

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Wydział Prawa i Administracji



Mateusz Węc

Wybrane problemy autorskoprawne strumieniowania utworów

**Praca magisterska napisana pod kierunkiem
prof. dr. hab. Ryszarda Markiewicza**

Kraków 2017

Spis treści

Wstęp	1
Rozdział I. Zagadnienia wstępne.	3
1. Czym jest streaming?	3
2. Początki, zastosowanie i znaczenie streamingu.	4
Rozdział II. Perspektywa streamera. Wybrane problemy.	7
1. Streaming a pola eksploatacji.....	7
1.1. Nowe i odrębne pole eksploatacji – trudności definicyjne.	8
1.2. Czy istnieje pole eksploatacji specyficzne dla streamingu?	18
1.3. Strumieniowanie utworów – jakie pola eksploatacji? Problem nadawania i reemisji.....	22
2. Specyficzny model działalności portali streamujących. Problem legalności linkowania.	34
2.1. Wstęp. Dlaczego linkowanie ma znaczenie dla streamingu?	34
2.2. <i>Communication to the public</i> . O zasadnym, lecz konfundującym kryterium „nowej publiczności”	37
2.3. Czy linkowanie stanowi (i powinno stanowić) czynność komunikowania publiczności?	54
2.4. Czy linkowanie jest „korzystaniem” z utworu?	70
2.5. Strony indeksujące nielegalne streamy. Dlaczego ciągle istnieją wątpliwości, czy tworzenie modeli biznesowych opartych na cudzej działalności przestępczej jest legalne?....	77
Rozdział III. Perspektywa użytkownika końcowego. Dozwolony użytek a streaming.	84
1. Uwagi ogólne.	84
2. Zapoznanie się i incydentalne zwielokrotnianie nielegalnie rozpowszechnianych utworów a regulacje unijne.	85
3. Jakie znaczenie dla streamingu ma art. 35 pr. aut.?	96
Rozdział IV. Konkluzje.	102
Bibliografia.	107

Wstęp.

Pisanie o strumieniowaniu utworów (streamingu) jest zadaniem trudnym, z uwagi na to, że problemy z nim związane nie mają jednolitego charakteru prawnego. Wynika to z tego, że strumieniowanie jest tylko technologią przesyłu danych. Z uwagi na to, praca ma charakter eklektyczny, a zawarte w niej analizy dotyczą prawnoautorskich problemów wynikających ze stosowania tej technologii w różnych obszarach życia społecznego i gospodarczego.

Ze względu na obszerność tematu, niestety nie jest możliwe omówienie w ramach tej pracy wszystkich problemów związanych ze strumieniowaniem utworów. Z uwagi na to, zdecydowałem się na wybranie tych, które z jednej strony wydawały się najbardziej interesującym przedmiotem badań, a z drugiej stanowią przedmiot licznych wątpliwości i dyskusji w doktrynie. Ze względu na ich złożoność, zmuszony byłem do pominięcia takich kwestii, jak np. problematyka jurysdykcji i prawa właściwego w przypadku strumieniowania utworów w Internecie czy walka z piractwem internetowym poprzez żądanie blokowania stron internetowych przez service providerów.

Ze względu na specyfikę streamingu, w ramach drugiego rozdziału, praca zaczyna się od krótkiego wyjaśnienia jego technologicznych aspektów oraz przedstawienia skali i sposobów jego wykorzystywania.

Dalsza część pracy jest podzielona na dwie części, w których analizuję problemy związane z wykorzystywaniem strumieniowania z perspektywy kolejno nadawcy przesyłu oraz użytkownika końcowego.¹ W pierwszej z wymienionych części, zajmuję się problemami, które korzystanie ze streamingu rodzi dla określania pól eksploatacji. Część ta w dużej mierze składa się z teoretycznych rozważań dotyczących wyodrębniania nowych pól eksploatacji. Poświęcenie temu zagadnieniu stosownego miejsca w niniejszej pracy uznałem za konieczne z punktu widzenia pozycji, które przyjąłem. Dalszy fragment tej części pracy dotyczy dwóch aspektów dotyczących wykorzystywania technologii streamingu w Internecie, a mianowicie prawnych uwarunkowań działalności portali (głównie udostępniających filmy), które wykorzystują wskazaną technikę i związanego z tym problemu linkowania.

Z kolei trzecia część pracy obraca się wokół perspektywy użytkownika końcowego, a co za tym idzie, także wokół możliwości i warunków stosowania przepisów o dozwolonym

¹ Podział został zaczerpnięty z artykułu: K. Felchner, *Streaming w świetle prawa autorskiego* (w:) M. Kępiński (red.), *Zarys prawa własności intelektualnej. Tom V. Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

użytku, ze szczególnym uwzględnieniem art. 23¹ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych². Naturalnie, rozważania te prowadzone są w kontekście relewantnych przepisów dyrektywy internetowej³.

Całość pracy zwięźcza podsumowanie, w którym odnoszę się do prezentowanego tematu w sposób przekrojowy, prezentując przy tym najważniejsze wnioski płynące z pracy. Z uwagi na poruszaną tematykę, dotyczą one zasadniczo trzech problemów: pól eksploatacji, problematyki linkowania oraz kwestii odpowiedzialności za uzyskiwanie dostępu i zwielokrotnianie nielegalnie strumieniowanych utworów.

² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.) (dalej jako: pr. aut.).

³ 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.U.UE.L.2001.167.10) (dalej jako: dyrektywa internetowa).

Rozdział I. Zagadnienia wstępne.

1. Czym jest streaming?

Streaming zdecydowanie nie jest pojęciem z kategorii nauk prawnych. Jest to pojęcie czysto techniczne, które zaledwie pewną technikę przesyłu danych, która – najprościej rzecz ujmując – sprowadza się do kompresji plików audio i video w taki sposób, aby mogły być odtwarzane przez użytkowników końcowych w czasie rzeczywistym. Używa się do tego celu podobnych do siebie technologii strumieniowania, takich jak Adobe Flash, Apple QuickTime, Microsoft Windows Media czy Silverlight i różnych, lecz również podobnych do siebie technologii kompresji⁴.

Generalnie wyróżnia się dwa rodzaje przesyłu danych techniką streamingu – „na życzenie” („on demand”) oraz „na żywo” („live”, „time-shifted”). Streaming na życzenie wymaga posiadania przez streamującego serwera, który jest w stanie „zmieścić” dany plik i jest wystarczająco wydajny, żeby umożliwić odtwarzanie tego pliku przez określoną liczbę użytkowników. Streaming na żywo wymaga spełniania powyższych wymagań, jak również posiadania dedykowanego komputera, zdolnego do digitalizowania, kompresji i wysyłania materiałów do serwera streamującego wprost z urządzeń zewnętrznych (kamery, mikrofonu, itp.)⁵.

Z perspektywy użytkownika podstawową różnicą między odbiorem strumieniowanych plików, a ich pobieraniem jest to, że w pierwszym przypadku nie dochodzi do ich trwałego zapisania na dysku twardym⁶, choć niewielkie, skompresowane fragmenty plików przechowywane są w pamięci podręcznej (buforze), z której są odtwarzane na ekranie urządzenia użytkownika końcowego. Wkrótce po odtworzeniu (choć niekoniecznie od razu) fragmenty te są automatycznie usuwane.

⁴ Jan Ozer, *What is Streaming?*, <http://www.streamingmedia.com/Articles/ReadArticle.aspx?ArticleID=74052>.

⁵ Jeffrey S. Wilkinson, *IPTV: Streaming Media*, [w:] August E. Grant, Jennifer Meadows (red.), *Communication Technology Update and Fundamentals*, 12th Edition, USA 2010, s. 118.

⁶ *Ibidem*.

2. Początki, zastosowanie i znaczenie *streamingu*.

Za prekursorów streamingu uznaje się firmę Progressive Networks⁷, której już w kwietniu 1995 r. można przypisać autorstwo programu RealAudio 1.0., przeznaczonego do streamingu audio, choć także wiele innych firm pracowało nad podobnymi technologiami (włączając w to Vivo, Xing, VDOnet, VXtreme i Microsoft – za sprawą tego ostatniego technologia niemal nie otrzymała nazwy Tiger, z uwagi na to, że „paczki” na które dzielono przesyłany plik nazywane były „stripes”⁸). Technologie te wkrótce zaczęły uwzględniać również pliki video⁹. Rozwój technologii był na tyle dynamiczny, że już 5 sierpnia 1995 r. za pośrednictwem ESPN SportsZone i z wykorzystaniem technologii opracowanej przez Progressive Networks przeprowadzono transmisję na żywo meczu bejsbolowego pomiędzy Seattle Mariners a New York Yankees, co wielu uznaje za pierwszą w historii transmisję internetową tego typu wydarzenia¹⁰. Jeszcze wcześniejszą audycją była jednak dwudziestominutowa transmisja koncertu Rolling Stones w 1994 r., powszechnie uważana za pierwszą transmisję internetową koncertu w historii, choć w rzeczywistości już ponad rok wcześniej transmitowano koncerty dwóch mało znanych zespołów – Deth Specula oraz M-Bone¹¹.

Choć początki streamingu były trudne (wspomniany wyżej koncert Rolling Stones oglądano z zaledwie około... 200 komputerów¹²), co uwarunkowane było w dużej mierze wysokim kosztem przesyłania dużej ilości danych, to szybki rozwój technologii jaki obserwujemy w ostatnich dekadach sprawił, że technologia strumieniowania znalazła swoje szerokie zastosowanie. Za pomocą mediów strumieniowych transmitowane są dziś przez Internet wydarzenia społeczne (sportowe, polityczne), jak również prywatne (w chwili obecnej możliwe jest to np. za pośrednictwem Facebooka). Możliwość strumieniowania muzyki czy filmów doprowadziła do wytworzenia się zupełnie nowych form dystrybucji utworów, które zdobywają coraz większe udziały w rynku. Tytułem zobrazowania, strumieniujące muzykę Spotify mają na chwilę obecną (grudzień 2016 r.) 40 milionów

⁷ Firma ta funkcjonuje do dziś pod nazwą RealNetworks.

⁸ Dan Rayburn, *The Early History Of The Streaming Media Industry and The Battle Between Microsoft & Real*, <http://blog.streamingmedia.com/2016/03/history-of-the-streaming-media-industry.html>.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Alex Zambelli, *A history of media streaming and the future of connected TV*, <https://www.theguardian.com/media-network/media-network-blog/2013/mar/01/history-streaming-future-connected-tv>.

¹¹ Neil Strauss, *Rolling Stones Live on Internet: Both a Big Deal and a Little Deal*, <http://www.nytimes.com/1994/11/22/arts/rolling-stones-live-on-internet-both-a-big-deal-and-a-little-deal.html?pagewanted=all>.

¹² *Ibidem*.

płatnych subskrybentów na całym świecie (Apple Music – kolejne 20 milionów)¹³, zaś w Stanach Zjednoczonych dochody z muzyki strumieniowanej przekroczyły w 2015 r. dochody z muzyki pobieranej w Internecie i sprzedawanej na płytach odpowiednio o ok. \$80 mln i \$400 mln, wynosząc ponad \$2,407 miliarda¹⁴. Największym portalem streamującym muzykę pozostaje jednak, co ciekawe, YouTube, liczący ponad miliard użytkowników, z których około 820 milionów słucha za jego pośrednictwem muzyki¹⁵. Z kolei na rynku utworów audiowizualnych można wskazać choćby na funkcjonujący na arenie międzynarodowej Netflix (mający ponad 81 milionów subskrybentów w przeszło 100 państwach świata)¹⁶ czy polskie ipla.tv oraz vod.tvp.pl. Technika streamingu rozpowszechnianie są programy stworzone specjalnie z myślą o tej formie dystrybucji, jak i programy nadawane oprócz tego w tradycyjnej telewizji. Wreszcie, streaming umożliwia nadawanie telewizji internetowej – działającej niezależnie bądź jako dodatkowy kanał dystrybucji telewizji nadawanej tradycyjnymi środkami. Obok wydarzeń sportowych, za pomocą streamingu transmituje się także wydarzenia e-sportowe oraz audycje indywidualnych użytkowników, co umożliwia np. twitch.tv, który w 2015 r. umożliwiał nadawanie transmisji średnio 1.7 milionowi broadcaster'ów miesięcznie¹⁷.

Szerokie zastosowanie technologii streamingu, mnogość utworów nią przesyłanych oraz jej szeroka dostępność przekładają się na jej olbrzymie znaczenie gospodarcze. Jednocześnie, co nie powinno dziwić, technologia ta jest także szeroko wykorzystywana do łamania lub obchodzenia prawa, a w szczególności do naruszania cudzych autorskich praw majątkowych, głównie w odniesieniu do utworów audiowizualnych (w kwestii pozostałych utworów, czarny rynek zdaje się być zdominowany przez strony internetowe oferujące możliwość ich bezpośredniego pobierania). Skala naruszeń jest przy tym olbrzymia. W samej tylko Polsce, z nielegalnych serwisów internetowych oferujących treści video korzysta ok. 7,5

¹³ Felix Richter, *Spotify is Keeping Pace with Apple's Music's Growth*, <https://www.statista.com/chart/7124/spotify-and-apple-music-subscribers/>.

¹⁴ Felix Richter, *The Rise of Music Streaming*, <https://www.statista.com/chart/4557/us-music-industry-revenue/>.

¹⁵ Felix Richter, *The World's Largest Music Streaming Service?*, <https://www.statista.com/chart/5866/online-music-listening-platforms/>.

¹⁶ Ben Popper, *Netflix passes 81 million subscribers, but predicts slower growth ahead*, <http://www.theverge.com/2016/4/18/11454362/netflix-q1-2016-earnings-81-million-subscribers>.

¹⁷ Wg danych samego portalu – zob. <https://www.twitch.tv/year/2015>.

mln osób¹⁸, co prowadzi do powstania strat dla gospodarki rządu 500 – 700 mln zł rocznie, z czego Skarb Państwa traci bezpośrednio szacunkowo od 170 mln zł do 250 mln zł rocznie¹⁹.

Wszystkie powyższe okoliczności uzasadniają traktowanie problematyki strumieniowania utworów poważnie. Sądzę, że adekwatne będzie przy tym przyjrzenie się najbardziej spornym i palącym problemom prawnym z dwóch perspektyw – z perspektywy osób, które wykorzystują streaming w swojej działalności (zarówno tej legalnej, nielegalnej, jak i budzącej wątpliwości), jak i z perspektywy odbiorców strumieniowanych utworów. Obie te perspektywy, siłą rzeczy, przenikają się z perspektywą „społeczną”, obejmującą także tych, których prawa zostają naruszone.

¹⁸ PwC, *Analiza wpływu zjawiska piractwa treści wideo na gospodarkę w Polsce*, https://www.pwc.pl/pl/publikacje/piractwo/analiza_wplywu_zjawiska_piractwa_tresci_wideo_na_gospodarke_w_polsce_raport_pwc.pdf, str. 21.

¹⁹ Według danych za rok 2013; *Ibidem*, str. 32.

Rozdział II. Perspektywa streamera. Wybrane problemy.

1. Streaming a pola eksploatacji.

Jednym z pierwszych pytań, które pojawiają się, kiedy mowa o strumieniowaniu utworów w rozumieniu prawa autorskiego, jest pytanie o pola eksploatacji. Nie ulega wątpliwości, że każde strumieniowanie utworu wiąże się z jego zwielokrotnieniem techniką cyfrową w rozumieniu art. 50 pkt 1 pr. aut. po stronie odbiorcy przekazu (w pamięci komputera oraz jako tzw. kopii ekranowej). Problematyczne pozostaje jednak pytanie do jakiego pola eksploatacji można zakwalifikować samo udostępnianie innym osobom utworu za pomocą techniki strumieniowania (dalej określane skrótowo jako streaming lub strumieniowanie utworu).

W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy sam fakt wykorzystania techniki strumieniowania będzie wiązał się z wykorzystywaniem utworu na pewnym specyficznym, właściwym streamingowi polu eksploatacji (tzn. czy streaming sam w sobie stanowi odrębne pole eksploatacji lub czy strumieniowanie utworów jest immanentnie związane z korzystaniem z utworu na którymś z dotychczas wyodrębnionych pól eksploatacji), czy też może wręcz przeciwnie – w zależności od okoliczności, strumieniowanie utworów może prowadzić do używania ich na zupełnie różnych polach eksploatacji. W przypadku przyjęcia pierwszego stanowiska, należy kolejno zastanowić się o jakim polu eksploatacji można by mówić. Z kolei w przypadku przyjęcia drugiej z ewentualności, należy podjąć próbę wydzielenia poszczególnych sposobów wykorzystywania techniki strumieniowania, a następnie dokonać przyporządkowania wskazanych sposobów używania utworów do odpowiednich pól eksploatacji.

1.1. Nowe i odrębne pole eksploatacji – trudności definicyjne.

Przechodząc do pierwszego z postawionych pytań, należy przede wszystkim naszkicować czym są pola eksploatacji w rozumieniu przepisów pr. aut. i według jakich kryteriów wyodrębnia się poszczególne z nich.

Wyodrębnienia pól eksploatacji dokonuje sam ustawodawca w art. 50 pr. aut. Zgodnie z przywołanym przepisem, „odrębna pola eksploatacji stanowią w szczególności:

- 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu – wytwarzanie określoną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową;
- 2) w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono – wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
- 3) w zakresie rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w pkt. 2 – publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.”

Wskazany podział ten jest niewyczerpujący, o czym rozstrzyga użycie słowa „w szczególności”, toteż możliwym jest poszukiwanie nowych, niewymienionych w ustawie pól eksploatacji. Jednocześnie, jak wskazano w art. 17 pr. aut., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórca przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji.

Samo zdefiniowanie „pola eksploatacji” jest trudne i wzbudza w doktrynie wiele kontrowersji. Rozumiane jest ono np. jako ekonomicznie i technicznie odrębny sposób eksploatacji utworu²⁰. Pojawiają się także głosy, które odróżniają od siebie pojęcia „sposobu korzystania” i „pola eksploatacji”²¹. „Sposób korzystania”, wg proponowanego ujęcia, ma odnosić się jedynie do okoliczności modalnych związanych z korzystaniem utworu,

²⁰ E. Traple (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego*, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2013, str. 169.

²¹ T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, LEX, Warszawa 2010, str. 39.

względnie jedynie do określonego sposobu wykonywania praw na danych polach eksploatacji²².

Wskazuje się, że pojęcie pól eksploatacji służy do wyodrębniania w ramach monopolu prawnoutroskiego twórcy (uprawnionego) uprawnień częściowych, które odpowiadają poszczególnym polom eksploatacji,²³ co umożliwia „rozcłonkowanie” prawa i m. in. odrębny obrót poszczególnymi jego elementami. Cześć doktryny podnosi przy tym, że z uwagi na syntetyczny charakter monopolu prawnoutroskiego (por. art. 17 pr. aut.), wyróżnianie pól eksploatacji ma jedynie ograniczone znaczenie dla dekodowania treści prawa autorskiego, choć coraz częściej jest to kwestionowane²⁴. Niektórzy autorzy, doceniając rolę pól eksploatacji dla dookreślenia treści prawa autorskiego, jednocześnie krytykują jego funkcję wynikającą z zasady specyfikacji (art. 41 ust. 2 pr. aut.), m. in. z uwagi na liczne problemy z określaniem pól eksploatacji w umowach, które są konsekwencją niejasnych kryteriów, wg jakich dokonuje się ich wyodrębniania²⁵.

Ustawa nie wskazuje wprost kryteriów, według których wyodrębniane są pola eksploatacji, w związku z czym zagadnienie to budzi liczne wątpliwości w doktrynie prawa autorskiego. E. Traple w tym kontekście podkreśla podstawowe znaczenie technicznej lub ekonomicznej formy wykorzystania utworu²⁶. Autorka kolejno wskazuje na wyodrębnianie pól eksploatacji przy pomocy takich kryteriów, jak kryteria nowego kręgu odbiorców (np. różne, kierowane do poszczególnych grup społecznych wydania tej samej książki), rozpowszechniania podmiotu przez inny podmiot niż pierwotnie (np. reemisja) czy terytorialny zasięg użytku danego utworu²⁷. Z kolei T. Targosz²⁸ akcentuje konieczność istnienia odrębności ekonomicznej sposobu wykorzystywania utworu (co oznacza, że dane pole eksploatacji winno mieć samodzielne znaczenie rynkowe) oraz dodatkowo podkreśla, że konieczna jest jego zewnętrzna dostrzegalność (dany sposób eksploatacji powinien być odróżnialny przez jego odbiorców, a nie tylko przez strony umowy). Natomiast P. Ślęzak wskazuje przede wszystkim na kryterium ekonomiczne, odrzucając przy tym kryterium

²² *Ibidem*, str. 42.

²³ Zob. J. Szczotka (w:) M. Późniak-Niedzielska (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2006, str. 56.

²⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, str. 159-160.

²⁵ Zob. np. M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów, czyli o dezintegracji pojęcia* (w:) A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, *Spory o własność intelektualną*, LEX, Warszawa 2013, str. 183-184.

²⁶ E. Traple (w:) J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, LEX, Warszawa 2011, str. 330.

²⁷ *Ibidem*, str. 331-332.

²⁸ T. Targosz (w:) D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz.*, Lex, Warszawa 2015, teza 3-4 do art. 50 [dostęp: Lex Omega].

techniczne²⁹. Nieco mniej zasadnicza, ale także odrzucająca kryterium techniczne jako decydujące, jest również B. Giesen³⁰.

Wskazane kryteria mogą być uznawane nie tylko za podstawę wyodrębniania pól eksploatacji przez samego ustawodawcę w art. 50 pr. aut., ale służą przede wszystkim do wyodrębniania nowych, nieznanych ustawie pól eksploatacji w ramach umów. Jako nienazwane w ustawie pola eksploatacji często wymienia się na przykład udostępnianie utworów w postaci dzwonek telefonicznych³¹ lub udostępnianie utworów w ramach telewizji komórkowej³².

Dla uzyskania odpowiedzi, czy dany sposób korzystania z utworu stanowi nowe pole eksploatacji, w mojej ocenie należy jednak zacząć od wprowadzenia rozróżnienia, którego brak prowadzi niekiedy do pomieszania ze sobą dwóch, w gruncie rzeczy odrębnych problemów. Czym innym jest bowiem nowe pole eksploatacji, w znaczeniu, w jakim pola te są wyodrębnione w art. 50 pr. aut. (a więc rzeczywiście nowy, odrębny sposób eksploatacji utworu, który nie został objęty niewyczerpującym wyliczeniem z art. 50 pr. aut.), a czym innym jest pytanie o to, co może zostać wyodrębnione jako odrębne lub nowe pole eksploatacji na potrzeby umowy³³.

W pierwszej kolejności zauważmy, że ustawodawca w art. 50 pr. aut. kreuje pewne wzorcowe pola eksploatacji³⁴. Zaproponowany przez niego podział jest niewyczerpujący, co nie znaczy jednak, że jest jedynie przykładowy, bowiem ustawodawca starał się objąć swoim wyliczeniem wszystkie znane mu podówczas pola eksploatacji, jednocześnie zdając sobie sprawę z tego, że w przyszłości mogą pojawić się nowe³⁵. Z uwagi na to, uważam, że nowym i odrębnym polem eksploatacji – w ścisłym tych słów znaczeniu - może być tylko taki sposób korzystania z utworu, który nie daje się w pełni opisać za pomocą dotychczas wyodrębnionych pól eksploatacji.

Jedynym uzasadnieniem samego faktu wyodrębniania pól eksploatacji, jest dostarczenie uczestnikom obrotu narzędzia, które pozwala w miarę obiektywny i

²⁹ P. Ślęzak, *Zastosowanie konstrukcji pól eksploatacji w dziedzinie umów prawa autorskiego dotyczących utworów audiowizualnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2007, str. 8.

³⁰ B. Giesen, *Umowa licencyjna w prawie autorskim. Struktura i charakter prawny.*, C.H. Beck, Warszawa 2013, str. 216-218.

³¹ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 166.

³² T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 201.

³³ Podobnie M. Czajkowska-Dąbrowska, za: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 333.

³⁴ T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 182.

³⁵ M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów...*, str. 170-171.

ustandaryzowany sposób opisać poszczególne sposoby korzystania z utworów, dzięki czemu możliwe jest m. in. ustalenie uprawnień składających się na prawo do utworu, odrębne rozporządzenie prawami w odniesieniu do określonych sposobów korzystania, czy też ustalanie odrębnego wynagrodzenia za każdy z nich. Pola eksploatacji nie są żadną wartością samą w sobie, a ich celem jest jedynie opisywanie rzeczywistości. Z tego względu, jedynym samoistnym kryterium decydującym o istnieniu nowego pola eksploatacji winno być pytanie, czy dany sposób korzystania z utworu może być w pełni opisany za pomocą wcześniej wyodrębnionych pól.

Kryteria takie jak techniczna lub ekonomiczna odrębność danego sposobu korzystania z utworu, jego dostrzegalność dla odbiorców czy też inne, wyodrębniane w przywoływanych wyżej wypowiedziach doktryny, nie mogą być wobec tego uznane ani za samoistne, ani za decydujące dla ustalania, czy dany sposób korzystania z utworu stanowi odrębne pole eksploatacji. Są to co prawda kryteria według których mógł zostać dokonany przez prawodawcę pierwotny, ustawowy podział (z różnym zresztą uwzględnieniem poszczególnych z nich, o czym świadczy choćby nadanie decydującego charakteru aspektom technicznym dla wyodrębniania pól w ramach zwielokrotniania utworów z jednej strony, a z drugiej strony wyodrębnienie w art. 50 pkt 2 pr. aut. dwóch pól jedynie na podstawie rodzaju dokonywanej czynności prawnej). Niemniej jednak nie oznacza to, że dalszy podział powstających pól eksploatacji może być dokonywany tylko na podstawie stwierdzenia, że któreś tych kryteriów zostały spełnione. O ile bowiem ustawodawca mógł pozwolić sobie na nieco większą dozę arbitralności, różnie zakreślając obszary poszczególnych pól, nadając decydujące znaczenie różnym kryteriom, o tyle stosujący czy interpretujący prawo związani są jego decyzją. Wobec tego, powinni oni traktować jako nowe pola eksploatacji tylko takie z pól, które nie dają się opisać za pomocą tych dotychczas wykształconych, a w szczególności tych wybranych jako „wzorcowe” przez ustawodawcę. W innym bowiem wypadku pola takie nie byłyby „odrębne” w rozumieniu art. 50 pr. aut. Trudno bowiem za odrębne uznać pole eksploatacji, którego zakres w całości lub w części zawiera się w zakresie któregoś z pozostałych pól (lub w zakresie kilku innych pól łącznie).

Naturalnie, powyższe nie oznacza, że formułowane przez doktrynę kryteria są bez znaczenia dla określania odrębności określonych sposobów korzystania z utworu. Przeciwnie, uwzględnienie czynników takich jak – przykładowo – ekonomiczna czy techniczna odrębność danego sposobu korzystania z utworu często okaże się niezbędne dla stwierdzenia, czy dany sposób korzystania może być w pełni opisany przez dotychczasowe pola eksploatacji (innymi

słowy: czy zakres domniemanego pola eksploatacji zawiera się w zakresie pozostałych, dotychczasowych pól), zwłaszcza jeżeli wykładania językowa okaże się nierozstrzygająca. Niekiedy zaś – jak w przypadku zwielokrotniania utworów określoną techniką – sam ustawodawca nada decydujący charakter jednemu z takich kryteriów. Podstawowa różnica zaproponowanego ujęcia względem przytoczonych wyżej poglądów polega jednak na tym, że samoistne występowanie technicznej, ekonomicznej czy jakiegokolwiek innej odrębności danego sposobu korzystania z utworu, bez względu na jej stopień czy natężenie, nie może prowadzić do powstania nowego pola eksploatacji, jeśli dany sposób korzystania daje się opisać za pomocą dotychczas wykształconych pól. Z tejże przyczyny, bez względu na ekonomiczną odrębność (inne grono odbiorców, odrębny rynek itd.) np. bogato zdobionych książek względem standardowych wydań czy niektórych rodzajów strumieniowania muzyki (np. Spotify) względem muzyki udostępnianej do pobrania, takie sposoby korzystania z utworów nie będą mogły zostać uznane za nowe pola eksploatacji, jeżeli możliwe jest ich pełne opisanie za pomocą istniejących pól, którymi w przytoczonych przykładach byłyby odpowiednio: zwielokrotnianie techniką drukarską oraz udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. Pola skonstruowane w powyższy sposób nie byłyby przez to „odrębne”, toteż mogą one zostać uznane co najwyżej za subpola istniejących pól.

W powyższym ujęciu także pola eklektyczne³⁶ nie mogą zostać uznane za nowe pola eksploatacji w ścisłym tego słowa znaczeniu, bowiem stanowią jedynie kombinację dotychczas istniejących pól, a przez to nie są „odrębne” względem dotychczas istniejących. Nie znaczy to oczywiście samo przez się, że posługiwanie się polami eklektycznymi w umowach jest niedozwolone, zwłaszcza zważywszy na liberalne podejście do wymogu z art. 41 ust. 2 pr. aut. (o czym niżej). Dotyczy to także tzw. pól celowych. Wskazane kwestie są jednak odrębne od kwestii tego, czy dane pole eksploatacji jest nowe w stosunku do pól wyodrębnionych w ustawie.

Nowość pola powinna być oceniana zarówno względem pól wymienionych w ustawie, jak i wobec innych pól nowych, lecz wyodrębnionych w obrocie prawnym wcześniej. W tym momencie szczególnie ujawnia się nierozwiązany jeszcze problem. Wskazane wyżej kryterium opisowe pozwala bowiem stwierdzić, które ze sposobów korzystania mogą wchodzić w zakres jednego pola eksploatacji, a które będą odrębne. Nie niesie ono ze sobą

³⁶ Rozumiane jako sposoby korzystania z utworu stanowiące zlepek kilku pól eksploatacji, jak np. w przypadku dzwoneków telefonicznych; zob.: M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów...*, str. 178.

jednak żadnej „pozytywnej” wartości, w tym sensie, że nie dostarcza narzędzi pozwalających na usystematyzowanie tych sposobów korzystania z utworów, które nie wchodzą w zakres żadnych dotychczasowy pól eksploatacji (innymi słowy: nie pozwala na nazwanie oraz precyzyjne wydzielenie i określenie granic nowych, nienazwanych pól). Nie odpowiada także na pytanie, na jakim poziomie ogólności należy określać nowe pola.

Trudno sformułować w tym miejscu jednoznaczne, ostre kryteria, a ich szczegółowe poszukiwanie zdecydowanie przekracza zakres tematyczny niniejszej pracy. Niemniej jednak należy chyba stwierdzić – choć nie rozwiązuje to wielu problemów - że idealnie nowe pola eksploatacji powinny być wyodrębniane na takim samym poziomie ogólności, na jakim nastąpiło wyodrębnienie pól ustawowych³⁷. To zaś w mojej ocenie implikuje konieczność systematyzowania nowych pól eksploatacji według kryteriów jakimi posłużył się ustawodawca w art. 50 pr. aut., a więc kryteriów takich jak techniczna i ekonomiczna odrębność oraz inne, na które wskazują przywoływane wyżej wypowiedzi doktryny. Należy jedynie poczynić zastrzeżenie, że żadnemu z tych kryteriów nie można przypisać decydującego znaczenia *a priori*, a raczej należy stosować je w różnym natężeniu³⁸ w zależności od „kategorii” danego pola eksploatacji (utrwalanie i zwielokrotnianie, obrót oryginałem lub egzemplarzami, rozpowszechnianie – por. art. 50 pr. aut.), bowiem w odniesieniu do różnych „kategorii”, ustawodawca zdaje się nadawać decydujące znaczenie różnym kryteriom. Z zastrzeżeniem uwag poczynionych powyżej, chyba do pewnego stopnia należy się także zgodzić z M. Czajkowską-Dąbrowską, według której nowe pole eksploatacji „powinno ukształtować się na podstawie tych samych co one [pola ustawowe – przyp. MW] kryteriów, być dostatecznie wyraziste i mieć odpowiednio szeroki zakres. Powstanie nowego pola nie może być oparte na kryterium terytorialnym, czasowym lub celu korzystania”³⁹.

Nieco zbliżone ujęcie do prezentowanego przedstawia P. Ślęzak, według którego nowe pole powstaje wtedy, gdy nie jest możliwe zastąpienie korzystania z utworu na tym polu, polem dotychczasowym.⁴⁰ Wskazane ujęcie jest jednak słusznie krytykowane przez T. Targosza⁴¹, który wskazuje, że nie wiadomo według jakich kryteriów mamy dokonywać zaproponowanego testu substytucyjności, trafnie wskazując przy tym na niezasadność

³⁷ T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 182.

³⁸ Por. rozważania T. Targosza nt. możliwości zastosowania w przedmiocie pól eksploatacji „teorii ruchomego systemu” W. Wilbruga, (w:) T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 191-192.

³⁹ M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów...*, str. 180.

⁴⁰ P. Ślęzak, *Pola eksploatacji utworów audiowizualnych*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Katowice, str. 38-39.

⁴¹ Zob. T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 170-171.

stosowania kryterium ekonomicznego. Co więcej, sam fakt zastąpienia danego sposobu korzystania z utworu innym sposobem korzystania nie oznacza, że eksploatacji dokonywana jest na tym samym polu (jak np. w przypadku książek zastępowanych e-bookami)⁴².

Podstawą różnicą między propozycją P. Ślęzaka oraz zaproponowanym wyżej kryterium jest to, że w tym pierwszym przypadku konieczne jest badanie, czy sposób korzystania z utworu na danym polu eksploatacji może być zastąpiony w obrocie tym wyodrębnionym wcześniej. Z kolei w moim ujęciu, podstawowe znaczenie ma nie substytucyjność danego sposobu korzystania względem innych sposobów (z wszelkimi ich technicznymi, ekonomicznymi i innymi – w zależności od przyjętego kryterium – uwarunkowaniami), ale jedynie pytanie o to, czy dane pole eksploatacji jest pojęciem zdolnym opisać porównywane sposoby eksploatacji (czy stanowi dla nich wspólny mianownik) na poziomie ogólności wynikającym z ustawowej konstrukcji, czy też przeciwnie – nie naddaje się do tego celu i koniecznym staje się wyszczególnienie nowego pola eksploatacji.

Wskazana kwestia ma znaczenie nie tylko ze względów teoretycznych, ale także dlatego, że z odrębnością określonych pól eksploatacji ustawa wiąże daleko idące skutki. Powstanie zupełnie nowego prawa eksploatacji prowadzi do poszerzenia praw uprawnionego majątkowo⁴³. Co więcej, przykładowo, z uwagi na art. 41 ust. 4 pr. aut.⁴⁴, w przypadku przeniesienia praw do utworu w całości (na wszystkich znanych polach eksploatacji), wraz powstaniem nowego pola eksploatacji, prawo to powstanie po stronie twórcy, a nie nabywcy praw. Z drugiej jednak strony, zaproponowane ujęcie czyni niemożliwym wykształcenie się nowego pola eksploatacji z pola już istniejącego (np. wyodrębnienie jako odrębnego pola któregoś z subpól publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym w związku z uzyskaniem przez to subpole znacznej ekonomicznej odrębności⁴⁵), a przez to pozwala uniknąć rozważań na temat konsekwencji takiego stanu rzeczy dla umów, które dotyczyły pola eksploatacji obejmującego w momencie ich zawierania także sposób korzystania z utworu, który w przyszłości mógłby zostać uznany za zupełnie nowe, odrębne pole eksploatacji.

⁴² *Ibidem*, str. 180.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Art. 41 ust. 4: Umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia.

⁴⁵ Por. rozważania na temat konsekwencji takiego stanu rzeczy T. Targosza w: T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 183-186.

Podsumowując powyższy wywód, na pytanie o to czy dany sposób korzystania może zostać uznany za nowe, odrębne pole eksploatacji, składają się – w mojej ocenie - dwa problemy, które powinny być adresowane w następującej kolejności:

1. Problem, czy dany sposób korzystania jest odrębny od dotychczasowych. Jednym samoistnym kryterium służącym do odpowiedzi na to zagadnienie jest pytanie, czy może on zostać w pełni opisany za pomocą któregoś z istniejących pól. Jeżeli tak, to nie jest on odrębny, a przez to nie może stanowić nowego, odrębnego pola eksploatacji. Jeżeli nie, to należy rozważyć problem drugi.
2. Problem, czy dany sposób korzystania spełnia kryteria pozwalające na uznanie go za „wzorcowe” (równe ustawowym) pole eksploatacji. Do odpowiedzi na to pytanie generalnie⁴⁶ należy posługiwać się przywołanymi wyżej, wskazywanymi przez doktrynę prawa autorskiego kryteriami, tj. starając się określić granice nowego pola eksploatacji wg kryteriów, które służyły ustawodawcy i na poziomie ogólności zbliżonym do pól ustawowych. Jeżeli danego sposobu korzystania z utworu – z uwagi na niespełnienie powyższych wymogów – nie można uznać za nowe pole eksploatacji, to należy zastanowić się czy stanowi on jedynie część nowego, szerszego pola eksploatacji (dany sposób jest zbyt „wąski” żeby uznać go za nowe pole), czy też przeciwnie, zawiera w sobie więcej niż jedno nowe pole eksploatacji (dany sposób jest zbyt „szeroki” żeby uznać go za nowe pole).

Jak zostało to już powiedziane, od pytania o to, czy dane pole eksploatacji jest rzeczywiście nowe, należy odróżnić pytanie, czy dany sposób korzystania z utworu może zostać wyodrębniony jako pole eksploatacji na potrzeby umowy, bez narażenia się na zarzut niespełnienia wymogu specyfikacji, wynikającego z art. 41 ust. 2 pr. aut.⁴⁷

Zasady wymienia pól eksploatacji w umowach są bardzo liberalne. W orzecznictwie można spotkać wypowiedzi, które pozwalają na określanie pól eksploatacji w sposób dowolny - przyjmuje się, że możliwe jest wymienianie jedynie części danego pola lub ich łączenie⁴⁸. Same pola eksploatacji nie muszą być nawet określone za pomocą słów⁴⁹, a dla

⁴⁶ Tj. z zastrzeżeniem uwag poczynionych wyżej i nie wdając się w tym momencie w szczegółowe rozważania na temat tego które z prezentowanych przez doktrynę podejść jest najwłaściwsze.

