



Redakcja:

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Sekretarz redakcji – dr Dariusz Szostek

Redaktor numeru – dr Marek Leśniak

Rada programowa:

dr Marek Świerczyński, UKSW

dr Wojciech Wiewiórowski, UG

dr Grzegorz Sibiga, INP PAN

prof. dr. Andreas Wiebe, University of Göttingen

adwokat Xawery Konarski

dr hab. prof. nadzw. UW. Włodzimierz Gromski

dr hab. prof. nadzw. UW. Krzysztof Wójtowicz

prof. dr hab. Ryszard Jaworski, UW

radca prawny Jacek Wilczewski,

Kancelaria Prawna Grynhoft Woźny Wspólnicy

adwokat Artur Kmiecik

sędzia Jacek Czaja

Recenzenci kwartalnika:

dr hab. prof. UKSW Grażyna Szpor

dr hab. prof. nadzw. UMK Andrzej Adamski

dr hab. prof. UOp Piotr Stec,

dr hab. prof. UŚ Jacek Górecki,

dr hab. prof. nadzw. UŁ Sławomir Cieślak

prof. Richard Warner, Ph.D, IIT Chicago-Kent College of Law

dr hab. prof. UJ Ryszard Markiewicz

prof. em. dr. Wolfgang Kilian, University of Hanover

dr hab. prof. UŚ Kazimierz Zgrzyzek

Korekta językowa:

dr Agnieszka Kulik-Jęsień

Okładka, skład i łamanie:

Kamil Ligienza

© Copyright by Uniwersytet Wrocławski Wydział
Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych
i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej,
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

ISSN 2082-100X

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski Wydział Prawa,

Administracji i Ekonomii,

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych

Komunikacji Elektronicznej,

ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

e-mail: ebiuletynbke@prawo.uni.wroc.pl

Produkcja:

VNT Law & Communications Sp. z o.o.

ul. Norblina 84, 40-748 Katowice,

tel.: 32 352 42 00, faks: 32 352 42 01

mob.: 0 602 334 664, 0 660 530 054

e-mail: vnt@vnt.com.pl, szkolenia@vnt.com.pl

www.vnt.com.pl

Szanowni Państwo,
Oddajemy w Państwa ręce kolejny numer Kwartalnika Naukowego Prawo Mediów Elektronicznych. W dobie mobilnych urządzeń istotna staje się problematyka naruszeń danych osobowych przedstawiona w artykule dr Agaty Jarošek „Analiza naruszeń ochrony danych osobowych w świetle zleceń i wniosków zawartych w Opinii Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych Osobowych w sprawie aplikacji mobilnych. Coraz częściej zauważalna jest konieczność integracji rejestrów nie tylko w kraju ale w całej Europie. Zagadnienie to porusza mgr Maria Kaczorowska w publikacji „Wykorzystanie technologii informatycznych w procesie integracji europejskich rejestrów (na przykładzie rejestrów przedsiębiorstw, nieruchomości upadłości i testamentów. Zapraszam także do lektury pozostałych ciekawych publikacji.

Zachęcam zatem do lektury
prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Zasady publikacji:

Redakcja prosi o przysyłanie materiałów do publikacji w biuletynie zarówno w formie elektronicznej: pocztą elektroniczną lub na dyskiecie, jak również w formie wydruku. Tekst powinien być podpisany własnoręcznie przez autora. Tekst powinien być sporządzony w formacie MS Word, z zachowaniem interlinii oraz marginesów szerokości 3 cm. Tekst nie powinien przekraczać 15 stron znormalizowanego formatu A-4. Redakcja zastrzega sobie możliwość dokonywania skrótów, poprawek stylistycznych, językowych interpunkcyjnych. Prosimy autorów o podawanie także adresów prywatnych, numerów telefonów, adresów poczty elektronicznej, tytułów naukowych, zajmowanych stanowisk lub pełnionych funkcji, a także adresów właściwych urzędów skarbowych, numerów kont bankowych tych urzędów oraz danych osobowych potrzebnych do deklaracji podatkowej. Artykuły i recenzje niesamodzielnym pracowników naukowych będą poddawane recenzji.

SPIS TREŚCI

REFERATY

DR Agata Jaroszek Analiza naruszeń ochrony danych osobowych w świetle zleceń i wniosków zawartych w Opinii Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych Osobowych w sprawie aplikacji mobilnych	5
MGR Andrzej Majewski „Fikcja doręczenia” przesyłki rejestrowanej w świetle rozdziału 2. Kodeksu postępowania cywilnego	11
MGR Maria Kaczorowska Wykorzystanie technologii informatycznych w procesie integracji europejskich rejestrów (na przykładzie rejestrów przedsiębiorstw, nieruchomości, upadłości i testamentów)	15
MGR Edyta Konopczyńska Projekt reformy systemu zbiorowego zarządzania prawami autorskimi na jednolitym rynku cyfrowym	21
MGR Katarzyna Otręba Zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w świetle praw konsumenta tych usług	26
DR Klára Szalay, DR Nóra Tosics Wanted! In search of runaway productions. Film tax incentives in Europe	30
MGR Edyta Adamczyk Ustalanie wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz praktyki organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do zasad konstytucyjnych i praktyk zakazanych przez prawo konkurencji	40

REFERATY

DR AGATA JAROSZEK

ANALIZA NARUSZEŃ OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH W ŚWIELE ZLECEŃ I WNIOSKÓW ZAWARTYCH W OPINII GRUPY ROBOCZEJ ART. 29 DS. OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH W SPRAWIE APLIKACJI MOBILNYCH

Wprowadzenie

Celem artykułu jest omówienie wybranych problemów będących przedmiotem szczegółowej analizy Opinii Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych Osobowych przyjęła Opinię w sprawie aplikacji mobilnych¹. W lutym 2013 r. Grupa Robocza Art. 29 ds. Ochrony Danych Osobowych przyjęła Opinię w sprawie aplikacji mobilnych². W liczącym ponad 30 stron dokumencie Grupa Robocza analizuje najważniejsze zagrożenia dla ochrony danych osobowych osób korzystających z aplikacji oferowanych na inteligentne urządzenia mobilne (np. na smartfony czy tablety). Już w części wprowadzającej Opinii podkreślono, że nieświadomość twórców aplikacji co do istnienia wymagań przewidzianych prawem może stanowić źródło zagrożenia dla ochrony danych osobowych, w szczególności w sferze życia prywatnego oraz reputacji. Celem Opinii jest wyjaśnienie tych przepisów wspólnotowych ustanowionych w dyrektywach 95/46/WE oraz 2002/58/WE³, które mają zastosowanie do prze-

tworzenia⁴ danych osobowych w procesie tworzenia, dystrybucji oraz korzystania z aplikacji na inteligentnych urządzeniach mobilnych. W szczególności zostały omówione wymagania dotyczące zgody, zasady ograniczania celu przetwarzania oraz minimalizacji danych⁵, wymagania dotyczące podjęcia odpowiednich środków bezpieczeństwa⁶, obowiązku prawidłowego informowania o celu i zakresie przetwarzania danych osobowych użytkowników końcowych⁷, rozsądne okresy przechowywania danych, a w szczególności rzetelne przetwarzanie danych dotyczących dzieci (nieletnich). W ostatniej części dokumentu przedstawiono obowiązki i zalecenia dla podmiotów tworzących tzw. ekosystem aplikacji, tj. producenci urządzeń oraz systemów operacyjnych (OS), właściciele aplikacji, sklepy z aplikacjami, a także osoby trzecie (tej grupy podmiotów zaliczona usługodawców z zakresu analizy danych czy reklamodawców). Jednakże głównym adresem określonych przez Grupę Roboczą obowiązków oraz zaleceń są twórcy (projektanci) aplikacji.

Administrator danych pochodzący spoza państw UE/EOG

Opinia ma przede wszystkim na celu uświadomienie twórcom aplikacji oraz pozostałym podmiotom w stosunku do których Grupa Robocza nakłada obowiązki i kieruje zalecenia, że unijne przepisy dotyczące ochrony danych osobowych mają zastosowanie do wszystkich aplikacji dostępnych dla użytkowników na terytorium Unii Europejskiej bez względu na miejsce siedziby bądź

¹ Dla celów pracy Autorka przyjmuje następującą definicję aplikacji mobilnych: są to programy komputerowe (oprogramowanie), projektowane w celu wykonywania konkretnych funkcji oraz dla wybranego typu inteligentnych urządzeń takich jak smartfony, tablety oraz telewizje internetowe.

Opinia 2/2013 w sprawie aplikacji mobilnych, WP 202 przyjęta w dniu 27 lutego 2013; Grupa Robocza została powołana na mocy artykułu 29 Dyrektywy 95/46/WE. Jest niezależnym europejskim organem doradczym w sprawach ochrony danych osobowych i prywatności. Zadania Grupy zostały zawarte w art. 30 Dyrektywy 95/46/WE i artykule 15 Dyrektywy 2002/58/WE. Zgodnie z treścią art. 15 ust. 3 Dyrektywy 2002/58/WE Grupa Robocza ds. Ochrony Osób Fizycznych w Zakresie Przetwarzania Danych Osobowych powołana zgodnie z art. 29 dyrektywy 95/46/WE podejmuje również zadania ustanowione w art. 30 wspomnianej dyrektywy w odniesieniu do spraw objętych niniejszą dyrektywą, mianowicie ochrony podstawowych praw i wolności oraz uzasadnionego interesu w sektorze łączności elektronicznej.

² Dla celów pracy Autorka przyjmuje następującą definicję aplikacji mobilnych: są to programy komputerowe (oprogramowanie), projektowane w celu wykonywania konkretnych funkcji oraz dla wybranego typu inteligentnych urządzeń takich jak smartfony, tablety oraz telewizje internetowe.

Opinia 2/2013 w sprawie aplikacji mobilnych, WP 202 przyjęta w dniu 27 lutego 2013; Grupa Robocza została powołana na mocy artykułu 29 Dyrektywy 95/46/WE. Jest niezależnym europejskim organem doradczym w sprawach ochrony danych osobowych i prywatności. Zadania Grupy zostały zawarte w art. 30 Dyrektywy 95/46/WE i artykule 15 Dyrektywy 2002/58/WE. Zgodnie z treścią art. 15 ust. 3 Dyrektywy 2002/58/WE Grupa Robocza ds. Ochrony Osób Fizycznych w Zakresie Przetwarzania Danych Osobowych powołana zgodnie z art. 29 dyrektywy 95/46/WE podejmuje również zadania ustanowione w art. 30 wspomnianej dyrektywy w odniesieniu do spraw objętych niniejszą dyrektywą, mianowicie ochrony podstawowych praw i wolności oraz uzasadnionego interesu w sektorze łączności elektronicznej.

³ Zmieniona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy

między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Tekst mający znaczenie dla EOG)

⁴ Pojęcie przetwarzania obejmuje następujące operacje: wprowadzanie, magazynowanie lub łączenie danych, ich zmienianie, używanie lub komunikowanie, łączenie z transmisją, rozpowszechnianie, zabezpieczanie, poprawianie i usuwanie (art. 2 b dyrektywy 95/46/WE). Takie ujęcie nie odbiega od regulacji zawartej w art. 7 pkt 2 u.o.d.o. (USTAWA z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jednolity: Dz. U. 2002 r. Nr 101 poz. 926).

⁵ Zgodnie z interpretacją tego pojęcia przez Europejskiego Inspektora Ochrony Danych Osobowych chodzi tutaj o obowiązek administratora ograniczenia gromadzenia danych osoby. Dane osoby, której dotyczą powinny być zbierane dla oznaczonych, zgodnych z prawem celów i nie poddawane dalszemu przetwarzaniu niezgodnemu z tymi celami, merytorycznie poprawne i adekwatne w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane oraz przechowywane w postaci umożliwiającej identyfikację osób, których dotyczą, nie dłużej niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu przetwarzania. Por. art. 6 ust. 1 lit. b,c i d. Dyrektywy 95/45/WE, zob. także <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/pid/86#regulation>

⁶ Opinia w sposób szczegółowy odnosi się do środków technicznych jakie powinny być podjęte przez właściwe wszystkie podmioty uczestniczące w ekosystemie mobilnym.

⁷ Opinia posługuje się pojęciem użytkownika końcowego, Autorka zamiennie używa pojęcia konsumenta lub osoby korzystającej z aplikacji.

miejsce zamieszkania twórcy aplikacji lub innych podmiotów ekosystemu oraz, że tych przepisów nie można wyłączyć w drodze umowy bądź wskutek złożenia jednostronnego oświadczenia, np. (akceptacji warunków korzystania z usługi). Dyrektywa 95/46/WE wprowadza minimalny poziom ochrony praw osób, których dane są zbierane; w razie naruszeń dopuszcza możliwość dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. W szczególności na podstawie art. 4 ust. 1 lit. a i c – przepisów określających właściwość prawa państwa członkowskiego w zakresie ochrony danych osobowych, twórca aplikacji indywidualnie bądź wspólnie z innymi podmiotami może być uznany za administratora danych, co oznacza nałożenie na te podmioty obowiązku przez dyrektywę 95/46/WE oraz szczególnych wymogów dotyczących zgody określonych w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE. Przesłanką podstawową zastosowania prawa unijnego jest uznanie, że przetwarzanie danych odbywa się w kontekście prowadzenia przez administratora danych działalności gospodarczej na terytorium Państwa Członkowskiego.

Natomiast zastosowanie art. 4 ust. 1 lit. c będzie miało miejsce w przypadkach, gdy administrator danych nie prowadzi działalności gospodarczej na terytorium Wspólnoty a do celów przetwarzania danych osobowych wykorzystuje środki, zarówno zautomatyzowane jak i inne, znajdujące się na terytorium wymienionego Państwa Członkowskiego⁸. Mając na względzie trudności i wątpliwości interpretacyjne dotyczące treści przepisu w samej dyrektywie, jak i w przepisach państw członkowskich implementujących jej postanowienia do porządków krajowych⁹, zasadniczo funkcja art. 4 lit. c polega na objęciu swoim zakresem sytuacji, w których osoby, których dane dotyczą są pozbawione ochrony zagwarantowanej na podstawie przepisów dyrektywy 95/46/WE z powodu przeniesienia przez administratora swojej siedziby poza obszar Unii Europejskiej w celu uniknięcia obowiązków nałożonych przez przepisy unijne. Posłużenie się kryterium wykorzystywania środków technicznych znajdujących się na terytorium państwa członkowskiego dla celów przetwarzania danych pozwoli na zastosowanie prawa unijnego i uznania siedziby administratora na terytorium państwa członkowskiego¹⁰. W interpretacji Grupy Roboczej takim przypadkiem będą aplikacje zaprogramowane/wbudowane w urządzeniu mobilnym (tj. smartfonie, tablecie), która umożliwiają gromadzenie oraz przetwarzanie danych dotyczących osoby użytkownika oraz transmisję danych do administratorów¹¹. Wyłączenie przepisów w stosunku do administratorów danych mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Unii Europejskiej jak również Europejskiego Obszaru Gospodarczego będzie miało miejsce w sytuacji, kiedy dane są przetwarzane w samym urządzeniu bez generowania ich przepływu do administratora.

Dane przetwarzane przez podmioty ekosystemu mobilnego

W Opinii Grupa Robocza zwraca uwagę na szerokie rozumienie definicji danych osobowych w prawie unijnym¹². Danymi osobowymi są wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej („osoby, której dane dotyczą”); osoba możliwa do zidentyfikowania to osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio (np. poprzez nazwisko) lub pośrednio, szczególnie przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej: fizyczną, fizjologiczną, umysłową, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość.

W szczególności takimi danymi będą: lokalizacja, kontakty, unikatowy identyfikator urządzenia¹³, tożsamość użytkownika telefonu¹⁴, dane dotyczące karty kredytowej oraz płatności, krótkie wiadomości tekstowe (SMS)¹⁵, historia przeglądania, poczta elektroniczna, informacje pozwalające na uwierzytelnienie w usługach społeczności (szczególnie usługi z cechami społecznymi), zdjęcia oraz filmy, biometria (np. rozpoznawanie twarzy oraz odciski palców)¹⁶. W tym wypadku administrator danych (twórca aplikacji, producenci sprzętu) bądź osoby trzecie (np. reklamodawcy, dostawcy programów analitycznych czy dostawcy usług telekomunikacyjnych) mogą w ramach aplikacji przetwarzać dane będącymi danymi osobowymi. Opinia wymienia cztery główne podmioty, które są administratorami danych ze względu na cele oraz środki przetwarzania danych.

Twórcy aplikacji to kategoria różnych podmiotów takich jak: organizacje prywatne bądź publiczne, które zlecają zaprojektowanie aplikacji, przedsiębiorstwa oraz osoby fizyczne, które tworzą i udostępniają aplikacje. W zakresie w jakim twórca aplikacji tworzy aplikacje bądź tworzy i je udostępnia, będzie on traktowany jako administrator danych. Odpowiedzialność twórcy będzie ograniczona, gdy przetwarzane dane nie są danymi osobowymi w rozumieniu przepisów unijnych. Producenci OS (systemu operacyjnego) oraz urzędów mogą wykonywać obowiązki administratora danych osobno bądź wspólnie w zakresie przetwarzania danych dla własnych celów np. w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa pracy urządzenia, poprawą funkcjonalności, bezpieczeństwa, zdalnej lokalizacji urządzenia. Administratorami danych są też sklepy z aplikacjami, gdyż przetwarzają dane związane z rejestracją w sklepie, pobierają opłaty za aplikacje, wspierają zakupy w programie In-App Purchase¹⁷. Administratorami danych mogą być również osoby trzecie. Pod tą nazwą Grupa Robocza określa zróżnicowaną grupę podmiotów np. reklamodawcy, dostawcy usług telekomunikacyjnych, analitycy danych. Opinia wyróżnia dwie grupy: pierwsza, która wykonuje zadania dla właściciela aplikacji, w tym wypadku takie podmioty mogą przetwarzać dane jako przetwarzający (np. analitycy danych) przy założeniu, że nie przetwarzają danych dla własnych potrzeb bądź nie dzielą się danymi z twórcami aplikacji. W takim wypadku ich ograniczony

⁸ ...o ile środki te nie są wykorzystywane wyłącznie do celów tranzytu przez terytorium art. 4 ust. 1 lit. c. in fine.

⁹ C. Kuner, *European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation*. 2nd ed., Oxford University Press, 2007, s. 119.

¹⁰ C. Kuner, op cit., cytowana literatura tamże., s. 118-127

¹¹ W przypadku przetwarzania danych na samym urządzeniu, stacjonarnie kryterium to nie będzie spełnione.

¹² Art. 2 lit.a dyrektywy 95/46/WE. Zob. także j. Barta. II 6.

¹³ Np. IMEI (International Mobile Equipment Identity), IMSI (International Mobile Subscriber Identity), UDID (Unique Device Identifier) oraz numery telefonu komórkowego

¹⁴ Również tożsamość telefonu

¹⁵ Również logi połączeń, natychmiastowe wiadomości

¹⁶ Opinia pkt. 3.2

¹⁷ Dotyczy zakupów bądź subskrypcji np. dodatkowe poziomy gier, dodatkowe postacie w grach, mapy przewodników po miastach, aktywator (np. w: LDOCE (InApp) - Longman Dictionary of Contemporary English. Zob. <http://myapple.pl/ipod-itunes-itunes-store/266372-zostalem-policzony-podwojnie-zakup-w-app-purchase-typy-zakup-w-programie.html>

zakres obowiązków dotyczy danych związanych z bezpieczeństwem. Druga grupa to podmioty, które zbierają i/lub dzielą się danymi pomiędzy aplikacjami, dostarczają dodatkowych usług lub wskaźników uzyskiwanych z analiz danych zbieranych w ramach aplikacji w szerszym ujęciu (np. dotyczących popularności aplikacji, efektywności zamieszczanych banerów reklamowych wewnątrz aplikacji itp.).

Zgoda użytkownika aplikacji

W Opinii podkreślono, że główną podstawą prawną dla przetwarzania danych osobowych w zakresie aplikacji jest zgoda, która musi być dobrowolna, konkretna oraz świadoma, czyli przewiduje wyrażenie zgody w sposób konkludentny¹⁸. W kontekście inteligentnych urządzeń mobilnych oraz aplikacji wymóg dobrowolności oznacza, że osoba, której dane dotyczą musi mieć zapewniony wybór umożliwiający wyrażenie zgody bądź odmowy na przetwarzanie danych. Zwrócono uwagę na fakt, że w celu ukończenia instalacji aplikacji, na ekranie urządzenia mobilnego, pojawia się wyłącznie opcja „zgadzam się”. Aby można było uznać kryterium dobrowolności za spełnione, w przypadku aplikacji mobilnych użytkownik powinien mieć zapewnioną opcję anulowania bądź wstrzymania instalacji.

Wymóg konkretnej zgody jest spójny z interpretacją tego pojęcia zawartą w Raporcie Federalnej Komisji Handlu Stanów Zjednoczonych¹⁹. Grupa Robocza wspiera koncepcję proponowaną przez Federalną Komisję Handlu polegającą na uzyskaniu zgody użytkownika na przetwarzanie za każdym razem, gdy aplikacja ma zamiar uzyskać dostęp do jego danych osobowych. Na przykład wyrażenie zgody na akceptację wielostronicowej polityki prywatności nie spełnia kryterium konkretnej zgody; zgoda na przetwarzanie danych geolokalizacyjnych nie powinna obejmować zgody na stałe gromadzenie danych dotyczących lokalizacji z urządzenia, takie przetwarzanie wymaga dostarczenia użytkownikowi dodatkowych informacji oraz jego odrębnej zgody. Zgoda na dostęp do list kontaktów nie powinna obejmować całej książki adresowej użytkownika, mając na uwadze fakt, że mogą się w niej znajdować dane kontaktowe osób, które nie korzystają z danej aplikacji i w związku z tym nie mogły wyrazić zgody na przetwarzanie ich danych.

Wymóg świadomej zgody oznacza, że użytkownicy muszą otrzymać informacje potrzebne do sformułowania opinii i w konsekwencji podjęcia decyzji, która skutkuje wyrażeniem zgody bądź odmowy jej udzielenia na przetwarzanie. W większości wypadków taka informacja powinna być dostarczona przed instalacją aplikacji. Użytkownicy powinni mieć zagwarantowane prawo odwołania zgody w każdym czasie i możliwości techniczne łatwego sposobu skorzystania z tego uprawnienia np. poprzez zapewnie-

nie opcji odinstalowania aplikacji i usunięcia wszystkich danych dotyczących jego osoby²⁰.

W kontekście aplikacji mobilnych Grupa Robocza podkreśla, że administrator danych przed instalacją jest zobowiązany do otrzymania zgody użytkownika na podstawie art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej, która wymaga zgody od użytkownika, któremu została dostarczona jasna oraz wyczerpująca informacja zanim informacja uznana za dane osobowe zostanie umieszczona i/bądź pobrana przez urządzenie bądź aplikację. Przed i w trakcie procesu instalacji twórca aplikacji musi uzyskać zgodę na umieszczenie jakiegokolwiek informacji i odczytanie informacji z urządzenia na podstawie art. 5 ust. 3 oraz zgodę potrzebną do powołania się na przesłanki legalizujące przetwarzanie danych. W praktyce obie zgody mogą być połączone w trakcie instalacji lub zanim aplikacja zacznie zbierać dane osobowe z urządzenia pod warunkiem przyjęcia założenia, że użytkownik świadomie podejmuje decyzję o fakcie przetwarzania danych przez aplikację²¹.

Opinia zwraca uwagę, że w zakresie, w którym osoby trzecie uzyskują dostęp lub przechowują informacje na inteligentnych urządzeniach, muszą zapewnić zgodność z wymogami zgody zawartymi w art. 5 (3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że na inteligentnych urządzeniach mobilnych użytkownicy mają generalnie ograniczone możliwości zainstalowania oprogramowania, które kontrolowałoby przetwarzanie danych osobowych, jak jest to powszechne w środowisku sieciowym pulpitu. Jako alternatywę dla wykorzystania cookies http, osoby trzecie często uzyskują dostęp do unikalnych identyfikatorów w celu wyróżnienia (grup) użytkowników oraz dostarczenia im ukierunkowanych usług, włączając w to reklamy. Z uwagi na fakt, że wiele z tych identyfikatorów nie może być skasowanych lub zmienionych przez użytkowników (takich jak IMEI, IMSI, MSISDN oraz konkretne unikalne identyfikatory urządzenia dodane przez system operacyjny) te podmioty te mają potencjał do przetwarzania znaczących ilości danych osobowych bez kontroli sprawowanej przez użytkownika końcowego²².

Zgoda oraz inne podstawy przetwarzania danych w ramach aplikacji mobilnych

Podczas korzystania z aplikacji podstawa prawna przetwarzania może się zmienić i podlegać przesłance przetwarzania danych koniecznej dla realizacji umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą (art. 7 lit. b) lub podlegać przesłance przetwarzania danych jeśli jest konieczne dla potrzeb wynikających z uzasadnionych interesów administratora danych lub osoby trzeciej, lub osobom, którym dane są ujawniane (art. 7 lit. f). Przesłanki te nie znajdują zastosowania w przypadku przetwarzania danych wrażliwych. Administrator danych może powoływać się na wymienione powyżej podstawy w zakresie, w którym niektóre dane

¹⁸ Zgodnie z art. 2 lit. h dyrektywy 95/46/WE „zgoda osoby, której dane dotyczą” oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych. Natomiast ustawa polska zastrzega, iż „zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści”; można twierdzić, że brak tu aprobaty ustawodawcy dla zgody wyrażonej per facta concludentia. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, wyd. 2011 WoltersKluwer, II pkt 6 (dostęp w bazie Lex)

¹⁹ Raport FTC Naruszenia prywatności w urządzeniach mobilnych, budowanie zaufania poprzez przejrzystość, luty 2013, <http://www.ftc.gov/os/2013/02/130201mobileprivacyreport.pdf>,

²⁰ WSGR ALERT European Regulators Issue Opinion on Mobile Apps

<http://www.wsg.com/WSGR/Display.aspx?SectionName=publications/PDFSearch/wsg-alert-EU-mobile-apps.htm>

²¹ Opinia 2/2013 pkt. 3.4.1. Zob. także interpretację zgody w Opinii GR. Art. 29 w sprawie definicji zgody 15/2011, (WP 187/2011), sprawie uzyskania zgody przez administratora reklamy behawioralnej zob. Opinię 2/2010 GR Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej (WP 188).

²² Opinia 3.3.4

są konieczne do wykonywania oczekiwanej usługi lub wyłącznie w sytuacji kiedy interesy takie podporządkowane są interesom związanym z podstawowymi prawami i wolnościami osoby, której dane dotyczą, które gwarantują ochronę na podstawie art. 1 ust. 1 (art. 7 lit. f).

Obowiązki informacyjne administratorów danych przetwarzanych przez aplikacje

W sytuacjach, gdy przewidziana jest zgoda osoby na działania dotyczące jej danych, uzależniona jest ona od uprzedniego dostarczenia tej osobie oznaczonych w dyrektywie (art. 10 i 11) informacji o administratorze²³, o zbiorze danych, jego charakterze i celu, a także informacji w sprawie dobrowolności udostępniania danych. Osoby, których dane osobowe są zbierane, powinny być informowane co najmniej o: przeznaczeniu danego zbioru danych, obligatoryjnym lub dobrowolnym charakterze odpowiedzi na pytania kwestionariusza, konsekwencjach braku odpowiedzi, możliwości wglądu i korekty danych dotyczących danej osoby oraz o odbiorcach i nadzorującym zbiór danych.

W kontekście aplikacji mobilnych informacje, o których użytkownik musi być powiadomiony przed procesem instalacji powinny obejmować nazwę oraz informacje kontaktowe podmiotu odpowiedzialnego za przetwarzanie danych. Jeżeli nie jest to jedynie administrator, w Opinii podkreśla się, że z uwagi na sfragmentaryzowany charakter w tworzeniu i dystrybucji aplikacji, ważne jest, aby każda aplikacja miała pojedynczy punkt kontaktowy, biorący odpowiedzialność za całe przetwarzanie danych, które odbywa się za pośrednictwem aplikacji. Nie można zatem oczekiwać od użytkownika końcowego, że sam będzie wyszukiwał powiązania pomiędzy twórcą aplikacji a innymi stronami przetwarzającymi dane osobowe przez aplikacje.

Następnie informacje, które muszą zostać dostarczone obejmują: konkretne kategorie danych osobowych, które twórcy aplikacji będą zbierać oraz przetwarzać, sprecyzowanie celu (celów) przetwarzania, wyjaśnienie czy dane będą ujawnione innym podmiotom, np. stronom trzecim, prawo do wycofania zgody oraz prawo do żądania usunięcia danych.

W szczególności Opinia kładzie nacisk na zapewnienie: łatwego, czytelnego, zrozumiałego sposobu prezentacji informacji o przetwarzaniu, a przede wszystkim wymaga się, aby każda aplikacja miała czytelną, zrozumiałą i łatwo dostępną politykę prywatności. Argument administratora, że mały rozmiar ekranu np. smartfona, który nie jest w stanie wyświetlić wszystkich informacji, nie może być podstawą uchylenia się od obowiązku odpowiedniego poinformowania użytkowników. Grupa Robocza poszukując rozwiązań proponuje zastosowanie warstwowego systemu powiadamiania, gdzie początkowa informacja dla użytkowników zawiera minimalne informacje wymagane przez ramy prawne UE, a dalsze informacje są dostępne przez linki odwołujące się do całej polityki prywatności. Poza zrozumiałą informacją dopasowaną do małego ekranu urządzeń mobilnych, użytkownicy muszą mieć umożliwiony dostęp do bardziej szczegółowych wyjaśnień, np. w polityce prywatności, na temat tego, jak aplikacje wykorzystują dane

osobowe, kto jest administratorem danych oraz gdzie użytkownik może wykorzystać swoje prawa oraz czy dane będą przesyłane i przetwarzane przez osoby trzecie. Podejście to może być połączone z wykorzystaniem ikon, zdjęć, filmów oraz dźwięków oraz kontekstualnego powiadomienia w czasie rzeczywistym, kiedy aplikacja uzyskuje dostęp do książek adresowych lub zdjęć np. ikony ostrzegawcze dla przetwarzania geolokalizacyjnego, wykorzystywanego przez iPhone'y²⁴.

Zasada ograniczonego celu i minimalizacja danych

Dyrektywa 95/46/WE zasadniczo zakazuje przetwarzania danych w innym celu niż ten, dla którego zostały zebrane, i w innym celu niż ten, który towarzyszył zgodzie ze strony osoby, której dane dotyczą. Tak więc nagła zmiana celu, któremu pierwotnie miało służyć zbieranie danych albo zamiar przetwarzania w inny sposób (np. poprzez zbieranie i łączenie danych pochodzących z różnych aplikacji) wymaga uzyskanie dodatkowej zgody. Po drugie, przetwarzanie danych osobowych pomimo braku zgody osoby, której dane dotyczą, jest dopuszczalne tylko w ściśle określonych sytuacjach (por. przesłanki z art. 7 dyrektywy 95/46/WE)²⁵.

Twórcy aplikacji, sklepy z aplikacjami, a także producenci OS oraz urządzeń, a także osoby trzecie w celu zapewnienia zgodności z odpowiednimi wymogami bezpieczeństwa jako administratorzy danych, muszą wziąć pod uwagę zasady prywatności w fazie projektowania oraz zasady prywatności w fazie ustawień domyślnych. Wymaga to nieustannej oceny zarówno istniejących, jak i przyszłych ryzyk dla prywatności, wdrożenia oraz ewaluacji skutecznych środków zapobiegawczych, włączając w to minimalizację ilości pobieranych danych. Dotyczy to decyzji co do miejsca przechowywania danych na urządzeniu czy poza nim, korzystania z rozwiązań technicznych (np. identyfikatorów właściwych dla danej aplikacji bądź tymczasowe identyfikatora urządzenia) uniemożliwiających śledzenie użytkownika²⁶. Obowiązkiem twórców będzie decydowanie o odpowiednich okresach przechowywania danych, które są zbierane oraz wprowadzenie procedur umożliwiających wygaśnięcie konta po upływie zdefiniowanego okresu braku aktywności użytkownika, dotyczy do sytuacji zagubienia bądź zmiany telefonu czy tableta. Okresy takie powinny być zdefiniowane w zależności od funkcji, celów i znaczenia aplikacji dla użytkownika, jak również w zależności od częstotliwości korzystania z aplikacji. Od twórców wymaga się powiadomienia użytkowników o okresach braku aktywności, które mogą skutkować wygaśnięciem konta jeśli użytkownik nie odpowie po upływie określonego czasu od chwili zawiadomienia użytkownika o takiej ewentualności, chodzi tutaj głównie o możliwość odzyskania danych dotyczących jego osoby oraz dotyczące wykorzystania aplikacji powinny być nieodwracalnie zanonimizowane lub skasowane.

