

Stanowisko Konfederacji Lewiatan dotyczące projektu unijnego rozporządzenia w sprawie zapewnienia możliwości transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści.

I. Wstęp

W związku z opublikowaniem przez Komisję Europejską projektu unijnego rozporządzenia w sprawie zapewnienia możliwości transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści¹ (dalej: Projekt), Konfederacja Lewiatan przedstawia uwagi do Projektu.

Inicjatywa Komisji ma na celu sprostanie oczekiwaniom konsumentów, którzy chcą korzystać z legalnie nabytych treści cyfrowych podróżując lub czasowo przebywając poza państwem zamieszkania (zwykłego pobytu). Jest to istotne także dla europejskich firm obecnych w kilku państwach członkowskich, które dzięki propozycji Komisji będą mogły zapewnić swoim klientom, tymczasowo obecnym poza miejscem zamieszkania, nieprzerwany dostęp do usług.

Zgodnie z projektem „usługa online w zakresie treści” oznacza usługę zdefiniowaną w art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, którą dostawca zgodnie z prawem świadczy w internecie w państwie członkowskim zamieszkania na zasadzie przenośnej, w sposób linearny bądź na żądanie, a która jest audiowizualną usługą medialną w rozumieniu dyrektywy 2010/13/UE lub usługą, której głównym elementem jest zapewnianie dostępu do utworów, innych przedmiotów objętych ochroną lub transmisji organizacji nadawczych oraz zapewnianie korzystania z takich utworów, przedmiotów lub transmisji, która jest świadczona abonentowi na uzgodnionych warunkach:

- 1) za opłatą
bądź
- 2) nieodpłatnie, o ile dostawca weryfikuje państwo członkowskie zamieszkania abonenta.

Projekt przewiduje zmiany ograniczone do tego, co konieczne do wprowadzenia przenoszalności, a jego konstrukcja zakłada jak najmniejszą ingerencję w relacje pomiędzy podmiotami uprawnionymi z tytułu praw autorskich i pokrewnych (dalej: Podmioty uprawnione), a podmiotami świadczącymi usługi dostępu do treści on-line (dalej: Usługodawcy on-line).

W ocenie Konfederacji Lewiatan Projekt wymaga zmian, które zapewnią, że prawo do przenoszalności nie będzie nadużywane oraz nie spowoduje wątpliwości prawnych, trudności technicznych i nie nałoży nadmiernych kosztów związanych z wdrożeniem tego rozwiązania. Uwagi szczegółowe do Projektu przedstawiamy poniżej.

¹ Wniosek Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zapewnienia możliwości transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści, Bruksela, dnia 9.12.2015 r. COM(2015) 627 final 2015/0284 (COD)



II. Uwagi szczegółowe

1. Doprecyzowanie przesłanek możliwości transgranicznego przenoszenia usług online w zakresie treści.

a. Definicja czasowego przebywania.

Konieczne jest doprecyzowanie pojęcia „czasowego przebywania” w taki sposób, by nie mogło ono być nadużywane. Obecna, bardzo szeroka definicja, zawarta w artykule 2 lit. d w powiązaniu z punktem c² powoduje, że każdy, nawet bardzo długi pobyt poza miejscem stałego zamieszkania (zwykłego pobytu) dawałby abonentowi prawo do korzystania z usług nabytych w kraju zwykłego pobytu. Tymczasem, uprawnienie do „przenoszalności” nie powinno podważać zasady terytorialności praw autorskich. Można przypuszczać, że tak daleko idące rozszerzenie spowoduje wzrost kosztów licencji, bo w relacjach pomiędzy Podmiotami uprawnionymi a Usługodawcami on-line trudno będzie uznać możliwość regularnego korzystania z transgranicznego przenoszenia usług za „wyjątkowe” wykroczenie poza zakres licencji.

