



SĄD NAJWYŻSZY
Rzeczypospolitej Polskiej

Do druku nr 2232

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego
Prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf

Warszawa, dnia 28 marca 2018 r.

BSA I-021-56/18

Pan
Adam Podgórski
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 6 lutego 2018 r., GMS-WP-173-42/18 uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do *rządowego projektu ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi.*

Z wyrazami szacunku



**Uwagi Sądu Najwyższego
do rządowego projektu ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi
i prawami pokrewnymi (druk sejmowy nr 2232)**

1. Impulsem do opracowania projektu ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (dalej jako: Projekt) była konieczność implementacji unijnej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielaniu licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania *online* na rynku wewnętrznym (dalej jako: Dyrektywa). Termin implementacji upłynął blisko dwa lata temu i Polsce grożą z tego tytułu kary finansowe. Pewnego rodzaju usprawiedliwieniem tak znacznego opóźnienia może być fakt, że przy okazji implementacji dyrektywy twórcy Projektu podjęli niezmiernie ambitne zadanie, jakim jest przygotowanie pierwszej polskiej ustawy zawierającej kompleksowe uregulowanie problematyki zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi. Tematyka zbiorowego zarządu jest hermetyczna, bardzo złożona, związana ze sprzecznymi interesami wpływowych środowisk, a pośrednio – z interesem wszystkich obywateli będących konsumentami dóbr kultury. Każde wkroczenie ustawodawcy w tę dziedzinę jest zadaniem niewdzięcznym, gdyż naraża go na ataki z kilku stron. Dlatego uznanie budzi sam fakt podjęcia prac nad całościowym uregulowaniem tej newralgicznej problematyki. Wprowadzie częste zmiany ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (dalej jako: pr. aut.) wynikające z potrzeby implementacji kolejnych dyrektyw odnoszących się do tego działu prawa pozwalają na równoczesną interwencję ustawodawcy w zagadnienia wykraczające poza zakres implementacji, jednakże trudno poprzez takie „punktowe” zmiany dokonać kompleksowej regulacji tak złożonej problematyki. Niewątpliwą zasługą zespołu kompetentnych urzędników z Departamentu Własności Intelektualnej MKiDN jest opracowanie Projektu we własnym zakresie, bez powierzania go wynajętym podmiotom zewnętrznym, co obecnie jest zwyczajem urzędów państwowych. Trzeba też przyznać, że Projekt przygotowany został starannie i reprezentuje dobry poziom od strony formalnej.

Zasadniczą część planowanej ustawy stanowią przepisy implementujące postanowienia Dyrektywy. Wprowadzają one szereg pozytywnych zmian do

dotychczasowej praktyki zbiorowego zarządu. Przede wszystkim wymuszają znaczne podniesienie transparentności działania organizacji zbiorowego zarządzania (dalej: ozz). Niedostatek przejrzystości działania stanowi od dawna bolączkę zbiorowego zarządu prawami autorskimi, nie tylko zresztą w Polsce. Jeśli chodzi o działalność polskich organizacji tego typu, braki w zakresie przejrzystości były niekiedy rażące. Sprzyjała temu błędna koncepcja, jakoby ogólna konstrukcja *negotiorum gestio* z kodeksu cywilnego stwarzała wystarczającą podstawę zarządzania przez ozz prawami, których nie powierzyli jej ani twórcy, ani ustawodawca. W powiązaniu z bardzo szerokim zakresem zezwoleń administracyjnych na zbiorowy zarząd udzielanych w przeszłości przez kolejnych ministrów kultury tworzyło to okazję do inkasowania tantiem, które w znacznej części, zwłaszcza w odniesieniu do repertuaru zagranicznego, nie mogły dotrzeć do rzeczywistych uprawnionych. Projekt zmierza do wyeliminowania tych niewłaściwych praktyk.