⁴⁷ Art. 41 ust. 2: Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2005 r., sygn. III CK 124/05, LEX nr 164184, Biul. SN 2005/12/8.

⁴⁹ *Ibidem*.

wykładni określeń użytych przez strony stosuje się ogólne reguły interpretacyjne określone w art. 65 k.c.⁵⁰, odwołując się także do okoliczności i celu złożenia oświadczenia⁵¹, przy czym wykładnia postanowień umowy powinna być dokonywana na korzyść twórcy, w sposób zawężających zakres praw uzyskiwany przez jego kontrahenta⁵². Tak liberalne podejście jest popierane przez wielu przedstawicieli doktryny⁵³, choć można spotkać także zdania odrębne⁵⁴. Ponadto, wbrew wątpliwościom zgłaszanym w doktrynie⁵⁵, dopuszcza się wyodrębnianie w umowach tzw. pól celowych⁵⁶.

Pomimo liberalnego podejścia do określania pól eksploatacji w umowach, dowolność uczestników obrotu nie jest jednak (a przynajmniej – w świetle art. 41 ust. 2 pr. aut. – nie powinna być) zupełna. W szczególności zwraca się uwagę na brak możliwości zbytniego „rozdrabniania” pól eksploatacji, z uwagi na konieczność ochrony bezpieczeństwa obrotu oraz pewności prawa⁵⁷. Jednocześnie należy odróżnić od siebie wąsko zakreślane pola eksploatacji od umownych, czysto zobowiązaniowych ograniczeń (np. czasowych, terytorialnych, czy dotyczących wykonywania przenoszonego prawa)⁵⁸

Z tych samych przyczyn, pomimo liberalnego podejścia do stosowania art. 41 ust. 2 pr. aut., dla zachowania wymogu wynikającego z zasady specyfikacji, pola eksploatacji nie mogą być określone w umowie zbyt ogólnie. Generalnie przyjmuje się, że zbyt ogólnym jest stwierdzenie, że strony przenoszą prawa do utworu na „wszystkich” polach eksploatacji, ale wzbudza wątpliwości czy odesłanie do „pól wymienionych w art. 50 pr. aut.” jest

⁵⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93) (dalej jako: k.c.).

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2004 r., sygn. III CK 400/03, LEX nr 174201; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 września 2014 r., sygn. I ACa 315/14., LEX nr 1537483.

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. V CNP 82/08, LEX nr 484683; zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2005 r., sygn. II CK 124/05 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 r., sygn. V CKN 323/01.

⁵³ por. np. M. Kępiński (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 594-595; J. Szczotka, *Naruszenie wymogu specyfikacji pól eksploatacji utworu (w:) A. Kidyba, R. Skubisz (red.), Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Późniak-Niedzielskiej*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, str. 379.

⁵⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Obowiązek wymienienia pól eksploatacji w umowie licencyjnej (w:) Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 100, Kraków 2007, s. 148-151.

⁵⁵ Por. np. pogląd T. Targosza, który uważa, że celowe określanie pola eksploatacji może mieć funkcję wyłącznie dopełniającą: T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące...*, str. 193.

⁵⁶ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., sygn. I CSK 450/10, LEX nr 798235 (w którym Sąd stwierdził, że określenie pola w sposób dorozumiany jako „wykorzystanie zdjęć na okładce tygodnika” jest dostatecznie precyzyjne w świetle wymogu z art. 41 ust. 2 pr. aut., jednak nie obejmuje możliwości wykorzystywania utworu np. w promocji tygodnika w telewizji lub na bilbordach) wraz z glosą aprobującą: M. Stępień, Glosa do wyroku SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 450/10, LEX/el. 2012.

⁵⁷ Por. np. E. Traple (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 168; P. Żerański, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 września 2005 r., III CK 124/05. Forma umów autorskich na tle zasady specyfikacji (w:) Glosa. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach*, 2007/3/59-71, Wolters Kluwer 2007, pkt V [dostęp: Lex Omega].

⁵⁸ Por. M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów...*, str. 176.

dopuszczalne⁵⁹. Wydaje się, że górną granicę powinien wyznaczać poziom ogólności, na jakim pola eksploatacji zostały wymienione w art. 50 pr. aut. (choć w przytoczonym wyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2005 r., sygn. III CK 124/05 dopuszczono ich łączenie).

Dotychczasowy wywód może być najkrócej podsumowany za pomocą zamieszczonej niżej tabelki:

Odrębne pola eksploatacji.			
		Ustawowe/„wzorcowe”	„Umowne”
Badanie odrębności (nowości) pola		Pytanie, czy opisywany sposób korzystania da się opisać za pomocą innego wyodrębnionego pola (jedyne samoistne kryterium). Jeśli tak, to stanowi co najwyżej subpole dotychczasowego pola. Jeśli nie, to stanowi nowe, nienazwane pole eksploatacji (lub jego element, jeśli jest określony na niedostatecznym poziomie ogólności – lub czysto teoretycznie – kategorię obejmującą więcej niż jedno nowe pole eksploatacji, jeżeli jest określony na nazbyt dużym poziomie ogólności).	
Wyznaczanie granic (określanie poziomu ogólności) pola eksploatacji które jest nowe		Kryteria możliwie najbardziej zbliżone do kryteriów przyjętych przez ustawodawcę	Dowolność ograniczona zasadą specyfikacji (art. 41 ust. 2 pr. aut.). Interpretacja liberalna, pozwalająca dostosować używane pojęcia do potrzeb obrotu, jednak uwzględniająca konieczność zachowania bezpieczeństwa obrotu i pewności prawa.

⁵⁹ Zob. E. Traple (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 164.

1.2. Czy istnieje pole eksploatacji specyficzne dla streamingu?

Postawione w tytule podrozdziału pytanie zmierza do rozstrzygnięcia dwóch kwestii, w zaprezentowanej i podyktowanej logiczną koniecznością kolejności. Przede wszystkim, czy strumieniowanie utworów samo w sobie stanowi odrębne pole eksploatacji? Jeśli tak, to rozważanie drugiej kwestii jest zbędne. Jeśli zaś nie, to pojawia się pytanie – czy strumieniowanie utworów zawsze będzie stanowić formę korzystania z utworu na określonym polu eksploatacji czy też strumieniowany utwór może być wykorzystywany na różnych polach eksploatacji, w zależności od innych czynników.

W odniesieniu do pierwszego z postawionych pytań, uważam, że udostępniania utworów techniką streamingu nie sposób w całości uznać za nowe, odrębne pole eksploatacji. Warto zwrócić uwagę, o czym szerzej mowa była w pierwszym rozdziale niniejszej pracy, że udostępnianie utworów techniką strumieniowania nie jest zjawiskiem jednolitym. Mam namyśli to, że streaming jest tak naprawdę jedynie narzędziem, którego zastosowanie może być różnorakie. Streaming wykorzystuje się zarówno w celu udostępniania utworów umieszczonych na serwerze w miejscu i czasie dowolnie wybranym przez użytkownika (filmów, muzyki), jak i do transmisji (lub retransmisji) różnego rodzaju wydarzeń – sportowych, kulturalnych czy nawet prywatnych (taką opcję udostępnia np. Facebook). Szczególnym rynkiem jest zdobywające coraz większą popularność strumieniowanie rozgrywek e-sportowych (lub niekiedy nawet gier dla pojedynczego gracza), częstokroć w formie zbliżonej do vloga (tj. opatrzonej dodatkowym komentarzem, czasem luźno powiązanych lub niepowiązanych w ogóle z samą grą).

W związku z powyższym wydaje się, że trudno uznać streaming za nowe, odrębne pole eksploatacji, skoro udostępnianie utworów za pomocą streamingu – a przynajmniej niektóre z jego rodzajów - można z powodzeniem opisać za pomocą innych pól eksploatacji. W szczególności dotyczy to pola „udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”, które może zostać użyte do opisanego tych wszystkich przypadków strumieniowania utworów, w których to odbiorca sam decyduje o miejscu i czasie odbioru transmisji⁶⁰ (mieszczą się w tej kategorii zarówno tradycyjne portale udostępniające muzykę, filmy, itp., jak również te bardziej innowacyjne, jak np. Spotify).

⁶⁰ W podobny sposób np. Targosz (w:) D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, teza 82 do art. 50 [dostęp: Lex Omega].

Problematyczne wydaje się natomiast kwalifikowanie odmiennych przypadków. Szczególne znaczenie mają przy tym nadania internetowe, których zaszeregowanie wzbudza liczne kontrowersje⁶¹. W zależności od przyjętego poglądu, wydaje się, że można kwalifikować je albo jako, odpowiednio nadawanie i reemisję, albo właśnie nowe, nienazwane pola eksploatacji. Szczegółowe rozważania na ten temat zostaną przedstawione w dalszej części pracy.

Z uwagi na powyższe – w mojej ocenie – trudno uznać streaming za jedno, odrębne pole eksploatacji. Udostępnianie utworów za pomocą strumieniowania może wiązać się z korzystaniem z utworu na różnych polach eksploatacji, w zależności od okoliczności⁶², w tym z wymienionym wprost w art. 50 pr. aut. polem „publiczne udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym”. Konstruowanie pola eksploatacji pn. „udostępnianie za pomocą strumieniowania” byłoby więc zbyt szerokie. Pole takie nie było odrębne, skoro jego zakres – przynajmniej częściowo – krzyżowałby się z zakresem innych pól „wzorcowych”.

W kontekście zaś możliwości wymieniania streamingu jako odrębnego pola eksploatacji w umowach, sprawa wydaje się nie być oczywistą. Z jednej strony, można by powziąć wątpliwości, czy użycie takiego określenia nie jest zbyt ogólne w świetle wymogu wynikającego z art. 41 ust. 2 pr. aut. Związane jest to przede wszystkim z tym, że – jak zostało to wspomniane powyżej – udostępnianie utworów za pomocą streamingu może odnosić się do bardzo różnych form korzystania z utworów. Obejmując umową strumieniowanie określonego utworu, nie wiadomo więc do końca co strony mają na myśli – czy odwołują się jedynie do udostępniania utworów w taki sposób, aby ich odbiór był możliwy w miejscu i czasie dowolnie wybranym przez użytkownika, czy też zamierzają objąć dokonywaną czynnością prawną „nadania” lub „reemisję” internetowe, albo wszystkie trzy ze wskazanych form eksploatacji utworów. Problematyczne dla interpretacji staje się także to, że samo odwołanie się do udostępniania utworów za pomocą streamingu – z uwagi na mnogość możliwych do zastosowania modeli ekonomicznych – nie mówi nic o tym, w jaki sposób czy na jaką skalę utwór ma być wykorzystywany przez uprawnionego.

Wydaje się jednak, że wskazany problem może być w konkretnych przypadkach rozwiązany za pomocą art. 65 k.c., którego stosowanie generalnie dopuszczane jest zarówno

⁶¹ Por. np. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 1113.

⁶² Podobnie J. Barta i R. Markiewicz, według których *streaming* nie może być uznany za odrębne pole eksploatacji właśnie z uwagi na to, że stanowi on jedynie technikę, która może być użyta na różne sposoby, (w:) J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja interaktywna a prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, str. 35.

przed doktrynę⁶³, jak i orzecznictwo⁶⁴. Wobec tego, w określonych przypadkach, możliwe jest dekodowanie znaczenia określenia *streaming*, w jakim użyto go w umowie, zarówno z jej celu, pozostałych postanowień, rodzaju utworu, jak i z okoliczności towarzyszących zawarciu umowy (z uwzględnieniem także okoliczności związanych z samym uprawnionym z konkretnej umowy).

Jednocześnie nie powinno budzić wątpliwości, że w pełni dopuszczalne jest używanie w umowach określeń odnoszących się do poszczególnych form udostępniania utworów techniką strumieniowania. Wydaje się, że możliwe jest to zarówno poprzez konstruowanie tzw. pól celowych, których jednym z elementów będzie udostępnianie utworów poprzez strumieniowanie, jak i poprzez wskazywanie wprost konkretnych rodzajów strumieniowania utworów (np. simulcasting, webcasting)⁶⁵.

Kończąc przedstawiony wyżej wywód, należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden prezentowany w doktrynie pogląd, który umożliwia traktowanie streamingu jako jednej całości, bez potrzeby dokonywania dalszych podziałów. Jak wskazuje K. Felchner⁶⁶, teoretycznie możliwe jest uznanie, że korzystanie z techniki *streamingu* w ogóle nie wkracza w sferę cudzych praw majątkowych. Zdaniem autora, samo umieszczenie utworu na serwerze można rozpatrywać w kategoriach dozwolonego użytku, bowiem nie oznacza *per se* udostępniania go publiczności (choć w świetle art. 23 ust. 1 pr. aut – w mojej ocenie - takie podejście jest niemożliwe, jeżeli umieszczenie na serwerze dokonywane jest w ramach prowadzonej działalności gospodarczej). Z kolei samo przesyłanie utworu nie stanowi jego publicznego rozpowszechniania (ani, jak zdaje się wynikać z przywołanej wypowiedzi K. Felchnera – żadnej innej formy jego eksploatacji), gdyż technicznie rzecz biorąc, w streamingu przesyłane są jedynie niewielkie fragmenty utworu, które same w sobie nie mają charakteru twórczego.

Sądzę jednak, że takie podejście nie zasługuje na aprobatę. Kładzie ono nacisk jedynie na aspekty techniczne, zupełnie pomijając rezultat, jaki za ich pomocą jest osiągniany (a może nim być przesyłanie utworów w całości do nieograniczonej liczby użytkowników). Nie

⁶³ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2004 r., sygn. III CK 400/03, LEX nr 174201; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 września 2014 r., sygn. I ACa 315/14, LEX nr 1537483.

⁶⁴ por. np. M. Kępiński (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 594-595; J. Szczotka, *Naruszenie wymogu specyfikacji...*, str. 379.

⁶⁵ Na stosowanie wskazanych pól w praktyce wskazuje np. P. Ślęzak (w:) P. Ślęzak, *Umowy w zakresie współczesnych sztuk wizualnych*, LEX, Warszawa 2012, roz. 5.II.4 [dostęp: Lex Omega].

⁶⁶ K. Felchner, *Streaming w świetle prawa autorskiego* (w:) M. Kępiński (red.), *Zarys prawa własności intelektualnej. Tom V. Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*, C.H. Beck, Warszawa 2015, str. 97.

wydaje się, że prawo autorskie powinno stać się „zakładnikiem” nowych technologii w tym sensie, że o sferze monopolu prawnautorskiego decydowałyby w istocie niuanse techniczne, w zupełnym odizolowaniu od realiów społecznych i gospodarczych. Zważywszy, że nigdy nie będzie możliwe uwzględnianie w aktach prawnych na bieżąco wszystkich najnowszych technologii, które umożliwiają eksploatację utworów, prawo (i jego interpretacja) powinny raczej kłaść nacisk na względy funkcjonalne, skupiając się nie na samym procesie technologicznym, ale na osiągniętych przez niego rezultatach.

Wątpliwą zasadność zaprezentowanej koncepcji zdaje się dostrzegać także sam autor⁶⁷, jednocześnie przywołując wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który co najmniej kilkakrotnie wprost wypowiedział się⁶⁸ o tym, że strumieniowanie utworów stanowi ich publiczne rozpowszechnianie w rozumieniu dyrektywy internetowej.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Np. w przywołanym przez autora wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 27 marca 2014 r., sygn. C-314/12 w sprawie UPC Telekabel Wien GmbH przeciwko Constantin Film Verleih i Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, www.curia.europa.eu, pkt 11 i 25.

1.3. Strumieniowanie utworów – jakie pola eksploatacji? Problem nadawania i reemisji.

Skoro nie sposób uznać, że strumieniowanie utworów zawsze będzie wiązać się z korzystaniem z nich na jednym określonym polu eksploatacji, należy rozważyć jakie pola eksploatacji mogą wchodzić w grę. Z uwagi na mnogość sposobów korzystania z techniki strumieniowania, konieczne wydaje się najpierw usystematyzowanie tychże sposobów.

Sądzę, że adekwatny i wystarczający dla wskazanej problematyki jest podział zaproponowany przez J. Bartę i M. Markiewicza na kanwie rozważań o telewizji interaktywnej⁶⁹. Za wskazanymi autorami można więc wyróżnić:

1. usługi on-demand – charakteryzujące się tym, że użytkownik końcowy sam decyduje zarówno o miejscu, jak i czasie odtworzenia strumieniowanego utworu;
2. webcasting (tzw. nadanie internetowe), który można podzielić na:
 - a. webcasting pierwotny – można by rzec, nadania internetowe *sensu stricto*, które charakteryzują się tym, że użytkownik końcowy nie może decydować o czasie odbioru strumieniowanego utworu (innymi słowy, treść „audycji” dociera jednocześnie do wszystkich użytkowników);
 - b. webcasting near-on-demand – odróżnia go od webcastingu pierwotnego to, że konkretna „audycja” jest transmitowana wielokrotnie, w określonych odstępach czasowych, a wybór użytkownika końcowego co do czasu odbioru sprowadza się co najwyżej do „podłączenia” się do jednej z nich;
3. simulcasting, który może zostać podzielony na:
 - a. simulcasting własny (simultaneous streaming) – polega na równoczesnej, prowadzonej bez zmian „retransmisji” programu nadawanego w tradycyjny sposób, która dokonywana jest przez ten sam podmiot, który nadaje program pierwotny;
 - b. simulcasting cudzy – od simulcastingu własnego różni go przesłanka podmiotowa – w simulcastingu cudzym „retransmisji” dokonuje podmiot inny, niż pierwotnie nadający program.

⁶⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja interaktywna...*, str. 35-41.

Jak zostało to zarysowane już wcześniej, generalnie nie budzi wątpliwości, także w doktrynie prawa autorskiego⁷⁰, że świadczenie usług on-demand nieuchronnie wiąże się z korzystaniem z utworów na polu „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”, bez względu na to, czy w konkretnym przypadku stosuje się technikę strumieniowania, czy jakkolwiek inną. Pojawia się co prawda propozycja traktowania usług on-demand jako (elektronicznego) wypożyczenia lub najmu egzemplarzy⁷¹, jednak – pomimo podobieństw funkcjonalnych - w mojej ocenie takie podejście nie zasługuje na aprobatę, bowiem kopie cyfrowe utworów nie mogą zostać uznane za ich „egzemplarze” na gruncie art. 50 pr. aut.⁷². Z uwagi na to, że w pełni zasadne uważam rozpatrywanie usług on-demand jedynie w kategoriach publicznego udostępniania utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym.

Jeżeli zaś chodzi o pozostałe formy korzystania ze streamingu, zdania co do ich kwalifikacji są podzielone. W kwestii webcastingu i simulcastingu własnego, w doktrynie rozważa się⁷³ możliwość kwalifikowania ich bądź jako publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, bądź jako nadawania⁷⁴, bądź jako odrębnego, nowego pola eksploatacji⁷⁵ (nadawania internetowego). Podobny problem dotyczy simulcastingu cudzego, który może być traktowany jako udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, jako nienazwane pole eksploatacji lub jako postać reemisji.

Poza powyższym, z webcastingiem związane jest także pytanie o możliwość uznawania „nadań internetowych” za przedmiot praw pokrewnych (nadań), o którym mowa w art. 97 pr. aut⁷⁶. Kontrowersja ta ciągle nie została jednoznacznie rozstrzygnięta ani w prawie

⁷⁰ Por. np. przywoływany już T. Targosz (w:) D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, teza 82 do art. 50 [dostęp: Lex Omega].

⁷¹ Zob. E. Traple (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 235.

⁷² Podobnie np. M. Załucki w: P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz.*, C.H. Beck, Warszawa 2017, str. 424-425.

⁷³ K. Felchner, *Streaming w świetle prawa autorskiego...*, str. 96.

⁷⁴ Tak np. K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań programów radiowych i telewizyjnych w prawie autorskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, str. 94-95.

⁷⁵ Za taką wykładnią opowiadają się m. in. T. Targosz (w:) D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne...* teza 82 do art. 50 [dostęp: Lex Omega] oraz J. Barta i R. Markiewicz w: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 555-557.

⁷⁶ M. Czajkowska-Dąbrowska (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 468-469.

polskim, ani europejskim czy międzynarodowym⁷⁷ i wydaje się, że jej ostateczne rozwiązanie wymaga wkroczenia ustawodawcy⁷⁸.

Przechodząc do meritum, wydaje się, że należy odrzucić pogląd, jakoby webcasting (pierwotny lub near-on-demand) i simulcasting (własny i cudzy) mogły stanowić udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. Wynika to z tego, że przy wskazanych sposobach strumieniowania utworów, użytkownik nie jest w stanie decydować o czasie, w którym jest mu udostępniany utwór (czas udostępnienia jest narzucony przez dokonującego „transmisję”). Z tego względu podstawowa cecha definicyjna przywołanego pola eksploatacji nie jest zrealizowana⁷⁹.

Sądzę także, że bez większych wątpliwości możliwe jest uznanie simulcastingu cudzego za postać reemisji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 pr. aut., „reemitowaniem utworu jest jego rozpowszechnianie przez inny podmiot niż pierwotnie nadający, drogą przejmowania w całości i bez zmian programu organizacji radiowej lub telewizyjnej oraz równoczesnego i integralnego przekazywania tego programu do powszechnego odbioru”. Definicja reemisji jest technologicznie neutralna, toteż zastosowanie techniki streamingu (lub jakiegokolwiek innej) nie wpływa na możliwość zakwalifikowania simulcastingu cudzego jako reemisji⁸⁰ – naturalnie, o ile spełnione są pozostałe przesłanki ujęte w art. 6 ust. 1 pkt 5 pr. aut. W przypadku niespełnienia którejkolwiek z pozostałych przesłanek ujętych w przywołanym przepisie (np. podmiotowej, odnoszącej się do organizacji radiowej lub telewizyjnej), wydaje się, że tak rozumiany simulcasting cudzy, wobec niemożności zakwalifikowania go jako udostępniania utworu w miejscu i czasie wybranym przez użytkownika, może w określonych sytuacjach stanowić lub wchodzić w zakres odrębnego, nienazwanego w ustawie pola eksploatacji.

Znacznie więcej problemów pojawia się w kontekście rozważania możliwości kwalifikowania webcastingu oraz simulcastingu własnego jako nadawania. Pojęcie nadawania znalazło swoją normatywną definicję w art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut i należy je rozumieć jako „rozpowszechnianie [utworu] drogą emisji radiowej lub telewizyjnej, prowadzonej w sposób bezprzewodowy (naziemny lub satelitarny) lub w sposób przewodowy”. Cechą charakterystyczną nadawania (i zarazem odróżniającą ją od telekomunikacji) jest to, że

⁷⁷ K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 84.

⁷⁸ Tak: J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 1113.

⁷⁹ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 556-557.

⁸⁰ Tak też np.: J. Barta, R. Markiewicz w: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 558 oraz E. Traple w: J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 231.

nadawanie jest aktem jednostronnym – decyzja o nadaniu programu leży w całości w gestii nadawcy i „wiąże” odbiorcę, także co do czasu odbioru⁸¹.

Zarówno za uznaniem wskazanych sposobów strumieniowania utworów jako nadawania, jak i za przyjęciem, że stanowią one odrębne pole eksploatacji, przemawiają istotne okoliczności. Gruntownego przeglądu argumentów dla obu stanowisk dokonują J. Barta i R. Markiewicz⁸². Argumentacja za pierwszym z przywołanych stanowisk oparta jest w dużej mierze na racjach funkcjonalnych, podczas gdy drugie stanowisko wspierane jest przez wykładnię literalną art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut., który zdaje się formułować konkretne wymagania techniczne, niewypełnione w przypadku nadawania internetowego.

Istota sporu na płaszczyźnie technicznej zdaje się sprowadzać do rozumienia pojęcia „emisji radiowej lub telewizyjnej” oraz związanej z tym kwestii interaktywności przekazu. Wskazuje się⁸³, że „nadawanie” programów za pośrednictwem internetu w sposób znaczący różni się od ich nadawania drogą radiową czy telewizyjną (brak wykorzystania fal radiowych lub elektromagnetycznych), a także, że w przypadku tradycyjnego nadawania – inaczej niż w Internecie – istnieje ograniczona liczba możliwych do prowadzenia równoległe transmisji (z uwagi na ograniczenia związane z wykorzystywaniem fal Herza). Webcasting czy simulcasting własny nie są również immanentnie związane z nieograniczonym, ani nawet znacznym kręgiem odbiorców, bowiem teoretycznie możliwe jest adresowanie przekazu jedynie do niewielkiej, zindywidualizowanej ich liczby⁸⁴. Ponadto, w przypadku tradycyjnego nadawania nie dochodzi do choćby czasowego utrwalania przesyłanego utworu w pamięci urządzenia odbiorcy, inaczej niż ma to miejsce w przypadku streamingu⁸⁵.

Sądzę jednak, że słusznie wskazuje się, iż na gruncie ustawowej definicji nadawania aspekty techniczne wcale nie muszą być decydujące. K. Klafkowska-Waśniowska przekonuje⁸⁶, że pojęcie „emisji radiowej i telewizyjnej” należy odnosić nie tyle do technicznego sposobu transmisji (bo o tym mówi dalsza część przepisu, odnosząc się do „sposobu bezprzewodowego lub przewodowego”), co do treści nadania: pod pojęciem emisji radiowej należy po prostu rozumieć przesyłanie dźwięków, a telewizyjnej – obrazów i

⁸¹ Zob. E: Traple w: J. Barta (red.), *System prawa prywatnego...*, str. 217.

⁸² J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja interaktywna...*, str. 48-52.

⁸³ *Ibidem*, str. 51.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, str. 52.

⁸⁶ K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 59.

dźwięków⁸⁷. Przyjęcie takiego rozumienia pojęcia „emisji radiowej lub telewizyjnej” prowadzi także do odrzucenia zarzutu, w myśl którego na przeszkodzie uznaniu streamingu za nadawanie stoi brak ograniczeń w liczbie możliwych do prowadzenia równolegle transmisji, tak jak ma to miejsce w przypadku nadawania programów na falach Herza. Z kolei w kwestii tego, że utwór niekoniecznie musi być strumieniowany do nieograniczonej liczby osób, tak jak ma to miejsce w przypadku tradycyjnego nadawania⁸⁸, należy zwrócić uwagę, że co prawda taka forma strumieniowania nie stanowiłaby nadawania, ale jedynie wskutek niespełnienia pozostałych przesłanek ustawowej definicji. W żaden sposób zaś nie wpływa to na możliwość kwalifikacji streamingu jako nadawania w sytuacji, w której przesłanka dot. publiczności jest spełniona⁸⁹. Nie wydaje się także, że okoliczność, iż strumieniowany utwór jest czasowo utrwalany w pamięci podręcznej komputera, powinna mieć decydujące znaczenie. Sądzę nie tylko, że tak technicystyczne podejście jest co do zasady nieuzasadnione, ale także, że zarówno z perspektywy odbiorcy, jak i interesów nadawcy, tymczasowe zwielokrotnienie w pamięci urządzenia lub jego brak nie zmienia absolutnie niczego.

W kontekście interaktywności podnosi się⁹⁰, że tradycyjne nadawanie charakteryzuje jednokierunkowość transmisji, podczas gdy w przypadku streamingu użytkownik musi najpierw wywołać program swoją własną decyzją (kliknięciem), a następnie jego komputer i serwer, z którego strumieniowany jest utwór, pozostają w stałym kontakcie, wymieniając ze sobą dane. W podobnym duchu wypowiedział się warszawski sąd apelacyjny stwierdzając w jednym z orzeczeń⁹¹, że „interaktywność i możliwość indywidualnego decydowania o czasie i przedmiocie odbioru powoduje, że umieszczenie dzieła na serwerze komputera do korzystania w sieci Internet nie może być utożsamiane z nadawaniem”⁹².

⁸⁷ K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 60 oraz przywołany tam A. Matlak, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Zakamycze, Kraków 2004, str. 106.

⁸⁸ Choć – wydaje mi się, zastrzegając, że nie jestem specjalistą w dziedzinie technologii – przynajmniej teoretycznie możliwa jest także sytuacja, w której zakodowany program jest co prawda transmitowany do nieograniczonego kręgu odbiorców, ale urządzeniem umożliwiającym jego odkodowanie dysponuje tylko niewielka liczba osób, co przedstawiony problem czyniłoby aktualnym nie tylko w stosunku do *streamingu*, ale także w stosunku do tradycyjnych form przekazu.

⁸⁹ Podobnie K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 94-95.

⁹⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja internetowa...*, str. 51-52.

⁹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2014 r., sygn. I ACa 1663/13, LEX nr 1466985.

⁹² Należy jednak zwrócić uwagę, że w przywołanym orzeczeniu problematyczny utwór był stale umieszczony na serwerze, a jego odtworzenie było możliwe w każdej chwili, wobec czego jego udostępnianie nie stanowiło webcastingu ani simulcastingu własnego. Z uwagi na to, nie wiadomo, czy sąd doszedłby do podobnej konkluzji, gdyby przyszło mu odnosić się do „nadawania internetowego” w omawianym tu znaczeniu.

Wydaje się jednak, że sam fakt decyzji o rozpoczęciu strumieniowania utworu (wysłania żądania poprzez kliknięcie) funkcjonalnie (zarówno z perspektywy odbiorcy, jak i nadawcy⁹³) nie różni się w sposób znaczący od wybrania odpowiedniego kanału w radiu bądź telewizorze, zwłaszcza, że odbiorca w obu przypadkach nie ma wpływu na treść lub czas nadawania programu⁹⁴. Podobnie rzecz ma się w stosunku do interaktywności, rozumianej jako stały kontakt, w jakim komputer pozostaje z serwerem podczas strumieniowania utworu. Połączenie to ma charakter instrumentalny i jest generalnie niedostrzegalne dla przeciętnego użytkownika, a jego podstawowym celem jest umożliwienie transmisji. W związku z tym nie sądzę, żeby wskazane okoliczności mogły mieć charakter decydujący dla omawianej problematyki⁹⁵.

Należy również wspomnieć, że także w orzecznictwie TSUE przyjęto, że fakt dokonywania połączenia „jeden na jeden” (tj. innymi słowy interaktywności transmisji, bezpośredniego połączenia między urządzeniem odbierającym i nadającym, w przeciwieństwie do jednostronnego aktu komunikacji, jaki zachodzi w przypadku tradycyjnego nadawania) jest irrelevantny dla kwalifikacji danego sposobu rozpowszechniania utworu. Co prawda inne wnioski zdają się wypływać z treści dyrektywy o handlu elektronicznym⁹⁶, gdzie wskazane kryterium uznano za decydujące dla rozróżnienia transmisji telewizyjnych i radiowych na gruncie dyrektywy satelitarnej⁹⁷ od usług video na żądanie⁹⁸, jednak w odniesieniu do „nadań internetowych” (a nie video-on-demand), ocena ta nie pozostaje aktualna. Z jednej strony potwierdza to wydany na kanwie interpretacji art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej⁹⁹, wyrok ws. TVCatchup¹⁰⁰, w którym stwierdzono, że

⁹³ Choć należy zauważyć, że np. zbyt wiele żądań skierowanych w stronę serwera w tym samym czasie może prowadzić do jego przeciążenia, skutkującego obniżeniem jakości transmisji kierowanej do wszystkich użytkowników. Ograniczenie takie zdaje się nie występować w przypadku tradycyjnych form nadawania.

⁹⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja interaktywna...*, str. 48-49.

⁹⁵ Podobnie K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 94-95.

⁹⁶ 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 (Dz.U.UE.L.2000.178.1).

⁹⁷ Dyrektywa Rady nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową (Dz.U.UE.L.1993.248.15).

⁹⁸ Motyw 18, zd. 6-7 dyrektywy o handlu elektronicznym stanowi: „transmisje telewizyjne w rozumieniu dyrektywy 89/552/EWG oraz transmisje radiowe nie są usługami społeczeństwa informacyjnego, ponieważ nie są one świadczone na indywidualne żądanie; natomiast usługi przekazywane punkt-punkt, takie jak usługi wideo na żądanie lub przekazywanie informacji handlowych pocztą elektroniczną stanowią usługi społeczeństwa informacyjnego” [podkreśl. moje – MW].

⁹⁹ Artykuł 3 ust. 1: „Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniań na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”.

przecież taka technika „nie wyklucza /.../ równoczesnego dostępu wielu osób do tego samego utworu”¹⁰¹. Z drugiej zaś strony, Trybunał wprost w wyroku ws. Mediakabel¹⁰² uznał, że „odpłatna usługa telewizyjna, nawet dostępna dla ograniczonej liczby abonentów, ale dotycząca wyłącznie programów wybranych przez nadawcę i emitowanych w godzinach przez niego ustalonych, nie może być uważana za usługę świadczoną na indywidualne żądanie. W konsekwencji usługa ta wchodzi w zakres pojęcia „nadawania programów telewizyjnych”¹⁰³.

Argumenty funkcjonalne na rzecz możliwości uznawania *streamingu* za nadawanie wspierane są dodatkowo przez oczekiwania samych nadawców, którzy wskazują na coraz większe znaczenie nowych sposobów nadawania, zastępujących i wypierających te tradycyjne¹⁰⁴.

Dodatkowym argumentem pozwalającym na uznanie webcastingu i simulcastingu własnego za nadawanie, jest brak wątpliwości co do możliwości uznania simulcastingu cudzego za postać reemisji, o czym mowa była wcześniej. Pojęcia te są w istocie bliźniacze (do tego stopnia, że przed nowelizacją ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, która wprowadziła definicje legalne „nadawania” i „reemitowania”¹⁰⁵, reemisja stanowiła po prostu jedną z postaci nadawania¹⁰⁶), toteż wydaje się, że interpretacja ich znaczenia powinna być spójna i dokonywana wedle podobnych kryteriów, prowadząc do podobnych rezultatów¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2013 r., sygn. C-607/11 w sprawie ITV Broadcasting Ltd. i in. przeciwko TVCatchup Ltd., www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. TVCatchup).

¹⁰¹ *Ibidem*, pkt 34.

¹⁰² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2 czerwca 2005 r., sygn. C-89/04 w sprawie Mediakabel BV przeciwko Commissariaat voor de Media, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Mediakabel).

¹⁰³ *Ibidem*, pkt 32. Omawiana sprawa dotyczyła co prawda tradycyjnej telewizji, a nie nadawania internetowego, niemniej jednak wątpliwości były analogiczne do omawianych: sporną kwestią było to, czy fakt uprzedniego opłacenia konkretnego filmu (jednak emitowanego tylko w ściśle określonym w programie czasie), a następnie konieczność wpisania specjalnego kodu dostępu (a więc: wywołania, wygenerowania żądania przesyłu) wyłącza daną usługę spod definicji „nadawania programów telewizyjnych” w nieobowiązującej już dyrektywie 89/552/EWG.

¹⁰⁴ K. Grzybczyk (w:) P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*, str. 663-664.

¹⁰⁵ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 2002 nr 197 poz. 1662), art. 1 pkt 3.

¹⁰⁶ Tak też np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. III CZP 40/07, OSNC 2008/7-8/86, Biul.SN 2007/6/11.

¹⁰⁷ Podobnie M. Czajkowska-Dąbrowska, która przeprowadza jednak odwrotne rozumowanie, stwierdzając, że stanowisko ws. możliwości kwalifikowania simulcastingu cudzego jako reemisji powinno być pochodną stanowiska ws. możliwości kwalifikowania webcastingu jako nadawania: M. Czajkowska-Dąbrowska (w:) J. Barta, *System prawa prywatnego...*, str. 472. Niezależnie od wskazanych różnic, nie powinno jednak budzić wątpliwości, że pojęcia „nadawania” i „reemitowania” są ze sobą powiązane.

W tym miejscu pojawia się również pytanie, czy prawo unijne jest w stanie przynieść rozstrzygnięcie kwestii możliwości (lub nawet konieczności) zaliczania strumieniowania utworów do nadawania (i ochrony nadań internetowych w ramach praw pokrewnych), z racji tego, że kwestia ta jest częściowo harmonizowana. O prawie do nadań mowa jest m. in. w dyrektywie internetowej, w art. 2 lit. e¹⁰⁸ oraz art. 3 ust. lit. d¹⁰⁹. Ponadto art. 9¹¹⁰ odnosi się do „dostępu drogą kablową do usług radiowych i telewizyjnych”¹¹¹. Jest co prawda niewątpliwym, że państwa członkowskie mogą objąć prawem do nadań także nadania internetowe¹¹², jednak dyrektywa w jej obecnym kształcie rodzi wątpliwości co do istnienia takiego obowiązku. W tym miejscu szczególnie interesujące jest pytanie prejudycjalne złożone przez brytyjski Court of Appeal, które skutkowało wydaniem drugiego wyroku ws. TVCatchup¹¹³. Wskazany sąd pytał między innymi o to, czy art. 9 dyrektywy internetowej odwołujący się do „dostępu drogą kablową do usług radiowych i telewizyjnych” ma konkretne technologiczne znaczenie, ograniczające zakres jego stosowania do tradycyjnych sieci kablowych, czy też jego znaczenie technologiczne jest neutralne i pozwala na objęcie przepisami dyrektywy także usług transmitowanych przez internet. Niestety, Trybunał Sprawiedliwości nie odpowiedział na wskazane pytanie¹¹⁴, z uwagi na to, że w świetle

¹⁰⁸ Art. 2 lit. e: „Państwa Członkowskie przewidują wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniań bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego zwielokrotniania utworu, przy wykorzystaniu wszelkich środków i w jakiegokolwiek formie, w całości lub częściowo: dla organizacji radiowych i telewizyjnych - w odniesieniu do utrwał ich programów, niezależnie od tego, czy te programy transmitowane są przewodowo lub bezprzewodowo, włączając drogę kablową lub satelitarną.”

¹⁰⁹ Art. 3 ust. 2 lit. d: „Państwa Członkowskie powinny przewidzieć wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniań na jakiegokolwiek podawanie do publicznej wiadomości utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie: dla organizacji radiowych i telewizyjnych - w odniesieniu do utrwał ich programów, niezależnie od tego, czy programy te są transmitowane przewodowo lub bezprzewodowo, włączając drogę kablową lub satelitarną”.

