

Michał Markiewicz

Uniwersytet Jagielloński, Polska

michal.markiewicz@uj.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1906-7996>

Publiczne komunikowanie utworu w Internecie w prawie UE (dyrektywa 2001/29 vs dyrektywa 2019/790) – czy „istnieje” możliwi do określenia zakres tego prawa?¹

The Right of Communication to the Public of Works on the Internet in EU Law (Directive 2001/29 v. Directive 2019/790): Is There Any Definable Scope of This Right?

Abstract: This article focuses on the controversy in defining the scope of the right of communication to the public of works provided in Article 3 InfoSoc, especially in the ‘creative’ interpretations made by the CJEU. Based on these considerations, I justify a position qualifying Article 17 DSM, as a provision performing a statutory ‘balancing act’ between the premises determining the scope of the right to communicate a work to the public in the case of online content-sharing service providers. In this view, Article 17 DSM does not modify the concept of making works available to the public, and the premises for the scope of the right from the DSM were already available for ‘interpretation’ based on Article 3 InfoSoc.

Keywords: copyright, DSM, internet, hosting, service provider

Słowa kluczowe: prawo autorskie, DSM, Internet, hosting, dostawca usług

Uwagi wstępne

W artykule koncentruję się na kontrowersjach w definiowaniu zakresu prawa do publicznego komunikowania utworu przewidzianego w art. 3 InfoSoc², szczególnie

-
- 1 Artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. „Naukowy model reformy prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym według Dyrektyw UE” (finansowanego przez NCN, nr projektu badawczego: 2019/35/B/HS5/03671, konkurs Opus 18).
 - 2 Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. UE L 167 z dnia 22 czerwca 2001 r., s. 10–19).

w „twórczych” interpretacjach dokonywanych przez TSUE w zakresie dotyczącym korzystania z utworów w Internecie. Na podstawie tych rozważań uzasadniam stanowisko kwalifikujące art. 17 DSM³ jako przepis ustanawiający normatywne wyważenie pomiędzy przesłankami decydującymi o zakresie prawa do publicznego udostępniania utworu względem dostawców usług udostępniania treści online. W tym ujęciu art. 17 DSM nie wprowadza nowego prawa publicznego komunikowania utworu ani nie modyfikuje pojęcia publicznego udostępniania utworów z art. 3 InfoSoc. Akceptując tę interpretację, należy przyjąć, że już przed wejściem w życie dyrektywy DSM przesłanki odpowiedzialności dostawców usług udostępniania treści online, zgodnie z treścią art. 17 DSM, możliwe były do wyinterpretowania z art. 3 InfoSoc.

1. Publiczne komunikowanie utworu na gruncie art. 3 InfoSoc

1.1. Uwagi ogólne

Prawo do publicznego komunikowania utworu w Internecie jest przedmiotem niezwykle rozbudowanego orzecznictwa TSUE⁴. Rozstrzygnięcia, choć często „sprawiedliwe”, odchodzą daleko od literalnej treści przepisów, prowadząc do stwierdzenia, że treść tego prawa jest niezwykle nieokreślona, trochę przypadkowa i ustalana w zależności od określonego stanu faktycznego. Ta charakterystyka jest sprzeczna z elementarnymi intuicjami związanymi z ocenami wynikającymi z pozytywizmu prawniczego oraz zasadami kształtowania i interpretowania prawa w kulturze kontynentalnej. Nowym elementem układanki tworzącej prawo komunikowania utworu publiczności stała się, wskazywana wyżej, dyrektywa DSM regulująca odpowiedzialność dostawców udostępniania treści online. W artykule skoncentruję się na wybranych zastrzeżeniach względem wyroków TSUE określających granice tego prawa oraz uzasadnieniu dla wkomponowania prawa z art. 17 DSM w jednolite (na gruncie obu dyrektyw, tj. InfoSoc i DSM) prawo komunikowania utworu publiczności – źród-

3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz.Urz. UE L 130/92 z dnia 17 maja 2019 r.).

4 Por. m.in.: Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB*, C-466/12; wyrok TS UE z dnia 8 września 2016 r. w sprawie *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidzie Dekker*, C-160/15; wyrok TSUE z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie *Stichting Brein v. Jack Frederik Wullems*, C-527/15; wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, C-610/15; wyrok TSUE z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*, C-161/17; wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie *VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, C-392/19; wyrok TSUE z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited v. Telenet BVBA*, C-597/19; wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawach połączonych *Frank Peterson v. Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH oraz Elsevier Inc. v. Cyando AG*, C-682/18 oraz C-683/18.

dłem takiej interpretacji jest właśnie, kontrowersyjne, orzecznictwo TSUE na gruncie art. 3 InfoSoc⁵.

TSUE w swoich orzeczeniach rozwijających „doktrynę publicznego komunikowania utworu”⁶ wprowadził do unijnego systemu wiele dodatkowych przesłanek⁷, od których uzależniony jest zakres ochrony prawem przewidzianym w art. 3 InfoSoc⁸. Immanentny element tego modelu stanowi wielokrotnie powtarzane stanowisko⁹ przewidujące, że „pojęcie «publicznego udostępniania» wymaga zindywidualizowanej oceny (...). Aby dokonać takiej oceny, **należy uwzględnić wiele uzupełniających się czynników, niemających charakteru autonomicznego i współzależnych od siebie. Ponieważ czynniki te mogą w zależności od różnych konkretnych sytuacji występować w bardzo różnym stopniu nasilenia, należy je uwzględniać zarówno indywidualnie, jak i biorąc pod uwagę ich wzajemne oddziaływanie** [wyróżnienie – M.M.]”¹⁰.

Powyższe stanowisko prowadzi do podstawowej wątpliwości związanej z publicznym udostępnianiem utworu w prawie UE – jest to bowiem prawo, które ma różne granice w zależności od okoliczności faktycznych związanych z określoną formą korzystania z danego prawa. Znaczenie poszczególnych przesłanek może być bowiem odmienne w zależności od ich „nasilenia” w konkretnym przypadku. Dodatkowo, jak słusznie zauważa E. Traple: „budowanie przez TS definicji udostępniania publicznego przez zastosowanie wielu różnych kryteriów (...) powoduje, iż orzeczenia wydawane w trybie prejudycjalnym są w gruncie rzeczy rozstrzygającymi konkretny spór, chociaż formalnie TS zastrzega kompetencję sądu krajowego w zakresie oceny tego, czy w konkretnym stanie faktycznym określone przesłanki rozstrzygnięcia zostały spełnione”¹¹.

5 Skutkiem orzecznictwa TSUE jest m.in. uznanie pośredniego naruszenia prawa (np. „pomocnictwa”) za działanie objęte zakresem samego prawa (prowadzące do bezpośredniego naruszenia); por. m.in. Ch. Angelopoulos, J.P. Quintais, Fixing Copyright Reform A Better Solution to Online Infringement, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law” 2019, nr 10, s. 160.

6 Por. wyroki wskazane w przypisie 4.

7 Rozwój tej doktryny jest w szczególności związany z postępem technologicznym i rozważaniami dokonywanymi w oparciu o spory dotyczące korzystania z utworów w Internecie.

