

# Komentarz do polskiej implementacji dyrektywy o prawach autorskich na jednolitym rynku cyfrowym (DSM/ACTA2)

Autor: **Jakub Juszcak**

4 lipca każda osoba wstająca rano i sięgająca po elektroniczne albo papierowe wydanie prasy uderzona została czarnymi banerami, z apelem — skierowanym do polityków oraz pośrednio Czytelników — aby „[nie zabijali polskich mediów](#)”, stanowiących podporę „polskiej demokracji”. Nie chodzi (tym razem) jednak o rządową cenzurę czy decyzję KRRiT, ale o prośbę do rządzących, aby pomogli im uzyskać pieniądze.

O co dokładniej chodzi? [Projekt ustawy o zmianie ustawy — prawo autorskie \(oraz innych ustaw\)](#) zakłada nałożenie na platformy internetowe („dostawca usług udostępniania treści online”) obowiązku wypłacania wynagrodzenia za pewne rodzaje wykorzystania m.in. treści prasowych w ramach świadczenia usług. W praktyce — oznacza to stworzenie nowego pola eksploatacji utworu, za który dysponenci majątkowych praw autorskich (najczęściej twórcy albo osoby fizyczne i prawne które je nabyły, np. redakcje) mogą otrzymywać wynagrodzenie. I tak, podając konkretne artykuły projektu, na podstawie art. 99<sup>7</sup> tworzącego pojęcie „publikacji prasowej” i art. 99<sup>9</sup> projektu, wydawcy przysługuje wyłączne prawo do rozporządzania publikacją prasową i **korzystania z niej** (czyli otrzymywania wynagrodzenia) w zakresie publicznego udostępniania publikacji prasowej przez **usługodawcę** (czyli w praktyce — duże platformy, tzw. Big Tech) w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niej dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym oraz zwielokrotniania publikacji prasowej w celu korzystania z niej w wcześniej wymieniony sposób. Twórcom publikacji prasowej przysługuje 50% wynagrodzenia należnego wydawcy z tytułu korzystania z publikacji. Pieniądze z korzystania przez platformy uzyskuje więc i redakcja, i autor. Nie dotyczy to jednak np. samego publicznego udostępniania hiperłącza do publikacji prasowej (czyli wstawienia go np. na Facebooku).

Zakładając legalne posługiwanie się utworami, do wynagrodzenia konieczna jest w praktyce umowa licencyjna, która określać będzie wysokość

zobowiązania. Umowa, jako element prawa prywatnego — zawierana jest za zgodą wszystkich stron. Problemem z perspektywy wydawców jest jednak brak umowy. Na tej podstawie platformy internetowe nie mogą korzystać z publikacji prasowych, co oznacza, że w przypadku wyszukiwarki Google nastąpi drastycznie zmniejszenie indeksowania treści artykułów. Jest to jednak niekorzystne dla wydawców. O ile bowiem zakładali pierwotnie zarówno pozycję w wyszukiwaniu, jak i pieniądze z reklam, to w przypadku braku umowy nie będą mieli oni właściwie niczego. Stąd też, w miejsce obecnej dobrowolnej mediacji (art. 73a projektu), mamy nawoływanie do pomocy państwa, które w przypadku „klinchu” ma ustalić wysokość stawek [w ramach procedury arbitrażu](#).

### **Wstrząsy wtórne po „ACTA 2”**

Sama problematyka ustawy zmieniającej ustawę — prawo autorskie i implementującej jakąś bliżej nieznaną przeciętnemu zjadaczowi chleba dyrektywę unijną określaną czasem jako „[DSM](#)” — wydaje się być dosyć ezoterycznym problemem, którym zajmują się głównie prawnicy, lobbyści czy zainteresowana branża. Jeżeli jednak zapytam się, czy Czytelnik kojarzy projekt aktu prawnego, zwanego tak prześmiewczo jak i w formie przestrogi „ACTA2”, przeciwko któremu toczyły się protesty na ulicach polskich miast w 2018 r., to odpowiedź może być już twierdząca. Okazuje się, że ten akt prawny dotyczy nas wszystkich bezpośrednio.