W realizacji ograniczenia celu oraz minimalizacji danych podkreśla rolę informacji oraz kontroli sprawowanej przez samego użytkownika na podstawie informacji dostarczonych przez administratora danych oraz stosowaniu przez samego użytkownika

²³ „Administrator danych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych (art. 2 d dyrektywy 95/46WE). W podobny sposób to pojęcie jest interpretowane na gruncie ustawy u.o.d.o. (USTAWA z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jednolity: Dz. U. 2002 r. Nr 101 poz. 926)

²⁴ Opinia pkt 3.7.2.

²⁵ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, wyd. V, pkt 3.

²⁶ Praktyki śledzenia użytkowników wykorzystujące unikalny identyfikator urządzenia albo identyfikator abonenta jest powszechne wśród reklamodawców.

środków służących zabezpieczeniu danych na samym urządzeniu oraz w aplikacjach poprzez stosowanie haseł dostępu lub szyfrowanie danych.

Wnioski

Podsumowując analizę wybranych zagadnień będących przedmiotem szczegółowej analizy w Opinii, należy zauważyć, że kluczowymi zagrożeniami dla ochrony danych osobowych w związku z przetwarzaniem danych użytkowników aplikacji mobilnych to brak transparentności oraz brak uzyskania dobrowolnej, konkretnej i świadomej zgody od użytkowników. Obowiązki oraz zalecenia dla wszystkich pomiotów uczestniczących procesie tworzenia, dystrybucji oraz korzystania z aplikacji na inteligentnych urządzeniach mobilnych pozostają w wielu kwestiach spójne z zaleceniami opracowanymi przez Federalną Komisję ds. Handlu Stanów Zjednoczonych²⁷. Z uwagi na obszerne ujęcie wszystkich obowiązków oraz zaleceń odsyłam do tekstu Opinii. W tym miejscu warto przytoczyć jedynie przykłady. Twórcy oraz sklepy muszą być świadomi i przestrzegać swoich zobowiązań jako administratorzy danych, gdy przetwarzają dane od lub na temat użytkowników, natomiast w przypadku osób trzecich muszą być świadomi i przestrzegać swoich zobowiązań jako administratorzy danych, gdy przetwarzają dane na temat użytkowników.

W ramach spełnienia obowiązku informacyjnego twórcy muszą zapewnić czytelną, zrozumiałą i łatwo dostępną politykę prywatności, która informuje użytkowników o tożsamości i danych kontaktowych, o konkretnych kategoriach danych osobowych, które aplikacja chce zbierać i przetwarzać, o celu przetwarzania danych, o tym czy dane będą ujawniane osobom trzecim (wymaga się szczegółowego określenia podmiotów, które uzyskają dostęp do danych użytkownika, o prawach użytkowników w zakresie wycofania zgody oraz usunięcia danych.) Natomiast sklepy z aplikacjami są zobowiązane egzekwować obowiązki informacyjne nałożony na twórcę aplikacji.

W odniesieniu do aplikacji skierowanych do dzieci twórcy muszą zwracać uwagę na limit wiekowy dla dzieci i niepełnoletnich przewidziany w ustawodawstwie krajowym, wybrać najbardziej rygorystyczne podejście do przetwarzania danych przy pełnym uwzględnieniu zasad minimalizacji zakresu danych oraz ograniczenia celu, powstrzymać się od przetwarzania danych dzieci do celów reklamy behawioralnej, czy to bezpośrednio czy pośrednio, oraz powstrzymać się od gromadzenia od dzieci danych na temat ich rodziny i/lub przyjaciół. Natomiast sklepy muszą zwracać szczególną uwagę na aplikacje skierowane do dzieci w celu ochrony przed nielegalnym przetwarzaniem ich danych oraz w szczególności wdrożyć obowiązek przedstawienia istotnych informacji w prosty sposób, w języku dostosowanym do wieku użytkownika. Osoby trzecie muszą powstrzymać się od przetwarzania danych dzieci do celów reklamy behawioralnej, czy to pośrednio czy bezpośrednio. Stosować odpowiednie środki bezpieczeństwa, które obejmują bezpieczne przekazywanie

i szyfrowane przechowywanie unikalnego urządzenia i identyfikatorów użytkownika aplikacji oraz innych danych osobowych.

W szczególności na uwagę zasługuje raport Komisji ds. Handlu dotyczącej przetwarzania danych dzieci w ramach korzystania z aplikacji. Z pośród 400 aplikacji podlegających badaniu pod względem przestrzegania prywatności, większość nie informowała rodziców o kategoriach danych, które aplikacja mogła gromadzić ani o podmiotach, które mogłyby uzyskać dostęp do danych. Inne aplikacje zawierały aplikacje, które większość rodziców mogłaby sobie nie życzyć i zawierały linki do portali Facebooka, Twittera oraz innych portali społecznościowych, gdzie dzieci zamieszczają informacje o sobie i swoich bliskich²⁸.

W stosunku do producentów OS oraz urządzeń Grupa Robocza nałożyła między innymi obowiązki polegające na: – wdrożeniu mechanizmów uzyskiwania zgody w ich systemach operacyjnych (OS) przy pierwszym wprowadzeniu aplikacji lub gdy aplikacja pierwszy raz próbuje uzyskać dostęp do kategorii danych mających istotny wpływ na ochronę prywatności; – zastosowaniu zasad ochrony prywatności w fazie projektowania (privacy by design), aby zapobiec potajemnemu monitorowaniu użytkownika; – zapewnić przyjazne dla użytkownika i skuteczne środki pozwalające uniknąć bycia śledzonym przez reklamodawców i inne osoby trzecie; – zapewnieniu dostępności do odpowiednich mechanizmów służących informowaniu i edukowaniu użytkownika końcowego na temat tego, co aplikacje mogą robić i do jakich danych mogą mieć dostęp; – zapewnieniu, że każdorazowy dostęp do kategorii danych opiera się na dostarczeniu informacji dla użytkownika przed instalacją aplikacji: przedstawione kategorie muszą być jasne i zrozumiałe; – zapewnieniu bezpieczeństwa przetwarzania; – zapewnieniu (w ustawieniach domyślnych), że wcześniej zainstalowane aplikacje będą zgodne z europejskim prawem w zakresie ochrony danych.

Opinia Grupy Roboczej jest przykładem na to, że wzrasta zainteresowanie organów unijnych skutkami działalności różnych podmiotów uczestniczących w ekosystemie mobilnym w sferze prywatności użytkowników oraz bezpieczeństwa urządzeń oraz aplikacji mobilnych, w szczególności tych podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwach trzecich czyli poza państwami należącymi do strefy UE/EOG. Po drugiej stronie Oceanu administracja Prezydenta Barracka Obamy na początku maja 2013 r. przedstawiła projekt ustawy the Application Privacy, Protection and Security Act of 2013 („Apps Act”), który jest wyrazem realizacji polityki ochrony konsumenta w świecie globalnej gospodarki cyfrowej. Projekt wdraża zasady prywatności w celu zapewnienia większej transparentności oraz kontroli użytkownika w zakresie przetwarzania danych gromadzonych przez aplikacje mobilne oraz w celu podniesienia poziomu bezpieczeństwa danych. Oczekuje się, że dojdzie do uchwalenia ustawy, co pozwoli na osiągnięcie wspólnych standardów na poziomie federalnym, którym będzie podlegać gromadzenie, korzystanie oraz ochrona danych osobowych przez aplikacje.

Podkreśla się, że jak dotychczas nie wypracowano jednolitych standardów ochrony danych w omawianym zakresie na poziomie Unii czy międzynarodowym. Rozbieżności w przepisach państw członkowskich implementujących postanowienia dyrektywy 95/46/WE w zakresie zasad przetwarzania danych osobo-

²⁷ Raport FTC Naruszenia prywatności w urządzeniach mobilnych, budowanie zaufania poprzez przejrzystość, luty 2013, <http://www.ftc.gov/os/2013/02/130201mobileprivacyreport.pdf>, Aplikacje mobilne dla dzieci: aktualne naruszenia prywatności są rozczarowujące, luty 2012 http://www.ftc.gov/os/2012/02/120216_mobile_apps_kids.pdf i jego kontynuacja w raporcie: Aplikacje mobilne dla dzieci: Naruszenia ciągle nie podlegają ocenie, grudzień 2012, <http://www.ftc.gov/os/2012/12/121210mobilekidsappreport.pdf>,

²⁸ Aplikacje mobilne dla dzieci: aktualne naruszenia prywatności są rozczarowujące, luty 2012 http://www.ftc.gov/os/2012/02/120216_mobile_apps_kids.pdf

wych oraz zapewnienia praw osobom, których dane dotyczą nie sprzyjają takiej harmonizacji. Proponowane rozwiązania zawarte we wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (COM (2012) 11 final), które ma zastąpić dyrektywę 95/45/WE oraz zmienić dyrektywę 2002/58/WE są przedmiotem długotrwałych konsultacji w Radzie oraz Parlamencie Europejskim. Obecnie wniosek został skierowany do pierwszego czytania. Na razie trudno przewidzieć w jakim zakresie twórcy oraz inne podmioty będą przestrzegać nałożonych przez Grupę Roboczą obowiązków i stosować się do zaleceń. Niewątpliwie Opinia stanowi wyraz jasno sprecyzowanych oczekiwań oraz określenia standardów zgodnych z prawem gwarantującym ochronę podstawowych praw i wolności oraz uzasadnionego interesu w sektorze łączności elektronicznej na terytorium Unii Europejskiej.

Abstract

The aim of Agata Jaroszek's article is a discussion of selected issues which are the subject of a detailed analysis of the Article 29 Working Party on the Protection of Personal Data that adopted the Opinion on the mobile applications. The Article 29 Working Party on the Protection of Personal Data adopted the Opinion on the Mobile Applications in February 2013. In a thirty-page document the Working Party analyses the most important threats to the personal data protection of individuals using applications for the intelligent mobile devices (e.g. smart phones or tablets). It has already been stressed in the introductory part to the Opinion that the ignorance of the application designers of the existence of legal requirements might be a source of threat to personal data protection, especially in the field of private life and reputation. The aim of the Opinion is the explanation of the European Union regulations adopted in the Directives: 95/46/EC and 2002/58/EC, which are applicable to the personal data processing in the process of creating, distributing and using applications for the intelligent mobile devices. In particular, the article deals with the requirements regarding the consent, the principle of confining the aim of data processing and minimization, the requirements regarding security measures taken, the obligation of informing veraciously the end users, the reasonable periods of data storage.

MGR ANDRZEJ MAJEWSKI

„FIKCJA DORECZENIA” PRZESYŁKI REJESTROWANEJ W ŚWIELE ROZDZIAŁU 2. KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Problematyka doręczeń pism w toku procesu cywilnego jest bardzo doniosła. Fakt ten znajduje odzwierciedlenie w dynamicznie zmieniającym się ustawodawstwie przede wszystkim europejskim. Na gruncie prawa krajowego toczy się obecnie dyskusja nad przyszłym kształtem procedury doręczeń. Niniejszy artykuł ma być przyczynkiem do rozważenia zasadności zaproponowanych przez autora zmian w obecnie istniejących przepisach w tym względzie.

Z uwagi na krytyczne znaczenie instytucji doręczenia w przebiegu procesu cywilnego podejmowane są dynamiczne działania prawotwórcze, zwłaszcza dotyczące materii doręczeń dokumentów sądowych lub pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych. Prawidłowe i szybkie doręczanie dokumentów w postępowaniu krajowym, a także za granicą należy uznać za jedną z najważniejszych instytucji wpływających na prawidłowe funkcjonowanie wspólnego rynku. Dlatego już od początku lat 90. XX wieku wszczęto prace nad prawną regulacją tej kwestii w ramach Unii Europejskiej. Efekt tych prac stanowiła konwencja brukselska w sprawie doręczania w państwach członkowskich Unii Europejskiej dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, która we względu na włączenie problematyki współpracy sądowej w sprawach cywilnych do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej TWE) mocą postanowień traktatu amsterdamskiego (Dz. Urz. WE C 340 z 10.11.1997, s. 1) nie weszła w życie. Jednakże treść konwencji brukselskiej została w dużej części przeniesiona do rozporządzenia nr 1348/2000 (rozporządzenia Rady (WE) nr 1348/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie doręczania w Państwach Członkowskich sądowych i pozasądowych dokumentów w sprawach cywilnych i handlowych – Dz. Urz. WE L 160 z 30.06.2000, s. 37)¹.

Na gruncie prawa krajowego, kwestie doręczeń w postępowaniu cywilnym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej regulują zasadniczo przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. z dnia 1 grudnia 1964 r.), a szczegółowe regulacje dot. omawianej kwestii zawierają także przepisy ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r.) oraz Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym (Dz. U. z dnia 14 października 2010 r.), a także Rozporządzenia

Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz. U. z dnia 15 stycznia 2004 r.)

W dniu 01-03-2012 r. nastąpiła ważna zmiana zasad doręczania przez Poczta Polską SA przesyłek rejestrowanych. Przed tym dniem Poczta Polska stosowała zasady świadczenia powszechnych usług pocztowych, które były niezgodne z przepisami art. 139 § 1. ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kpc. Regulamin został zmieniony na skutek interwencji autora artykułu. W dalszej treści zawarta jest szczegółowa analiza tej kwestii. Ponadto w trakcie badań nad problematyką doręczeń, autor doszedł do wniosku, iż w przepisach Rozdziału 2. Doręczenia, Kodeksu postępowania cywilnego, istnieje luka prawna, która czyni wątpliwą możliwość wywiedzenie z wyżej wymienionego aktu prawnego – skutku doręczenia w razie nieodebrania przez adresata przesyłki rejestrowanej od operatora pocztowego w określonych okolicznościach w toku postępowania cywilnego. Skutku doręczenia nie można wywieść także z przepisów: ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r.), Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym (Dz. U. z dnia 14 października 2010 r.), a także Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz. U. z dnia 15 stycznia 2004 r.) Z uwagi na doniosłość tej kwestii dla przebiegu procesu cywilnego, konieczne jest szczegółowe przeanalizowanie problemu. Autor na końcu artykułu zgłasza we wniosku de lege ferenda propozycję regulacji, która zlikwidowała istniejącą obecnie lukę prawną.

Stosowane przez Poczta Polską przed dniem 01-03-2012 r. zasady doręczeń przesyłek rejestrowanych były niezgodne z przepisami art. 139. § 1. ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeksu postępowania cywilnego, a także Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych, w szczególności z § 37.1. tegoż rozporządzenia. Procedury stosowane w Poczcie Polskiej nakładały na pracownika wydającego przesyłki polecone, wydawanie zbiorcze wszystkich przesyłek poleconych adresowanych na adresata oczekujących w danym momencie w urzędzie pocztowym na podjęcie, bez względu na ich termin odbioru podany w awizie. Przesyłki polecone, których adresat nie odebrał w takim trybie były odsyłane do nadawcy z adnotacją, iż adresat odmówił ich odbioru, pomimo, iż adresat faktycznie wyraził chęć odbioru przesyłki w terminie do 14 dni od

¹ Jolanta Zatorska, Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1393/2007 dotyczącego doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczanie dokumentów”) oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, opublikowano: LEX/el., 2012

wystawienia pierwszego awiza. W tej sytuacji pismo było zwracane przez operatora pocztowego do nadawcy i następował skutek doręczenia na podstawie art. 139 § 2. Kpc w brzmieniu: „Jeżeli adresat odmawia przyjęcia pisma, doręczenie uważa się za dokonane. W takim przypadku doręczający zwraca pismo do sądu z adnotacją o odmowie jego przyjęcia”. W wyżej opisanym stanie rzeczy, nawet gdy adresat nie odmówił *expressis verbis* odbioru przesyłki tylko chciał ją odebrać do terminu podanego na awizie i w związku z tym odmawiał jej pokwitowania w sytuacji przymusu doręczenia w danym momencie, w opinii Poczty Polskiej miał zastosowanie § 37.1. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych, w brzmieniu: „Odmowę pokwitowania odbioru przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego uważa się za odmowę ich przyjęcia. W takiej sytuacji przesyłka rejestrowana lub przekaz pocztowy zwracane są do nadawcy. (...)”. Należy zauważyć, iż taka procedura wykonywana przez Poczta Polską była w sprzeczności z regulacją art. 139. § 1. Kodeksu postępowania cywilnego, w brzmieniu: „W razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających, pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe należy złożyć w placówce pocztowej tego operatora, a doręczane w inny sposób – w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu, czynność zawiadomienia należy powtórzyć” Regulacja ta obliuguje jednoznacznie operatora pocztowego w sytuacji, kiedy nie nastąpi oddanie adresatowi przesyłki rejestrowanej u niego w domu, do przechowywania jej w urzędzie pocztowym przez 7 dni i w razie jej dalszego nieodebrania przez adresata, do powtórnego awizowania przesyłki i przechowywania jej w urzędzie pocztowym przez kolejne 7 dni. Operator pocztowy dopiero po tym terminie ma prawo do odesłania przesyłki do nadawcy. Szczegółowo procedurę tę określają przepisy paragrafów od 6 do 11 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym. W sytuacji, w której żądanie operatora powszechnego dotyczące wyznaczenia adresatowi terminu odbioru przesyłki jest bezprawne, uchylenie się przez adresata od wykonania takiego bezprawnego żądania nie może pociągać za sobą skutku prawnego w postaci uznania doręczenia za dokonane. Poczta Polska będąca operatorem powszechnym działającym na podstawie ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, jest zobligowana do ścisłego przestrzegania wyżej wymienionych regulacji prawnych. W związku z powyższym po postępowaniu kontrolnym przeprowadzonym przez Urząd Kontroli Elektronicznej, a wdrożonym na podstawie zgłoszenia dokonanego przez autora niniejszego artykułu oraz w związku z postępowaniem prokuratorskim 1 DS-1335/12, zostały od dnia 01 marca 2012 r. zmienione w postulowanym zakresie zasady wydawania przesyłek rejestrowanych. Konsekwencją wyżej opisanego stanu rzeczy powinno być uznanie jako niedoręczonych przesyłek rejestrowanych, które poczta bezprawnie zwróciła nadawcom ze skutkiem doręczenia w opisanych wyżej okolicznościach. Fakt ten ma oczywiście istotne zna-

czenie procesowe. Stanowisko to jest zbieżne z tezą Z. Miczka, który stwierdza, że o ile przesyłka pocztowa zawierająca pisma sądowe lub pozasądowe, doręczana bezpośrednio przez pocztę nie będzie zawierała informacji o konieczności dwukrotnego doręczenia, a urząd pocztowy nie dopełni sam tego obowiązku, to takiego doręczenia zastępczego nie będzie można uznać za skuteczne. Będzie to powodować, że orzeczenie, zapadłe w sprawie prowadzonej na podstawie przyjęcia skuteczności takiego doręczenia, może zostać później nie uznane².

Kwestia doręczenia jest bardzo doniosła, gdyż jest to jedna z pierwszych czynności rozpoczynających proces cywilny i jest stosowana wielokrotnie podczas jego trwania. Jest też czynnością szczególną, gdyż obarczoną walorem zaufania dla instytucji innej niż sąd, tj. operatora pocztowego. Z tych względów procedura doręczenia powinna być bardzo szczegółowo i jednoznacznie skodyfikowana i podlegać szczególnym rygorom umożliwiającą weryfikację prawidłowości procesu. Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestie doręczeń w postępowaniu cywilnym jest ustawa z dnia 17 listopada 1967 r. Kodeks postępowania cywilnego, Rozdział 2. Doręczenia, od art. 131 do art. 147. W pierwszym z wymienionych artykułów ustawodawca obliuguje sąd do korzystania przy doręczeniach z usług operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), a także osoby zatrudnione w sądzie, komornika lub sądową służbę doręzeniową. Niewątpliwie najczęściej występującą formą doręczenia jest przesłanie listu poleconego, czyli przesyłki rejestrowej Poczta Polską. Należy zauważyć iż „doręczenie” zdefiniowane jest w art. 3 pkt. 4 ustawy Prawo pocztowe jako: „wydanie przesyłki pocztowej lub wypłacenie kwoty pieniężnej określonej w przekazie pocztowym adresatowi, a w przypadkach określonych prawem także innej osobie, lub przekazanie druku bezadresowego zgodnie z umową o świadczenie usługi pocztowej”. Zatem określenie „doręczenie” skojarzone jest z czynnością „wydania” przesyłki przez operatora powszechnego, a nie faktycznego otrzymania jej przez adresata. Określenie to należy uznać za semantyczne źródło instytucji „fikcji doręczenia”. Procedura ta jest z kolei konieczna dla zachowania efektywności systemu prawnego, ponieważ uniemożliwia opóźnianie lub wręcz udaremnianie postępu procesu cywilnego, w przypadku uporczywego unikania przez adresata odbioru przesyłki rejestrowanej. Aby zapobiec negatywnym dla postępowania cywilnego skutkom takiego postępowania ustawodawca wprowadził regulację skutkującą uznaniem przesyłki rejestrowanej za doręczoną, nawet w przypadku braku jej faktycznego doręczenia adresatowi. Podstawowymi przepisami regulującymi tę kwestię są przepisy zawarte w 2 rozdziale Kodeksu postępowania cywilnego oraz w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym. Wbrew dotychczas stosowanej praktyce procesowej, autor wyraża wątpliwość, czy na podstawie obowiązującego prawa można wywieść skutek doręczenia przesyłki rejestrowanej w przypadku, braku jej odbioru przez adresata w terminie 14 dni od jej pierwszego awizowania, wtedy gdy pismo wysłane jest na prawidłowy i aktualny adres odbiorcy. Nie ma bowiem skodyfikowanej *expressis verbis* w Kodeksie postę-

² Zbigniew Miczek, Zasady wykonywania przez Polskę przepisów o doręczaniu dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych, Pr. i PUE. 2006.3.10

powania cywilnego takiej normy. Wprawdzie prawo cywilne zna instytucję obowiązywania norm, które nie zostały ustanowione przez prawodawcę w formie przepisów prawnych. Normy te powstają poprzez wywnioskowanie z norm ustanowionych literalnie, według przyjmowanych w danej kulturze reguł inferencyjnych, (tzw. normy-konsekwencje). Trzeba jednak zauważyć, iż reguły inferencyjne są w znacznej mierze sporne³. Jest to oczywista wada w sytuacji, gdy dana norma prawna stosowana jest w sposób częstotliwy i powinna być maksymalnie jednoznaczna. W Kodeksie postępowania cywilnego w części dotyczącej doręczeń w procedurze EPU, ustawodawca zadbał o klarowne skodyfikowanie tej kwestii. W art. 131 § 2. Kpc, w brzmieniu „W przypadku doręczenia elektronicznego pismo uznaje się za doręczone z datą wskazaną w elektronicznym potwierdzeniu odbioru korespondencji, a przy braku takiego potwierdzenia doręczenie uznaje się za skuteczne z upływem 14 dni od daty umieszczenia pisma w systemie teleinformatycznym” jest wyrażona sankcja w postaci uznania skutku doręczenia. Nie ma analogicznej regulacji dotyczącej postępowania cywilnego tradycyjnego w sytuacji analizowanej w niniejszym artykule. W Kpc w 2 rozdziale dot. doręczeń, są wymienione trzy przypadki, w których przesyłkę rejestrowaną, która nie była faktycznie doręczona, uznaje się za doręczoną i zachodzi tzw. skutek doręczenia. Z najbardziej oczywistą okolicznością mamy do czynienia w przypadku określonym w art. 139. § 2., tj. kiedy adresat odmawia odbioru przesyłki. W tej sytuacji doręczenie uważa się za dokonane, a doręczający zwraca pismo do sądu z adnotacją o odmowie jego przyjęcia. Szczegółowo procedura określona jest w § 11. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym. Kwestie te nie budzą żadnych wątpliwości. Zastrzeżenia budzi jednak stosowana obecnie praktyka uznawania skutku doręczenia w postępowaniu cywilnym w sytuacji kiedy adresat nie odebrał z urzędu pocztowego przesyłki rejestrowanej w terminie 14 dni od wystawienia pierwszego awiza, a przesyłka została skierowana na jego aktualny i prawidłowy adres. Podstawowy dla postępowania cywilnego akt prawny jakim jest Kodeks postępowania cywilnego jedynie jeszcze w dwóch artykułach reguluje kwestię skutku doręczenia, jednak żaden z tych artykułów nie reguluje analizowanej sytuacji. Art. 136. § 1. nakłada na strony i ich przedstawicieli obowiązek zawiadamiania sądu o każdej zmianie swego zamieszkania. W razie naruszenia tego obowiązku, zgodnie z § 2. pismo sądowe pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że nowy adres jest sądowi znany. Zatem mamy tu do czynienia z sytuacją, w której przesyłka nie może być doręczona ze względu na fakt, iż sądowi nie jest znane **aktualne miejsce zamieszkania** strony, a nie z sytuacją braku jej odbioru gdy jest przesłana na adres aktualnego miejsca zamieszkania, a pomimo tego adresat z jakichś powodów przesyłki nie odbiera. O prawidłowości takiej interpretacji przekonuje argumentacja *a contrario* oparta na regulacji zawartej w drugiej części § 2.: „O powyższym obowiązku i skutkach jego niedopełnienia sąd powinien pouczyć stronę przy pierwszym doręczeniu”. W praktyce procesowej w sytuacji, kiedy ze względu na brak podjęcia przez adresata przesyłki rejestrowanej zawierającej np. nakaz zapłaty, adresat nie wiedzący o nakazie, nie składa sprzeciwu od nakazu zapłaty i dochodzi do jego uprawomocnienia się. Gdyby przyjąć

na potrzeby hipotezy, iż prawodawca miał intencję, aby regulacja zawarta w art. 136. § 1. Kpc powodowała, skutek doręczenia, nawet gdyby pismo sądowe było wysłane na prawidłowy i aktualny adres zamieszkania, a nie nastąpił fakt jego odbioru – dyspozycja dla sądu o pouczeniu strony „przy pierwszym doręczeniu” byłaby nierealizowalna. Jest to oczywiste, gdyż adresat może w ogóle nie otrzymać pierwszego pisma z sądu w danym postępowaniu. Dodatkowo trzeba wskazać, iż skoro adresat nie zmienił miejsca zamieszkania, a jedynie wyjechał na kilkanaście dni ze spodziewanym miejscem pobytu w różnych miejscach, nie jest w stanie wypełnić dyspozycji art. 136. § 1. o poinformowaniu sądu o zmianie miejsca zamieszkania, gdyż, możemy mówić jedynie o zmianie miejsca tymczasowego pobytu. Zatem wynika z powyższego jasno, że art. 136. § 1. nie normuje analizowanego przypadku.

Należy zatem rozważyć, czy regulacja umożliwiająca uznanie skutku doręczenia w analizowanych okolicznościach nie jest zawarta intencjonalnie w art. 139 § 3. Kpc w brzmieniu: „Pisma dla osób prawnych, organizacji, osób fizycznych podlegających wpisowi do rejestru albo ewidencji na podstawie odrębnych przepisów – w razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających z uwagi na nieujawnienie w rejestrze albo w ewidencji zmiany adresu, a w przypadku osób fizycznych miejsca zamieszkania i adresu – pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że nowe miejsce zamieszkania i adres są sądowi znane”. W opinii autora dyspozycji tej także nie da się zastosować w przypadku, kiedy pismo jest wysłane na prawidłowy adres zamieszkania, ujawniony w ewidencji, a powodem niepodjęcia przesyłki rejestrowanej są jakieś inne okoliczności np. losowe. Norma bowiem w sposób jednoznaczny reguluje, iż stosowana jest w razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających z uwagi **na nieujawnienie w rejestrze albo w ewidencji zmiany adresu, a w przypadku osób fizycznych miejsca zamieszkania i adresu**. Wydaje się, że to sformułowanie jest kluczowe dla niniejszych rozważań. Przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej i językowej można dojść do wniosku, iż w sytuacji, w której prawidłowy i aktualny adres odbiorcy przesyłki jest ujawniony w sądzie, przepis ten nie ma zastosowania. Zatem i ta regulacja nie pozwala w opinii autora artykułu na uznanie skutku doręczenia, w sytuacji, gdy pismo sądowe jest zaadresowane na prawidłowy i aktualny adres ujawniony w ewidencji, a powody nie podjęcia przez adresata przesyłki rejestrowanej w ostatecznym terminie podanym na awizie leżą po jego stronie. Dodatkowym argumentem za tezą, że ustawodawca nie reguluje w art. 139 § 3. Kpc sytuacji osób fizycznych nie będącymi przedsiębiorcami, a będącymi stroną postępowania cywilnego jest stanowisko Magdaleny Olczyk, wyrażone w supozycji iż zmiana art. 29 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z dnia 6 sierpnia 2004 r.) związana jest się z uzupełnieniem treści art. 139 § 3 k.p.c. i doprecyzowaniem, że tzw. fikcja doręczenia obejmuje też przedsiębiorców wpisanych do ewidencji działalności gospodarczej⁴. Należy zauważyć, iż w art. 139 § 3. Kpc jest także mowa o osobach fizycznych podlegających wpisowi do rejestru albo ewidencji na podstawie odrębnych przepisów. Nie jest jednak jasne, czy ustawodawca ma

³ Sławomira Wronkowska, Zygmunt Zieliński, Zarys teorii prawa, Poznań 1997, str. 146

⁴ Magdalena Olczyk, Komentarz do ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, LEX/el., 2008

także na myśli ewidencję wynikającą z ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych. Jednak, gdyby nawet takie stanowisko przyjąć na potrzebę hipotezy, to w dalszym ciągu przepis art. 139 § 3. Kpc regulowałby jedynie sytuację tych osób, które nie ujawniłyby, w przypadku osób fizycznych miejsca zamieszkania i adresu. Miejsce stałego pobytu – zamieszkania definiowane jest w art. 6.1. ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych. Art. 7.1. definiuje pobyt czasowy, przez który ustawodawca rozumie przebywanie bez zamiaru zmiany miejsca pobytu stałego w innej miejscowości pod oznaczonym adresem lub w tej samej miejscowości, lecz pod innym adresem. Zatem w świetle tych definicji należy uznać, iż ustawodawca formułując normę art. 139 § 3. Kpc, określił sytuację gdy adresat przesyłki nie ujawnił swojego rzeczywistego miejsca **zamieszkiwania**, a nie miejsca tymczasowego pobytu.

Wydaje się zatem, że analizowana regulacja nie spełnia postulatów, którym powinna odpowiadać wzorcowa norma prawna. Według Z. Ziemińskiego i M. Zielińskiego norma prawna jest językową regułą postępowania, która jest wytworem rekonstrukcji z elementów rozczłonkowanych w przepisach prawnych zawartych w aktach normatywnych, dokonanej według przyjętego wzorca określanego przez doktrynalne stwierdzenia o strukturze normy, a ponadto jest regułą wyinterpretowaną z wyrażen składających się na normę – a zatem normę prawną charakteryzuje to, że jest wypowiedzią **jednoznacznie określającą podmiot, sytuację oraz nakazane (zakazane) zachowanie się**⁵. Teoria prawa wskazuje także, iż przepisy prawa ujmowane są w bardzo różnorodne formy redakcyjne i często w ich sformułowaniu brak jest słów, które wskazywałyby na dyrektywalny, normatywny charakter danej wypowiedzi, jednak ukształtowany przez tradycję prawniczą sposób redagowania ustaw i aktów prawnych niższego rzędu, z założenia powinien zmierzać do maksymalnej zwięzłości tekstu, do ujęcia go w taki sposób, żeby można było na jego podstawie ustalić normy postępowania dla możliwie największej liczby różnorodnych sytuacji faktycznych⁶.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione postulaty, jest mocno wątpliwe, aby wykładnia umożliwiająca uznanie skutku doręczenia w analizowanej sytuacji była uprawniona, biorąc pod uwagę zaprezentowane wcześniej argumenty.

