 Warszawa, */elektroniczny znacznik czasu/*

MINISTER DO SPRAW UNII EUROPEJSKIEJ

***Konrad Szymański***

Sygn. DPUE.920.2216.2021.RS(2)

dot.: DIK-WIK.0230.3.2021.PR z 05.05.2021 r.

**Pan Piotr Gliński**

**Wiceprezes Rady Ministrów**

**Minister Kultury,**

**Dziedzictwa Narodowego i Sportu**

**Opinia**

**o zgodności z prawem Unii Europejskiej *projektu ustawy o uprawnieniach artysty zawodowego*,wyrażona przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej**

*Szanowny Panie Premierze,*

w związku z przedłożonym projektem ustawy pozwalam sobie wyrazić poniższą opinię.

1. Art. 57 projektu ustawy przewiduje zmiany w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zakresie opłaty reprograficznej. Projektodawca proponuje zmianę konstrukcji całego art. 20 tej ustawy i dodanie do niej art. 20a-20i.

Kwestie te są objęte zakresem art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym. Na podstawie tego przepisu państwa członkowskie mogą przewidzieć wyjątki lub ograniczenia w odniesieniu do prawa do zwielokrotniania w odniesieniu do zwielokrotniania na dowolnych nośnikach przez osobę fizyczną do prywatnego użytku i do celów ani bezpośrednio, ani pośrednio handlowych, pod warunkiem że podmioty praw autorskich otrzymają godziwą rekompensatę. Przepisy dyrektywy nie określają, w jaki sposób ma być wypłacana owa godziwa rekompensata za zwielokrotnianie w ramach dozwolonego użytku prywatnego, państwa członkowskie dysponują zatem szerokim marginesem swobody przy określaniu parametrów takiego systemu w swoim prawie krajowym. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE potwierdza, że to do państw członkowskich należy w szczególności wskazanie kręgu osób, które powinny uiścić tę rekompensatę, oraz ustalenie formy, szczegółowych warunków i wysokości owej rekompensaty w poszanowaniu dyrektywy 2001/29/WE i, bardziej ogólnie, prawa unijnego (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 23). W tym zakresie Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla jednak, że z jednoznacznego brzmienia art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29/WE wynika, że wyjątek dotyczący kopii na użytek prywatny został stworzony z wyłączną korzyścią dla osób fizycznych sporządzających kopie utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub mających zdolność sporządzenia takich kopii na użytek prywatny i do celów ani bezpośrednio, ani pośrednio handlowych (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 29). W związku z tym, zdaniem Trybunału, w odróżnieniu od osób fizycznych, które są objęte zakresem stosowania wyjątku dotyczącego kopii na użytek prywatny na warunkach określonych w dyrektywie 2001/29/WE, osoby prawne są w każdym wypadku wyłączone z możliwości korzystania z tego wyjątku, w związku z czym nie są uprawnione do sporządzania kopii na użytek prywatny bez uzyskania uprzednio zgody podmiotów praw do danych utworów lub przedmiotów objętych ochroną (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 30). W rezultacie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału stosowanie w sposób niezróżnicowany opłaty licencyjnej za kopię na użytek prywatny w odniesieniu do wszystkich rodzajów sprzętu, urządzeń i nośników zwielokrotniania cyfrowego – w tym przy założeniu, że są one nabywane przez podmioty inne niż osoby fizyczne, na potrzeby oczywiście niezwiązane ze sporządzaniem kopii na użytek prywatny – nie okazuje się zgodne z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2001/29 (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 31; wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. C-521/11, Amazon.com International Sales e.a., pkt 28).

Tymczasem projektowana zmiana ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie przewiduje takiego rozróżnienia, tj. opłata reprograficzna ma być pobierana niezależnie od tego, czy urządzenia lub nośniki będą używane na potrzeby niezwiązane ze sporządzaniem kopii na użytek prywatny.

Wątpliwości w tym zakresie wymagają zatem ponownej analizy projektodawcy.