8 Por. zestawienie wyroków dotyczących odpowiedzialności pośredników w Internecie; K. Bäcker, U. Feindor-Schmidt, The destruction of copyright – are jurisprudence and legislators throwing fundamental principles of copyright under the bus?, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2021 r., nr 16, s. 44–49.

9 Por. m.in. wyrok TSUE z dnia 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15, pkt 33–34; wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie *VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, C-392/19, pkt 34; wyrok TSUE z dnia 2 kwietnia 2020 r. w sprawie C753/18, pkt 31; wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2017 r., C-610/15, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

10 Wyrok TSUE z dnia 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15, pkt 33–34.

11 E. Traple, Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, z. 126, s. 211.

Dla wkroczenia w prawo udostępniania utworu publiczności na gruncie art. 3 InfoSoc konieczne jest wykazanie, że: (1) doszło do czynności udostępniania oraz że (2) było ono skierowane do publiczności. TSUE w swoich orzeczeniach wyinterpretował jednak z art. 3 InfoSoc dodatkowe przesłanki istotne dla stwierdzenia, czy doszło do wkroczenia w analizowane prawo, mianowicie:

- 1) wykorzystane środki techniczne,
- 2) nową publiczność,
- 3) przełamanie zabezpieczeń,
- 4) cel udostępniania / winę naruszcyciela,
- 5) świadomość konsekwencji,
- 6) niezbędną rolę w naruszeniu prawa,
- 7) model biznesowy (oraz działania prewencyjne?),
- 8) udostępnienie utworu lub jego elementów spełniających cechę własnej intelektualnej twórczości autora.

Rozumienie tych dodatkowych przesłanek nie jest jednoznaczne. Co więcej, w zasadzie w odniesieniu do każdej z nich pojawiają się sprzeczne orzeczenia TSUE, co tym bardziej utrudnia „odnalezienie” zakresu prawa do publicznego komunikowania utworu publiczności¹².

Poniżej przedstawiam wybrane zastrzeżenia i wątpliwości względem przyjmowanych przez TSUE interpretacji określających zakres prawa z art. 3 InfoSoc. Wydaje się, że dopiero na tym tle możliwe jest stworzenie spójnego zakresu prawa do publicznego komunikowania utworu w Internecie.

1.2. Wykorzystane środki techniczne

TSUE wymaga, aby publiczne udostępnienie utworu następowało albo z wykorzystaniem innego środka technicznego niż ten wykorzystany przy pierwotnym udostępnianiu, albo aby skierowane było do nowej publiczności. Przesłanka ta (jako chyba jedyna) została doprecyzowana w sposób niebudzący wątpliwości co do jego rozumienia. TSUE wyjaśnił, że w przypadku publicznego udostępnienia utworu poprzez Internet zawsze stosowany jest ten sam sposób techniczny¹³. Nie ma zatem zna-

12 Problematyka korzystania z utworów w Internecie była przedmiotem szeregu opracowań, w których wskazywano na pojawiające się nowe konsekwencje kolejnych orzeczeń TSUE; por. m.in. K. Klafkowska-Waśniowska, *Zamieszczanie odesłań internetowych a zakres autorskich praw majątkowych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, z. 19; R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, z. 134, s. 5–37; T. Targosz, *Naruszenia dóbr osobistych w Internecie – rewolucja orzecznictwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, nr 2, s. 103–107.

13 Wyrok TSUE z dnia 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15, pkt 42; wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie C-392/19, pkt 35, 36.

czenia, czy jest to strona www, transmisja pomiędzy użytkownikami p2p, streaming czy download.

Wątpliwości mogą natomiast powstać w związku z konsekwencjami tego stanowiska. Zauważmy, że w przypadku, gdy utwór przekazywany jest na przykład pomiędzy telefonami – choć dla użytkownika z reguły nie będzie miało to żadnego znaczenia (czasem może nawet tego nie zauważyć) – przesłanie utworu poprzez SMS (MMS) będzie innym środkiem technicznym niż komunikatory wykorzystujące Internet (takie jak choćby zintegrowany z SMS-ami Imessage czy WhatsApp bądź Signal itp.). Wobec pierwotnego publicznego udostępnienia utworu w Internecie posłużenie się SMS-em¹⁴ stanowi wkroczenie w prawo autorskie ze względu na spełnianie „standardowych” przesłanek naruszenia oraz wykorzystanie innej technologii niż użyta pierwotnie, natomiast w przypadku Signala konieczna będzie analiza zupełnie innych przesłanek – która w konkretnych okolicznościach może doprowadzić do wniosku, że nie ma naruszenia¹⁵.

1.3. Przesłanka nowej publiczności

W przypadku, gdy wykorzystywana technologia jest tożsama z użytą na potrzeby pierwotnego udostępnienia, konieczna według TSUE jest nadto analiza, czy utwór udostępniono nowej publiczności¹⁶.

W tym zakresie wskazano, że w związku z tym, iż na stronie internetowej nie zastosowano żadnych zabezpieczeń technicznych i dostęp do treści był otwarty, należy uznać, że: „Publicznością, do której skierowane było bowiem pierwotne udostępnienie, byli wszyscy potencjalni odbiorcy danej strony, ponieważ – jako że dostęp do utworów na tej stronie nie był poddany żadnym ograniczeniom – wszyscy internauci mogli mieć do niego wolny dostęp [podkr. – M.M.]”¹⁷.

Tak wskazane kryterium z powodzeniem funkcjonuje w przypadku korzystania z linków także tych w pełni ukrytych, tj. w sytuacji, gdy użytkownik nie jest w stanie zorientować się, czy dane treści zamieszczone zostały poprzez zwielokrotnienie utworu i jego udostępnienie, czy poprzez „ukryte” odesłanie do innej strony¹⁸.

Równocześnie kryterium nowej publiczności TSUE zupełnie inaczej definiuje, gdy utwór został zamieszczony na innej stronie poprzez jego zwielokrotnienie i na-

14 Wysłanie wiadomości do wielu użytkowników.

15 W tym przypadku środki techniczne są jednakowe, zatem konieczna będzie analiza dodatkowych przesłanek, takich jak np. kryterium nowej publiczności (por. poniżej).

16 Na krytykę tej przesłanki wskazywała m.in. K. Klafkowska-Waśniowska, *Zamieszczanie odesłań...*, *op.cit.*, s. 58 i 60–61.

17 Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie C-466/12, pkt 26. A dalej w wyroku: „użytkowników strony administrowanej przez tego ostatniego należy uważać za potencjalnych odbiorców pierwotnego udostępnienia i w związku z tym za część publiczności wziętej pod uwagę przez podmioty prawa autorskiego, gdy udzieliły one zezwolenia na pierwotne udostępnienie” (wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie C-466/12, pkt 27).

18 Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie C-392/19, pkt 35.

stępnie samodzielne udostępnienie (nie przez link) – uznaje bowiem, że „w takich okolicznościach publiczność, która została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich (...) obejmuje bowiem jedynie użytkowników wspomnianej strony, a nie użytkowników strony internetowej, na której utwór został później zamieszczony bez zgody tego podmiotu, lub innych internautów”¹⁹.