Mówimy bowiem o tym samym akcie prawnym, przeciwko któremu, choć głównie przez niesławny artykuł 17 ostatecznego, „rozwodnionego” projektu dyrektywy (dot. filtrowania treści łamiących potencjalnie prawo autorskie), protestowała duża część Europy i który to akt w wspomnianej części został zaskarżony do Trybunału Sprawiedliwości UE przez rząd RP.

Ostatecznie dyrektywa weszła w życie, została jednak opatrzona nietypowym z polskiej perspektywy, acz charakterystycznym m.in. dla instytucji unijnych, [komunikatem Komisji Europejskiej](#), który stanowi swoistą podstawę interpretacyjną, soft law, wskazujące, jak dyrektywę należy stosować i w jakim zakresie implementację nadzorować będzie KE — a stosować należy tylko wtedy, gdy dysponent prawa autorskiego przekaże informacje pozwalające rozpoznawać utwór prawa autorskiego. Wtedy platforma zobowiązana jest nie dopuścić do publikacji takiego samego bądź tylko nieznacznie zmienionego utworu (np. obrót obrazu o 180 stopni), co określa się jako *notice-and-stay-down*. W każdym innym przypadku — gdy np. plik jest znacząco zmodyfikowany, a przez to może być

realizacją prawa dozwolonego użytku — zakłada się procedurę zgłoszeniową podobną do tej, która stosowana jest w przypadku hostingu, czyli *notice-and-take-down* (Platforma nie odpowiada za naruszenie praw autorskich, jeżeli niezwłocznie, co nie oznacza „natychmiast”, usunie żądany plik, gdy pojawi się zgłoszenie dysponenta prawa.). Ostatecznie więc użytkownik nie ma do czynienia z „kontrolą” i oceną legalności publikacji każdego pliku, a tylko tych jaskrawie łamiących prawo autorskie. Nie jest to rozwiązanie idealne, natomiast lepsze niż oryginalny tekst dyrektywy i osiągnięty został dzięki masowym protestom. W polskiej ustawie za implementację art. 17 z jego rozlicznymi ustępami odpowiadają artykuły 22a-22g wzmiankowanego projektu, których realizację należy dalej obserwować i alarmować w przypadku nadużyć czy nazbyt gorliwej interpretacji. Warto podkreślić — pewne znaczenie może mieć implementacja tego aktu prawnego w innych krajach, do której implementacji w innych krajach UE większe serwisy funkcjonujące w Polsce musiały się dostosować nawet przy braku implementacji dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Możliwe więc, że mechanizmy stosowane do realizacji zapisów tego aktu prawnego w praktyce obowiązują nas już teraz.

Już w 2018 r., choć nie w pierwszej kolejności, w obliczu znacznie groźniejszego artykułu 17 dyrektywy, zwracano uwagę na problemy z tworzeniem nowej kategorii majątkowych praw autorskich, mianowicie prawa do wynagrodzenia od strony wielkich platform udostępniających treści, na rzecz ich autorów. Jak zwracano uwagę, także w ocenie regulacji, wynagrodzenie to (znane także jako „link tax”/podatek/opłata od linków) [mogło](#), jeżeli zostałyby wprowadzone, ograniczyć korzystanie z cytatów ze względu na możliwość rozszerzającej interpretacji, która [doprowadziłaby do objęcia opłatą także samych cytatów](#). Trudno w tej chwili jednoznacznie przesądzać o tym, jak będzie to funkcjonować — art. 99<sup>7</sup> ustęp 3 w zakresie, w jakim obowiązuje, wyłącza bardzo krótkie fragmenty z prawa do wynagrodzenia. Tak samo nie zostało jednoznacznie wyłączone prawo cytatu. Mając na względzie obecnie wąsko zakreślone pole eksploatacji, mało prawdopodobne jest, by taki efekt nastąpił.

### **Czego (znowu) nie widać?**

Tyle co do kwestii prawnych, natomiast kwestia dodatkowego wynagrodzenia jest już kwestią nie tyle prawną, co może przede wszystkim ekonomiczną. Ale i tu pojawiają się wątpliwości. Podobne rozwiązania dot. wynagradzania nie są czymś nowym. Nie dotyczą tylko prawodawstwa UE, ale wprowadzone zostały już

wcześniej na poziomie prawa krajowego w Hiszpanii, Niemczech, a poza UE: w Kanadzie i w Australii, a ich skutki ekonomiczne nie były oczywiste. A jeżeli były, to nie okazały się jednoznacznie pozytywne dla wydawców prasy.