Autor niniejszego artykułu stoi na stanowisku, iż tak ważna czynność dokonywana w ramach procesu cywilnego jak uznanie skutku doręczenia powinna zostać skodyfikowana w sposób ścisły i jednoznaczny w podstawowym akcie prawnym określającym reguły postępowania cywilnego jakim jest ustawa Kodeks postępowania cywilnego. Tym bardziej postulat jest zasadny i zgodne z dotychczasową praktyką ustawodawczą, gdyż regulacje dotyczące „fikcji doręczenia” skodyfikowane są precyzyjnie w innych głównych postępowaniach: karnym, administracyjnym, podatkowym oraz dot. odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Postulat przejrzystości systemu prawa, jest często wyrażany i znajduje oparcie w art. 2 Konstytucji RP. Należy go rozumieć jako dyrektywę takiego tworzenia regulacji prawnej, by sytuacja prawna jednostki była czytelna i jednoznaczna. Realizacja tego założenia przez ustawodawcę daje obywatelowi szansę zrozumienia prowadzonych na podstawie przepisów postępowań

oraz współkształtowania ich toku poprzez skuteczne dokonywanie czynności procesowych⁷.

W związku z zaprezentowanymi w treści artykułu argumentami, autor poddaje pod rozważenie wnioszek *de lege ferenda* o wprowadzenie do Kodeksu postępowania cywilnego artykułu 139. § 1¹. o treści: „Doręczenie uważa się za dokonane z upływem ostatniego dnia okresu, na który pismo pozostawiono w placówce operatora pocztowego, a jeśli zostało podjęte wcześniej, w dacie podjęcia. Pismo niepodjęte w terminie placówka pocztowa zwraca nadawcy.” Dotychczasowy art. 139. § 1¹ otrzymałby oznaczenie art. 139. § 1².

Regulacja taka dałaby jednoznaczną podstawę prawną do uznania skutku doręczenia w analizowanej sytuacji, a także ustanowiłaby paralelność i adekwatność przepisów postępowania cywilnego w omawianym zakresie do rozwiązań istniejących w pozostałych rodzajach postępowań. Postulowana, precyzyjna norma prawna z klarownie wyrażoną sankcją nie pozostawiałaby wątpliwości i pola do dywagacji nad faktem wystąpienia, bądź niewystąpienia skutku doręczenia w analizowanych w niniejszym artykule okolicznościach w toku postępowania cywilnego.

Abstract

Andrzej Majewski shows the principle of serving letters by Poczta Polska in the article “Fikcja doręczenia przesyłki rejestrowanej w świetle rozdziału 2. Kodeksu postępowania cywilnego” (The fiction of serving registered mail within the light of chapter 2 of the Code of Civil Procedure) and connected with this process non-compliance with the regulations.

He cites the regulatory acts governing the issues of serving in civil proceedings and demonstrates that some of the rules do not comply with the model legal norms. The author puts forward *de lege ferenda* motion to introduce the Article 139. § 11 to the Code of Civil Proceedings, of the content: “The service shall be deemed effective within the passing of the last day of the time period for which the letter has been left at the station of the postal operator, and in case it has been collected before, on the collection date. The postal office shall return the letter not collected within the deadline to the sender.”

⁵ Red. Andrzej Bator, Wprowadzenie do nauk prawnych, Leksykon tematyczny, Warszawa, 2008n str. 116

⁶ Zygmunt Zieliński, Logika praktyczna, PWN, Warszawa 2002, str. 229

⁷ Celińska-Grzegorzczak Katarzyna, Postulat przejrzystości systemu prawa a regulacja doręczeń zastępczych („przez awizo”) w polskich ustawach procesowych, art. ZNSA. 2011.5.19

MGR MARIA KACZOROWSKA

WYKORZYSTANIE TECHNOLOGII INFORMATYCZNYCH W PROCESIE INTEGRACJI EUROPEJSKICH REJESTRÓW (NA PRZYKŁADZIE REJESTRÓW PRZEDSIĘBIORSTW, NIERUCHOMOŚCI, UPADŁOŚCI I TESTAMENTÓW)

1. Wprowadzenie

Obserwowany współcześnie dynamiczny rozwój społeczeństwa informacyjnego stwarza konieczność podejmowania przez prawodawców inicjatyw w celu dostosowania regulacji prawnych do istniejących wymogów obrotu, opartego w znacznej mierze na komunikacji elektronicznej. Szczególnie doniosłą rolę odgrywa w tym zakresie wykorzystanie narzędzi zapewniających jak najszerszy dostęp i skuteczną wymianę informacji o kluczowym znaczeniu dla kształtowania stosunków ekonomicznych. Prace zmierzające do ułatwienia ponadgranicznego dostępu do wiarygodnych informacji na temat sytuacji prawnej i finansowej uczestników obrotu stanowią istotny element strategii realizowanej przez instytucje Unii Europejskiej w dziedzinie rozwijania jednolitego rynku, a także współpracy sądowej między państwami członkowskimi w sprawach cywilnych i handlowych. Znaczący wkład w realizację wskazanych założeń stanowią projekty mające na celu zwiększenie dostępności danych ujawnianych w różnego rodzaju publicznych rejestrach prowadzonych w poszczególnych krajach europejskich. Inicjatywy te podporządkowane są koncepcji połączenia rejestrów w sieć elektroniczną, która umożliwiałaby zainteresowanym w obrębie UE transgraniczny dostęp do zdigitalizowanych danych rejestrowych na jednolitych zasadach.

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie omówienie założeń i stopnia zaawansowania prac nad realizacją wybranych projektów dotyczących integracji z informatyzowanych rejestrów w skali europejskiej. Ponadto zostanie podjęta próba oceny perspektyw ujednolicenia zasad dostępu do informacji zawartych w rejestrach, z uwzględnieniem różnych postulowanych technik łączenia rejestrów. Należy podkreślić, że kwestia faktycznych możliwości tworzenia wspólnych europejskich sieci rejestrów publicznych budzi wątpliwości, ze względu na znaczące różnicowanie stosowanych w Europie rozwiązań prawnych w zakresie prowadzenia rejestrów, m.in. odnoszących się do udostępniania danych w formie elektronicznej.

2. Inicjatywy na rzecz łączenia rejestrów w europejską sieć elektroniczną

Współpraca między krajami członkowskimi w zakresie wspólnego udostępniania danych rejestrowych została zapoczątkowana w latach 90. XX w. z inicjatywy Komisji Europejskiej i dotyczyła rejestrów handlowych. Efektem podjętych działań było utworzenie Europejskiego Rejestru Przedsiębiorstw (*European Business Register – EBR*)¹, który do tej pory stanowi jedyną w pełni rozwiniętą sieć rejestrów funkcjonującą w ramach Unii Europejskiej. Równoległe instytucje unijne aktywnie angażują się w prace na rzecz integracji innych rejestrów, dostarczających informacji, które odgrywają zasadniczą rolę zarówno w sferze transakcji rynkowych, jak i wymiaru sprawiedliwości. Należą do nich przede wszystkim rejestry nieruchomości i upadłości, a ponadto rejestry testamentów, ewidencje ludności, rejestry prawników czy tłumaczy².

W ostatnich latach potrzeba poszerzenia jawności rejestrów publicznych w skali europejskiej znalazła swoje odzwierciedlenie w konkluzji Rady Unii Europejskiej nr 10509/07 z dnia 7 czerwca 2007 r. dotyczącej elektronicznej drogi komunikacji w sprawach prawnych („e-sprawiedliwość”)³, w której wskazano, że działanie Unii w odniesieniu do systemu e-sprawiedliwości powinno ograniczać się do kwestii transgranicznych w sprawach cywilnych i handlowych oraz w sprawach karnych i obejmować m.in. dostęp do rejestrów sądowych w formie elektronicznej z pełnym poszanowaniem porządków prawnych państw członkowskich (ust. 6 lit. d). Za priorytet w tym zakresie Rada uznała stworzenie warunków

¹ <http://www.ebr.org/> (dostęp dnia 07.11.2012 r.).

² Por. M. van Opijnen, Czy istnieje potrzeba łączenia w sieci elektroniczne rejestrów upadłości, przedsiębiorstw, ksiąg wieczystych i innych rejestrów?, [w:] Forum w sprawie współpracy sądowej w sprawach cywilnych: Debata z udziałem parlamentów krajowych, 2 grudnia 2008, Sesja II: E-sprawiedliwość: narzędzie dla obywateli, prawników i przedsiębiorców. Informacje uzupełniające, s. 41 i n., tekst dostępny na stronie internetowej http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=e-sprawiedliwość%20narzędzie%20dla%20obywateli&source=web&cd=1&ved=0CGcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fmeetdocs%2F2004_2009%2Fdocuments%2Fdv%2F752580%2F752580pl.pdf&ei=MzquT9TBilleB4gTHqICvCQ&usq=AFQjCNExyTK83BuaPMerMq1eorGNQPk0NA&cad=rja. Zob. też informacje dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość: https://e-justice.europa.eu/content_registers-103-pl.do; https://e-justice.europa.eu/content_wills-174-pl.do; https://e-justice.europa.eu/content_find_a-113-pl.do (dostęp dnia 07.11.2012 r.).

³ Dokument dostępny na stronie internetowej www.consilium.europa.eu/documents (dostęp dnia 07.11.2012 r.). Zob. M. van Opijnen, op. cit., s. 41.

do współpracy między rejestrem karnym, rejestrem upadłości, rejestrem handlowym i gospodarczym oraz rejestrami gruntów (ust. 7 lit. b).

Postulaty zastosowania technologii informatycznych w celu szerszego udostępnienia rejestrów publicznych na poziomie europejskim zostały sformułowane także w komunikacie Komisji Europejskiej *Droga do europejskiej strategii w dziedzinie e-sprawiedliwości* z dnia 30 maja 2008 r.⁴ Podobnie, kontynuacja prac nad integracją krajowych rejestrów stała się przedmiotem zaleceń Parlamentu Europejskiego skierowanych do Komisji w rezolucji *E-sprawiedliwość* z dnia 18 grudnia 2008 r.⁵

Poniżej przybliżono przebieg prac nad łączeniem w sieci elektroniczne rejestrów przedsiębiorstw (handlowych), nieruchomości, upadłości i testamentów.

2.1. Rejestry przedsiębiorstw

Dysponowanie przez uczestników obrotu wiarygodnymi informacjami na temat przedsiębiorstw (obejmujących m.in. dane dotyczące formy prawnej, siedziby, kapitału, sposobu reprezentacji przedsiębiorstwa) ma kluczowe znaczenie dla zagwarantowania przejrzystości i pewności transakcji handlowych⁶. W obrębie Unii Europejskiej ponadgraniczny dostęp do danych z rejestrów handlowych warunkuje prawidłowe funkcjonowanie wspólnego rynku, a tym samym realizację zasad swobody przepływu kapitału, towarów i usług.

Jak zasygnalizowano powyżej, wspólne działania krajowych instytucji prowadzących rejestry handlowe doprowadziły do utworzenia europejskiej sieci elektronicznej w postaci Europejskiego Rejestru Przedsiębiorstw. Proces integracji rejestrów zainicjowały w 1992 r. Francja, Włochy, Dania i Wielka Brytania, które podjęły współpracę techniczną przystępując do projektu Komisji Europejskiej mającego na celu zapewnienie dostępu do informacji na temat przedsiębiorstw w różnych wersjach językowych⁷. Podstawą podjętych działań była regulacja art. 2 pierwszej dyrektywy Rady w sprawie prawa spółek z 1968 r.⁸, w którym określono minimalny zakres informacji dotyczących spółek podlegających obowiązkowemu ujawnieniu przez państwa członkowskie. W efekcie wdrożenia kolejnych projektów, realizowanych w latach 1996-1998 i 2001-2003, uruchomiono serwis internetowy oferujący dostęp do danych rejestrowych państw europejskich, zarówno państw członkowskich, jak i spoza UE. Wpływ na dalszy rozwój EBR miało nałożenie na państwa członkowskie UE od 1 stycznia 2007 r. obowiązku prowadzenia rejestrów przedsiębiorstw w formie elektronicznej i udostępniania danych z rejestrów przez internet, zgodnie z dyrektywą 2003/58/WE⁹. Dotychczasowe

etapy współpracy krajów członkowskich w ramach EBR zostały podsumowane w Zielonej Księdze Komisji Europejskiej *Integracja rejestrów przedsiębiorstw* z 2009 r., w której ponadto przedstawiono postulaty dotyczące pogłębienia integracji rejestrów¹⁰.

Obecnie status członka EBR przysługuje 26 krajom i jurysdykcjom europejskim, z czego 12 krajów tworzy europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych¹¹. Członkowie EBR są jednocześnie stronami porozumienia o wymianie informacji, na mocy którego są zobowiązani do wzajemnego udzielania niewyłączonego dostępu do informacji zawartych w rejestrach handlowych w standardowym formacie¹². Zobowiązanie się kraju należącego do EBR do udostępnienia informacji stanowi minimalny wymóg, przewidziany dla wszystkich uczestników sieci, natomiast niektóre kraje dodatkowo działają jako dystrybutorzy informacji z innych krajowych rejestrów¹³. W odniesieniu do rozwiązań przyjętych w zakresie rejestru handlowego w Polsce, która nie należy do sieci EBR, sygnalizacyjnie warto wskazać, że dane o przedsiębiorcach gromadzone w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS) można uzyskać za pomocą wyszukiwarki udostępnionej w serwisie Ministerstwa Sprawiedliwości, ponadto uruchomiony został moduł umożliwiający korespondencję drogą elektroniczną z sądami rejestrowymi i Centralną Informacją KRS¹⁴.

Sieć EBR ma charakter zdecentralizowany - nie została utworzona jedna baza danych, a informacje z poszczególnych krajowych rejestrów przedsiębiorstw udostępniane są przez Internet za pośrednictwem wspólnego wielojęzycznego interfejsu. Zakres informacji oferowanych przez EBR obejmuje:

- standardowy europejski profil przedsiębiorstwa,
- krajowe profile przedsiębiorstwa (uzupełniające profil standardowy, m.in. o informacje na temat statutu, działalności i oddziałów przedsiębiorstwa);
- wykaz dyrektorów, bilanse, profile indywidualne¹⁵.

Z dostępu do informacji korzystają obywatele, przedsiębiorcy i organy administracji publicznej. Dzięki zastosowaniu wielojęzycznego słownika użytkownicy mają możliwość wyszukiwania informacji pochodzących z poszczególnych rejestrów według kryterium nazwy przedsiębiorstwa lub nazwiska osoby fizycznej, poprzez sformułowanie zapytania w dowolnym wybranym języku¹⁶.

Niezależnie od uruchomionej sieci EBR w ramach Unii Europejskiej podejmowane są dalsze prace, których celem jest poprawa transgranicznej dostępności i jakości wymiany informacji o przedsiębiorstwach. Uzasadnienie dla tego typu inicjatyw stanowi fakt, że forma dostępu do danych oferowana przez EBR uznawana jest za niewystarczającą z punktu widzenia potrzeb użytkowników¹⁷. Warto przykładowo wymienić w tym kontekście projekt badawczy *Business Register Interoperability Throu-*

⁴ COM(2008)329 wersja ostateczna. Szerzej zob. M. van Opijnen, op. cit., s. 41.

⁵ 2008/2125(INI).

⁶ Por. Zielona Księga Integracja rejestrów handlowych z 4 listopada 2009 r., KOM(2009)614 wersja ostateczna, s. 2 i n.

⁷ Zob. informacje dostępne na stronie internetowej EBR: <http://www.ebr.org/section/68/index.html>. Zob. także informacje dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość: https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_at_european_level-105-pl.do (dostęp dnia 08.11.2012 r.).

⁸ Pierwsza dyrektywa Rady z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (68/151/EWG) (Dz. Urz. WE L 65 z 14.3.1968, s. 8).

⁹ Dyrektywa 2003/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 lipca 2003 r. zmieniająca dyrektywę Rady 68/151/EWG w zakresie wymagań dotyczących jawności w odnie-

sieniu do niektórych typów spółek (Dz. Urz. UE L 221 z 4.9.2003, s. 13).

¹⁰ Zielona Księga Integracja..., s. 6 i n.

¹¹ Por. informacje dostępne na stronie internetowej EBR oraz w europejskim portalu E-sprawiedliwość. Zob. też M. van Opijnen, op. cit., s. 43-44.

¹² Zob. informacje na temat rejestrów handlowych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość.

¹³ M. van Opijnen, op. cit., s. 43.

¹⁴ Zob. <http://bip.ms.gov.pl/pl/rejstry-i-ewidencje/okrajowy-rejestr-sadowy/>. Niezależnie od KRS funkcjonuje internetowa baza przedsiębiorców w ramach Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej: <https://ceidg.gov.pl/> (dostęp dnia 08.11.2012 r.).

¹⁵ M. van Opijnen, op. cit., s. 43.

¹⁶ Ibidem, s. 43-44. Zob. też informacje na temat rejestrów handlowych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość.

¹⁷ Por. Zielona Księga Integracja..., s. 3, 7 i n.

ghout Europe (BRITE), dotyczący interoperacyjności rejestrów przedsiębiorstw w Europie¹⁸, czy projekt *Internal Market Information* (IMI), którego założeniem było wprowadzenie systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym jako narzędzia współpracy administracji publicznych państw członkowskich¹⁹. Istotne znaczenie dla pogłębienia współpracy krajów europejskich w dziedzinie integracji rejestrów przedsiębiorstw ma dyrektywa 2012/17/UE z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie integracji rejestrów centralnych, rejestrów handlowych i rejestrów spółek²⁰, formułująca wymóg harmonizacji i wzajemnego połączenia krajowych rejestrów centralnych, handlowych i spółek, m.in. w celu poprawy dostępu do informacji biznesowych oraz udostępniania tych informacji obywatelom w ich własnym języku. Dyrektywa przewiduje szerokie wykorzystanie europejskiego portalu E-sprawiedliwość jako elektronicznego punktu dostępu do informacji zgromadzonych w rejestrach handlowych²¹.

2.2. Rejestry nieruchomości

Efekty współpracy państw europejskich widoczne są od dłuższego czasu również w dziedzinie integracji rejestrów nieruchomości (ksiąg wieczystych). W celu ożywienia transgranicznego obrotu nieruchomościami i umożliwienia rozwoju rynków kredytowania hipotecznego w skali europejskiej, przy udziale instytucji unijnych zostały podjęte prace zmierzające do utworzenia wspólnego systemu informacji o nieruchomościach.

W 2002 r. w ramach programu eContent, wdrażanego przez Dyрекcję Generalną ds. Społeczeństwa Informacyjnego Unii Europejskiej, rozpoczęto realizację projektu pod nazwą Europejski Serwis Informacji o Gruntach (*European Land Information Service – EULIS*)²². Od 2006 r. funkcjonuje portal internetowy umożliwiający zarejestrowanym użytkownikom bezpośredni dostęp do danych ujętych w rejestrach prowadzonych w krajach uczestniczących w programie EULIS. Postulat dalszego rozwijania współpracy krajowych rejestrów nieruchomości w ramach EULIS zgłosiła Komisja Europejska w Białej Księdze dotyczącej integracji rynków kredytu hipotecznego w UE z 2007 r.²³. Wzrastające zapotrzebowanie na powszechny dostęp do informacji o nieruchomościach w Europie zostało wyekspozowane również

w załączniku III do dokumentu roboczego służb Komisji dołączonego do Białej Księgi²⁴. Dokument zawiera ponadto wskazanie znaczących różnic między krajowymi systemami rejestracji nieruchomości, m.in. w odniesieniu do sposobu ujawniania danych rejestrowych i stopnia z informatyzowania rejestrów²⁵.

Uczestnikami systemu EULIS są aktualnie Anglia i Walia, Austria, Finlandia, Irlandia, Litwa, Hiszpania, Holandia, Norwegia i Szwecja, jednocześnie grupa kilkunastu innych krajów europejskich prowadzi przygotowania do przystąpienia do programu²⁶. W grupie tej nie ma jak dotąd Polski, mimo dokonanych w ostatnich latach postępów w procesie informatyzacji ksiąg wieczystych w ramach projektu Nowa Księga Wieczysta, obejmującego m.in. uruchomienie internetowej przeglądarki ksiąg wieczystych²⁷.

Portal EULIS umożliwia wgląd do danych o zagranicznych nieruchomościach za pośrednictwem krajowych elektronicznych rejestrów nieruchomości, w których użytkownicy dokonują rejestracji, następnie uzyskują połączenie z serwisem EULIS i mogą wybrać rejestr jednego z krajów objętych programem. Dostęp do danych podlega opłatom w ramach zwykłych krajowych systemów rozliczeń²⁸. Korzystający z portalu EULIS, poza dostępem do informacji o stanie prawnym nieruchomości, mają możliwość uzyskania informacji pomocniczych dotyczących obowiązujących w danym kraju regulacji prawnych z zakresu obrotu nieruchomościami. Serwis oferuje ponadto dostęp do wielojęzycznego słownika wspólnych terminów²⁹. Na razie portal przeznaczony jest jedynie dla określonych kategorii użytkowników (notariuszy, adwokatów, banków i agentów nieruchomości), a w przyszłości ma być udostępniony wszystkim zainteresowanym³⁰.

W 2012 r. w ramach systemu EULIS zakończony został realizowany w ostatnich latach projekt Informacje o Nieruchomościach w Europie (*Land Information for Europe – LINE*), którego założeniem było m.in. zacieśnienie współpracy między instytucjami prowadzącymi krajowe rejestry nieruchomości i uruchomienie platformy typu 2.0 umożliwiającej świadczenie przez nie usług transgranicznych³¹.

²⁴ SEC(2007) 1683, załącznik III.

²⁵ Szerzej zob. M. van Opijnen, op. cit., s. 46.

²⁶ Zob. <http://eulis.eu/service/countries/> (dostęp dnia 09.11.2012 r.). Por. m.in. M. van Opijnen, op. cit., s. 47.

²⁷ Zob. <http://bip.ms.gov.pl/pl/rejestr-i-ewidencje/nowa-ksiega-wieczysta/> (dostęp dnia 09.11.2012 r.). Szerzej na temat realizacji projektu Nowa Księga Wieczysta zob. m.in. D. Bogucki, Projekt Nowa Księga Wieczysta a reforma ksiąg wieczystych, „Rejent” 1998, nr 6, s. 13-22; A. Gryszczyńska, Nowa Księga Wieczysta. Informatyzacja rejestru publicznego, Warszawa 2011, s. 182-225; G. Kołodziejska, W. Kapusta, D. Bogucki, Informatyczna księga wieczysta - omówienie wstępnych założeń systemowych (Warszaty - Popowo w dniach 20-21 grudnia 1997 r.), „Rejent” 1998, nr 6, s. 49-87; P. Mysiak, Elektroniczna księga wieczysta - dążenie do nowej jakości w obrocie, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 15, s. 702-705; A. Maziarz, Elektroniczna księga wieczysta, „Nieruchomości. Prawo, podatki, praktyka” 2009, nr 12, s. 14-17; A. Stefańska, Elektroniczna księga wieczysta, Warszawa 2006, s. 13 i n.

²⁸ Na temat funkcjonowania serwisu EULIS zob. szerzej m.in. M. Kaczorowska, Rola Europejskiego Serwisu..., s. 129-130; eadem, Znaczenie dostępu..., s. 42-45; M. van Opijnen, op. cit., s. 47 oraz literatura tam przywołana. Zob. też informacje na temat ksiąg wieczystych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość oraz na stronie internetowej <http://eulis.eu/service/> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

²⁹ Szerzej zob. S. Nasarre-Aznar, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, Zentrum für Europäische Rechtspolitik - Diskussionspapier 2008, nr 7, s. 12; M. van Opijnen, op. cit., s. 48; H. Ploeger, B. van Loenen, op. cit., s. 5-6; E. Tiainen, Directions in modeling Land Registration and Cadastre Domain - Aspects of EULIS glossary approach, semantics and information services, http://www.fig.net/commission7/bamberg_2004/papers/ts_03_01_tiaien.pdf (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

³⁰ Por. P. Armada-Rudnik, op. cit., s. 11.

³¹ Szerzej zob. informacje na temat ksiąg wieczystych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość oraz na stronie internetowej <http://eulis.eu/project-line/> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

¹⁸ <http://www.briteproject.eu/> (dostęp dnia 09.11.2012 r.). Zob. na ten temat Zielona Księga Integracja..., s. 8.

¹⁹ Zob. na ten temat Zielona Księga Integracja..., s. 8-9.

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/17/UE z dnia 13 czerwca 2012 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/666/EWG i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/56/WE i 2009/101/WE w zakresie integracji rejestrów centralnych, rejestrów handlowych i rejestrów spółek (Dz. Urz. UE L 156 z 16.6.2012, s. 1).

²¹ Zob. informacje na temat rejestrów handlowych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość.

²² <http://eulis.eu/> (dostęp dnia 09.11.2012 r.). Na temat realizacji projektu EULIS zob. szerzej P. Armada-Rudnik, Przyszłość ksiąg wieczystych po elektronizacji, „Nieruchomości. Prawo, podatki, praktyka” 2009, nr 12, s. 10-11; M. Kaczorowska, Rola Europejskiego Serwisu Informacji o Gruntach w poszerzaniu dostępu do elektronicznych rejestrów nieruchomości w Europie, [w:] Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studenckiego Koła Naukowego - Blok Prawa Komputerowego, pod red. E. Galewskiej i S. Koteckiej, Wrocław 2012, s. 127 i n.; eadem, Znaczenie dostępu do elektronicznych rejestrów nieruchomości dla rozwoju wspólnego rynku na przykładzie Europejskiego Serwisu Informacji o Gruntach (EULIS), „Rejent” 2011, nr 12, s. 41 i n.; H. Ploeger, B. van Loenen, Harmonization of Land Registry in Europe, www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf, s. 5 i n. Zob. też informacje na temat ksiąg wieczystych na szczble UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość: https://e-justice.europa.eu/content_land_registers_at_european_level-108-pl.do (dostęp dnia 09.11.2012 r.).

²³ KOM(2007) 807 wersja ostateczna, s. 10.

W kontekście poszerzania jawności europejskich rejestrów nieruchomości na uwagę zasługuje ponadto współpraca serwisu EULIS z Europejskim Stowarzyszeniem Rejestrów Gruntów (*European Land Registry Association – ELRA*)³². Celem stowarzyszenia ELRA, zrzeszającego 29 organizacji prowadzących rejestry nieruchomości, jest rozwój rejestrów na rynkach nieruchomości i kapitałowych, a także upowszechnianie wiedzy na temat roli rejestrów w obrocie. Spośród projektów realizowanych aktualnie przez stowarzyszenie należy wymienić projekt poświęcony transgranicznemu elektronicznemu przenoszeniu tytułu własności nieruchomości (*Cross-Border Conveyancing Reference Framework – CROBECO*) i projekt Europejska Sieć Rejestrów Nieruchomości (*European Land Registry Network – ELRN*). Projekty te zakładają efektywne wykorzystanie technologii informacyjno-komunikacyjnych na potrzeby informowania i współpracy w zakresie funkcjonowania rejestrów nieruchomości³³.

2.3. Rejestry upadłości

Podjęmowane działania w celu usprawnienia dostępu do informacji na temat niewypłacalności oraz integracji rejestrów upadłości w wymiarze europejskim podyktowane są dążeniem do zniwelowania przeszkód zakłócających funkcjonowanie rynku wewnętrznego, jakie wynikają z trudności związanych z odzyskiwaniem transgranicznych długów³⁴. Co prawda pewien zasób danych o podmiotach w upadłości zamieszcza się także w rejestrach przedsiębiorstw, jednak rejestry upadłości zawierają bardziej szczegółowe informacje, dotyczące m.in. etapów i stron postępowania upadłościowego, co stanowi znaczne ułatwienie dla wierzycieli dochodzących należności³⁵.

Podkreślenia wymaga daleko idące zróżnicowanie krajowych regulacji w odniesieniu do postępowań upadłościowych, jak również rejestrów upadłości³⁶. Różnice dotyczą m.in. podmiotów prowadzących rejestry, zakresu ujawnianych informacji czy zasad dostępu do rejestru; w niektórych państwach natomiast rejestry upadłości nie funkcjonują. W Polsce nie wprowadzono do tej pory osobnego rejestru upadłości, a informacje o podmiotach w upadłości dostępne są za pośrednictwem KRS³⁷. Przedstawione w ostatnim czasie plany Ministerstwa Sprawiedliwości przewidują nowelizację prawa upadłościowego i naprawczego oraz stworzenie Centralnego Rejestru Upadłości³⁸.

Pomimo trudności wynikających z odmienności unormowań w zakresie rejestrów upadłości w skali europejskiej, ze względu na znaczenie szeroko dostępnych informacji o sytuacji prawnej i finansowej dłużników dla zwiększenia pewności obrotu na jednolitym rynku, podjęto działania w celu opracowania potwierdzenia słuszności koncepcji połączenia rejestrów upadłości, z udziałem kilku państw członkowskich (Austrii, Czech, Estonii, Holandii, Łotwy, Niemiec, Portugalii, Słowenii i Włoch)³⁹. Wykorzystany w ramach tej inicjatywy model wyszukiwania danych w rejestrach wskazuje na potencjalną możliwość stworzenia wspólnego portalu udostępniającego informacje z krajowych rejestrów upadłości, bez konieczności tworzenia centralnej bazy danych. Istotnym punktem odeniesienia w pracach nad połączeniem rejestrów w sieć jest holenderski rejestr upadłości, uznawany za szczególnie zaawansowany technologicznie na tle innych krajowych rozwiązań w tej dziedzinie⁴⁰.

2.4. Rejestry testamentów

Możliwość swobodnego przemieszczania się obywateli krajów europejskich w obrębie UE nie tylko sprzyja rozwijaniu stosunków ekonomicznych w wymiarze transgranicznym, ale również jej konsekwencją jest coraz większa liczba testamentów sporządzanych przez spadkodawców za granicą. W takich przypadkach, o ile testamentu nie złożono np. w sądzie lub u notariusza, odnalezienie go przez spadkobierców może wiązać się z poważnymi trudnościami, a nawet testament może pozostać nieznan⁴¹. Stanowi to podstawę zgłaszanych postulatów dotyczących upowszechnienia rejestracji testamentów. W skali Europy istnieją różne rozwiązania w tym zakresie – niektóre krajowe regulacje nakładają na spadkodawcę obowiązek dokonania rejestracji testamentu, na gruncie innych rejestracja ma charakter fakultatywny, natomiast w części krajów członkowskich UE nie są w ogóle prowadzone rejestry testamentów⁴². W tym kontekście warto zaznaczyć, że od 2011 r. w Polsce działa Notarialny Rejestr Testamentów (NORT) w postaci bazy informatycznej, w której odnotowuje się, na wniosek zainteresowanej osoby, że testament został przez nią sporządzony lub zdeponowany w kancelarii notarialnej⁴³.