1. Ponadto ze wspomnianego orzecznictwa Trybunału wynika, że regulacje, które przewidują pobór opłat od każdego urządzenia lub nośnika, niezależnie od tego, czy będą one przeznaczone do użytku prywatnego, bądź też nie, a jednocześnie nie przewidują zwrotu nienależnie pobranych opłat, nie odpowiadają przepisom dyrektywy 2001/29/WE (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 40-41; wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. C- 521/11, Amazon.com International Sales e.a., pkt 31).

Projektowane zmiany w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnym (art. 57 projektu ustawy) nie przewidują regulacji w zakresie zwrotu pobranej nienależnie opłaty reprograficznej.

Kwestia ta również budzi wątpliwości co do zgodności z dyrektywą 2001/29/WE, które należy poddać ponownej analizie w trakcie prac nad projektem ustawy.

1. Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w celu ustalenia wysokości omawianej godziwej rekompensaty należy wziąć pod uwagę, jako pomocne kryterium, szkodę poniesioną przez konkretny podmiot praw autorskich w wyniku danej czynności zwielokrotnienia (wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r. C-470/14, EGEDA e.a., pkt 26-27; wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. C- 521/11, Amazon.com International Sales e.a., pkt 47). Koncepcja i wysokość godziwej rekompensaty w rozumieniu art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29/WE są bowiem związane ze szkodą wynikającą dla podmiotów wyłącznego prawa do zwielokrotniania z dokonanego bez ich zgody, na użytek prywatny, zwielokrotnienia ich chronionych utworów. W tej perspektywie godziwą rekompensatę należy uważać za wyrównanie szkody poniesionej przez te podmioty i koniecznie musi być ona obliczana na podstawie kryterium szkody wyrządzonej im poprzez wprowadzenie wyjątku kopii na użytek prywatny (wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. C-521/11, Amazon.com International Sales e.a., pkt 47).

Projektowany art. 20 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 57 projektu ustawy) stanowi, że opłata ma wysokość od 1 do 4 procent:

1) kwoty brutto należnej z tytułu pierwszej sprzedaży towaru,

2) wartości rynkowej towaru z dnia pierwszego przekazania albo pierwszego przyjęcia w użytkowanie dokonanego na terytorium.

Ponadto projektowany art. 20f ust. 5 tej ustawy przewiduje, że jeżeli organizacje zbiorowego zarządzania nie zawarły porozumienia w sprawie podziału opłat lub porozumienie to zerwały, opłata podlega przekazaniu w sposób określony przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, z uwzględnieniem struktury korzystania z utworów i artystycznych wykonań. Z kolei na podstawie art. 20f ust. 6 minister właściwy do spraw kultury może określić, w drodze rozporządzenia, sposób podziału opłaty między właściwe organizacje zbiorowego zarządzania, biorąc pod uwagę strukturę korzystania z utworów i artystycznych wykonań dla własnego użytku osobistego oraz proporcje udziałów w tej strukturze poszczególnych właściwych organizacji zbiorowego zarządzania. Jednocześnie na podstawie projektowanego art. 20i minister właściwy do spraw kultury określi, w drodze rozporządzenia typy urządzeń i nośników, o których mowa w art. 20 ust. 1 i wysokość opłat, mając na uwadze cenę danego urządzenia i zakres jego wykorzystywania w ramach dozwolonego użytku osobistego.

Powyższe reguły określają zatem, że pobierana opłata ma być uzależniona od wartości rynkowej danego towaru, zakresu jego wykorzystywania w ramach dozwolonego użytku osobistego oraz struktury korzystania z utworów i artystycznych wykonań dla własnego użytku osobistego. Wydaje się to nie odpowiadać kryterium szkody wynikającej dla podmiotów wyłącznego prawa do zwielokrotniania z dokonanego bez ich zgody, na użytek prywatny, zwielokrotnienia ich chronionych utworów.

Zasadne jest zatem wskazanie, w jaki sposób określone w projektowanych przepisach wytyczne dotyczące pobierania opłaty reprograficznej mają odpowiadać określonej przez Trybunał koncepcji godziwej rekompensaty w zakresie jej wysokości. Zasadne będzie również uzupełnienie uzasadnienia do projektu ustawy pod tym kątem bądź doprecyzowanie projektowanych przepisów.