¹¹⁰ Art. 9: „Niniejsza dyrektywa nie narusza przepisów dotyczących w szczególności, patentów, znaków towarowych, prawa do wzorów przemysłowych, wzorów użytkowych, topografii półprzewodników, czcionek drukarskich, dostępu warunkowego, dostępu drogą kablową do usług radiowych i telewizyjnych, ochrony narodowych skarbów kultury, wymagań prawnych w zakresie egzemplarza obowiązkowego, prawa o praktykach ograniczających i nieuczciwej konkurencji, tajemnic handlowych, bezpieczeństwa, poufności, ochrony danych i prywatności, dostępu do dokumentów publicznych i prawa o zobowiązaniach umownych.”

¹¹¹ Należy jednak zwrócić uwagę, że pomimo mogących występować wątpliwości, to wyrażenie nie odnosi się do nadawania ani retransmisji (por. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 września 2016 r., sygn. C-275/15 w sprawie ITV Broadcasting Limited i in. przeciwko TVCatchup Limited i in., www.curia.europa.eu, pkt 50-59). Pomimo tego przytaczam ten przepis, z uwagi na to, że posługuje się pojęciem „dostępu drogą kablową”, obecnym również w art. 2 lit e oraz art. 3 ust. 2 lit. d.

¹¹² Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2015 r., sygn. C-279/13 w sprawie C More Entertainment AB przeciwko Linusowi Sandbergowi, www.curia.europa.eu, pkt 37, w którym przedmiotem postępowania była kwestia naruszenia prawa pokrewnego do nadania internetowego poprzez jego reemisję na innej stronie internetowej (simulcasting cudzy), obchodzącej wymóg wykupienia dostępu.

¹¹³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2017 r., sygn. C-275/15 w sprawie ITV Broadcasting Limited i in. przeciwko TVCatchup Limited i in., www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. TVCatchup II).

¹¹⁴ *Ibidem*, pkt 16 i 30.

stwierdzenia naruszenia przepisów dyrektywy na wcześniejszym etapie analizy, okazało się to zbędne¹¹⁵. Niemniej jednak pytanie to stało się przedmiotem rozważań Rzecznika Generalnego, który po analizie problemu stwierdził¹¹⁶, że pojęcie „kabla” nie jest neutralne technologicznie i odnosi się jedynie do tradycyjnych technologii, nie obejmując rozpowszechniania za pośrednictwem Internetu. Zdaniem Rzecznika, ustawodawca unijny miał pełną świadomość znaczenia słowa kabel i gdyby jego intencją byłoby uczynienie go neutralnym technologicznie, wybrałby inny, bardziej ogólny termin, jak np. „przewodowy”¹¹⁷. Ocena ta była dokonywana na gruncie art. 9, przewidującego wyłączenia spod zakresu zastosowania dyrektywy internetowej. Zwróćmy jednak uwagę, że art. 2 lit. e oraz art. 3 ust 2 lit. d dyrektywy internetowej (przewidujące obowiązek ochrony prawa pokrewnego do nadań) posługują się dokładnie takim terminem, jaki przez Rzecznika został uznany za neutralny technologicznie (wskazane przepisy mówią: „/.../ niezależnie od tego, czy programy te są transmitowane przewodowo lub bezprzewodowo, włączając drogę kablową lub satelitarną”. Wnosząc *a contrario* z argumentacji Rzecznika, należałoby w takim razie chyba przyjąć, że art. 2 lit. e i art. 3 ust. 2 lit. d dyrektywy internetowej obejmują swoim zakresem także nadania internetowe.

Interpretacja ta wspierana jest dodatkowo przez motyw 24 dyrektywy, wedle którego „przez prawo podawania do publicznej wiadomości przedmiotów objętych ochroną określonych w art. 3 ust. 2 należy rozumieć prawo obejmujące wszystkie czynności polegające na udostępnieniu takich przedmiotów odbiorcom nieznajującym się w miejscu, z którego przedmiot objęty ochroną jest podawany do wiadomości i nieobjęte jakichkolwiek innych czynności.” (podkr. moje – MW).

Z drugiej jednak strony nie sposób nie zwrócić uwagi, że art. 3 ust. 2 dyrektywy internetowej odnosi się jedynie do „podawania do publicznej wiadomości utworów /.../, w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”. Określenie to odpowiada wyrażonemu w art. 50 pr. aut. polu „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”, co – siłą rzeczy – eliminuje z zakres jego regulacji uprawnienia

¹¹⁵ Sprawa dotyczyła sekcji 73 Copyright, Designs and Patents Act 1988, która przewidywała brak naruszenia prawa autorskiego w sytuacji, w której kanały były rozpowszechniane przez Internet do abonentów znajdujących się na pierwotnym obszarze rozpowszechniania. Trybunał uznał, że tego typu uregulowanie nie może być objęte wyłączeniem spod zakresu dyrektywy przewidzianym w jej art. 9, bowiem prowadziłoby to do pozbawienia autorów ochrony wynikającej z art. 3 ust. 1 w przypadkach innych niż określone w art. 5.

¹¹⁶ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 września 2016 r., sygn. C-275/15 w sprawie ITV Broadcasting Limited i in. przeciwko TVCatchup Limited i in., www.curia.europa.eu, pkt 63-74.

¹¹⁷ *Ibidem*, pkt 73.

związane z samym nadawaniem, a przewiduje jedynie ochronę względem utrwaleń tych nadań, jak wprost zresztą stwierdza art. 3 ust. 2 lit. d. Podobne uwagi można odnieść do art. 2 lit. e.

W świetle zarysowanych wyżej okoliczności oraz przedstawionej interpretacji, uważam, że art. 2 lit. e oraz art. 3 ust. 2 lit. d. dyrektywy internetowej nakładają na państwa członkowskie obowiązek objęcia prawem do nadań także nadań internetowych¹¹⁸ - przynajmniej w zakresie zwielokrotniania ich utrwaleń oraz publicznego ich udostępniania w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie. To zaś, w mojej ocenie, z uwagi na nakaz prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego, stanowi dodatkowy argument za koniecznością uznania, że pojęcie „nadania” z art. 97 pr. aut. obejmuje także nadania internetowe (choć zakres ochrony przewidzianej przez prawo polskie będzie w tym wypadku szerszy, niż przewiduje to dyrektywa internetowa – to samo ma jednak miejsce w przypadku tradycyjnych nagrań). Z kolei okoliczność ta przemawia za uznaniem, że pojęciem „nadawania” na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut. objęte są także nadania internetowe. Nieracjonalnym bowiem – ze względów systemowych - byłoby uznanie, że „nadania” obejmują także nadania internetowe, podczas gdy bliźniacze pojęcie „nadawania” nie obejmowałoby nadawania internetowego¹¹⁹. Zdaję sobie jednak sprawę z tego, że możliwa jest odmienna interpretacja.

W razie przyjęcia interpretacji obejmującej pojęciem nadawania także webcasting i simulcasting własny, a pojęciem „nadań” – nadania internetowe, w określonych sytuacjach mogą znaleźć do nich zastosowanie art. 21, art. 21¹, art. 23² oraz art. 24 pr. aut. Kwestią odrębną jest pytanie o to, na ile przepisy te w sposób wystarczający uwzględniają specyfikę nadawania programów w Internecie.

W przypadku przyjęcia odmiennej interpretacji, należy mieć na uwadze pogląd, wedle którego nawet w przypadku zakwalifikowania webcastingu i simulcastingu własnego jako nienazwanego pola eksploatacji, możliwe jest stosowanie do nich niektórych przepisów o nadawaniu przez analogię. Na taką możliwość „w szczególnych sytuacjach” zwracają uwagę

¹¹⁸ Choć zakres unijnej regulacji nadań internetowych i nadań tradycyjnych będzie różny, z uwagi na to, że – jak się wydaje - do nadań internetowych nie znajdą zastosowania przepisy dyrektywy satelitarnej. Por. także art. 1 ust. 2 lit. c dyrektywy internetowej.

¹¹⁹ Podobne rozumowanie – choć w drugą stronę – prezentują J. Barta i R. Markiewicz: J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja internetowa...*, str. 53.

J. Barta i M. Markiewicz¹²⁰. O zasadności takiego podejścia wspomina również K. Klafkowska-Waśniowska¹²¹ na gruncie ochrony prawa pokrewnego do nadań.

Zwraca się także uwagę¹²², że uznanie, iż nadania internetowe nie stanowią nadań w rozumieniu art. 97 pr. aut., może prowadzić w niektórych sytuacjach do konieczności przyznania im ochrony w ramach systemu praw pokrewnych na podstawie Traktatu WPIO o artystycznych wykonaniach i fonogramach¹²³. Zgodnie bowiem z art. 15 wskazanego traktatu, „artystom wykonawcom i producentom fonogramów przysługuje prawo do jednorazowego odpowiedniego wynagrodzenia za bezpośrednie lub pośrednie korzystanie z fonogramów opublikowanych w celach zarobkowych poprzez nadawania lub jakiegokolwiek publiczne komunikowanie”. Nadawanie oznacza przy tym, zgodnie z art. 2 lit. f, „bezprowadowe przekazywanie dźwięków do odbioru publicznego lub też obrazów i dźwięków, lub ich reprezentacji; termin ten obejmuje także przekaz satelitarny lub przekaz za pomocą kodowanych sygnałów, jeśli urządzenia dekodujące są udostępnione publiczności przez tę samą organizację nadawczą lub za jej zgodą”. Nie budzi więc wątpliwości, że w świetle literalnego brzmienia wskazanych przepisów, ich zakresem należy objąć także nadania internetowe.

Podobną uwagę należy odnieść także do konwencji rzymskiej¹²⁴, która w art. 7 ust. 1 zapewnia artystom wykonawcom prawo do m. in. zapobieganiu nadawaniu ich wykonania bez ich zgody, a w art. 7 ust. 2 – dodatkowo ochronę przed wtórnymi nadaniami, utrwaleniem w celu nadawania i zwielokrotnianiem takiego utrwalania w celu nadawania. Ponadto wskazana konwencja w art. 13 przewiduje prawo organizacji nadawczych do wydania lub odmowy zgody m. in. na wtórne nadania ich nadań, ich utrwalanie oraz zwielokrotnianie. Jednocześnie konwencja zdaje się ujmować nadawanie szeroko, bowiem w jej rozumieniu oznacza ono – zgodnie z art. 3 lit. f – „bezprowadowe przekazanie dźwięków lub dźwięków i obrazów do odbioru publicznego”. Wykładnia literalna wskazanego postanowienia pozwala na objęcie definicją nadania także nadań (nadawania) internetowych (internetowego), choć - w świetle wykładni historycznej konwencji - nie jest to bezdyskusyjne¹²⁵.

¹²⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Telewizja interaktywna...*, str. 62 i str. 74.

¹²¹ K. Klafkowska-Waśniowska, *Prawa do nadań...*, str. 92.

¹²² J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 557-558.

¹²³ Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. 2004 nr 41 poz. 375).

¹²⁴ Międzynarodowa Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych, sporządzona w Rzymie dnia 26 października 1961 r. (Dz. U. 1997 nr 125 poz. 800).

¹²⁵ Zob. M. Pęk, *Ochrona nadań w prawie międzynarodowym – część I* (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 113, LEX, Kraków 2011, str. 57-61.

Konkludując, uważam, że na gruncie polskiej ustawy, pojęcie nadawania może obejmować także webcasting (pierwotny oraz near-on-demand), a pojęcie „nadania” jako przedmiotu praw pokrewnych z art. 97 pr. aut. – może obejmować także nadania internetowe. Wynika to z tego, że – w mojej ocenie – pojęcie „emisji radiowej i telewizyjnej” na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut. odnosi się do treści przekazu, a nie jego technicznego sposobu. Uważam także, że nadawanie internetowe funkcjonalnie odpowiada nadawaniu tradycyjnemu i pomiędzy wskazanymi sposobami eksploatacji nie istnieją zasadnicze różnice przekreślające powyższą ocenę. Ponadto, sądzę, że obowiązek objęcia nadań internetowych ochroną przewidzianą w ramach praw pokrewnych dla nadań tradycyjnych wynika z art. 2 lit. e i art. 3 ust. 2 lit. d dyrektywy internetowej, co uzasadnia dokonywanie interpretacji pojęcia „nadawania” i „nadań” na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut i art. 97 pr. aut. w tym duchu, w ramach wypełnienia obowiązku dokonywania prounijnej wykładni przepisów harmonizowanych dyrektywą.

Nawet w przypadku przyjęcia odmiennej interpretacji, należy liczyć się koniecznością przyznania nadaniom internetowym w określonych sytuacjach ochrony wynikającej z traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach oraz konwencji rzymskiej ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych.

Ponadto, uważam, że definicja „reemitowania” na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 5 pr. aut. niewątpliwie pozwala na objęcie nią także simulcastingu cudzego. Okoliczność ta stanowi jednocześnie dodatkowy argument za uznawaniem nadawania internetowego za nadawanie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 4 pr. aut. z uwagi na względy funkcjonalne i systemowe (simulcasting cudzy jest bowiem powiązany z webcastingiem i simulcastingiem własnym w podobny sposób, co reemisja z nadawaniem) oraz historyczne (przed wprowadzeniem do ustawy definicji „nadawania” i „reemitowania”, reemitowanie było bowiem uznawane za jedną z postaci nadawania).

2. Specyficzny model działalności portali streamujących. Problem legalności linkowania.

2.1. Wstęp. Dlaczego linkowanie ma znaczenie dla streamingu?

W pierwszej kolejności, przed przystąpieniem do jakichkolwiek rozważań na temat problematyki linkowania, należy naszkicować jej znaczenie dla przedmiotu niniejszej pracy.

Linkowanie jest istotne dla problematyki streamingu z dwóch zasadniczych powodów.

Po pierwsze, zagadnienie to jest istotne z uwagi na specyficzny model działalności portali, które w ramach swojej działalności streamują (najczęściej nielegalnie umieszczone) utwory. Krótka wizyta na popularnych portalach tego typu, zarówno polskich¹²⁶, jak i zagranicznych¹²⁷, pozwala stwierdzić, że tak naprawdę na ich własnych serwerach nie znajdują się żadne pliki. Model ich działalności opiera się na linkowaniu (i często framingowaniu¹²⁸ na własnych stronach) do plików, które umieszczone są na innych serwerach. W ten sposób, przynajmniej na pierwszy rzut oka, cała odpowiedzialność za rozpowszechnianie nielegalnych treści spoczywa na hostujących linkowane utwory¹²⁹, a nie na samych linkujących, którzy technicznie odsyłają jedynie do plików, które i tak są dostępne dla nieograniczonego kręgu odbiorców. Ten model działalności angażuje także mniejsze zasoby od tradycyjnego hostowania, ponieważ nie wymaga od prowadzących wskazane portale posiadania serwerów zdolnych do przechowywania udostępnianych plików. Jak zostanie wyjaśnione w dalszej części pracy, przekonanie o legalności tego typu działalności może jednak okazać się złudne.

Naturalnie w sytuacji, w której pliki są umieszczone bezpośrednio na serwerze określonego serwisu, sytuacja staje się prostsza. W takim przypadku nie może budzić wątpliwości, że dany podmiot rozpowszechnia (komunikuje publiczności) utwory, przez co w przypadku działania bez zgody podmiotów uprawnionych, naraża się na ponoszenie odpowiedzialności. Jeżeli natomiast serwis takie jedynie zezwala swoim użytkownikom na

¹²⁶ Takich jak np. kinoman-tv.pl, iitv.pl czy ekino-tv.pl.

¹²⁷ Takich jak np. kisscartoon.io czy streamdor.com.

¹²⁸ Przez „framing” rozumiem umieszczanie na własnej stronie internetowej linków do innych stron, w ten sposób, że linkowana strona wyświetla się na stronie linkującej w ramce („frame”), sprawiając wrażenie, że użytkownik nie przenosi się na stronę linkowaną, cały czas pozostając jedynie na linkującej.

¹²⁹ Odpowiedzialność ta często jest zresztą iluzoryczna, z uwagi na możliwość uwolnienia się od niej w przypadku usuwania plików naruszających cudze prawa autorskie w wyniku otrzymania stosownego zawiadomienia, połączonej z brakiem generalnego obowiązku monitorowania treści umieszczanej na serwisach hostujących.

udostępnianie „oddolnie” umieszczanych plików, w grę wchodzi przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹³⁰.

Po wtóre zaś, jak zostało to wspomniane we wcześniejszej części pracy, udostępnianie utworów techniką streamingu może stanowić akt komunikowania utworu publiczności w rozumieniu art. 3 ust. 1¹³¹ dyrektywy internetowej, co czyni to pojęcie istotnym dla niniejszej pracy. Z kolei problematyka linkowania stanowi doskonałą egzemplifikację wątpliwości i problemów, jakie narosły na kanwie stosowania wskazanego przepisu, a w szczególności trudności w określeniu przesłanek, których spełnienie jest konieczne, do uznania, że dane zachowanie stanowi akt komunikowania utworu publiczności.

Z uwagi na powyższe, w kolejnych rozdziałach postaram się w sposób kompleksowy omówić zarówno samo rozumienie terminu „komunikowania publiczności” na gruncie art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej, jak i problemy prawne związane z linkowaniem do utworów, opierając się w głównej mierze na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań, dla uniknięcia nieporozumień, zaznaczam, że zwrot „komunikowanie publiczności”, choć traktowany przeze mnie jako odpowiednik wyrażenia „communication to the public” występującego w angielskiej wersji dyrektywy internetowej, nie występuje w jej wersji polskiej, która posługuje się pojęciem „publicznego udostępniania”. Zdecydowałem się jednak na zamienne używanie obu określeń, z uwagi na to, że angielskie wersje dyrektywy internetowej, dyrektywy w sprawie najmu¹³², traktatów WIPO¹³³ oraz konwencji berneńskiej¹³⁴ zgodnie posługują się jednolitym pojęciem „communication to the public”, podczas gdy wersje polskie wskazanych dokumentów są niespójne i wprowadzają niepotrzebne i budzące zamieszanie rozróżnienie terminologiczne¹³⁵.

¹³⁰ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2002 nr 144 poz. 1204).

¹³¹ Art. 3 ust. 1: „Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie.”

¹³² Dyrektywa 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (wersja ujednolicona) (Dz.U.UE.L.2006.372.28); zob. art. 8.

¹³³ Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz. U. 2005 nr 3 poz. 12); zob. art. 8.

¹³⁴ Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (Dz. U. 1935 nr 84 poz. 515); zob. np. art. 11-bis.

¹³⁵ Szerzej na ten temat: R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów* (w: *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 134, Wolters Kluwer, Kraków 2016, str. 12-13 oraz M. Czajkowska-Dąbrowska, *Rozpowszechnianie utworów poprzez publiczny*

Używany przeze mnie zwrot „komunikowanie publiczności”, będący kalką terminu angielskiego, w założeniu obejmuje więc wszystkie terminy ze wskazanych aktów prawnych (tj. publiczne udostępnienie, publiczne rozpowszechnianie, prawo publicznego komunikowania oraz publiczne odtworzenie z dyrektywy w sprawie najmu), tak jak ma to miejsce w wersji angielskiej. Co prawda niżej przedstawiony wywód będzie bazował w głównej mierze na dyrektywie internetowej, niemniej jednak wydaje się, że interpretacja tego pojęcia na gruncie wskazanych aktów prawnych powinna być jednolita¹³⁶, toteż za zasadne uważam posługiwanie się jednym, wspólnym dla nich wszystkich, terminem.

odbiór programów radiowych lub telewizyjnych (w:) J. Barta, A. Matlak (red.), *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, nr 100, Wolters Kluwer, Kraków 2007, str. 64-66.

¹³⁶ Por. np. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 31 maja 2016 r., sygn. C-117/15 w sprawie Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH przeciwko Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Reha Training), pkt. 28-34.

2.2. *Communication to the public. O zasadnym, lecz konfundującym kryterium „nowej publiczności”.*

Odpowiedź na pytanie o legalność linkowania (i ewentualne zasady prawne nim rządzące) jest uzależniona od odpowiedzi na pytanie, czy linkowanie może stanowić „komunikowanie publiczności” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej. Powołany przepis stanowi, że „Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”.

W dyrektywie brak jest legalnej definicji komunikowania publiczności. Preambuła co prawda dostarcza pewnych wskazówek co do rozumienia „komunikowania publiczności”, jednak nie rozwiązuje wszystkich problemów. Zgodnie z 23 motywem dyrektywy, „prawo to [komunikowania publiczności – przyp. mój] należy rozumieć w szerszym znaczeniu, jako obejmujące każde udostępnianie utworu odbiorcom nieznajdującym się w miejscu, z którego przekazywanie pochodzi. Prawo to obejmuje każdą publiczną transmisję lub retransmisję utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym nadawanie programów; prawo to nie powinno obejmować żadnych innych działań”.

Niemniej jednak, odium dookreślenia omawianego zwrotu spoczywa na doktrynie i orzecznictwie. Z tego względu, w pierwszej kolejności zasadnym jest przeanalizowanie znaczenia „komunikowania publiczności” z wykorzystaniem coraz bogatszego w tym zakresie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Na wstępie należy zaznaczyć, że wykładni wskazanego pojęcia należy dokonywać nie tylko w oparciu o jego brzemienie, ale także w świetle celów dyrektywy internetowej i z uwzględnieniem kontekstu, w jakim przepis został umieszczony¹³⁷. Konsekwencją powyższego jest to, że przepis ten powinien być rozumiany szeroko, tak, żeby możliwe było zapewnienie twórcom możliwie szerokiej ochrony¹³⁸. Pojęcie to powinno być rozumiane w

¹³⁷ Zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 grudnia 2006 r., sygn. C-306/05 ws. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) przeciwko Rafael Hosteles SA, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. SGAE), pkt 34.

¹³⁸ Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 października 2011 r., sygn. C-403/08 i C-429/08 w sprawach Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni oraz Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Premier League), pkt 186.

taki sam sposób, jak w innych dyrektywach¹³⁹, jak również wykładane w kontekście prawa międzynarodowego, a w szczególności konwencji berneńskiej oraz traktatów WIPO¹⁴⁰. Wykładnia pojęcia „komunikowania publiczności” w prawie unijnym jest autonomiczna i jednolita dla całej Unii, a państwa członkowskie nie mogą definiować tego pojęcia same, w oderwaniu od znaczenia nadanego mu przez *acquis communautaire*¹⁴¹.

W orzecznictwie TSUE podkreśla się, że prawo do publicznego komunikowania ma charakter prewencyjny, w tym sensie, że każdy akt mieszczący się w zakresie tego pojęcia wymaga uprzedniej zgody uprawnionego¹⁴².

Dla dokonania oceny, czy dochodzi do komunikowania utworu publiczności w konkretnym przypadku, należy zastosować podejście zindywidualizowane, biorąc pod uwagę sytuację danego użytkownika oraz osób, którym udostępnia on utwory¹⁴³. Konieczne jest przy tym uwzględnienie (zarówno indywidualnie, jak i pod względem wzajemnych oddziaływań) szeregu uzupełniających się, nieautonomicznych i współzależnych od siebie czynników, które w danej sprawie mogą występować w różnym stopniu nasilenia¹⁴⁴.

Pojęcie komunikowania publiczności łączy w sobie dwie, wymagające łącznego spełnienia przesłanki: pierwszą z nich jest „czynność udostępnienia”¹⁴⁵ („akt komunikacji”), a drugą - „publiczność”¹⁴⁶.

Udostępnianie, w świetle orzecznictwa TSUE, oznacza „każde transmitowanie chronionych utworów, niezależnie od wykorzystywanych środków lub procesów

¹³⁹ *Ibidem*, pkt 188.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pkt 189 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. C-135/10 w sprawie Società Consortile Fonografici (SCF) przeciwko Marcowi del Corso, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. del Corso), pkt. 51-52 oraz 71.

¹⁴¹ Zob. np. wyrok ws. SGAE, pkt 31.

¹⁴² Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. C-301/15 w sprawie Marc Soulier i Sara Doke przeciwko Premier minister i Ministre de la Culture et de la Communication, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Soulier), pkt 33.

¹⁴³ Zob. np. wyrok ws. del Corso, pkt 78.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pkt 79 oraz np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. C-162/10 w sprawie Phonographic Performance (Ireland) Limited przeciwko Irlandii i Attorney General, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Phonographic Performance), pkt 30.

¹⁴⁵ W ang. wersji „act of communication”, wobec czego będę używał zamiennie pojęć „udostępnianie” i „komunikowanie”.

¹⁴⁶ Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. C-466/12 w sprawie Nils Svensson i inni przeciwko Retriever Sverige AB, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Svensson), pkt 16.

technologicznych”¹⁴⁷. Co za tym idzie, zastosowana technologia transmisji pozostaje bez znaczenia dla kwalifikacji danej czynności jako udostępniania. W doktrynie podnosiło się, zgodnie zresztą z orzecznictwem TSUE, że czynność udostępniania wymaga „transmisji” utworu, jednak w świetle niektórych orzeczeń TSUE aktualność wskazanej interpretacji stoi pod znakiem zapytania¹⁴⁸. Dotyczy to zwłaszcza wyroku ws. Svensson, w którym za „udostępnianie” zostało uznane samo linkowanie do chronionych utworów. Niektórzy autorzy na gruncie zawierającego się w pojęciu „komunikowania utworu publiczności” pojęcia „podawania do publicznej wiadomości” („making available”) podkreślają także, że dla przyjęcia podawania utworu do publicznej wiadomości wystarcza już samo jego oferowanie¹⁴⁹, co ma swoje oparcie także w orzecznictwie TSUE¹⁵⁰.

Pojęcie „udostępniania” obejmuje również retransmitowanie utworów¹⁵¹. Nie obejmuje ono natomiast zastosowania „zwykłego środka technicznego mającego na celu zapewnienie lub poprawę jakości odbioru pierwotnej transmisji w obszarze jej zasięgu”¹⁵², o ile jest ono ograniczone „do utrzymania lub poprawienia jakości odbioru transmisji już istniejącej”¹⁵³.

Z kolei przesłankę „publiczności” należy przeciwstawiać prywatności, tj. komunikowaniu utworów jedynie niewielkiej, prywatnej grupie odbiorców¹⁵⁴. Konsekwentnie, w orzecznictwie TSUE oznacza ona nieokreśloną liczbę odbiorców¹⁵⁵, która na dodatek musi być „znacząca”¹⁵⁶. „Nieokreślona” liczba osób oznacza przy tym „ogół ludności”, a więc publiczność nieograniczoną do „poszczególnych osób należących do

¹⁴⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2015 r., sygn. C-325/14 w sprawie SBS Belgium NV przeciwko Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. SBS Belgium), pkt 16.

¹⁴⁸ K. Klafkowska-Waśniowska, *Public communication right: towards the full harmonisation?*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 35 (12), Sweet & Maxwell and its Contributors 2013, str. 753.

¹⁴⁹ J. C. Ginsburg, *Hyperlinking and „making available”*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 36(3), Sweet & Maxwell and its Contributors 2014, str. 147. Zob. także: R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 14-15.

¹⁵⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2015 r., sygn. C-516/13 w sprawie Dimensione Direct Sales Srl i Michele Labianca przeciwko Knoll International SpA, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Dimensione Direct), pkt 27-32.

¹⁵¹ Zob. np. wyrok ws. TVCatchup, pkt. 23-24.

¹⁵² *Ibidem*, pkt 28.

¹⁵³ *Ibidem*, pkt 29.

¹⁵⁴ D. K. Gęsicka, *Publiczne udostępnianie utworu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 3 (125), Wolters Kluwer, Kraków 2014, str. 35.

¹⁵⁵ Zob. np. wyrok ws. Mediakabel, pkt 30 lub wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2005 r., sygn. C-192/04 w sprawie Lagardère Active Broadcast przeciwko Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Lagardère), pkt 31.

¹⁵⁶ Zob. np. wyrok ws. del Corso, pkt 84.

prywatnej grupy”¹⁵⁷, zaś „znaczna” oznacza istnienie pewnego minimalnego progu, który nie pozwala na objęcie tym pojęciem „zbyt małej lub nieznacznej liczby danych osób”¹⁵⁸. Nie ma przy tym znaczenia technika udostępniania, tj. bez wpływu na kwalifikację udostępniania jako skierowanego do „publiczności” pozostaje to, czy utwór komunikowany jest wszystkim osobom jednocześnie, czy też w ramach połączeń „jeden na jeden”¹⁵⁹. Przeciwnie, należy uwzględniać „kumulatywne skutki udostępnienia utworów”, przez co znaczenie ma nie tylko liczba osób uzyskujących dostęp równocześnie, ale także to, ile z nich uzyskuje dostęp do utworu kolejno po sobie¹⁶⁰. Należy także podkreślić, że miarodajne jest tylko to, ile osób uzyskuje dostęp do chronionego utworu. Bez znaczenia pozostaje natomiast to, ile z nich faktycznie z niego korzysta¹⁶¹.

Wskazana wyżej, przewijająca się w orzecznictwie TSUE interpretacja „komunikowania publiczności”, jakkolwiek bardzo ogólna i niedookreślona, wydaje się być prostą i intuicyjną. Jednakże, poza wskazanymi wyżej okolicznościami, Trybunał na kanwie interpretacji art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej wyróżnia jeszcze kilka kolejnych kryteriów, których charakter jurydyczny nie jest do końca jasny i które w konkretnych sprawach rozstrzygają o tym, czy dany sposób korzystania z utworów mieści się w zakresie „komunikowania publiczności”. Mowa tu mianowicie w szczególności o wymogu udostępniania utworu w oparciu o inną technologię¹⁶² lub, w przypadku jego niespełnienia, istnienia nowej publiczności¹⁶³, a także o znaczeniu zamierzonego charakteru działania¹⁶⁴ i zarobkowego charakteru udostępniania¹⁶⁵.

Należy podkreślić, że Trybunał w szeregu orzeczeń stosował przywołane wyżej kryteria nie tyle do stwierdzenia odpowiedzialności za naruszenie cudzego prawa (a w szczególności przypisania winy), co do zdeterminowania, czy dane zachowanie stanowiło w ogóle „komunikowanie publiczności” w myśl art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej. Takie

¹⁵⁷ Wyrok ws. Reha Training, pkt 42.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pkt 43.

¹⁵⁹ Wyrok ws. TVCathcup, pkt 34.

¹⁶⁰ Wyrok ws. Reha Training, pkt 44; tak też np. wyrok w sprawie del Corso, pkt 87.

¹⁶¹ A. Matlak, *Dyrektywa Unii Europejskiej dotycząca koordynacji pewnych aspektów prawa autorskiego w społeczeństwie informacyjnym*, (w:) J. Barta (red.), *Zeszyty Naukowego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej. Problemy prawa autorskiego*, nr 78, Zakamycze, Kraków 2001, str. 169.

¹⁶² Zob. np. wyrok ws. Svensson, pkt 24.

¹⁶³ Zob. np. wyrok ws. SGAE, pkt 41-42.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Zob. także np. wyrok ws. del Corso, pkt 82 lub wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 września 2016 r., sygn. C-160/15 w sprawie GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV i inni, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. GS Media), pkt 35.

¹⁶⁵ Zob. np. wyrok ws. Premier League, pkt 204.

rozumowanie Trybunału spotkało się z miazdzącą krytyką ze strony doktryny, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanki „nowej publiczności”¹⁶⁶.

Na wstępie analizy omawianego zagadnienia, pozwolę sobie póki co ograniczyć jej zakres do wymogu „nowej publiczności” oraz znaczenia dla jego zastosowania kwestii użytego technicznego środka. Do kwestii zarobkowego i zamierzonego charakteru działania odniosę się nieco później, pomimo że przesłanki te zostały po raz pierwszy wspomniane przez TSUE równocześnie z przesłanką „nowej publiczności”¹⁶⁷.

Krytykując przesłankę „nowej publiczności” podnosi się, że nie wynika ona w żaden sposób z przesłanek dyrektyw, że jej zastosowanie było niczym innym, jak tylko niezasadnym przeniesieniem na grunt dyrektywy internetowej rozumienia „komunikowania publiczności na gruncie zdezaktualizowanego (z 1980 r.) glosariusza WIPO oraz że jej aplikacja może prowadzić w niektórych sytuacjach do efektywnego wyczerpania prawa do publicznego komunikowania¹⁶⁸. Finalnie, uznaje się przesłankę „nowej publiczności” za błędną „ze względów historycznych, koncepcyjnych i ekonomicznych”¹⁶⁹.

W mojej ocenie wskazane zarzuty są w dużej mierze chybione. Dostrzegam wątpliwości, jakie budzi kryterium „nowej publiczności”, które dodatkowo wzmagane są niekiedy nazbyt skrótowymi i nieprecyzyjnymi uzasadnieniami orzeczeń Trybunału. Mimo wszystko uważam, że stosowanie kryterium „nowej publiczności” (i wykształconego na kanwie jej stosowania kryterium technicznego sposobu przekazu) nie tylko znajduje swoje podstawy w prawie unijnym, ale jest także pożądane ze względów funkcjonalnych. Dla wyjaśnienia mojego stanowiska konieczne jest jednak sięgnięcie do genezy „nowej publiczności” w orzecznictwie Trybunału oraz zdekodowanie jej właściwego znaczenia.

Geneza „nowej publiczności” jest tłumaczona w obszerny i kompleksowy sposób w przywoływanym przez R. Markiewicza¹⁷⁰ artykule M. J. Fiscora¹⁷¹. Autor w pierwszej kolejności tłumaczy, że Trybunał oparł się na nieaktualnym brzmieniu glosariusza WIPO,

¹⁶⁶ Por. np. R. Markiewicz, *Svensson a sprawa polska*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (126), Wolters Kluwer, Kraków 2014, str. 59-60 i przywołane tam pozycje.

¹⁶⁷ Por. wyrok w sprawie SGAE, pkt. 42-44. Należy jednak zwrócić uwagę, że choć Trybunał wprost zastosował wymóg „nowej publiczności” oraz nadał znaczenie świadomości konsekwencji działania użytkownika, to nie zajął on wtedy jednoznacznego stanowiska w kwestii znaczenia zarobkowego charakteru działania.

¹⁶⁸ R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 59-60 i przywołane tam pozycje.

¹⁶⁹ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 21 i przywołana tam literatura.

¹⁷⁰ R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 59-60.

¹⁷¹ M. J. Fiscor, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous „new public” theory*, dostęp: http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63.

stosując wersję z 1980 r., w miejsce wersji z 2003 r., pomimo że nowsza, bardziej aktualna wersja nie przyjmuje (a wręcz zdaje się wykluczać) przesłankę „nowej publiczności”.¹⁷² Autor wskazuje także na błędy logiczne w uzasadnieniu wyroku SGAE oraz na niezgodność przedstawionej interpretacji z konwencją berneńską, która w art. 11bis nadaje znaczenie jedynie temu, kto dokonuje transmisji, a nie temu, czy transmisja dokonywana jest do nowej lub innej publiczności¹⁷³. Wreszcie, M. J. Fiscor podnosi – co w świetle moich rozważań jest absolutnie kluczowe - że Trybunał tak naprawdę pomylił „komunikowanie utworu nowej publiczności” (błędne rozumienie) z „nowym komunikowaniem utworu publiczności” (poprawne rozumienie)¹⁷⁴. Tylko to drugie ma bowiem znaczenia dla określenia, czy dochodzi do wkroczenia w prawa wyłączne przewidziane przez art. 11bis konwencji berneńskiej, a co za tym idzie także art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej. Autor, skądinąd moim zdaniem trafnie, konstatuje przy tym, że pogląd, według którego prawem komunikowania publiczności objęte jest tylko komunikowanie utworu nowej publiczności, prowadziłoby w efekcie do wyczerpania prawa i jako takie byłoby sprzeczne z art. 3 ust. 3 dyrektywy internetowej¹⁷⁵.

Wypada chyba zgodzić się z M. J. Fiscorem, że Trybunał odwołał się w swoich rozważaniach do nieaktualnej wersji glosariusza. Przyczyna takiego stanu rzeczy wydaje się zresztą prozaiczna. Jak wskazują P. Bernt Hugenholtz i S. C. Van Velze¹⁷⁶ przesłanka „nowej publiczności” (i odniesienie do glosariusza WIPO) pojawiła się w pracach Trybunału tak naprawdę po raz pierwszy w opinii Rzecznika Generalnego w sprawie Egeda¹⁷⁷ z 1999 r. (tj. przed wydaniem nowej wersji glosariusza i przed wejściem w życie samej dyrektywy internetowej). Co prawda w wyroku w rzeczonyj sprawie Trybunał nie wypowiedział się na temat jej zasadności z uwagi na to, że kwestia komunikowania utworu publiczności nie była wówczas harmonizowana¹⁷⁸, jednak rozważania Rzecznika na kanwie tej sprawy zostały

¹⁷² *Ibidem*, str. 2-4.

¹⁷³ *Ibidem*, str. 4-5.

¹⁷⁴ *Ibidem*, str. 5-6.

¹⁷⁵ *Ibidem*, str. 6; art. 3 ust. 3 dyrektywy internetowej: „Czynności publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości określone w niniejszym artykule, nie powodują wyczerpania praw określonych w ust. 1 i 2.”

¹⁷⁶ P. Bernt Hugenholtz, S. C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a “new public”*, (w:) *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, nr 47(7), Max Planck Institute 2016, str. 802.

¹⁷⁷ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 9 września 1999 r., sygn. C-293/98 w sprawie Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) przeciwko Hostelería Asturiana SA (Hoasa), www.curia.europa.eu (dalej jako: opinia ws. Egeda), pkt 20 i następane.

¹⁷⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2000 r., sygn. C-293/98 w sprawie w sprawie Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) przeciwko Hostelería

wykorzystane w sprawie SGAE – najpierw w opinii Rzecznika Generalnego, która odwoływała się do tego samego, nieaktualnego już glosariusza¹⁷⁹, a później w wyroku samego Trybunału. Niemniej jednak, już na tym etapie pogląd M. J. Fiscora o pomyłce Trybunału w zastosowaniu glosariusza WIPO budzi częściowe wątpliwości, skoro sama Rzecznik wyraźnie stwierdza, że w konwencji berneńskiej „rozmyślnie odrzucono wymóg uzyskania nowego zezwolenia zawsze wtedy, gdy retransmisja „pozyskuje nowy krąg słuchaczy””¹⁸⁰. Trybunał musiał być więc świadom tego faktu.