Problematyka rejestracji testamentów została poruszona przez Komisję Europejską w Zielonej Księdze *Prawo spadkowe i testamenty* z 2005 r.⁴⁴, zawierającej pytania odnoszące się do harmonizacji prawa spadkowego w Unii Europejskiej sformułowane na potrzeby przeprowadzenia konsultacji. Przedmiotem pytań była m.in. potrzeba wprowadzenia systemu rejestracji testamentów we wszystkich państwach członkowskich, a także sposób uła-

³² <http://www.elra.eu/> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

³³ Zob. informacje na temat ksiąg wieczystych na szczeblu UE dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość oraz na stronie internetowej http://www.elra.eu/?page_id=636 (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

³⁴ Por. Zielona Księga Skuteczne wykonywanie orzeczeń w Unii Europejskiej: dostępność informacji o majątku dłużnika z dnia 6 marca 2008 r., KOM(2008) 128 wersja ostateczna.

³⁵ M. van Opijnen, op. cit., s. 49. Zob. też informacje na temat rejestrów upadłości dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość: https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-pl.do (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

³⁶ Ibidem. Zob. też rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. WE L 160 z 30.6.2000 r., s. 1).

³⁷ Zgodnie z art. 4 ust. 4b ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.) Centralna Informacja KRS udostępnia bezpłatnie, w ogólnodostępnych sieciach teleinformatycznych, listę podmiotów, wobec których w dziale 6 rejestru przedsiębiorców wpisano informację o ogłoszeniu upadłości, zawierającą takie dane jak data wydania orzeczenia o ogłoszeniu upadłości wraz z określeniem sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego, a także data oraz sposób zakończenia postępowania upadłościowego. Niezależnie od tego w ramach KRS prowadzony jest rejestr dłużników niewypłacalnych (art. 55 i n. ustawy).

³⁸ Zob. <http://ms.gov.pl/pl/informacje/news,4394,drugie-expose-deregulacja-zawodowcentrum.html> (dostęp dnia 10.11.2012 r.). Zob. też np. M. Piasecka-Sobkiewicz, Droga do-

chodzenia roszczeń będzie szybsza, http://prawo.gazetaprawna.pl/wywiady/651985,droga_dochodzenia_roszczen_będzie_szybsza.html (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

³⁹ M. van Opijnen, op. cit., s. 53.

⁴⁰ Ibidem, s. 49 i n.

⁴¹ Zob. M. Jagielska, Rejestr testamentów, „Rejent” 2006, nr 2, s. 83 i n.; M. Kajkowska-Gratys, M. Przychodźki, Powstanie europejski system rejestracji testamentów, „Rzeczpospolita” 2007, nr 38, s. C4; iidem, Projekt założeń ustawy o rejestrze testamentów, „Rejent” 2007, nr 6, s. 91 i n.; M. van Opijnen, op. cit., s. 59-60 oraz literatura tam przywołana.

⁴² Zob. informacje na temat testamentów dostępne w europejskim portalu E-sprawiedliwość: https://e-justice.europa.eu/content_wills-174-pl.do (dostęp dnia 10.11.2012 r.) oraz na stronie internetowej <http://www.arert.eu/Information-sheets.html> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

⁴³ <http://www.rejestr.net.pl/> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

⁴⁴ Zielona Księga Prawo spadkowe i testamenty z 1 marca 2005 r., COM(2005) 65 wersja ostateczna, s. 12.

twienia potencjalnym spadkobiercom i właściwym władzom dostępu do rejestrów krajowych bądź scentralizowanego rejestru⁴⁵.

Niezależnie od działań podejmowanych przez instytucje UE, idea połączenia krajowych rejestrów testamentów realizowana jest w ramach Stowarzyszenia na rzecz Europejskiej Sieci Rejestrów Testamentów (*European Network of Registers of Wills Association – ENRWA*)⁴⁶. Stworzona sieć rejestrów umożliwia notariuszom kierowanie zapytań do rejestrów zagranicznych za pośrednictwem właściwego rejestru krajowego, w celu uzyskania informacji na temat zarejestrowanych testamentów⁴⁷. Aktualnie stowarzyszenie zrzesza 17 krajów, wśród których jest także Polska.

3. Perspektywy integracji rejestrów

Realizacja projektów przewidujących stopniową integrację europejskich rejestrów wymaga wypracowania i wdrożenia odpowiednich rozwiązań prawnych, technicznych i organizacyjnych, które umożliwiłyby sprawny i szeroki dostęp do danych w ramach tworzonej sieci elektronicznych, z jednoczesnym zagwarantowaniem pewności obrotu, a także uwzględnieniem odrębności krajowych regulacji w zakresie systemów rejestracji. Podejmowane prace w tej dziedzinie, pomimo osiąganych postępów współpracy między państwami europejskimi, równocześnie ujawniają liczne trudności, które w znacznej mierze ograniczają rozwój elektronicznych sieci rejestrów.

Jedną z głównych przeszkód w procesie integracji rejestrów są daleko idące różnice między krajowymi systemami rejestracji w skali Europy, co potwierdzają omówione przykłady rejestrów przedsiębiorstw, nieruchomości, upadłości i testamentów. Dotyczą one zarówno kwestii proceduralnych, w tym związanych z trybem ujawniania danych w rejestrach, jak i różnego rodzaju regulacji z zakresu prawa materialnego, które determinują sposób interpretacji informacji zaczerpniętych z rejestrów⁴⁸. Unormowane w poszczególnych systemach prawnych instytucje nierzadko nie mają odpowiedników w obcych regulacjach, co potencjalnie znacząco utrudnia właściwe wykorzystanie tego typu informacji udostępnionych zainteresowanym podmiotom zagranicznym. Tym samym, oferowane użytkownikom tworzone europejskich sieci rejestrów tłumaczenia określonych pojęć na język angielski lub inne języki, które mają ułatwiać korzystanie z dostępnych danych rejestrowych, w wielu przypadkach nie spełniają swojej roli, bowiem nie oddają specyfiki unormowań obowiązujących w obcych porządkach prawnych. Na ograniczenie możliwości łączenia rejestrów wpływają w dużym stopniu odmienne rozwiązania w zakresie udostępniania informacji publikowanych w rejestrach, szczególnie zaś fakt, że w niektórych krajach w ogóle nie są prowadzone określone rodzaje rejestrów lub rejestry nie udostępniają informacji w formie elektronicznej, co powoduje niejednokrotnie wstrzymanie realizacji tego typu inicjatyw.

Istotne znacznie dla poprawy skuteczności działań w sferze integracji rejestrów ma również dobór metody łączenia rejestrów w sieć. Obecnie w praktyce stosowany jest sposób integracji rejestrów przewidujący utworzenie punktów dostępu w rejestrach krajowych, wykorzystywany w systemach EBR i EULIS. Jak się wskazuje, formuła zwykłego połączenia rejestrów daje uczestnikom sieci pewną elastyczność, ponadto wyłącza konieczność poniesienia nakładów, jakie wiązałyby się z budową centralnej bazy danych. Z drugiej strony jednak tego typu rozwiązanie ogranicza możliwości pełnej integracji rejestrów, zawężając daną sieć elektroniczną do jednej dziedziny⁴⁹. Jedną z alternatywnie rozważanych technik łączenia rejestrów jest stworzenie jednej lub większej liczby europejskich baz danych czyli wspólnych jednolitych rejestrów. W efekcie zastosowania tej metody możliwe byłoby osiągnięcie znaczącego pogłębienia integracji rejestrów, ale jednocześnie jest ona uznawana za skomplikowaną i kosztowną. Wymagałaby bowiem m.in. wprowadzenia instrumentów gwarantujących ochronę danych oraz skutecznych zabezpieczeń, co więcej konieczność uwzględnienia znaczących różnic między krajowymi systemami prawnymi stanowiłaby poważne utrudnienie. Należy ponadto mieć na uwadze kwestię ewentualnych podstaw prawnych i kompetencji instytucji unijnych w odniesieniu do unifikacji poszczególnych dziedzin prawa⁵⁰. Oprócz wskazanych rozwiązań, wśród rozważanych propozycji w zakresie łączenia rejestrów można wymienić również wariant połączenia rejestrów za pośrednictwem centralnego portalu dla każdego rodzaju rejestru czy za pośrednictwem portalu E-sprawiedliwość⁵¹.

Ze względu na zasygnalizowane powyżej trudności w rozwiązywaniu elektronicznych sieci rejestrów, zakładane rezultaty w zakresie faktycznego poszerzenia dostępności danych rejestrowych i w konsekwencji intensyfikacji obrotu na wspólnym rynku mogą być osiągane dopiero w dłuższej perspektywie czasowej, po stworzeniu odpowiednich warunków współpracy krajowych instytucji odpowiedzialnych za prowadzenie rejestrów. W celu umożliwienia objęcia siecią zintegrowanych rejestrów jak największej liczby uczestników, niezbędne jest m.in. dostosowanie poziomu zinformowania systemów rejestracji funkcjonujących w skali Europy. Jednocześnie należy zaakcentować, że działania te powinny respektować odmienne tradycje prawne poszczególnych krajów europejskich, jak również powinny zostać wdrożone mechanizmy w zakresie skutecznej ochrony udostępnianych powszechnie danych.

4. Zakończenie

Prowadzone z inicjatywy instytucji Unii Europejskiej, a także różnych organizacji działania zmierzające do ściślejszej współpracy państw europejskich w dziedzinie udostępniania informacji z rejestrów publicznych odnoszących się do spraw z zakresu prawa cywilnego i handlowego, potwierdzają znaczenie stosowania na szeroką skalę technologii informatycznych i komunikacyjnych dla usprawniania swobodnego przepływu kapitału, towarów i usług, a tym samym rozwijania wspólnego rynku i podnoszenia jego konkurencyjności. Jednocześnie, na podstawie dokonanego przeglądu wybranych projektów łączenia rejestrów w sieci elektroniczne,

⁴⁵ Zob. M. Pazdan, *Zielona Księga o dziedziczeniu i testamentach - propozycje odpowiedzi na pytania*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 16-26.

⁴⁶ <http://enrwa.eu> (dostęp dnia 10.11.2012 r.).

⁴⁷ Zob. M. van Opijnen, op. cit., s. 60.

⁴⁸ Przykładowo, w odniesieniu do rejestrów nieruchomości można wskazać różnice w zakresie przedmiotu rejestracji (tytuły prawne do nieruchomości albo dokumenty) czy skutków prawnych wpisów dokonywanych w rejestrze (wpisy konstytutywne albo deklaratoryjne). Szerzej na ten temat zob. M. Kaczorowska, *Rola Europejskiego Serwisu...*, s. 130 i n.; eadem, *Znaczenie dostępu...*, s. 46 i n. oraz literatura tam przywołana.

⁴⁹ Por. M. van Opijnen, op. cit., s. 61.

⁵⁰ Ibidem, s. 60. Zob. też M. Kaczorowska, *Znaczenie dostępu...*, s. 52.

⁵¹ Szerzej zob. M. van Opijnen, op. cit., s. 61-62.

można dostrzec stale aktualną potrzebę udoskonalania oferowanych użytkownikom narzędzi umożliwiających powszechny dostęp do danych rejestrowych. Szczególnie doniosła w tym aspekcie jest konieczność wdrażenia rozwiązań eliminujących ryzyko związane z działaniem w zaufaniu do uzyskiwanych informacji, jak również z ewentualną błędną ich interpretacją, a ponadto zapewniających odpowiedni poziom ochrony ujawnianych danych.

Również w Polsce podejmowane są liczne inicjatywy, których celem jest dalszy rozwój istniejących rejestrów udostępnianych w formie elektronicznej, a także informatyzacja kolejnych dziedzin prawa związanych z dokumentowaniem różnego rodzaju danych, o czym świadczy np. uruchomienie nowego rejestru testamentów⁵². Można zatem spodziewać się, że Polska będzie aktywnie włączać się w realizację ogólnoeuropejskich projektów dotyczących integracji rejestrów.

Abstract

Maria Kaczorowska in the article: "Wykorzystanie technologii informatycznych w procesie integracji europejskich rejestrów" (The use of information technology in the process of integration of European register) reviews to the following examples of registers: enterprises, land, bankruptcy and will. Having access to reliable information on enterprises (embracing among others: data regarding a legal form, location, capital, means of representing an enterprise) by members of trade is of a key significance to the transparency and security of trade transactions. Within the European Union the cross-border access to data from trade registers guarantees the rightful operations of the common market and, at the same time, free flow of capital, commodities and services. The effects of cooperation of the European states have been visible in the land register.

In order to revive the cross-border trade in properties and allowing for the development of mortgage markets on the European scale, with the participation of the European Union institutions, work has been undertaken in order to create a common system on property information.

The author expects that Poland will actively join the pan-European projects on register integration. Next she analyses the will register with regard to the European Commission derivatives and the idea of connecting domestic will registers.

The actions undertaken to facilitate the access to information on unsolvency and integration of bankruptcy registers on the European scale are, in the opinion of the author, dictated by striving for eliminating the obstacles impeding the functioning of internal market, which, in turn, come from difficulties of recovering cross-border debts.

⁵² W tym kontekście istotną rolę należy przypisać postulatом zgłaszanym przez przedstawicieli doktryny, dotyczącym unowocześniania systemu krajowych rejestrów. Przykładowo zob. referaty wygłoszone podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej 10 Lat Prawa Nowych Technologii we Wrocławiu, która odbyła się w dniach 13-14 listopada 2012 r. we Wrocławiu, opublikowane w Księdze pamiątkowej z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej....

MGR EDYTA KONOPCZYŃSKA

PROJEKT REFORMY SYSTEMU ZBIOROWEGO ZARZĄDZANIA PRAWAMI AUTORSKIMI NA JEDNOLITYM RYNKU CYFROWYM

Wstęp

Kierunek polityki europejskiej dla zarządzania prawami autorskimi w przestrzeni cyfrowej.

W czasie debaty, która odbyła się 11 października 2012 r. Sejm wyraził sprzeciw wobec projektu unijnej dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie (COM (2012) 372 finał). W dniu 12 października 2012 r. przyjęto uchwałę Sejmu w sprawie uznania tego projektu za niezgodny z zasadą pomocniczości. Tymczasem projekt unijnej dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne, udostępniane w Internecie jest konsekwencją obranej przez Unię w 2010 r. polityki i strategii wzrostu „Europa 2020”. Jest to odpowiedź na potrzeby inteligentnej i zrównoważonej gospodarki sprzyjającej włączeniu społecznemu w zmieniającym się świecie¹.

Realizując program „Europa 2020” w dniu 19 maja 2010 r. Komisja Europejska przedstawiła Agendę cyfrową (KOM (2010) 245), czyli zarys planu działań na rzecz pobudzenia koniunktury i zwiększenia dobrobytu w Europie. Agenda cyfrowa to pierwsza z siedmiu inicjatyw podejmowanych w ramach strategii „Europa 2020”, która znacząco ma się przyczynić do wzrostu gospodarki Unii Europejskiej oraz przynieść korzyści wynikające z epoki cyfrowej wszystkim grupom społecznym. Jednym z priorytetowych obszarów określonych w Agendzie jest stworzenie jednolitego rynku cyfrowego i zwiększenie zaufania obywateli do Internetu. W akcie stwierdzono, że: „Obywatele powinni mieć możliwość korzystania z usług handlowych i kulturalno-rozrywkowych w wymiarze transgranicznym, ale rynki usług internetowych w Unii są nadal podzielone barierami, które utrudniają dostęp do paneuropejskich usług telekomunikacyjnych oraz usług i treści cyfrowych. Liczba pobieranych plików muzycznych jest obecnie cztery razy wyższa w USA niż w UE z uwagi na brak legalnych ofert i fragmentację rynków. Intencją Komisji jest otwarcie dostępu do legalnych treści w Internecie poprzez uproszczenie procesu udostępniania praw autorskich, zarządzania nimi i wydawania licencji transgranicznych”². W celu realizacji między innymi tych założeń przewiduje się

podjęcie w ramach Agendy cyfrowej około 100 działań, w tym 31 działań o charakterze legislacyjnym.

Kolejnym europejskim aktem, realizującym program Europa 2020 był Komunikat Komisji Europejskiej wydany w dniu 24 maja 2011 r. (KOM (2011) 287) „Jednolity rynek w obszarze praw własności intelektualnej – Wspieranie kreatywności i innowacji celem zapewnienia wzrostu gospodarczego, atrakcyjnych miejsc pracy oraz wysokiej jakości produktów i usług w Europie”. Jednym z omówionych w Komunikacie tematów było zarządzanie prawami autorskimi w Europie oraz konieczność stworzenia kompleksowych ram dla praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym. Stwierdzono, że „niezależnie od stosowanej technologii, reforma praw autorskich na rynku wewnętrznym powinna mieć postać „ustawodawstwa umożliwiającego”, pozwalającego na wykorzystywanie praw autorskich w najbardziej wydajny sposób, a tym samym – stworzenie właściwych zachęt do działalności twórczej i inwestycji, rozwijania nowatorskich modeli biznesowych oraz upowszechniania utworów. Zmiany powinny przyczynić się do poszerzenia i pogłębienia katalogu utworów dostępnego dla wszystkich konsumentów w całej Unii Europejskiej”³. W celu realizacji tych założeń miały powstać w Komisji wnioski służące stworzeniu ram prawnych dla zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, które mają umożliwić licencjonowanie ogólnoeuropejskie. Podkreślono, że nowe ramy powinny zawierać wspólne przepisy dotyczące zarządzania, przejrzystości oraz skutecznego nadzoru, w tym w odniesieniu do zarządzanych zbiorowo źródeł przychodów.

W Polsce dokumentem programowym w obszarze społeczeństwa informacyjnego jest „Strategia rozwoju społeczeństwa informacyjnego w Polsce do roku 2013”, przyjęta uchwałą Rady Ministrów 23 grudnia 2008 r. Wskazuje on wizję społeczeństwa informacyjnego w Polsce i wyznacza strategiczne cele działań władz publicznych w tym obszarze. Rządu Rzeczypospolitej Polskiej wyraził poparcie dla kierunku działań zaproponowanego przez Komisję Europejską w Komunikacie Europejska Agenda Cyfrowa oraz podzielił pogląd, że konieczne jest stworzenie efektywniejszych niż obecnie metod budowania legalnej oferty treści, kształtowania sprzyjającego otoczenia dla działalności twórców i innych posiadaczy praw oraz zapewnienia równych szans w tworzeniu nowych modeli biznesowych oraz innowacyjnych rozwiązań dystrybucji twórczości w środowisku cyfrowym. Zastrzeżono jednak, że proponowane rozwiązania „nie mogą

¹ http://ec.europa.eu/europe2020/index_pl.htm

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:PL:PDF>

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0287:FIN:PL:HTML>

umacniać monopoli największych podmiotów, które są w stanie zapewnić rozpowszechnianie swoich treści na całym rynku UE, przy jednoczesnej marginalizacji mniejszych organizacji i twórców mniej popularnych w Europie. Powinny również wydatnie ułatwiać użytkownikom dostęp do pełnego repertuaru europejskiego, który obecnie zapewniają⁴.

W niniejszym artykule omówię projekt dyrektywy głównie w odniesieniu do proponowanych zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, a także przeanalizuję argumenty, które podejmowane były w czasie debaty sejmowej i zawarte w uchwale Sejmu, którą określono przedmiotowy projekt unijny, jako niezgodny z zasadą pomocniczości.

I. Cele projektu unijnej dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskim oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie.

W odniesieniu do przedstawionej powyżej polityki Unii Europejskiej, która została wyznaczona dla obszaru praw własności intelektualnej w przestrzeni cyfrowej, projekt dyrektywy w sprawie zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie (COM (2012) 372 finał) jest wyrazem konsekwentnej realizacji zamierzonych celów. W projekcie dyrektywy stwierdzono konieczność podjęcia działań w dwóch obszarach – funkcjonowania organizacji zbiorowego zarządzania i wieloterytorialnych licencji na utwory muzyczne w Internecie. Celem projektu dyrektywy jest wprowadzenie odpowiednich ram prawnych regulujących zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi, poprzez określenie przepisów zapewniających skuteczniejsze nadzorowanie wszystkimi organizacjami zbiorowego zarządzania oraz ich większą przejrzystość, a także ułatwianie udzielania przez organizacje zbiorowego zarządzania reprezentujące twórców licencji wieloterytorialnych, dotyczących praw autorskich do utworów muzycznych⁵.

Udzielenie licencji przez podmiot praw autorskich lub praw pokrewnych jest wymagane w przypadku świadczenia dowolnej usługi – także w Internecie, która obejmuje eksploatację chronionego utworu, np. piosenki lub utworu muzycznego, lub też innego chronionego przedmiotu prawa autorskiego, takiego jak fonogram lub wykonanie. Licencja wymagana jest od wszystkich podmiotów praw autorskich (twórców, wykonawców, producentów). W niektórych branżach licencje są najczęściej udzielane bezpośrednio przez poszczególne podmioty praw autorskich (np. producentów filmowych), w innych natomiast bardzo ważną rolę odgrywa zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi. Podmioty uprawnione powierzają przysługujące im prawa organizacji zbiorowego zarządzania, która dysponuje tymi prawami w ich imieniu. Organizacje tego rodzaju świadczą również usługi, które obejmują: udzielanie użytkownikom licencji, administrowanie wynagrodzeniami autorskimi, wypłatę należnych kwot podmiotom praw autorskich oraz egzekwowanie tych praw.

W poszczególnych państwach członkowskich wypracowano różne podejścia w zakresie regulacji zbiorowego zarządzania,

ale jak stwierdzono w dokumencie roboczym służb Komisji Europejskiej (SWD (2012) 205 finał) towarzyszącemu projektowi dyrektywy – „w ostatnich latach coraz częstsze były przypadki wskazujące na niedostateczne systemy kontroli w niektórych organizacjach zbiorowego zarządzania”⁶. Zauważono, że podmioty uprawnione, zarówno krajowe, jak i zagraniczne, nie są w pełni informowane o działalności prowadzonej przez organizacje zarządzające ich prawami i nie mają możliwości sprawowania nad nimi rzeczywistej kontroli, zwłaszcza jeśli chodzi o pobieranie należności licencyjnych, zarządzanie nimi oraz ich wypłatę. W dokumencie wskazuje się także na udowodnione przypadki nieefektywnego zarządzania finansami w niektórych organizacjach, które przyjmują postać gromadzenia należności licencyjnych bez należytego nadzoru lub też nieprawidłowe nimi zarządzanie⁷. W trakcie konsultacji społecznych, kiedy zapytano o zdanie między innymi stowarzyszenia twórców, wydawców, użytkowników komercyjnych oraz konsumentów, podmioty te wyraziły opinię, że konieczne jest podjęcie konkretnych środków w zakresie zarządzania organizacjami zbiorowego zarządzania oraz ich przejrzystości. Tymczasem same organizacje są przekonane, że wystarczy w tym zakresie samoregulacja na poziomie krajowym.

Dlatego celem projektu dyrektywy jest dopilnowanie na poziomie europejskim, by zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi przyczyniało się do rozwoju jednolitego rynku dzięki spójnym i wydajnym przepisom ramowym w zakresie zarządzania i przejrzystości dotyczącym zbiorowego zarządzania prawami oraz dzięki usprawnionym procesom udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących utworów muzycznych. Powinno to ułatwić konsumentom dostęp do bogatszej oferty towarów i usług w obszarze kultury, do bardziej urozmaiconego repertuaru – a w przypadku środowiska internetowego – ułatwić dostęp do licencji umożliwiających świadczenie usług muzycznych na terytorium całej UE. Wraz z rozwojem jednolitego rynku internetowych treści kulturowych pojawiły się bowiem apele o zmiany w systemie udzielania licencji dotyczących praw autorskich, zwłaszcza licencji dotyczących praw autorskich do utworów muzycznych, w związku z trudnościami doświadczanymi przez dostawców internetowych usług muzycznych w nabywaniu licencji na wykorzystanie zbiorczego repertuaru na terytorium więcej niż jednego państwa członkowskiego. Natomiast wyeliminowanie dotychczasowych ograniczeń ma zasadnicze znaczenie dla upowszechnienia legalnej oferty utworów muzycznych w Internecie w UE. Projekt unijnej dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie (COM (2012) 372 finał) ma zatem na celu: a) poprawę standardów w zakresie zarządzania i przejrzystości mających zastosowanie do organizacji zbiorowego zarządzania, aby umożliwić podmiotom praw autorskich sprawowanie nad nimi skuteczniejszej kontroli oraz przyczynić się do skuteczniejszego zarządzania tymi organizacjami oraz b) ułatwienie udzielania przez organizacje zbiorowego zarządzania licencji wieloterytorialnych dotyczących autorskich praw majątkowych do utworów muzycznych w celu umożliwienia świadczenia internetowych.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0205:FIN:PL:PDF>

⁷ Przykładowo mechanizm repartycji kwot zebranych przez organizacje zbiorowego zarządzania z opłat reprograficznych opisuję w artykule „Kto zarabia na dozwolonym użytku”, Rzeczpospolita 01.06.2012r. <http://prawo.rp.pl/artykul/885093.html>

⁴ szs.mac.gov.pl/download/56/.../Europejska_Agenda_Cyfrowa.pdf

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0372:FIN:PL:PDF>

Jeżeli projekt dyrektywy zostanie przyjęty w zaproponowanym kształcie – twórcy i inni uprawnieni zyskaliby możliwość realnego wyboru organizacji, której powierzą zarząd nad swoimi prawami autorskimi. Mogliby sprawdzić, ile kosztuje pośrednictwo poszczególnych organizacji oraz ocenić ich skuteczność. Na tej podstawie mogliby dojść do wniosku, że najkorzystniej dla nich jest zawrzeć umowę nie z organizacją krajową, ale inną – zagraniczną. Obecnie sytuacja wygląda tak, że organizacje bronią zasady terytorialności. Ograniczenia terytorialne oznaczają brak możliwości oferowania licencji dla użytkowników spoza terytorium kraju właściwego dla danej organizacji. Co prawda, dzięki umowom o wzajemnej reprezentacji repertuar organizacji w praktyce nie jest wyłącznie krajowy, ale uzyskanie licencji dotyczącej innych krajów nie jest proste. Dzięki nowym regulacjom w całym obszarze zbiorowego zarządu ma zostać zapewniona jedna z podstawowych zasad Unii Europejskiej – swoboda świadczenia usług.

II. Dlaczego projekt unijnej dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie został uznany przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej za niezgodny z zasadą pomocniczości?

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, po rozpatrzeniu projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi (...) (COM (2012) 372 final), stwierdza, że projekt ten nie jest zgodny z zasadą pomocniczości, o której mowa w art. 5 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁸. W uchwale nr 794 z dnia 12.10.2012r.⁹ stwierdzono, że proponowana dyrektywa nie zapewnia osiągnięcia celów zamierzonego działania na poziomie Unii w sposób lepszy niż działania podejmowane na poziomie krajowym. Podkreślono, że analiza projektu nie prowadzi do wniosku, by państwa członkowskie nie były w stanie wystarczająco dobrze regulować albo nadzorować stosunków łączących organizacje zbiorowego zarządzania z twórcami lub wewnętrznego ustroju tych organizacji. Uznano, że cele stawiane przez Komisję Europejską mogą być równie dobrze być osiągnięte na poziomie prawa krajowego. Jako przykład podano Polskę, w której ustawodawca wyprzedził ustawodawcę europejskiego i wprowadził już od roku 2011 r. obowiązek organizacji zbiorowego zarządzania składania na ręce Ministra Kultury rocznych sprawozdań finansowych (na podstawie art. 104 ust 3¹ – 3⁵ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych)¹⁰. Zdaniem Sejmu dowodzi to możliwości osiągnięcia celów zakładanych w projekcie dyrektywy w pełni lub lepiej na poziomie krajowym. Podkreślono ponadto, że implementacja założeń projektu mogłaby doprowadzić do negatywnych konsekwencji w obszarze zbiorowego zarządu. Zdaniem Parlamentarzystów dyrektywa miałaby wpływ na obniżenie poziomu ochrony wolności gospodar-

czej poprzez nałożenie nowych obowiązków sprawozdawczych i nadzorczych na organizacje zbiorowego zarządzania. Natomiast w odniesieniu do udzielania licencji wieloterytorialnych na wykorzystywanie utworów muzycznych na internetowym polu eksploatacji – w opinii Sejmu projektodawca nie wykazał, dlaczego działania Unii Europejskiej w tym zakresie miałyby być skuteczniejsze. Nie wyjaśniono również, dlaczego Komisja Europejska nie podejmuje działań mniej dolegliwych, zmierzających do koordynacji współpracy państw członkowskich w odniesieniu do udzielania licencji. W konsekwencji Sejm uznał przedstawione przez Komisję uzasadnienie zgodności projektu dyrektywy z zasadą pomocniczości za niewystarczające.

Tymczasem Komisja Europejska określa działanie Unii w przedmiotowym obszarze za konieczne i w pełni zgodne z zasadą pomocniczości, ponieważ charakter problemów jest ponadnarodowy. Pomimo przyjęcia już przez Unię przepisów harmonizujących podstawowe prawa przysługujące podmiotom praw autorskich, którymi zarządzają organizacje zbiorowego zarządzania, to nie udało się wyeliminować problemów związanych z brakiem porównywalnych, skutecznych i przejrzystych zasad sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi. Dlatego uznano, że cele proponowanego działania nie mogą być należyście osiągnięte przez państwa członkowskie, mogą natomiast być skuteczniej osiągnięte na szczeblu Unii. Pamiętać należy, że źródłem znacznego odsetka należności licencyjnych pobieranych przez organizacje zbiorowego zarządzania jest repertuar inny niż krajowy. Problem braku kontroli ze strony członków nad działalnością organizacji zbiorowego zarządzania jest szczególnie widoczny w przypadku zagranicznych podmiotów praw autorskich. Ponieważ osoby te nie należą do organizacji zbiorowego zarządzania w innych krajach, dysponują niewielką wiedzą na temat procesu podejmowania decyzji przez organizacje działające w imieniu ich organizacji krajowej. Mając na uwadze taką sytuację Komisja podejmuje kroki w kierunku ochrony interesów unijnych podmiotów praw autorskich, która wymaga zapewnienia przejrzystości i rozliczenia wszystkich przepływów należności licencyjnych, zwłaszcza przepływów zagranicznych. Trudno oczekiwać, że państwa członkowskie będą w stanie samodzielnie zapewnić przejrzystość, której potrzebują uprawnieni, aby móc wykonywać przysługujące im prawa w kontekście transgranicznym. Interwencja Unii jest zatem sposobem na zapewnienie możliwości wykonywania tych praw w sposób ujednolicony, czyli możliwy do porównania. W szczególności istotne jest, aby podmioty uprawnione z prawa autorskiego miały możliwość porównania sposobu pobierania i podziału należności licencyjnych przez organizacje w całej Unii. Należy zauważyć, że kwestia udzielania licencji wieloterytorialnych na wykorzystanie utworów muzycznych na internetowym polu eksploatacji ma z definicji charakter transgraniczny. Spójne we wszystkich państwach członkowskich przepisy, mające na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania procesu udzielenia licencji wieloterytorialnych można zatem ustanowić jedynie na poziomie Unii.

Wydaje się zatem, że Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, przyjmując uchwałę o niezgodności z zasadą pomocniczości projektu unijnej dyrektywy, odniósł się głównie do obszaru dotyczącego proponowanych zmian w wewnętrznym funkcjonowaniu organizacji zbiorowego zarządzania i ocenił projekt przede wszystkim z punktu widzenia interesów tych podmiotów. Wnioski

⁸ „Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii”.

⁹ isap.sejm.gov.pl/Download?id=WMP20120000794&type=2

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 kwietnia 2011 r. w sprawie szczegółowego zakresu rocznego sprawozdania z działalności organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi

takie można wyciągnąć także na podstawie stenogramu¹¹ z posiedzenia Komisji ds. Unii Europejskiej (nr 75) z dnia 26.09.2012r. Wspomnieć należy, że Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego rozpisało konsultacje społeczne w sprawie projektu dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu¹². Zapytania rozesłano do 113 podmiotów z terminem do 15.10.2012r. Jednakże do dnia dzisiejszego odpowiedzi nie zostały opublikowane.