2. Cywilnoprawne podstawy prowadzenia zbiorowego zarządu zostały w Projekcie (art. 4) uporządkowane, wyliczone wyczerpująco i odróżnione od zezwolenia administracyjnego. Zostało wprowadzone zachowane, zapewne ze względu na wieloletnią tradycję, kontrowersyjne „domniemanie legitymacji” ozz (obecny art. 105 ust. 1 pr. aut., art. 5 ust. 1 Projektu), ale dzięki częściowo zmienionemu brzmieniu oraz w powiązaniu z innymi przepisami Projektu, regulującymi w sposób jednoznaczny podstawy objęcia określonych praw zbiorowym zarządem, nie będzie już mogło samo w sobie uzasadniać inkasowania tantiem za utwory spoza repertuaru organizacji. Niezależnie od powyższego Projekt akceptuje przypadki tzw. rozszerzonego lub obligatoryjnego zbiorowego zarządu, ale jego źródłem nie może być jedynie wola samej organizacji. Podstawy zbiorowego zarządu rozszerzonego z mocy ustawy zawiera prawo europejskie – czy to jako obligatoryjne (w przypadku reemisji), czy jako fakultatywne (np. dodatkowe wynagrodzenie dla twórców audiowizualnych). Polski ustawodawca już dawno wykorzystał, a nawet poszerzył te możliwości (art. 21 ust. 1 i ust. 3, art. 21¹ ust. 1, art. 70 ust. 3 pr. aut.). Projekt ustanawia kolejne przypadki rozszerzonej legitymacji ozz poprzez wprowadzenie zmian do pr. aut. (art. 117 pkt 4) Projektu). Chodzi mianowicie o przymus pośrednictwa ozz przy nabywaniu licencji na nadawanie, udostępnianie w sieci oraz zwielokrotnianie w tym celu utworów w ramach własnych audycji archiwalnych organizacji radiowych i telewizyjnych, a także umów posiadaczy urządzeń służących do odbioru programu radiowego lub telewizyjnego o publiczne odtwarzanie takich programów. Liczba ustawowych podstaw rozszerzonego zbiorowego zarządu będzie więc w polskim prawie autorskim bardzo znaczna i wyczerpie przypadki, w których rozciągnięcie legitymacji organizacji na zarządzanie prawami spoza jej repertuaru jest rzeczywiście pożądane. Trzeba przy tym wziąć pod uwagę fakt, że przy okazji częstych zmian pr. aut. narzuconych przez obowiązek implementacji dyrektyw unijnych

ustawodawca może poszerzać katalog ustawowych podstaw rozszerzonego zarządu zbiorowego.

Uporządkowane zostało pojęcie i sposób wskazywania organizacji „właściwej” w rozumieniu ustawy (art. 117 pkt 17 projektu). Odgrywa ono szczególnie ważną rolę, gdy wiąże się z przypadkami tzw. pluralizmu ozz, czyli pokrywania się zakresu zbiorowego zarządu prowadzonego przez różne ozz na tych samych polach eksploatacji i w odniesieniu do tych samych kategorii praw. Pojęcie organizacji właściwej występuje w przepisach pr. aut. wprowadzających obligatoryjny zbiorowy zarząd i pozwala na rozstrzygnięcie konkurencji ozz w stosunku do repertuaru niepowierzonego żadnej z nich. Na aprobatę zasługuje art. 5 ust. 3 Projektu, gdyż wzmacnia bezpieczeństwo obrotu i daje użytkownikom gwarancję, że korzystanie z utworów objętych rozszerzonym zbiorowym zarządem nie narazi ich na odpowiedzialność z tytułu naruszenia praw wyłącznych.