Niezależnie od tego, okoliczność zastosowania nieaktualnego glosariusza – z uwagi na niewiążący charakter obu jego wersji – nie jest sama w sobie decydująca dla oceny rozumowania Trybunału. Znacznie większe znaczenie ma interpretacja glosariusza dokonana przez Rzeczników oraz Trybunał a także wnioski, do jakich finalnie doszedł ETS.

Prawdą jest, że uzasadnienie wyroku SGAE jest momentami chaotyczne, nazbyt lapidarne, a nawet zawierające błędy logiczne¹⁸¹. Pomimo tego, w mojej ocenie niesłusznym jest podstawowy zarzut kierowany pod adresem orzeczenia ws. SGAE, jak i przesłanki „nowej publiczności” w ogóle, jakoby jej spełnienie było konieczne do przyjęcia, że mamy do czynienia z komunikowaniem utworu publiczności na gruncie art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej (pomijając na ten moment kwestię przesłanki użycia odrębnego technicznie środka).

W mojej ocenie z wyroku ws. SGAE nijak nie wynika, że stosowanie przesłanki „nowej publiczności” oznacza, że art. 3 ust. 1 objęte jest komunikowanie utworu tylko do nowej publiczności, a przez to, że komunikowanie utworu do publiczności nie-nowej nie stanowi wkroczenia w cudze prawa wyłączne do utworu. Nie jest też według mnie prawdą, że Trybunał myli „komunikowanie utworu nowej publiczności” z „nowym komunikowaniem utworu publiczności”. Jest wręcz przeciwnie, choć w uzasadnieniu Trybunał rzeczywiście dokonuje pewnego rodzaju pomieszania. Niemniej jednak używa on właśnie kryterium „nowej publiczności” do stwierdzenia kiedy mamy do czynienia właśnie z „nowym komunikowaniem utworu publiczności” (nowym aktem komunikowania publiczności) w

Asturiana SA (Hoasa), www.curia.europa.eu, pkt 29. Sprawa ta, nawiasem mówiąc, była oparta na niemal identycznym stanie faktycznym, co sprawa SGAE: zob. pkt 5 wyroku i pkt 1 opinii Rzecznika Generalnego.

¹⁷⁹ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 13 lipca 2006 r., sygn. C-306/05 w sprawie Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) przeciwko Rafael Hoteles SA, www.curia.europa.eu, pkt 48 i następn.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pkt 50.

¹⁸¹ Np. klasyczny błąd non sequitur w pkt. 40, na co uwagę zwraca M. J. Fiscor na str. 4-5 przywoływanego artykułu.

przypadkach wątpliwych, nie stwierdzając przy tym, że „nowa publiczność” będzie decydować w każdej sprawie o tym, czy dochodzi do „nowego komunikowania utworu publiczności”¹⁸².

Konieczność odróżnienia nowego od nie-nowego komunikowania w rozważaniach Trybunału bierze się stąd, że zastanawia się on, czy czynności dokonywane przez hotel mogą być uznane jedynie za zabieg techniczny mający na celu załedwie 1) umożliwienie odbioru programu lub 2) poprawę jego jakości, co nie wkraczałoby w prawa wyłączne uprawnionych. Problem ten jest obszernie i wprost zaadresowany już w opinii w sprawie Egeda¹⁸³, gdzie po raz pierwszy pada określenie „technicznych środków służących do zapewnienia lub poprawy jakości odbioru pierwotnej transmisji w strefie zasięgu jej emisji”¹⁸⁴. Także w tym kierunku idzie sam Trybunał, na co wprost wskazuje treść pkt. 42 wyroku w sprawie SGAE¹⁸⁵, w którym Trybunał wyraźnie przeciwstawia sobie transmisję skierowaną do nowej publiczności i zabiegi techniczne mające na celu jedynie odbiór lub poprawę jakości transmisji w obszarze jej pierwotnego zasięgu. Również w pkt. 41 Trybunał zasadniczo stwierdza, parafrazując, że jeśli nadawany sygnał odbiera szersze audytorium (nowa publiczność), to mamy do czynienia już nie tyle ze zwykłym odbiorem audycji („techniczne środki służące do zapewnienia odbioru pierwotnej transmisji”), ale z „niezależną czynnością” (w domyśle „nowym komunikowaniem utworu publiczności”).

Dostrzeżenie, że w rozumowaniu Trybunału „nowa publiczność” służy nie tyle definiowaniu pojęcia „komunikowania publiczności”, co odróżnianiu nowych, odrębnych aktów komunikowania od działań mających na celu jedynie odbiór lub poprawę jakości aktów pierwotnych w obrębie ich początkowego zasięgu, rodzi dwie podstawowe konsekwencje. Po pierwsze, jak zostało to podkreślone wcześniej i co nie budzi wątpliwości, na czynność komunikowania publiczności składają się dwie przesłanki – „czynność udostępniania” („akt

¹⁸² Nie przypisując takiego rozumowania Trybunałowi, podobnie jednak interpretuje tę sprawę sąd apelacyjny w Warszawie na marginesie rozważań w wyroku z dnia 7 maja 2014 r., sygn. I ACa 166/13, stwierdzając: „Kryterium nowej publiczności może być jednym z kryteriów umożliwiających stworzenie nowego aktu eksploatacji, nie jest jednak warunkiem sine qua non”.

¹⁸³ Zob. opinia ws. Egeda, pkt 20-22.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pkt 22; tłum. własne zwrotu: „technical means to ensure or improve reception of the original broadcast in the catchment area”; niemal identycznie TSUE w wyroku ws. TVCatchup, pkt 27.

¹⁸⁵ Wyrok ws. SGAE, pkt 42: „Klienci hotelu stanowią taką nową publiczność. Udostępnianie tym klientom utworu nadawanego drogą radiowo-telewizyjną przy pomocy odbiorników telewizyjnych nie jest wyłącznie zabiegiem technicznym mającym na celu zapewnienie odbioru pierwotnie nadawanego programu, czy też poprawę jakości tego odbioru, w strefie objętej zasięgiem tej emisji. Przeciwnie, podmiot świadczący usługi hotelarskie podejmuje działania w celu udostępnienia chronionego utworu swoim klientom, mając pełną świadomość ich konsekwencji. W braku takich działań klienci ci, którzy znaleźliby się we wskazanej wyżej strefie, nie mogliby co do zasady korzystać z nadawanego utworu.”

komunikowania”) i „publiczność”. W zaprezentowanym ujęciu, kryterium „nowej publiczności” w ogóle nie odnosi się do przesłanki „publiczności” (pomimo sugestywnego brzmienia),¹⁸⁶ a stanowi jedynie element dookreślający przesłankę „czynności udostępniania” („aktu komunikowania”)¹⁸⁷ w sytuacjach granicznych. Po wtóre, kryterium „nowej publiczności” nie znajdzie zastosowania w każdym przypadku ustalania, czy dana czynność stanowi komunikowanie utworu publiczności, a jedynie tam, gdzie zachodzi potrzeba rozgraniczenia, czy dana czynność „już” stanowi odrębny akt komunikowania czy „jeszcze” służy tylko odbiorowi lub poprawie jakości pierwotnego aktu. Innymi słowy, odnosić się będzie jedynie to tzw. *secondary transmissions* (transmisji wtórnych), jak miało to miejsce w przypadku analizowanego orzeczenia. Co więcej, jak okaże się później w wyroku ws. TVCatchup – zastosowanie tego kryterium jest dodatkowo zawężone jedynie do niektórych transmisji wtórnych, tj. tylko do tych, które wykorzystują taką samą technologię, co transmisja pierwotna.

Na to, że kryterium nowej publiczności ma zastosowanie jedynie to transmisji wtórnych, zwraca się uwagę także w doktrynie. Przykładowo, wspominają o tym przywoływani już wcześniej P. Bernt Hugenholtz i Sam C. Van Velze, zaznaczając jednak, że teza pozostawała aktualną tylko do czasu wydania wyroku dotyczącego linkowania ws. Svensson¹⁸⁸. Podobnie rozróżnienie uwzględni M. Schellekens, który zdaje się jednak przyjmować, że link stanowi postać właśnie tak rozumianej transmisji wtórnej¹⁸⁹, co wydaje się także stać – choć nieśmiało, niewyraźnie i niejednoznacznie - za rozumowaniem samego Trybunału ws. Svensson.

Trybunał przywołuje pojęcie „nowej publiczności” nie w celu zdefiniowania pojęcia „komunikowania publiczności”, ani nawet w celu określenia zakresu uprawnień przysługujących twórcom w zw. z treścią art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej, ale jedynie w celu uzyskania instrumentu pojęciowego pozwalającego mu na oddzielanie od siebie granicznych przypadków odbioru lub poprawy jakości transmisji od (nowych) aktów

¹⁸⁶ Na marginesie należy zauważyć także, że „nowa publiczność” (tj. podmioty które nie zostały wzięte pod uwagę przez uprawnionego w momencie dokonywania pierwotnej transmisji) do której dociera utwór, w ogóle przecież nie musi spełniać przesłanki „publiczności” rozumianej jako nieograniczony i znaczny krąg osób. Miałyby to np. miejsce w przypadku umieszczenia linku pozwalającego na obejście zabezpieczeń chroniących utwór przed niepowołanym dostępem w sytuacji, w której tenże link byłby dostępny jedynie kilku osobom znanym linkującemu z imienia i nazwiska.

¹⁸⁷ Odmienne kryterium nowej publiczności (jako element przesłanki „publiczności”) zdaje się postrzegać np. R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 20-22.

¹⁸⁸ P. Bernt Hugenholtz, S. C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons...*, str. 806.

¹⁸⁹ M. Schellekens, *Reframing hyperlinks in copyright*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 38(7), Sweet & Maxwell and its Contributors 2016, str. 402.

komunikowania („czynności udostępniania”). Z uwagi na to, moim zdaniem, „nowa publiczność” nie może być uznana za typową i odrębną przesłankę, której spełnienie jest bezwzględnie wymagane, do przyjęcia, że dochodzi do komunikowania utworu publiczności, nawet w przypadku transmisji wtórnych. Innymi słowy, choć przyjęcie, że udostępnienie utworu „nowej publiczności” chyba zawsze będzie musiało przesądzić, że mamy do czynienia z „czynnością udostępniania”¹⁹⁰ (ze względów funkcjonalnych i z uwagi na akcentowaną w orzecznictwie Trybunału konieczność zapewnienia twórcom szerokiej ochrony), o tyle niespełnienie przesłanki „nowej publiczności” wcale nie oznacza *per se*, że nie dochodzi do „czynności udostępniania” („aktu komunikowania”). Nie ma bowiem żadnych przeciwwskazań, żeby do oceny czy coś jest tylko odbiorem lub poprawą jakości transmisji czy też już udostępnianiem (komunikowaniem) nie stosować innych kryteriów – technicznych, ekonomicznych, itd., jeżeli tylko ich użycie może sprawić, że finalnie dokonane w danym przypadku rozgraniczenie będzie jawić się jako mniej arbitralne, a bardziej odpowiadające potocznym znaczeniom obu tych pojęć i funkcjom, jakim służy art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej. Nie ulega zresztą wątpliwości w świetle celów dyrektywy internetowej oraz dotychczasowej praktyki, że np. umieszczenie w serwisie hostingowym (dajmy na to na YouTube) przez dwie różne osoby tego samego utworu audiowizualnego dostępnego bez żadnych ograniczeń będzie konstytuowało komunikowanie tego utworu publiczności w obu przypadkach, pomimo że w przypadku drugiego umieszczenia, nie dojdzie do jego udostępnienia żadnej nowej publiczności.

Stąd też nie dziwi, że już w wyroku SGAE Trybunał odnosi się do świadomości konsekwencji działań użytkownika¹⁹¹, a w późniejszych orzeczeniach wprost stwierdza, że zarobkowy charakter działalności ma znaczenie dla oceny, czy dochodzi do komunikowania utworu publiczności¹⁹². Koresponduje to zresztą z nowszym orzecznictwem Trybunału, w którym podkreśla się, że dla dokonania, czy dochodzi do publicznego udostępniania (komunikowania publiczności) konieczne jest uwzględnienie szeregu nieautonomicznych, współzależnych i wzajemnie na siebie oddziałujących czynników o różnym stopniu

¹⁹⁰ Choć w tym momencie – niekoniecznie udostępniania „publiczności”, bowiem „nowa publiczność” teoretycznie wcale nie musi być „publicznością” rozumianą jako nieokreślona i względnie duża liczba potencjalnych odbiorców. W przedstawionym ujęciu, badanie czy dochodzi do udostępniania utworu „publiczności” i „nowej publiczności” mieści się w zakresie badania dwóch, oddzielnych od siebie przesłanek.

¹⁹¹ Wyrok ws. SGAE, pkt 42.

¹⁹² Zob. np. wyrok ws. Premier League, pkt 204.

nasilenia¹⁹³ oraz że konieczne jest podejście zindywidualizowane, uwzględniające sytuację zarówno użytkownika, jak i innych osób¹⁹⁴.

Sądzę także, że przy takiej interpretacji „nowej publiczności” i wyroku ws. SAGE, sformułowane w wyroku ws. TVCatchup kryterium odmiennego technicznego sposobu transmisji¹⁹⁵ jest naturalną i logiczną konsekwencją przyjętego stanowiska. Nie ma bowiem sensu odwoływanie się do „nowej publiczności” (ani innych kryteriów ekonomicznych)¹⁹⁶, skoro transmisja wtórna jest na tyle różna technologicznie od transmisji pierwotnej, że w ogóle nie powstaje pytanie, czy może ona zostać uznana jedynie jako „środek techniczny przeznaczony do odbioru lub poprawy jakości transmisji pierwotnej”. Należy także zwrócić uwagę, że nie budzi chyba wątpliwości, że badanie technicznego sposobu transmisji, jak miało to miejsce w przypadku wyroku ws. TVCatchup, jest dokonywane w celu stwierdzenia, czy ma miejsce „czynność udostępniania”¹⁹⁷. Skoro zaś badanie „nowej publiczności” jest zależnie od wyników badania kryterium środka technicznego, to wydaje się, że także „nowa publiczność” powinna być odnoszona do spełnienia tej samej przesłanki, a więc „czynności udostępniania”.

Za wskazaną wyżej interpretacją przemawia także wykładnia systemowa. W przypadku uznania, że „nowa publiczność” jest przesłanką, której spełnienie jest wymagane zawsze, aby można było mówić o „komunikowaniu publiczności”, pierwsze udostępnienie utworu mogłoby niekiedy prowadzić do częściowego wyczerpania prawa do komunikowania¹⁹⁸ (R. Markiewicz pisze także o zawężaniu prawa do publicznego udostępniania utworów poprzez m. in. przesłankę „nowej publiczności”¹⁹⁹). Taki skutek następowalby np. w środowisku internetowym²⁰⁰, zwłaszcza w przypadku utworów podawanych do publicznej wiadomości (made available) w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie. Przykładowo, legalne udostępnienie filmu na YouTube sprawiałoby, że możliwe jest jego nieskrępowane udostępnianie w każdym innym miejscu Internetu, bez względu na to, że przecież w

¹⁹³ Por. np. wyrok ws. Phonographic Performance, pkt 30.

¹⁹⁴ Por. np. wyrok ws. del Corso, pkt 78.

¹⁹⁵ Wyrok ws. TVCatchup, pkt 39.

¹⁹⁶ Na ekonomiczny charakter i źródło przesłanki „nowej publiczności” wskazuje się w P. Bernt Hugenholtz, Sam C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons...*, str. 803.

¹⁹⁷ Zob. np. wyrok ws. SBS Belgium, pkt 16-19, w którym zaprezentowane umiejscowienie kryterium technicznego środka nie budzi żadnych wątpliwości.

¹⁹⁸ Por. R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 59-60 i przywołane tam pozycje.

¹⁹⁹ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 6.

²⁰⁰ Należy zwrócić uwagę, że udostępnianie utworów w Internecie zawsze będzie odbywało się „za pomocą takiej samej techniki”, co można wywnioskować z orzecznictwa TSUE. Por. np. wyrok ws. GS Media, pkt 42.

oczywisty sposób naruszałoby to interesy ekonomiczne pierwotnie udostępniającego uprawnionego (np. z uwagi na zyski z reklam). Sytuacja taka stałaby w jawnej sprzeczności z art. 3 ust. 3 dyrektywy internetowej, jak również z konwencją berneńską i traktatami WIPO²⁰¹. Z kolei zaprezentowana propozycja pojmowania „nowej publiczności”, odnosząca ją tylko do transmisji wtórnych i tylko do odróżniania odbioru lub poprawienia jakości transmisji w obrębie nadawania transmisji pierwotnej od nowego aktu komunikowania, pozwala na uniknięcie tego problemu. Nie budzi bowiem wątpliwości, że umieszczenie określonego utworu na innym serwerze, a następnie podawanie go do publicznej wiadomości w Internecie, stanowi nowy, odrębny akt komunikacji (transmisję pierwotną), a przez to wkracza w zakres monopolu prawnoautorskiego podmiotu uprawnionego.

Na marginesie należy tylko dodać, że formułowane przez Trybunał kryteria służące odróżnianiu odbioru lub poprawy jakości pierwotnej transmisji od transmisji odrębnej, choć inaczej (mniej ogólnie) ujmowane, wydają się być w gruncie rzeczy podobne do wymogów takich jak np. ekonomiczna lub techniczna odrębność, które m. in. w polskiej doktrynie służą do określania odrębności różnych pól eksploatacji²⁰². W istocie cel ich wyszczególniania oraz racje przemawiające za ich stosowaniem są podobne, bowiem w obu przypadkach używane kryteria służą do rozgraniczania pojęć opisujących pewne odmienne sposoby korzystania z utworu.

Wskazane wyżej ujęcie ma jednak jeden zasadniczy problem, prowadzący do pytania, czy nie jest ono aby jedynie nadinterpretacją podejścia TSUE i przykładem myślenia życzeniowego. Problemem tym jest sam Trybunał, którego orzeczenia uzasadniane są niedbale, bez należytej troski o szczegóły, ignorując dotychczas zbudowane teoretyczne konstrukcje odnoszące się do prawa autorskiego²⁰³. Sytuacja ta jest dodatkowo pogarszana przez ten fakt, że Trybunał zbyt często odchodzi od treści analizowanych przepisów, starając się w gruncie rzeczy rozstrzygnąć konkretny spór pomiędzy stronami, co nie jest przecież jego kompetencją²⁰⁴.

Analizując wyroki TS wydaje się, że rezultaty ich aplikowania – przynajmniej do pewnego momentu - są generalnie zgodne z zaprezentowanym rozumieniem wskazanych

²⁰¹ M. J. Fisor, *Svensson: honest attempt...*, str. 6.

²⁰² Kwestią odrębną jest, że we wcześniejszej części pracy kwestionuję słuszność takie podejścia.

²⁰³ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 34-35.

²⁰⁴ Por. E. Traple, *Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (126), Wolters Kluwer, Kraków 2014, str. 211 i 218-19.

kryteriów. Jednakże same uzasadnienia orzeczeń zdają się temu przeczyć. Powyższe wady orzecznictwa Trybunału na kanwie przesłanki „nowej publiczności” odnoszą przy tym dwojaki skutek. Nawet jeżeli bowiem na gruncie wyroku ws. SGAE możliwa jest jej obrona i próba jej zrationalizowania, o tyle późniejsze orzecznictwo wprowadza na tyle dużo chaosu, że tak naprawdę trudno jest stwierdzić jaki w zamyśle Trybunału jest charakter przesłanki „nowej publiczności”, a nawet kiedy należy ją stosować. Podobnie rzecz ma się z pozostałymi kryteriami, takimi jak zarobkowy charakter, intencjonalność działania itd. Trybunał niekiedy z nie do końca zrozumiałych względów (lub wręcz arbitralnie) pomija niektóre z nich i nadaje decydujące znaczenie pozostałym. Przykładowo, brak jest odwołania do przesłanki „nowej publiczności” w wyroku ws. del Corso²⁰⁵, pomimo że pojawia się ona w podobnych pod względem stanu faktycznego sprawach OSA²⁰⁶, Premier League²⁰⁷ i SGAE²⁰⁸. Z kolei w sprawie Phonographic Performance, Trybunał co prawda przywołuje „nową publiczność”, jednak czyni to niekonsekwentnie. Mając przed sobą pięć pytań prejudycjalnych, Trybunał odnosi się do niej przy analizie pytania drugiego (pkt 48-52), jednak pomija ją przy okazji pozostałych pytań, pomimo że wszystkie odnoszą się do pojęcia „publicznego udostępniania”. Jednocześnie w przedmiocie pytanie pierwszego oraz czwartego, Trybunał zdaje się – choć nie jest do końca jasne – zastępować przesłankę „nowej publiczności” kryterium celowości działania oraz „nieodzownej roli” użytkownika w udostępnianiu publiczności przedmiotu ochrony (pkt 40 oraz pkt. 66-67).

Trybunał odnosząc się do omawianych kryteriów bardzo często odwołuje się do względów funkcjonalnych, jednak zupełnie pomija aspekty teoretyczne, które pozwoliłyby na usystematyzowanie i zrationalizowanie metodyki działania Trybunału, a także nadanie jego orzeczeniom większej przewidywalności (co jest kluczowe w kontekście ochrony niezaprzeczalnej wartości, jaką jest pewność prawa). Trybunał często nie precyzuje, czy odwołując się do nowej publiczności, zarobkowego charakteru lub innych kryteriów, wprowadza w ten sposób nowe, odrębne od „czynności udostępniania” i „publiczności” elementy składowe pojęcia „publicznego udostępniania”, stara się w ten sposób jedynie dookreślić pojęcia „czynności udostępniania” i „publiczności”, czy też może chce w ten

²⁰⁵ Być może jest to spowodowane tym, że w wyroku del Corso Trybunał doszedł do przekonania, że w przypadku fonogramów odtwarzanych w gabinecie dentystycznym w ogóle brak jest „publiczności”. Nie jest to jednak do końca jasne.

²⁰⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. C-351/12 w sprawie OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. przeciwko Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. OSA), pkt 31-33.

²⁰⁷ Wyrok ws. Premier League, pkt 197-199.

²⁰⁸ Wyrok ws. SGAE, pkt 40-42.

sposób osiągnąć zupełnie inny cel. Wreszcie, wbrew zaproponowanemu ujęciu, Trybunał w późniejszych orzeczeniach niejednokrotnie bada spełnienie przesłanki „nowej publiczności” przy analizie spełnienia przesłanki „publiczności”.

Apogeum zamętu zostaje osiągnięte w niedawnych orzeczeń TSUE – GS Media oraz Zürs.net²⁰⁹. Pierwszy z przywołanych wyroków zapadł na kanwie linkowania. W odniesieniu do pojęcia komunikowania publiczności, Trybunał stwierdził kilka istotnych rzeczy. W pierwszej kolejności, w jego ocenie, skierowana do „publiczności” transmisja wtórna²¹⁰ przekazu, który stanowi naruszenie cudzych praw autorskich, zawsze będzie stanowić publiczne udostępnianie utworu, pod warunkiem, że użytkownik wie lub powinien wiedzieć o tym naruszeniu²¹¹. Co więcej, Trybunał idzie dalej konstruując domniemanie, że osoba działająca w celu zarobkowym działa z pełną świadomości istnienia naruszenia²¹². W ten sposób Trybunał uzależnia wkroczenie w cudze prawa bezwzględne od dwóch – wydawać by się mogło nierelevantnych – czynników. Po pierwsze, bezprawność działania zostaje uzależniona od strony podmiotowej (stanu wiedzy) użytkownika. Po drugie, bezprawność działania zostaje uzależniona od oceny prawnej zachowania osoby trzeciej, a więc osoby dokonującej pierwotną transmisję. Pomijając absolutny brak podstawy prawnej do wyciągania takich wniosków, jak i budowania związanych z tym domniemań, słusznie wskazuje R. Markiewicz, że pierwsza z wymienionych okoliczności narusza konstrukcję majątkowych praw autorskich jako praw bezwzględnych, upodabniając je w istocie do czynów niedozwolonych²¹³. Z kolei Z. Pinkalski wskazuje, że poprzez zdelegalizowanie linkowania do nielegalnie umieszczonych utworów w sytuacji, w której linkujący wie o naruszeniu, TSUE wprowadza niejako „bokiem” procedurę notice and takedown w zakresie linkowania²¹⁴ (i – zdaje się – nie tylko linkowania, skoro Trybunał czyni to dokonując wykładni przesłanki „komunikowania publiczności” w ogólności).

Co więcej, w kontekście wcześniejszych rozważań, interesujące jest także stwierdzenie Trybunału zawarte w pkt. 52 wyroku. Zgodnie z nim, z uwagi na niespełnienie przesłanki nowej publiczności, nie dojdzie do udostępniania utworu „publiczności” (zwróćmy

²⁰⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 marca 2017 r., sygn. C-138/16 w sprawie Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) przeciwko Zürs.net Betriebs GmbH, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Zürs.net).

²¹⁰ Linki zdają się być traktowane przez Trybunał, przynajmniej funkcjonalnie, jako rodzaj transmisji wtórnej.

²¹¹ Wyrok ws. GS Media, pkt 43 i 47-49.

²¹² *Ibidem*, pkt 51.

²¹³ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 5-6 oraz str. 19.

²¹⁴ Z. Pinkalski, *Glosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15*, LEX/el. 2016.

uwagę, że Trybunał w tym miejscu traktuje „nową publiczność” jako element przesłanki „publiczności”²¹⁵) jeżeli utwory do których linkuje użytkownik, są legalnie powszechnie udostępnione w jakimkolwiek innym miejscu Internetu. Z dotychczasowego orzecznictwa wynikało, że przesłanka „nowej publiczności” jest stosowana (pomimo niewyrażających tego wprost uzasadnień) tylko w przypadkach transmisji wtórnych²¹⁶. Co prawda TSUE dalej odnosi się do linku, a więc swego rodzaju transmisji wtórnej, jednak w tym przypadku bierze pod uwagę nie zasięg transmisji pierwotnej, która jest z nią związana (nielegalnie umieszczony utwór, do którego prowadzi link), ale zasięg transmisji pierwotnej, która jest zupełnie odrębna i „prowadzona” równolegle. Stawia to pod znakiem zapytania także ten warunek stosowania kryterium nowej publiczności.

Sprawa Zürs.net jest niemniej interesująca. Dotyczy ona lokalnego operatora sieci kablowej - Zürs.net – który dostarcza programy telewizyjne emitowane przez innych dostawców jedynie 130 abonentom, tym samym mieszcząc się w zakresie wprowadzonego przez prawo austriackie wyłączenia spod definicji nadawania drogą radiowo-telewizyjną, przewidzianego dla instalacji antenowych do których przyłączonych jest nie więcej niż 500 użytkowników. Pytanie prejudycjalne dotyczy zgodności wskazanej regulacji z art. 3 oraz art. 5 dyrektywy internetowej i możliwości uznania zachowania Zürs.net za komunikowanie publiczności.

Z perspektywy omawianej tematyki interesująca jest druga kwestia. W tym kontekście Trybunał rozważa, czy „równoczesna, pełna i niezmieniona transmisja za pośrednictwem kabli na terytorium krajowym programów nadawanych przez krajową organizację radiowo-telewizyjną” (a więc dostępnych powszechnie i bez ograniczeń) może stanowić publiczne udostępnianie utworu. Trybunał stwierdza, że transmisja odbywa się za pomocą innego środka technicznego niż transmisja pierwotna, toteż pozwala to na uznanie, że spełniona jest przesłanka „czynności udostępnienia”²¹⁷. Wniosek ten jest niezaskakujący i zgodny z wcześniejszym orzecznictwem. Niemniej jednak, Trybunał następnie – co zaskakujące – przystępuje do badania spełnienia przesłanki nowej publiczności, dochodząc do wniosku, że

²¹⁵ Odmienne np. we wcześniejszym wyroku ws. Svensson, gdzie przesłanka „nowej publiczności” jest analizowana oddzielnie od przesłanki „publiczności” – por. pkt. 21-28.

²¹⁶ Trybunał nie stwierdza tego wprost, ale nie spotkałem orzeczenia, w którym TSUE aplikowałby tę przesłankę do pierwotnych aktów komunikowania. Za każdym razem była to jakaś forma transmisji wtórnej, np. rozprowadzanie w budynku (wyrok ws. SGAE, wyrok ws. Phonographic Performance, wyrok ws. OSA), retransmisja (np. wyrok ws. TVCatchup, wyrok ws. SBS Belgium) lub linkowanie (np. wyrok ws. Svensson, wyrok ws. GS Media).

²¹⁷ Wyrok ws. Zürs.net, pkt 26.

skoro retransmisja częściowo dotyczy programów krajowej organizacji radiowo-telewizyjnej, to kryterium to nie zostaje spełnione i w związku z tym nie dochodzi do „publicznego udostępniania” utworów w tym zakresie.²¹⁸

Należy zwrócić uwagę, że tym sam Trybunał – zupełnie tego nie uzasadniając – w sposób oczywisty zaprzeczył stanowisku wyrażonemu w wyroku ws. TVCatchup²¹⁹ (i późniejszemu, zgodnemu w tym zakresie orzecznictwu) w którym uznał, że dokonywanie retransmisji za pomocą innego środka technicznego wyklucza stosowanie kryterium nowej publiczności. Abstrahując od tego, czy podejście takie jest słuszne, jest ono całkowicie niezgodne z wcześniejszym stanowiskiem TSUE, co dodatkowo utrudnia dekodowanie pojęcia „komunikowania publiczności”.

Wskazane wyżej okoliczności prowadzą do stwierdzenia, że odtworzenie pojęcia „komunikowania publiczności”, a w szczególności jakiegokolwiek logiczne i spójne wyjaśnienie podstaw prawnych i charakteru prawnego przesłanki „nowej publiczności” oraz pozostałych z nią związanych, jest nie tylko utrudnione, ale wręcz niemożliwe. Orzeczenia Trybunał są nie tylko nazbyt lapidarne i chaotyczne, ale także – co najlepiej udowadnia orzeczenie ws. Zürs.net – zupełnie niespójne.

Wydaje się, że na chwilę obecną konieczna jest bądź interwencja ustawodawcy unijnego, który w wyraźny sposób uporządkuje omawianą kwestię, bądź podjęcie przez TSUE wyroku, w którym dokona on próby usystematyzowania dotychczasowego orzecznictwa i klaryfikacji przyjmowanego stanowiska. W innym wypadku, wydaje się, że zważywszy na najnowsze orzecznictwo Trybunału, trzeba albo stwierdzić, że jest ono sprzeczne wewnętrznie i niemożliwe jest dokonywanie racjonalnej wykładni pojęcia publicznego udostępniania, albo uznanie, że przesłanka „publiczności” oznacza generalnie tylko „nową publiczność”. W świetle wyroku ws. Zürs.net, nie wiadomo przy tym w jaki sposób kryterium technicznego charakteru użytego środka powinno rzutować na stosowanie kryterium „nowej publiczności”. Z kolei mając na względzie pkt 52 wyroku ws. GS Media, nie wiadomo także, czy należy odnosić ją wyłącznie do transmisji wtórnych, czy możliwe jest to także w odniesieniu do transmisji pierwotnych. W obu przypadkach zaprezentowana wykładnia pozostaje jednak w jawnej i oczywistej sprzeczności z art. 3 ust. 3 dyrektywy internetowej, konwencją berneńską oraz traktatami WIPO.

²¹⁸ *Ibidem*, pkt 27-30.

²¹⁹ Wyrok ws. TVCatchup, pkt 24-26.

W mojej ocenie, pomimo powyższych wątpliwości, ciągle możliwym i zasadnym jest przyjęcie trzeciej opcji, zaprezentowanej na początku niniejszego wywodu. Według niej, kryterium „nowej publiczności” (podobnie jak intencjonalność działania, cel zarobkowy, kryterium technicznego charakteru zastosowanego środka, itd.) znajdują zastosowanie jedynie do transmisji wtórnych (co obejmuje także linki) i tylko do celu rozgraniczania od siebie nowych aktów komunikacji od czynności stanowiących jedynie odbiór lub poprawę jakości aktów pierwotnych w obrębie ich transmisji. W takim ujęciu, wskazane kryteria nie są ani odrębnymi przesłankami koniecznymi dla przyjęcia publicznego udostępniania, ani nie mają nic wspólnego z definiowaniem przesłanki „publiczności”, a stanowią jedynie kryteria pomocnicze dla aplikowania przesłanki „czynności udostępniania”.

Ponadto sądzę, że „nowa publiczność” – rozumiana w orzecznictwie jako „publiczność, która nie została wzięta pod uwagę przez podmioty uprawnione, gdy zezwoliły na pierwotne publiczne udostępnienie”²²⁰ – powinna zostać nieco przedefiniowana, o czym szerzej wypowiem się w części dotyczącej możliwości i celowości uznawania linkowania za publiczne udostępnianie.

Także w dużej mierze właśnie z uwagi na problem linkowania, uważam, że nie powinno się rezygnować z przesłanki „nowej publiczności”, o ile tylko uporządkuje się jej miejsce w systemie prawnym, rozwiewając narosłe wątpliwości. Jestem bowiem przekonany, że istnieją poważne racje funkcjonalne, przemawiające za jej stosowaniem i to w sposób, który wcale nie musi rodzić zarzutu o prowadzenie do (częściowego) wyczerpania prawa do komunikowania publiczności.

Zdaję sobie jednak sprawę z tego, że przyjęcie zaproponowanej wykładni wymaga odrzucenia znacznej części linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie.

²²⁰ Wyrok ws. Svensson, pkt 24.

2.3. Czy linkowanie stanowi (i powinno stanowić) czynność komunikowania publiczności?

W kwestii możliwości uznania, że linkowanie stanowi czynność komunikowania publiczności, należy przede wszystkim rozstrzygnąć, czy linkowanie może stanowić „czynność udostępniania” w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Szczególnie istotna jest także wykładnia przesłanki „nowej publiczności”, która (niekonsekwentnie i niejednoznacznie) zdaje się być uznawaną przez Trybunał jako dookreślająca przesłankę „publiczności”.

Trybunał wypowiedział się w kwestii linkowania pięciokrotnie. Problematyka ta była bezpośrednim przedmiotem rozważań Trybunału w wyrokach ws. Svensson oraz GS Media, jak również w postanowieniu ws. BestWater²²¹. Ponadto Trybunał wypowiedział się w sprawie linkowania ubocznie w wyroku ws. Soulier. Trybunał odniósł się do linkowania także w wyroku ws. Filmspeler²²², choć w niecodziennym kontekście.

W ramach niniejszego podrozdziału, zacznę od omówienia wskazanych orzeczeń. Kolejno, przejdę do ich oceny i skomentowania, kończąc na przedstawieniu własnych uwag dotyczących możliwości uznawania linkowania za komunikowanie publiczności.

W sprawie Svensson, powodowie byli dziennikarzami, których artykuły ukazywały się w papierowej wersji dziennika, jak również na ogólnodostępnej stronie internetowej. Z kolei pozwana spółka dostarczała poprzez swoją internetową klientom listę linków, których kliknięcie umożliwiało dostęp w całości do artykułów opublikowanych na innych stronach internetowych, w tym stronie powodów. Jednocześnie, zdaniem powodów (co było kwestionowane przez pozwaną spółkę), po kliknięciu w link klient nie odnosił wrażenia, że przenosił się na inną stronę internetową, a raczej, że artykuł był dostępny na stronie internetowej pozwanej spółki. Sedno problemu prawnego przedstawionego do rozstrzygnięcia Trybunałowi Sprawiedliwości sprowadzało się do pytania o to, czy linkowanie do cudzego utworu stanowi publiczne udostępnianie utworu w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej oraz czy ma znaczenie to, że po kliknięciu w link nie powstaje wrażenie, że

²²¹ Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 października 2014 r., sygn. C-348/13 w sprawie BestWater International GmbH przeciwko Michael Mebes i Stefan Potsch, www.curia.europa.eu (dalej jako: postanowienie ws. BestWater).

²²² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. C-527/15 w sprawie Stichting Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsovi, działającemu również pod nazwą „Filmspeler”, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Filmspeler).

użytkownik przenosi się na udostępniającą stronę internetową, a raczej, że umieszczony jest on na stronie linkującej.

Rozważając przesłankę „czynności udostępniania”, TSUE stwierdził, że fakt udostępnienia klikających linków, umożliwia użytkownikom wyjściowej strony internetowej bezpośredni dostęp do chronionych utworów²²³. Ten zaś fakt wystarcza, zdaniem Trybunału, do przyjęcia, że dochodzi do „podania do publicznej wiadomości”, a tym samym, że mamy do czynienia z „czynnością publicznego udostępniania”²²⁴.

Nie budziło także wątpliwości Trybunału spełnienie przesłanki „publiczności”. Jak bowiem ustalono, opisana wyżej czynność udostępniania była „skierowana do wszystkich potencjalnych użytkowników strony zarządzanej przez ten podmiot, czyli do nieograniczonej i dość znacznej liczby osób”²²⁵.

Kolejno, Trybunał przeszedł do rozważania dwóch kolejnych kryteriów, ujmowanych jako odrębne przesłanki – udostępnienia w oparciu o tę samą technologię oraz nowej publiczności²²⁶. Z uwagi na to, że w przypadku linkowania udostępnienie następuje w Internecie, a więc przy użyciu tej samej technologii co udostępnienie pierwotne, Trybunał, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku ws. TVCathcup, przystąpił do badania istnienia „nowej publiczności”. TSUE stwierdził, że publicznością, do której było skierowane pierwotne udostępnienie, byli wszyscy internauci²²⁷. Z uwagi na to, odbiorcy strony linkującej zostali wzięci pod uwagę przez uprawnionego i wobec tego nie stanowią nowej publiczności²²⁸. To zaś sprawia, że zezwolenie na linkowanie nie jest konieczne²²⁹, nawet jeżeli powstaje wrażenie, że linkowane utwory wyświetlają się bezpośrednio na stronie linkującej²³⁰. Ocena ta ulega jednak zmianie, gdy kliknięcie w link umożliwia obejście ograniczeń technicznych zastosowanych przez stronę pierwotnie udostępniającą utwory, bowiem dochodzi wtedy do udostępnienia utworów nowej publiczności²³¹. Podobnie rzecz ma się w sytuacji, w której kliknięcie na link umożliwia uzyskanie dostępu do utworu, który nie

²²³ Wyrok ws. Svensson, pkt 18.