III. Zbiorowy zarząd prawami autorskimi – misja, czy przemysł kultury?

Na wspomnianym wyżej posiedzeniu Komisji ds. Unii Europejskiej jako pierwszy głos zabrał Sekretarz stanu w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego Piotr Żuchowski, który przywołał kilka istotnych danych¹³. Przypominał między innymi, że w Polsce funkcjonuje piętnaście organizacji zbiorowego zarządzania. Po stronie inkasa w roku 2011 organizacje te zainkasowały w sumie kwotę 537 mln zł. Natomiast po stronie repartycji, czyli tych kwot, które były wypłacane wszystkim, którzy są właścicielami praw autorskich i praw pokrewnych – była to kwota 402 mln zł. Jako informację dodatkową, ale w kontekście projektu dyrektywy bardzo istotną, pan Piotr Żuchowski podał, że transfery zagraniczne z polskich organizacji zbiorowego zarządzania za rok 2011 wyniosły 125 mln zł, czyli 31% wszystkich repartycji zostało przekazanych poza granice Rzeczypospolitej. Pomimo faktu, że w roku 2012 po raz pierwszy wszystkie polskie organizacje zbiorowego zarządzania miały obowiązek udostępnienia sprawozdań finansowych za rok 2011 – czyli w praktyce spełniły założenia przewidziane w rozdziałach I i II projektu dyrektywy dotyczących funkcjonowania i przejrzystości finansowej wszystkich organizacji zbiorowego zarządzania – to wcale nie znaczy, że w tym obszarze nie ma nieprawidłowości. Wręcz przeciwnie. Z danych przytoczonych na posiedzeniu Komisji istnieje duży problem z transparentnością finansów w tych podmiotach. Z analizy sprawozdań finansowych wynika¹⁴, że zostały zgromadzone wysokie kwoty po stronie tak zwanych pieniędzy zaoszczędzonych. Organizacje, które mają inkaso na poziomie 537 mln zł rocznie, na dzień złożenia sprawozdań miały zaoszczędzone narastająco 709 mln zł nierozdysponowanych kwot. Jest to zjawisko negatywne, biorąc pod uwagę cel, w jakim te podmioty działają. Zbiorowy zarząd powinien pełnić funkcję pośrednika – dokonywać inkasa i dzielić zebrane pieniądze pomiędzy podmioty uprawnione. W przypadku prawidłowego działania organizacji, czyli wykonywania tego co jest istotą zbiorowego zarządu na tak ogromne „oszczędności” nie powinno być miejsca. Tymczasem ze sprawozdania finansowego ZAIKS wynika, że aktywa tej organizacji to kwota 1 122 mln zł. Stowarzyszenie dokonuje inkasa na poziomie 307 mln zł, a repartycji na poziomie 248 mln, w tym 92 mln to są środki przekazane

za granicę¹⁵, a zysk netto organizacji to wota 48 mln. Mówimy zatem o ogromnych kwotach, znajdujących się w dyspozycji podmiotów działających w Polsce w formie stowarzyszeń. W większości państw Unii są to raczej spółki prawa handlowego, które podlegają rygorom nadzoru i sprawozdawczości właściwym dla podmiotów działających w tej formie.

Przytoczone powyżej kwoty, wskazujące na rzeczywistą wartość rynku praw własności intelektualnej, stoją w sprzeczności z argumentacją przedstawianą przez przeciwników przyjęcia projektu unijnej dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu. Na pierwszy plan wysuwał się motyw osłabienia pozycji polskich stowarzyszeń, które nie będą stanowiły konkurencji w porównaniu do zachodnich organizacji, działających w formie spółek prawa handlowego. Na posiedzeniu Komisji wskazano, że mamy do czynienia z aktem, który może wesprzeć wielkie organizacje, a zadusić słabsze, mniejsze i polskie małe stowarzyszenia mogą sobie nie poradzić. Z pewnością wiele jest racji w tych wypowiedziach i może być to przedmiotem zastrzeżeń do projektu, ale należy zadać pytanie o czyje interesy powinniśmy głównie dbać w kontekście ochrony praw własności intelektualnej – o interesy podmiotów uprawnionych oraz użytkowników i odbiorców dóbr kultury, czy o interesy organizacji, mających pośredniczyć pomiędzy tymi grupami? Podkreślić należy, że celem projektu dyrektywy jest między innymi dopilnowanie określonego poziomu przestrzegania praw członków organizacji zbiorowego zarządzania, który obecnie jest zróżnicowany w poszczególnych państwach Unii. Dlatego należy stworzyć jednolite zasady transparentnego funkcjonowania tych organizacji. Co prawda projekt dyrektywy nie narzuca formy prawnej, w jakiej ma działać zbiorowy zarząd, dopuszcza zatem formę stowarzyszenia, to podkreślić należy, że z uwagi na usługowy charakter działalności tych podmiotów, zasadne jest objęcie ich funkcjonowania mechanizmami korporacyjnymi odpowiednimi dla spółek prawa handlowego.

Kolejnym argumentem przeciwników przyjęcia projektu dyrektywy dotyczącej zmian w systemie zbiorowego zarządzania był fakt ingerencji Unii w dziedzinę kultury. Podnoszono, że na poziomie wspólnotowym brak jest kompetencji w tym zakresie. Stwierdzono, że „zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi stanowi narzędzie w określaniu polityki kulturalnej i za pomocą tego typu narzędzi bardzo łatwo jest sterować polityką kulturalną i doprowadzać do coraz bardziej postępującej harmonizacji w tej dziedzinie”¹⁶. Odrzucono w dyskusji argument przedstawiciela rządu, który odwołując się do sprawozdań finansowych organizacji zbiorowego zarządzania, stwierdził, że obszar kultury jest już dziś po prostu bardzo wartościowym obszarem rynku wewnętrznego. Uznano natomiast, że kultura w polskiej Konstytucji nie jest zapisana jako towar i nie może podlegać całkowitej komercjalizacji. W podobnym tonie brzmiała wypowiedź pani radcy prawnej Ewy Łepkowskiej – przedstawiciela ZAIKS, która projekt dyrektywy oceniała negatywnie ze względu na wyłącznie ekonomiczne podejście Komisji Europejskiej do kwestii praw autorskich i zbiorowego zarządzania. Natomiast zdaniem ZAIKS prawa autorskie nie są towarem, gdyż mają być niematerialny, a zatem nie może być mowy o konkurencji w warun-

¹¹ <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy7.nsf/0/BCD97EF7554B46ECC1257A8D00412433/%24File/0094807.pdf>

¹² <http://www.mkidn.gov.pl/pages/strona-glowna/ministerstwo/ochrona-praw-autorskich-i-praw-pokrewnych/konsultacje-spoleczne-w-sprawie-projektu-dyrektywy-o-zbiorowym-zarządzaniu.php>

¹³ <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy7.nsf/0/BCD97EF7554B46ECC1257A8D00412433/%24File/0094807.pdf>

¹⁴ <http://www.mkidn.gov.pl/pages/strona-glowna/ministerstwo/ochrona-praw-autorskich-i-praw-pokrewnych/sprawozdania-z-rocznej-dzialalnosci-organizacji-zbiorowego-zarządzania-za-rok-2011.php>

¹⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy7.nsf/0/BCD97EF7554B46ECC1257A8D00412433/%24File/0094807.pdf>

¹⁶ Wypowiedź pani poseł Anny Fotygi: <http://orka.sejm.gov.pl/zapisy7.nsf/0/BCD97EF7554B46ECC1257A8D00412433/%24File/0094807.pdf>

kach umów licencyjnych pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania, które oferują różne produkty. W tym miejscu wypada zauważyć, że z wypowiedzi przedstawiciela ZAIKS wynika stwierdzenie, że kultura to jednak produkt, czyli towar. W dalszej części wystąpienia podkreślono, że projekt dyrektywy ingeruje zbyt głęboko w zasadę swobody funkcjonowania zbiorowego zarządu, który w Polsce tradycyjnie przyjął formę stowarzyszeń, które w przypadku implementacji postanowień dyrektywy – będą musiały ulec mniej lub bardziej radykalnej zmianie. Zauważono także, że wymuszone na organizacjach zmiany działania, wywołają dodatkowe koszty związane z realizacją obowiązków, jakie się nakłada na organizacje zbiorowego zarządzania, ale koszty te praktycznie zostaną poniesione przez twórców. Intencje powyższych wypowiedzi należałoby ocenić pozytywnie, ale biorąc pod uwagę nieprawidłowości w działaniu stowarzyszeń także w zakresie wypłat kwot należnych podmiotom uprawnionym, stwierdzić można, że jednak wiele jest jeszcze do poprawy w obszarze zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi.

Podsumowanie. Co dalej z projektem reformy zbiorowego zarządzania?

Oczekując na publikację wyników konsultacji społecznych w sprawie projektu dyrektywy o zbiorowym zarządzaniu oraz na stanowisko Rządu RP, które również ma być zaprezentowane w tej sprawie i opublikowane na stronach Ministerstwa Kultury, stwierdzić można, że Sejm, przyjmując uchwałę o niezgodności z zasadą pomocniczości projektu unijnej dyrektywy odniósł się głównie do obszaru dotyczącego proponowanych zmian w wewnętrznym funkcjonowaniu organizacji zbiorowego zarządzania. Natomiast projekt dotyczy dwóch obszarów. Po pierwsze, to są zasady funkcjonowania i przejrzystości organizacji, które są dość szczegółowe, i które Komisja Europejska oceniła jako nie do końca dobrze funkcjonujące i gdzie dostrzeżono szereg różnic, które wpływają na niespójności z punktu widzenia wspólnego rynku. Ponadto obrót prawami autorskimi nie ogranicza się wyłącznie do obrotu krajowego – dziś jest to już obrót transgraniczny. Temu nie da się zaprzeczyć i jest to drugi aspekt dyrektywy, czyli transgraniczne zarządzanie prawami autorskimi w odniesieniu do muzyki w Internecie. Tutaj nie ma żadnych wątpliwości, że państwa członkowskie samodzielnie nie są w stanie określić zasad, które by obowiązywały jednolicie w całej Unii. Jeżeli mówimy o aspekcie transgranicznym, to on musi być regulowany w akcie prawnym na szczeblu międzynarodowym, czy też na szczeblu unijnym. Dlatego pomimo sprzeciwu Polski wydaje się, że projekt dyrektywy o zmianie zbiorowego zarządzania i prawami autorskimi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych na utwory muzyczne udostępniane w Internecie zostanie przyjęty. Przypomnieć należy, że jest to tylko jeden z elementów obranej w Unii polityki dla zarządzania prawami autorskimi w przestrzeni cyfrowej. Podobne uregulowania dotyczyć będą utworów audiowizualnych dostępnych w Internecie.

Kultura jest dobrem narodowym, ale nie możemy zaprzeczać, że jest także towarem i za kulturę również płacimy, a cena jest często wyznacznikiem wartości utworu. W dobie globalizacji rynek muzyczny nie jest już tylko rynkiem polskim i należałoby się zastanowić nad rozwiązaniami, które zabezpieczałyby inte-

resy wszystkich grup – podmiotów uprawnionych, użytkowników, odbiorców dóbr kultury, a nie głównie pośredników na tym rynku. Zmiany proponowane w projekcie dyrektywy ukierunkowane są na dostosowanie prawa autorskiego do potrzeb społeczeństwa informacyjnego. Jest to tylko jeden z wielu kroków planowanych na poziomie unijnym, który uwidacznia tendencję zmian w obszarze własności intelektualnej wymuszonych rozwojem technologii. Także system zbiorowego zarządzania musi dostosować się do postępującej globalizacji rynku kultury. Projekt dyrektywy wprowadza w szczególności obowiązki informacyjne, których wypełnienie wiązało się będzie z koniecznością zmiany dotychczasowego funkcjonowania organizacji zbiorowego zarządzania oraz korzystania z odpowiednich systemów informatycznych. Oczywiście może to stanowić obciążenie dla podmiotów, które działają w niezmienionej formie od początków XX wieku. Jednakże nie możemy zapominać, że ochrona prawno autorska ma służyć przede wszystkim twórcom, wykonawcom i innym podmiotom uprawnionym. Stowarzyszenia pełnią tu funkcję pośredników i właśnie ze względu na ochronę „producentów” kultury i jej odbiorców, ustawodawca powinien dopilnować wprowadzenia do polskiego porządku prawnego nowoczesnych, jednolitych standardów w działalności organizacji zbiorowego zarządzania. Reformy prawa autorskiego, aby w pełni spełniały wymagania jednolitego rynku cyfrowego i społeczeństwa informacyjnego, powinny być wdrażane na poziomie ponadnarodowym.

Abstract

Her article “Projekty reformy systemu zbiorowego zarządzania prawami autorskimi na jednolitym rynku cyfrowym” (The drafts of the system reform of copyright collecting society on the unified digital market) Edyta Konopczyńska begins with the analysis of the directions of the European policy for the copyrights management in the digital space. She thoroughly analyses the objectives of the European Union directive in this respect, and the basis for granting multiterritorial licences for musical work provided on the Internet. The author also gives the answer why this very draft has been considered as contrary to the subsidiarity principle by the Polish Parliament. She deliberates on the issue to what extend the copyright collecting society is a mission, and to what extend it is a culture industry.

MGR KATARZYNA OTRĘBA

ZMIANA WARUNKÓW UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH W ŚWIECIE PRAW KONSUMENTA TYCH USŁUG

Umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych należy do umów powszechnie zawieranych w obrocie gospodarczym, dlatego też niezwykle ważne jest zwrócenie uwagi na problematykę ochrony konsumenta, będącego stroną takiej umowy. Tymczasem w doktrynie brakuje rozważań poświęconych temu tematowi. Uregulowania dotyczące umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych znajdują się w ustawie Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r.¹. W sytuacji, gdy stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych jest konsument, cała procedura oraz stosunek prawny zostaje podporządkowany szczególnemu reżimowi ochronnemu, wynikającemu z prawa konsumenckiego, a więc z ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów² oraz z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³. Ma to na celu ochronę słabszej strony kontraktu jaką jest konsument. Do charakterystycznych cech reżimu ochronnego prawa konsumenckiego należy zaliczyć m.in. roszczenie informacyjne konsumenta, prawo do „odstąpienia” od umowy, jak również prawo do kontroli umowy⁴.

Prawo telekomunikacyjne w sposób szczególny reguluje kwestie zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Zgodnie z art. 56 ust. 3 pkt 8 Prawa telekomunikacyjnego (dalej cyt. jako Pt) w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinny znaleźć się postanowienia dotyczące trybu i warunków dokonywania zmian umowy oraz warunki jej przedłużenia. Ustawa posługuje się pojęciem abonenta, któremu na skutek zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przyznane są pewne uprawnienia. Abonent to podmiot, który jest stroną umowy zawartej w formie pisemnej o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Prawo telekomunikacyjne definiuje również pojęcie konsumenta, zgodnie z art. 2 pkt 18 tej ustawy, konsumentem jest osoba fizyczna wnioskująca o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub korzystająca z takich usług dla celów niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub wykonywaniem zawodu. W większości przypadków konsument będzie stroną pisemnej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i będzie mu przysługiwał status abonenta.

Zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ma obowiązek informowania abonenta o zmianie warunków umowy z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed wprowadzeniem tych zmian w życie (art. 60a ust.1 Pt). Ustawa wymienia trzy sytuacje i sposoby poinformowania abonentów o zmianach wprowadzanych przez dostawcę. Po pierwsze dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ma obowiązek doręczyć abonentowi na piśmie treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy, w szczególności tych, o których mowa w art. 56 ust. 3 Pt (elementy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych). Po drugie, ma on obowiązek doręczenia abonentowi na piśmie oraz podania do publicznej wiadomości treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, o którym mowa w art. 59 ust. 1 Pt (elementy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, które mogą zostać zawarte w regulaminie świadczenia usług). Po trzecie, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych podaje do publicznej wiadomości treści każdej proponowanej zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, o którym mowa w art. 60 Pt. Jednocześnie należy poinformować abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tych zmian. Jak widać, zmiana warunków umowy skutkuje powstaniem pewnych uprawnień po stronie abonenta. Abonent, w wyniku doręczenia treści zmiany warunków umowy lub podania do publicznej wiadomości zmiany warunków regulaminu, może zaakceptować przedstawione zmiany, bądź skorzystać z prawa wypowiedzenia umowy. Istotna kwestia zawarta jest w ustępie 2 wspomnianego artykułu, zgodnie z którym w razie skorzystania z prawa wypowiedzenia umowy, dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także zwrot ulgi, o której mowa w art. 57 ust.6 Pt (zwrot ulgi przyznanej abonentowi przy podpisywaniu umowy). Dostawca ma obowiązek poinformowania o tym fakcie abonenta.

Uprawnienie do wypowiedzenia umowy na warunkach przewidzianych w omawianym przepisie, nie przysługuje abonentowi w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika bezpośrednio ze zmiany przepisów prawa, w tym również usunięcia niedozwolonych postanowień umownych (art. 60a ust.3 Pt)⁵. W takiej sytuacji dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może żądać od abonenta zwrotu przyznanej mu przy podpisywaniu umowy ulgi. Wysokość zwracanej przez

¹ Dz.U.2004. Nr 171, poz. 1800 ze zm.

² Dz.U.2007, Nr 50, poz. 331 ze zm.

³ Dz.U.2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁴ E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004, s. 21

⁵ A. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2010, s. 328

abonenta ulgi nie może przekroczyć wartości ulgi pomniejszonej o proporcjonalną jej wartość za okres od dnia zawarcia umowy do dnia jej rozwiązania. Jest to o tyle nowe uregulowanie, gdyż Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. przewidywało zwrot ulgi w pełnej wysokości, bez względu na to, czy rozwiązanie umowy następowało zaraz po jej zawarciu, czy tuż przed jej rozwiązaniem z powodu upływu terminu na jaki była zawarta. Niewątpliwie obecna regulacja jest znacznie korzystniejsza z punktu widzenia konsumenta. Ponadto dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przysługuje wspomniane już wcześniej roszczenie odszkodowawcze.

Wspomniany powyżej art. 60a Pt stanowi implementację dyrektywy o usłudze powszechnej. Zgodnie z art. 20 ust. 4 Dyrektywy o usłudze powszechnej⁶ abonenci mają prawo wycofać się z ich umów, bez ponoszenia kar, po zawiadomieniu o proponowanych modyfikacjach warunków umowy. Abonentów powiadamia się w odpowiednim terminie, nie krótszym niż jeden miesiąc wcześniej, o wszelkich takich modyfikacjach; jednocześnie informuje się ich o ich prawie do wycofania się, bez ponoszenia kar, z takich umów, jeśli nie akceptują nowych warunków. W zakresie zmiany warunków umowy zawartych w regulaminie warto wskazać na treść Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, Sygn. akt VI Aca 1323/08, który uznał, że przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do poinformowania abonentów o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku każdej zmiany regulaminu świadczenia usług, bez względu na charakter i zakres takiej zmiany. W tym przypadku Sąd Apelacyjny oddalił apelację Polskiej Telefonii Cyfrowej i utrzymał w mocy karę 2 mln złotych nałożoną za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych przy zmianie regulaminu. Zgodnie z decyzją sądu, która podtrzymała decyzję Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o nałożeniu na operatora kary w kwocie 2 mln złotych, istotne jest to, że klienci mieli prawo wypowiadać umowy po przesłaniu im informacji o zmianie regulaminu, o czym w tym przypadku nie zostali poinformowani⁷. W związku z tym wyrokiem widać jaką ważną rolę przypisuje się jest udzielaniu pełnej informacji dotyczącej zmiany warunków umowy odbiorcom usług telekomunikacyjnych, i jak kosztowne są konsekwencje naruszenia obowiązku informacyjnego przez przedsiębiorcę.

Można uznać, że analogiczne uregulowanie w porównaniu do zmiany warunków umowy określonych w regulaminie zawiera art. 61 ust. 5 Pt dotyczący zmiany cennika usług telekomunikacyjnych. Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ustala ceny usług telekomunikacyjnych, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ceny określone są w cenniku usług telekomunikacyjnych, który zawiera rozbić na: ceny za przyłączenie do sieci, ceny za faktycznie świadczone usługi telekomunikacyjne, ceny za obsługę serwisową, szczególne informacje dotyczące pakietów cenowych oraz upustów. Cennik jest podawany do publicznej wiadomości (np. na stronie internetowej operatora, w siedzibie biura obsługi klienta) oraz jest dostarczany abonentowi nieodpłatnie wraz umową (w sytuacji zawarcia umowy w formie pisemnej), oraz na każde żądanie abonenta. Zgodnie z art. 61 ust. 5 Pt dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych doręcza abonentowi na piśmie oraz podaje do

publicznej wiadomości treść każdej zmiany w cenniku, z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed wprowadzeniem tych zmian w życie. Jednocześnie abonent powinien zostać poinformowany przez dostawcę usług o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji zmiany w cenniku, a także o tym, że w razie skorzystania z prawa wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji podwyższenia cen dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także zwrot ulgi, o której mowa w art. 57 ust. 6 (art. 61 ust. 6 Pt). Podobnie, jak w art. 60a Pt i tutaj wprowadzono wyjątek od powyższej zasady, w myśl którego wspomniane uprawnienie nie przysługuje abonentowi, jeżeli konieczność zmian w cenniku występuje na skutek zmiany przepisów prawa.

Z dniem 1 stycznia 2011 roku weszła w życie ustawa z dnia 26 listopada 2010 o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej⁸, w której to między innymi modyfikacji ulega stawka podatku od towarów i usług. Zmiana stawki VAT, stosowanej dla usług telekomunikacyjnych, z 22% na 23% generuje szereg obowiązków po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jak i uaktywnia uprawnienia przysługujące konsumentowi. Zgodnie z uchwalonymi zmianami nowa stawka VAT została wprowadzona od 1 stycznia 2011 na okres 3 lat. W związku z tym dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, aby wywiązać się z wyżej omówionych obowiązków nakładanych przez Prawo telekomunikacyjne powinien poinformować na piśmie swoich klientów o zmianie cennika do 30 listopada 2010 r. i przysługujących im uprawnieniach. Co do zasady informacja ta powinna zostać przekazana na piśmie, niemniej jednak niektórzy przedsiębiorcy telekomunikacyjni zamieścili w umowach o świadczenie usług telekomunikacyjnych zapisy pozwalające, aby informacja o zmianach była przesyłana za pośrednictwem wskazanego przez abonenta adresu poczty elektronicznej lub innego podobnego sposobu porozumiewania się na odległość np. wirtualnego biura obsługi klienta. Taka forma realizacji obowiązku informacyjnego jest skuteczna oraz zastępuje uciążliwy i drogi obowiązek informowania konsumentów listownie. Niedopełnienie omawianego obowiązku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zagraża nałożeniem na niego kar administracyjnych za naruszenie obowiązków informacyjnych, określonych w art. 209 Pt (kara do 3% przychodu z poprzedniego roku ukaranego podmiotu). Ponadto dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przy każdej zmianie cennika, czy regulaminu jest obowiązany do jego przedłożenia Prezesowi UKE.

Jak już powyżej wspomniano, w przypadku konieczności zmiany warunków umowy określonych w regulaminie, wywołanych wykreśleniem niedozwolonych klauzul umownych, analogicznie jak przy zmianie przepisów prawa, dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przysługuje roszczenie odszkodowawcze oraz zwrot ulgi przyznanej konsumentowi przy podpisaniu umowy. Niedozwolone postanowienia umowne to takie, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Zgodnie z art. 385¹ Kodeksu cywilnego⁹ (dalej cyt. jako k.c.) postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z

⁶ Dz. Urz. WE 2002 L 108/51

⁷ Sygn. akt VI Aca 1323/08

⁸ Dz.U.2010. Nr 238, poz. 1578

⁹ Dz.U.1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.

dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nieuzgodnionymi indywidualnie postanowieniami umownymi są te postanowienia, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, a w szczególności odnosi się to do postanowień umowy przyjętych z wzorca umownego, zaproponowanego konsumentowi przez jego kontrahenta. Oceny zgodności postanowień umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, z uwzględnieniem jej treści, okoliczności jej zawarcia oraz innych umów, pozostających w związku z umową będącą przedmiotem oceny (art. 385² k.c.). Kodeks cywilny zawiera niezamknięty katalog niedozwolonych postanowień umownych.

Konsumentowi w ramach reżimu ochronnego prawa konsumenta przysługuje prawo do kontroli umowy według obiektywnych kryteriów, mające na celu przywrócenie równowagi naruszonej przez silniejszego kontrahenta. Prawo do kontroli obejmuje między innymi badanie czy w umowie zostały zastosowane niedozwolone klauzule umowne¹⁰. Kontrolę nad zastosowaniem niedozwolonych klauzul umownych prowadzi również Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), który w przypadku wykrycia niedozwolonych klauzul umownych rażąco naruszających interesy konsumentów, kieruje pozwy do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powództwo to może wytoczyć także konsument, organizacja społeczna, do której zadań należy ochrona interesów konsumentów oraz rzecznik konsumentów. Postanowienia uznane prawomocnym wyrokiem sądu za niezgodne z prawem wpisywane są do rejestru klauzul niedozwolonych, prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Od momentu umieszczenia w rejestrze, uznanego za niedozwolony w prawomocnym wyroku postanowienia wzorca, jego stosowanie w obrocie prawnym z udziałem konsumentów jest zakazane. Obecnie w rejestrze znajduje się ponad 2 tysiące klauzul, z czego 134 dotyczy usług telekomunikacyjnych i internetowych (informacja publikowana na stronie UOKiK).

W 2008 r. Departament Polityki Konsumenckiej UOKiK opublikował „Raport z kontroli wzorców umów stosowanych przez alternatywnych dostawców usług telekomunikacyjnych”, w którym to zastrzeżenia Prezesa UOKiK wzbudziły między innymi postanowienia umowne ograniczające termin na złożenie przez konsumenta oświadczenia o wypowiedzeniu umowy z powodu braku akceptacji zmienionych warunków regulaminu lub cennika, do 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia o ww. zmianach. W ocenie UOKiK abonent ma prawo do doręczenia przedsiębiorcy stosownego oświadczenia o rozwiązaniu umowy w związku z brakiem akceptacji zmian w regulaminie lub cenniku najpóźniej w dniu poprzedzającym wejście przedmiotowych zmian w życie. Przepisy prawa telekomunikacyjnego przyznają abonentowi czas na zastanowienie się nad kontynuowaniem umowy z operatorem równy pełnemu okresowi rozliczeniowemu¹¹.

Kolejną istotną kwestią jest zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość np. podczas rozmowy telefonicznej z konsultantem. Umożliwia to art. 56 ust. 6 Pt zgodnie, z którym dostawca usług może umożliwić abonentowi zmianę warunków umowy, o których mowa w ust. 3 pkt 2, 4-7 i 9 za pomocą środków porozumiewania się na odległość, w szczególności telefonicznie. Chodzi tutaj o zmianę rodzaju świadczonych usług; okresu, na jaki została zawarta umowa; pakietu taryfowego,

jeżeli na świadczone usługi obowiązują różne pakiety taryfowe; sposobu składania zamówień na pakiety taryfowe oraz dodatkowe opcje usługi; okresu rozliczeniowego oraz zakresu świadczonych publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, ze wskazaniem elementów składających się na opłatę abonamentową. W takiej sytuacji dostawca usług ma obowiązek utrwalić oświadczenie abonenta złożone w powyższy sposób i przechowywać je przez okres 12 miesięcy. Jednocześnie dostawca usług zobowiązany jest do potwierdzenia abonentowi faktu złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy oraz jego zakresu i terminu wprowadzenia zmian, w formie pisemnej, w terminie 14 dni od dnia jego złożenia. Abonentowi przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy, bez podania przyczyn, poprzez złożenie stosownego oświadczenia w formie pisemnej w terminie 10 dni od dnia otrzymania pisemnego potwierdzenia. Do zachowania tego terminu wystarczy wysłanie oświadczenia przed jego upływem. W razie braku potwierdzenia abonentowi faktu złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy oraz jego zakresu i terminu wprowadzenia zmian termin, w którym abonent może odstąpić od dokonanej zmiany warunków umowy, wynosi trzy miesiące i liczy się od dnia złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy. Jeżeli jednak abonent po rozpoczęciu biegu tego terminu otrzyma potwierdzenie, termin ulega skróceniu do 10 dni od dnia otrzymania tego potwierdzenia. Zgodnie z ustępem 7 omawianego artykułu, gdy dostawca usług, za zgodą abonenta, rozpoczął świadczenie usług zgodnie ze zmienionymi warunkami umowy, wówczas abonentowi nie przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy, o którym mowa powyżej. W przypadku odstąpienia od zmiany warunków umowy następuje powrót do świadczenia usług telekomunikacyjnych na warunkach obowiązujących przed dokonaniem zmian.

Do zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość nie stosuje się omówionego powyżej art. 60a Pt. W wielu przypadkach konsument nie ma świadomości, że zgadzając się na przedstawione w ten sposób propozycje zmienia warunki swojej umowy, jak się często okazuje na niekorzyść. Oczywiście zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych wykonana w ten sposób ma również swoje pozytywne. Świadomy konsument bez wychodzenia z domu dokona zmian warunków umowy w sposób przemyślany i korzystny dla niego. Niemniej jednak znajdują się i tacy konsumenci, którzy zdecydują się na dokonanie zmian, które tak na prawdę po zastanowieniu okazują się im zbędne. W takiej sytuacji mogą skorzystać z prawa odstąpienia od umowy, o którym powinien poinformować przedsiębiorca telekomunikacyjny. Jednak w sytuacji, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny nie dopełni tego obowiązku, to wątpliwym jest gdzie, konsument ma poszukiwać informacji o przysługujących mu prawach.

Powszechnym zjawiskiem jest również, wykorzystywanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przy zawieraniu umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych z konsumentami, wzorców umów (różnie nazywanych: regulaminy, cenniki, ogólne warunki umów). W związku z tym w sytuacji zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zastosowanie będzie miał również art. 384¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem wzorzec wydany w czasie trwania stosunku umownego o charakterze ciągłym wiąże drugą stronę, jeżeli zostały zachowane wymagania

¹⁰ J. Mojak, J. Widło, Polskie prawo kontraktowe. Zarys wykładu., Warszawa 2005, s. 133

¹¹ Raport z kontroli wzorców umów stosowanych przez alternatywnych dostawców usług telekomunikacyjnych, Warszawa, grudzień 2008r., źródło: www.uokik.gov.pl

określone w art. 384 k.c., a strona nie wypowiedziała umowy w najbliższym terminie wypowiedzenia. Artykuł 384 k.c. stanowi, że wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. W sytuacji, gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Nie dotyczy to jednak umów zawieranych z udziałem konsumentów, z wyjątkiem umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego. W sytuacji posługiwania się przez jedną ze stron wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na przedstawiany na ogół przez doktrynę model konsumenta. Trudno się nie zgodzić z poglądem M. Bednarek, że celem ochrony konsumenta nie jest przyznanie mu przywilejów, lecz zrekompensowanie utraconej możliwości podejmowania świadomych decyzji w sprawie własnej konsumpcji. Ten model konsumenta zakłada, że to czego można oczekiwać od „rozsądnego” konsumenta, stanowi pochodną zakresu, rodzaju i przejrzystości udzielanych mu informacji. Charakterystyczną cechą ochrony konsumenta stanowi więc ochrona poprzez informacje¹². Założenie uznające za podstawę ochrony konsumenta odpowiednie i rzetelne informowanie konsumenta znajduje swoje odzwierciedlenie w omawianych powyżej przepisach Prawa telekomunikacyjnego. Wydaje się uzasadniony formułowany, zazwyczaj przez doktrynę, model konsumenta rozważnego, świadomego i krytycznego, który jest w stanie prawidłowo zrozumieć i wykorzystać skierowane do niego informacje¹³.

Abstract

In the paper “Zmiana warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w świetle praw konsumenta tych usług” (The amendment to the terms and conditions to the contract on telecommunications services provision from the perspective of the consumer’s rights of these services) Katarzyna Otręba analyses the legal aspects regulating consumer’s protection process, who is a party to a contract. She shows the ways of informing subscribers about proposed amendments by a service provider. She also analyses the aspect when a subscriber is not entitled to terminate a contract. Further, the author shows that analogous regulations to the amendments to the terms and conditions to the contract refer to the changes to the price list of telecommunications services. Finally, she explores the transformation of the terms and conditions to the contract on telecommunications services provision by a means of distance communication.