4. Projektowany art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 57 projektu ustawy) wskazuje, że opłacie za dozwolony użytek utworów chronionych lub przedmiotów praw pokrewnych podlegać ma wprowadzanie na rynek krajowy urządzeń elektronicznych umożliwiających utrwalanie lub zwielokrotnianie dowolną techniką, w całości lub w części, w ramach własnego użytku osobistego, utworów o charakterze dźwiękowym, audiowizualnym, wyrażonych słowem, znakami graficznymi, fotograficznych lub plastycznych oraz przedmiotów praw pokrewnych.

Tymczasem zgodnie z art. 1 ust. 2 obowiązującej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory:

1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);

2) plastyczne;

3) fotograficzne;

4) lutnicze;

5) wzornictwa przemysłowego;

6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;

7) muzyczne i słowno-muzyczne;

8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;

9) audiowizualne (w tym filmowe).

W projektowanym art. 20 ust. 1 pkt 1 nie został zatem wymieniony utwór wyrażony symbolami matematycznymi, o którym mowa w art. 1 ust. 2 pkt 1 omawianej ustawy. Rozważenia wymaga zatem kwestia tego, czy takiego rodzaju utwór również może zostać utrwalony lub zwielokrotniony urządzeniem elektronicznym, o którym mowa w projektowanym przepisie. Jeśli tak, przepis powinien zostać odpowiednio doprecyzowany. Jednocześnie wyjaśnienia wymaga, czy wymienione w art. 1 ust. 2 pkt 7 i 8 omawianej ustawy utwory muzyczne i muzyczno-słowne, jak i sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne znajdą się w zakresie zastosowania projektowanego art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Artykuł 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29/WE odnosi się do utworów lub przedmiotów objętych ochroną, zatem właściwe określenie zakresu przedmiotowego projektowanego przepisu jest istotne dla zapewnienia zgodności z tym przepisem.

1. Projektowany art. 20 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 57 projektu ustawy) stanowi, że opłata reprograficzna ma wysokość od 1 do 4 procent:

1) kwoty brutto należnej z tytułu pierwszej sprzedaży towaru,

2) wartości rynkowej towaru z dnia pierwszego przekazania albo pierwszego przyjęcia w użytkowanie dokonanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Jednocześnie nowy art. 20i wspomnianej ustawy, zawierający delegację ustawową do wydania rozporządzenia, które ma określić wysokość tych opłat, wskazuje, że ma to się odbyć wyłącznie przy uwzględnieniu ceny danego urządzenia i zakresu jego wykorzystywania w ramach dozwolonego użytku osobistego.

Zgodnie z motywem 38 preambuły dyrektywy 2001/29/WE, państwa członkowskie powinny być upoważnione do uwzględnienia, za godziwą rekompensatą, wyjątku lub ograniczenia wobec prawa do zwielokrotniania dla niektórych rodzajów zwielokrotniania produktów dźwiękowych, wizualnych i audiowizualnych przeznaczonych do użytku prywatnego. Ponadto w takich przypadkach należy odpowiednio uwzględnić różnice między prywatnym cyfrowym i analogowym kopiowaniem oraz dokonać odpowiednich rozróżnień pomiędzy ich pewnymi aspektami. Jednocześnie na podstawie zdania pierwszego motywu 39 wskazanej preambuły, stosując wyjątek lub ograniczenie w przypadku kopii prywatnej, państwa członkowskie powinny należycie uwzględnić również rozwój technologiczny i gospodarczy, w szczególności w odniesieniu do prywatnego cyfrowego kopiowania oraz systemów wynagradzania, gdy dostępne są skuteczne zabezpieczenia techniczne.

Wyjaśnienia wymaga zatem, w jaki sposób te czynniki będą uwzględniane w trakcie decydowania o wysokości wspomnianej opłaty – obecne brzmienie przepisów projektu ustawy nie zawiera w tym zakresie wskazań, uzasadnienie do projektu również o tym aspekcie nie wspomina.