W moim przekonaniu proponowane przez TSUE rozumienie kryterium nowej publiczności jest niespójne. Nie może być bowiem tak, że TSUE w wyroku *Seven-son* stwierdza, że utwór udostępniony w Internecie jest potencjalnie dostępny dla każdego i w związku z tym każdy użytkownik Internetu był potencjalnym adresatem tego rozpowszechnienia, aby potem stwierdzić, że choć pierwotne udostępnienie się nie zmieniło, to fakt równoległego udostępnienia utworu z „własnego serwera” przez drugi podmiot nagle uszczupla krąg internautów, którym udostępniono pierwotnie utwór²⁰. Zgadzam się z wnioskiem TSUE, że to drugie zachowanie wymaga innej oceny niż linkowanie, jednak sposób interpretacji zdecydowanie mnie nie przekonuje. Dziwi mnie, że w orzecznictwie, w którym z łatwością tworzy się nowe przesłanki naruszenia, w tym przypadku nie dokonano odpowiedniego zróżnicowania tych sytuacji.

Należało bowiem uznać, że albo linkowanie i udostępnianie z „własnego serwera” to inne środki techniczne – co zmieniałoby sposób wykazywania naruszenia, albo wskazać inną przesłankę dla tej formy publicznego komunikowania utworu w Internecie. Na uwagę zasługuje wyrok *Bild Kunst*, w którym TSUE stwierdził, że przełamanie zabezpieczeń przed framingiem prowadzi do powstania nowego „aktu publicznego udostępnienia”²¹ (a nie skierowania utworu do nowej publiczności) – moim zdaniem w ten sposób należałoby oceniać także udostępnianie utworu z „własnego serwera”.

1.4. Przełamanie zabezpieczeń

W wyroku *Svennson* TSUE wskazał, że gdy w ramach udostępniania utworu (linkowania) doszło do przełamania zabezpieczeń, np. skutkujących udostępnieniem utworu z pominięciem paywalla, należy uznać, że dochodzi do publicznego udostępnienia utworu nowej publiczności²². Przesłanka ta została zatem ujęta jako wystąpienie skutku w postaci „obejścia” zabezpieczenia przez użytkownika udostępniającego (linkującego) treści.

19 Wyrok TSUE z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie C-161/17, pkt 35.

20 Ogranicza do wyłącznie tych internautów, którzy zapoznają się z utworem na stronie pierwotnego udostępnienia. Pogląd ten jest szczególnie trudny do obrony w przypadku, gdy rozważać będziemy linkowanie z użyciem technik, które użytkownikowi nie pozwalają rozróżnić, czy ma do czynienia z linkowaniem (w tym przypadku zgodnie ze stanowiskiem TSUE użytkownik zapoznaje się z utworem na pierwotnej stronie), czy z udostępnieniem z własnego serwera.

21 Por. wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie C-392/19, pkt 43.

22 Por. wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie C-466/12, pkt 31.

Dziwić zatem powinno orzeczenie w sprawie *Bild Kunst*, w którym TSUE stwierdził, że identyczne w swoich skutkach jest zastosowanie określonego zabezpieczenia na stronie internetowej, jak i samo zlecenie zastosowania takiego zabezpieczenia²³.

Przyjęcie takiego założenia jest niezwykle kategoryczne, choć wiąże się z uzasadnieniem, iż brak zastosowania zabezpieczenia stanowi naruszenie woli autora, który zgodził się na udostępnianie treści pod warunkiem zastosowania zabezpieczenia. Trzeba jednak podkreślić, że użytkownik nie ma żadnej możliwości weryfikacji, czy do takiego zlecenia zastosowania zabezpieczenia doszło. O ile w przypadku przełamania zabezpieczenia (*Svensson*) jego działanie jest naganne, o tyle w przypadku braku zastosowania zabezpieczenia przez podmiot pierwotnie udostępniający treści (np. wydawcę), który zgodnie z wolą twórcy powinien był takie zabezpieczenia stosować, dochodzi do obciążenia użytkownika nieuzasadnionym ryzykiem naruszenia prawa, jeśli zdecyduje się linkować do tego pliku²⁴. Jest to zatem kolejny krok zmierzający do zaostrożenia odpowiedzialności z tytułu linkowania w porównaniu ze stanowiskiem przyjętym w orzeczeniu w sprawie *GS Media*, w którym w określonych przypadkach uznano tylko istnienie domniemania wiedzy o bezprawnym zamieszczeniu utworu.

Kuriozalny stan prawny w świetle tych orzeczeń wynika z uznania, że gdy podmiot pierwotnie udostępniający całkowicie bezprawnie (bez żadnego kontaktu z podmiotem praw) zamieścił utwór w Internecie, to użytkownik, linkując do niego, odpowiada na zasadzie winy zgodnie z orzeczeniem *GS Media* (patrz pkt 1.3.). Jeśli jednak podmiot pierwotnie udostępniający udostępni utwór, nie stosując zabezpieczenia przed linkowaniem (wbrew wyraźnemu zastrzeżeniu podmiotu uprawnionego²⁵), to wówczas linkowanie do takiego utworu stanowi naruszenie prawa do udostępniania utworu publiczności. Tymczasem z punktu widzenia podmiotu zamieszczającego link sytuacje te są identyczne, a prowadzą do różnych zasad jego odpowiedzialności.

1.5. Cel udostępniania / wina naruszciciela

W orzeczeniu w sprawie *GS Media* TSUE wprowadził odpowiedzialność na zasadzie winy za linkowanie do utworu nielegalnie zamieszczonego w Internecie²⁶.

23 Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie C-392/19, pkt 43.

24 Przy czym użytkownik ten z reguły nie może wiedzieć, czy twórca nakazał udostępniającemu stosowanie technicznych zabezpieczeń przed linkowaniem – obiektywnie może jedynie zweryfikować, czy takie zabezpieczenia są stosowane.

25 Tu pojawiają się dwa warianty, chyba oba objęte dalszymi rozważaniami. Pierwszy, że brak zastosowania środków zabezpieczających przed framingiem wiąże się z brakiem zezwolenia na rozpowszechnianie utworu, a zatem pierwotne działanie jest bezprawne, oraz drugi, przewidujący, że brak zastosowania zabezpieczeń jest naruszeniem umowy z podmiotem praw, jednak samo udostępnienie pierwotne nie jest bezprawne (w tym zakresie umowna zgoda na taki czyn jest wciąż aktualna).

26 W kwestii krytycznej oceny orzeczenia por. m.in. D.K. Gęsicka, Udostępnianie utworu publiczności poprzez zamieszczenie hiperłącza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Euro-

Tu pojawia się pierwsza wątpliwość natury teoretycznej: w jaki sposób pogodzić konstrukcje prawa wyłącznego bezwzględnego z odpowiedzialnością na zasadzie winy. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia, jeśli w ogóle jest możliwe, wymagałoby odrębnej pracy. Dlatego w tym miejscu skupię się na dalszych „nowościach” wynikających z tego orzeczenia. Trybunał stwierdził, że dla oceny wiedzy o naruszeniu na pierwotnej stronie internetowej (a zatem winy za linkowanie do tej strony) zasadnicze znaczenie ma cel, w jakim prowadzona jest strona przez podmiot zamieszczający linki. Jeśli ma ona charakter zarobkowej działalności (obejmującej także zyski z reklam zamieszczonych gdziekolwiek na stronie), to w takim przypadku istnieje domniemanie, że linkujący wiedział o bezprawnie zamieszczonych utworach²⁷. Jeśli brak tego zarobkowego charakteru, wiedzę (a zatem też winę) wykazać musi podmiot praw.