Bibliografia

1. Kalus Stanisława, Ochrona prawna obrotu gospodarczego, Wyd.1, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2011
2. Krasuski Andrzej, Prawo telekomunikacyjne: komentarz – Wyd. 3, stan prawny na 01 grudnia 2009 r. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze “LexisNexis”, 2010
3. Łętowska Ewa, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004
4. Łętowska Ewa, System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, t.5 – [Stan prawny na dzień 1 sierpnia 2006 r.] – Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych, 2006
5. Mojak Jan, Widło Jacek, Polskie prawo kontraktowe: zarys wykładu – [Stan prawny na 31 sierpnia 2005 r.] , Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2005.

¹² M. Bednarek [w] System prawa cywilnego T.5 : Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s.634

¹³ S. Kalus [w] Ochrona prawna obrotu gospodarczego, Warszawa 2011, s. 329

DR KLÁRA SZALAY, DR NÓRA TOSICS

WANTED! IN SEARCH OF RUNAWAY PRODUCTIONS FILM TAX INCENTIVES IN EUROPE

1. The history of film tax incentives

Film tax incentives as a means of providing economic support to the film industry were used for the first time in the United States. The stimulus for a new funding model has emerged due to the recession of the 1960s. In 1963 American film production was at its lowest, featuring in total 121 new films, and the next year, in 1964 the proportion of foreign movies was at its peak (361 foreign films featured in the US as opposed to 141 American movies). With escalating financial difficulties and decreasing studio capacity, the number of American films shot outside the country, mainly in the UK, was on the rise.¹ The phenomenon of the so called "runaway productions" appeared. The term describes those films that were intended for first release in the US but were actually filmed in another country, a phenomenon that remained a key factor of American film policy ever since. It was to reverse this trend that the US started to use film tax incentives.² The first measure to introduce such incentives in the US, the Domestic Film Production Act of 1971 was in effect until the mid-1980s, until Hollywood and Californian film industry strengthened their positions again. In the 1980's, the first European film tax incentives were started (France, 1985; Ireland, 1987; Luxemburg, 1988), without, however, giving rise to a sharp competition at this stage.

The next turning point happened in the second half of the 1990s when Canadian States introduced tax credit systems. These measures coupled with favourable exchange rates and the nearly 70% lower wage costs resulted in another wave of runaway productions from the US. To counterbalance the loss of big budget productions, the US responded with launching a second generation of tax incentives. Given the fundamental changes that took place in the world media market by the end of the 90's – in particular, mass media consumption and the multiplication of global film distribution alternatives – this second wave of tax incentives became the starting point of a global competition.

On the one hand, competition has evolved among the US States. Recognising the competitive edge embodied by tax incentives, the States were keen to enact similar schemes competing with one another. In 2002 only five States had tax incentive schemes in place, by 2010 – with a federal tax incentive system introduced in 2004 – this reached the number of forty-four States, of which

twenty-eight offered tax credits for film productions shot on-location.³

On the other hand, a growing number of other countries started to introduce such incentives worldwide. In the past decade, awareness of the effect of film production on employment and state-tax revenues has risen on a global scale. In order to attract this immensely mobile sector, the introduction of film tax incentives was often accompanied by investments in infrastructure and studios.⁴ Of course, other factors such as in particular the scenery, labour skills or location costs also play a role, but the decisive element is increasingly the availability and the level of tax incentives.⁵ This boils down to an ever sharpening, global competition of tax incentive schemes. At present, one can witness a global competition not only among the US, Canada and European countries, but also Australia, New-Zealand, South Africa, and more recently, Taiwan, Singapore and South Korea.⁶

This competition is also clearly visible among the European Union Member States. As shall be demonstrated in this article, the essential ambition to protect national and European film industry against the flood of American film productions did not hinder attempts of European countries at exploiting the economic potential attributed to big budget productions.

2. Tax incentives in the European Union

As opposed to the US where film production is mainly governed by market principles, in Europe, there has been a tradition of state support to national film production with a cultural objective. As compared to the US, film industry in Europe is significantly less market-based. The difference may be illustrated with the following figures: while at the turn of the century an average European film cost € 500,000, was 70-80% state-financed, grossed € 800,000 and reached an audience of 150,000; the average American film cost € 15 million, was nearly 100% privately financed, grossed € 58 million, and reached an audience

¹ Dirks, Tim: The History of Film, The 1960s, The End of the Hollywood Studio System, The Era of Independent, Underground Cinema, Part 1; <http://www.filmsite.org/60sintro.html> [25.11.2012.]

² Bakker, Gerben: The Economic History of the International Film Industry, University of Essex, 2010., <http://eh.net/encyclopedia/article/bakker.film> [25.11.2012.]

³ Luther, William: Movie Production Incentives: Blockbuster support for Lackluster Policy, Tax Foundation Special Report, January 2010, No. 173, p. 2. <http://taxfoundation.org/sites/taxfoundation.org/files/docs/sr173.pdf> [25.11.2012.]

⁴ Freeman, Gregory – Kyser, Jack – Sidhu, Nany – Huang, George – Montoya, Michael: What is the cost of runaway production? Jobs, Wages, Economic Output and State Tax Revenue at Risk when Motion Picture Productions Leave California, Los Angeles County Economic Development Corporation, August 2005, http://www.stop-runaway-production.com/wp-content/uploads/2009/07/California_Film_Commission_Study.pdf [25.11.2012.]

⁵ Oxford Economics: Economic Impact of the UK Film Industry, Supported by the UK Film Council and Pinewood Shepperton plc, July 2007, <http://www.ukfilmcouncil.org.uk/media/pdi/5/8/FilmCouncilreport190707.pdf> [25.11.2012.]

⁶ Oxford Economics (2007), op. cit.

of 10.5 million.⁷ Thanks to national and European film subsidy systems, the number of European films rises year after year (between 2005 and 2009 this increase reached 28%),⁸ however, the market share of American films is constantly dominant (by 2010 it reached 68%) on the European market.⁹ From the very beginning, European film policy was determined by the ambition to act against the dominance of the American film industry. At the same time, European countries have also recognised the economic benefits of attracting film productions and are increasingly adding tax incentives to their existing national film support schemes.

The first tax incentives to promote film production in Europe appeared in the 1980's. The first support scheme including a tax break was introduced in France in 1985, by means of the so called SOFICA (Société pour le Financement du Cinéma et de l'Audiovisuel) investment funds. The aim of these investment funds is to attract private savings into the French film industry. Decisions on capital are made by the investment funds, while investors are entitled to tax allowances on the basis of their shares. This model does not include a direct economic contact between the investor and the film production; therefore, subsidiary economic considerations (such as advertising) do not play a role in the investors' decision. In order to minimize risks, investment funds usually provide smaller amounts to a number of film productions, and this way of functioning may give an opportunity for cultural considerations too.¹⁰

The first European film tax incentive comparable to the US model was put in place in Ireland in 1987, making a tax deduction available for companies – later for private individuals – directly investing in film production. In contrast to the French measure presented above, a central element of this model is the direct link between the investor and the film producer. The investment remains an economic decision, but the financial advantages (typically a share from the profit of the film production) and other incremental advantages of the investor, are made more appealing by the tax allowance offered by the state. This direct model has been the one to gain general application across Europe. Luxemburg already in 1988, while the UK in 1992 introduced tax relief schemes similar to that of Ireland allowing for a tax deduction after in-country production expenses.

It was not until the millennium, though, that a bigger wave of tax incentive schemes started in Europe. A growing number of European countries started to introduce film tax incentives, the amount of the incentives was gradually raised and tax credits (deductions from the payable tax) were introduced in addition to tax deductions. With the conditions of tax credits also becoming more and more advantageous (the maximum caps introduced in the beginning were gradually raised or even eliminated), the

fiscal advantages started to resemble to direct subsidies. Measures once considered as an ancillary economic incentive turned to be the main driving force, in some cases replacing market-based investment decisions.

The next in line to introduce tax deduction was Belgium in 2002, followed by France, which decided to complement its generous film subsidy scheme with a new type of tax incentive in 2004. This new tax incentive opened up the possibility for film production companies to benefit from tax credits, initially up to € 1 million. In the very same year, Hungary also introduced a tax incentive scheme, combining tax deduction and tax credit in order to attract financial investment from other sectors into film making. The Hungarian scheme is based on donations from investors who enjoy a tax relief in return, rather than being a model where investment decisions are economically founded.

In 2006, the UK also introduced a combined incentive system with tax deduction and a payable tax credit scheme. However, unlike the Hungarian system, these advantages are available to film production companies exclusively. The complex tax relief scheme of Italy, introduced in 2008, aims at promoting both the activities of film production companies and attracting investments from outside the film sector by means of tax deduction and tax credit opportunities. The increasing focus of the support schemes to attract foreign productions is demonstrated by the fact that both Italy and later France introduced separate tax incentives for foreign films made in the country. As mentioned earlier, besides the introduction of new types of incentives, existing ones have also been intensified. In Ireland for example the maximum limit of the amount liable for the tax incentive has gradually been increased to € 50 million over the years.

The next section describes the various tax incentive schemes introduced in Europe with a special focus on Hungary and the UK. These two countries demonstrate well how tax incentives are put to use in countries with different economic backgrounds and film production capacity and may result in unexpected competition on the European marketplace.

3.1. Tax incentives serving new and old film locations: the example of Hungary and the UK

3.1.1. Hungary

In the Central-Eastern European region, Hungary was the first and for long the only country to introduce a comprehensive support scheme for the film industry, including a financial incentive to encourage the localisation of big budget foreign films.¹¹ The film tax incentive regime was originally approved in 2004. The aim of the Hungarian film tax incentive regime is to attract investment into the film industry from companies operating outside the film sector. In this aim, the tax relief is granted to undertakings that are subject to corporate tax in Hungary and provide support to film production without any economic return from the film. The measure enables companies to deduct the amount of their support – which may not exceed 20% of the film production budget – both from their taxable income and from their payable tax. With other words, this means that the support can be used on the one hand to lower the corporate tax base (as an expenditure

⁷ „Gross return on investment, disregarding interest costs and distribution charges was 60 percent for European vs. 287 percent for US films. Gross margin was 37 percent for European vs. 74 percent for US films. Costs per viewer are 3.33 vs. 1.43 euros, revenues per viewer are 5.30 vs. 5.52 euros.” Bakker, Gerben, 2010., op. cit.

⁸ Digital Revolution – Engaging Audiences, A Cine-Regio report in collaboration with Filmby Aarhus, by Michael Gubbins, MCG Film&Media, February 2011

⁹ European Audiovisual Observatory, Press Release: 3D drives European box office to record high in 2010 as market share for European film drops, Strasbourg, 9 May 2011, http://www.obs.coe.int/about/oea/pr/mif2011_cinema.html [25.11.2012.]

¹⁰ Eperjesi, János: Filmipar Európában – 6. Rész, Közvetett támogatások, az adókedvezmények szerepe és jelentősége [Film industry in Europe – Part 6, Indirect support, the role and importance of tax incentives], <http://www.filmtejt.ro/cikk/2697/filmipar-europaban-6-resz-kozvetett-tamogataskok-az-adokedvezmenyek-szerepe-es-jelentosege> [25.11.2012.]

¹¹ The Czech Republic introduced a new support scheme with a similar aim in 2010.

that can be paid off), and on the other hand to deduct from the tax to be paid, allowing for a nominal yield equal to the actual corporate tax rate, currently 19% (119 unit tax benefit in exchange for 100 unit support). The tax benefit may not exceed 70% of the tax liability of a company in a tax year, but remaining amounts can be transferred to the following three tax years.

The tax incentive is available for films made by Hungarian producers (co-producers) or for films by foreign producers made (fully or partially) in Hungary with the involvement of an undertaking liable to Hungarian tax (called films produced on order, production services or lease work). In order to benefit from the fiscal advantage, the film production needs to meet the cultural test foreseen in the Hungarian legislation. The tax benefit may be claimed up to 20%¹² of the direct film production costs, provided that direct Hungarian production costs¹³ amount to at least 80% of the total production budget. If direct Hungarian production costs are lower, the benefit reaches 25% of direct Hungarian production costs.¹⁴ The functioning of the tax incentive is modelled by the following example, differing according to the proportion of Hungarian production costs:

A film production company produces a film with a total production budget of 1 million euros. Direct Hungarian production costs amount to 80% of the production budget in case A, 90% in case B and 70% in case C.

	A	B	C
Hungarian production cost	800 000 euro	900 000 euro	700 000 euro
Non-Hungarian production cost	200 000 euro	100 000 euro	300 000 euro
Maximum contribution eligible for tax incentive	200 000 euro (20% of total budget)	200 000 euro (20% of total budget)	175 000 euró (25% of total budget)
Remaining amount to be financed from other sources	800 000 euro	800 000 euro	825 000 euro

The taxable profits of the investor are 2,35 million EUR, the corporate tax rate is 19%. The financial situation of the investor look as follows depending on its contribution to a film production:

	Without tax incentive	A, B	C
Profit before donation	2 350 000 euro	2 350 000 euro	2 350 000 euro
Contribution to the film	-	200 000 euro	175 000 euro

¹² According to paragraph 2, point 25 of the Act II of 2004 on Motion Picture of Hungary, direct film production cost is a "payment included in the budget of the given film financially settled by the producer of the film, or in the case of a commissioned film, by the Hungarian enterprise participating in production, such payment is confirmed by a receipt, and the payment conforms to the conditions set out in the present law".

¹³ According to paragraph 2, point 29 of the Act II of 2004 on Motion Picture of Hungary, direct Hungarian film production cost is "the group of direct film production costs which take the form of tax obligation or compulsory contribution, or which creates tax or compulsory contribution liability in Hungary and which conform to the requirements set out in the present law".

¹⁴ According to the construction of the Motion Picture Act, the basis for the calculation of the eligible amount is 125% of the direct Hungarian production costs, benefits may be granted up to 20% of this sum.

Tax base	2 350 000 euro	2 150 000 euro	2 175 000 euro
Tax liability (19%)	446 500 euro	408 500 euro	413 250 euro
Tax credit	-	200 000 euro	175 000 euro
Payable tax	446 500 euro	208 500 euro	238 250 euro

The impact of the Hungarian tax benefit is underlined both in Hungarian and international analyses. The key to success, according to English literature, rests on putting in place a high quality infrastructure in parallel to the introduction of the tax incentive, and on an intensive promotion strategy in the United States. In 2008, Hungary introduced a dedicated development tax incentive scheme to expand its film infrastructure, for investments in film- and video production studios worth at least 100 million HUF.¹⁵ On this basis, investors may benefit from a tax credit worth up to 80% of their tax liability over a maximum of 10 years. As a result, production capacity multiplied; by now, four new studio complexes opened besides the initial Mafilm studio.¹⁶

This infrastructure mainly serves films produced on order, the number of which is year by year on the rise. While in 2004, only 7 foreign productions were made in Hungary, this number has risen to 49 in 2010.¹⁷ Certificates on qualifying expenditure are issued by the National Film Office (Nemzeti Filmiroda). The amounts figuring in these certifications have risen from 0.63 billion HUF to 7.29 billion HUF¹⁸ between 2004 and 2010 (although interestingly, according to the budgetary statements, based on the tax declarations, the amount of tax benefits were only 4.5 billion HUF).¹⁹ At the same time, this period has also seen a considerable rise in Hungarian film expenditure. Some data reveal a ten-fold rise, from 3 billion to 36 billion HUF in the given period.²⁰ According to Korda studio, Hungarian film industry has produced a 23 billion HUF export in 2010 through foreign productions which accounted for a 20% rise in comparison to preceeding years.²¹ The film studio has also emphasised the impact on employment: "while a few years ago foreign productions brought their own staff, today about 90% of the staff working on the scenery is Hungarian". According to their statistics "each and every forint given by the Hungarian state for film production brings two-and-a-half forints in return". In the case of Hungarian films, the economic impact is less attractive though. According to the statistics of the National Film Office, the number of new feature films was 26 in 2004 and 37 in 2010, while the number of viewers dropped significantly over the same period from 1.3 million to 578 million.

¹⁵ European Commission decision, State aid N646/2007 – Hungary, Development tax benefit for investments in film and video production facilities – amendment of the scheme N651/2006 on Development Tax Benefit, Brussels, 30.4.2008.

¹⁶ Raleigh, www.raleighstudios.com; Korda, www.kordafilmstudio.hu; Astra, www.astrafilmstudio.hu; Stern, www.sternfilm.com [25.11.2012.]

¹⁷ „A Time szerint Európa új Hollywoodja lehet Budapest”, http://hvg.hu/kultura/20100719_time_budapest_film [25.11.2012.]

¹⁸ <http://www.nemzetifilmiroda.hu/#> [25.11.2012.]

¹⁹ Legislative proposal T/3927 on the execution of the 2010 budget of the Hungarian Republic, Chapter XLII. Main incomes of the central budget, Annexes, <http://www.parlament.hu/irom39/03927/adatok/fejzetek/42mell.pdf> [25.11.2012.]

²⁰ Presentation of Abacus-Consult Kft., http://www.ahkungarn.hu/fileadmin/ahk_ungarn/Dokumente/Bereich_CC/Veranstaltungen/2011/2011-05/2011-05-11_Recht_und_Steuern_Aktuell_HLB/20110511_HLB_rendezveny_FINAL_2_.pdf [25.11.2012.]

²¹ Csapó: Hollywood meghajol a magyar filmesek előtt, <http://fn.hir24.hu/nagyinterju/2011/12/14/hollywood-meghajol-a-magyar-filmesek-elott/> [25.11.2012.]

The introduction of the Hungarian film tax incentive scheme had an impact on film production in other European countries as well. It was mainly the Czech film industry that was hit by the measures. Although the Czech Republic had considerable filming history and infrastructure, the introduction of the Hungarian fiscal incentives led to a market downfall of film production in the Czech Republic. By 2005, Hungary reached the same level of income from foreign film productions as the Czech Republic, and managed to attract more and more foreign productions in the following years.²² As a result, according to data from the Czech Film Commission, film production expenditure dropped from 7.17 billion CZK in 2002 to 3.52 billion CZK by 2008. Income generated through foreign productions dropped from 4.54 billion CZK to 705 million CZK in the same period.²³ In order to defend its economic positions, the Czech film industry had long demanded the introduction of an incentive scheme that eventually entered into force on 1 January 2010. In contrast to the Hungarian system, the Czech scheme rests on direct state grants to film production companies. The amount of support may reach 20% of Czech film production costs (eligible Czech production costs may not exceed 80% of the total production budget). The definition of eligible costs is somewhat less generous than in the Hungarian scheme, but the annual budget is significantly higher in the Czech Republic than the forecasted fiscal aid amounts in Hungary²⁴ (400 million CZK in 2010, approximately € 15.7 million, € 1000 million CZK annually from 2011, approximately € 39.2 million).²⁵ It is to be seen, how the operation of this support scheme will further influence the competition among the filming locations in Europe. It may have an impact not only on the countries in Central and Eastern Europe, but also on established film locations such as the UK.

3.1.2. The United Kingdom

As early as 1992, the UK Finance Act already provided the opportunity for production companies liable for corporate tax in the UK to deduct filming costs incurred in the country (generally over three years; in case of low budget films, since the 1998 amendment, immediately). This was completed by the Finance Bill of 2006, increasing the available tax incentives and thereby incentivising film production in the UK.²⁶

In addition to these benefits, the film tax incentive in effect from 1 January 2007 provides for enhanced tax deduction as well as for payable film tax credit. This scheme allows for an additional tax deduction of a certain proportion of qualifying UK costs, depending on the total production expenditure. Deduction may reach up to 80% of qualifying UK costs for films with a production budget of up to £ 20 million, and 64% for films with a higher production budget. In addition, the payable tax credit allows film production companies to claim a cash payment for tax losses after applying the enhanced tax deduction, with the upper limit

of 80% of the qualifying UK costs. The amount of cash payment is 25% of the tax loss for films with a production budget of up to £ 20 million, and 20% in case of films with a higher production budget. Apart from this benefit, the tax loss can no longer be set against income, or relieved in any other way. UK costs exceeding the 80% threshold and costs incurred outside the UK are subject to normal tax rules.

The functioning of the tax incentive may be illustrated by the following example: a film production company produces a film with total pre-production, photography and post-production expenditure of £ 10 million, all of which is UK expenditure. The film was commissioned by a distributor who pays £ 11 million for the completed film. Since the film costs less than £ 20 million it qualifies for enhanced tax deduction of up to 80% of UK expenditure and the payable tax credit rate is 25%.

Income (I)	£11 million
Expenditure (E), of which eligible UK cost is: x%	£10 million, of which eligible UK cost is 100%
Actual trading profit (I-E)	£1 million
Additional deduction (AD) (80% of UK expenditure)	£8 million
Adjusted trading profit (loss) (I-E-AD)	£7 million
Payable tax credit	£1,75 million

Source: European Commission decision, State aid N 461/2005 – UK film tax incentive

The maximum aid intensity of the UK tax incentives (state funded proportion compared to the total production costs of the films subsidised) is 24% for films with a total production expenditure of up to £ 20 million and 19.2% for films with a higher production budget. Only those film production companies are eligible for the tax incentive that are subject to corporate tax in the UK and – apart from co-productions – have full control over, and are responsible for the complete film, including principal photography, post-production and completion of the film. In case of co-productions, the co-producing production company must have a real and active involvement in producing the film. Furthermore, in order to be eligible, at least 25% of the film's total budget should be incurred in the UK and the film itself must be a culturally British film as defined by the UK cultural test.²⁷

According to a study on the economic impact of the UK film industry published in 2010,²⁸ the tax incentive is a necessary and effective means to ensure and to develop the international competitiveness of the British film sector. The study emphasises the increasing global pressure and the expansion of tax incentives all over the world. In this context, it specifically highlights the example of Hungary to demonstrate that countries with lower wages and price levels may also decide to implement tax incentive

²² Rousek, Leo: Czech Movie Industry Loses Business to Hungary, the Wall Street Journal, 24 July, 2009. <http://online.wsj.com/article/SB124838757272177229.html> [25.11.2012.]; Ratner, Paul: Film Production in Prague, 12.07.2010.,

²³ <http://www.expat.cz/prague/article/prague-entertainment/film-production-in-prague/> [25.11.2012.]

²⁴ European Commission decision, State aid N 98/2010 – Czech film support scheme, Brussels, 17.6.2010

²⁵ Based on exchange rates 15 November, 2012

²⁶ HM Revenue&Customs: Reform of Film Tax Relief, <http://www.hmrc.gov.uk/films/reforms.htm> [25.11.2012.]

²⁷ In the case of coproductions, the fulfilment of the criteria of the European Convention on Cinematographic Co-Production is equivalent.

²⁸ Oxford Economics: Economic Impact of the UK Film Industry, Supported by the UK Film Council, Framstore Ltd, Cinesite Ltd, Double Negative Ltd, and Pinewood Shepperton plc, June 2010, http://www.ukfilmcouncil.org.uk/media/pdf/i/r/The_Economic_Impact_of_the_UK_Film_Industry_-_June_2010.pdf [25.11.2012.]

schemes and to provide state funding for infrastructure.²⁹ Thus, initially less known filming locations may become serious competitors. According to their calculations, as a result of the film tax incentives – taking also into account the devaluation of the British pound – by 2010, the costs of film production have become 40% lower in the UK than in the US. Moreover, based on these estimates, 2010 was the first year when British costs were even lower than those in the Czech Republic by 7%. The study calculates with similar values until 2015, meaning that British film industry would continue to attract 10-15% of global film production, with an annual foreign investment worth £ 750 million or more in the sector. Without the film tax relief in place, the share of the UK in global film production would drop by 5-10% according to the study, resulting in an annual loss of about £ 600 million.³⁰

3.2. Tax incentives in other Member States of the European Union

3.2.1. Ireland

Ireland was among the first in Europe to recognise the incentive effect of tax reliefs for the film industry. In Ireland, a tax incentive scheme was initially introduced in 1987, gaining broader application following the 1993 reforms.³¹ The tax incentive provides a possibility for tax deduction for corporate investors and – since 1993 – for private individuals investing into film production. The proportion of the production budget eligible to the tax incentive, the maximum amount of relevant investment per film and the amount of deduction have all been gradually increased over the years.³²

According to current rules in effect since 2009, companies and individuals investing in film production may deduct the total amount of their investment from their tax base. Companies may invest up to € 10,160,000 this way (€ 3,810,000 per film), while for individuals, this cap is € 50,000 annually.³³ Investments eligible for the tax relief may amount up to 80% of the total production budget of a given film, which may not exceed € 50 million. The amount to be spent on location in Ireland should at least equal the amount eligible for tax deduction: in case a producer raises 80% of the total production budget from investors thereby benefiting from tax deduction in Ireland, this amount needs to be spent in the country.³⁴

The economic effect of the Irish tax incentive may well be illustrated by the 57 qualifying film projects in 2010. According to calculations, this generated a total of € 165 million in-country spend, resulted in maintaining 10,000 work places and offered

approximately 26-28% net benefit to film and television producers.³⁵

3.2.2. Luxembourg

In Luxembourg, a tax incentive for film production has been in place since 1988. In case the film project meets the eligibility criteria (such as being mainly produced in Luxembourg, being foreseeably profitable), production companies subject to corporate tax in Luxembourg are issued an audiovisual investment certificate stating expenses incurred in the country. Holders of the certificate may reduce their taxable income with the relevant amount, up to 30% of the tax base. The certificate may be used by the production company, but it may equally be sold to other companies subject to taxation in Luxembourg, which can also use them to reduce their taxable income. Selling the certificate often serves all parties; it helps to raise funds for the production company and reduces the taxable income of the profitable buyer company.³⁶

3.2.4. Belgium

Belgium introduced its tax incentive scheme in 2002. Companies resident and subject to corporate tax in Belgium³⁷ may receive a tax deduction on their taxable profits up to 150% of their investment in an audiovisual production with a maximum limit of € 750,000 (equalling an investment of € 500,000). Since its adoption, the incentive scheme channelled considerable investment into the film sector and resulted in an increase of employment too. Investment generated in the film sector in 2003 was valued at € 5 million, which has risen to € 80 million by 2008; new employment figures by certain sources were estimated to have risen to 7600 during the same period.³⁸ According to the data of the Belgian Ministry of Finance, the tax incentive secured € 600 million financing for audiovisual works between 2003 and 2011.³⁹

3.2.4. France

The complex French film support scheme was extended in 2004 to include tax relief in relation to film production, followed by a tax incentive scheme specifically targeting foreign films produced in France in 2009.

The 2004 allowance may be claimed after those feature films, documentaries and animations that receive automatic funding, are fully or mainly shot in French or a regional language used in France, and are filmed principally in French territory. The scheme provides for a 20% tax credit for film production costs incurred in France not exceeding € 1 million (and in case of feature films and documentaries, an amount of € 1150 per minute, for animations

²⁹ Oxford Economics (2010) p. 88.

³⁰ Oxford Economics (2010), pp. 91-92.

³¹ Barrett, Paddy: Ireland's tax breaks for film & TV production, http://www.obs.coe.int/oea_publ/sequencia5.pdf.en [25.11.2012.]

³² Commission decisions State aid NN 49/1997, N 32/1997 – Ireland, „Section 35/481” tax based film investment incentive; State aid N 237/2000 – Ireland, Extension of aid schemes to film and TV production, Brussels, 25.9.2000; State aid N 387/2004 – Ireland, Tax relief for investment in film, Brussels, 1.12.2004; State aid N 151/2006 – Ireland, Tax relief for investment in film – Modification of scheme N 387/2004, Brussels, 16.5.2006; State aid NN 10/2009 (formerly N 487/2008) – Ireland, Irish film support scheme, Brussels, 10.3.2009

³³ Irish tax and Customs: Film Relief, <http://www.revenue.ie/en/tax/it/leaflets/it57.html> [25.11.2012.]

³⁴ Irish Film Board: Financing your film, Tax Incentives, Section 481 Cultural Test, http://www.irishfilmboard.ie/financing_your_film/Section_481_Cultural_Test/29 [25.11.2012.]

³⁵ Irish Film Portal: Tax break locked until the end of 2015, <http://irishfilmportal.blogspot.com/2011/01/tax-break-locked-on-until-end-of-2015.html> [25.11.2012.]

³⁶ Cineuropa Industry Report: Financing, Tax shelter – Luxembourg, 28/6/2006; lsd. <http://cineuropa.org/2011/dd.aspx?t=dossier&l=en&tid=1365&did=75778> [25.11.2012.]

³⁷ In 2009, the European Commission approved the prolongation of the scheme under the condition that the Belgian authorities do not require Belgian nationality (e.g. incorporation in Belgium) in order to benefit from the tax deduction, see European Commission decision, State aid N 516/2009 – Belgium, Belgian film tax shelter extension, Brussels, 22.12.2009

³⁸ uMedia: Impact of Tax Shelter – Economic Impact, <http://www.umedia.eu/en/tax-shelter/economic-impact-134> [25.11.2012.]

³⁹ Location Flanders: The Belgian Tax Shelter System, <http://www.locationflanders.be/production-guide/financing-and-incentives/the-belgian-tax-shelter-system/> [25.11.2012.]

€ 1200 per minute). The scheme has been extended to feature films intended for television viewing in 2005.⁴⁰

The 2009 incentive targets those foreign film productions that spend at least € 1 million in French territory, and in case of feature films, have at least five shooting days in France. The tax credit is available for those production companies liable for corporate tax in France that have undertaken to realise the production of a film in France for a foreign producer. The incentive allows for a 20% tax credit on eligible expenses and may amount up to € 4 million. Should this amount exceed the amount of corporate tax due, the remaining amount is paid to the company directly by the state.⁴¹

According to a study commissioned by the Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) in 2011, these tax allowances are not sufficient to compete with other European countries. The study stresses that the relatively low cap (€ 1 and 4 million respectively, compared € 4 and 10 million in Germany, or € 50 million in Ireland) as well as the narrow definition of eligible French costs make other European destinations more attractive.⁴²

3.2.5. Malta

Malta introduced incentives for film production in 2005. First of all, it applies a reduced corporate tax rate for companies working in the film sector (5% instead of the general rate of 35%). Furthermore, it allows for a refund of the 18% VAT on goods and services related to film production. In addition, film productions are granted direct support up to 22% of Maltese production costs (32% for difficult or low budget films).⁴³ Moreover, Malta also provides an investment tax benefit to generate investment in film industry infrastructure (depending on the size of the company, a tax credit of 30-50% of eligible Maltese costs is available). As a result, the past years have seen a steady increase in the number of films made in Malta.⁴⁴

3.2.6. Italy

Italy introduced a tax incentive scheme in 2008 in order to boost local film production. Investors in film production are entitled to a tax credit of 40% of their contribution, up to a maximum amount of € 1 million in a tax year. Film production companies making "Italian" films (films with mainly Italian or European contributors, or filmed principally in Italy or Europe) are eligible for a 15% tax credit on expenses incurred in Italy, amounting up to € 3,5 million in a tax year.