1. Wyjaśnienia wymaga również projektowany art. 20f ust. 6 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 57 projektu ustawy). Przepis ten stanowi, że minister właściwy do spraw kultury może określić, w drodze rozporządzenia, sposób podziału opłaty między właściwe organizacje zbiorowego zarządzania, biorąc pod uwagę strukturę korzystania z utworów i artystycznych wykonań dla własnego użytku osobistego oraz proporcje udziałów w tej strukturze poszczególnych właściwych organizacji zbiorowego zarządzania.

Tymczasem już na podstawie projektowanego art. 20f ust. 5 organ ten może tego dokonać, i to tylko wyłącznie w przypadku, w którym organizacje zbiorowego zarządzania nie zawarły porozumienia w sprawie podziału opłat lub porozumienie to zerwały, o której to sytuacji projektowany art. 20f ust. 6 nie wspomina. Projektowany art. 20f ust. 6 omawianej ustawy wskazuje ponadto dodatkową przesłankę, którą organ ten musi wziąć pod uwagę, tj. proporcje udziałów w tej strukturze poszczególnych organizacji zbiorowego zarządzania, a która nie została wymieniona w art. 20f ust. 5 wskazanej ustawy.

Wydaje się zatem, że projektowany art. 20f ust. 6 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych może kreować dodatkową, poza wspomnianym nowym art. 20f ust. 5 tej ustawy, podstawę dokonania podziału opłaty między organizacjami zbiorowego zarządzania. Natomiast jeśli projektowane art. 20f ust. 5 i 6 omawianej ustawy dotyczącą tej samej sytuacji, zasadne jest ujednolicenie tych jednostek redakcyjnych tak, by nie budziło wątpliwości, w jakich przypadkach znajdą one zastosowanie. Kwestia ta wymaga wyjaśnienia, i ewentualnego doprecyzowania wskazanych przepisów, rzutuje to bowiem na prawidłową ich ocenę w świetle wymogów art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy 2001/29/WE.

7. Projekt ustawy w art. 9 określa wymagania, jakie muszą spełnić członkowie Rady Izby. Jednym z nich jest posiadanie obywatelstwa polskiego.

Należy zauważyć, że taki wymóg stanowi dyskryminację ze względu na obywatelstwo, co do zasady zakazaną na podstawie art. 45 TFUE. Taka dyskryminacja mogłaby być uznana za dopuszczalną w świetle prawa UE w szczególności w przypadku, gdy dane stanowisko stanowi zatrudnienie w administracji publicznej, w rozumieniu art. 45 ust. 4 Traktatu o funkcjonowaniu UE.

Trybunał Sprawiedliwości UE na gruncie art. 45 ust. 4 TFUE (swobodny przepływ osób - zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową) wypracował unijną „definicję” pojęcia „organ administracji publicznej”. Trybunał uznał, że na mocy art. 45 ust. 4 TFUE z zakresu swobody przepływu pracowników wyłączone są stanowiska, które wiążą się z bezpośrednim lub pośrednim udziałem w sprawowaniu władzy, opartym na prawie publicznym i obowiązkach, których celem jest ochrona ogólnych interesów państwa lub władzy publicznej. Przy takich stanowiskach jest wymagany szczególny stosunek lojalności wobec państwa i wprowadzana jest dwustronność obowiązków, stanowiących podstawę więzi narodowej (wyrok z dnia 26 maja 1982 r., Komisja p. Belgii, 149/79, pkt 10). W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału za tradycyjną sferę działalności państwowej uznaje się w szczególności sądownictwo, obronność, dyplomację, pobieranie podatków. W  pozostałych przypadkach należy przyjąć generalną zasadę, że nie są one objęte zakresem zatrudnienia w administracji publicznej w rozumieniu prawa unijnego. W razie sporu dotyczącego charakteru wykonywanej działalności i tego, czy stanowisko pozostaje w ramach wykonywania władzy publicznej, należy badać charakter obowiązków związanych z zatrudnieniem na danym stanowisku. Dopiero, gdy państwo członkowskie wykaże, że dane stanowisko jest związane z bezpośrednim lub pośrednim udziałem w sprawowaniu władzy oraz ochroną interesów państwa, można zastosować art. 45 ust. 4 TFUE i wolno zarezerwować zatrudnienie dla swoich obywateli (wyroki: z dnia 2 lipca 1996 r., Komisja p. Luksemburgowi*,* C-473/93, pkt 46-47; z dnia 2 lipca 1996 r., Komisja p. Belgii, C-173/94, pkt 18-21; z dnia 2 lipca 1996 r., Komisja p. Grecji*,* C-290/94, pkt 35-36).