b. Możliwość weryfikowania miejsca zwykłego pobytu.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Projektu, roszczenia wynikające z postanowień umów pomiędzy Podmiotami uprawnionymi a Usługodawcami on-line, sprzeczne z możliwością transgranicznego przenoszenia usług online w zakresie treści, nie są egzekwowalne. Jednocześnie, ustęp 2 tego artykułu daje podmiotom uprawnionym prawo żądania od usługodawców zastosowania rozsądnych środków, pozwalających na sprawdzenie, czy usługa jest świadczona (a więc czy abonent korzysta z usługi) zgodnie z art. 3, który wprowadza możliwość transgranicznego przenoszenia usług online w zakresie treści. Oznacza to, że w przypadku nadużyć ze strony abonentów, Podmioty uprawnione będą mogły wystąpić z roszczeniem do Usługodawcy on-line, który nie zapobiegł niezgodnemu z prawem korzystaniu z treści. Artykuł 5 ustęp 2 pośrednio nakłada więc na Usługodawców on-line obowiązek zastosowania skutecznych środków zapobiegających nadużyciom, takim jak korzystanie z możliwości transgranicznego przenoszenia przez osoby nieuprawnione (np. faktycznie na stałe zamieszkujące w deklarowanym państwie „czasowego przebywania”).

Ustalenie miejsca zwykłego pobytu jest możliwe np. na podstawie dokumentów tożsamości (dowód osobisty, paszport, prawo jazdy). Nie są to jednak źródła jednoznacznie rozstrzygające o państwie członkowskim zamieszkania. W wielu krajach takie dokumenty nie zawierają danych adresowych,

² Art 2 lit d: „temporarily present means a presence of a subscriber in a Member State where other than the MS of residence, Art 2 pkt. c: Member State of Residence- means MS where the subscriber is habitually residing.



a sam fakt posiadania dokumentu tożsamości wydanego przez dany kraj członkowski niekoniecznie musi być równoważny ze stałym zamieszkaniem w tym kraju. Efektywna weryfikacja państwa członkowskiego stałego zamieszkania wymagałaby zbierania danych z kilku źródeł. Brak obecnie podstaw prawnych do takich działań. Wręcz przeciwnie, motyw 23 wskazuje, że przetwarzanie danych abonenta nie powinno wykraczać poza to, co niezbędne do jego uwierzytelnienia, a więc ogranicza zakres danych osobowych, jakie mogą być przetwarzane.

Żeby rozwiązać te wątpliwości, uniknąć konieczności zbierania zbyt wielu danych abonentów i zapobiec sporom pomiędzy podmiotami uprawnionymi a usługodawcami co do właściwej weryfikacji państwa członkowskiego zamieszkania wskazane jest doprecyzowanie (np. w załączniku do rozporządzenia), jak należy weryfikować państwo członkowskie stałego zamieszkania. W naszej ocenie pozostawienie tej kwestii do uregulowania pomiędzy stronami umowy może spowodować niejednolitość wymagań, co będzie miało negatywny wpływ na tworzenie jednolitych rozwiązań unijnych.

c. Konieczność doprecyzowania uprawnień abonentów, tak by nie dawać pola do nadużyć.

Rozporządzenie powinno wskazywać, iż korzystanie z transgranicznego dostępu do treści cyfrowych *online* w innym państwie członkowskim niż państwo zamieszkania jest możliwe tylko na użytek osobisty. W obecnym brzmieniu motyw 21 umożliwia komercyjne obejście terytorialności nabytych praw np. do publicznego rozpowszechnienia transmisji.

Propozycja

Dodanie w tekście Projektu klauzuli wskazującej wyraźnie, iż prawo do transgranicznego dostępu do treści cyfrowych online nabytych w państwie członkowskim zamieszkania ograniczone jest wyłącznie do użytku osobistego.