In addition, similarly to the 2009 French tax incentive, Italy also provides a separate tax credit for foreign films produced in

Italy, where the overall, creative control is carried out by a foreign company, and production is carried out in cooperation with a production company liable for corporate tax in Italy. In this case, the Italian production company is entitled to a tax credit of 25% on Italian production costs, amounting up to € 5 million. Moreover, the Italian incentive system incorporates two further allowances in the area of film production. Profits of production companies invested in the production of "Italian" films are not regarded as taxable incomes. Companies outside the film sector investing their profits in a film production may also deduct the amount of investment from their taxable income, up to 30% of their tax base.⁴⁵

3.3. Further similar initiatives in Europe

Film tax incentive schemes are the focus of the current article. At the same time, for the sake of completeness, we should mention that a similar effect may be achieved by means of direct subsidies. In 2007, the Netherlands, for example, decided to convert their tax incentive scheme into a direct subsidy system.⁴⁶ As a matter of fact, if a tax credit is not limited to a certain percent of the payable tax, as we have seen in several cases, if it may be transferred to the next financial year and/or the state pays the amount in excess of the tax due, the two types of measures are practically equivalent.⁴⁷ In view of the similar outcome of the different types of subsidies, it is not surprising that film journalists often refer to direct subsidies aimed at incentivising the production of foreign films as tax incentives too.⁴⁸

Germany also chose the way of direct support, introducing the German Film Fund (DFFF - Deutscher Filmförderfonds) in 2007 as a new, federal support system. The Film Fund provides € 60 million annual support to film productions with a budget over € 1 million that spend at least 25% of their production budget in Germany.⁴⁹ The support amounts to 16 or 20% of German spend and may reach € 10 million. According to the statistics of the German Film Fund, in 2010, the support scheme generated an investment of € 340 million in German film production.⁵⁰

The success of the German Film Fund generated similar action in Austria in 2010. The difference between the two schemes is that in Austria, the support amounts to 25% of Austrian spend and that – given the different size of the two countries – the Austrian scheme has an annual budget of € 7.5 million.⁵¹ The example of Austria clearly shows that competition is not limited to tax incen-

⁴⁰ Commission Nationale du Film France: Les crédits d'impôts, http://www.filmfrance.net/pdf/fr/Chapitre_03_2.pdf [25.11.2012.]

⁴¹ European Commission decision, Aide d'Etat N106/2009 – Crédit d'impôt pour les oeuvres cinématographiques étrangères, Bruxelles, le 2.7.2009; Commission Nationale du Film France

⁴² Goodfellow, Melanie: Screen Daily: French film tax incentive less attractive than key EU counterparts, says CNC, <http://www.screendaily.com/news/europe/french-film-tax-incentives-less-attractive-than-key-eu-counterparts-says-cnc/5032329.article> [25.11.2012.]

⁴³ Malta Film Commission: Cash Rebate – Financial Incentives for the Audiovisual Industry, <http://www.mfc.com.mt/page.asp?p=14253&l=1> [25.11.2012.]; Tax Credits, <http://www.mfc.com.mt/page.asp?p=14254&l=1> [25.11.2012.]; Commission decisions State aid N605/2007 and State aid N613/2009 – Financial Incentives for the Audiovisual Industry Regulations, Brussels, 28.11.2007; Financial Incentives for the Audiovisual Industry Regulations (prolongation of State aid N605/2007), Brussels, 8.12.2009

⁴⁴ FinanceMalta: The Film Servicing Sector in Malta, <http://www.mfc.com.mt/page.asp?p=14254&l=1> [25.11.2012.]

⁴⁵ Italian Film Commission: Regulations introduced in Italy regarding tax benefits for the film industry

⁴⁶ Davies, Adam P. – Wistreich, Nicol: The Film Finance Handbook: How to Fund Your Film, 2007 Netribution Limited; Commission decision State aid N 291/07 – The Netherlands Film Fund – Implementation Regulation for feature films and supplementary regulations for investments in film, Brussels, 10.7.2007; State aid N 524/2009, Brussels, 22.12.2009; State aid N 371/2010, Brussels, 15.11.2010

⁴⁷ Luther, William: Movie Production Incentives, 2010, op. cit. p. 6.

⁴⁸ For instance in the case of the German Film Fund: The Hollywood reporter: German Film Fund brings nearly \$ 500 million in 2010, <http://www.hollywoodreporter.com/news/german-film-fund-brings-500-73922> [25.11.2012.]; or in the case of the Czech direct support scheme: Film New Europe: EU approves Czech film tax incentives, <http://www.filmneweurope.com/news/czech/eu-passes-czech-film-tax-incentives> [05.03.2012.]

⁴⁹ European Commission decision, State aid N 695/2006 – Germany, German Film Fund, Brussels, 20.12.2006

⁵⁰ The German Film Fund: The Hollywood reporter, 2010, op. cit.

⁵¹ European Commission decision, State aid N 96/2010 – Austria, Filmstadt Österreich, Brussels, 31.8.2010

tives alone. A further example to this effect is the Czech support system mentioned above that was introduced under the pressure of the Hungarian film tax incentive scheme.

4. The future of competing incentives: questions in America and Europe

4.1. American criticism of the arms race

While the number of film tax incentives is steadily increasing, the past years have seen some studies questioning the economic efficiency of these measures in the United States.⁵² One of the most dedicated and consequent critic of the arms race among the States is the Washington-based Tax Foundation. According to their estimation States have spent almost \$ 6 billion on tax breaks in the past decade, however, these incentives have failed to live up to the expectations: the jobs created by the film industry are mostly temporary positions and there was no sufficient return to compensate for the lost state revenue.⁵³ They highlight the fact that the real cost of film tax incentives for taxpayers and the actual gains remain a mystery in most support schemes. In their opinion, studies stressing the positive impact of the tax breaks on film production, job creation and investment do not take into account the activities which would have taken place without the tax incentive and do not consider opportunity costs, those alternatives which, as a result, went unfunded.⁵⁴

The 2010 Issue Paper of the Michigan Senate Fiscal Agency came to a similar conclusion: "The nature of the credit and the resulting activity is such that under current (and any realistic) tax rate the state will never be able to make the credit 'pay for itself' from a state revenue standpoint, even when the credit generates additional private activity that would not have otherwise occurred."⁵⁵ The same doubts were formulated in 2004 by Greg Albrecht, chief economist for Louisiana's Legislative Fiscal Office: "even if 100% of the reported production amounts were being spent on purchasing goods and services from Louisiana suppliers, the economic benefits would not be sufficient to provide tax receipts approaching the level necessary to offset the costs of tax credits."⁵⁶

According to the critics, the positive impact on the overall economy is also unfounded: "when film tax credits do hit their mark and induce more local film production, the resulting stimulus to overall economic activity appears to be rather modest."⁵⁷ The Tax Foundation considers the current system of competing tax incentives clearly disadvantageous: "The only thing these incentives

create is the need for ongoing credits and subsidies".⁵⁸ This leads to a race to the bottom; the only beneficiary of the competing incentives is the film industry, all other parties loose.

The Tax Foundation describes three possible solutions to the arms race among US States.⁵⁹ On the one hand, it considers that individual States may decide to stop subsidising the movie industry on a unilateral basis: they may conclude that there is no point in continuing to compete with the generous incentives of some States (e.g. Louisiana and Michigan). Those countries that offer few other advantages to the film industry would thereby certainly lose their tax-induced film productions. At the same time, they would free up resources for other, more long-lasting objectives.⁶⁰ Indeed, in 2010-2011, several American States decided to abolish or to suspend their tax benefits (Arizona, Arkansas, Idaho, Iowa, Kansas, Maine, New Jersey, Washington), and there were initiatives to decrease or to end the incentives in a number of other States as well (Alaska, Connecticut, Georgia, Hawaii, Michigan, Missouri, New Mexico, Rhode Island, Wisconsin). Other States, however, preferred to pursue, or even increase their incentives (for example California, Utah, and Virginia introduced further incentives).⁶¹

On the other hand, all States currently operating tax incentives for the film sector could abolish these benefits by way of common agreement. This solution, based on voluntary cooperation, has the practical disadvantage that the State breaking the agreement would be able to draw large benefits to the detriment of the others. If one State breaks the pact, competitive forces would drive others to follow suit, giving rise to a new arms race.

The third alternative could be the federal solution. Some authors suggest that the Congress could use its Commerce Clause to end "the economic war among the States" and prevent States from "using financial incentives to include companies to locate, stay, or expand in the State."⁶² At the same time, the Tax Foundation recognises that the use of the powers embodied in the Commerce Clause would give rise to a new precedent which may well usher additional problems going beyond the film sector.

In our view, these criticisms are a useful indication of the negative effects of tax incentives. At the same time, to better understand the background of the criticism of the Tax Foundation, it is useful to note that they are not only critical of film tax benefits, but of all sector-specific tax breaks. In their view, whereas competition among tax systems may be useful, sector-specific tax competition incentives do nothing but transfer wealth from the many to the few.⁶³ Furthermore, it needs to be observed that although the organisation emphasises the lack of thorough examination regarding film tax incentives and takes into account a number of economic issues, it does fail to take global competition for film production into consideration. Indeed, in case of abolishing the benefits in the US, there may be a possibility that all States loose film production activities to the benefit of their European and other international competitors. This issue, the global determination of tax incentive schemes, has been a key point in the

⁵² Schonauer, R. Joshua: *Star Billing? Recasting State Tax Incentives for the „Hollywood” Machine*; Ohio State Law Journal, 2010. Vol. 71:2

⁵³ Henchman, Joseph: *Poor Reviews Prompt States to Cry Cut! on Film Tax Incentives*, June 18, 2011, <http://news.heartland.org/newspaper-article/2011/06/18/poor-reviews-prompt-states-cry-%E2%80%98cut%E2%80%99-film-tax-incentives> [25.11.2012.]

⁵⁴ Cobb, Kathy: *Roll the credits... and the tax incentives – Cities, states and even countries spar for film production business, but at what cost?* September 1, 2006, http://www.minneapolisfed.org/publications_papers/pub_display.cfm?id=1309 [25.11.2012.]

⁵⁵ Zin, David: *Film Incentives in Michigan*, Issue Paper of the Michigan Senate Fiscal Agency, September 2010, <http://www.senate.michigan.gov/sfa/Publications/Issues/FilmIncentives/FilmIncentives.pdf> [25.11.2012.]

⁵⁶ Albrecht, Greg, in: Nothdurft, John, *The Heartland Institute, Policy Documents: Film Tax Credits: Do They Work?*, <http://heartland.org/policy-documents/film-tax-credits-do-they-work> [25.11.2012.]

⁵⁷ New England Public Policy Center at the Federal Reserve Bank of Boston, in: Nothdurft, John, *The Heartland Institute, Policy Documents: Film Tax Credits: Do They Work?*, <http://heartland.org/policy-documents/film-tax-credits-do-they-work> [25.11.2012.]

⁵⁸ Cineuropa Industry Report: *Financing - Study: Film Tax Credits, Production Incentives Fail to Spur Economic Growth*, 8/2/2010, <http://cineuropa.org/2011/dd.aspx?t=dossier&l=e&n&tid=1365&did=134997> [25.11.2012.]

⁵⁹ Luther, William: *Movie Production Incentives*, 2010, op.cit. pp. 15-16.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Henchman, Joseph, op. cit.

⁶² Burstein, Melvin and Rolnick, Arthur of the Federal Reserve Bank of Minneapolis, in: Henchman, Joseph, Ibid.

⁶³ Luther, William, op. cit. p. 16.

public debate among Member States and interested parties following the publication of the European Commission's issues paper on the review of the Commission's Cinema Communication⁶⁴.

4.2. The European policy regarding film tax incentives

4.2.1. State aid rules for film support

Unlike the US States, Member States of the European Union are not entirely free to decide upon the introduction of state support measures, such as tax incentives. The European Commission's control over the granting of state subsidies is one of the specificities of the *acquis communautaire*, a supervisory role underpinned by economic considerations, market integration objectives and competition policy goals.⁶⁵

The current conditions to be met by film support measures are described by the Commission's 2001 Communication on certain legal aspects relating to cinematographic and other audiovisual works (referred to as the Cinema Communication)⁶⁶. The Cinema Communication sets out the following criteria:

- Cultural objective: aid must be directed towards a "cultural product", i.e. the Member State must ensure that the product receiving funding (in accordance with the principle of subsidiarity) is cultural in nature according to verifiable national criteria.
- Limited territorialisation: the producer must be free to spend at least 20% of the film budget in other Member States. It is therefore possible to prescribe a maximum spend of 80% of the production budget on the territory of the State that is actually providing the aid for the film or television programme.
- Complementarity character: the intensity of the aid provided by the Member State must in principle be limited to 50% of the production budget, except for difficult and low budget films.
- Prohibition of aid supplements for specific film-making activities: aid supplements to separate film-making activities such as post-production, which would aim at attracting certain work processes to a given country, are not allowed.⁶⁷

These criteria were originally formulated in view of the European tradition of subsidising cultural films made by national film industry. With the increase of tax incentives over the past years, the State aid decisions of the European Commission show a marked move, examining more and more closely the compatibility of tax measures

with the conditions of the cultural exemption, in particular with the cultural criterion.⁶⁸

In the Issues Paper⁶⁹ marking the beginning of the review process of the Cinema Communication in 2011, the European Commission services took the view that current rules are insufficient to control the subsidy race in Europe.

4.2.2. Review of the State aid rules: the Commission's concerns regarding the arms race of tax incentives

On the occasion of the 2009 extension of the European Commission's Cinema Communication, the Commission already signalled that among other tendencies, the "competition among some Member States to use State aid to attract inward investment from large-scale, mainly US, film production companies" may require a refinement of the State aid rules.⁷⁰ In the 2011 Issues Paper⁷¹, the Commission services voiced concerns that attracting these productions "with subsidies may ensure that these high profile films are made in Europe rather than elsewhere, [but] such subsidies distort competition among European production locations."⁷² The Issues Paper highlights that the 50% maximum aid intensity foreseen in the present Communication allows for a very high aid amount in such cases. Although it recognises that support for these film productions may indirectly support European film services and have positive spill-over effects to other sectors, overall, it takes a critical view of the arms race of tax incentives and the resulting situation. "To the extent that this use of public subsidies in effect leads to competition with other Member States, this is detrimental both to the sector and to European taxpayers."⁷³

In the Issues Paper, the Commission services emphasise the primary objective of the State aid rules of the Treaty, namely to avoid such competition. They describe two main problems. On the one hand, profits linked with these productions are retained largely outside the EU "and therefore do not necessarily contribute to the long-term sustainability of the sector." On the other hand, they point out that – unlike their European competitors – American big productions have no difficulty obtaining private finances ("the question is not whether the film will be produced but only where this will be done."⁷⁴), therefore, the necessity of such subsidies is "not evident".

The Issues Paper recalls the time of the elaboration of the present Cinema Communication, when the phenomenon of competing incentives did not arise and therefore, could not be taken into account. At this stage, however, limits needed to be set to the subsidy race.

4.2.3. Proposed rules to control the subsidy race

Following the publication of the Issues Paper, the European Commission invited all interested parties to submit comments. This

⁶⁴ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions on certain legal aspects relating to cinematographic and other audiovisual works, Brussels, 26.09.2001, COM(2001)534 final

⁶⁵ See for instance Sinnaeve, Adinda: How the EU manages subsidy competition, Speech prepared for presentation on February 27, 2004, at Reining in the Competition for Capital, a conference organised by Professor Ann Markusen at the Humphrey Institute at the University of Minnesota, http://www.hhh.umn.edu/img/assets/6158/sinnaeve_paper.pdf [25.11.2012.]

⁶⁶ Communication on certain legal aspects relating to cinematographic and other audiovisual works, op. cit.

⁶⁷ Tosics, Nóra: Audiovizuális politika [Audiovisual policy], in: Kende, Tamás – Szűcs, Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba [Introduction to the policies of the European Union], Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest, 2011

⁶⁸ Broche, Jérôme – Chatterjee, Obhi – Orsich, Irina – Tosics, Nóra: State aid for films: a policy in motion?, Competition Policy Newsletter 2007/1

⁶⁹ European Commission: Issues Paper – Assessing State aid for films and other audiovisual works, online: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_state_aid_films/issues_paper_en.pdf [25.11.2012.]

⁷⁰ Communication on certain legal aspects relating to cinematographic and other audiovisual works, 2001, op. cit.

⁷¹ European Commission: Issues Paper op. cit.

⁷² Ibid. (32)

⁷³ Ibid. (33)

⁷⁴ Ibid. (32)

public consultation showed that an important number of Member States still view tax incentives as a useful tool for supporting their film industries. A large number of participants voiced concerns that Europe may lose ground in the global competition for attracting high budget productions. These opinions mostly emphasised the positive effects of tax incentives and did not demonstrate awareness of the inefficiencies at European – and global – level.⁷⁵

Notwithstanding these comments, the European Commission pursued the objective to control the subsidy race and included relevant rules in the draft revised Cinema Communication, published in March 2012.⁷⁶ The draft acknowledges the positive effects of international productions on national film industries, however – in line with the Issues Paper – it views the subsidy race harmful for competition within the Community⁷⁷ and makes an attempt at its control.

In concrete terms, the draft – in parallel with tightening the rules on territorial requirements – considers that it is not justified to define the aid amount based on the production costs incurred in a given country. Therefore, it suggests that the basis for the tax incentives should be calculated taking into account all production expenditure within the European Economic Area (EEA). Member States could only require a film production to spend the actual aid amount – in case of tax incentives, the actual amount represented by the tax benefit – in their territory.

Moreover – in line with some comments received during the public consultation – the draft makes a distinction between support to European and to foreign productions (based on the place of establishment of the majority of the producers and significant European participation among the contributors to the film production), and suggests stricter, regressive intensity rules for foreign productions.⁷⁸ In case of foreign films with a production budget higher than € 10 million, aid intensity would be limited to 30%, and foreign films with a production budget higher than 20 € million could benefit from an aid intensity of maximum 10%.

These new provisions would have an effect on all tax incentives in the EU Member States. The decrease of maximum aid intensity is foreseen to limit competition for big budget productions – and thus have an effect on participation in world-wide competition. On the other hand, the requirement to take all production expenditure within the EEA into account would affect the original aim of national tax incentives, i.e. to attract productions to a given country. It is no wonder, therefore, that a large number of Member States and market players have voiced concerns in the course of the second round of public consultation on the draft Communication.

The influence of these concerns and of the Commission's dedication to protect competition will be manifested in the revised Cinema Communication. The difficulties of finalising the revision of the current rules are illustrated by the fact that – although the adoption of the revised Cinema

Communication was initially foreseen for end of 2012, in May 2013, the review process is still pending.

5. Concluding remarks

The aim of the present article was to explain and to illustrate the subsidy race in order to attract big budget foreign productions, with particular emphasis on EU Member States. For the time being, a number of issues raised in this article remain unanswered while Europe attempts to find a new balance between cultural aid and the rationale for economic incentives; the negative impacts of the subsidy race and the pressure to participate in the global competition for film locations; the short term goals of the Member States' film industries and the strategic interests of European film sector, as well as issues of competence and subsidiarity between Member States and the European Union.

As we have seen, in the past years critical voices have emerged concerning this growing global subsidy race. In the US, several States decided to unilaterally revise their tax incentive schemes. A similar tendency is not present among Member States of the European Union. So far, signs were pointing more towards the broadening and intensification of this competition. However, in the context of the ongoing review of the European Commission's Cinema Communication, the Commission makes an attempt to set limits to this subsidy race, in the interest of the Internal Market.

The underlying issues of the current public debate remain unchanged. How to increase the competitiveness of the European film sector? What is the future of European film? Besides thriving Hollywood and Bollywood, is there a future for a similarly successful European "Jollywood"?

Although competition for big budget productions may help to keep the economic base of the European film industry, and to sustain and increase current capacity, they do not serve the interest of strengthening the whole of the European film industry. Data of the European Audiovisual Observatory are thought-provoking; by 2010 market share of European films has dropped to its lowest in the past five years (25.3% as opposed to 68 % of the US).⁷⁹

According to analysts, the key to the success of the European audiovisual sector lies in its capacity to change how it reaches and builds larger regional and global audiences.⁸⁰ The strategic issues of the European film sector include overcoming the fragmentation of the European film industry, boosting the distribution of European films, improving commercial conditions, strengthening European co-productions and moving towards a more market-driven approach. However, looking at these issues leads us beyond the scope of our present article. One thing is for sure: no matter how appealing the fast and spectacular results of a successful tax incentive scheme may be, these benefits should not override the long term, strategic goals and ambitions of the European film industry.

⁷⁵ At the same time, some Member States did experience the downside of the subsidy race and were therefore, supportive of the Commission initiative (e.g. Norway). Albeit operating a large scale tax incentive scheme, Italy too seemed receptive to the idea to introduce a maximum ceiling to the incentives offered by the Member States in the form of a percentage of the production budget.

⁷⁶ European Commission: Draft – Communication from the Commission on state aid for films and other audiovisual works; http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_films/draft_communication_en.pdf [25.11.2012.]

⁷⁷ Draft – Communication from the Commission on state aid for films and other audiovisual works, op. cit.

⁷⁸ Ibid., p. 7., p. 10., p. 12.

⁷⁹ European Audiovisual Observatory, Lumiere database, http://www.obs.coe.int/about/oea/pr/mif2011_cinema.html [25.11.2012.]

⁸⁰ Opinion of the American Assembly: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_state_aid_films/american_assembly_en.pdf [25.11.2012.]

Abstract

Film industry is an extremely mobile sector; the choice of location for film productions is based on business decisions strongly influenced by incentives available in the countries world-wide. The last decade has seen growing competition to attract big-budget – mainly American – productions in order to benefit from the investment and work opportunity they represent. The main tools of the arms race are different forms of local tax incentives for the film industry: tax deductions, tax credits and combined tax incentives.

This article aims at mapping the context of these incentives, presenting the various forms of tax benefits available in the European Union Member States, It gives an insight to the criticisms and concerns voiced regarding the efficiency of competing incentives, and provides an overview of the European Commission's initiative to set limits to the arms race.

Summary: Film tax incentives in the Member States

	Form of support	Beneficiaries	Amount of support	Existence of Cultural test
Belgium	tax deduction	Investors subject to taxation in Belgium	Tax deduction on taxable profits up to 150% of investment with a maximum limit of € 750,000, provided that it does not reach 50% of the tax base	-
United Kingdom	tax deduction, tax credit	Film producers subject to taxation in the UK	- Tax deduction: 80% of qualifying UK costs for films with a production budget up to £ 20 million, and 64% for films with a higher budget. - Payable tax credit (in case of a negative tax base) up to 80% of qualifying UK costs, amounting to 25% of the negative tax base for films with a production budget up to £ 20 million, and 20 % in case of films with a higher budget	x
France	tax deduction, tax credit	Shareholders of SOFICAs, Film producers subject to taxation in France	- Tax deduction up to 36% (in certain cases, 43% of shares in SOFICAs, up to 25% of income tax - 20% tax credit which may not exceed € 1 million (€ 4 million in case of international productions)	x
Ireland	tax deduction	Investors subject to taxation in Ireland	The amount of investment may be deducted from the tax base, companies may invest up to € 10,160,000 annually (€ 3,810,000 per film); private persons may invest up to € 50,000 annually	x
Luxemburg	tax deduction	Film producers subject to taxation in Luxemburg (transferable)	Tax deduction up to 30% of the tax base	-
Hungary	tax deduction, tax credit	Investors subject to taxation in Hungary	- The company may receive up to 119% of its contribution to a film by means of the tax break; - the production company may receive contributions eligible for the tax break up to 20% of the total production budget (in case Hungarian costs are less than 80% of the total budget, up to 25% of Hungarian production costs)	x
Malta	reduced corporate tax rate, VAT refund	Film producers subject to taxation in Malta, undertakings purchasing goods and services	- 5% corporate tax rate in the film sector instead of the general 35% - VAT refund on goods and services in the film sector	-
Italy	tax deduction, tax credit	Investors and film producers subject to taxation in Italy	- Investors benefit from a tax credit of 40% of the investment, up to € 1 million in a year - In case of Italian films, film producers receive a 15% tax credit on Italian production costs, up to € 3,5 million in a year - In case of foreign films produced in Italy, the Italian production company is entitled to a tax credit of 25% on Italian production costs, up to € 5 million in a year - Profits of production companies invested in the production of "Italian" films may be deducted from the tax base - Companies outside the film sector investing their profits in a film production may deduct this investment from their taxable income, up to 30% of their tax base	x

MGR EDYTA ADAMCZYK

USTALANIE WYNAGRODZEŃ ZA KORZYSTANIE Z UTWORÓW LUB PRZEDMIOTÓW PRAW POKREWNYCH ORAZ PRAKTYKI ORGANIZACJI ZBIOROWEGO ZARZĄDZANIA W ODNIESIENIU DO ZASAD KONSTYTUCYJNYCH I PRAKTYK ZAKAZANYCH PRZEZ PRAWO KONKURENCJI

Treścią prawa autorskiego są autorskie prawa osobiste i prawa majątkowe. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu¹. Stawki wynagrodzenia za korzystanie z utworów dochodzone w zakresie zbiorowego zarządzania za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania zatwierdzone są lub zmieniane w postępowaniu przed Komisją Prawa Autorskiego (Komisją). W opracowaniu omówię przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, regulujące rolę Komisji, mechanizmy oraz zasady obowiązujące w postępowaniu w sprawach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. Następnie zajmę się analizą omawianej regulacji w odniesieniu do zgodności z zasadami konstytucyjnymi oraz Prawem konkurencji. Celem opracowania jest wykazanie, że obowiązujące przepisy prawa autorskiego w zakresie ustalania wynagrodzeń z tytułu korzystania z twórczości utrwalają dominującą pozycję organizacji zbiorowego zarządzania na rynku prawnie autorskim.

I. Rola Komisji Prawa Autorskiego w postępowaniu o zatwierdzenia tabel wynagrodzeń za korzystanie z praw autorskich lub praw pokrewnych

W dniu 8 lipca 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 152 poz. 1016) Sejm zmienił, po poprawkach Senatu, przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako Ustawa). Zmiana stanowiła między innymi wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 stycznia 2006 r. który zakwestionował przepisy dotyczące trybu postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego w sprawach zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub artystycznych wykonania.

Postępowanie w sprawie zatwierdzania i zmian tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych uregulowano w Rozdziale 12¹ znowelizowanej Ustawy. „Rozpatrywanie spraw o zatwierdzenie i zmiany tabel wynagrodzeń

ustawodawca powierzył Komisji Prawa Autorskiego. Komisja jest organem pozasądowym, który w postępowaniu cywilnym pozasądowym rozpatruje sprawy, stosując odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym o ile przepisy nie stanowią inaczej”². Nie stosuje się przepisu art. 49 kodeksu postępowania cywilnego³. Wyłączenie jest podyktowane tym, że arbitrzy, wchodzący w skład Komisji wywodzą się ze środowisk twórców i użytkowników praw autorskich i pokrewnych.

Postępowanie przed Komisją w zakresie zatwierdzenia lub zmiany tabel musi poprzedzać ewentualne skierowanie sprawy na drogę sądową.

Komisję powołuje Minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Zgodnie z art. 110¹ ust. 2 Ustawy do zadań Komisji należy 1) rozpatrywanie spraw o zatwierdzanie i zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych; 2) rozstrzyganie sporów dotyczących stosowania tabel, o których mowa w pkt 1; 3) rozstrzyganie sporów związanych z zawarciem umowy, o której mowa w art. 21¹ ust. 1; 4) wskazywanie organizacji właściwej w rozumieniu ustawy, w przypadku, o którym mowa w art. 107; 5) rozpatrywanie spraw o odtworzenie akt oraz uzupełnienie lub sprostowanie orzeczenia Komisji; 6) rozpatrywanie spraw o wykładnię orzeczenia Komisji.

Komisja, której kadencja trwa 3 lata składa się z trzydziestu arbitrów powoływanych spośród kandydatów przedstawionych przez: 1) organizacje zbiorowego zarządzania; 2) stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów; 3) organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz 4) organizacje radiowe i telewizyjne. Zgodnie z art. 110² ust. 5 Ustawy niezależnie od tego, czy wymienione powyżej podmioty przedstawiły swojego kandydata, arbitrem nie może być osoba, która jednocześnie pełni funkcję w organie tych podmiotów. Kandydaci na arbitrów Komisji powinni posiadać

² Na temat postępowania przed Komisją oraz postępowania sądowego w zakresie tabel wynagrodzeń obszerna praca R. Flejszar, M. Mańczyk-Herdzina „Postępowanie w sprawach o zatwierdzenie i o zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych” Zeszyty Naukowe UJ, rok 2011 zeszyt 1 (111)

³ Art. 49 kpc Niezależnie od przyczyn wymienionych w art. 48, sąd wyłącza sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie

¹ Art. 17 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity DZ.U. 2006 Nr 90, poz. 631)

odpowiednią wiedzę oraz niezbędne doświadczenie zawodowe z zakresu prawa autorskiego i praw pokrewnych. Minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego powołuje do Komisji piętnastu arbitrów spośród kandydatów przedstawionych przez organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów oraz piętnastu arbitrów przedstawionych przez organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych i organizacje radiowe i telewizyjne. Zgodnie z art. 110² ust. 7 Ustawy arbiter Komisji w wykonywaniu swojej funkcji jest niezależny. Przewodniczący i zastępca przewodniczącego Komisji nie mogą być jednocześnie członkami zespołów orzekających Komisji.

II. Mechanizm zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z praw autorskich i praw pokrewnych

Wniosek do Komisji o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych objętych zbiorowym zarządzaniem składa organizacja zbiorowego zarządzania, a wniosek o zatwierdzenie wspólnej tabeli może złożyć wspólnie kilka organizacji. Zgodnie z art. 110¹¹ ust. 1. Ustawy – sprawy o zatwierdzanie tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych rozpatruje zespół orzekający Komisji w składzie pięcioosobowym. W terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku, przewodniczący Komisji wyznacza z listy arbitrów Komisji do zespołu orzekającego Komisji dwóch arbitrów przedstawionych przez organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów oraz dwóch arbitrów przedstawionych przez organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych i organizacje radiowe i telewizyjne. W ten sposób wyznaczeni arbitrzy Komisji, na posiedzeniu zwołanym przez przewodniczącego Komisji, wybierają przewodniczącego zespołu orzekającego z listy arbitrów Komisji, bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej trzech arbitrów. Jeżeli arbitrzy Komisji nie wybiorą przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji w terminie miesiąca od dnia ich wyznaczenia do zespołu orzekającego, zostanie on wyznaczony przez przewodniczącego Komisji.

Według art. 110¹² ust. 4 Ustawy we wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń określa się 1) pola eksploatacji, których dotyczy tabela wynagrodzeń; 2) kategorie utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, których dotyczy tabela wynagrodzeń; 3) kategorie podmiotów uprawnionych, na rzecz których wnioskodawca działa; 4) wysokość stawek wynagrodzenia.

Według art. 110¹² ust. 6 Ustawy uczestnikami postępowania w sprawach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń są: 1) wnioskodawca; 2) inne organizacje zbiorowego zarządzania, które w udzielonym imprez ministra właściwego do spraw kultury i dziedzictwa narodowego zezwoleniu mają wskazane pola eksploatacji, których dotyczą tabele wynagrodzeń, jeżeli złożą wniosek o udział w tym postępowaniu, w terminie wyznaczonym, zgodnie z ust. 8⁴, przez

przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji; 3) organizacje zrzeszające podmioty korzystające z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych, których działalność obejmuje pola eksploatacji wynikające z tabel wynagrodzeń, jeżeli złożą wniosek o udział w tym postępowaniu, w terminie wyznaczonym, zgodnie z ust. 8, przez przewodniczącego zespołu orzekającego Komisji. Na postanowienie o odmowie dopuszczenia do wzięcia udziału w sprawie przysługuje zażalenie.

III. Zasady obowiązujące w postępowaniu przed Komisją Prawa Autorskiego

Jedną z reguł obowiązujących w postępowaniu przed Komisją jest wspomniana już zasada, że wniosek o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń może złożyć wyłącznie organizacja zbiorowego zarządzania. Wniosek o zatwierdzenie wspólnej tabeli może złożyć wspólnie kilka organizacji. Przewodniczący Komisji, do której wniosek został skierowany bada ten wniosek pod kątem zachowania wymogów formalnych pisma procesowego w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego.

Złożenie przez organizację wniosku o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń jest **obligatoryjne** w przypadkach, o których mowa w art. 21 ust. 1 i 2¹, art. 21¹ ust. 1 i art. 70 ust. 2¹ Ustawy, oraz na polu eksploatacji odtwarzanie. Obowiązek ten wynika z faktu, że wymienione przepisy zezwalają organizacjom radiowym i telewizyjnym oraz operatorom sieci kablowych na nadawanie lub reemisję nadawanych utworów wyłącznie na podstawie umów, zawartych z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. W pozostałych przypadkach zainicjowanie postępowania przez organizację jest **fakultatywne**.