Wobec stosowania tych kryteriów z zaskoczeniem można przyjąć stanowisko TSUE dotyczące zasad odpowiedzialności YouTube za udostępniane w tym serwisie treści (orzeczenie zapadło w stanie prawnym sprzed dyrektywy DSM). TSUE stwierdził bowiem, iż „sam fakt, że operator platformy do udostępniania filmów lub platformy do przechowywania i udostępniania plików działa w celu zarobkowym, nie pozwala ani na stwierdzenie zamierzonego charakteru jego udziału w bezprawnym udostępnianiu chronionych treści dokonywanym przez niektórych użytkowników, ani na domniemanie takiego charakteru”²⁸. Oczywiście zasadnie TSUE podkreśla, że czym innym jest zamieszczenie linku przez administratora strony (GS Media), a czym innym przez użytkownika serwisu (YouTube), jednak w dalszych wywodach TSUE, broniąc się przed „zarzutami” wynikającymi z orzeczenia GS Media, wskazuje: „Tymczasem sytuacja osoby zamieszczającej hiperłącze, która działa z własnej inicjatywy i która w chwili zamieszczenia tego hiperłącza jest świadoma treści, do której to hiperłącze ma prowadzić, nie jest porównywalna z sytuacją operatora platformy do udostępniania filmów lub platformy do przechowywania i udostępniania plików, jeżeli nie ma on wiadomości o konkretnych chronionych treściach zamieszczonych przez użytkowników na tej platformie i nie przyczynia się – w inny sposób niż samo udostępnienie tej platformy – do publicznego udostępniania takich treści z naruszeniem prawa autorskiego”²⁹.

pejskiej, (w:) P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, s. 143–147.

27 Na skutki tego orzeczenia w wyrokach sądów krajowych trafnie wskazała K. Klafkowska-Waśniowska (K. Klafkowska-Waśniowska, *Kropka nad „i”? Zakres prawa do udostępniania utworów na żądanie w Internecie w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, (w:) P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, s. 216). Krytycznie także: Z. Pinkalski, *Linkowanie do utworów i jego ocena z punktu widzenia naruszenia praw autorskich. Głosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15, LEX/el. 2016.*

28 Wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawach połączonych C-682/18 oraz C-683/18, pkt 86.

29 *Ibidem*, pkt 89.

Zwróćmy bowiem uwagę, że TSUE w orzeczeniu *GS Media* uznawał, iż cel zarobkowy działalności internetowej przesądza o istnieniu domniemania wiedzy o tym, że zamieszczony pierwotnie plik jest bezprawny, jednak w przypadku działania serwisu YouTube, wysoce rentownej działalności, niekonsekwentnie uznaje, że taki operator musi jednak wiedzieć o konkretnym naruszeniu i powyższego domniemania się nie stosuje.

Konkludując, uważam, że nie jest uprawnione stosowanie różnych standardów ochrony prawa do publicznego udostępniania utworu względem osoby linkującej i operatora platformy, takiej jak np. YouTube, w odniesieniu do przyjmowania domniemania zawinionego działania ze względu na cel zarobkowy prowadzonej działalności. Jeśli TSUE uznaje, że wówczas osoba linkująca „jest świadoma treści do których linkuje”, to tym bardziej operator platformy musi być świadomy treści, które udostępnia (udostępnia je bowiem z własnych serwerów).

1.6. Świadomość naruszenia praw autorskich

W kolejnym orzeczeniu dotyczącym funkcjonowania Internetu TSUE³⁰ uznał, że „sprzedaż odtwarzacza multimedialnego »filmspeler« była dokonywana z pełną świadomością faktu, że wtyczki zawierające preinstalowane na tym odtwarzaczu hiperłącza umożliwiają dostęp do utworów bezprawnie opublikowanych w Internecie”³¹. W tym przypadku właśnie ta świadomość ułatwiania naruszeń praw autorskich (ułatwienia nabywcom urządzenia oglądania nielegalnie udostępnianych przez osoby trzecie utworów) była kluczowa dla przełamania poglądu, że sama sprzedaż takiego urządzenia nie może być uznana za naruszenie praw autorskich. TSUE stwierdził kategorycznie, że „sprzedaż takiego odtwarzacza multimedialnego stanowi »udostępnianie publiczne« w rozumieniu art. 3 ust. 1 InfoSoc”³². Choć można byłoby się zgodzić z twierdzeniem, że takie działania stanowią pomocnictwo w dokonywaniu naruszeń przez inne podmioty, to trudno jednak przyjąć, że same w sobie są naruszeniem prawa wyłącznego.

Warto także zwrócić uwagę, że nie da się określić w chwili nabywania takiego urządzenia, czyje prawa taki sprzedawca narusza. Co więcej, jeśli nie dojdzie do uruchomienia urządzenia filmspeler, to nie zaistnieje naruszenie jakichkolwiek praw autorskich osób trzecich – a jednak TSUE uznał, że naruszeniem prawa autorskiego jest już sama sprzedaż odtwarzacza (czyje prawa autorskie zostały zatem naruszone?). Trudny do określenia jest także moment relewantny z perspektywy samego naruszenia – czy sprzedawca odpowiada za utwory dostępne na stronach internetowych w chwili sprzedaży urządzenia, czy odpowiedzialność obejmuje także wszystkie utwory później zamieszczone na wykorzystywanych przez „wtyczki” stro-

30 Wyrok TSUE z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie C-527/15.

31 *Ibidem*, pkt 42.

32 *Ibidem*, pkt 52.

nach internetowych. Czy jeśli użytkownik „doinstalowałby” dodatkowe „wtyczki”, to czy sprzedawca odpowiadałby za naruszenie tych „dodatkowych” utworów, do których odesłałyby te wtyczki? Na powyższe pytania trudno jednoznacznie odpowiedzieć w świetle powyższego orzeczenia. Wydaje się, że utrzymując (przeze mnie kwestionowane) podejście w sprawie bezpośredniego naruszenia prawa do publicznego udostępniania utworów w przypadku sprzedaży odtwarzacza multimedialnego filmospeler, należałoby konsekwentnie uznać, że obejmuje ono wszystkie utwory nielegalnie udostępnione i potencjalnie dostępne za pomocą tego urządzenia – niezależnie od momentu ich wprowadzenia do sieci. Odpowiedzialność ta nie powinna natomiast obejmować naruszeń praw do tych utworów, które możliwe były do obejrzenia na odtwarzaczu za pomocą „wtyczek” samodzielnie zainstalowanych przez użytkownika (i niedostarczanych, na przykład w formie uaktualnienia oprogramowania, przez sprzedawcę urządzenia).