3. Jedną z zalet Projektu jest dążenie do uporządkowania systemu zezwoleń ministerialnych – zarówno już istniejących, jak i tych, które mogą być udzielone w przyszłości. Materia ta od dawna domagała się uregulowania, ale była dotychczas ignorowana przy kolejnych nowelizacjach pr. aut. Projekt nie zrywa całkowicie z dotychczasowym pluralizmem ozz, uważanym przez większość specjalistów za rozwiązanie wadliwe, ale zawiera instrumenty mające ograniczyć jego negatywne skutki. Udzielanie nowych zezwoleń zostało opatrzone różnymi warunkami (art. 7 Projektu), a w przypadku zezwoleń o zakresie nakładającym się na już istniejące – uzależnione dodatkowo od przedstawienia przez podmiot ubiegający się o zezwolenie propozycji wspólnego udzielania licencji w przypadkach określonych w art 44 ust. 2 i 4 Projektu. Próba zneutralizowania w ten sposób komplikacji, jakie stwarza pluralizm ozz, zasługiwałaby pełną aprobatą, gdyby nie wątpliwość co do tego, czy proponowane rozwiązanie jest realne. Zachodzi bowiem obawa, że ozz już istniejąca, zatem dysponująca zezwoleniem ministra nie będzie skłonna do współpracy z potencjalnym konkurentem nad propozycją wspólnego udzielania licencji, a bez jej akceptacji taka propozycja pozostanie wyrazem woli tylko jednej strony. Ponadto przepis art. 44 ust. 2, do którego odsyła przepis mówiący o warunku przedstawienia propozycji wspólnego licencjonowania, wprowadza obowiązek wspólnego działania kilku ozz dopiero na żądanie użytkownika. Tymczasem w momencie ubiegania się o zezwolenia na zbiorowy zarząd w zakresie już objętym zarządem innej organizacji nie jest chyba wiadomo, czy takie żądanie zostanie przez użytkownika zgłoszone. Można zrozumieć obawy projektodawców przed naruszeniem interesów podmiotów prowadzących aktualnie zbiorowy zarząd, gdyby udzielone im kiedyś zezwolenie zostało cofnięte i w ten sposób zjawisko pluralizmu wyeliminowane, ale takie radykalne rozwiązanie byłoby najkorzystniejsze z punktu widzenia sprawnego funkcjonowania całego systemu zbiorowego zarządu

Jeśli chodzi o regulację treści zezwoleń na zbiorowy zarząd, wątpliwości budzi ich element fakultatywny w postaci wskazania kategorii uprawnionych. Nie bardzo wiadomo, co należy rozumieć w tym kontekście przez „kategorię”, a uzasadnienie Projektu nie eliminuje tej wątpliwości.

Zezwolenia dla ozz już funkcjonujących, zachowują ważność, ale w ciągu 6 miesięcy od wejścia w życie ustawy minister ma dokonać z urzędu ich przeglądu w celu wyeliminowania organizacji „martwych” lub wykonujących zarząd zbiorowy jedynie w niewielkiej skali. To ostatnie kryterium jest ocenne, ale trudno wprowadzić w tym wypadku sztywne kryteria liczbowe.

Godne aprobaty jest nałożenie na ministra obowiązku dokonania w istniejących zezwoleniach zmian polegających na dostosowaniu ich treści do nazw pól eksploatacji określonych w art. 50 pr. aut. (art. 122 ust. 1, pkt 2 Projektu). Na niepożądane rozbieżności w tym zakresie wskazywała od dawna doktryna.

4. Przepisy rozdziału 4 dotyczące relacji z uprawnionymi pozostawiają podmiotom praw autorskich możliwość bardzo elastycznego kształtowania zakresu powierzenia praw organizacji. Powierzenie może się ograniczać do określonych utworów, wskazanych pól eksploatacji, okresu, terytorium. Stanowisko Projektu świadczy o tym, że jego autorzy mieli świadomość słabszej pozycji uprawnionego w stosunku do ozz, toteż słusznie starali się ustawowo zabezpieczyć jego możliwość wyboru. Pozycję uprawnionego wzmacnia dodatkowo art. 28 projektu, który pozostawia mu możliwość udzielania nieodpłatnych licencji na korzystanie z utworów objętych umową o zbiorowy zarząd. Rozwiązanie to przyczyni się zapewne do rozwiązania niektórych problemów powstających na styku zbiorowego zarządu i systemu licencji *Creative Commons*. Nie rozwiązuje jednak problemu wynikającego z niemożności zrzeczenia się prawa do wynagrodzenia przewidzianego w art. 20 pr. aut. oraz wyłącznej legitymacji ozz do jego dochodzenia. Należałoby rozważyć, czy nie wprowadzić do przyszłej ustawy przepisu odnoszącego się bezpośrednio do tej kwestii.