²²⁴ *Ibidem*, pkt 19-20.

²²⁵ *Ibidem*, pkt 22.

²²⁶ *Ibidem*, pkt 24.

²²⁷ *Ibidem*, pkt 26.

²²⁸ *Ibidem*, pkt 27.

²²⁹ *Ibidem*, pkt 28.

²³⁰ *Ibidem*, pkt 30.

²³¹ *Ibidem*, pkt 31.

jest już dłużej dostępny dla nieograniczonej publiczności na pierwotnie udostępniającej stronie internetowej²³².

Wskazane rozumowanie zostało potwierdzone w sentencji postanowienia ws. BestWater, które dotyczyło linkowania z użyciem techniki „framingu”. Orzeczenie to jest o tyle interesujące, że plik do którego linkowano, został umieszczony w sieci z naruszeniem cudzych praw autorskich. Kwestia ta nie była jednak przedmiotem szczegółowych rozważań Trybunału²³³, który jedynie generalnie potwierdził tok rozumowania zaprezentowany w orzeczeniu ws. Svensson²³⁴.

Kluczowym i przełomowym dla omawianej problematyki jest orzeczenie ws. GS Media. Dotyczyło ono linkowania do nielegalnie umieszczonych w sieci zdjęć wykonanych na zlecenie magazynu Playboy. Wskazane zdjęcia miały ukazać się z grudniowym (2011 r.) wydaniu holenderskiej edycji magazynu, jednak jeszcze w październiku zostały one umieszczone z naruszeniem praw autorskich w witrynie Filefactory (prowadzącej usługi hostingowe, tj. zezwalającej użytkownikom na umieszczanie i udostępnianie własnych plików, bez ingerowania w ich treść), zlokalizowanej na australijskich serwerach. GreenStijl, jeden z wiodących holenderskich portali plotkarskich, umieścił na swojej stronie internetowej link do spornych zdjęć, reklamując go jako przedstawiający możliwe do pobrania zdjęcia z sesji znanej modelki. Uprawniona spółka wezwała Filefactory do usunięcia plików oraz GreenStijl do usunięcia linków. Pierwszy ze wskazanych podmiotów zastosował się do wezwania, jednak wkrótce potem zdjęcia pojawiły się na kolejnej witrynie internetowej (imageshack.us). Z kolei GreenStijl nie zastosował się do otrzymanego wezwania, a po umieszczeniu zdjęć na nowym serwerze – umieścił na swojej stronie internetowej nowe odesłanie, przekierowujące klikającego na stronę zawierającą sporne zdjęcia.

Trybunał wprost odwołał się do swoich ustaleń z wyroku ws. Svensson (aczkolwiek w swoich rozważaniach prawnych zdaje się traktować przesłankę „nowej publiczności” nie jako odrębną przesłankę publicznego udostępniania, ale jako element definicyjny przesłanki „publiczności”²³⁵) i postanowienia ws. BestWater, uznając jednak, że nie można z nich wywnioskować, że pojęcie publicznego udostępniania nie odnosi się do przypadków, gdy

²³² *Ibidem*.

²³³ Por.: Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. C-160/15 w sprawie GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV i inni, www.curia.europa.eu [dalej jako: opinia ws. GS Media], pkt 42.

²³⁴ Por. postanowienie ws. BestWater, sentencja.

²³⁵ Wyrok ws. GS Media, pkt 37-38.

utwór, do którego użytkownik linkuje, został umieszczony bez zgody uprawnionego²³⁶. Wydaje się to być zresztą logicznym następstwem definicji „nowej publiczności”, prezentowanej w orzecznictwie Trybunału. Jest ona bowiem rozumiana jako publiczność, której **uprawniony** nie wziął pod uwagę dokonując pierwotnego publicznego udostępnienia²³⁷.

Trybunał kierując się „zindywidualizowaną oceną istnienia publicznego udostępniania”, wprowadził skomplikowaną konstrukcję pozwalającą na stwierdzenie, czy w konkretnym przypadku linkowania dochodzi do publicznego udostępniania utworu. Trybunał nadał przy tym podstawowe znaczenie dwóm kryteriom – świadomości, że linkowany utwór został umieszczony z naruszeniem praw twórcy oraz zarobkowemu charakterowi działalności osoby linkującej.

Zgodnie z zapadłym orzeczeniem, jeżeli osoba linkująca wie lub powinna wiedzieć o bezprawnym charakterze linkowanego utworu, poprzez jej działanie dochodzi do publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej²³⁸. Z kolei brak takiej świadomości przesądza o tym, że do publicznego udostępniania nie dochodzi. Należy szczególnie podkreślić, że kwestia świadomości nie stanowi przesłanki odnoszącej się do odpowiedzialności, np. umożliwiając jej wyłączenie z uwagi na brak winy, ale do samej definicji komunikowania publiczności (bezprawności), uniemożliwiając uznawanie nieświadomego udostępniania (wydaje się, że tylko w odniesieniu do linków) nielegalnych utworów za komunikowanie publiczności w rozumieniu dyrektywy internetowej.

Jednocześnie Trybunał uznał, że w sytuacji, w której umieszczenie linku zostaje dokonane w celu zarobkowym, należy domniemywać istnienie pełnej świadomości co do istnienia naruszenia cudzych praw autorskich. Przy celu niezarobkowym, brak jest takiego domniemania²³⁹.

Ponadto, Trybunał – wydaje się konsekwentnie, choć zaskakująco z punktu widzenia oceny słusznościowej - stwierdził, że nie dojdzie do publicznego udostępniania utworu, z uwagi na brak nowej publiczności, w sytuacji, w której linkowany utwór jest umieszczony legalnie i bez ograniczeń w jakimkolwiek innym miejscu Internetu²⁴⁰.

²³⁶ *Ibidem*, pkt 43.

²³⁷ Zob. np. wyrok ws. SGAE, pkt 40-42, wyrok ws. TVCatchup, pkt 38, wyrok ws. Svensson, pkt 24.

²³⁸ Wyrok ws. GS Media, pkt 49.

²³⁹ *Ibidem*, pkt 51.

²⁴⁰ *Ibidem*, pkt 52.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że Trybunał orzekł wbrew wydanej w sprawie opinii Rzecznika Generalnego, zdaniem którego linkowanie do powszechnie dostępnego utworu – bez względu na to, czy został on umieszczony legalnie, czy nie – nie stanowi ani „czynności udostępniania”, ani nie realizuje przesłanki publiczności. Uzasadniając swoje stanowisko, Rzecznik zwrócił uwagę, że zgodnie z punktem 40 wyroku w sprawie cyrku Globus²⁴¹, pojęciem publicznego udostępniania objęta jest tylko transmisja lub retransmisja utworu²⁴². Ponadto, Rzecznik spostrzegł, że hiperłącza nie tyle „podają do wiadomości” chronione utwory, co raczej zaledwie ułatwiają ich odkrycie²⁴³ oraz – co istotne w świetle wyroku ws. Premier League – użytkownicy mają możliwość dostępu do chronionego utworu także bez udziału linkującego²⁴⁴. W odniesieniu do przesłanki (nowej) publiczności, Rzecznik przekonywał, że kryterium nowej publiczności nie znajduje w ogóle zastosowania w sprawach, w których uprawniony nie udzielił zezwolenia na pierwotne udostępnienie²⁴⁵, a nawet gdyby było inaczej – to w omawianej sprawie nie dochodzi do udostępnienia utworu nowym odbiorcom, z uwagi na to, że plik do którego linkowano był dostępny dla wszystkich internautów²⁴⁶. Rzecznik przywoływał także racje funkcjonalne, przekonując m. in., że jakakolwiek inna interpretacja „powodowałaby poważne zakłócenia w funkcjonowaniu Internetu”²⁴⁷, zwłaszcza zważywszy, że z reguły internauci nie mają wiedzy ani możliwości weryfikowania legalności plików do których linkują²⁴⁸. Zdaniem Rzecznika, objęciem pojęciem „publicznego udostępniania” linkowania do ogólnodostępnych utworów, wymagałoby interwencji prawodawcy europejskiego²⁴⁹.

Trybunał wypowiedział się skrótowo na temat linkowania także w sprawie Soulier. Co prawda przedmiot sporu nie dotyczył omawianej problematyki, jednak Trybunał odwołał się do przykładu linkowania wyjaśniając znaczenie przesłanki „nowej publiczności”. Odwołanie to jest jednak zaskakujące. Trybunał wykładając przesłankę „nowej publiczności” stwierdził bowiem, że uprawniony, który udostępnia utwór bez żadnych ograniczeń technicznych w Internecie, wyraża jednocześnie (chyba w sposób dorozumiany) zgodę na udostępnienie tych

²⁴¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 listopada 2011 r., sygn. C-283/10 w sprawie *Circul Globus Bucuresti (Circ & Variete Globus Bucuresti) przeciwko Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA)*, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok w sprawie cyrku Globus).

²⁴² Opinia ws. *GS Media*, pkt 49.

²⁴³ *Ibidem*, pkt 54.

²⁴⁴ *Ibidem*, pkt 55-56.

²⁴⁵ *Ibidem*, pkt 67.

²⁴⁶ *Ibidem*, pkt 70.

²⁴⁷ *Ibidem*, pkt 77.

²⁴⁸ *Ibidem*, pkt 78.

²⁴⁹ *Ibidem*, pkt 79.

utworów nieograniczonej liczbie internautów²⁵⁰. Wydaje się, że w takim ujęciu „nowej publiczności”, stanowi ona jedynie konstrukcję, która pozwala na stwierdzenie, że nie dochodzi do wkroczenia w cudze prawo wyłączne do komunikowania utworu poprzez jego komunikowania nie-nowej publiczności, z uwagi na dorozumianą zgodę uprawnionego na odbiór określonego utworu przez wszystkie osoby, które mają taką techniczną możliwość (w przypadku linkowania – wszystkich internautów). Nie sposób jednak nie dostrzec dwóch zasadniczych problemów, jakie stwarza takie ujęcie. Przy tego typu wykładni, nie wiadomo bowiem dlaczego Trybunał w pozostałych orzeczeniach konsekwentnie twierdzi, że w przypadku komunikowania utworu do nie-nowej publiczności w ogóle nie dochodzi do komunikowania utworu publiczności, a nie – jak należałoby chyba przyjąć – że co prawda dochodzi do komunikowania publiczności, jednak nie narusza ono cudzych praw z uwagi to, że objęte jest ono dorozumianą zgodą. Po wtóre zaś, ujęcie to na powrót czyni aktualnym pytanie o prawną skuteczność zakazu linkowania do chronionego utworu²⁵¹ (np. w postaci odpowiedniej noty umieszczonej na stronie internetowej; w przeciwieństwie do wyroku ws. Svensson, który naruszenia cudzego prawa z uwagi na spełnienie przesłanki nowej publiczności każe dopatrywać się jedynie w sytuacji linkowania do utworu, w sposób, który pozwala na obejście technicznych zabezpieczeń chroniących przed dostępem do niego, a nie zaledwie słownego zakazu jego eksploatacji przez nieokreślony i „względnie duży” krąg odbiorców).

Z uwagi na poboczny charakter spostrzeżeń Trybunału nt. linkowania w sprawie Soulier, trudno przypisać temu orzeczeniu istotne znaczenie dla omawianej problematyki, zwłaszcza że zajęte przez TSUE stanowisko wydaje się być sprzeczne ze stanowiskiem wyrażonym w sprawach Svensson, BestWater oraz GS Media.

Przechodząc do oceny argumentacji przedstawionej w wyrokach Svensson i GS Media, co do zasady zgadzam się z celem, który został osiągnięty przez Trybunał i w dużej mierze podzielam jego oceny słusznościowe. Niemniej jednak, według mnie, zaprezentowana przez Trybunał wykładnia prawna nie daje się bronić.

W pierwszej kolejności zasadnym jest rozważenie, czy linkowanie aby na pewno stanowi „czynność udostępniania”, a więc czy spełnia pierwszą z przesłanek komunikowania

²⁵⁰ Wyrok ws. Soulier, pkt 36.

²⁵¹ Szerzej na ten temat: por. M. J. Fiscor, *GS Media and Soulier – may the hyperlink conundrum be solved and the “new public”, “specific technical means” and “restricted access” theories be neutralized through the application of the implied licence doctrine and the innocent infringement defense?*, dostęp: http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=73, str. 8-12.

publiczności. Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Rzecznika Generalnego przedstawionej w opinii ws. GS Media, nie zgadzam się z wnioskami wyciągniętymi z uzasadnienia wyroku ws. cyrku Globus, według którego prawo do publicznego udostępniania nie obejmuje działań, które nie oznaczają transmisji lub retransmisji utworu²⁵². Wynika to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, wydaje się, że stanowisko wyrażone w tym orzeczeniu jest nietrafne, zwłaszcza, że podnosi się, że już samo umożliwienie odbioru transmisji, czy nawet samo oferowanie utworu może przesądzać o zrealizowaniu przesłanki „czynności udostępniania”²⁵³. Po drugie sądzę, że można argumentować, iż w środowisku internetowym link jest funkcjonalnie zbliżony do retransmisji utworu, co być może mogłoby – przynajmniej w pewnym zakresie - uzasadniać traktowanie linkowania w sposób analogiczny do retransmitowania utworów.

Znaczenie trafniejsze są pozostałe dwa argumenty Rzecznika – pierwszy, że linki nie „podają do wiadomości”, ale jedynie ułatwiają odkrycie utworów udostępnionych w innym miejscu Internetu²⁵⁴ oraz drugi, zbudowany na analogii do wyroku ws. Premier League, w myśl którego przecież nawet bez umieszczenia linku, jego potencjalni odbiorcy mieliby możliwość uzyskania dostępu do dostępnych w Internecie bez ograniczeń chronionych utworów.

Zwróćmy jednak uwagę, że drugi i trzeci argument Rzecznika nie przesądzają o tym, że umieszczenie linku jako takie nigdy nie stanowi „czynności udostępniania”. Wskazują one tylko, że umieszczenie linku nie stanowi „czynności udostępniania” jedynie wtedy, gdy prowadzi on do utworu, który i tak jest dostępny dla odbiorców linku, np. dlatego, że jest dostępny w Internecie bez jakichkolwiek ograniczeń. Jest to istotne, ponieważ tak brzmiąca argumentacja Rzecznika jest w zasadzie równoznaczna z twierdzeniem, iż nie dochodzi do „czynności udostępniania” jedynie w sytuacji, w której utwór nie jest udostępniany nowej publiczności w rozumieniu nadawanym temu pojęciu przez TSUE.

Rzecznik nie odwołał się do kryterium „nowej publiczności” wprost, a nawet przeciwnie – analizował kwestię nowej publiczności rozważając spełnienie przesłanki „publiczności”, a nie „czynności udostępniania”. Niemniej jednak treść przedstawionej wyżej argumentacji, w mojej opinii, jasno wskazuje, że dla Rzecznika decydujące znaczenie dla przyjęcia, że nie dochodzi do „czynności udostępniania” ma właśnie to, że umieszczenie linku

²⁵² Wyrok ws. cyrku Globus, pkt 40.

²⁵³ Zob. wyrok ws. Dimensione Direct, pkt 25-32; R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 14-15; J. C. Ginsburg, *Hyperlinking...*, str. 147.

²⁵⁴ Podobna argumentacja w: R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 57-58.

nie prowadzi do udostępnienia utworu jakimkolwiek osobom, które i tak by tego dostępu nie miały (innymi słowy: właśnie nowej publiczności).

Jak zostało szczegółowo wyjaśnione w poprzednim podrozdziale, uważam, że kryterium „nowej publiczności” powinno służyć właśnie do dookreślenia przesłanki „czynności udostępniania”, ewentualnie wespół z innymi formułowanymi przez Trybunał kryteriami, mającymi charakter tak techniczny, jak i ekonomiczny. Przypomnę, że – w mojej opinii – źródłowym problemem, który stał się asumptem do wyodrębnienia kryterium „nowej publiczności”, była potrzeba rozgraniczenia nowych aktów komunikacji (retransmisji) od działań zmierzających jedynie do odbioru lub polepszenia jakości pierwotnej transmisji w obszarze jej zasięgu. Uważam, że ze względu na podobieństwo problemu, z jakim mamy do czynienia w przypadku analizowania odesłań do chronionych utworów, kryterium nowej publiczności powinno być jednym (choć niekoniecznie jedynym) z decydujących czynników pozwalających na stwierdzenie, czy dochodzi do komunikowania utworu publiczności. Raz jeszcze pragnę jednak podkreślić, że nie traktuję „nowej publiczności” jako odrębnej przesłanki ani elementu definicyjnego przesłanki „publiczności”, a jedynie jako kryterium pomocnicze dla ustalania, czy w danym przypadku ma miejsce „czynność udostępniania”. Przedstawiony wyżej sposób rozumowania Rzecznika w opinii ws. GS Media, zdaje się wspierać taką interpretację (choć ewidentnie w sposób niezamierzony).

W tym miejscu należy jednak poczynić kilka istotnych zastrzeżeń.

Przede wszystkim, kryterium „nowej publiczności” wcale nie musi być w każdym przypadku linkowania ani jedynym, ani decydującym czynnikiem przemawiającym za uznaniem, że ma miejsce czynność udostępniania. W grę teoretycznie mogą wchodzić także inne czynniki, o charakterze ekonomicznym, technicznym lub innym, o ile okażą się w konkretnej sprawie pomocne do stwierdzenia, czy analizowany przypadek linkowania mieści się w zakresie pojęciowym „czynności udostępniania”. Uważam jednak, że kryterium „nowej publiczności” powinno być co do zasady jednym z głównych decydujących kryteriów, z uwagi na jego szczególną użyteczność. Sądzę, że „nowa publiczność” pozwala w łatwy i przede wszystkim obiektywny sposób odróżnić, czy w danej sytuacji linkujący rzeczywiście czyni dostępnym cudzy utwór, czy też tylko ułatwia dostęp do utworu już dostępnego („poprawia jakość transmisji”). Brak jest jednak przeciwwskazań do aplikowania również innych kryteriów (zarówno pojawiających się w orzecznictwie Trybunału, jak i nie), takich jak np. ekonomiczne konsekwencje działalności linkującego, o ile tylko na kanwie konkretnej sprawy mogą okazać się pomocne do dokonania wskazanej dystynkcji. Brak jest jednak

podstaw normatywnych do konstruowania jakichkolwiek domniemań wywierających określone skutki prawne, tak jak czyni to Trybunał w wyroku ws. GS Media.

Po wtóre, należy zwrócić uwagę, że jeżeli „nowa publiczność” ma służyć jedynie określeniu, czy dochodzi do „czynności udostępniania”, nie bardzo widzę podstawy do nadawania znaczenia temu, czy utwór linkowany został umieszczony w Internecie legalnie czy też z naruszeniem cudzych praw autorskich. Nie znajduję jakichkolwiek podstaw – poza i tak niepewnymi ocenami natury słusznościowej na kanwie konkretnych typów spraw – które pozwoliłyby na uznawanie, że legalność utworu „źródłowego” (a tym bardziej świadomość nielegalności), może sama w sobie w jakikolwiek sposób determinować, czy w konkretnym przypadku w ogóle dochodzi do udostępniania utworu określonym osobom. Jak zwraca się uwagę w doktrynie²⁵⁵, takie podejście może rodzić także dodatkowe, zupełnie niepotrzebne, bo nakładające na linkującego nazbyt daleko idący obowiązek weryfikacji linkowanych treści pod względem prawnym, problemy. Mogą one wynikać np. z tego, że utwór linkowany, pomimo że został umieszczony w Internecie za zgodą autora, sam w sobie stanowi naruszenie cudzych praw autorskich (np. poprzez niedozwolone przejęcie chronionych fragmentów innego utworu)²⁵⁶.

Uważam przy tym, że w sytuacji linkowania do nielegalnie umieszczonych plików, znacznie większa elastyczność, przy jednoczesnym zachowaniu adekwatnego poziomu ochrony uprawnionych, może być osiągnięta przez pociąganie linkujących do odpowiedzialności za naruszenie pośrednie (np. w formie pomocnictwa lub czerpania korzyści z cudzego czynu niedozwolonego)²⁵⁷. Takie podejście pozwala ponadto uniknąć zarzutów stawianych Trybunałowi po uzasadnieniu wyroku ws. GS Media, dotyczących budowania skomplikowanych konstrukcji prawnych bez istnienia dostatecznych podstaw normatywnych.

Naturalnie, z uwagi na powyższe, postuluję nieco odmienne rozumienie „nowej publiczności”, od tego zaprezentowanego przez Trybunał. W mojej ocenie „nową publicznością” powinna być nie tyle publiczność niewzięta pod uwagę przez uprawnionego, co raczej publiczność, która nie została wzięta pod uwagę przez pierwotnie udostępniającego (dokonującego pierwotnej transmisji), bez względu na to, czy jest on uprawnionym, czy nie.

²⁵⁵ Zob. np. R. Markiewicz, *Svensson*...

²⁵⁶ R. Markiewicz, *Svensson*..., str. 62 oraz przywoływany tam P. Stevens, *A hyperlink can be both a permissible and an infringing act at the same time* (w:) *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, t. 9 nr 7, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 549.

²⁵⁷ Podobnie np. M. J. Fiscor, *GS Media and Soulier*..., str. 6.

Takie podejście uważam za trafne nie tylko z wyżej wymienionych powodów, ale także dlatego, że skoro „nowa publiczność” ma służyć jedynie stwierdzeniu, czy ma miejsce „czynność udostępniania” (opis zachowania linkującego), to nie ma w niej miejsca na dokonywanie ocen prawnych związanych z udostępnianymi utworami (zachowaniem osoby trzeciej). Eliminuje to też niektóre z pojawiających się w innym wypadku problemów – np. w związku z wycofaniem zgody na udostępnienie w sieci linkowanego utworu przez inną osobę albo usunięciem z sieci legalnie udostępnionych utworów, podczas gdy link prowadzi do kopii nielegalnej (wg wyroku ws. GS Media, nie dochodzi wtedy do komunikowania utworu publiczności).

Kolejno należy zastrzec, że w zaprezentowanym ujęciu niemożliwe jest generalne stwierdzenie, że linkowanie stanowi lub nie stanowi „czynności udostępniania”. Zależy to bowiem od zbadania, czy w konkretnej sytuacji link jedynie ułatwia dostęp do utworu, który i tak został skierowany do określonego kręgu osób, czy też przeciwnie, to link rzeczywiście „czyni go dostępnym”. Co do zasady, jak zostało wyjaśnione wyżej, powinno się to sprowadzać głównie do zbadania, czy dochodzi do udostępnienia utworu „nowej publiczności”, czy też nie.

„Czynność udostępniania”, co do zasady, będzie stanowić wyłącznie linkowanie do utworów, które nie zostały skierowane do odbiorców linku. Stwierdzenie, że sytuacja taka ma miejsce, pozwoli na analizowanie przesłanki „publiczności” i – finalnie – ewentualne stwierdzenie, że doszło do w kroczenia w cudze prawa wyłączne. W innym wypadku, tj. w sytuacji, w której odbiorcami linku są wyłącznie odbiorcy „pierwotnej transmisji” (osoby do których było skierowane pierwotne udostępnienie), w mojej ocenie, nie może być mowy o „czynności udostępniania”. Naturalnie, wobec powyższego, wszelkie słowne (pozbawione ograniczeń technicznych) zastrzeżenia dot. zakazu linkowania do określonego utworu należy uznać za prawnie bezskuteczne. Wynika to z tego, że ewentualna możliwość wydania zakazu linkowania do utworów określonej osoby, miałyby swoje źródło w wyłącznym prawie twórcy do komunikowania publiczności swojego dzieła. Natomiast w przypadku niespełnienia przesłanki „czynności udostępniania”, do komunikowania publiczności poprzez linkowanie w ogóle nie dochodzi, toteż – mówiąc krótko - nie ma czego zakazywać. Innymi słowy, linkowanie do nie-nowej publiczności nie jest w ogóle objęte prawem do komunikowania utworu publiczności i nie wkracza w zakres cudzych praw wyłącznych.

Celowo posługuję się zwrotem utworów „skierowanych” do określonej publiczności, a nie po prostu jej „dostępnych”. Związane jest to z kolejnym opisywanym w doktrynie²⁵⁸ problemem odnoszącym się do rozumienia pojęcia „nowej publiczności” w Internecie. Pojawia się bowiem pytanie, czy umieszczenie utworu w Internecie bez stosowania żadnych technicznych ograniczeń dostępu, oznacza automatycznie, że jest on skierowany do ogółu Internautów i czy w związku z tym linkowanie do niego nigdy nie będzie linkowaniem obejmującym „nową publiczność”? Pytanie to przenika się zresztą z pytaniem, na ile powinniśmy patrzeć na problem linkowania przez pryzmat techniczny, a na ile z uwzględnieniem kryteriów funkcjonalnych.

Zauważmy, że w orzeczeniach Trybunału wszyscy użytkownicy Internetu stanowią jedną publiczność²⁵⁹, a co za tym idzie, udostępnienie utworu w jakimkolwiek miejscu Internetu bez ograniczeń technicznych, stanowi udostępnienie pliku wszystkim użytkownikom Internetu. Nie trzeba być znawcą Internetu, żeby zorientować się, że takie twierdzenie, choć prawdziwe, jest w gruncie rzeczy nieco złudne. Mam tu na myśli nie tyle np. różnych potencjał ekonomiczny (zasięg odbiorców) różnych stron internetowych, na co uwagę zwraca M. Fiscor²⁶⁰, co fakt, że możliwość korzystania z wielu spośród swobodnie dostępnych w sieci utworów jest czysto iluzoryczna. Często użytkownikowi na przeszkodzie staje bowiem szereg różnych czynników, przy czym na czoło zdają się wysuwać takie jak bariery językowe czy specyficzna architektura wielu serwisów, zwłaszcza hostujących. Nie szukając odległych przykładów, wystarczy odnieść się do stanu faktycznego sprawy GS Media, w której sporne zdjęcia zostały umieszczone początkowo w serwisie Filefactory. Serwis ten nie zawiera żadnych technicznych ograniczeń dostępu, jednak równocześnie nie oferuje żadnego systemu, który pozwoliłby nawigować po umieszczonych w nim plikach. Oznacza to, że brak znajomości adresu konkretnego pliku (linku), względnie jego nazwy²⁶¹, która nie musi przecież odpowiadać nazwie, pod którą użytkownik spodziewa się odnaleźć dany utwór, efektywnie uniemożliwia uzyskanie do niego dostępu przez użytkownika, pomimo że pozornie jest on powszechnie dostępny. Podobnie, na ogół osoby nieposługujące się danym językiem, nie są w stanie skorzystać z utworów udostępnionych na stronach w tym języku, co jest szczególnie łatwo obserwowalne w przypadku języków relatywnie mało znanych.

²⁵⁸ Por. np. M. J. Fiscor, *GS Media and Soulier...*, str. 12-13.

²⁵⁹ Zob. np. wyrok ws. Svensson, pkt 26. Por. także S. Karapapa, *The requirement for a “new public” in EU copyright law* (w:) *European Law Review*, nr 42(1), Sweet & Maxwell and its Contributors 2017, str. 72-73.

²⁶⁰ M. J. Fiscor, *GS Media and Soulier...*, str. 13.

²⁶¹ Co umożliwiłoby jego wyszukanie przez ogólnodostępne wyszukiwarki.

Wskazany wyżej problem, w mojej ocenie, wymaga głębszego opracowania i może w przyszłości stać się przedmiotem rozważań Trybunału. Jednakże, wobec jak dotąd jednoznacznego stanowiska TSUE w tej kwestii, póki co ograniczam się jedynie do zarysowania tejże problematyki. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przyjęcie węższego rozumienia publiczności i nadawanie nazbyt wysokiego znaczenia racjom funkcjonalnym jest o tyle niebezpieczne, że mogłoby skutkować w pewnych sytuacjach zdelegalizowaniem linkowania do utworów umieszczonych w Internecie legalnie i bez żadnych ograniczeń technicznych, jeżeli tylko przyjęte kryteria prowadziłyby do uznania, że utwór nie był skierowany do określonej publiczności.

Wracając do wyroku ws. GS Media, zwróćmy raz jeszcze uwagę, że problemem było nie tylko to, że pliki do których linkowano zostały umieszczone na serwerze nielegalnie, ale także to, że praktycznie niemożliwe byłoby uzyskanie dostępu do nich bez umieszczenia linku na innym portalu. Wydaje mi się, że nie można nie doceniać tej okoliczności. O ile sam fakt linkowania do nielegalnych utworów – jak zaznaczyłem wcześniej – nie przesądza, że mamy do czynienia z komunikowaniem publiczności (i należy raczej doszukiwać się w tym naruszenia pośredniego), o tyle ocena ta – w moim odczuciu – może ulec zmianie w sytuacji takiej, jak rozpatrywana przez Trybunał. Zgodnie z przywołanym wyżej orzecznictwem, jak i zaprezentowanym podejściem do interpretacji przesłanki czynności udostępniania, a w szczególności konieczności uwzględniania wszystkich okoliczności sprawy i dostrzegania zależności między nimi, nie można zupełnie pominąć tego, że sporne pliki nigdy nie trafiłyby do publiczności bez umieszczenia linku. Pomimo że z technicznego punktu widzenia samo ich umieszczenie na serwerze skutkowało tym, że teoretycznie każdy internauta mógł się z nimi zapoznać, to w praktyce stało się to możliwe dopiero dzięki udostępnieniu linku. Czynność linkowania – nie technicznie, ale praktycznie – była absolutnie niezbędna do tego, żeby publiczność mogła uzyskać dostęp do chronionych utworów, które w innym wypadku z najprawdopodobniej nigdy nie zostałyby odnalezione. Bez linku o żadnej publiczności (ani nowej, ani nie-nowej) nie mogłoby być mowy. W realiach omawianej sprawy, z uwagi na powyższe, umieszczony link stanowił więc nie tylko „przedłużenie” „pierwotnej transmisji”, tj. narzędzie, które co najwyżej ułatwiało dostęp do pierwotnie umieszczonych plików, ale zupełnie nowy akt komunikacji, który umożliwiał uzyskanie do nich osobom, które w innym wypadku nie miałyby takiej możliwości z uwagi na cechy „konstrukcyjne” strony na której pliki były hostowane. Z tego względu – zupełnie abstrahując od kwestii legalności pierwotnie

umieszczonych plików – uważam, że sporna czynność linkowania została słusznie uznana za czynność udostępniania, a co za tym idzie – za komunikowanie publiczności.

Na marginesie należy zwrócić uwagę jeszcze na jeden problem, który jest rezultatem zaprezentowanego sposobu interpretacji „czynności udostępniania” i „nowej publiczności”. Chodzi mianowicie o to, jak zmieniłaby się ocena prawna opisanego wyżej linku, gdyby pliki w spornym serwisie (Filefactory lub innym podobnym) zostały umieszczone przez podmiot uprawniony? Zwróćmy bowiem uwagę, że skoro odrzucamy pogląd, jakoby kwestia legalności pliku linkowanego miała wpływ na to, czy dochodzi do publicznego udostępniania utworu, a punkt ciężkości tej analizy przenosimy na kwestię realnej dostępności pierwotnie umieszczonego pliku, to konsekwentnie trzeba by przyjąć, że także linkowanie do legalnie umieszczonego pliku może w niektórych sytuacjach stanowić czynność komunikowania utworu publiczności, a tym samym – wkraczać w cudze prawa wyłączne.

Należy uściślić, że do takich sytuacji w zaprezentowanym ujęciu w praktyce mogłyby dochodzić chyba zupełnie tylko wyjątkowo. Niemniej jednak nawet wtedy mogłyby one budzić sprzeciw z uwagi na specyfikę Internetu i racje słusznościowe. Być może nawet w takiej sytuacji legalność takiego udostępniania bez uzyskiwania zezwolenia podmiotów uprawnionych dałoby się jednak „wtórnie” „ratować” konstrukcją zaczerpniętą z wyroku ws. Soulier²⁶²?

Zbliżając się do końca rozważań na temat możliwości uznawania udostępniania linków za „czynność udostępniania”, należy podnieść, że za zaprezentowanym elastycznym podejściem (w tym zakładającym stosowanie kryterium „nowej publiczności” w omówionym rozumieniu i funkcji), przemawiają także istotne racje funkcjonalne. Słusznościowe uzasadnienie uznawania, że linkowanie utworów do nie-nowej publiczności nie stanowi „czynności udostępniania”, było wielokrotnie przywoływane zarówno w doktrynie, jak również w wyrokach ws. Svensson oraz ws. GS Media. Najlepiej i najwymowniej streszcza jest pochwała wyroku ws. Svensson, o którym mówiło się, że ocalił Internet²⁶³.

Bardziej interesujące jest jednak uzasadnienie objęcia monopolem prawnautorskim linkowania skierowanego do nowej publiczności (ściślej: linku, który stanowi „nowy akt komunikacji”). Zostało ono zarysowane już w wyroku ws. GS Media. Mam tu na myśli nie tylko potrzebę zapewnienia szerokiej ochrony twórcom, ale także konieczność pozostawienia

²⁶² Wyrok ws. Soulier, pkt 36.

²⁶³ Zob. R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 56.

– poprzez elastyczne podejście do kwestii kwalifikacji linkowania - pewnej „furtki”, która pozwala na odróżnienie od siebie „zwykłych” linków, stanowiących niezbędne narzędzie do nawigowania w Internecie, od tych linków, których celem jest umożliwianie dostępu do utworów, które bez linków nie byłyby dostępne określonemu kręgowi odbiorców wcale (ze względów technicznych lub praktycznych).

W tym kontekście istotne są dwa rodzaje spraw. Pierwszy z nich został omówiony wyżej. Uważam, że w pewnych sytuacjach – jak np. w przypadku niemal niedostępnych bez linku plików, takich jak umieszczone choćby w serwisie Filefactory – zasadnym jest traktowanie linkowania do nich jako „czynności udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej. W tych przypadkach bowiem, to właśnie umieszczenie linku – a nie samo umieszczenie na serwerze – decyduje o tym, że pliki te są rzeczywiście dostępne publiczności.

Poza powyższym, Trybunał zwraca uwagę na nie mniej ważny problem – linkowanie niekiedy może prowadzić do obchodzenia technicznych zabezpieczeń (ograniczeń dostępu) i w ten sposób czynić dostępnym treści, które bez użycia linku byłyby technicznie niedostępne.

Bogactwo Internetu sprawia, że źródeł takiej możliwości może być wiele. Niektóre serwisy wprost oferują usługi wykorzystujące omawianą funkcję linków. Przykładowo, pliki umieszczone na Dysku Google, domyślnie dostępne wyłącznie dla zalogowanego użytkownika konkretnego dysku, mogą być udostępniane innym osobom właśnie za pośrednictwem specjalnie w tym celu wygenerowanego linku. Podobnie rzecz ma się z klipami umieszczanymi w serwisie YouTube w trybie niepublicznym.

W innych przypadkach, możliwość taka jest efektem ubocznym innych funkcjonalności określonych serwisów lub dziur w systemie ich zabezpieczeń. Problem ten jest świetnie oddawany w wyszukiwarce Google, która w wynikach wyszukiwania umieszcza także linki do kopii stron wykonanych w pamięci podręcznej. Z jednej strony pozwala to niekiedy na uzyskanie dostępu do stron, które zniknęły już z sieci (lub ich starszych wersji), a przez to – do utworów, które nie są już dostępne. Z drugiej zaś, niekiedy umożliwia to obchodzenie niektórych rodzajów ograniczeń dostępu stosowanych przez pewne strony internetowe, np. jak ma to miejsce w przypadku, kiedy dostęp do płatnych treści na konkretnie stronie jest ograniczony jedynie za pomocą okienek pop-up.

Wreszcie, obecnie istnieją linki lub narzędzia podobne do nich (a rozwój techniki będzie zapewne powodował pojawianie się kolejnych), których przeznaczeniem jest

umożliwienie działalności polegającej na nielegalnym udostępnianiu utworów. Najlepszym przykładem jest zdobywający w ostatnich latach coraz większą popularność system wymiany plików Peer to Mail (P2M), który posługuje się w istocie podobnymi pod wieloma względami do linków tzw. „haszkodami”²⁶⁴. W systemie P2M, pliki dzielone są na małe paczki, które wysyłane są za pomocą specjalnie utworzonych do tego celu skrzynek pocztowych jako załączniki e-maili na inne, również specjalnie do tego celu założone skrzynki pocztowe (skrzynki docelowe), najczęściej w ogólnodostępnych serwisach internetowych. Wklejenie haszkodu do odpowiedniego programu pozwala mu na automatyczne logowanie się do skrzynek docelowych oraz pobieranie tak rozesłanych załączników, a następnie scalenie ich w jeden plik, który użytkownik chce pobrać. Zwróćmy uwagę, że w takiej konstrukcji to właśnie haszkod – funkcjonalnie nie różniący się przecież znacząco od linku – odgrywa decydującą rolę dla udostępniania plików innym użytkownikom. Co więcej, ze względu na zastosowaną technologię, z praktycznego punktu widzenia jedynym rozsądnym (a być może nawet – jedynym praktycznie możliwym wyjściem) wydaje się być ściganie osób udostępniających haszkody, zwłaszcza, że strony internetowe które indeksują i reklamują haszkody zdobywają coraz większą popularność.

W opisanych wyżej przypadkach, to właśnie umieszczenie linku (lub podobnego narzędzia) w miejscu dostępnym dla publiczności sprawia, że dochodzi do rozpowszechnienia chronionego utworu. Bez odpowiedniego linku, utwory pomimo tego, że teoretycznie zostały udostępnione w Internecie wcześniej, nie byłyby powszechnie dostępne. Działanie linkujących jest tutaj niezbędnym elementem do naruszenia cudzych praw wyłącznych i to ono w rzeczywistości prowadzi do tego, że nowa publiczność może zapoznać się z utworem. Z tego względu to właśnie linkujący winni spotkać się z reakcją środków przewidzianych przez prawo autorskie. W mojej ocenie uwydatnia to zasadność stosowania kryterium „nowej publiczności”, które pozwala na wyszczególnienie i odpowiednie potraktowanie zaprezentowanych wyżej sytuacji w sposób prosty i obiektywny.