1.7. Niezbędna rola w naruszeniu prawa

Kolejną przesłanką naruszenia prawa do publicznego udostępniania utworu jest niezbędna rola danego podmiotu w naruszeniu praw. W orzeczeniu dotyczącym portalu The Pirat Bay TSUE wskazał, że „gdyby wspomniani administratorzy nie udzielali dostępu do tej platformy i nie zarządzali nią, wspomniane utwory nie mogłyby być wymieniane przez użytkowników lub, przynajmniej, ich wymiana w Internecie byłaby trudniejsza”³³. W tym przypadku w ramach platformy nie dochodziło do udostępniania utworów, jedynie do wymiany informacji (nieobjętej prawnoautorską ochroną) umożliwiających udostępnianie utworów (fragmentów plików) dokonywane przez użytkowników bezpośrednio pomiędzy nimi (w sieciach p2p).

Oczywiście trzeba mieć na uwadze, że działanie platformy ułatwiało (czy w istotnym zakresie umożliwiało) wymianę tych plików w sieciach p2p. Można mieć jednak wątpliwości, czy działanie w ogóle nieobjęte korzystania z utworu może stanowić (bezpośrednie) udostępnianie utworu publiczności. Wydaje się jednak, że ze względu na ustabilizowaną linię orzecznictwa TSUE w tej kwestii jest mało prawdopodobna (choć byłaby pożądana) zmiana tego podejścia.

1.8. Model biznesowy

Kolejną zaskakującą przesłanką, którą należy brać pod uwagę, oceniając, czy dane działanie powiązane z utworem (np. ułatwienie naruszeń dokonywanych przez osoby trzecie) stanowi bezpośrednie wkroczenie w zakres prawa do publicznego komunikowania utworu, jest uwzględnienie modelu biznesowego przyjętego przez dany podmiot (do tej pory przesłanka ta miała znaczenia dla oceny działalności platform internetowych udostępniających utwory). TSUE wskazał, iż „zamierzony charakter działania operatora tej platformy może wynikać z faktu (...), że przyjęty przez

33 Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie C-610/15, pkt 36.

niego model biznesowy opiera się na dostępności bezprawnych treści na jego platformie i ma na celu zachęcenie jej użytkowników do udostępniania takich treści za jej pośrednictwem³⁴.

Jednym z istotnych elementów oceny modelu biznesowego „odkrytych” w orzecznictwie TSUE jest znaczenie podjętych przez podmiot działań prewencyjnych, służących ograniczeniu naruszeń praw autorskich dokonywanych w ramach korzystania z platformy przez użytkowników³⁵.

Wyważenie znaczenia określonych przesłanek naruszenia w konkretnych okolicznościach może, jak się wydaje, doprowadzić do wniosku, że w przypadku wątpliwości co do modelu biznesowego platformy wprowadzenie bądź brak wprowadzenia działań ograniczających naruszenia praw autorskich (w tym, co ciekawe, także działań informacyjnych) może przesądzić o braku wkroczenia w prawo publicznego komunikowania utworu.

1.9. Element twórczy vs dowolny element

Ostatnią sprzecznością w orzecznictwie TSUE, na którą chciałbym zwrócić uwagę, jest wymóg wykorzystania twórczych elementów utworu, aby można było uznać działanie za wkraczające w zakres praw autorskich, w tym prawa do komunikowania utworu publiczności³⁶. Jak wyraźnie podkreślił TSUE, „zmiana rozmiaru spornych utworów nie odgrywa roli w ocenie istnienia czynności publicznego udostępnienia dopóty, dopóki dostrzegalne są oryginalne elementy tych utworów”³⁷. Zatem wnioskiem z tego orzeczenia powinno być uznanie, że rozpowszechnienie pomniejszych do tego stopnia utworów, iż elementy twórcze nie są w nich dostrzegalne, nie stanowi naruszenia prawa autorskiego.

Powyższe stanowisko wydaje się jednak sprzeczne z konkluzjami TSUE wynikającymi z innego orzeczenia, w którym przyjęto, że udostępnianie „bezużytecznego” fragmentu pliku (segmentu) w ramach rozpowszechniania utworów w zorganizowanej sieci p2p jest wystarczające, aby uznać, że doszło do publicznego komunikowania utworu³⁸. TSUE wprost zaznaczył, iż „nie jest konieczne wykazanie, że dany użytkownik pobrał uprzednio pewną liczbę segmentów przekracza-

34 Wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawach połączonych C-682/18 oraz C-683/18, pkt 101.

35 Por. *ibidem*, pkt 94, 96.

36 Przy czym w przypadku odpowiedzialności za działania osób trzecich TSUE przyjmował konstrukcję wkroczenia w prawa autorskie także przez podmioty, które w ogóle nie podejmowały czynności bezpośrednio związanych z utworem (por. pkt 1.6 i 1.7 artykułu).

37 Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2021 r. w sprawie C-392/19, pkt 25. Natomiast na gruncie prawa do zwielokrotniania we wcześniejszym orzeczeniu TSUE stwierdził, że: „powielenie wycinka utworu podlegającego ochronie, składającego się (...) z 11 kolejnych słów zawartych w utworze, może stanowić częściowe zwielokrotnienie w rozumieniu art. 2 InfoSoc, jeśli w wycinku tym został odtworzony element utworu, który jako taki stanowi wyraz własnej twórczości intelektualnej autora” (wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08, pkt 48).

38 Por. wyrok TSUE z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-597/19, pkt 46.

jących minimalny próg ilościowy³⁹. Choć trzeba mieć na uwadze, że w sprawie tej dochodzi z reguły do udostępnienia całości utworu poprzez dany „rój” (grupę użytkowników), to jednak zaskakujące jest odejście TSUE od wymogu (1) albo wykazania, że dany użytkownik udostępnił segmenty w rezultacie prowadzące do rozpowszechnienia elementów twórczych utworu, (2) albo uznania, że użytkownik działał w ramach porozumienia (współsprawstwa) z pozostałymi użytkownikami i oni razem udostępniłi taką liczbę „segmentów”, że ich działanie obejmowało elementy twórcze utworu.

1.10. Wnioski – publiczne udostępnianie utworu w orzecznictwie TSUE (na gruncie dyrektywy InfoSoc)

Z powyższego zestawienia przesłanek branych pod uwagę przez TSUE w ramach oceny, czy doszło do wkroczenia w prawo publicznego udostępniania utworu na gruncie art. 3 InfoSoc, wynika, że nie jest to prawo o jednolitym zakresie.

Dla dalszych rozważań konieczne jest ponowne podkreślenie, że ocena działania danego podmiotu (naruszyciela) zależy od szeregu przesłanek, których znaczenie jest różne w zależności od konkretnego stanu faktycznego. Ocena istnienia naruszenia zbliża się zatem do analizy dokonywanej z perspektywy czynu niedozwolonego, a może nawet czynu nieuczciwej konkurencji, tylko w tym przypadku chodzi nie tyle o sprzeczność z dobrymi obyczajami (kupieckimi), co o sprzeczność z zasadami współżycia społecznego ukształtowanymi przez „sprawiedliwy” (proporcjonalny?⁴⁰) podział praw i obowiązków pomiędzy podmiotami uprawnionymi oraz użytkownikami.