2. Zakres przedmiotowy.

W ocenie Konfederacji Lewiatan gwarantowanie abonentom prawa przenoszalności w przypadku usług świadczonych nieodpłatnie jest nieproporcjonalne. Nie wydaje się, by racjonalny konsument oczekiwał takiego uprawnienia i że takie oczekiwania można by uznać za uzasadnione. Zrozumiałym jest, że abonent, który opłacił dostęp do określonej usługi może uważać, że przekroczenie granicy wewnętrznej UE nie powinno pozbawiać go możliwości korzystania z „wykupionych” treści. Dostęp do treści bezpłatnych nie powinien być gwarantowany.

Objęcie usług świadczonych nieodpłatnie definicją usługi on-line w zakresie treści będzie rodzić wiele wątpliwości. Zgodnie z 2 lit. e pkt. 2 usługą on-line w zakresie treści jest usługą świadczona za opłatą



lub nieodpłatnie, o ile dostawca weryfikuje miejsce stałego pobytu abonenta. Nie jest jasne, czy oznacza to obowiązek sprawdzenia miejsca stałego pobytu, czy usługodawca świadczący usługi bezpłatne może zdecydować, że nie będzie weryfikował miejsca zamieszkania abonenta i tym samym nie zapewni możliwości transgranicznego przenoszenia usług. Motyw 17 sugeruje, że usługodawcy nie powinni mieć obowiązku weryfikowania miejsca zamieszkania abonenta, choć nie znajduje to potwierdzenia w treści Projektu. Pojawia się też pytanie czy możliwość transgranicznego przenoszenia usług będzie miała zastosowanie, jeśli miejsce stałego pobytu wynika z posiadanych przez usługodawcę danych lub w oparciu o te dane można racjonalnie przypuszczać, że dany kraj jest miejscem zwykłego pobytu?

Dostawcy usług audiowizualnych, o ile usługi te nie są powiązane z innymi typami usług (bazujących na szczegółowych danych osobowych klienta) świadczonych przez nich po podpisaniu umowy abonenckiej, nie zbierają tak szczegółowych danych o abonentach. Lokalizacja urządzenia końcowego, na którym odtwarzana jest usługa określana jest na podstawie adresu IP i na tej podstawie weryfikowane są prawa danego użytkownika do skorzystania z określonej usługi. Kwestia weryfikacji państwa członkowskiego w przypadku, gdy usługodawca nie zbierał dotychczas takich danych w celu świadczenia usługi rodzi ryzyko konieczności ponoszenia nakładów finansowych na rozwiązania pozwalające użytkownikom zwiększyć zakres przekazywanych danych.

Propozycja

Należy doprecyzować, że w przypadku gdy usługa on-line świadczona jest bezpłatnie, weryfikowanie państwa członkowskiego zamieszkania na potrzeby realizacji postanowień Projektu rozporządzenia, a tym samym zapewnianie przenoszalności, powinno być dobrowolne.

3. Umowy dotyczące usług on line w zakresie treści.

Jak już sygnalizowano na wstępie, założenie, że wprowadzenie możliwości transgranicznego przenoszenia usług on-line nie wpłynie na umowy pomiędzy Podmiotami uprawnionymi i Usługodawcami on-line oraz pomiędzy Usługodawcami a abonentami wydaje się niesłuszne. Szczególne wątpliwości budzą relacje z podmiotami z państw trzecich. W praktyce, umowy z Podmiotami uprawnionymi z państw spoza UE zawierają wskazanie dotyczące prawa właściwego i jest to zazwyczaj prawo tych państw. Oznacza to, że Podmioty uprawnione z państw trzecich nie będą związane konstrukcją przyjętą w Projekcie. Nawet jeśli będą one gotowe zagwarantować swoim europejskim kontrahentom takie uprawnienia w umowach, można się spodziewać, że ze względu na faktyczne rozszerzenie zakresu udzielanej licencji podwyższą one opłaty licencyjne związane z udzieleniem dodatkowych (z ich punktu widzenia) praw. Jest więc prawdopodobne, że koszty po stronie Usługodawców wzrosną.