Konkludując już powyższe rozważania, należy zwrócić uwagę, że takie ujęcie kryterium „nowej publiczności” zasadniczo pozbawia racji zarzut, w myśl którego jest ono stosowane bez dostatecznych podstaw normatywnych. W takim ujęciu stanowi ono bowiem jedynie wynik interpretacji jednej z dwóch przesłanek komunikowania publiczności, a na dodatek nie ma charakteru wyłącznego, decydującego, ani samoistnego. W przypadku, w którym stosowanie kryterium „nowej publiczności” miałyby prowadzić do rezultatów

²⁶⁴ Zob. np. www.haszkod.pl

sprzecznych np. z wiążącymi UE traktatami, możliwe jest elastyczne podejście do jego stosowania i dokonanie korekty poprzez zastosowanie także innych kryteriów.

Wskazane wyżej rozumienie „czynności udostępniania” oraz przedstawiona analiza, w mojej ocenie, skupiają na sobie wszystkie trudności związane z możliwością kwalifikowania linkowania jako komunikowania publiczności. Z uwagi na to, a w szczególności z uwagi na przyjęte przeze mnie rozumienie kryterium „nowej publiczności”, osobne rozważania dotyczące spełniania przez linkowanie przesłanki „publiczności”, są zbędne. Cała trudność z jej aplikowaniem sprowadza się tak naprawdę do stwierdzenia, czy w konkretnym przypadku – założywszy naturalnie, że umieszczenie konkretnego linku stanowi „czynność udostępniania” – utwór udostępniany jest nieokreślonymu i względnie dużemu kręgowi odbiorców.

2.4. Czy linkowanie jest „korzystaniem” z utworu?

Przy analizie linkowania z punktu widzenia prawa polskiego, podstawowym problemem jest pytanie o to, czy może ono stanowić „korzystanie” z utworu w rozumieniu art. 17 pr. aut.²⁶⁵ Z problemem tym nierozzerwalnie związane jest pytanie o pola eksploatacji.

Jeszcze przed wydaniem orzeczenia w sprawie GS Media, J. Barta i R. Markiewicz podnosili²⁶⁶, że brak jest podstaw do uznania, że linkowanie może stanowić postać korzystania z utworu. Autorzy opierali się nie tylko na tezie orzeczenia Svensson, ale także na argumentacji funkcjonalnej, podnosząc, że wykładnia przedstawiona przez Trybunał mogłaby prowadzić do sparaliżowania Internetu. Jednocześnie postulowali oni traktowanie linkowania do nielegalnych utworów jako pośredniego naruszenia prawa autorskiego, odwołując się do konstrukcji pomocnictwa (art. 422 k.c.²⁶⁷). Zdaniem autorów, wykładnia taka pozwalałaby osiągnąć zgodność prawa krajowego z prawem Unii, pomimo że w obu tych porządku do osiągnięcia tego samego celu posługiwałoby się odmiennymi środkami. Ocena ta, zdaniem R. Markiewicza, zachowuje swoją aktualność także po wyroku ws. GS Media. Wg autora, linkowanie może w polskim porządku prawnym stanowić jedynie pośrednie naruszenie prawa autorskiego, niezależnie od tego, czy należy dokonać całkowitej czy tylko częściowej implementacji do prawa krajowego poglądów wyrażanych przez Trybunał²⁶⁸.

Uważam, że istnieją podstawy do przyjęcia odmiennej interpretacji i traktowania linkowania jako korzystania z utworu w rozumieniu art. 17 pr. aut. Pogląd ten nie ma jednak charakteru absolutnego. Oznacza to, że podobnie jak na gruncie dyrektywy internetowej nie każde umieszczenie linku stanowi jego komunikowanie („czynność udostępniania”), tak też na gruncie prawa polskiego – przy zastosowaniu analogicznych kryteriów – nie każde umieszczenie linku musi stanowić postać korzystania z utworu.

Moje rozumowanie wychodzi „od drugiej strony”. Zwróćmy uwagę, że pojęcie komunikowania publiczności, a właściwie podawania do publicznej wiadomości, obecne w art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej, ma swój odpowiednik także w polskiej ustawie o prawie autorskim. Jest nim pole eksploatacji ujęte w art. 50 pkt 3 pr. aut., tj. „publiczne udostępnianie

²⁶⁵ Art. 17 pr. aut.: „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 utworu.”

²⁶⁶ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 529.

²⁶⁷ Art. 422 k.c.: „Za szkodę odpowiedzialny jest nie tylko ten, kto ją bezpośrednio wyrządził, lecz także ten, kto inną osobę do wyrządzenia szkody nakłonił albo był jej pomocny, jak również ten, kto świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody.”

²⁶⁸ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 31.

utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”. Ustawa opisując ten sposób korzystania z utworu, posługuje się dwoma przesłankami analogicznymi do przesłanek wyszczególnionych przez dyrektywę – „udostępnianie” oraz „publiczne”.

Skoro wskazane pole eksploatacji jest powszechnie (historycznie, systemowo, funkcjonalnie) uznawane za polski odpowiednik podawania do publicznej wiadomości z art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej oraz zasadniczo zbudowane jest wokół tych samych przesłanek, to nie tylko nie ma przeciwskazań, ale wręcz – w świetle nakazu dokonywania wykładni pronunijnej – istnieje obowiązek rozumienia tych pojęć w sposób zbieżny. Skoro więc linkowanie może być uznawane za komunikowanie publiczności (podawania do publicznej wiadomości) na gruncie art. 3 ust. 1, to winno również dopuszczać się taka możliwość na gruncie art. 50 pkt 3 pr. aut.

Jednocześnie, jak zostało to opisane wcześniej, nie traktuję kryteriów „nowej publiczności”, zarobkowego charakteru itd., jak odrębnych przesłanek formułowanych przez prawo unijne, a obcych prawu polskiemu, ale jedynie jako kryteria będące rezultatem wykładni pojęcia „udostępniania”. Jako że pojęcie to występuje także na gruncie polskiej ustawy, to istnieją podstawy do transponowania jego rozumienia zaprezentowanego na gruncie dyrektywy internetowej, łącznie ze znaczeniem jakie nadawane jest kryteriom formułowanym przez TSUE, włączając w to „nową publiczność”, zarobkowy charakter itd.

Wyszczególnione w art. 50 pr. aut. pola eksploatacji pełnią m. in. funkcję dookreślającą treść prawa autorskiego uregulowanego syntetycznie w art. 17 pr. aut. Skoro więc istnieją podstawy do tego, żeby uznać, że linkowanie może stanowić postać publicznego udostępniania utworu w taki sposób, żeby każdy miał do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, to konieczne jest stwierdzenie, że może ono stanowić postać korzystania z utworu w rozumieniu art. 17 pr. aut.

Konsekwentnie zwracam uwagę, że powyższe nie dotyczy kwestii umyślności naruszenia prawa autorskiego, bowiem z powodów opisanych wcześniej, odrzucam to kryterium jako element decydujący o tym, czy dochodzi do „czynności udostępniania” czy „komunikowania publiczności” w ogóle, tak jak miało to miejsce w wyroku ws. GS Media. Jednocześnie nie widzę żadnych podstaw do stosowania w Polsce przyjętych przez TSUE ws. GS Media domniemań związanych z dobrą wiarą linkującego (bezpodstawnych zresztą także

na gruncie prawa unijnego). Możliwość transpozycji stanowiska Trybunału do prawa polskiego bez odpowiednich zmian legislacyjnych należy zdecydowanie wykluczyć²⁶⁹.

Dla uniknięcia nieporozumień, należy raz jeszcze podkreślić, że linkowanie może stanowić postać korzystania z utworu, ale to nie znaczy, że będzie nim zawsze. Zwróćmy bowiem uwagę, że w zaprezentowanym rozumieniu komunikowania publiczności, nie każde umieszczenie linku wchodzi w jego zakres. Co do zasady nie powinno się w nim mieścić udostępnianie linku do utworu nie-nowej publiczności, przy czym przez nową publiczność rozumiem publiczność inną, niż ta, która została wzięta pod uwagę przez udostępniającego pierwotnie (niekoniecznie uprawnionego). Oznacza to, że co do zasady, linkowanie do nielegalnie umieszczonych w sieci utworów skierowane do nie-nowej publiczności, nie będąc „udostępnianiem” w rozumieniu dyrektywy, a przez to także art. 50 pkt 3 pr. aut., nie będzie także „korzystaniem” z utworu w rozumieniu art. 17 pr. aut. Może jednak w dalszym ciągu stanowić naruszenie pośrednie.

W takim ujęciu, z praktycznego punktu widzenia, kluczowe znaczenie będzie mieć rozumienie pojęcia nie-nowej publiczności, a konkretniej rozstrzygnięcie problemu, czy udostępniający pierwotnie bez żadnych ograniczeń technicznych kieruje utwór do wszystkich użytkowników Internetu, czy też tylko do określonej jego części (jakiej?). W przypadku przyjęcia pierwszej z alternatyw, umieszczenie linku będzie stanowić postać korzystania z utworu jedynie w sytuacjach, w których bez tego linku, utwór byłby dla odbiorców linku technicznie niedostępny – np. dlatego, że link pozwala obejść zabezpieczenia techniczne, albo pozwala uzyskać dostęp do usuniętego już utworu (np. kopie stron w pamięci podręcznej Google). W pozostałych przypadkach, czyli w praktyce w ich codziennej większości, ewentualne linkowanie do nielegalnie umieszczonych utworów można rozpatrywać jedynie w kategoriach naruszenia pośredniego. Z kolei w sytuacji przyjęcia drugiego, węższego i aprobowanego przeze mnie do pewnego stopnia rozumienia nie-nowej publiczności, umieszczanie linku będzie stanowić przejaw korzystania z utworu znaczenie częściowej.

W polskim orzecznictwie brak jest wielu przypadków rozważania kwalifikacji prawnej linkowania. Chyba pierwszym, głośnym wyrokiem w tej sprawie był wyrok krakowskiego sądu apelacyjnego wydany jeszcze w 2004 r.²⁷⁰ Sprawa nie dotyczyła naruszenia praw autorskich, a jedynie prawa do wizerunku, które miało zostać dokonane poprzez umieszczenie na stronie internetowej pozwanej spółki głębokiego linku do galerii zdjęciowych na innej

²⁶⁹ Odmienne: M. Górski, *Glosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15*, LEX/el. 2016.

²⁷⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. I ACa 564/04, TPP 2004/3-4/155.

stronie (pornograficznej), w których znajdowały się m. in. zdjęcia powódki umieszczone bez jej zgody.

Sąd apelacyjny doszedł do wniosku, że takie linkowanie stanowi rozpowszechnianie wizerunku w rozumieniu art. 81 ust. 1 pr. aut. Powodów takiego rozstrzygnięcia było kilka. Omawiane całego orzeczenia w tym miejscu jest bezproduktywne, niemniej jednak wypada zwrócić uwagę na niektóre, szczególnie interesujące argumenty podniesione przez stronę pozwaną oraz zaprezentowane przez sąd orzekający.

Jednym z zarzutów strony pozwanej było to, że umieszczony przez nią link nie odsyłał bezpośrednio do strony internetowej na której znajdowało się zdjęcie (podstrony), ale do strony „ogólniejszej”, tj. takiej, która zawierała 10 galerii zdjęciowych ulokowanych na odrębnych podstronach, a dopiero w jednej z tych galerii znajdowało się zdjęcie powódki. Pozwana twierdziła wobec tego, że zdjęcie powódki znajduje się na innej stronie, niż strona linkowana.

Tak „techniczne” podejście nie znalazło aprobaty sądu. Zdaniem sądu, pozwana odsyłała zarówno do strony „głównej” (właściwie: podstrony strony głównej, skoro link był głęboki), jak i do podstron (galerii), do których ta strona prowadzi. Uzasadnieniem takiego twierdzenia było to, że strona pozwana obok linku zamieściła tekst zachęcający do zapoznania się ze wszystkimi galeriami. Takie podejście sądu w tym konkretnym stanie faktycznym oczywiście wydaje się słuszne, niemniej jednak zwraca uwagę na dwa interesujące problemy. Po pierwsze, zakładając że link może stanowić rozpowszechnianie wizerunku (lub analogicznie: udostępnianie utworu), co tak naprawdę rozpowszechniamy linkując do określonej strony? Czy tylko elementy umieszczone bezpośrednio na tej stronie, czy też elementy umieszczone na podstronach, do których strona ta prowadzi? Z jednej strony, niebezpiecznie, pojawia się naturalna tendencja do odrzucania technicystycznej argumentacji zaprezentowanej w powyższej sprawie przez stronę pozwaną i traktowania strony internetowej wraz z podstronami jako jednej, spójnej całości, a przez to uznania, że linkowanie do strony wiąże się z rozpowszechnianiem wszystkiego, co na niej się znajduje. Z drugiej jednak strony, wykładnia taka jest trudna do obrony ze względów funkcjonalnych. Nie tylko dlatego, że nie sposób jest skontrolować wszystkich treści, które dostępne są np. na popularnych portalach internetowych, ale także dlatego, że chyba trzeba by konsekwentnie uznać, że rozumowanie to można przeprowadzić także w drugą stronę – a więc że link do podstrony odsyła także do strony głównej (dostępnej z poziomu podstrony) i (?) innych, „równoległych” podstron, co prowadziłoby do nieuzasadnionego rozszerzenia

odpowiedzialności. Z kolei drugą interesującą kwestią jest to, na ile dodatkowe obok linku elementy, mogą konstruować treść odesłania. Zwróćmy bowiem uwagę, że dla sądu orzekającego znaczenie miała nie tylko zawartość strony, do której prowadził link, ale także komentarz, którym został on opatrzony na stronie odsyłającej. Intuicyjnie i „zdroworozsądkowo” wydaje się, że tego typu okoliczność powinna mieć „jakieś” znaczenie. Trudno bowiem za zupełnie irrelevantną uznać tak ewidentną manifestację złej wiary, jak w omawianej sprawie. Z drugiej jednak strony problemy, jakie prawo napotyka mając do czynienia z linkowaniem, utrudniają odpowiedź na pytanie „dlaczego (na jakiej podstawie) to powinno mieć znaczenie?”. W odniesieniu do udostępniania utworów i wcześniejszych rozważań w tym przedmiocie, wydaje się, że przynajmniej w niektórych sytuacjach opis lub komentarz towarzyszący linkowi mógłby mieć znaczenie dla określenia czy w ogóle dochodzi do „czynności udostępniania” – np. w sytuacji, w której linkowana strona zawierająca utwór jest zabezpieczona hasłem, a obok linku na stronie odsyłającej hasło to zostało podane.

Drugim ciekawym argumentem zaprezentowanym przez stronę pozwaną, było porównanie linku do programu telewizyjnego. Tak jak wydawca publikujący program telewizyjny nie ma wpływu na to, czy wyświetlone programy będą naruszały prawo, tak linkujący – zdaniem pozwanej – nie ma wpływu na to, co znajduje się na linkowanej stronie internetowej. Oczywiście, trudno zgodzić się z tym argumentem – przedstawione sytuacje są ze sobą całkowicie nieporównywalne²⁷¹. Niemniej jednak wykładnia sądu zaskakuje. Stwierdza on bowiem, że argument ten byłby prawdziwy, gdyby odesłanie było „nieklikające” (sam adres, który trzeba przepisać lub przekopiować do przeglądarki, bez hiperłącza). Wtedy dostęp do linkowanej strony miałby następować bez udziału strony zamieszczającej odesłanie. W mojej ocenie brak jest podstaw do takiego rozróżnienia, gdyż kwestia czy na link można kliknąć, czy też trzeba go przekopiować, jest z perspektywy użytkownika zupełnie bez znaczenia. Na gruncie wyroku ws. Svensson, podobne podejście słusznie krytykuje także R. Markiewicz²⁷².

Sąd orzekający stwierdził ponadto, że zamieszczenie linku prowadzi do „zwiększenia zbiorowości osób, które mogą zapoznać się z zawartością witryny”. Bez linku bowiem, dostęp do strony wymagałby bowiem znajomości adresu strony lub jej wyszukania. Oczywiście, stwierdzenie to nie jest trafne. Link w omawianej sprawie nie zwiększał bowiem liczby osób,

²⁷¹ Por. K. Włodarska, *Naruszenie prawa do wizerunku w Internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania* (w:) J. Barta, A. Matlak (red.), *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, nr 100, Wolters Kluwer, Kraków 2007, str. 609-610.

²⁷² R. Markiewicz, *Svensson...*, str. 62-63.

które **mogą** zapoznać się z witryną, a jedynie liczbę osób, które faktycznie się z nią zapoznają. Problemy związane z powyższym rozróżnieniem zostały w dużej części omówione w związku z problemem nowej i nie-nowej publiczności. Należy jednak zwrócić uwagę, że identyczne uzasadnienie przyjęcia, że umieszczenie linku od ogólnodostępnej strony internetowej naruszającej dobra osobiste, samo w sobie stanowi naruszenie dóbr osobistych, zostało przyjęte w wydanym kilka lat później wyroku sądu apelacyjnego w Katowicach²⁷³. W przedmiotowej sprawie link prowadził do materiału audiowizualnego regionalnej telewizji, który naruszał dobre imię powoda, a zaprezentowany argument był w istocie jedyną okolicznością przesądającą o bezprawności działania strony pozwanej.

Ostatnim omawianym z orzeczeń jest interesujący wyrok sądu apelacyjnego w Warszawie²⁷⁴. W sprawie tej, na profilu Facebookowym lokalnego polityka, kandydata na posła, zamieszczono link do prześmiewczego dla konkurencyjnej partii klipu, w którym rzekomo bezprawnie wykorzystano utwór muzyczny. Link był dostępny dla nieograniczonego kręgu osób, a dostęp do niego nie wymagał zalogowania się w portalu Facebook. Powód, współtwórca klipu, zarzucił pozwanemu naruszenie jego praw autorskich oraz prawa do artystycznego wykonania. Sąd co prawda oddalił powództwo, z uwagi na to, że powód nie wykazał, że przedmiotowy klip narusza jego prawa. Niemniej jednak sąd obszernie odniósł się do kwestii legalności zamieszczania tzw. głębokich linków.

Sąd apelacyjny odrzucił część rozumowania Trybunału zawartego w wyroku ws. Svensson. Zdaniem sądu, przesądzający o tym, czy dochodzi do udostępniania utworu, jest efekt użycia linku. Jeżeli link jedynie prowadzi do innej strony internetowej, nie może być mowy o udostępnianiu. Jeżeli natomiast zamieszczenie linku sprawia, że dochodzi do bezpośredniego odtworzenia utworu (embedded links), jego udostępnianie ma miejsce. Sąd orzeka przy tym kryterium nowej publiczności, jako niemające swoich podstaw w prawie unijnym.

Szczególnie ciekawe z perspektywy tej pracy są dwa fragmenty orzeczenia dotyczące kryterium nowej publiczności. W pierwszej kolejności sąd stwierdza, że przekładając wyrok ws. SGAE na środowisko internetowe należy odrzucić stwierdzenie, w myśl którego w Internecie wszyscy użytkownicy stanowią jedną „publiczność”. Sąd stwierdza, tytułem zobrazowania, że „inna osoba zaloguje się na portal w języku polskim, inna zaś na portal w

²⁷³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. V ACa 524/13, <http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl>.

²⁷⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2014 r., sygn. I ACa 1663/13, LEX nr 1466985.

języku włoskim”. Po wtóre, sąd konkluduje: „Kryterium nowej publiczności może być jednym z kryteriów umożliwiających stwierdzenie nowego aktu eksploatacji, nie jest jednak warunkiem sine qua non.”. O ile w odniesieniu do pierwszego stwierdzenia, sprawę uważam za nieco bardziej złożoną i wymagającą szerszego rozważenia (co sygnalizowałem wcześniej), szczególnie z uwagi na bardzo daleko idące skutki przyjęcia wąskiego rozumienia publiczności, o tyle w pełni aprobuję drugie z zacytowanych zdań. Jest ono zresztą zbieżne z konkluzjami płynącymi z niniejszej pracy.

Konkludując, pomimo niewielu orzeczeń sądowych wydanych w tym względzie, uważam, że istnieją poważne racje za uznaniem, że linkowanie może stanowić postać korzystania z utworu na gruncie art. 17 pr. aut. Nie widzę także przeciwskażeń do tego, żeby drogą wykładni pojęcia „publicznego rozpowszechniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”, nie przejmować do prawa polskiego kryteriów wypracowanych przez TSUE na kanwie interpretacji art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej, w ramach nakazu dokonywania pronunijnej wykładni przepisów.

2.5. Strony indeksujące nielegalne streamy. Dlaczego ciągle istnieją wątpliwości, czy tworzenie modeli biznesowych opartych na cudzej działalności przestępczej jest legalne?

Pytanie postawione w tytule podrozdziału jest przewrotne, a wskazany problem – paradoksalnie – wcale nie jest oczywisty na gruncie prawa autorskiego. Kwestią wymagającą ustaleń w ramach tej części pracy jest to, czy portale oferujące materiały audiowizualne udostępniane techniką streamingu dokonują naruszenia praw autorskich. Jak wynika z poprzedniej części pracy, uważam, że sam fakt linkowania do nielegalnie umieszczonych utworów nie musi stanowić komunikowania tych utworów publiczności, a przez to wkroczenia w cudze prawa wyłączne. Kwestię legalności pliku linkowanego uznaję dla tego problemu za irrelevantną (lub co najwyżej poboczną). Niemniej jednak, jak argumentowałem na kanwie omawiania wyroku ws. GS Media, ocena ta może ulec zmianie, jeżeli link nie tylko ułatwia dostęp do określonego utworu, ale jest w określonej sytuacji konieczny do tego, aby można było się z nim zapoznać.

Problem omawianych stron internetowych jest aktualny nawet przy założeniu, że samo linkowanie do nielegalnie umieszczonych utworów jest w pełni legalne (lub stanowi co najwyżej naruszenie pośrednie). Istotnym pytaniem jest to, czy stworzenie i udostępnianie strony internetowej, która kataloguje, indeksuje i umożliwia łatwe wyszukiwanie tego typu materiałów, stanowi samo w sobie naruszenie praw autorskich, a konkretniej – czy samo w sobie stanowi publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej i którąś z form korzystania z utworu w rozumieniu polskich przepisów, z uwagi na rolę, jaką odgrywa dla umożliwienia zapoznania się z tymi utworami przez użytkowników. Należy podkreślić, że chodzi tu o analizę nie tyle umieszczania konkretnych, pojedynczych linków (choć naruszenia praw autorskich można dopatrywać się i tu – w zależności od tego, na jakich stronach internetowych umieszczone są linkowane pliki), co o spojrzenie na działalność tego typu stron całościowo, holistycznie.

W ramach niniejszego podrozdziału pomijam regulacje kodeksu cywilnego. Jest bowiem niewątpliwym (abstrahując już nawet od odpowiedzialności za samo umieszczanie konkretnych linków) że podmioty prowadzące tego typu portale ponoszą odpowiedzialność na zasadzie art. 422 k.c., jako (co najmniej) świadomie korzystający z wyrządzonej drugiemu szkody (dla uściślenia dodajmy, że szkodę czynem niedozwolonym, nierzadko przestępczym, wywołują nie tyle portale hostujące nielegalne pliki, co użytkownicy, którzy te pliki umieszczają, a które to pliki są później linkowane przez popularne portale z filmami).

Asumptem do tych rozważań stała się sprawa Ziggo BV i wydania niedawno na jej kanwie opinia Rzecznika Generalnego²⁷⁵. Sprawa nie dotyczy co prawda serwisów filmowych, które linkują do utworów umieszczanych w sieci z naruszeniem prawa, ale serwisu The Pirate Bay, który pozwala na pobieranie torrentów. Użytkownik, który pobierze taki plik, może następnie – przy użyciu odpowiedniego programu (klienta BitTorrent) - pobierać szukane przez siebie pliki z komputerów należących do innych użytkowników (peer to peer), a także samemu udostępniać je do pobierania innym.

W pierwszym akapicie opinii Rzecznik przytacza rewelacyjne opisowe porównanie tego, na czym w istocie polega proceder. Cytując sędziego Cowdroy'a, Rzecznik pisze, że „wymieniany plik jest skarbem, klient BitTorrent okrętem, a plik .torrent mapą tego skarbu”²⁷⁶. Wydaje mi się, że to porównanie można by odnieść także do portali, które w analogiczny sposób pozwalają na uzyskiwanie dostępu do chronionych utworów za pomocą umieszczonych i indeksowanych linków, w miejsce torrentów. Technicznie, są one właśnie niczym więcej jak mapą, która pozwala piratom zagubionym w niespokojnych falach Internetu na zdobycie interesujących ich cennych łupów.

W rozważaniach prawnych na kanwie art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej, Rzecznik nie ma wątpliwości, że samo wymienianie plików w sieci peer to peer stanowi ich publiczne udostępnianie²⁷⁷. I rzeczywiście, teza ta na ogół nie budzi wątpliwości²⁷⁸. Rzecznik kontynuuje jednak swoje rozważania, zastanawiając się nad tym „kto” właściwie dokonuje publicznego udostępniania – sami użytkownicy, czy też operator strony indeksującej (w omawianym przypadku – The Pirate Bay).

Bez wątpienia takimi udostępniającymi są sami użytkownicy, którzy świadomie i dobrowolnie godzą się na to, aby inny użytkownicy sieci pobierali z ich komputerów cudze utwory. Zdaniem Rzecznika, takim udostępniającym jest jednak także sam operator strony indeksującej. Rzecznik przytomnie zauważa, że „utwory te nie byłyby dostępne i funkcjonowanie sieci nie byłoby możliwe, a w każdym razie korzystanie z niej byłoby dużo bardziej skomplikowane i mniej efektywne, bez witryn takich jak TPB, które umożliwiają

²⁷⁵ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. C-610/15 w sprawie Sichtig Brein przeciwko Ziggo BV oraz XS4ALL Internet BV, www.curia.europa.eu [dalej jako: opinia ws. Ziggo].

²⁷⁶ Opinia ws. Ziggo, pkt 1 (tłum. własne).

²⁷⁷ *Ibidem*, pkt 44-47.

²⁷⁸ Choć zwraca się uwagę, że wskazany problem nie zawsze jest taki oczywisty: por. np. J. Zygmunt, *Przesyłanie plików za pośrednictwem sieci peer-to-peer a rozpowszechnianie utworu w rozumieniu prawa autorskiego*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 1 (135), Wolters Kluwer, Kraków 2017, str. 44-62.

znalezienie utworów i dostęp do nich”.²⁷⁹ Dzięki stworzonemu systemowi, udział operatorów witryn, jest w tym przypadku niezbędny.

Rzecznik skupia się także na kwestii świadomości operatora, widząc w niej jeden z decydujących czynników. Rzecznik jednoznacznie odrzuca możliwość aplikowania na kanwie omawianej sprawy systemu domniemań z wyroku GS Media, stwierdzając, że wiedza operatora witryny o tym, że udostępnianie pliki są nielegalne, musi być rzeczywista, co będzie miało miejsce np., gdy operator zostanie powiadomiony o nielegalnym charakterze utworów²⁸⁰. Wydaje się, że istnienie tej wiedzy można stwierdzić także wtedy, gdy operator wprost reklamuje swoją witrynę, jako pozwalającą na dostęp do nielegalnych plików. Jeśli więc operator jest świadomy nielegalności materiałów i nie interweniuje, aby uniemożliwić dostęp do tych utworów, zdaniem Rzecznika, wspólnie i jednocześnie z użytkownikiem dokonuje on podania utworów do publicznej wiadomości (komunikowania publiczności), z uwagi na niezbędny i umyślny charakter jego działań²⁸¹. Należy przy tym podkreślić, że mowa tu nie o pośrednim, ale o bezpośrednim naruszeniu cudzych praw autorskich.

Rzecznik dla przyjęcia, że dochodzi do publicznego komunikowania utworów, skupia się na dwóch kryteriach – niezbędności i umyślności. Na marginesie można dodać, że na kanwie rozpatrywanej sprawy, spełnione są także inne kryteria formułowane przez TSUE, np. nowej publiczności (dostęp do utworów uzyskuje publiczność niewzięta pod uwagę przez uprawnionego) czy zarobkowego charakteru działalności.

Sądzę, że stanowisko zajęte przez Rzecznika jest trafne, a kwestię niezbędności i umyślności działania operatora witryny internetowej należy brać pod uwagę i rozpatrywać łącznie. Prawdą jest, na co uwagę zwraca Rzecznik²⁸², że operator witryny z technicznego punktu widzenia jest tylko pośrednikiem. Nie jest on jednak typowym pośrednikiem (pomocnikiem), który jedynie ułatwia (pomaga) w dokonaniu naruszenia cudzych praw autorskich. Przeciwnie, z uwagi na charakter portalu jego działalność jest niezbędna (bez jego pomocy nie byłoby możliwe tak łatwe wymienianie plików), a naruszenia praw autorskich dokonywane przez użytkowników są przez niego inspirowane. Co więcej, operator takiej witryny jest w pełni świadomy dokonywanych naruszeń, a stworzenie platformy która to umożliwia, jest jego podstawowym celem, na którym opiera on zresztą cały sukces finansowy

²⁷⁹ *Ibidem*, pkt 50.

²⁸⁰ *Ibidem*, pkt 52.

²⁸¹ *Ibidem*, pkt 53.

²⁸² *Ibidem*, pkt 51.

swojego przedsięwzięcia. Jego sytuacja i pozycja w omawianym układzie naruszeń jest więc szczególna i – wydaje mi się – domaga się odmiennego potraktowania niż w przypadku innych, bardziej typowych pośredników, których kwalifikowalibyśmy jako pomocników.

Sądzę także, że zarówno brzmienie, jak i funkcja dyrektywy internetowej dają podstawy do dokonywania tak szerokiej interpretacji „komunikowania publiczności”. Myślę, że główne wątpliwości jakie pojawiają się w tym względzie, spowodowane są tym, że przecież – z technicznego punktu widzenia – to nie operator witryny, ale podmioty trzecie dokonują wymiany plików między sobą. Wydaje się jednak, że takie techniczne podejście nie jest uzasadnione. Cały sens nadawania autorom monopolu w zakresie komunikowania publiczności ich utworów jest taki, aby byli oni w stanie zakazać działań, których skutkiem jest dostęp do utworu przez osoby nieuprawnione, ze szkodą dla interesów majątkowych samych twórców. Wydaje się, że bez znaczenia powinno być, czy ten skutek osiągnąć jest za pomocą środków „naturalnych” (np. wystawienie utworu w miejscu publicznym), technicznych (np. udostępnienie utworu na ogólnodostępnym serwerze) czy też, nazwijmy to umownie i niedokładnie, „społeczno-ekonomicznych”, tj. polegających na stworzeniu, utrzymaniu i reklamowaniu istnienia atrakcyjnego środowiska lub infrastruktury, których głównym celem jest naruszanie cudzych praw majątkowych. Kluczowe jest przy tym to, że działalność operatora takiego portalu nie stanowi jedynie ułatwienia naruszeń, ale także zachętę i element niezbędny, bez którego do tychże naruszeń w ogóle by nie doszło. Taka zbudowana konstrukcja wydaje się być przy tym podobną do materialnej koncepcji współsprawstwa, wyróżnianej w nauce prawa karnego.

Z uwagi na to, sądzę, że stworzenie i utrzymywanie platform takich jak The Pirate Bay oraz – analogicznie – portali indeksujących i linkujących do nielegalnie umieszczanych w sieci filmów, stanowi „czynność udostępniania” chronionych utworów, z uwagi na funkcję jaką portale te pełnią w całym procederze, bez względu na aspekty techniczne, które powinny pozostać irrelevantne dla prawa autorskiego. Z kolei, z uwagi na to, że portale te przeznaczone są dla nieoznaczonego i dużego kręgu osób, spełniona jest także przesłanka „publiczności”, co pozwala przyjąć, że dochodzi do publicznego udostępniania (komunikowania publiczności) chronionych utworów.

Na marginesie należy tylko odnieść się raz jeszcze do kwestii umyślności, którą uznałem tutaj, za Rzecznikiem i w myśl orzecznictwa Trybunału, za element relewantny. Wskazana kwestia jest istotna z uwagi na to, że w doktrynie podnosi się, że aplikowanie

kwestii umyślności do determinowania czy doszło do naruszenia cudzych praw autorskich, jest nie do pogodzenia z ich bezwzględny charakterem.²⁸³ Wydaje mi się jednak, że wskazany zarzut niekoniecznie musi być trafny. Wynika to z tego, że kryterium umyślności nie stanowi w tym ujęciu przesłanki, której spełnienie jest zawsze konieczne do tego, żeby uznać, że dochodzi do naruszenia cudzych praw (choć odmienne, nietrafne stanowisko zdaje się wynikać z wyroku GS Media), na analogicznej zasadzie, na jakiej argumentowałem podobnie przy omawianiu kryterium „nowej publiczności”. Oznacza to, że w dalszym ciągu możliwe jest uznanie, że dochodzi do naruszenia prawa autorskiego, np. poprzez komunikowanie publiczności, nawet gdy analizowane działanie jest nieumyślne. Natomiast kryterium to może i być może powinno być jednym z istotnych kryteriów w sprawach podobnych do omawianej, z uwagi na to, że trudno jest uznać za prawnie nerelevantny cel istnienia i rzeczywiste przeznaczenie stron internetowych takich jak The Pirate Bay.

Wnioski wspierające zaprezentowaną interpretację zdają się także płynąć z niedawnego orzeczenia ws. Filmspeler. Trybunał uznał w nim, że „dostarczanie odtwarzacza multimedialnego takiego, jak rozpatrywany w postępowaniu głównym pozwala, dzięki preinstalowanym na nim wtyczkom, na uzyskanie za pomocą ustrukturyzowanego menu dostępu do hiperłączy zawartych w tych wtyczkach, które, po uruchomieniu za pomocą pilota do tego odtwarzacza multimedialnego, oferują jego użytkownikom bezpośredni dostęp do utworów chronionych opublikowanych bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, w związku z czym owo dostarczanie stanowi akt udostępnienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29”²⁸⁴. Sytuacja ta jest pod wieloma względami analogiczna do sytuacji stron internetowych indeksujących linki do nielegalnie umieszczonych w sieci utworów. Uznanie, że sprzedawanie wskazanych urządzeń – jak się wydaje słusznie – stanowi czynność komunikowania publiczności, jest dodatkowym argumentem wpierającym tezy płynące z niniejszego podrozdziału.

Jednocześnie zdaje sobie sprawę z tego, że tak rozmyte podejście do wykładni „komunikowania publiczności”, które operuje różnymi kryteriami w zależności od konkretnej sprawy, może budzić sprzeciw. Z tego względu, być może rozsądniejszym byłoby rozstrzygnięcie istniejących wątpliwości w drodze interwencji prawodawcy unijnego.

²⁸³ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik...*, str. 5-6.

²⁸⁴ Wyrok ws. Filmspeler, pkt 42.

Inną, interesującą kwestią w omawianym przypadku jest to, że przy zaprezentowanym ujęciu dokonanie naruszenia przez operatora witryny jest uzależnione od dokonania naruszenia przez podmioty trzecie. Co więcej, także skala naruszeń dokonanych przez operatora witryny jest uzależniona od popularności witryny i naruszeń dokonanych przez innych użytkowników. W przypadku stron udostępniających linki do materiałów video, operatorzy zazwyczaj zachowują pełną kontrolę nad tym, do czego linkują. W przypadku The Pirate Bay, użytkownicy sami zamieszczają pliki, a proces jest znacznie bardziej zautomatyzowany. W obu jednak sytuacjach, przyjmując, że operator witryny dokonuje publicznego udostępniania utworu, mamy do czynienia z interesującą jego odmianą, którą można by określić jako „akcesoryjną”, bowiem zarówno sam fakt naruszenia, jak i jego skala jest przynajmniej częściowo uzależniona od naruszeń osób trzecich.

Na marginesie należy tylko zwrócić uwagę, że w odniesieniu do portali streamujących filmy, praktyką w „branży” jest umieszczanie filmów w serwisach hostingowych przez samych operatorów takich stron, a następnie linkowanie do nich, dzięki czemu operatorzy ci z jednej strony zachowują pełną kontrolę nad zawartością i jej jakością, a z drugiej w sposób wymierny utrudniają walkę toczoną na gruncie prawnym²⁸⁵. Obrazuje to, że obecnie przyjmowane rozwiązania prawne są niewystarczające – choć oczywiście odrębną kwestią pozostaje, czy zasadnym jest przyjęciem przedstawionej wyżej interpretacji istniejących przepisów, czy też ich zmiana. Z drugiej jednak strony, w polskich realiach, wątpliwości natury prawnej co do cywilnych aspektów opisywanej działalności zdają się nie stać na przeszkodzie ściganiu osób odpowiedzialnych za tego typu portale w ramach postępowań karnych na gruncie art. 116 ust. 3 pr. aut.²⁸⁶, co obrazuje przykład popularnego serwisu, kinomaniak.tv²⁸⁷.

Należy także zwrócić uwagę, że uwagi poczynione w ramach niniejszego podrozdziału, zwłaszcza te dokonane na kanwie analizy sprawy Ziggo BV, można również z powodzeniem odnieść do programów i stron internetowych takich SopCast. Chodzi tu o

²⁸⁵ A. Pstrągowski, W. Warczak, *Studium przypadku – kinomaniak.tv*, (w:) J. Kosiński (red.), *Internetowe naruszenia własności intelektualnej*, Szczytno 2016, str. 71-72.

²⁸⁶ Art. 116 ust. 1: „Kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom rozpowszechnia cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.” Art. 116 ust. 3: „Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu albo działalność przestępną, określoną w ust. 1, organizuje lub nią kieruje, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.”