39 *Ibidem*. W obszerniejszym fragmencie TSUE wyjaśnił: „wspomniane segmenty nie są częściami utworów, lecz częściami plików zawierających te utwory (...). Niemniej jednak okoliczność, że te przesyłane segmenty są same w sobie bezużyteczne, nie jest istotna, ponieważ do wiadomości podawany jest plik zawierający utwór, czyli utwór w postaci cyfrowej (...). Okoliczność polegająca na tym, że użytkownik nie może pobrać w wybranym przezeń miejscu i czasie całości oryginalnego pliku, nie stoi na przeszkodzie temu, by udostępnił „hostom” (peers) należącym do jego sieci te segmenty tego pliku, które udało mu się pobrać na swój komputer, a tym samym przyczynił się do powstania sytuacji, w której ostatecznie wszyscy użytkownicy z „roju” mają dostęp do całości danego pliku. W celu ustalenia, że w takiej sytuacji mamy do czynienia z „podawaniem do wiadomości” w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 InfoSoc, nie jest konieczne wykazanie, że dany użytkownik pobrał uprzednio pewną liczbę segmentów przekraczających minimalny próg ilościowy” (wyrok TSUE z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-597/19, pkt 43,45,46).

40 Zasada proporcjonalności dla wyważenia interesów podmiotów uprawnionych oraz użytkowników w zakresie praw własności intelektualnej, a w tym praw autorskich, zaczyna odgrywać w prawie UE coraz większe znaczenie; por. m.in. wyrok TSUE z dnia 29 lipca 2019, C-516/17, pkt 34; wyrok TSUE z dnia 1 grudnia 2011, C-145/10, pkt 105–106 (i wskazane tam orzecznictwo).

2. Publiczne udostępnianie utworu na gruncie dyrektywy DSM

We wcześniejszej części artykułu wskazałem różne przesłanki określające zakres prawa do publicznego udostępniania utworu, wyprowadzone z orzeczeń TSUE. Było to niezbędne dla rozwinięcia problematyki statusu prawa do publicznego udostępniania utworu przewidzianego w dyrektywie DSM.

W doktrynie, ale również w praktyce polegającej na implementacji tej regulacji do porządków krajowych, pojawiły się różne koncepcje charakteru art. 17 DSM z perspektywy zakresu prawa do publicznego udostępniania utworu⁴¹. Uznawano bowiem, że:

- 1) jest to odrębne prawo, którego treść jest niezależna od tak samo nazwanego prawa z dyrektywy InfoSoc⁴²;
- 2) art. 17 DSM jest przepisem *lex specialis* względem art. 3 InfoSoc⁴³;
- 3) art. 17 DSM tworzy podkategorię prawa z art. 3 InfoSoc, ale muszą być spełnione przesłanki z art. 3, aby można było mówić o wkroczeniu w prawa⁴⁴;
- 4) art. 17 DSM może być rozumiany jako przepis niewymagający w ramach jego implementacji uznania działań dostawcy usług udostępniania treści online (dalej: DUUTO) za wkraczające w prawo autorskie, a wystarczające jest uregulowanie jedynie kwestii odpowiedzialności za działanie osób trzecich (użytkowników)⁴⁵;
- 5) art. 17 DSM doprecyzowuje prawidłową interpretację art. 3 InfoSoc⁴⁶.

41 Por. m.in. R. Markiewicz, *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym*, Warszawa 2021, s. 287–295.

42 Za tym ujęciem opowiadają się M. Husovec, J.P. Quintais, *How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive*, „GRUR International” 2021, nr 70 (4), s. 348 oraz niemiecka implementacja dyrektywy. Może także TSUE, podkreślając, że: „Wykładnia, której dokona Trybunał (...) nie dotyczy **systemu wprowadzonego później**, a mianowicie systemu ustanowionego przez art. 17” [DSM – przyp. M.M.]” (wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawach połączonych C-682/18 oraz C-683/18, pkt 59).

43 Tak: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Wytyczne dotyczące art. 17 DSM w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym (Bruksela, dnia 4 czerwca 2021 r. COM(2021) 288 final, s. 2).

44 M. Husovec, J.P. Quintais, *How...*, *op. cit.*, s. 331–332.

45 Stanowisko T. Targosza przedstawione na zebraniu Katedry Prawa Własności Intelektualnej UJ 26 listopada 2021 r. Koncepcja ta wbrew literalnej wykładni art. 17 DSM przewiduje, że wystarczające jest uregulowanie kwestii odpowiedzialności za działania osób trzecich (użytkowników), a skutki takiej konstrukcji mogą być tożsame z przyjęciem wkroczenia w prawa, natomiast jest to ujęcie, które nie podważa aktualnych konstrukcji praw wyłącznych i bezpośredniego oraz pośredniego naruszenia praw.

46 Na taką interpretację wskazywali F. Peterson oraz rząd francuski w trakcie rozprawy w sprawach połączonych C-682/18 i C-683/18 (por. Opinia Rzecznika Generalnego H.S. Øe przedstawiona w dniu 16 lipca 2020 r. w sprawach połączonych C-682/18 i C-683/18 C-682/18 i C-683/18, pkt

W moim przekonaniu w oparciu o dotychczasowe postrzeganie prawa do publicznego komunikowania utworów w prawie UE zasadna jest ostatnia (5) interpretacja. Na tle przedstawionej wyżej analizy orzecznictwa TSUE, dotyczącego publicznego udostępniania utworu na gruncie art. 3 InfoSoc, można bowiem przyjąć, że publiczne udostępnianie utworu publiczności przewidziane w art. 17 DSM jest normatywnym wyważeniem przesłanek definiujących zakres prawa z art. 3 InfoSoc zgodnie z rozumowaniami TSUE. Innymi słowy, skoro „pojęcie »publicznego udostępniania« wymaga zindywidualizowanej oceny (...) [a]by dokonać takiej oceny, należy uwzględnić wiele uzupełniających się czynników, niemających charakteru autonomicznego i współzależnych od siebie. Ponieważ czynniki te mogą w zależności od różnych konkretnych sytuacji występować w bardzo różnym stopniu nasilenia, należy je uwzględniać zarówno indywidualnie, jak i biorąc pod uwagę ich wzajemne oddziaływanie”⁴⁷. Należy w moim przekonaniu uznać, że w art. 17 DSM ustawodawca dokonał właśnie analizy wszystkich czynników, efektem czego jest uznanie, że jeśli spełni się określone w dyrektywie przesłanki, dochodzi do wkroczenia w prawo do publicznego udostępniania utworu, także w rozumieniu art. 3 InfoSoc⁴⁸. W prawie UE występowałyby zatem tylko jedno prawo publicznego komunikowania utworu.