Na tle art. 28 Projektu wyłania się następująca wątpliwość natury dogmatycznej. Mianowicie, licencji może skutecznie udzielić tylko podmiot prawa wyłącznego. Tymczasem umowy o zbiorowe zarządzanie zawierane z polskimi ozz z reguły operują formułą powierniczego przeniesienia praw na organizację. Przeniesienie, także powiernicze, stanowi czynność rozporządzającą, przez którą zbywca wyzbywa się swojego prawa na rzecz innej osoby. Po przeniesieniu praw na ozz trudno zatem wyjaśnić od strony teoretycznej możliwość skutecznego udzielenia licencji, także nieodpłatnej, przez autora lub innego uprawnionego.

Pozytywnie wypada ocenić przepis (art. 27 ust. 6 Projektu) wprowadzający jako zasadę rozszerzoną skuteczność umowy o zbiorowy zarząd wobec następców prawnych uprawnionego. Umowa może jednak ten skutek wyłączyć, a poza tym kolejny uprawniony może w każdym czasie, wypowiedzieć umowę na zasadach przewidzianych w art. 30

Projekt. Prawo wypowiedzenia umowy o zbiorowy zarząd przysługuje także ozz (art. 31), ale może nastąpić wyłącznie z ważnych przyczyn i wymaga pisemnego uzasadnienia. Surowsze przesłanki wypowiedzenia umowy przez ozz korespondują z zasadą, że nie może ona odmówić zawarcia umowy o zbiorowy zarząd – chyba że zachodzą ważne przyczyny po temu (art. 27 ust. 1 zd. 2 Projektu).

5. Jeśli chodzi o sferę stosunków ozz z użytkownikami, Projekt przejmuje podstawowe zasady zawarte obecnie w pr. au., m. in. w art. 106, ale jednocześnie rozwija je lub częściowo modyfikuje. Wprowadza też nowy środek, który w zamierzeniu ma doprowadzić do nawiązania stosunku umownego w razie niepowodzenia negocjacji między ozz a użytkownikiem (art. 42 ust. 6 Projektu). Chodzi o „roszczenie” o ukształtowanie stosunku prawnego (powinno być: powództwo o ukształtowanie) w razie sporu „co do warunków umowy o korzystanie, w tym wysokości wynagrodzenia”. Faktem jest, że w obowiązującym stanie prawnym w razie braku zatwierdzonych tabel wynagrodzeń powstaje sytuacja patowa. Projekt przewiduje rozwiązanie jej przez sąd; koncepcja ta nie jest jednak wolna od wątpliwości. Problem polega na tym, że poza samą wysokością wynagrodzenia także inne aspekty umowy z użytkownikiem powinny być przedmiotem consensusu; kompetencja sądu do kształtowania treści umowy w tym zakresie jest dyskusyjna. (Jako podstawę proponowanego rozwiązania Projekt wskazuje implementację art. 35 ust. 1 Dyrektywy). Nawet zresztą wynagrodzenie ustalone w zatwierdzonych tabelach z reguły ujmowane jest wariantowo, rozszczepia się na wiele pozycji w zależności od sposobu i zakresu korzystania z utworu. Możliwość uzupełnienia tych wszystkich elementów przez sąd w braku umowy nastrocza wątpliwości. Jeżeli natomiast zatwierdzone tabele nie istnieją, już samo ustalenie wysokości wynagrodzenia stosownie do bardzo ogólnych wskazań wynikających z art. 41 ust. 2 Projektu, stanowiącego odpowiednik obecnego art. 110 pr. aut., jest niezmiernie trudne, o czym świadczy dotychczasowe orzecznictwo na gruncie tego ostatniego przepisu. Panaceum na te trwające od lat trudności może być tylko powstanie sprawnego systemu zatwierdzania tabel wynagrodzeń.