²⁸⁷ Zob. A. Pstrągowski, W. Warczak, *Studium przypadku – kinomaniak.tv...*, str. 78-80. Po trwającym 4 lata postępowaniu karnym, osoby odpowiedzialne za funkcjonowanie wzmiankowanego serwisu dobrowolnie poddały się karze.

serwisy, które umożliwiają poszczególnym użytkownikom „nadawanie” i uzyskiwanie dostępu do transmisji w technologii Streaming Direct Broadcast System, tj. odpowiednika wymiany peer-to-peer na gruncie streamowania utworów. Programy takie jak SopCast, choć same w sobie w pełni legalne i mogące służyć do legalnych celów, są powszechnie wykorzystywane do nieuprawnionego udostępniania i uzyskiwania dostępu do transmisji sportowych.

Rozdział III. Perspektywa użytkownika końcowego. Dozwolony użytek a streaming.

1. Uwagi ogólne.

Dotychczasowe rozważania były prowadzone z perspektywy potencjalnego naruszcyciela cudzych praw majątkowych. Niemniej interesującą kwestią jest jednak perspektywa użytkownika końcowego. W tym aspekcie omówienia wymaga zasadniczo jedna kwestia. Chodzi mianowicie o to, czy samo oglądania nielegalnie streamowanych utworów na ekranie własnego komputera (z czym wiąże się także ich zwielokrotnianie w pamięci podręcznej) stanowi naruszenie cudzych praw majątkowych.

Omawiany problem sprowadza się do interpretacji art. 23¹ obecnego w polskiej ustawie oraz jego odpowiednika w dyrektywie internetowej – art. 5 ust. 1. Istotne jest również znaczenie dla ich stosowania testu trójstopniowego (art. 35 pr. aut. oraz art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej).

2. Zapoznavanie się i incydentalne zwielokrotnianie nielegalnie rozpowszechnianych utworów a regulacji unijne.

Oglądając streamowany utwór na ekranie komputera, prawne znaczenie ma zasadniczo jedna pytanie – czy kopie utworu wykonywane z jednej strony na ekranie komputera, a z drugiej strony w jego pamięci podręcznej, prowadzą do naruszenia cudzych praw wyłącznych? Bez znaczenia prawnego – być może paradoksalnie, a na pewno nieintuicyjnie – pozostaje sam fakt oglądania chronionych utworów, bowiem przyjmuje się, że samo zapoznavanie się z utworem nie stanowi korzystania z niego, a przez to nie wchodzi w zakres monopolu autorskoprawnego twórcy²⁸⁸.

Analiza przedstawionego zagadnienia będzie odbywać się na dwóch płaszczyznach – polskiej oraz unijnej. Relewantnym przepisem w polskiej ustawie jest art. 23¹ pr. aut., zgodnie z którym „nie wymaga zezwolenia twórcy tymczasowe zwielokrotnienie, o charakterze przejściowym lub incydentalnym, niemające samodzielnego znaczenia gospodarczego, a stanowiące integralną i niezbędną część procesu technologicznego, którego celem jest wyłącznie umożliwienie:

- 1) przekazu utworu w systemie teleinformatycznym pomiędzy osobami trzecimi przez pośrednika lub
- 2) zgodnego z prawem korzystania z utworu.”

Wskazany przepis stanowi implementację art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej, zgodnie z którym „tymczasowe czynności zwielokrotniania określone w art. 2, które mają charakter przejściowy lub dodatkowy, które stanowią integralną i podstawową część procesu technologicznego i których jedynym celem jest umożliwienie:

- a) transmisji w sieci wśród osób trzecich przez pośrednika, lub
- b) legalnego korzystania z utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną i które nie mają odrębnego znaczenia ekonomicznego, będą wyłączone z prawa do zwielokrotniania określonego w art. 2.”

Jak wskazuje się w doktrynie, cała dyskusja, która doprowadziła do pojawienia się wskazanego wyjątku w prawodawstwie Unii Europejskiej, rozpoczęła się od problemów prawnych jakie stwarzały czynności takie jak przeglądanie Internetu (a więc tworzenie kopii ekranowych), zwielokrotnianie utworów w pamięci RAM komputera czy też używanie

²⁸⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 155.

routerów i serwerów proxy²⁸⁹. Co więcej, jak wskazuje m. in. K. Felchner, zastosowanie art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej do tworzenia kopii ekranowych i zwielokrotniania utworów w pamięci podręcznej zostało potwierdzone zarówno w motywach dyrektywy internetowej²⁹⁰, jak i w późniejszym orzecznictwie Trybunału²⁹¹. Mowa tu o orzeczeniach ws. (wg kolejności ich wydania) Infopaq I²⁹², Premier League, Infopaq II²⁹³, a także o wydanym ostatnio wyroku ws. Filmspeler.

W wyroku ws. Infopaq I Trybunał stwierdził, że przesłanki z art. 3 ust. 1 mają charakter kumulacyjny²⁹⁴, a ich wykładnia powinna być ścisła²⁹⁵ i dokonywana w świetle art. 5 ust. 5 (testu trójstopniowego)²⁹⁶. Przejściowy charakter zwielokrotniania oznacza, że utwór jest usuwany niezwłocznie po zakończeniu procesu technologicznego²⁹⁷. Zwielokrotnianie ma przy tym charakter czasowy, jeżeli jest ono dokonywane tylko na czas trwania procesu technologicznego, a po jego zakończeniu usunięcie utworu następuje w sposób automatyczny²⁹⁸. Jako egzemplifikację zwielokrotniania, które ma charakter tymczasowy i przejściowy, Trybunał wskazał, opierając się na motywach dyrektywy internetowej, m. in. browsing oraz wprowadzanie utworu do pamięci podręcznej²⁹⁹. Wymóg, aby rzeczony czynności stanowiły integralną i podstawową część procesu technologicznego, został doprecyzowany przez Trybunał w postanowieniu ws. Infopaq II. Zgodnie z nim, określony proces technologiczny, aby spełniać tę przesłankę, nie może funkcjonować w sposób prawidłowy i skuteczny bez tej czynności³⁰⁰.

²⁸⁹ T. Dreier, P. Bernt Hugenholtz (red.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, str. 456.

²⁹⁰ Motyw 33: „/.../ O ile spełniają one te warunki, wyjątek ten obejmuje czynności pozwalające na przeglądanie, jak również czynności wprowadzania do pamięci podręcznej, w tym czynności, które umożliwiają skuteczne funkcjonowanie systemów transmisji, z zastrzeżeniem, że pośrednik nie zmieni informacji i nie będzie utrudniał legalnego wykorzystania technologii, powszechnie uznanej i stosowanej przez przemysł, w celu uzyskania danych w sprawie wykorzystania informacji. Korzystanie jest uważane za legalne, jeżeli zezwala na nie podmiot praw autorskich lub nie jest ono ograniczone przez prawo.”

²⁹¹ K. Felchner, *Streaming w świetle prawa autorskiego...*, str. 97-98.

²⁹² Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. C-5/08 w sprawie Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. Infopaq I).

²⁹³ Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. C-302/10 w sprawie Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening, www.curia.europa.eu (dalej jako: postanowienie ws. Infopaq II).

²⁹⁴ Wyrok ws. Infopaq I, pkt 55.

²⁹⁵ *Ibidem*, pkt 56.

²⁹⁶ *Ibidem*, pkt 58.

²⁹⁷ *Ibidem*, pkt 60.

²⁹⁸ *Ibidem*, pkt 64.

²⁹⁹ *Ibidem*, pkt 63.

³⁰⁰ Postanowienie ws. Infopaq II, pkt 30.

Wyrok ws. Premier League dotyczył materii znacznie bliższej omawianemu zagadnieniu, bowiem Trybunał rozpatrywał, czy wyjątek przewidziany w art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej aplikuje się do zwielokrotniania utworu w pamięci dekodera i na ekranie telewizora. TSUE nie miał wątpliwości, że takie zwielokrotnienie ma charakter tymczasowy, przejściowy i stanowi integralną i podstawową część procesu technologicznego³⁰¹. W kontekście przesłanki czwartej, wymagającej, aby celem zwielokrotnienia było umożliwienie legalnego korzystania z utworu, TSUE stwierdził, że przesłanka ta jest spełniona. Jego zdaniem bowiem, zwielokrotnienie to zmierza do umożliwienia odbioru i wyświetlania utworu, które to czynności co prawda nie są objęte zgodą uprawnionych, ale też jej nie wymagają, z uwagi na to, że nie są one w żaden sposób ograniczone przepisami (nie wchodzą w zakres praw wyłącznych twórcy)³⁰². W kwestii przesłanki piątej, odnoszącej się do znaczenia ekonomicznego zwielokrotnienia, Trybunał uznał, że co prawda w analizowanym przypadku znaczenie takie występuje, niemniej jednak nie jest ono odrębne od znaczenia ekonomicznego czynności nieograniczonych przepisami Unii – a więc odbioru i wyświetlania utworów. Jest to spowodowane m. in. tym, że czynności zwielokrotniania są niezależne od wpływu widzów, a nawet przez nich nieuświadamiane i nie prowadzą do czerpania korzyści wykraczającej poza odbieranie i wyświetlanie utworu³⁰³. Z uwagi na powyższe, TSUE doszedł do wniosku, że zwielokrotnianie utworu dokonywane przez dekodery oraz w postaci kopii na ekranie telewizora mieści się w granicach wyjątku przewidzianego przez art. 5 ust. 1 oraz – z tych samych powodów – realizuje test trójstopniowy z art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej³⁰⁴. Podobne stanowisko, w myśl którego spełnienie przesłanek z art. 5 ust. 1 implikuje jednocześnie zgodność określonego sposobu zwielokrotniania z art. 5 ust. 5, Trybunał zajął w postanowieniu ws. Infopaq II³⁰⁵.

Zupełnie inny tok myślenia Trybunał zaprezentował w sprawie Filmspelers, która w analizowanym aspekcie dotyczyła odtwarzania na odtwarzaczu multimedialnym utworu strumieniowanego z witryny internetowej. Trybunał w związku z wątpliwościami sądu odsyłającego, rozważał przede wszystkim spełnienie przesłanki legalnego korzystania z utworu, szczególnie w kontekście wymogów stawianych przez art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej. TSUE potwierdził wykładnię zaprezentowaną w poprzednich orzeczeniach, w myśl której korzystanie jest legalne, jeżeli jest objęte zezwoleniem uprawnionego lub nie jest

³⁰¹ Wyrok ws. Premier League, pkt 165.

³⁰² *Ibidem*, pkt 168-172; podobnie: postanowienie ws. Infopaq II, pkt 42-46.

³⁰³ *Ibidem*, pkt 174-177.

³⁰⁴ *Ibidem*, pkt 180-182.

³⁰⁵ Postanowienie ws. Infopaq II, pkt 56.

ograniczone przez mające zastosowanie przepisy³⁰⁶. TSUE zwrócił jednak uwagę na różnice między analizowaną sprawą, a sprawami Premier Leauge i Filmspeler. W szczególności, zdaniem Trybunału, ma znaczenie okoliczność, że nabywca korzystający z urządzenia analizowanego w postępowaniu, w sposób celowy i świadomy korzysta z bezpłatnej oferty chronionych utworów niemającej zezwolenia podmiotów praw autorskich do nich, co prowadzi do spadku liczby legalnych transakcji i powoduje szkodę dla podmiotów praw autorskich³⁰⁷. To zaś, zdaniem Trybunału, prowadzi do uznania, że omawiane zwielokrotnianie nie może zostać uznane za „normalne korzystanie” z utworów a przez to nie spełnia przesłanek określonych w art. 5 ust. 1 i 5 dyrektywy internetowej³⁰⁸. Zwraca uwagę, że w rozumowaniu Trybunału, art. 5 ust. 5 nie jest samoistną podstawą, która uniemożliwia uznanie działania użytkowników końcowych za legalne, ale jedynie przepisem, przez pryzmat którego Trybunał interpretuje przesłanki wyrażone w art. 5 ust. 1.

Wyrok Trybunału jest co do zasady zgodny z wydaną w sprawie opinią Rzecznika Generalnego, który jednak w jej uzasadnieniu idzie nawet dalej, stwierdzając, że omawiane zwielokrotnianie nie spełnia przesłanki legalnego korzystania na kanwie art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej nawet bez odwoływania się do art. 5 ust. 5³⁰⁹. Niemniej jednak, Rzecznik zdaje się patrzeć na sprawę jedynie z perspektywy udostępniającego, wiążąc nielegalność zwielokrotniania po stronie użytkownika z nielegalnością udostępniania po stronie udostępniającego. Z kolei analizując zastosowanie art. 5 ust. 5 na wszelki wypadek, Rzecznik opiera swoją argumentację na względach funkcjonalnych, które muszą stanąć na przeszkodzie uznaniu legalności korzystania z pirackich treści cyfrowych³¹⁰.

Komentując zapadłe orzeczenie, można odnieść się do niego z kilku perspektyw.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest ono systemowo zgodnie z innym, zapadłym wcześniej orzeczeniem ws. ACI Adam, w którym stwierdzono, że dozwolony użytek prywatny nie obejmuje kopii wykonywanych z nielegalnego źródła, z uwagi na niespełnienie wymogów płynących z testu trójstopniowego³¹¹. Jest to istotne, zwłaszcza, że w

³⁰⁶ Wyrok ws. Filmspeler, pkt 65.

³⁰⁷ *Ibidem*, pkt 69-70.

³⁰⁸ *Ibidem*, pkt 70-71.

³⁰⁹ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. C-527/15 w sprawie Sichtung Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsowi, występującemu pod nazwą Filmspeler, www.curia.europa.eu (dalej jako: opinia ws. Filmspeler), pkt 66-72.

³¹⁰ *Ibidem*, pkt 73-80.

³¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. C-435/12 w sprawie ACI Adam BV i in. przeciwko Stichting de ThuisKopie i Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding, www.curia.europa.eu (dalej jako: wyrok ws. ACI Adam), pkt 58.

doktrynie podnoszono, że brak jest przecież podstaw do zróżnicowania sytuacji prawnej osób, które pobierają pliki pochodzące z nielegalnego źródła z sytuacją osób, które zapoznają się z nimi bez ich pobierania³¹².

Z drugiej jednak strony nie sposób nie dostrzec, że uzasadnienie zapadłej sentencji jest niejednoznaczne. Trybunał rozpoczyna wywód od analizy czwartej przesłanki z art. 5 ust. 1, tj. przesłanki legalnego korzystania. Nie jest do końca jasne, czy finalnie Trybunał interpretując tę przesłankę w świetle testu trójstopniowego stwierdza, że nie została ona spełniona, czy też odchodzi od tej przesłanki i stwierdza, że z uwagi na test trójstopniowy, art. 5 ust. 1 nie znajdzie zastosowania do analizowanego zwielokrotniania, bez względu na realizację poszczególnych z zawartych w nim przesłanek.

W przypadku przyjęcia pierwszej z opcji, Trybunał popadłby w pewną niekonsekwencję, a być może nawet sprzeczność. Zwróćmy bowiem uwagę, że art. 5 ust. 1 przewiduje wyjątki od prawa wyłącznego podmiotu praw autorskich do zwielokrotniania utworów, zaś art. 5 ust. 5 pełni funkcję korygującą, ograniczając zastosowanie tych wyjątków. Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, z legalnym korzystaniem utworu (także w rozumieniu art. 5 ust. 1) możemy mieć do czynienia wtedy, gdy korzystanie to jest objęte zgodą podmiotu praw autorskich, bądź też w ogóle nie jest ograniczone przez prawo Unii. Zgodnie z tym samym orzecznictwem i niekwestionowanym poglądem doktryny, samo zapoznawanie się z utworem podpada pod drugi z wymienionych przypadków, tzn. nie jest w ogóle objęte prawem wyłącznym podmiotu praw autorskich. Skoro więc takie „korzystanie” jest legalne, z uwagi na to, że w ogóle nie wchodzi w zakres prawa wyłącznego podmiotu praw autorskich, to nie może przecież zostać uznane za nielegalne na mocy przepisu, który służy jedynie do ograniczania stosowania przepisu przewidującego wyjątki od tegoż prawa wyłącznego. Innymi słowy, w omawianej sprawie art. 5 ust. 5 posłużył Trybunałowi nie do ograniczania zakresu wyłączenia od prawa zwielokrotniania z art. 5 ust. 1, ale – wydaje się - do rozszerzenia praw wyłącznych twórcy poza zakres wyznaczony przez dyrektywę, poprzez stwierdzenie, że samo zapoznawanie się z utworem nie tylko stanowi korzystanie z utworu, ale nawet, że stanowi korzystanie „nielegalne”, a przez to niespełniające czwartej przesłanki z art. 5 ust. 1.

Broniąc stanowiska zajętego przez Trybunał, można by podnieść, że legalne korzystanie nie musi wcale oznaczać korzystania legalnego na gruncie prawa autorskiego, ale

³¹² J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 476.

może być rozumiane swoiście i szerzej. Takim nielegalnym korzystaniem, niekoniecznie wchodzącym w zakres praw wyłącznych (a więc „korzystaniem” w rozumieniu prawa autorskiego) mogłoby być np. naruszenie pośrednie prawa autorskiego, a nawet jakaś forma korzystania pozostająca w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego. Problem polega jednak na tym, że takich ocen i interpretacji można by dokonywać co najwyżej na gruncie przepisów poszczególnych krajów, bowiem prawo Unii nie obejmuje zakresem swojej harmonizacji naruszeń pośrednich prawa autorskiego.

Wskazane niekonsekwencje obrazują zresztą ogólniejszy problem, wynikający z problemów, jakie stwarza rozumienie i stosowanie art. 5 ust. 5. W wyroku w sprawie ACI Adam TSUE stwierdził, że art. 5 ust. 5 nie definiuje materialnej treści wyjątków z ust. 1-4, ale wkracza dopiero w momencie ich stosowania przez państwa członkowskie, służąc do oceny zgodności prawa krajowego z prawem unijnym³¹³. Wydaje się, że zważywszy na to stwierdzenie, Trybunał dla zachowania systemowej spójności i logiczności swojego wyводу, winien był raczej stwierdzić, że co prawda omawiane korzystanie spełnia przesłanki z art. 5 ust. 1, jednak w związku z testem trójstopniowym, nie do pogodzenia z prawem unijnym jest sytuacja, w której w państwo członkowskie nie rozróżnia, czy w danej sytuacji zwielokrotnienie jest rezultatem transmisji legalnej, czy nielegalnej. Taka sentencja byłaby zbieżna z sentencją z wyroku ws. ACI Adam (którego jednak uzasadnienie w tym zakresie również może budzić zastrzeżenia).

Zapadłe orzeczenie budzi też pewne zastrzeżenia natury funkcjonalnej. O ile bowiem w przypadku pobierania plików ze źródeł nielegalnych, użytkownik na ogół działa świadomie (choć niekoniecznie musi zdawać sobie sprawę z tego, że plik został umieszczony w Internecie z naruszeniem cudzych praw autorskich), o tyle w przypadku pamięci podręcznej komputera i kopii ekranowych, do zwielokrotniania dochodzi mimowolnie, bez udziału a częściowo nawet świadomości użytkownika. Trybunał zwracał zresztą uwagę na te aspekty w wyroku ws. Premier League. Pomimo tego, w przypadku oglądania filmów czy seriali na portalach je oferujących, użytkownik zazwyczaj doprowadza do tego zwielokrotniania w sposób zamierzony. Niemniej jednak, w dalszym ciągu z takim zwielokrotnianiem może mieć do czynienia np. przeglądając portale społecznościowe lub inne strony internetowe, na których może napotykać na treści naruszające cudze prawa wyłączne zupełnie przypadkowo i mimowolnie. Wydaje się więc, że dla przyjęcia jego odpowiedzialności za ich

³¹³ Wyrok ws. ACI Adam, pkt 25. Podobnie: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. C-145/10 w sprawie Eva-Maria Painer przeciwko Standard VerlagsGmbH i inni, www.curia.europa.eu, pkt 110.

zwielokrotnianie na ekranie komputera i w pamięci podręcznej wskazane byłoby stosowanie podobnej konstrukcji, co w wyroku ws. GS Media odnośnie linkowania (choć niekoniecznie obudowanej zastosowanymi tam domniemaniami). Problematyczne jest jednak to, że podobnie jak w przypadku linkowania, także tutaj trudno znaleźć podstawy prawne do jej stosowania.

Prócz powyższego, co istotne, pojawia się pytanie o to, czy takie rozumienie przepisów dyrektywy nie uprzywilejowuje nazbyt daleko ochrony twórców kosztem prywatności użytkowników końcowych. Jest to zresztą przejaw ogólniejszego pytania o rozumienie testu trójstopniowego – czy powinien on służyć jedynie ochronie podmiotów praw autorskich czy też raczej być stosowany do wyważania interesów podmiotów uprawnionych z interesem społecznym, w tym interesem użytkowników³¹⁴. Wskazane orzeczenie rozciąga ochronę prawnoautorską niezwykle daleko, potencjalnie delegalizując czynności podejmowane przez rzesze użytkowników każdego dnia na ich komputerach osobistych. Bez względu na to, czy zarzut o nazbyt dalekie wkraczanie w sferę prywatności użytkowników jest zasadny, wydaje się, że Trybunał winien był przynajmniej się do niego odnieść. Jest to istotne, zwłaszcza zważywszy, że zarzuty o niedocenienie tej kwestii pojawiały się już po wydaniu wyroku ws. ACI Adam³¹⁵. Wydaje się też, że bez ograniczenia przyjętej przez Trybunał interpretacji, a ściślej – wyłączenia spod jej zakresu „naruszeń dnia codziennego”, zupełnie przypadkowych i niezawinionych – ochrona przyznana podmiotom uprawnionym będzie sięgać zbyt daleko, i to nawet przyjąwszy restrykcyjne rozumienie testu trójstopniowego, nastawione wyłącznie na ochronę podmiotów uprawnionych.

Innym problemem zapadłego orzeczenia jest to, że w jego efekcie dochodzi do delegalizacji nie tego, co – wydaje się – rzeczywiście powinno być nielegalne. Nie ulega wątpliwości, że osoby, które uzyskują *online* dostęp do nielegalnie udostępnianych filmów i seriali stanowią duży problem, bowiem ich zachowanie prowadzi do - z jednej strony - wzrostu ilości i jakości portali oferujących nielegalne usługi, a z drugiej – skutkuje spadkiem zysków w legalnym obrocie. Niemniej jednak, główną przyczyną tego stanu rzeczy jest możliwość zapoznawania się ze wzmiankowanymi utworami, a nie to, że są one jedynie czasowo zwielokrotnione na urządzeniach użytkowników. Wskazane zwielokrotnienie jest

³¹⁴ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test z art. 35 pr. aut. i pr. pokr.*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (106), Wolters Kluwer, Kraków 2009, str. 7-10.

³¹⁵ Zob. np. Joao Pedro Quintais, *Private copying and downloading from unlawful sources*, (w:) *Forthcoming International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2015, dostęp: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2513794, str. 31.

bowiem, jak wskazuje chociażby art. 5 ust. 1, jedynie incydentalne, czasowe i pozbawione odrębnego ekonomicznego znaczenia (a chodzi przecież cały czas o ochronę praw majątkowych podmiotów uprawnionych!). Wobec niemożności na gruncie obecnego stanu prawnego dopatrywania się naruszenia w samym zapoznawaniu się z utworem, Trybunał delegalizuje je niejako zastępczo, poprzez stwierdzenie, że naruszenia prawa można doszukiwać się w mimowolnie wykonywanych czynnościach technicznych, będących integralnym elementem zapoznawania się z utworem na odtwarzaczu multimedialnym lub komputerze. Delegalizacja właściwego „naruszenia” wymagałaby jednak zmiany prawa, bądź poprzez uznanie, że samo zapoznawanie się z utworem może w pewnych sytuacjach stanowić korzystanie z utworu nieobjęte dozwolonym użytkowaniem, bądź poprzez wprowadzenie odrębnie stypizowanego deliktu (polegającego np. na zawinionym uzyskiwaniu dostępu do utworów rozpowszechnianych nielegalnie).

Rozważania te mogą iść zresztą dalej i skutkować zadaniem pytania: na ile czynności, które pozbawione są jakiegokolwiek odrębnego ekonomicznego znaczenia, powinny być objęte prawami wyłącznymi podmiotu uprawnionego, skoro celem tych praw wyłącznych jest przecież ochrona praw majątkowych? Być może czynności takie, bez względu na ich cel i charakterystykę, powinny zostać uznane jako w ogóle nie objęte prawami wyłącznymi, a przez to niemające znaczenia z punktu widzenia prawa autorskiego³¹⁶? Pytanie to – w kontekście art. 23¹ pr. aut. – jest szczególnie istotne na gruncie polskiej ustawy, bowiem przepis ten jest umieszczony wśród przepisów o dozwolonym użytku. Oznacza to, że ten rodzaj korzystania z utworu generalnie wchodzi w zakres praw wyłącznych twórcy, a korzystanie z utworu w tym zakresie bez zgody uprawnionego jest legalizowane jedynie wtórnice (do przepisów o dozwolonym użytku doktryna posługuje się nawet określeniem „licencja ustawowa”³¹⁷), pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek i przy zastosowaniu rygorystycznej interpretacji, na równi z innymi postaciami dozwolonego użytku. Z kolei dyrektywa internetowa instytucje te wyraźnie rozróżnia – odpowiednik art. 23¹ pr. aut. jest „wyłączony z prawa do zwielokrotniania” („exempted from the reproduction right”; art. 5 ust. 1), podczas gdy pozostałe ujęte w dyrektywie postacie stanowią jedynie jego „wyjątki lub ograniczenia” („exceptions or limitations”; art. 5 ust. 2)³¹⁸. Sugeruje to,

³¹⁶ Por. P. Podrecki (red.), *Prawo Internetu*, LexisNexis, Warszawa 2007, str. 396-399.

³¹⁷ Por. np. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 191-194.

³¹⁸ Podobnie w tym przedmiocie także: S. Stanisławska-Kloc w: D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, str. 329.

przynajmniej *prima facie*, że podejście do tych rodzajów wyłączeń powinno być odmienne, choć do obu z nich zastosowanie znajduje test trójstopniowy (art. 5 ust. 5).

Oczywiście wskazany problem ma w gruncie rzeczy jedynie znaczenie teoretyczne i systemowe. Z praktycznego punktu widzenia rozwiązanie przyjęte przez Trybunał – jak się wydaje – może z powodzeniem spełniać swój cel.

Pomimo wątpliwości związanych z dokonaną przez Trybunał wykładnią prawną, ogólny kierunek w którym idzie zapadłe orzeczenie chyba należy uznać za słuszny. W świetle treści art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej rzeczywiście trudno uznać, że wyjątek z art. 5 ust. 1 może *de facto* legalizować sytuacje, w których użytkownicy końcowi w pełni świadomie uzyskują dostęp do treści umieszczonych w Internecie bez zezwolenia podmiotów uprawnionych, przyczyniając się do wyrządzania tym ostatnim szkody na ogromną skalę. Nie sposób bowiem uznać takiej sytuacji, za będącą przejawem „normalnego korzystania” w rozumieniu art. 5 ust. 5. Ocena ta pozostaje aktualna nawet pomimo wątpliwości co do tego, czy z punktu widzenia teoretycznego zasadnym (racjonalnym) jest doszukiwanie się naruszenia praw wyłącznych w zwielokrotnianiu, które jest jedynie tymczasowe, incydentalne i nie ma samodzielnego charakteru gospodarczego. Zważywszy na treść obecnych regulacji prawnych, a także genezę wyjątku z art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej, należy dać prymat podejściu celowościowemu.

Test trójstopniowy w jego „klasycznym” rozumieniu na gruncie traktatów, spełniać mogą jedynie takie ograniczenia, które nie są nazbyt szerokie, nie pozbawiają uprawnionych istotnych źródeł dochodu ani nie wyrządzają im nieproporcjonalnej szkody³¹⁹ - przesłanki o spełnienie których trudno w realiach omawianej sprawy. Wydaje się jednak, że nawet w przypadku przyjęcia jego postępowej interpretacji³²⁰, sytuacja nie ulegnie zmianie. W przypadku użytkowników końcowych uzyskujących dostęp do nielegalnych treści, trudno uznać warunki spełnienia nawet tak liberalnie rozumianego testu trójstopniowego za spełnione, skoro pojedynczy użytkownik jest w stanie zapoznać się z całym utworem, nierzadko w dobrej jakości, nie płacąc za to ani centa. Z drugiej strony, szkody wyrządzane uprawnionym globalnie, z uwagi na istnienie całego przemysłu trudniącego się udostępnianiem nielegalnych utworów, są ogromne. Jednocześnie pozbawienie użytkowników końcowych takiej możliwości nie niesie istotnych zagrożeń dla ich interesów,

³¹⁹ P. Bernt Hugenholtz, Ruth L. Okediji, *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright. Final report.*, 2008, dostęp: https://www.ivir.nl/publicaties/download/limitations_exceptions_copyright.pdf, str. 25.

³²⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test...*, str. 8-10.

o ile tylko będzie rozróżniać się sytuacje, w których działanie użytkowników cechuje celowość i świadomość istnienia naruszenia, od sytuacji przypadkowych „naruszeń”.

Odwołanie się do testu trójstopniowego przy analizie przedmiotowego zagadnienia ma przy tym tę dodatkową zaletę, że ogólność przesłanek w nim wyrażonych (zwłaszcza przesłanki: „normalnego korzystania”) pozwala na podejście do zagadnienia elastycznie, a tym samym na rozróżnienie od siebie wskazanych przypadków incydentalnego zwielokrotniania. Zwróćmy uwagę, jak zaznaczyłem wcześniej, że gdyby sentencję wyroku ws. Filmspeler traktować absolutnie, nie dopuszczając wyjątków od wyrażonej w nim zasady, mogłyby powstać wątpliwości, czy osoba która mimowolnie i zupełnie przypadkiem uzyskuje dostęp i zwielokrotnia w pamięci RAM oraz na ekranie komputera utwory pochodzące z nielegalnego źródła, naraża się na odpowiedzialność za naruszenie cudzych praw wyłącznych³²¹. Dokonywanie wykładni przepisów przez pryzmat art. 5 ust. 5 (a może raczej – ocena zgodności z prawem unijnych relewantnych przepisów krajowych z perspektywy art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej) pozwala na elastyczne podejście do sprawy i uwzględnianie dla oceny zagadnienia takich czynników, jak okoliczności uzyskania dostępu do utworu, charakter strony internetowej przez którą uzyskuje się dostęp czy zachowanie lub nawet zamiar samego użytkownika końcowego. Takie podejście pozwala w stosunkowo łatwy i słuszny z punktu widzenia ocen sprawiedliwościowych sposób rozróżnić od siebie przypadki uzyskiwania dostępu do nielegalnych plików przez przypadek lub w przypadku działania w dobrej wierze, od sytuacji, które są z punktu widzenia aksjologii stojącej za prawem autorskim są oczywiście naganne – jak np. w przypadku korzystania z portali udostępniających nielegalne filmy czy nawet programów wykorzystywanych powszechnie do uzyskiwania dostępu do nielegalnych transmisji, jak np. wspomniany wcześniej SopCast.

Jednocześnie wydaje się, że implementowanie do prawa krajowego art. 5 ust. 1 niemal dosłownie (tak jak miało to miejsce w przypadku art. 23¹ pr. aut.) wydaje się nie czynić zadość wymaganiom prawa unijnego, właśnie z uwagi na zaprezentowaną przez Trybunał wykładnię testu trójstopniowego. Wydaje się, że prawo państw członkowskich – które może jedynie zawęzać wyjątki z art. 5 dyrektywy internetowej³²² (a nawet niekiedy zdaje się mieć taki obowiązek) - powinno przewidywać dodatkowe przesłanki, które nie pozwolą na stosowanie wyjątku z art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej w sytuacjach, takich jak ta będąca przedmiotem orzeczenia ws. Filmspeler. Podobna ocena dotyczy zresztą art. 5 ust. 2 lit. b (i

³²¹ Oczywiście zdaję sobie sprawę z tego, że problem ten ma znaczenie bardziej teoretyczne, niż praktyczne, choćby z uwagi na bardzo ograniczoną możliwość egzekwowania tego typu zasady.

³²² Joao Pedro Quintais, *Private copying...*, str. 28.

jego polskiego odpowiednika, art. 23 ust. 1 pr. aut.), w związku z wyrokiem ws. ACI Adam, który wymaga od państw członkowskich rozróżniania sytuacji, w których źródło utworu wykorzystywanego w ramach dozwolonego użytku prywatnego jest legalne, od sytuacji, w której źródło to jest nielegalne. Pytaniem, które jest szczególnie interesujące w kontekście polskiej ustawy jest to, czy takie dostosowanie prawa krajowego do prawa unijnego i ocen Trybunału może nastąpić poprzez inkorporowanie samego testu trójstopniowego (polski art. 35 pr. aut.), a następnie przenoszenie niejako automatycznie za jego pośrednictwem ocen Trybunału dokonywanych na gruncie art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej bezpośrednio do porządku krajowego czy też dla zapewnienia zgodności porządku krajowego z prawem Unii wymagana jest każdorazowa interwencja ustawodawcy.

3. Jakie znaczenie dla streamingu ma art. 35 pr. aut.?

Pomimo że wyrok ws. Filmspeler budzi pewne wątpliwości i zastrzeżenia, nie można nie doceniać jego znaczenia. Przy ocenie jego przełożenia na polski porządek prawny powraca jednak podstawowy problem, który pojawił się wcześniej po wydaniu orzeczenia ws. ACI Adam. Chodzi mianowicie o to, czy na gruncie obowiązujących przepisów w ich obecnym kształcie możliwe jest przyjęcie interpretacji zaprezentowanej przez Trybunał, czy też konieczna jest ich zmiana, a do czasu jej wprowadzenia, uznanie, że prawo polskie w analizowanym zakresie jest sprzeczne z prawem unijnym. Szczególne znaczenie ma w tym miejscu ocena charakteru art. 35, który stanowi inkorporację do polskiego porządku prawnego testu trójstopniowego. Pojawia się w tym momencie zasygnalizowane na końcu poprzedniego podrozdziału pytanie o to, czy art. 35 pr. aut. może służyć jako narzędzie pozwalające na „automatyczne” transponowanie do polskiego porządku prawnego ocen Trybunału dokonywanych na gruncie art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej, a przez to osiągnięcie zgodności polskiego prawa z prawem unijnym bez konieczności każdorazowego dostosowywania przepisów polskiej ustawy do prawa UE w sytuacji, w której TSUE orzeka o niezgodności z prawem unijnym implementowanych do prawa krajowego wyjątków (art. 5 ust. 1-4 dyrektywy internetowej) w pewnym ich zakresie, jak miało to miejsce w przypadku art. 5 ust. 2 lit. b dyrektywy internetowej (polski art. 23 ust. 1 pr. aut.) w wyroku ws. ACI Adam oraz art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej (polski art. 23¹ pr. aut.) w wyroku ws. Filmspeler.

Na kanwie art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej pojawiło się pytanie, czy stanowi on jedynie normę adresowaną do ustawodawcy i służy wyłącznie ocenie zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, czy też jego adresatami są również sądy państw członkowskich, które powinny interpretować przepisy krajowe przez pryzmat wykładni dokonywanej przez Trybunał na kanwie art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej³²³. Kwestia ta na gruncie polskiego prawa wydaje się być jednak drugorzędna, zważywszy że test trójstopniowy z dyrektywy internetowej został inkorporowany do art. 35 pr. aut. (pomimo nieznacznych różnic między oboma przepisami, znaczenie ich przesłanek wydaje się być tożsame³²⁴). W związku z tym, generalna konieczność dokonywania wykładni przepisów krajowych w świetle wykładni dokonywanej przez TSUE na kanwie art. 5 ust. 5 dyrektywy

³²³ Por. J. Zygunt, *Where is the three-step test heading for?*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 1 (131), Wolters Kluwer, Kraków 2016, str. 161-163.

³²⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test...*, str. 13.

internetowej nie może budzić żadnych wątpliwości, z uwagi na nakaz dokonywania prowsólnotowej wykładni.

W doktrynie rozważa się, czy art. 35 pr. aut. może stanowić samodzielną podstawę normatywną zakwestionowana określonej postaci korzystania z utworu w ramach dozwolonego użytku, czy też stanowi on jedynie narzędzie interpretacyjne³²⁵. Nie wdając się szczegółowo w ten spór, z punktu widzenia niniejszej pracy za interesujące należy uznać pytanie o to, czy art. 35 pr. aut. pozwala na wdrożenie bezpośrednio do polskiego porządku prawnego rezultatów wykładni art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej nawet pomimo tego, że dotychczasowe rozumienie polskich przepisów było z nią wyraźnie sprzeczne.

J. Barta i R. Markiewicz wskazują, że na pytanie o możliwość przenoszenie interpretacji Trybunału do polskiego prawa za pośrednictwem art. 35 pr. aut. nie można z góry udzielić odpowiedzi twierdzącej, która aplikowałaby się do wszystkich spraw oraz że test trójstopniowy w art. 35 pr. aut. i w art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej, to dwa różne narzędzia o odmiennych celach – pierwszy jest wewnętrzną klauzulą generalną, mogącą jedynie wspomagać wdrażanie interpretacji Trybunału, natomiast drugi stanowi narzędzie do badania zgodności prawa krajowego z prawem unijnym³²⁶. Zdaniem autorów, test trójstopniowy z art. 35 pr. aut. nie może służyć do wprowadzania nowych przesłanek, a wkraczać może jedynie wtedy, gdy istnieje pewien luz decyzyjny – w innym wypadku art. 35 pr. aut. w istocie pozwalałby na dokonywanie wykładni zbliżonej w skutkach do wykładni *contra legem* i rodziłby niepewność prawną po stronie odbiorców przepisu³²⁷. Z tych samych powodów widzą oni możliwość stosowania art. 35 pr. aut. jedynie w przypadkach wątpliwych, gdy nie można osiągnąć jednoznacznych rezultatów za pomocą wykładni i w żadnym razie nie dopuszczają oni możliwości kwestionowania na tej podstawie dopasowywania rozumienia postaci dozwolonego użytku wbrew utrwalonemu sposobowi ich rozumienia³²⁸. Przepis ten, ich zdaniem, nie może być stosowany w sposób, który prowadziłby do powstawania niepewności prawa³²⁹. Co do zasady dopuszczają oni jednocześnie możliwość kwestionowania na jego podstawie określonego zachowania

³²⁵ Zob. np. P. Ślęzak w: P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*, str. 333.