To ujęcie prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, kryteria oceny wkroczenia w prawo publicznego komunikowania utworu wyrażone w dyrektywie DSM mogły być już wcześniej wywiedzione przez TSUE z treści art. 3 InfoSoc. Innymi słowy, DUUTO publicznie komunikowali utwory udostępniane na ich platformach przez użytkowników już od momentu implementacji InfoSoc (takie rozumienie mogło być bowiem wcześniej „wywiedzione” z treści art. 3 InfoSoc). Po drugie, to ujęcie przewiduje brak konieczności wykazywania spełnienia dodatkowych przesłanek (także tych wynikających z orzecznictwa TSUE) z art. 3 InfoSoc w przypadku działania kwalifikowanego jako publiczne udostępnianie utworu na gruncie art. 17 DSM⁴⁹. Wynika to z przyjęcia, że w art. 17 DSM doszło już do (normatywnego) wyważenia (doprecyzowania) wszystkich przesłanek z art. 3 InfoSoc i w przypadku oceny działania tych konkretnych podmiotów (tj. DUUTO) należy brać pod uwagę wyłącznie przesłanki wymienione w dyrektywie DSM. Nie jest to jednak klasyczny *lex specia-*

249.). Natomiast E. Rossati wskazuje, że art. 17 DSM i art. 3 InfoSoc dotyczą tego samego prawa i że nie jest to relacja *lex specialis* oraz relacja subprawa, nie definiuje jednak, jak art. 17 DSM wpływa na rozumienie art. 3 InfoSoc; zob. E. Rosati, *Copyright in the Digital Single Market*, Oxford 2021, s. 329.

47 Wyrok TSUE z dnia 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15, pkt 33–34.

48 Tak też przyjmuje M. Leistner, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge*, <https://ssrn.com/abstract=3572040>, s. 13–14.

49 Odmienne na gruncie jednej z proponowanych propozycji M. Husovec, J.P. Quintais, *How...*, *op. cit.*, s. 332.

lis, wyłączający stosowanie *lex generalis*, bowiem w prezentowanym ujęciu przesłanki z art. 17 DSM były już zawarte w art. 3 InfoSoc. Zatem TSUE, stosując twórczą wykładnię (tak jak w przypadku wcześniej wskazanych orzeczeń), mógł (a nawet powinien) już przed wejściem w życie dyrektywy DSM uznać, że art. 3 InfoSoc obejmuje przesłanki obecnie wymienione w art. 17 DSM (dotyczące odpowiedzialności DU-UTO).

Warto zwrócić także uwagę, że jeśli uznamy, iż prawo z art. 3 InfoSoc oraz 17 DSM jest tym samym prawem publicznego komunikowania utworów, to wysoce prawdopodobna jest adaptacja przez TSUE przesłanek z dyrektywy DSM (np. podmiotowych) na potrzeby art. 3 InfoSoc. Zatem art. 17 DSM nie tylko definiuje zakres praw do publicznego komunikowania utworu w określonych okolicznościach, ale także stanowi swoiste źródło inspiracji dla wdrożenia podobnych przesłanek w przypadku art. 3 InfoSoc⁵⁰. Dochodzi w ten sposób do nakierowania TSUE na dopuszczalność zastosowania tych nowych przesłanek z art. 17 DSM wspólnie z dotychczasowymi stworzonymi na gruncie art. 3 InfoSoc. Takie ujęcie pozwoli TSUE dodatkowo sprecyzować różne kryteria zakresu prawa publicznego komunikowania utworu względem platform niespełniających przesłanek wskazanych wprost w dyrektywie DSM. W ten sposób można będzie wyeliminować ewentualne konsekwencje niespełnienia jednej z przesłanek z art. 17 DSM w określonym stanie faktycznym. Na przykład, gdy nie będzie spełniona przesłanka z art. 17 DSM ze względu na brak udostępniania „dużej liczby” chronionych utworów przez daną platformę – można będzie pozostałe przesłanki z art. 17 DSM uzupełnić na gruncie art. 3 InfoSoc, choćby przesłanką roli modelu biznesowego platformy. Wówczas odpowiedzialność takiej platformy byłaby określana na podstawie art. 3 InfoSoc z uwzględnieniem pozostałych okoliczności wskazanych w art. 17 DSM. To ujęcie uelastycznia, ale i doprecyzowuje art. 3 InfoSoc.

Powyższemu stanowisku przeciwstawia się model wyłączenia odpowiedzialności platform. Wynika to z okoliczności, że część autorów przyjmuje, iż art. 3 InfoSoc nie obejmuje działań podmiotów, które mogły się powołać na art. 14 eCommerce⁵¹. W takim ujęciu uznanie, że dany podmiot nie jest DUUTO, natomiast w zbliżonych okolicznościach odpowiada na podstawie art. 3 InfoSoc, prowadziłoby do braku możliwości wyłączenia odpowiedzialności na zasadzie „bezpiecznej przystani”, tj.

50 Jako jedną z możliwych interpretacji R. Markiewicz wskazał prawdopodobieństwo uznania przez TSUE w przyszłości, że art. 17 DSM przesądza, iż każda forma działania dostawcy usług przechowywania i udzielania publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów zamieszczanych przez użytkowników stanowi wkroczenie w art. 3 InfoSoc (por. R. Markiewicz, Prawo..., *op. cit.*, s. 293–294) – wydaje się jednak, że stanowisko to jest zbyt daleko idące.

51 Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz. Urz. UE L 178/1 z dnia 17 lipca 2000 r.).

art. 14 eCommerce. Wbrew dominującemu pogładowi⁵² uważam jednak, że art. 14 eCommerce nie ogranicza swojego zastosowania do podmiotów, które nie wkraczają bezpośrednio w prawa autorskie (są pośrednikami, których usługi są wykorzystywane przez osoby trzecie). Zastosowanie kryteriów ilościowych lub stworzenie (w ramach wykładni dokonywanej przez TSUE) kategorii podmiotowych w ramach art. 3 InfoSoc, a w związku z tym uznanie, że platformy niespełniające przesłanek z art. 17 DSM także dokonują publicznego komunikowania w określonych przypadkach, nie wyłącza stosowania względem nich art. 14 eCommerce wobec spełnienia przesłanek wyłączenia odpowiedzialności zawartych w tym przepisie. Oczywiście w myśl obecnego orzecznictwa zakres art. 3 InfoSoc i art. 14 eCommerce jest rozłączny, co wynika z uznania, że na gruncie art. 3 InfoSoc konieczne dla uznania naruszenia prawa przez platformę udostępniającą pliki jest przypisanie jej elementu zawinienia (świadomości przyczynienia się do naruszenia), co z kolei automatycznie wyłącza stosowanie art. 14 eCommerce, ze względu na jego przesłanki. Jednak odmienne odczytanie art. 3 InfoSoc przez TSUE i w ramach wyważenia znaczenia różnych przesłanek dookreślenie okoliczności, w których platforma odpowiada za bezpośrednie wkroczenie w prawo autorskie, także w przypadku braku zawinienia, w moim przekonaniu uaktualni możliwość stosowania względem tych podmiotów wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 eCommerce, oczywiście w razie spełnienia przesłanek tam zawartych (zatem mechanizmu podobnego do tego ukształtowanego w art. 17 DSM – z jednej strony uznania, że doszło do wkroczenia w zakres prawa, a z drugiej wyłączenia odpowiedzialności po spełnieniu określonych przesłanek – przy czym nie ulega wątpliwości, że istnieją istotne różnice pomiędzy przesłankami zwolnienia z odpowiedzialności na gruncie eCommerce i dyrektywy DSM⁵³).

