr Tomasz Targosz

Intellectual Property Law Chair, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow. ORCID: 0000–0003–0217–0284

dr hab. Michał Wyrwiński

Intellectual Property Law Chair, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow. ORCID: 0000–0001–9195–3920

Summary

Selected Aspects of Implementation of Directive 2019/790 and Directive 2019/789 with Regard to Making Works Available Online

The issues discussed in this paper focus on selected mechanisms relating to use of works in the online environment, such as intermediation of the collective management organizations, online broadcasting, liability of online content-sharing service providers [OCSSPs], and mechanisms of dispute resolution in this field. The contents of Directive 2019/790 (DSM Directive) leave

¹⁰⁷ Por. motyw 21 preambuły dyrektywy 2019/789.

the Member States discretion in deciding about the manner of implementation of the duties relating to support for negotiation and out-of-court redress mechanisms and an alternative dispute resolution procedure. Even though in Poland there is an institution specialized in intellectual property law, i.e. the Copyright Commission, it is justified to establish a specialized permanent arbitration tribunal, which might operate more dynamically. Thanks to an open formula, it would be then possible to establish a broad group of arbitrators or mediators. It should be borne in mind that the out-of-court redress mechanism referred to in Article 17 of the DSM Directive is a voluntary one, just like the alternative procedure of resolving disputes concerning the transparency obligation based on Article 19 and the contract adjustment mechanism based on Article 20 of Directive 2019/790. So the very establishment of an arbitration tribunal for cases of this kind does not mean that rightholders pursuing claims referred to in Article 17 of the Directive have no other option but to use this institution.

Article 17 of Directive 2019/790 provoked the greatest number of controversies during the work on the Directive and it will not be an exaggeration if we call it the most important or, at any rate, the most heavily discussed provision. The traditional approach to such situations, as expressed in Directive 2000/31/EC and its national implementations, perceives the intermediary as an entity that does not itself engage in the acts of sharing.

But more and more often a different view is presented. It is based on the assertion that the new type of intermediary is not exactly what the lawmakers had in mind when creating safe havens. The trend could be realized in two ways (of course, this is a simplified division). In the first approach, the intermediary remained an intermediary, but with additional duties imposed in order to prevent (or rather limit) future infringements. The second approach, where the element of 'activity' has also begun to play an important role, focuses on attribution to the intermediary directly the act of exploitation commenced by a third party (user's) behaviour. The justification of such attribution can differ depending on the legal basis and the legal system. The particular nature of the act of exploitation, which Article 17 of Directive 2019/790 concerns, can be of great importance for the implementation of said provision, which undoubtedly only increases the already high level of difficulty faced by the national legislator. The nature of the act of exploitation via a platform influences, in particular, the scope of the national legislator's discretion to modify some of the solutions suggested in the Directive. As a rule, 'secondary' making available by OCSSPs should, pursuant to Article 17 of Directive 2019/790, require obtaining authorization (licence) from the rightholders. Such a licence, if obtained, covers both the platform and the users who make content available, but the latter only 'when they are not acting on a commercial basis or where their activity does not generate significant revenues'. Therefore we should consider that there are both legal and practical arguments that definitively speak for covering the sphere of licensing in point with collective management. This is justified both normatively, by the unusual character of the new construction, because of which adequate market practice has to emerge (which will be facilitated by the professionalization of the contract process on both sides), and the assertion that only solutions facilitating the granting of licences (where reducing the number of rightholders has a decisive importance) will enable attaining the objective which is for such licensing practice to indeed emerge. However, introduction of mandatory collective management does not seem necessary for achieving the aforementioned aims.

Implementation into the Polish law of Directive 2019/789 will have to involve defining 'additional online service' in the context of the possibility of applying the country of origin principle (Article 3(1) of the Directive) to such service. The future regulation should make use of the conceptual network resulting from the Polish legislation in order to explain to which specifically television broadcasts the Polish Copyright Law will apply. When we examine the terminology used in the Act on Radio and Television Broadcasts and the Act on Copyright and Related Rights, doubts arise as to the notion of 'broadcast', which is used in the Directive. We can assume that the country of origin principle will only apply to individual TV broadcasts (shows), such as news or journalistic broadcasts, rather than the whole broadcasts (programmes) distributed by broadcasters on a continuous basis, comprising many works produced by various domestic and foreign entities. It also seems necessary to define in the Polish law – at the stage of implementing the directive – the notion of 'principal place of business'.

In implementing Directive 2019/789, it will also be necessary to extend the scope of Article 211 of the Act on Copyright and Related Rights, so as its hypothesis covers also retransmissions by operators of digital platforms and internet services carried out in a managed environment (this concerns closed circuit IP-based networks). It is also expedient to consider amending the existing provisions on mediation, resulting from Article 85 of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights, which should be extended to cover also disputes connected with agreements between the broadcasting organization and the operator which retransmits its programme. As shown by observations of the practice, the actual effects of such mediation could, however, appear if it were mandatory.