Zakres czynności wykonywanych przez członków Rady Izby określonych w art. 12 projektowanej ustawy budzi wątpliwości co do spełnienia wynikających z przytoczonego orzecznictwa przesłanek dla zastosowania art. 45 ust. 4 TFUE. Ponadto, uzasadnienie projektu w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego w stosunku do członków Rady Izby sformułowano wymóg obywatelstwa polskiego. Biorąc powyższe pod uwagę wymóg ten może być uznany za niezgodny z prawem UE. W związku z powyższym wskazana jest ponowna analiza konieczności posiadania przez członków Rady Izby obywatelstwa polskiego lub wskazanie w uzasadnieniu powodów, dla których posiadanie obywatelstwa jest konieczne, z uwzględnieniem wymogów wynikających z prawa UE i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

1. Artykuł 28 ust. 2 projektu ustawy wskazuje katalog osób, którym mogą zostać potwierdzone uprawnienia artysty zawodowego. Są to wyłącznie osoby posiadające obywatelstwo polskie albo obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Konfederacji Szwajcarskiej wraz z członkami ich rodzin, a także określone grupy cudzoziemców, pod warunkiem zamieszkiwania na terytorium Polski. Posiadanie statusu artysty zawodowego, zgodnie z art. 38 projektu ustawy, uprawnia do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne na zasadach określonych w odrębnych przepisach oraz do Dopłaty.

Analizując katalog osób uprawnionych do potwierdzenia uprawnień artysty zawodowego należy wskazać, że przepisy prawa UE mogą zobowiązywać do przyznania takiego uprawnienia szerszy katalog cudzoziemców – obywateli państw trzecich, niż wskazany w art. 28 ust. 2 lit. b) projektu ustawy. Dotyczyć to może pracowników sezonowych zgodnie z przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/36/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu zatrudnienia w charakterze pracownika sezonowego, pracowników o wysokich kwalifikacjach zgodnie z przepisami dyrektywy Rady 2009/50/WE z dnia 25 maja 2009 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu podjęcia pracy w zawodzie wymagającym wysokich kwalifikacji oraz obywateli państw trzecich objętych zakresem podmiotowym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/98/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie procedury jednego wniosku o jedno zezwolenie dla obywateli państw trzecich na pobyt i pracę na terytorium państwa członkowskiego oraz w sprawie wspólnego zbioru praw dla pracowników z państw trzecich przebywających legalnie w państwie członkowskim. Żadna z tych dyrektyw nie wyklucza podejmowania pracy mającej charakter działalności artystycznej, a zgodnie z ich przepisami obywatele państw trzecich powinni mieć zapewnione równe traktowania z obywatelami polskimi m.in. w zakresie zabezpieczenia społecznego, a więc uprawnienia przewidzianego w art. 38 pkt 2 i 3 projektowanej ustawy (art. 23 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2014/36/UE, art. 14 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/50/WE orz art. 12 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2011/98/UE). Mając powyższe na uwadze konieczne jest rozważenie odpowiedniego uzupełnienia projektu ustawy o wskazane powyżej kategorie obywateli państw trzecich albo wskazanie zgodnych z przepisami prawa UE powodów uzasadniających pominięcie tych kategorii osób.

**Projekt ustawy nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem uwag zawartych w niniejszej opinii.**

*Z poważaniem*

Konrad Szymański

Minister do Spraw Unii Europejskiej

*/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/*