Projekt doprecyzowuje nieco zakres roszczenia informacyjnego ozz, dotychczas uregulowanego w art. 105 ust. 2 pr. aut. Proponowana zmiana jest uzasadniona. Nie widać powodu, dla którego w razie dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia praw autorskich ozz miałyby prowadzić „wydobywcze” roszczenie informacyjne, niezależne od zakresu rzeczywiście wykonywanego zbiorowego zarządu. Projekt słusznie stara się uściślić ramy roszczenia informacyjnego ozz, której i tak przysługuje „ogólne” roszczenie informacyjne z art. 80 pr. aut. Odrębne roszczenie informacyjne ozz jest niezbędne przede wszystkim w przypadkach dochodzenia opłat (art. 20 i 20¹ pr. aut.), gdy nie znajduje wówczas zastosowanie art. 80 pr. aut. – nie mamy wtedy do czynienia z naruszeniem „autorskich praw majątkowych”, rozumianych przez Sąd Najwyższy jedynie jako prawa bezwzględne.

6. Istotne zmiany wprowadza Projekt w odniesieniu do działalności Komisji Prawa Autorskiego. Szczegółowe omawianie ich w niniejszej opinii nie jest celowe, gdyż trudno je oceniać, dopóki praktyka nie zweryfikuje ich użyteczności. Należy odnotować powrót do postępowania administracyjnego w przypadku najważniejszego z postępowań prowadzonych przed Komisją Prawa Autorskiego – o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń (art. 72-81 Projektu). Rozwiązanie to jest o tyle paradoksalne, że taki właśnie charakter miało postępowanie tabelowe pierwotnie, w momencie uchwalenia pr. aut. Okazało się jednak, że administracyjny tryb zatwierdzania tabel miał tyle oczywistych mankamentów, iż przepis będący jego podstawą został zdyskwalifikowany przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 stycznia 2006 r., SK 40/04. Z kolei wprowadzone nowelą z 8 lipca 2010 r. w miejsce postępowania administracyjnego cywilne postępowanie nieprocesowe okazało się całkowicie dysfunkcyjne i doprowadziło do załamania się systemu zatwierdzania tabel w ostatnich latach.

W świetle uzasadnienia Projektu proponowana w nim regulacja ma połączyć zalety obydwu postępowań (tj. administracyjnego i cywilnego), eliminując jednocześnie ich mankamenty. Czy założenie to potwierdzi się w praktyce, pokaże przyszłość. Zmiana reguł zawartych w dwóch poprzednich regulacjach jest w każdym razie pilnie potrzebna. Dotychczasowe nieudane, mimo wszelkich wysiłków legislatora, próby ustawodawcze ukazują, jak trudna do poprawnego unormowania i stabilizacji jest ta dziedzina.

7. Istotną część Projektu stanowią przepisy rozdziału 6, poświęcone udzielaniu licencji wieloterytorialnych. Definicja tego pojęcia zawarta w art. 3 pkt 12, znacznie odbiega od jego zwykłego znaczenia, gdyż stworzona jest wyłącznie na użytek przepisów rozdziału 6 implementujących odpowiednie postanowienia Dyrektywy; wskutek tego jest nadmiernie przeładowana. Przez „licencje wieloterytorialne” rozumie się mianowicie jedynie licencje upoważniające do korzystania z utworów muzycznych i słownomuzycznych na terytorium więcej niż jednego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego EFTA, na polach eksploatacji wymienionych w art. 50 pkt 1 i 3 pr. aut., w zakresie wymaganym do korzystania z tych utworów na potrzeby dostarczania treści cyfrowych, w rozumieniu ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, drogą elektroniczną, w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Tak rozbudowana definicja sprawia karykaturalne wrażenie. Należało raczej zamieścić na początku rozdziału 6 odrębny przepis mówiący o zasięgu pojęcia „licencje wieloterytorialne”.

Przepisy rozdziału 6 są dość wiernym odbiciem postanowień samej Dyrektywy, toteż nie wymagają szerszego omawiania. Zwraca w nich wyeksponowanie rozbudowanych obowiązków informacyjnych mających na celu zapewnić przejrzystość działania ozz, a także przyjęcie zasady, iż umowy o reprezentacji upoważniające do udzielania licencji wieloterytorialnych muszą mieć charakter niewyłączny.