Potwierdzeniem powyższej tezy może być art. 17 ust. 3 DSM, w którym wprost wyłączono stosowanie art. 14 eCommerce w przypadku podmiotów dokonujących publicznego komunikowania utworu w myśl art. 17 ust. 1 DSM. Gdyby uznać, że art. 14 eCommerce nie ma zastosowania do podmiotów bezpośrednio wkraczających w prawa autorskie, takie wyłączenie byłoby zbędne⁵⁴.

52 Por. m.in. M. Husovec, J.P. Quintais, How..., *op. cit.*, s. 335; por. także: Opinia Rzecznika Generalnego H.S. Øe przedstawiona w dniu 16 lipca 2020 r. w sprawach połączonych C-682/18 i C-683/18 C-682/18 i C-683/18, pkt 138–140.

53 W tym wąskim zakresie (wyłączenia odpowiedzialności) rzeczywiście możemy mówić o relacji *lex generalis* i *lex specialis* – przy czym ustawodawca relację pomiędzy tymi przepisami określił wprost w art. 17 ust. 3 DSM.

54 Warto jednak w tym względzie wskazać, że nie ma racji Rzecznik Generalny H.S. Øe (Opinia Rzecznika Generalnego H.S. Øe przedstawiona w dniu 16 lipca 2020 r. w sprawach połączonych C-682/18 i C-683/18 C-682/18 i C-683/18, pkt 249), który podkreślał, że uznanie, że art. 17 DSM, doprecyzowując treść art. 3 InfoSoc, prowadzi także do wniosku, że wyłączenie stosowania art. 14 eCommerce również miało miejsce przed wprowadzeniem DSM – a w związku z tym DUUTO zawsze odpowiadali za swoje działania odpowiadające przesłankom z art. 17 (także przed uchwaleniem dyrektywy). O ile bowiem treść art. 3 InfoSoc może i jest odczytywana (rozszerzana) przez

Trzeba jednak stwierdzić, że koncepcja przewidująca, że art. 17 DSM doprecyzowuje kryteria naruszenia prawa wynikające z art. 3 InfoSoc, pozostaje w sprzeczności z orzeczeniem w sprawie YouTube. W orzeczeniu tym TSUE wskazał bowiem: „Wykładnia, której dokona Trybunał w odpowiedzi na te pytania, nie dotyczy systemu wprowadzonego później, a mianowicie systemu ustanowionego przez art. 17 dyrektywy (...) 2019/790”⁵⁵. Tymczasem w proponowanym w tym artykule ujęciu „wprowadzany system” nie jest nowym systemem, a jedynie doprecyzowaniem przesłanek art. 3 InfoSoc. Treść prawa z art. 3 InfoSoc nie ulega zatem zmianie w chwili wprowadzenia art. 17 DSM, a zostaje tylko doprecyzowana w treści aktu prawnego. W moim przekonaniu konstrukcja odpowiedzialności DUUTO istniała już wcześniej w samej koncepcji prawa publicznego komunikowania. W takim ujęciu art. 17 DSM wprowadza zatem istotne modyfikacje nie w zakresie przysługujących uprawnionym praw, lecz głównie w konstrukcji zwolnienia z odpowiedzialności (art. 14 eCommerce vs art. 17 ust. 4 DSM).

Podsumowanie

Chciałbym podkreślić, że nie jestem zwolennikiem rozszerzania zakresu bezpośredniego wkroczenia w prawo do publicznego komunikowania utworu na gruncie art. 3 InfoSoc. Wydaje mi się jednak, że przy aktualnej wykładni tego prawa, dokonywanej przez TSUE, nie jest możliwe wyłączenie z zakresu tego prawa działań określanych mianem pośredniego naruszenia.

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że wciąż aktualne pozostaje pytanie, w jaki sposób tak rozumiane prawo publicznego komunikowania utworu implementować do krajowego porządku prawnego. Pytanie to jednak stało się aktualne długo przed uchwaleniem dyrektywy DSM. Uwzględnienie przesłanek podmiotowych, takich jak wiedza i świadomość naruszenia w ramach odpowiedzialności bezpośredniej (np. linkowanie), wymaga przemyślenia na nowo samej konstrukcji autorskich praw wyłącznych. Przy takim zabiegu kwestia dodatkowych przesłanek wkroczenia w prawo, w tym na przykład wprowadzenie definicji DUUTO, wydaje się tylko małą cegiełką całej układanki.

W artykule wskazuję, że istnieją uzasadnione podstawy dla przyjęcia, iż art. 17 DSM normatywnie doprecyzowuje zakres prawa do publicznego komunikowania

orzecznictwo TSUE, o tyle wyłączenie stosowania art. 14 eCommerce wymaga wprowadzenia odpowiedniego przepisu, jakim jest art. 17 ust. 3 DSM. Zatem w moim przekonaniu dla ewentualnej oceny wkroczenia w prawo udostępniania utworu publiczności przez DUUTO przed uchwaleniem DSM zastosowanie będą miały kryteria doprecyzowane przez dyrektywę DSM, natomiast do momentu wprowadzenia regulacji wyłączającej stosowanie art. 14 eCommerce regulacja ta miałaby zastosowanie także do DUUTO (zatem do momentu implementacji art. 17 DSM).

55 Wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawach połączonych C-682/18 oraz C-683/18, pkt 59.

utworów z art. 3 InfoSoc – przy czym prawo w tym samym kształcie obowiązywało także przed uchwaleniem dyrektywy DSM. Natomiast istotną modyfikacją, wprowadzoną przez art. 17 DSM, są nowe, zdecydowanie bardziej restrykcyjne przesłanki uchylenia odpowiedzialności w przypadku wkroczenia w prawo do publicznego komunikowania utworu przez DUUTO.

BIBLIOGRAFIA

- Angelopoulos Ch., Quintais J.P., Fixing Copyright Reform A Better Solution to Online Infringement, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law” 2019, nr 10.
- Bäcker K., Feindor-Schmidt U., The destruction of copyright – are jurisprudence and legislators throwing fundamental principles of copyright under the bus?, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2021, nr 16.
- Gęsicka D.K., Udostępnianie utworu publiczności poprzez zamieszczenie hiperłącza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, (w:) P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017.
- Husovec M., Quintais J.P., How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive, „GRUR International” 2021, nr 70 (4).
- Kłaflkowska-Waśniowska K., Kropka nad „i”? Zakres prawa do udostępniania utworów na żądanie w Internecie w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, (w:) P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017.
- Kłaflkowska-Waśniowska K., Zamieszczanie odesłań internetowych a zakres autorskich praw majątkowych, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, z. 19.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Wytyczne dotyczące art. 17 DSM w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym (Bruksela, dnia 4 czerwca 2021 r. COM (2021) 288 final).
- Leistner M., European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge, „Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal” 2020, nr 2.
- Markiewicz R., *Prawo autorskie na jednolitym rynku cyfrowym*, Warszawa 2021.
- Markiewicz R., Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, z. 134.
- Pinkalski Z., Linkowanie do utworów i jego ocena z punktu widzenia naruszenia praw autorskich. Głosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15, LEX/el. 2016.
- Rosati E., *Copyright in the Digital Single Market*, Oxford 2021.
- Targosz T., Naruszenia dóbr osobistych w Internecie – rewolucja orzecznictwa, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, nr 2.

Traple E., Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, z. 126.