If the Polish lawmakers decide to implement Article 8 of Directive 2019/789, it is imperative that a regulation be introduced to eliminate the danger of rightholders (i.e. authors, producers, collective management organizations) collecting double remuneration from broadcasters and signal distributors for using the same goods in a single field of exploitation (which is the basic assumption of the EU legislator).

Keywords: *copyright, related rights, Directive 2019/790, online content-sharing service providers, mechanisms of support for licence negotiations, out-of-court redress mechanisms, broadcasting, retransmission, collective management organizations, extended collective management*

Bibliografia

- Angelopoulos C., *Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU: A Summary* [w:] red. G. Frosio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford 2020
- Angelopoulos C., Smet S., *Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability*, „Journal of Media Law” 2016, Vol. 8, No. 2
- Białecki M., *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012,
- Dörr R., *Ist die Richtlinie fit für das digitale Zeitalter? Chancen und Grenzen der Online-SatCab-Richtlinie aus Rundfunksicht*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 2019/7
- Dreier T., *Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2019/8
- Frosio G. F., S. Mendis S., *Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?* [w:] red. G. Frosio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford 2020

- Frosio G. F., *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters*, JIPITEC 2017, Vol. 8, Issue 3
- Geiger Ch., Izyumenko E., *Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights* [w:] red. G. Frosio, *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford 2020
- Garstka K., Polański P., *Notice and search-down injunctions in online copyright enforcement: should they be embraced or forgotten?*, EIPR 2019, No. 3
- Gęsicka D., *Wylączenie odpowiedzialności cywilnoprawnej dostawców usług sieciowych za treści użytkowników*, Warszawa 2014
- Hartmann A., *Unterlassungsansprüche im Internet: Störerhaftung für nutzergenerierte Inhalte*, 2009
- Holznapel D., *Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung*, Tübingen 2013
- Husovec M., *Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking*, JIPITEC 2013, Vol. 4, Issue. 2
- Husovec M., *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, Cambridge 2017
- Husovec M., Quintais J. P., *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new eu rules on content-sharing platforms*, s. 10 i n., <https://ssrn.com/abstract=3463011> (dostęp: 4.12.2020 r.)
- Laskowska E., *Podstawa prawna odpowiedzialności za pośrednie naruszenie autorskich praw majątkowych – uwagi do stosowania przepisów kodeksu cywilnego w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013/120
- Leistner M., *Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung*, „GRUR-Beilage” 2010/1
- Lucas-Schloetter A., *The right of communication to the public in the era of direct injection, IPTV and OTT*, „Revue Internationale Du Droit D'Auteur” 2020, No. 4
- Markiewicz R., *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym (Dyrektywa 2019/790)*, udostępniony maszynopis publikacji przygotowywanej do druku
- Matlak A., *Reemisja kablowa utworów w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2009/103
- Matlak A., *Projekt unijnego rozporządzenia dotyczącego nadawania oraz reemisji programów radiowych i telewizyjnych z wykorzystaniem cyfrowych kanałów dystrybucyjnych [w:] Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, red. J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski, Warszawa 2018
- Matlak A., *Nowe zasady dotyczące nadawania oraz reemisji programów radiowych i telewizyjnych z wykorzystaniem cyfrowych kanałów dystrybucyjnych wynikające z dyrektywy 2019/789*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2020/2
- van Mil J. J. H., *German Federal Court of Justice asks CJEU if YouTube is directly liable for user-uploaded content*, JIPITEC 2019, Vol. 14, No. 5
- Modrzejewski P., *Odpowiedzialność innych podmiotów niż sprawca za naruszenie dóbr osobistych w Internecie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017/3
- Niebler J., *Die Online-SatCab-Richtlinie – Weitersendung 2.0?*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 2019/7
- Nolte G., *Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog.»Value-Gap«-Debatte)*, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 2017/4
- Piesiewicz P. F., *Zarys problematyki odpowiedzialności cywilnej za naruszenie dóbr osobistych w postaci wpisów umieszczanych na forach internetowych*, „Państwo i Prawo” 2019/10
- Pilich M., *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Sądowy” 2006/7–8
- Shapiro T., Rawnsley C., *Comments on the EU's update of the „SatCab” Directive: a brave new digital world for the audiovisual sector?*, „Entertainment Law Review” 2019/30(5)
- Spindler G., *Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte” Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer*, MMR 2004/7
- Thorval L., *La responsabilité des fournisseurs de moyens face à la contrefaçon sur Internet*, „Revue Internationale Du Droit D'Auteur” 2018/10

Wimmers J., Barudi M., *Der Mythos vom Value Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2017/4

Wyrwiński M., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, Sopot 2006

Zieliński M.Z., *Odpowiedzialność deliktowa pośredniczących dostawców internetowych. Analiza prawnoporównawcza.*, Warszawa 2013