Zgodnie z przepisem art. 110¹² ust. 3 Ustawy sprawy z wniosków o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń na polu eksploatacji odtwarzanie podlegają wspólnemu rozpoznaniu w ramach jednego postępowania.

Kolejna zasada przyjęta w postępowaniu zdefiniowana została w art. 110¹² ust. 5 Ustawy, zgodnie z którym organizacja zbiorowego zarządzania we wnioskach o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń, ma obowiązek przedstawić niższe stawki wynagrodzeń obowiązujące podmioty prowadzące działalność kulturalną oraz instytucje oświatowe, korzystające z utworów i przedmiotów praw pokrewnych w zakresie prowadzonej przez nie działalności statutowej, jeżeli to korzystanie nie łączy się z osiąganiem korzyści majątkowych.

Wydając orzeczenie, zespół orzekający Komisji zgodnie z art. 110¹³ ust. 5 Ustawy, bierze pod uwagę: 1) kryteria określone w art. 110, czyli wysokość wpływów osiągniętych z korzystania z utworów i przedmiotów praw pokrewnych, a także charakter i zakres korzystania z tych utworów i przedmiotów praw pokrewnych; 2) kwotę ogólnego obciążenia podmiotów korzystających z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych na rzecz wszystkich organizacji zbiorowego zarządzania z tytułu korzystania z praw autorskich i praw pokrewnych na danym polu eksploatacji; 3) zebrany w sprawie materiał dowodowy; 4) stanowiska uczestników postępowania; 5) uzasadniony interes społeczny. Zatwierdzone w postępowaniu tabele wynagrodzeń zawierają stawki wynagrodzeń, określone kwotowo lub procentowo, a do publikacji tabel w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego zobowiązany jest Przewodniczący Komisji.

⁴ Zgodnie z art. 110¹² ust. 8 Ustawy Przewodniczący zespołu orzekającego Komisji zamieszcza w co najmniej dwóch drukowanych dziennikach o zasięgu ogólnopolskim oraz w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego ogłoszenie o wszczęciu postępowania w sprawie o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń i wzywa zainteresowane podmioty, o których mowa w ust. 6 pkt 2 i 3, do wstępowania do postępowania, wyznaczając termin nie krótszy niż 14 dni i nie dłuższy niż 30 dni od dnia opublikowania ogłoszenia.

Zgodnie z art. 110¹³ ust. 4 Ustawy zespół orzekający Komisji zatwierdza albo odmawia zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, w całości albo w części. W zakresie, w którym odmówił jej zatwierdzenia, przedstawia na piśmie propozycje zmian w przedłożonej do zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, wraz z ich uzasadnieniem. Zgodnie z przyjętą regulacją orzeczenia kończące postępowanie zapadają większością głosów w obecności całego składu zespołu orzekającego.

Według art. 110¹³ ust. 3 Ustawy postępowanie w sprawie o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń przed zespołem orzekającym Komisji nie może trwać dłużej niż 6 miesięcy, chyba że wszyscy uczestnicy postępowania wyrażą zgodę na określone przedłużenie tego terminu. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, za zgodą uczestników postępowania, zespół orzekający Komisji może przedłużyć termin na dalszy czas oznaczony, niezbędny do wydania orzeczenia w sprawie. W przypadku niezakończenia postępowania ani w terminie 6 miesięcy, ani w terminie przedłużonym, zespół orzekający Komisji umarza postępowanie. W takim przypadku wnioskodawca może, w terminie 14 dni od dnia otrzymania orzeczenia o umorzeniu postępowania przed zespołem orzekającym Komisji, złożyć wniosek o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń przez sąd. Wówczas Przewodniczący Komisji zobowiązany jest wniosek wraz z aktami sprawy przekazać w ciągu 14 dni do sądu oraz opublikować informację o złożeniu tego wniosku w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego.

Ten sam tryb przekazania sprawy wraz z aktami do sądu obowiązuje w przypadku, gdy uczestnik postępowania niezadowolony z orzeczenia Komisjiłoży w ciągu 14 dni od doręczenia mu orzeczenia wraz z uzasadnieniem wniosek o zatwierdzenie albo odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, w całości albo w części, przez sąd. Złożenie wniosku powoduje utratę mocy orzeczenia Komisji w całości albo w części, co do której wniosek został złożony. W razie złożenia wniosku do sądu, orzeczenie Komisji o zatwierdzeniu tabeli wynagrodzeń staje się prawomocne w części co do której nie złożono wniosku. W zakresie, w którym orzeczenie odmawia zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, prawomocne stają się zawarte w orzeczeniu propozycje zmian w przedłożonej do zatwierdzenia tabeli, w części co do której nie złożono wniosku.

W przypadku, gdy wszyscy uczestnicy postępowania zgodzą się z orzeczeniem Komisji i nie zostanie złożony do sądu wniosek o zatwierdzenie albo odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń – orzeczenie Komisji staje się prawomocne. Wówczas zastosowanie znajduje przepis art. 110¹⁶ Ustawy – zgodnie, z którym stawki określone w zatwierdzonych tabelach wynagrodzeń stosuje się w umowach, których stroną jest organizacja zbiorowego zarządzania. Postanowienia umowne określające wynagrodzenie mniej korzystne dla twórców oraz uprawnionych z tytułu praw pokrewnych, niż wynikałoby to z zatwierdzonych tabel wynagrodzeń, są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie postanowienia tych tabel.

IV. Zmiana zatwierdzonych tabel

W przypadku istotnej zmiany okoliczności stanowiących podstawę orzeczenia w sprawie zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń⁵, każdy z uczestników postępowania – na podstawie art.

110¹⁵ Ustawy – może złożyć do Komisji wnioski o zmianę zatwierdzonej tabeli wynagrodzeń. Do postępowania w sprawie zmiany stosuje się przepisy dotyczące zatwierdzania tabel. Z brzmienia cytowanego przepisu wynika, że uzasadnieniem wniosku o zmianę tabel może być jedynie istotna zmiana kryteriów, na podstawie których Komisja orzeka i które zostały wymienione w art. 110¹³ ust. 5 Ustawy. Zmiana może dotyczyć stawek określonych zarówno kwotowo, jak i procentowo – odmiennie od zmiany dokonanej na podstawie art. 385¹ kodeksu cywilnego, czyli waloryzacji sądowej oraz waloryzacji dokonywanej przez organizacje zbiorowego zarządzania na podstawie art. 110¹³ ust. 8 Ustawy. Waloryzacje dotyczą jedynie stawek ustalonych kwotowo. W projekcie rządowym nowelizacji Ustawy proponowano przyjęcie szerszego kręgu wnioskodawców o zmianę zatwierdzonej tabeli wynagrodzeń⁶. Wnioskodawcą miał być każdy, kto wykazałby swój interes prawny. Ostateczna regulacja ograniczyła krąg uprawnionych do uczestników postępowania przed Komisją.

V. Postępowanie przed sądem powszechnym

Wyczerpanie postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego otwiera drogę sądową w sprawach z zakresu zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. Każdy uczestnik postępowania, który jest niezadowolony z orzeczenia Komisji może złożyć wniosek o zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń, w całości lub w części, przez sąd. Złożenie takiego wniosku ma skutek anulacyjny, gdyż powoduje utratę mocy orzeczenia Komisji w całości lub w części objętej wnioskiem. W postępowaniu przed sądem stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym i zgodnie z art. 510 § 1 kpc sąd bada interes prawny wnioskodawcy, a także interes każdego uczestnika w sprawie, który chce przystąpić do postępowania (może być to każdy uczestnik postępowania przed Komisją, o ile przystąpi do postępowania sądowego przed jego zakończeniem w drugiej instancji), a nie jest wnioskodawcą w postępowaniu przed sądem i nie był wnioskodawcą w postępowaniu przed Komisją.

Wydając orzeczenie kończące sprawę w pierwszej instancji sąd bierze pod uwagę kryteria wymienione w art. 110¹³ ust. 5 Ustawy, czyli te same, na podstawie których orzeka Komisja. Sąd wydaje postanowienie, w którym może zatwierdzić lub odmówić zatwierdzenia tabeli wynagrodzeń w całości lub w części – nie zmienia tabeli wynagrodzeń. Zgodnie zatem z brzmieniem art. Art. 110²³ Ustawy zarówno sąd pierwszej, jak i drugiej instancji nie wyda postanowienia reformatoryjnego. Od prawomocnego orzeczenia sądu drugiej instancji kasacja nie przysługuje.

⁵ Według R. Flejszar, M. Malczyk-Herdzina w „Postępowanie w sprawach o zatwierdzenie i o zmianę zatwierdzonych tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych” Zeszyty Naukowe UJ, rok 2011 zeszyt 1 (111) - ustawodawca nieprawidłowo pominął słowo „prawomocne” w zd. 1 art. 11015 Ustawy Naukowe UJ, rok 2011 zeszyt 1 (111) - ustawodawca nieprawidłowo pominął słowo „prawomocne” w zd. 1 art. 11015 Ustawy.

⁶ www.sejm.gov.pl druk sejmowy nr 1628 z 20.01.2009r.

VI. Badanie zgodności z Konstytucją RP znowelizowanej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych

Analizując nowelizację ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w odniesieniu do realizacji intencji Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 24 stycznia 2006r. zakwestionował przepisy dotyczące trybu postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego w sprawach zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów, stwierdzić można naruszenie kilku zasad konstytucyjnych.

1) Nierównowaga pomiędzy stronami postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego.

W pierwszej kolejności uwagę zwraca nierównowaga pomiędzy stronami postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego. Spośród czterech grup podmiotów, z których dobierani są arbitrzy Komisji – trzy reprezentują uprawnionych. Chodzi tu o organizacje zbiorowego zarządzania i stowarzyszenia twórców, artystów wykonawców i producentów, ale także o organizacje radiowe i telewizyjne, które uprawnione są z tytułu prawa pokrewnego do nadań programów, a także przeważnie posiadają status uprawnionego do nadawania utworów jako ich producenci. Taki skład organu nie gwarantuje zachowania równowagi i obiektywizmu w procesie zatwierdzania tabel wynagrodzeń oraz wypełniania pozostałych zadań Komisji. Organizacje radiowe i telewizyjne posiadają uprzywilejowaną pozycję w zakresie przedstawiania swoich kandydatów do składu Komisji, kosztem innych podmiotów korzystających z praw autorskich i przedmiotów praw pokrewnych. Każdemu indywidualnemu nadawcy radiowemu lub telewizyjnemu przysługuje prawo przedstawienia swoich kandydatów, a inne podmioty np. reemitenci muszą to robić za pośrednictwem organizacji je zrzeszających. Przyjętą regulację można ocenić, jako naruszenie **art. 32 Konstytucji** i zasadę równego traktowania i zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

Swoich kandydatów do Komisji Prawa Autorskiego nadal nie mogą zgłaszać organizacje konsumentów, a jedynie podmioty działające komercyjnie, które pośredniczą w udostępnianiu publiczności dóbr kultury. W czasie publicznego wysłuchania projektu nowej ustawy w Sejmie toczyła się dyskusja o tym, kim właściwie jest „użytkownik” praw autorskich. Ustawodawca stanął na stanowisku, że użytkownikiem nie będzie „ostateczny” odbiorca, czyli nie ten, którego w zasadzie takim byśmy intuicyjnie nazwali.

2) Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń

W obecnej regulacji postępowania przed Komisją jedynym podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o zatwierdzenie tabeli wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych jest organizacja zbiorowego zarządzania. Ustawa wyklucza możliwość złożenia wniosku i własnych propozycji tabel przez podmioty korzystające z utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku podkreślił, że bez udziału w procesie ustalanie stawek przedstawicieli nadawców i reemitentów rozstrzygnięcie Komisji nie może być prawidłowe. Poznanie przeciwnego stanowiska jest niezbędnym elementem projektowania tabel wynagro-

dzeń. Chodzi tu nie tylko o reprezentację nadawców w składzie Komisji, ale także o aktywny i wartościowy udział tych podmiotów. Realizacji zasady równowagi i wpływu przedstawicieli odbiorców nie wyczerpuje opiniowanie projektów tabel przez reprezentantów nadawców. Konieczne jest, aby projektowi tabel sporządzonemu przez organizację zbiorowego zarządzania towarzyszył kontrprojekt pochodzący od przedstawicieli nadawców i reemitentów. Ponieważ tym samym uniemożliwiono tym podmiotom wyrażenie swojego równoprawnego stanowiska – przepis art. 110¹²ust. 1 Ustawy może zostać uznany za niezgodny z **art. 32 Konstytucji** i zasadą równego traktowania.

Zgodnie z art. 110¹² ust. 3 Ustawy sprawy z wniosków o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń na polu eksploatacji odtwarzanie podlegają wspólnemu rozpoznaniu w ramach jednego postępowania. Taka regulacja zapewnia spójność tabel zatwierdzonych dla różnych organizacji zbiorowego zarządzania, co z kolei działa pozytywnie na pewność prawną przedsiębiorców, korzystających z praw autorskich i przedmiotów praw pokrewnych. Zastrzeżenie budzi fakt, że podobna regulacja nie odnosi się do pozostałych pól eksploatacji. Ustawodawca przyjął stanowisko, że pole odtwarzania dotyczy grupy przedsiębiorców (sklepy, bary, usługi) o niższej pozycji ekonomicznej i prawnej w stosunku do organizacji zbiorowego zarządzania i w związku z tym należy się tej grupie użytkowników szczególna ochrona. Ustanowiono jednak w ten sposób nierówny tryb traktowania podmiotów stosunków cywilnoprawnych zawieranych z organizacjami zbiorowego zarządzania, ponieważ przepis art. 110¹² ust. 3 Ustawy nie dotyczy reemisji i nadawania. Tymczasem reemitenci nie mogą odmówić zawarcia umowy z organizacją zbiorowego zarządzania, ponieważ na podstawie art. 21ą Ustawy operatorom sieci kablowych i platform satelitarnych wolno reemitować utwory nadawane w programach organizacji radiowych i telewizyjnych wyłącznie na podstawie umowy zawartej z właściwą organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Dodatkowo operatorzy zostali na podstawie art. 43 ustawy o radiofonii i telewizji zobligowani do reemitowania określonych ustawowo programów. To wszystko składa się na przyjęcie przez organizację zbiorowego zarządzania pozycji monopolistycznej w relacji z reemitentami. Pole reemisji zasługuje zatem na podobną regulację, jaką ustawodawca przewidział w art. 110¹² ust. 3 Ustawy dla odtwarzania. Byłoby to zgodne z wyrażoną w **art. 2Konstytucji** zasadą sprawiedliwości społecznej równego traktowania wszystkich podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji.

3) Stawki minimalne wynagrodzeń

Zgodnie z art. 110¹⁶ ust. 2 Ustawy, postanowienia umowne określające wynagrodzenie mniej korzystne dla twórców oraz uprawnionych z tytułu praw pokrewnych, niż wynikałoby to z zatwierdzonych tabel wynagrodzeń, są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie postanowienia tych tabel. Przepis ten utrzymuje zatem brzmienie art. 109 poprzedniej regulacji, utrzymując pojęcie stawek minimalnych wynagrodzeń, które mają pełnić funkcję ochronną i gwarancyjną dla podmiotów uprawnionych. Zwrócić należy uwagę, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 stycznia 2006 r. właśnie w związku z art. 109 stwierdził, że art. 108 ust. 3 prawa autorskiego jest niezgodny z Konstytucją. Zasada stawek minimalnych oznacza zatem, że kryteria ustalania wysokości wynagrodzenia z art. 110 Ustawy mogą działać jedynie w kierunku podwyższenia stawek.

W projekcie rządowym nowelizacji proponowano⁷ w art. 110¹⁵ ust. 2 Ustawy, że postanowienia umowne określające stawkę w innej wysokości, niż zatwierdzona w tabeli są nieważne, a ich miejsce zajmują odpowiednie stawki z tabeli. Mowa zatem była o wysokości stawek, a nie o wynagrodzeniu mniej korzystnym. W przywoływanym wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w ustalenie cen minimalnych jest radykalną ingerencją w wolny obrót gospodarczy oraz swobodę kontraktową.

Orzeczeniu Komisji Prawa Autorskiego w sprawie zatwierdzenia tabel wynagrodzeń nadano rangę źródła prawa powszechnie obowiązującego, ponieważ postanowienia umów zawieranych pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania a użytkownikami praw autorskich lub praw pokrewnych dotyczące wysokości wynagrodzenia są nieważne, o ile okażą się mniej korzystne, niż te określone w tabeli wynagrodzeń i zostają zastąpione odpowiednimi stawkami z tychże tabeli. Przepis ten reguluje zatem sytuację prawną wszystkich podmiotów korzystających z praw autorskich lub praw pokrewnych objętych zbiorowym zarządzaniem przez organizacje zbiorowego zarządzania, posiadające zatwierdzone tabele wynagrodzeń, które to podmioty nie są adresatami tego orzeczenia. Tymczasem zgodnie z art. 87 ust 1 Konstytucji źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a zatem przepis art. 110¹⁶ Ustawy można uznać za niezgodny z art. 87 ust 1 Konstytucji.

4) Brak możliwości zmiany tabeli wynagrodzeń przez niezależny, bezstronny sąd

W obecnej regulacji sąd powszechny nie może wydać postanowienia reformatoryjnego. Sąd nie będzie ingerował w treść stosunku łączącego organizację zbiorowego zarządzania i użytkowników, może jedynie odmówić zatwierdzenia tabeli lub ją zatwierdzić. Oznacza to, że w postępowaniu sądowym nie może być kształtowana treść przedstawionych projektów tabel i nie zostanie ustalona wysokość wynagrodzenia, która stanowi przedmiot sporu. Taka regulacja nie daje realnej ochrony podmiotom skarżącym projekty tabel. Arbitrzy Komisji wywodzą się ze środowisk twórców i użytkowników praw autorskich i praw pokrewnych. Z tego powodu ustawodawca wyłączył z postępowania przed Komisją stosowanie art. 49 kpc (*iudexsuspectus*). Uczestnik postępowania niezadowolony z orzeczenia Komisji ma prawo złożyć do sądu wniosek o zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia tabel, ale sąd nie ustali stawek wynagrodzeń, gdyż może projekt tabeli jedynie zatwierdzić lub odrzucić. W przypadku odrzucenia przez sąd zakwestionowanej tabeli nie stanie się ona prawomocna, jednakże do złożenia kolejnego projektu tabeli uprawniona jest jedynie organizacja zbiorowego zarządzania. Przyjęcie takiej regulacji ogranicza prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, co można ocenić, jako naruszenie **art. 45 Konstytucji**, a także naruszenie **art. 177 Konstytucji**, zgodnie z którym sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów.

W podsumowaniu zaznaczyć należy, że zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w **art. 31 ust. 3 Konstytucji** ograni-

czenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Wynika z tego, że wszelkie ograniczenia podlegają kontroli z punktu widzenia zasady proporcjonalności (zwanej też zakazem nadmiernej ingerencji) i muszą być usprawiedliwione legitymowanym celem oraz odpowiadać wymogom zasady proporcjonalności.

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych prawa i wolności powinny być uzasadnione wskazaniem innej wartości konstytucyjnej, dla której prawo lub wolność zostały "poświęcone". Należy ocenić relacje pomiędzy uszczerbkiem, jakiego doznaje naruszone poprzez ograniczenie dobro, a tym jakie są przesłanki ingerencji. W mojej opinii przepisy regulujące postępowanie w zakresie zatwierdzania tabel wynagrodzeń z tytułu korzystania z prawa autorskich lub praw pokrewnych naruszają zakaz nadmiernej ingerencji, wyrażony w art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż nie są usprawiedliwione koniecznością ochrony innej wartości konstytucyjnej.

VII. Praktyki organizacji zbiorowego zarządzania, które są zakazane przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów

Zakazane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów działania przedsiębiorców mogą w szczególności polegać na zawieraniu porozumień dotyczących ustalania cen zakupu lub sprzedaży lub innych warunków transakcji z innymi uczestnikami rynku, uzależnienia zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, na podziale rynku lub źródeł zaopatrzenia oraz na ograniczeniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków.

Od kilku już lat Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przygląda się praktykom stosowanym przez organizacje chroniące prawo autorskie. Pomimo wątpliwości przy kwalifikowaniu organizacji zbiorowego zarządzania jako podmiotów, których działalność podlega regulacjom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej UOKiK) – finalnie dla potrzeb Prawa Konkurencji organizacje uznano za przedsiębiorców.

Prezes UOKiK w uzasadnieniu decyzji z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAIKS stwierdził, że uregulowanie w ustawie Prawo autorskie organizacji zbiorowego zarządzania, jako podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej, nie przesądza o braku ich antymonopolowej podmiotowości. Należy bowiem rozważyć ogół zadań wypełnianych przez te organizacje oraz charakter prowadzonej przez nie działalności. W zakresie zadań statutowych organizacji zawiera się udzielanie użytkownikom zezwoleń na korzystanie z utworów, sprawowanie kontroli nad eksploatacją praw oraz inkasowanie i podział pomiędzy uprawnionych wynagrodzeń pobieranych przez użytkowników. Organizacje zbiorowego zarządzania, świadcząc usługi na rzecz autorów oraz obsługując rynek zezwoleń dla użytkowników, uczestniczą w wymianie handlowej prawami autorskimi i wpływają na poziom konkurencji na rynku eksploatacji własności intelektualnej. Uznanie podmiotowości organizacji w postępowaniu antymonopolowym jest decydujące dla możliwości zapewnienia ochrony i rozwoju konkurencji w obrocie prawami autorskimi i pokrew-

⁷ www.sejm.gov.pl druk sejmowy nr 1628 z 20.01.2009

ny⁸. Wobec organizacji zbiorowego zarządzania można bowiem zastosować **art. 6 ust. 1 UOKiK**, przewidującego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, a także **art. 9 UOKiK**, zakazujący nadużywania pozycji dominującej poprzez na przykład narzucanie nieuczciwych cen lub uciążliwych warunków umowy.

W grudniu 2005r. na wniosek Izby Wydawców Prasy, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko ZAIKS i Stowarzyszenie Filmowców Polskich. W dniu 4 września 2008r. Prezes UOKiK uznała, że ZAIKS i SFP naruszyły art. 6 ust. 1 pkt 1 UOKiK (porozumienie cenowe)⁹. Na organizacje nałożono kary w łącznej wysokości ponad 1,2 mln złotych. W toku postępowania potwierdziło się bowiem, że podmioty te, dążąc do zagwarantowania sobie jak najwyższych zysków porozumiały się i ustaliły jednolite stawki za korzystanie z utworów audiowizualnych oraz odmówiły ich negocjowania. Celem tych działań było wyeliminowanie konkurencji ze szkodą zarówno dla przedsiębiorców, którzy korzystają z praw autorskich w celach komercyjnych, ale także ze szkodą dla użytkownika końcowego, czyli konsumenta. W toku postępowania ustalono, że organizacje umówiły się, aby pobierać od każdego egzemplarza nośnika z nagraniem stałe wynagrodzenie, stanowiące 8% jego ceny – jednak nie mniej, niż sztywno określona stawka dla każdego nośnika (np. film fabularny na DVD – 2 zł).

Urząd ustalił także, że ZAIKS i SFP wprowadziły sztywne zasady wynagradzania poszczególnych kategorii twórców – reżyserów, operatorów, kompozytorów. W konsekwencji autorzy mieli otrzymywać te same stawki wynagrodzeń niezależnie od poniesionych kosztów i wkładu pracy, a także zysków komercyjnych użytkowników tych utworów.

Takie porozumienie uniemożliwiło negocjowanie wysokości wynagrodzeń, które zależeć powinny od aktualnej sytuacji rynkowej, indywidualnych cech utworów, zakresu ich wykorzystania. Autorów pozbawiono wyboru, której organizacji powierzyć swoje prawa autorskie w zarząd. W celu zapewnienia realizacji porozumienia ZAIKS i SFP ustaliły, że będą regularnie wymieniać informacje o pobranych wynagrodzeniach. Prezes UOKiK uznał działania organizacji za porozumienia cenowe, które w orzecznictwie polskim i wspólnotowym uznawane jest za najcięższą i zakazaną bezwzględnie praktykę ograniczającą konkurencję. Dotyka ona bowiem bardzo szerokiego kręgu osób, prowadząc do finansowej eksploatacji użytkowników dóbr kultury, a przesłankami jej zastosowania była chęć powiększenia przychodów i umocnienie pozycji rynkowej organizacji.

Zastosowanie wobec organizacji zbiorowego zarządzania zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 9 UOKiK) wiąże się zwykle z obroną praw twórcy lub użytkownika, którzy chronieni są w ten sposób przed np. narzucaniem przez organizację nieuczciwych cen lub uciążliwych warunków umowy. Jednakże zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję może kłócić się z samą ideą zbiorowego zarządu¹⁰.

Definicja zakazanego porozumienia przedsiębiorców zawarta w art. 6 ust 1 UOKiK zbliżona jest do definicji zawartej w **art.**

101 Traktatu Lizbońskiego (dawny art. 81 TWE) (Dz.U.2009 nr 203, poz 1569). W sprawie COMP/C-2/38.698 – CISAC w dniu 16 lipca 2008 r. Komisja podjęła decyzję dotyczącą postępowania przewidzianego w art. 81 TWE oraz art. 53 Porozumienia EOG adresowaną do dwudziestu czterech organizacji zbiorowego zarządzania z EOG, będących członkami CISAC (Międzynarodowej Konferencji Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów). Jednym z adresatów decyzji jest również Stowarzyszenie Autorów ZAIKS. Komisja wskazała klauzule zawarte w umowach o wzajemnej reprezentacji zawieranych pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania oraz uzgodnioną praktykę stosowaną przez te organizacje, które ograniczają konkurencję i są sprzeczne z art. 81 TWE. Stowarzyszenia w ramach CISAC uzgodniły wzór umowy, który stanowił model umowy o wzajemnej reprezentacji na udzielanie licencji na publiczne wykonanie utworów muzycznych. Przyjęta praktyka prowadziła do tego, że każda z organizacji, dysponując własnym portfelem praw do utworów z całego świata, mogła udzielać licencji na wykorzystywanie tej twórczości wyłącznie na terytorium krajowym tej organizacji. Dokonano tym samym terytorialnego podziału obszarów, na których udziela się licencji. Zakwestionowane przez Komisję postanowienia umowne zapewniły sobie wzajemnie monopol na swoich rynkach krajowych w zakresie udzielania licencji użytkownikom komercyjnym. Decyzja Komisji nie uderzała w samą instytucję umów o wzajemnej reprezentacji, ale wskazała na zawarte w tych umowach klauzule, ograniczające konkurencję w zakresie wysokości opłat – w szczególności tych administracyjnych pobieranych od twórców.

Dla realizacji zadań ustawowych i statutowych organizacji korzystne jest bowiem zawieranie tzw. Umów o wzajemnej reprezentacji pomiędzy różnymi organizacjami, działającymi na terytoriach różnych krajów. Porozumienia takie pozwalają na rozszerzenie repertuaru, którym dysponuje organizacja, a także wzbogacenie katalogu praw do utworów. Umowy o wzajemnej reprezentacji optymalizują obsługę użytkowników, otrzymujących dostęp do szerokiego i urozmaiconego repertuaru. Następuje także maksymalizacja ekonomicznej skuteczności organizacji. Twórca może bowiem liczyć na wynagrodzenie większe, niż w przypadku wyłącznie krajowego użytku. Organizacja krajowa zawiera umowę, której przedmiotem jest zarządzanie autorskimi prawami majątkowymi, ze swoimi zagranicznymi odpowiednikami w celu uzyskania jak najszerszego repertuaru. W praktyce oznacza to ustalanie równego traktowania autorów własnych i autorów drugiej organizacji w związku z warunkami udzielanych licencji, inkasa, repartycji oraz potrąceń kosztów administracyjnych. Równe traktowanie w zakresie licencji oznacza z kolei ustalenie wspólnych taryf dla użytkowników. Takie działania noszą już znamiona porozumień, które mają na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku zbiorowego zarządzania poprzez ustalenie cen, innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Różnica pomiędzy dozwoloną współpracą między podmiotami uczestniczącymi w obrocie gospodarczym a zakazanymi porozumieniami, może być niekiedy bardzo wąska i na podstawie z art. 6 ust. 1 UOKiK działania takie mogą stać się obiektem zainteresowania Prezesa UOKiK lub Komisji Europejskiej.

VIII. Podsumowanie

Twórca niewątpliwie ma prawo partycypować w korzyściach finansowych, jakie uzyskują inne podmioty z tytułu korzystania z jego utworów. Ustawodawca powinien tak kształtować prawo,

⁸ Bartosz Kleban „Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawo konkurencji (wybrane zagadnienia); Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, publikacja UOKiK 2006

⁹ WWW.UOKiK.gov.pl

¹⁰ Bartosz Kleban „Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawo konkurencji (wybrane zagadnienia); Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, publikacja UOKiK 2006

aby własność intelektualna i prawa twórcy były skutecznie chronione. Wątpliwości budzi fakt, czy przepisy regulujące kwestie wynagrodzenia pobieranego poprzez zbiorowy zarząd nadal służą ochronie twórcy, czy raczej powodują nadmierne uprzywilejowanie organizacji zbiorowego zarządzania w komercyjnym obrocie dobrami kultury. Zgodnie z brzemieniem przepisu art. 104 Ustawy organizacje zbiorowego zarządzania mają z jednej strony reprezentować podmioty w nich zrzeszone (twórców, artystów, wykonawców, producentów lub organizacje radiowe i telewizyjne), a z drugiej – mają wykonywać uprawnienia wynikające z Ustawy. Takim uprawnieniem jest również pobieranie wynagrodzeń na rzecz innych twórców, niż twórcy zrzeszeni w organizacji. W obrocie komercyjnym organizacje zbiorowego zarządzania reprezentują faktycznie niewielką grupę zrzeszonych artystów i dystrybutorów twórczości, natomiast opłaty pobierane są w imieniu ochrony praw twórców – w domyśle – wszystkich twórców. Organizacje zbiorowego zarządzania kontrolują większość rynku prawnego autorskiego, a biorąc pod uwagę dość niejasny mechanizm podziału pobranych wynagrodzeń pomiędzy bliżej nieokreślony i niedający się zweryfikować krąg twórców, konieczne się wydaje zreformowanie prawa autorskiego w kierunku ograniczenia nadmiernego uprzywilejowania organizacji zbiorowego zarządzania między innymi w procedurze ustalania stawek wynagrodzeń z tytułu prawa autorskiego i praw pokrewnych, a także stworzenia jednolitego i klarownego systemu podziału pobranych wynagrodzeń. W obecnej regulacji mechanizm działania organizacji zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi, nie realizuje głównego zadania, czyli ochrony praw autorów, a raczej chroni interesy podmiotów, uczestniczących w udostępnianiu twórczości konsumentom.

Abstract

Edyta Adamczyk's article: "Ustalanie wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych oraz praktyki organizacji zbiorowego zarządzania w odniesieniu do zasad konstytucyjnych i praktyk zakazanych przez prawo konkurencji" (Determining compensation for the use of artistic work or the subject matter of related rights and the practice of collecting society with regard to constitutional principles and practices forbidden by the competition law) shows the role of the Copyright Committee in the proceedings to approve compensation tables for the use of copyrights and related rights. The author also analyses: the approval mechanism of the compensation tables for the use of copyrights or related rights, the rules governing the proceedings before the Copyright Committee. The author describes the proceedings before the Common Court and the compliance of the amended Act on the copyright and related rights in a detailed manner.

The author states the breach of some constitutional principles by analysing the amended Act on the copyright and related rights with regard to the implementation of the Constitutional Tribunal intentions, who, in the judgment dated 24 January 2006, questioned the regulations on the course of proceedings before the Copyright Committee in the cases for the approval of the compensation tables for the use of the artistic work.