8. Na koniec uwaga krytyczna w kwestii zasadniczej. Poza rozwiązaniami trafnymi oraz takimi, które mogą wzbudzać kontrowersje, ale nie są całkowicie nieudane, Projekt realizuje koncepcję ogólną, której zgodność z Dyrektywą budzi wątpliwości. Chodzi o prawo wyboru przez podmioty uprawnione dowolnej spośród europejskich ozz jako tej, której powierzą swoje prawa w zarząd. Zasada ta jest sformułowana w art. 5 ust. 2 Dyrektywy w sposób kategoriyczny: „Podmioty uprawnione mają prawo upoważnić wybraną przez siebie organizację zbiorowego zarządzania do zarządzania prawami, kategoriami praw lub rodzajami utworów oraz innych wybranych przez siebie przedmiotów objętych ochroną, na wybranych przez siebie terytoriach, bez względu na państwo członkowskie, którego obywatelstwo lub przynależność państwową posiadają, państwo członkowskie miejsca zamieszkania lub siedziby organizacji zbiorowego zarządzania oraz podmiotu uprawnionego (podkr. SN). O ile organizacja zbiorowego zarządzania nie uzasadni w obiektywny sposób powodów odmowy zarządzania, jest ona zobowiązana do zarządzania takimi prawami, kategoriami praw lub rodzajami utworów (...), pod warunkiem, że zarządzanie nimi wchodzi w zakres jej działalności”.

Trudno uznać, że zasada swobody wyboru przez uprawnionego którejkolwiek spośród unijnych ozz została w Projekcie zrealizowana. W art. 3 ust. 1, pkt 1 i 2 odrębnie zdefiniowano „organizację zbiorowego zarządzania” i „zagraniczną organizację zbiorowego zarządzania”. Ta pierwsza, zgodnie z definicją, musi mieć formę stowarzyszenia oraz działać na podstawie i w zakresie zezwolenia ministra, a zatem tak, jak to się dzieje obecnie. Zagraniczna ozz nie jest w ogóle, w świetle Projektu, organizacją zbiorowego zarządzania(!). Potwierdza to treść art. 3 ust. 2, zgodnie z którym ilekroć w ustawie jest mowa o organizacji zbiorowego zarządzania bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć... organizację zbiorowego zarządzania (czyli jedynie ozz polską, skoro zagraniczna ozz została zdefiniowana jako kategoria odrębna). W ten sposób zagraniczne ozz zostały chyba wyłączone z możliwości prowadzenia zbiorowego zarządu „w Polsce”. Nie jest jasne, jak należy rozumieć to ostatnie sformułowanie - czy obejmuje ono także wykonywanie zarządu w odniesieniu do terytorium Polski, ale przez działalność transgraniczną? Wobec współczesnych technik komunikacji byłoby to proste, a przy tym realne przynajmniej w odniesieniu do niektórych pól eksploatacji. W uzasadnieniu Projektu napisano (na s. 12 *in fine*), że działalność transgraniczna ozz prowadzona jest na podstawie przepisów państwa, w którym dana organizacja ma siedzibę. W przypadku organizacji zagranicznych byłoby to zatem prawo obce. Z drugiej jednak strony w świetle tegoż uzasadnienia (s. 13) o „statusie ozz w Polsce” ma decydować polska ustawa, a ta, jak była już mowa, dla statusu ozz jako ozz wymaga m. in. formy prawnej stowarzyszenia oraz zezwolenia ministra. Nie wiadomo więc, czy udzielanie przez zagraniczną ozz, z siedzibą za granicą, licencji w odniesieniu do terytorium Polski, będzie respektowane jako udzielenie licencji przez ozz, czy nie. Jeżeli nie, to możliwość realizacji swobody wyboru ozz, przewidziana w art. 5 ust. 2 Dyrektywy, zostaje zablokowana. Problem ten rysuje się