W sytuacji gdy kwestia przenoszalności nie jest uregulowana w umowie, a usługodawca z UE, zgodnie z Projektem, zapewni prawo do przenoszenia usług istnieje ryzyko roszczeń ze strony podmiotów z państw trzecich. Ponieważ spory wynikające z takich umów są często poddane jurysdykcji sądów arbitrażowych istnieje ryzyko, że sądy uznają zapewnianie przenoszalności za wykroczenie poza zakres udzielonej licencji, a tym samym za naruszenie warunków umowy. Może to narazić usługodawców na koszty związane z postępowaniem arbitrażowym i ewentualnym orzeczeniem o naruszeniu umowy.

Propozycja

Z uwagi na wspomniane problemy związane z umowami z podmiotami spoza Unii Europejskiej, wprowadzenie Rozporządzenia powinno być poprzedzone odpowiednimi negocjacjami Komisji Europejskiej z państwami trzecimi na poziomie konwencji międzynarodowych.

4. Zmiany warunków umów z konsumentami.

Wprowadzenie „przenoszalności” zmienia warunki, na których usługodawca świadczy usługi abonentowi. W związku z tym powinien on poinformować abonenta o tych zmianach. Zgodnie z polskim prawem w takiej sytuacji abonent będzie uprawniony do wypowiedzenia umowy, także zawartej na czas określony. Mogłoby to negatywnie wpłynąć na sytuację ekonomiczną firm, które planując działalność uwzględniają wpływy z umów zawartych na czas określony jako pewny element swojego budżetu.

Propozycja

Projekt powinien stanowić, że zmiany umowy Usługodawcy on-line” z abonentem związane z realizowaniem przez operatora obowiązków przewidzianych w Projekcie, nie mogą umożliwiać abonentom przedterminowego wypowiedzenia umowy o świadczenie usług (bez ponoszenia przewidzianych w umowie konsekwencji z tego tytułu).

Przepis mógłby nawiązywać do motywu 30 Rozporządzenia 2015/2120 TSM i stanowić, że „w przypadkach, w których Dostawcy usługi on-line dokonują zmiany umów z abonentem wyłącznie w celu dostosowania jej do wymogów niniejszego rozporządzenia, zmiany te nie powinny dawać abonentom prawa do odstąpienia od umowy na podstawie przepisów krajowych”.

5. Koszty i okres przejściowy.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 2 Projektu ma ono być stosowane po 6 miesiącach od jego wejścia w życie. Konfederacja Lewiatan zwraca uwagę, że jest to czas niewystarczający. Realizacja postanowień Projektu spowoduje konieczność wdrożenia i przetestowania przez dostawców funkcjonalności technicznych



opracowanych do tego celu rozwiązań. W zależności od ostatecznego brzmienia projektu mogą to być m.in. narzędzia umożliwiające uwierzytelnianie państwa członkowskiego zamieszkania użytkowników lub państwa czasowego pobytu użytkowników, wymagane przez Podmioty uprawnione środki umożliwiające skuteczną weryfikację czy użytkownik korzysta z transgranicznego dostępu do treści cyfrowych zgodnie z założeniami Projektu (por.art.5.2).

Propozycja

Czas po którym rozporządzenie będzie stosowane powinien zostać wydłużony co najmniej do 12 miesięcy.

6. Informowanie o jakości.

Art 3 ustęp 3 Projektu wymaga by Usługodawca on-line informował abonenta o jakości dostarczania usługi online w państwie członkowskim, w którym abonent czasowo przebywa. Należy zauważyć, że nie jest możliwe ustalenie przez usługodawcę jakości takiego połączenia. Będzie ono zależało od wielu czynników m.in. od prędkości sieci, z której będzie korzystał abonent (np. dostęp w otwartej sieci w kawiarni), których usługodawca nie jest w stanie przewidzieć. Należy usunąć ten obowiązek.

Propozycja

Wystarczająca dla konsumenta powinna być informacja, że jakość świadczonej usługi będzie zależna od warunków panujących w państwie czasowego przebywania.

*Konfederacja Lewiatan, 08 marca 2016r.
KL/109/48/MP/2016*