Jak to wyglądało w Hiszpanii? Oddajmy głos Paulowi Matzko z *Cato Institute*, [autorowi analizy legislacyjnej](#) (którego wnioski potwierdza także [analiza dla organów UE](#)):

*W 2014 r. Hiszpania uchwaliła prawo wymagające od Google i innych agregatorów wiadomości płacenia gazetom „podatku od urywków prasowych” (ang. snippet tax, nie jest to podatek w ujęciu skarbowym — JJ) za każdy artykuł, do którego prowadzą linki. Wartość przychodów reklamowych z treści informacyjnych była tak niska, że Google News całkowicie wycofał się z tego kraju. W rezultacie wszystkie 84 główne hiszpańskie gazety internetowe straciły zarówno ruch, jak i przychody. Co gorsza, największe straty zanotowały najmniejsze redakcje. Wprowadzone hiszpańskie prawo oznaczało, że zwykli ludzie mieli dostęp do mniejszej liczby wiadomości, a w ten sposób znaczne straty informacyjne poniosły zarówno gazety, jak i konsumenci.*

Bardzo podobne skutki wywołała sama deklaracja usunięcia przez Google agregatora treści Google News w Kanadzie oraz zaprzestania udostępniania wiadomości przez Meta — na tyle, że mniejsze redakcje wystąpiły o wsparcie do premiera Justina Trudeau, [wskazując, że to z tych portali pochodzi 60% ruchu](#).

Przykłady hiszpański i kanadyjski — prawnie radykalniejszy od przepisów zawartych w dyrektywie o prawach autorskich na jednolitym rynku cyfrowym — uwidaczniają, że *status quo* był i jest korzystny nie tylko dla Google, ale i dla samych wydawców, słusznie wykorzystujących swoją silną pozycję na rynku do kanalizowania ruchu internetowego do siebie za pośrednictwem usług Google. Wydawcy dostarczają treść i mają taną reklamę. Wyszukiwarki i agregatory dostarczają usługi i dysponują tanim dostępem do treści. Dodatkowe opłaty, które mają ratować zwłaszcza mniejsze portale, mogą w konsekwencji je zniszczyć.

Pojawia się też aspekt zautomatyzowanego przetwarzania treści bez wynagrodzenia przez Big Tech — przed którym można łatwo bronić się technicznie! Nie jest do końca prawdą, że prasa jest bezbronna w obliczu *crawlerów* (programów przeczesujących sieć m.in. dla Google'a). Jak pisze dalej Matzko:

*Jeżeli, z jakiegokolwiek powodu, serwis informacyjny nie przepada za tym, że agregator (treści, np. Google News — JJ) kieruje ludzi*

w stronę jego treści, może wstawić prosty plik tekstowy (*robots.txt*) na końcu kodu źródłowego strony, który nakazuje robotom indeksującym pominięcie indeksowania tej strony. Jest to tak proste, że amerykańskie sądy uznały, że brak wdrożenia takiego kodu daje agregatorom „dorożumianą licencję” na indeksowanie strony i linkowanie do niej.

Powstaje jeszcze problem — podniesiony przez polskie media — uzyskania licencji poprzez arbitraż. Problemy, których nie widać na pierwszy rzut oka, są dwa:

1. **Kartelizacja** — Na gruncie amerykańskim, gdzie zaproponowano podobne rozwiązanie w *Journalism Competition and Preservation Act (JCPA)*, [zwraca się uwagę](#), że przymus arbitrażu stanowi z perspektywy ekonomicznej potencjalną zachętę do kartelizacji celem wspólnego stawiania wymagań dotyczących wynagrodzenia. Budzi to wątpliwości z perspektywy szeroko rozumianej polityki antymonopolowej państwa. Nawet jednak, jeżeli ustaw antymonopolowych by nie było, w połączeniu z ustalaniem wynagrodzenia w drodze arbitrażu (o czym poniżej) budzi wątpliwości możliwość pogodzenia tej zasady z ideą wolnego rynku. O ile bowiem na nieskrępowanym wolnym rynku kartelizacja jest nadzwyczaj trudna i porozumienia między przedsiębiorcami nie muszą być szkodliwe, tam, gdzie wchodzi przymus państwa, stanowić to może element monopolizacji.
2. **Arbitraż jako przymuszenie do umowy** — sama idea „arbitrażu” jest bardzo problematyczna, gdyż odrzuca swobodę umów — platforma zostaje niejako „zmuszona” do zawarcia umowy tylko dlatego, że świadczy jakąś usługę, pomijając fakt, że może w prosty sposób jej nie świadczyć. Platforma, w razie niezawarcia umowy licencji, nie może zgodnie z prawem wykorzystywać treści, co nie jest w praktyce trudne do wykonania. Ponadto — arbitraż taki, [wedle odrzuconego projektu poprawki poseł Darii Gosek-Popiołek, który bywa cytowany jako potencjalne, wzorcowe rozwiązanie](#), ma polegać na [ustaleniu przez UOKiK](#) (urząd państwowy, por poprawka 10 Lewicy) stawki wynagrodzenia, jeżeli uczestnicy nie dojdą „dobrowolnie” w ramach mediacji, do jej ustalenia. Mediację, a potem wniosek do UOKiK, inicjować może każdy z podmiotów (tak platforma, jak i twórcy czy organizacje je reprezentujące) w sposób wiążący drugą stronę — druga strona nie może więc stwierdzić, że nie jest zainteresowana nawiązaniem umowy, nawet jeżeli decyduje się, zgodnie z prawem, nie rozpowszechniać

publikacji prasowych danego twórcy. Nie dość, że zaburzona zostaje tu zasada równości wobec prawa, uczestnictwo organu państwowego nie daje pogodzić się z zasadą bezstronności w klasycznym, jurydycznym, znaczeniu, jest to jaskrawy przykład centralnego planowania i narzucania cen. Zasada równości wobec prawa oraz swobody kontraktowania (jak i niekontraktowania) dotyczy każdego, także wielkich potentatów technologicznych i również oni mają prawo z niej korzystać. Sama instytucja tak inicjowanych „negocjacji” może również służyć osiągnięciu przez wydawców tak wysokiego wynagrodzenia, jakiego sobie zażyczą, bez względu na faktyczną ekonomiczną opłacalność takich stawek dla agregatorów.

### **A gdzie tu interes czytelnika-konsumenta?**

Powstaje ostatecznie inne pytanie — jakie mogą być potencjalne skutki powyższej regulacji dla konsumenta? W przypadku realizacji, choćby częściowo, scenariusza hiszpańskiego (czego wykluczyć teraz nie można), skutki te nie będą pozytywne — będzie to oznaczało mniej wiadomości oraz publikacji prasowych (mniejsze oraz specjalistyczne redakcje uzyskiwać będą mniejsze wynagrodzenie z reklam), mniejszą różnorodność prasy, która przetrwa, a prawdopodobnie, w przypadku modeli subskrypcyjnych, które wprowadziły już niektóre polskie redakcje — podwyższenie cen, by „wyrównać” utracone zyski z reklam. Nie wróży to dobrze szeroko poruszanemu problemowi jakości treści, także w zakresie treści głównych wydawców. Czyż nie jest paradoksem, że skutek będzie odwrotny od zamierzonego? [I znów kłania się tu Bastiat...](#)

Co zaś będzie skutkiem potencjalnym wprowadzenia przymusowego arbitrażu? Konsument i tak będzie musiał, w przypadku wprowadzenia niekorzystnych stawek (acz podejrzewam, że nawet bez nich) zapłacić za to — większą ilością reklam, droższymi usługami reklamowymi, mniejszą funkcjonalnością usług. Big Tech, parafrazując klasyka, nie ma własnych pieniędzy — ma tylko te, które mu damy. Tych zaś, tylko z racji wprowadzenia „tantiem z internetu”, więcej w sakiewce nie będzie.

Chyba że owe platformy Polsce, w zakresie wiadomości, podziękują i przestaną świadczyć usługi agregacji publikacji prasowych. Bo nie będzie się to opłacało w ogóle...