szczególnie ostro przy określaniu ozz „właściwej” w rozumieniu przepisów pr. aut. W świetle art. 6 pr. aut., zmienionego przez Projekt w dodanym pkt. 17, za organizację właściwą uznaje się w pierwszej kolejności organizację, która zbiorowo zrządza prawami autorskimi lub pokrewnymi uprawnionego na podstawie umowy o zbiorowe zarządzanie, a przecież to uprawniony zawiera tę umowę i ma prawo wyboru dowolnej unijnej ozz jako kontrahenta. Skoro zagraniczne ozz nie są w ogóle uznane za ozz w rozumieniu Projektu – czy ewentualne powierzenie im praw przez polskich uprawnionych będzie honorowane, czy też użytkownik będzie musiał opłacić – po raz drugi – licencję od polskiej ozz jako „właściwej” w rozumieniu przepisów wprowadzających rozszerzony zarząd zbiorowy, mimo że już raz ją opłacił na rzecz ozz zagranicznej za korzystanie z jej repertuaru zawierającego m. in. prawa do niektórych utworów polskich? Odpowiedź na to pytanie ma istotne znaczenie dla oceny zgodności całego Projektu z implementowaną Dyrektywą.

27 lutego 2014 r., czyli następnego dnia po uchwaleniu Dyrektywy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok (C-351/12), w sprawie czeskiej ozz OSA. Uznał w nim za dopuszczalne w świetle prawa europejskiego uregulowanie krajowe, które zastrzega wykonywanie zbiorowego zarządzania prawami odnoszącymi się do określonych rodzajów utworów na terytorium tego państwa członkowskiego na rzecz jednej tylko organizacji (krajowej). Trybunał znał tekst Dyrektywy w chwili wyrokowania, ale weszła ona w życie ponad miesiąc później. W toku prac nad Projektem urzędnicy resortu kultury powoływali się na treść wyroku w sprawie OSA tak, jak gdyby ta ostatnia okoliczność nie miała znaczenia. a tym samym wyrok Trybunału przesądzał również, na przyszłość, o zgodności przepisów planowanej ustawy polskiej z całym prawem UE. W świetle brzmienia przytoczonego wyżej art. 5 ust. 2 stanowisko to jest wątpliwe. W uzasadnieniu Projektu powołano się ponadto (na s. 12-13) na brzmienie motywu 9 preambuły Dyrektywy, ale przepis ten dotyczy wyłącznie ozz mających siedzibę na terytorium danego państwa, co zresztą przyznają autorzy Projektu.

Deklarowana przez twórców Projektu w toku konsultacji społecznych wola ochrony polskiego rynku usług w zakresie zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi przed podmiotami zagranicznymi jest motywem zrozumiałym, ale nie eliminuje pytania o zgodność tego rozwiązania z art. 5 ust. 2 Dyrektywy. Jeżeli już polski ustawodawca chce ograniczyć wykonywanie zbiorowego zarządu nie tylko „w Polsce”, czyli przez podmioty mające siedzibę w Polsce, ale także przez ozz usytuowane zagranicą, a chcące udzielać licencji transgranicznych w odniesieniu do terytorium Polski, należałoby co najwyżej uzależnić taką możliwość jedynie od zezwolenia ministra. Natomiast wymaganie od zagranicznych ozz, żeby w celu prowadzenia działalności transgranicznej przez udzielanie licencji polskim użytkownikom przyswierały postać stowarzyszeń, a także generalne odmówienie im statusu ozz na terytorium Polski, są sprzeczne z Dyrektywą, którą Projekt ma implementować.

Mimo powyższego zarzutu nie można całkowicie wykluczyć tego, że koncepcja wyboru dowolnej ozz przez uprawnionych napotka silny opór w niektórych państwach członkowskich i okaże się zbyt trudna do przeprowadzenia w praktyce. Komisja Europejska może zachować się wówczas biernie i będzie tolerować niezgodne z Dyrektywą rozwiązania krajowe. Niebezpieczeństwo, że zniweczenie zasady zapisanej w art. 3 ust. 1 pkt 2 i 3 Projektu poprzez manipulowanie definicjami ozz nie zostanie zaakceptowane przez organy europejskie, jest jednak realne.