³²⁶ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 284-285.

³²⁷ *Ibidem*, str. 286-287.

³²⁸ *Ibidem*, str. 287.

³²⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test...*, str. 14.

wyraźnie objętego treścią danej postaci dozwolonego użytku³³⁰, wykluczając jednak taką możliwość do zmiany ustalonych sposobów interpretacji poszczególnych przepisów³³¹.

Zwróćmy uwagę, że taką argumentację wspiera także inna okoliczność. Interpretacja i określenie zakresu przepisów o dozwolonym użytku może w niektórych sytuacjach mieć nie tylko znaczenie dla odpowiedzialności cywilnej danej osoby, ale także dla jej odpowiedzialności karnej (np. na gruncie szeroko ujętego art. 115 ust. 3 pr. aut. lub art. 118 ust. 1 pr. aut). Jest to istotne, ponieważ wykładania prawa karnego rządzi się zupełnie innymi zasadami, niż wykładnia prawa cywilnego, z uwagi na fundamentalną i gwarantowaną konstytucyjnie zasadę *nullum crimen sine lege*³³², z której wywodzi się m. in. zakaz rozszerzającej wykładni przepisów karnych oraz zasadę ich określoności³³³. Wyraża się to m. in. w tym, że niedopuszczalne jest konstruowanie norm prawno-karnych, które konstruowałyby odpowiedzialność prawnokarną posługując się do tego celu klauzulami generalnymi – a z takimi niewątpliwie mamy do czynienia w przypadku testu trójstopniowego³³⁴. Kwestię tę albo należy mieć na uwadze przy interpretacji art. 35 pr. aut. w kontekście odpowiedzialności cywilnoprawnej użytkowników, albo liczyć się z tym, że w konkretnej sytuacji dane zachowanie może stanowić naruszenie prawa autorskiego w jego cywilnym rozumieniu, a jednocześnie nie naruszać żadnej normy prawnokarnej, nawet jeżeli ustawa uzależnia ją od – jak dosłownie stwierdzono w art. 118 ust. pr. aut. – „naruszenia cudzych praw autorskich lub pokrewnych”. Przy szerokiej interpretacji art. 35 pr. aut. należy mieć także na uwadze, że jedną z granic prounijnej wykładni prawa krajowego jest zakaz dokonywania takiej wykładni, wskutek której jednostka byłaby narażona na odpowiedzialność karną³³⁵.

Zwróćmy także uwagę, że art. 35 pr. aut., niezależnie od nadanego mu celu, funkcjonuje jako odrębna norma polskiego systemu prawnego, a co za tym idzie – może być

³³⁰ Odmienne np. P. Ślęzak w: P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*, str. 333, który uznaje art. 35 pr. aut. jedynie jako „wskazówkę interpretacyjną”.

³³¹ J. Barta, R. Markiewicz, *Trzystopniowy test...*, str. 15-16; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, str. 287.

³³² Art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. nr 78 poz. 483): „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego.”

³³³ Na podobnym problem, choć na gruncie odpowiedzialności za wymianę plików w systemach peer-to-peer, zwraca uwagę J. Zygmunt w: J. Zygmunt, *Przesyłanie plików za pośrednictwem sieci peer-to-peer...*, str. 50-52.

³³⁴ P. Ślęzak w: P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz...*, str. 333.

³³⁵ Zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 1987 r., sygn. C-14/87 w sprawie Pretore di Salò przeciwko nieznanemu osobie, www.curia.europa.eu, pkt 18 i wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 października 1987 r., sygn. C-80/86 w sprawie Kolpinghuis Nijmegen BV, www.curia.europa.eu, pkt 13.

stosowana nie tylko po to, żeby wdrażać interpretacje Trybunału bez potrzeby zmiany ustawy, ale także poza tą funkcją. Oznacza to, że jeżeli w ramach wdrażania wykładni prezentowanej przez TSUE na podstawie art. 35 pr. aut. byłoby możliwe np. konstruowanie dodatkowych przesłanek zastosowania określonych postaci dozwolonego użytku (jak np. wymóg legalności źródła), to teoretycznie powinno być to także możliwe poza tą funkcją. Wynika z tego, że art. 35 pr. aut. dawałaby w takim jego rozumieniu – przynajmniej w teorii – podstawę do wprowadzania ograniczeń wyjątków od prawa do zwielokrotniania nieznanymi dyrektywie internetowej (ani nawet orzecznictwu Trybunału). Chyba można stwierdzić, że samo istnienie takiej możliwości, nawet jeżeli w praktyce wyjątki takie nie są wprowadzane, stanowi zagrożenie dla pewności prawa³³⁶ i spójności stosowania przepisów o dozwolonym użytku, co jest niedopuszczalne w świetle orzecznictwa TSUE³³⁷. Zagrożenie takie wydaje się nie pojawiać, jeżeli traktujemy art. 35 pr. aut. jako mający jedynie znaczenie interpretacyjne, względnie zastosowanie pomocnicze, jedynie w sytuacjach wątpliwych.

W odniesieniu do zarzutu zachwiania pewności prawa w przypadku automatycznego przenoszenia rezultatów interpretacji dokonywanej przez TSUE na grunt prawa krajowego za pośrednictwem art. 35 pr. aut., należy się z nim zgodzić, zwracając jednak uwagę na pewną istotną kwestię. Problem niepewności prawa powstającego na gruncie krajowym jest w takiej sytuacji wtórny. Źródło problemu bierze się z regulacji unijnej – z jednej strony polega on na być może nie dość jasnym sformułowaniu przesłanek rządzących wyjątkami z art. 5 dyrektywy internetowej, co daje Trybunałowi pole do zaskakujących i nieoczekiwanych interpretacji. Z drugiej zaś strony, problemu być może można doszukiwać się w samej konstrukcji art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej, który może być postrzegany jako zbyt „surowy” i daleko idący względem swoich traktatowych poprzedników³³⁸.

Pomimo tego, zasadniczo uważam, że przywołane wyżej podejście prezentowane przez J. Bartę i R. Markiewicza zasługuje na aprobatę. Wydaje się, że w świetle konieczności ochrony takich wartości jak pewność prawa, a w szczególności z uwagi na restrykcyjny charakter sankcji przewidzianych za naruszenie cudzych praw bezwzględnych (włączając w to sankcje karne i daleko idącą odpowiedzialność cywilnoprawną), niedopuszczalne jest uznanie, że wykładnia Trybunału dokonywana na gruncie przepisu służącego przecież do oceny zgodności prawa krajowego z prawem unijnym może być transponowana do porządku krajowego automatycznie za pośrednictwem art. 35 pr. aut. jeżeli jej skutki tak daleko

³³⁶ Wartości chronionej także na gruncie dyrektywy internetowej: por. np. wyrok ws. Svensson, pkt 34.

³³⁷ Por. wyrok ws. ACI Adam, pkt 34-35.

³³⁸ Por. J. Zygmunt, *Where is the three-step test heading for...*, str. 160-163 i przywołana tam literatura.

odbiegają od językowego i utrwalonego w praktyce znaczenia krajowych przepisów. Obywatel, także z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych, nie może być zaskakiwany tak daleko idącymi zmianami, wprowadzanymi z całkowitym pominięciem procedury ustawodawczej, będącej jedynym właściwym środkiem do nakładania na jednostki nowych, nieprzewidzianych uprzednim prawem obowiązków lub zakazów.

Z tego względu, w świetle wyroku ws. Filmspeler, należy chyba uznać, że prawo polskie jest niezgodne z prawem unijnym, w zakresie, w jakim art. 23¹ pr. aut. nie uwzględnia sytuacji takich jak będąca przedmiotem postępowania. Celowo nie posługuję się w tym miejscu odwołaniem do legalności rozpowszechniania incydentalnie zwielokrotnianego utworu (tak jak w przypadku wyroku ws. ACI Adam), ponieważ uważam, że generalne wyłączenie legalności incydentalnego zwielokrotniania utworów umieszczonych w Internecie nielegalnie nie jest dopuszczalne. Wynika to z tego, że takie podejście *de facto* delegalizowałoby korzystanie z Internetu, a przynajmniej (w teorii) prowadziłyby do poważnych zaburzeń w jego funkcjonowaniu. Z uwagi na specyfikę Internetu, trudno bowiem ustrzec się choćby przypadkowego natrafiania na treści umieszczane nielegalnie. Co więcej, w wielu przypadkach przeciętny użytkownik nie dysponuje żadnymi narzędziami, które pozwalałyby mu na weryfikację legalności przeglądanych treści (abstrahując od tego, że weryfikacja częstokroć wymaga zapoznania się, a to - w przypadku nielegalnych treści - byłoby przecież pośrednio delegalizowane). Z tego względu niemożliwe byłoby osiągnięcie zamierzonego celu (*effet utile*) omawianego wyjątku, jak również uprzywilejowanie podmiotów praw wyłącznych sięgałoby zdecydowanie za daleko, poza wymagania stawiane przez art. 5 ust. 5 dyrektywy internetowej.

Uważam, że ewentualne zmiana treści art. 23¹ pr. aut., celem dostosowania do wymogów prawa unijnego, powinna wyłączyć spod zakresu jego regulacji jedynie przypadki, w których racjonalny użytkownik na podstawie obiektywnie uzasadnionych okoliczności może przypuszczać, że określony utwór został umieszczony w Internecie (lub jest w inny sposób rozpowszechniany) z naruszeniem cudzych praw wyłącznych, a mimo to działając w pełni świadomie, decyduje się na uzyskanie do niego dostępu. Wydaje się, że takie podejście do sprawy w sposób wystarczający służy realizacji wartości, które stały za rozumowaniem Trybunału w sprawie Filmspeler, a jednocześnie pozwala uniknąć problemów dla funkcjonowania Internetu naszkicowanych powyżej.

Naturalnie zmiana taka powinna zostać skoordynowana ze zmianą art. 23 ust. 1 pr. aut. w kierunku wyznaczonym przez wyrok ws. ACI Adam. W innym wypadku czynności

zdelegalizowane na gruncie art. 23¹ pr. aut., mogłyby być (w zakresie w jakim dotyczą użytku prywatnego) wciąż legalne z uwagi na brzemienne art. 23 ust. 1 pr. aut.

Na koniec należy jeszcze zwrócić uwagę na zasygnalizowaną wcześniej, teoretyczną możliwość odmiennego interpretowania art. 23¹ pr. aut, dokonywanego jednak w świetle art. 35 pr. aut i wykładni zaprezentowanej przez Trybunał. Chodzi mianowicie o formułowaną przez ten przepis przesłankę „legalnego korzystania”. Samo zapoznavanie się z utworami, bez względu na ich legalność, nie stanowi korzystania w rozumieniu prawa autorskiego, a przez to, zgodnie z resztą z orzecnictwem Trybunału, jako nieobjęte prawami wyłącznymi twórcy, spełnia przesłankę „legalnego korzystania”. Być może jednak możliwa jest interpretacja, która rozumiałaby przesłankę „legalnego korzystania” szerzej, niż tylko jako korzystanie za zgodą uprawnionego lub nieobjęte jego prawami wyłącznymi.

Zwróćmy bowiem uwagę, że zawinione uzyskiwanie dostępu do nielegalnie rozpowszechnianych treści może być uznane za bezprawne na podstawie art. 422 k.c., jako „świadome skorzystanie z wyrządzonej drugiemu szkody” (nie wdając się w tym miejscu w szczegółowe rozważania czy taka kwalifikacja jest słuszna).

Przy takiej interpretacji, tworzenie kopii ekranowych i zwielokrotnianie utworu w pamięci podręcznej, jako służące popełnieniu deliktu prawa cywilnego, wcale nie służyłoby „umożliwieniu legalnego korzystania z utworu”, a przez to nie podpadałoby pod wyjątek przewidziany w art. 23¹ pr. aut. Taka interpretacja, wspierana chyba przez nakaz proninej interpretacji prawa krajowego i wyrok ws. Filmspeler, pozwoliłaby osiągnąć cel zamierzony przez Trybunał bez konieczności wprowadzania zmian legislacyjnych i jednocześnie bez narażania na szwank normalnego korzystania z Internetu. Zwróćmy bowiem uwagę, że odpowiedzialność na zasadzie art. 422 k.c. uzależniona jest od winy, a to oznacza, że przesłanka ta „pośrednio” miałaby znaczenie także dla oceny, czy w konkretnej sprawie znajduje zastosowanie art. 23¹ pr. aut.

Oczywiście w dalszym ciągu, w zakresie ograniczonym do użytku prywatnego, omawiane zwielokrotnianie w mogłoby być uznawane za legalne z uwagi na art. 23 ust. 1 pr. aut. (zakładając chyba słusznie, że niemożliwe jest transponowanie do prawa polskiego wykładni Trybunału z wyroku ws. ACI Adam bez odpowiednich zmian legislacyjnych).

Rozdział IV. Konkluzje.

Przedmiotowa praca dotyczyła w kontekście strumieniowania utworów trzech obszernych problemów prawnych.

Pierwszy z nich dotyczył problematyki pól eksploatacji. Jak zostało to przedstawione szczegółowo w rozdziale I niniejszej pracy, generalnie odrzucam na ogół przyjmowane kryteria służące odróżnianiu od siebie pól eksploatacji. Uważam za zasadne podejście, które wychodzi od dwóch dystynkcji. Po pierwsze, odróżnia kwestię badania odrębności pól od kwestii wyznaczania granic nowych, nienazwanych pól. W przedmiocie badania odrębności pól (tj. badania czy określony sposób korzystania z utworu wchodzi w zakres określone pola lub czy porównywane sposoby korzystania z utworu wchodzi w zakres wspólnego pola) za wyłącznie decydujące uważam kryterium językowe, odwołujące się do znaczenia wyrazów użytych do nazwania określonego pola.

Z kolei do wyznaczania zakresu nowych pól, za konieczne uważam wprowadzenie drugiego rozróżnienia, które rozróżnia od siebie pola „wzorcowe” i pola umowne. Przez pola wzorcowe rozumiem pola wyodrębnione w ustawie oraz pola wyodrębnianie sukcesywnie wraz z rozwojem technologicznym i pojawianiem się nowych modeli biznesowych. W mojej ocenie, granice tych pól powinny być wyznaczane na podobnym poziomie ogólności, co granice pól ustawowych oraz według możliwie zbliżonych kryteriów – włączając w to kryteria ekonomiczne, techniczne i inne. Z kolei w kwestii określania granic pól umownych, uważam, że jedynym ograniczeniem jest wyrażona w art. 41 ust. 2 pr. aut. zasada specyfikacji i wartości, które za nią stoją, na czele z bezpieczeństwem i pewnością obrotu. Uniemożliwia to posługiwanie się w umowach polami zbyt szczegółowymi lub zanedo ogólnymi.

Argumentowałem przy tym, że nie jest możliwe uznanie strumieniowania utworów za odrębne pole eksploatacji, ani nawet przyjęcie, że udostępnianie utworów techniką streamingu zawsze będzie wiązać się z korzystaniem utworu na jakimś specyficznym dla tej postaci korzystania polu. Wynika to z tego, że streaming jest jedynie technologią przesyłu danych, która może być wykorzystywana na różne sposoby. Z uwagi na to, streaming może być wykorzystywany m. in. na polu „publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym” w przypadku świadczenia usług on demand. Wychodzę także z przekonania, że webcasting (pierwotny i near-on-demand) oraz simulcasting własny mogą zostać uznane za postacie nadawania, zaś nadania internetowe – objęte prawem pokrewnym do nadań. Przekonanie to ma źródło w

wykładni funkcjonalnej, brzmieniu dyrektywy internetowej oraz rozumieniu definicji „nadawania” zawartej w pr. aut., jako nieodwołującej się do aspektów technicznych w sposób uniemożliwiający objęcie tym pojęciem nadań internetowych. Analogicznie uważam, że simulcasting cudzy może stanowić postać reemisji (reemitowanie w rozumieniu pr. aut.).

Drugi z poruszanych problemów prawnych, najbardziej rozlegle i szczegółowo omówiony, wiąże się z wykładnią pojęcia komunikowania publiczności na gruncie art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej oraz pytania, czy linkowanie do utworów stanowi postać takiego komunikowania.

Przygotowując tę pracę, doszedłem do przekonania, iż nie należy odrzucać występującego w orzecznictwie Trybunału kryterium „nowej publiczności”, jednak powinno się je rozumieć nieco inaczej. Sądzę, że „nowa publiczność” stanowi kryterium dookreślające przesłankę „czynności udostępniania”, która wespół z przesłanką „publiczności” składa się na „komunikowanie publiczności”. „Nowa publiczność” nie ma charakteru wyłącznego, ani decydującego, co oznacza, że w realiach konkretnej sprawy możliwe jest przyjęcie, że dochodzi do komunikowania publiczności pomimo niespełnienia tej przesłanki, a także, że nie dochodzi do tego aktu pomimo jej spełnienia – choć w tym drugim przypadku trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której mogłoby to mieć miejsce. „Nowa publiczność” stanowi w mojej ocenie sprawne i obiektywnie narzędzie pozwalające na odróżnianie od siebie aktów (transmisji wtórnych), które są jedynie odbiorem lub polepszeniem jakości transmisji w jej pierwotnym zasięgu, od aktów, które stanowią nowy akt komunikacji.

Z uwagi na takie rozumienie kryterium „nowej publiczności”, jak i sygnalizowaną w orzecznictwie TSUE konieczność kompleksowego podchodzenia do oceny, czy w danej sprawie dochodzi do komunikowania utworu publiczności, uważam, że linkowanie do utworów może, ale nie musi – w zależności od sytuacji – stanowić czynność udostępniania. Linkowanie należy uznać za wkraczające w cudze prawa wyłączne co do zasady w sytuacji, w której link umożliwia zapoznanie się z utworem nowej publiczności, rozumianej jednak nieco inaczej niż w orzecznictwie Trybunału. Przez nową publiczność rozumiem publiczność nieuwzględnioną przez pierwotnie udostępniającego (bez względu na to czy jest on uprawniony), jednocześnie dostrzegając, że w przypadku umieszczenia pliku na wielu stronach internetowych dostępnych bez żadnych technicznych ograniczeń dostępu, wcale nie musi dochodzić do komunikowania utworu publiczności. Wynika to z tego, że taka dostępność pliku jest częstokroć zupełnie iluzoryczna, a dotarcie do niego nie jest możliwe bez znajomości jego nazwy (niekoniecznie właściwie identyfikującej „ukryty” w pliku utwór)

lub dokładnego adresu. Z tego względu uważam, że linkowanie do utworów umieszczonych na tego typu stronach stanowi komunikowanie tych utworów nowej publiczności.

Kwestię legalności utworu linkowanego, a tym bardziej świadomość tej nielegalności, uważam za irrelevantną (lub co najwyżej drugorzędną) i nie widzę podstaw do stosowania domniemań wyprowadzonych przez TSUE w wyroku ws. GS Media. Linkowanie do powszechnie dostępnych nielegalnie umieszczonych utworów może być natomiast rozpatrywane w kategorii naruszeń pośrednich, na gruncie przepisów ogólnych prawa cywilnego. W kontekście przywołanego orzeczenia TSUE, uważam jednak, że Trybunał słusznie doszedł w nim do przekonania, że w rozpatrywanej sprawie doszło do komunikowania utworu publiczności za pośrednictwem linkowania. Wynika to nie z tego, że linkowane utwory były umieszczone w Internecie nielegalnie, ale z tego, że zważywszy na konstrukcję portali na których były umieszczane, linkowanie do nich było konieczne dla umożliwienia publiczności zapoznania się z nimi – innymi słowy, linki udostępniały utwór nowej publiczności, przez co doszło do realizacji przesłanek „komunikowania publiczności” w świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy internetowej.

Uważam także, zwłaszcza mając na względzie opinię Rzecznika Generalnego w sprawie Ziggo BV oraz wyrok ws. FilmSpeler, że komunikowanie utworów publiczności może polegać także na samym tylko stworzeniu infrastruktury (technicznej i „ekonomicznej”) służącej do rozpowszechniania utworów bez zgody podmiotów uprawnionych. W ramach niniejszej pracy zwracałem uwagę na dwie jej odmiany. Pierwszą stanowią systemy pozwalające użytkownikom na swobodną wymianę nielegalnych utworów, jeżeli tylko możliwe jest stwierdzenie, że operator takiego systemu zdaje sobie (realnie) sprawę z takiego przeznaczenia jego systemu i co najmniej godzi się na to (np. reklamując swoje usługi jako pozwalające na uzyskanie dostępu do chronionych treści bez zezwolenia podmiotów praw autorskich). Może to mieć miejsce (zastrzegając, że dokonanie kategorycznej oceny uzależnione jest od kompleksowej analizy konkretnej sprawy) w systemach typu The Pirate Bay (wymiana plików peer-to-peer) czy SopCast (streaming peer-to-peer). Drugą grupę stanowią systemy indeksujące i katalogujące linki do nielegalnie umieszczanych w sieci utworów, niezależnie od tego, czy są to linki frame’owane czy nie. Dotyczy to w szczególności portali oferujących w tym systemie dostęp do materiałów audiowizualnych. Powyższe odnosi się także do portali indeksujących narzędzia podobne do linków, jak np. haszkody.

Jednocześnie uważam, że obecne regulacje dyrektywy internetowej nie przystają do realiów współczesnego społeczeństwa informacyjnego i wymagana jest ich zmiana, wprost odnosząca się do problemów takich jak rozpowszechnianie utworów w Internecie. Obecna sytuacja, pogarszana tylko chaotycznie i niejasno uzasadnianymi wyrokami Trybunału Sprawiedliwości, godzi w podstawową zasadę prawa, jaką jest jego pewność. Analizując dopuszczalność i warunki linkowania lub szerzej – próbując zrozumieć przesłanki „komunikowania utworu publiczności” – wielokrotnie natrafiłem na trudne do pogodzenia ze sobą sprzeczności, sam nierzadko w nie popadając. Obecna regulacja, kształtowana na przełomie zeszłego wieku, nie przystaje w żaden sposób do realiów dzisiejszego Internetu, co skutkuje zaskakującymi, sprzecznymi orzeczeniami TSUE oraz ogromnymi wątpliwościami jakie pojawiają się w związku z tym w nauce prawa. Uważam, że tak podstawowe dla funkcjonowania Internetu kwestie nie mogą być uregulowane w sposób tak dalece odbiegający i nieuwzględniający jego dzisiejszych realiów.

Trzecim, ostatnim dużym problemem poruszonym w ramach niniejszej pracy, była kwestia legalności incydentalnego zwielokrotniania (tworzenia kopii ekranowych i w pamięci podręcznej) utworów nielegalnie umieszczanych w Internecie. Generalnie zgadzam się z kierunkiem zaprezentowanym przez Trybunał w wyroku ws. Filmspeler i uważam, że test trójstopniowy z dyrektywy internetowej nie pozwala na uznanie, że takie zwielokrotnianie nielegalnie umieszczonych w Internecie utworów, co do których dostęp uzyskiwany jest z pełną świadomością korzystania z cudzego naruszenia, spełnia wymagania testu trójstopniowego z dyrektywy internetowej.

Z tego względu, uważam, że niedopuszczalna jest na gruncie prawa krajowego regulacja, według której wyjątek z art. 5 ust. 1 dyrektywy internetowej znajduje swoje zastosowanie także w sytuacjach, w których użytkownik działając z pełną świadomością uzyskuje dostęp do utworów rozpowszechnianych nielegalnie. Jednocześnie nie widzę podstaw do tego, żeby transponować takie rozumienie Trybunału bezpośrednio do polskiego porządku krajowego za pośrednictwem art. 35 pr. aut., toteż uważam, że w chwili obecnej polska regulacja jest niezgodna z prawem unijnym, jako niespełniająca testu trójstopniowego.

Ocena powyższej kwestii może okazać się jednak inna, jeżeli przesłankę „legalnego korzystania” na gruncie art. 23¹ pr. aut. będzie się rozumieć szerzej, niż jako odnoszącą się wyłącznie do korzystania z utworu za zgodą uprawnionego lub „korzystania” nieobjętego w ogóle monopolem autorskoprawnym. Sądzę – choć nie jest to opinia kategoryczna, a raczej wstęp do dyskusji – że możliwe jest rozważanie, czy podobnego efektu co Trybunał nie

można by osiągnąć, poprzez uznanie, że zawinione uzyskanie dostępu do nielegalnie rozpowszechnianych treści już teraz na gruncie prawa polskiego prowadzi do odpowiedzialności cywilnoprawnej na gruncie art. 422 k.c. jako „świadome skorzystanie z wyrządzonej drugiemu szkody”. Przy szerszym rozumieniu przesłanki „legalnego korzystania” na gruncie art. 23¹ pr. aut., można by chyba uznać, że w takich sytuacjach wskazane kryterium jego zastosowania nie jest spełnione, a tym samym przedmiotowe zwielokrotnianie narusza cudze prawa wyłączne.

Bibliografia

I. Publikacje.

1. Barta J. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2013.
2. Barta J., Markiewicz R., *Obowiązek wymienienia pól eksploatacji w umowie licencyjnej* (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 100, Kraków 2007.
3. Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, LEX, Warszawa 2011.
4. Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
5. Barta J., Markiewicz R., *Telewizja interaktywna a prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
6. Barta J., Markiewicz R., *Trzystopniowy test z art. 35 pr. aut. i pr. pokr.*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (106), Wolters Kluwer, Kraków 2009.
7. Bernt Hugenholtz P., Dreier T. (red.), *Concise European Copyright Law*, *Kluwer Law International*, 2006.
8. Bernt Hugenholtz P., Okediji R. L., *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright. Final report.*, 2008, dostęp: https://www.ivir.nl/publicaties/download/limitations_exceptions_copyright.pdf.
9. Bernt Hugenholtz P., Van Velze S. C., *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a "new public"*, (w:) *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, nr 47(7), Max Planck Institute 2016.
10. Czajkowska-Dąbrowska M., *Pola eksploatacji utworów, czyli o dezintegracji pojęcia* (w:) A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, *Spory o własność intelektualną. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, LEX, Warszawa 2013.
11. Czajkowska-Dąbrowska M., *Rozpowszechnianie utworów poprzez publiczny odbiór programów radiowych lub telewizyjnych* (w:) J. Barta, A. Matlak (red.), *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, nr 100, Wolters Kluwer, Kraków 2007.
12. Felchner K., *Streaming w świetle prawa autorskiego* (w:) M. Kępiński (red.), *Zarys prawa własności intelektualnej. Tom V. Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
13. Fiscor M. J., *GS Media and Soulier – may the hyperlink conundrum be solved and the "new public", "specific technical means" and "restricted access" theories be neutralized through the application of the implied licence doctrine and the innocent infringement defense?*, dostęp: http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=73.
14. Fiscor M. J., *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous „new public” theory*, dostęp: http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63.
15. Flisak D. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz.*, LEX, Warszawa 2015.

16. Gęsicka D. K., *Publiczne udostępnianie utworu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 3 (125), Wolters Kluwer, Kraków 2014.
17. Giesen B., *Umowa licencyjna w prawie autorskim. Struktura i charakter prawny.*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
18. Ginsburg J. C., *Hyperlinking and „making available”*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 36(3), Sweet & Maxwell and its Contributors 2014.
19. Górski M., *Glosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15*, LEX/el. 2016.
20. Jan Ozer, *What is Streaming?*, <http://www.streamingmedia.com/Articles/ReadArticle.aspx?ArticleID=74052>.
21. Karapapa S., *The requirement for a “new public” in EU copyright law* (w:) *European Law Review*, nr 42(1), Sweet & Maxwell and its Contributors 2017.
22. Klafkowska-Waśniowska K., *Prawa do nadań programów radiowych i telewizyjnych w prawie autorskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
23. Klafkowska-Waśniowska K., *Public communication right: towards the full harmonisation?*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 35 (12), Sweet & Maxwell and its Contributors 2013.
24. Markiewicz R., *Svensson a sprawa polska*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (126), Wolters Kluwer, Kraków 2014.
25. Markiewicz R., *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów* (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 134, Wolters Kluwer, Kraków 2016.
26. Matlak A., *Dyrektywa Unii Europejskiej dotycząca koordynacji pewnych aspektów prawa autorskiego w społeczeństwie informacyjnym*, (w:) J. Barta (red.), *Zeszyty Naukowego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej. Problemy prawa autorskiego*, nr 78, Zakamycze, Kraków 2001.
27. Matlak A., *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Zakamycze, Kraków 2004.
28. Pęk M., *Ochrona nadań w prawie międzynarodowym – część I* (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 113, LEX, Kraków 2011.
29. Pinkalski Z., *Glosa do wyroku TS z dnia 8 września 2016 r., C-160/15*, LEX/el. 2016.
30. Podrecki P. (red.), *Prawo Internetu*, LexisNexis, Warszawa 2007.
31. Popper B., *Netflix passes 81 million subscribers, but predicts slower growth ahead*, <http://www.theverge.com/2016/4/18/11454362/netflix-q1-2016-earnings-81-million-subscribers>.
32. Późniak-Niedzielska M. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2006.
33. Pstrągowski A., Warczak W., *Studium przypadku – kinomaniak.tv*, (w:) J. Kosiński (red.), *Internetowe naruszenia własności intelektualnej*, Szczytno 2016.
34. PwC, *Analiza wpływu zjawiska piractwa treści wideo na gospodarkę w Polsce*, https://www.pwc.pl/pl/publikacje/piractwo/analiza_wplywu_zjawiska_piractwa_tresci_wideo_na_gospodarkę_w_polsce_raport_pwc.pdf,

35. Quintais J. P., *Private copying and downloading from unlawful sources*, (w:) *Forthcoming International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2015, dostęp: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2513794.
36. Rayburn D., *The Early History Of The Streaming Media Industry and The Battle Between Microsoft & Real*, <http://blog.streamingmedia.com/2016/03/history-of-the-streaming-media-industry.html>.
37. Richter F., *Spotify is Keeping Pace with Apple's Music's Growth*, <https://www.statista.com/chart/7124/spotify-and-apple-music-subscribers/>.
38. Richter F., *The Rise of Music Streaming*, <https://www.statista.com/chart/4557/us-music-industry-revenue/>.
39. Richter F., *The World's Largest Music Streaming Service?*, <https://www.statista.com/chart/5866/online-music-listening-platforms/>.
40. Schellekens M., *Reframing hyperlinks in copyright*, (w:) *European Intellectual Property Review*, nr 38(7), Sweet & Maxwell and its Contributors 2016.
41. Stevens P., *A hyperlink can be both a permissible and an infringing act at the same time*, (w:) *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, t. 9 nr 7, Oxford University Press, Oxford 2014.
42. Stępień M., *Glosa do wyroku SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 450/10*, LEX/el. 2012.
43. Strauss N., *Rolling Stones Live on Internet: Both a Big Deal and a Little Deal*, <http://www.nytimes.com/1994/11/22/arts/rolling-stones-live-on-internet-both-a-big-deal-and-a-little-deal.html?pagewanted=all>.
44. Szczotka J., *Naruszenie wymogu specyfikacji pól eksploatacji utworu* (w:) A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Późniak-Niedzielskiej*, Wolters Kluwer, Kraków 2007.
45. Ślęzak P. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz.*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
46. Ślęzak P., *Pola eksploatacji utworów audiowizualnych*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Katowice.
47. Ślęzak P., *Umowy w zakresie współczesnych sztuk wizualnych*, LEX, Warszawa 2012 [dostęp: Lex Omega].
48. Ślęzak P., *Zastosowanie konstrukcji pól eksploatacji w dziedzinie umów prawa autorskiego dotyczących utworów audiowizualnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2007.
49. Targosz T., Włodarska-Dziurzyńska K., *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, LEX, Warszawa 2010.
50. Traple E., *Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 4 (126), Wolters Kluwer, Kraków 2014.
51. Wilkinson J. S., *IPTV: Streaming Media*, [w:] August E. Grant, Jennifer Meadows (red.), *Communication Technology Update and Fundamentals*, 12th Edition, USA 2010.
52. Włodarska K., *Naruszenie prawa do wizerunku w Internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania*, (w:) J. Barta, A. Matlak (red.), *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, nr 100, Wolters Kluwer, Kraków 2007.

53. Zambelli A., *A history of media streaming and the future of connected TV*, <https://www.theguardian.com/media-network/media-network-blog/2013/mar/01/history-streaming-future-connected-tv>.
54. Zygmunt J., *Przesyłanie plików za pośrednictwem sieci peer-to-peer a rozpowszechnianie utworu w rozumieniu prawa autorskiego*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 1 (135), Wolters Kluwer, Kraków 2017.
55. Zygmunt J., *Where is the three-step test heading for?*, (w:) *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej*, nr 1 (131), Wolters Kluwer, Kraków 2016.
56. Żerański P., *Glosa do wyroku SN z dnia 14 września 2005 r., III CK 124/05. Forma umów autorskich na tle zasady specyfikacji* (w:) *Glosa. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach*, 2007/3/59-71, Wolters Kluwer 2007 [dostęp: Lex Omega].

II. Orzeczenia sądów i opinie wydane w ramach postępowań.

1. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. C-160/15 w sprawie GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV i inni, www.curia.europa.eu.
2. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 13 lipca 2006 r., sygn. C-306/05 w sprawie Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) przeciwko Rafael Hoteles SA, www.curia.europa.eu.
3. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. C-527/15 w sprawie Sichtung Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsowi, występującemu pod nazwą Filmspeler, www.curia.europa.eu.
4. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. C-610/15 w sprawie Sichtig Brein przeciwko Ziggo BV oraz XS4ALL Internet BV, www.curia.europa.eu.
5. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 8 września 2016 r., sygn. C-275/15 w sprawie ITV Broadcasting Limited i in. przeciwko TVCatchup Limited i in., www.curia.europa.eu.
6. Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 9 września 1999 r., sygn. C-293/98 w sprawie Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) przeciwko Hostelería Asturiana SA (Hoasa), www.curia.europa.eu.
7. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 r., sygn. V CKN 323/01.
8. Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 października 2014 r., sygn. C-348/13 w sprawie BestWater International GmbH przeciwko Michael Mebes i Stefan Potsch, www.curia.europa.eu.
9. Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. C-302/10 w sprawie Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening, www.curia.europa.eu.
10. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. III CZP 40/07, OSNC 2008/7-8/86, Biul.SN 2007/6/11.
11. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 1987 r., sygn. C-14/87 w sprawie Pretore di Salò przeciwko nieznanemu osobie, www.curia.europa.eu.
12. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2005 r., sygn. C-192/04 w sprawie Lagardère Active Broadcast przeciwko Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), www.curia.europa.eu.

13. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. C-5/08 w sprawie Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening, www.curia.europa.eu.
14. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2000 r., sygn. C-293/98 w sprawie w sprawie Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) przeciwko Hostelería Asturiana SA (Hoasa), www.curia.europa.eu.
15. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 grudnia 2006 r., sygn. C-306/05 ws. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) przeciwko Rafael Hosteles SA, www.curia.europa.eu.
16. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 października 1987 r., sygn. C-80/86 w sprawie Kolpinghuis Nijmegen BV, www.curia.europa.eu.
17. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. I ACa 564/04, TPP 2004/3-4/155.
18. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 września 2014 r., sygn. I ACa 315/14, LEX nr 1537483.
19. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2014 r., sygn. I ACa 1663/13, LEX nr 1466985.
20. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. V ACa 524/13, <http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl>.
21. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2005 r., sygn. III CK 124/05 LEX nr 164184, Biul. SN 2005/12/8.
22. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2004 r., sygn. III CK 400/03, LEX nr 174201.
23. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., sygn. I CSK 450/10, LEX nr 798235
24. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. V CNP 82/08, LEX nr 484683.
25. Wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2015 r., sygn. C-516/13 w sprawie Dimensione Direct Sales Srl i Michele Labianca przeciwko Knoll International SpA, www.curia.europa.eu.
26. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. C-145/10 w sprawie Eva-Maria Painer przeciwko Standard VerlagsGmbH i inni, www.curia.europa.eu.
27. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2017 r., sygn. C-275/15 w sprawie ITV Broadcasting Limited i in. przeciwko TVCatchup Limited i in., www.curia.europa.eu.
28. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. C-435/12 w sprawie ACI Adam BV i in. przeciwko Stichting de ThuisKopie i Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding, www.curia.europa.eu.
29. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. C-466/12 w sprawie Nils Svensson i inni przeciwko Retriever Sverige AB, www.curia.europa.eu.
30. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. C-135/10 w sprawie Società Consortile Fonografici (SCF) przeciwko Marcowi del Corso, www.curia.europa.eu.
31. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. C-162/10 w sprawie Phonographic Performance (Ireland) Limited przeciwko Irlandii i Attorney General, www.curia.europa.eu.
32. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. C-301/15 w sprawie Marc Soulier i Sara Doke przeciwko Premier minister i Ministre de la Culture et de la Communication, www.curia.europa.eu.

33. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 marca 2017 r., sygn. C-138/16 w sprawie Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) przeciwko Zürs.net Betriebs GmbH, www.curia.europa.eu.
34. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2015 r., sygn. C-325/14 w sprawie SBS Belgium NV przeciwko Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), www.curia.europa.eu.
35. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2 czerwca 2005 r., sygn. C-89/04 w sprawie Mediakabel BV przeciwko Commissariaat voor de Media, www.curia.europa.eu.
36. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 listopada 2011 r., sygn. C-283/10 w sprawie Circul Globus Bucuresti (Circ & Variete Globus Bucuresti) przeciwko Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA), www.curia.europa.eu.
37. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. C-527/15 w sprawie Stichting Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsovi, działającemu również pod nazwą „Filmspeler”, www.curia.europa.eu.
38. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2015 r., sygn. C-279/13 w sprawie C More Entertainment AB przeciwko Linusowi Sandbergow, www.curia.europa.eu.
39. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 27 marca 2014 r., sygn. C-314/12 w sprawie UPC Telekabel Wien GmbH przeciwko Constantin Film Verleih i Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, www.curia.europa.eu.
40. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 31 maja 2016 r., sygn. C-117/15 w sprawie Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH przeciwko Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), www.curia.europa.eu.
41. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 października 2011 r., sygn. C-403/08 i C-429/08 w sprawach Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni oraz Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd, www.curia.europa.eu.
42. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2013 r., sygn. C-607/11 w sprawie ITV Broadcasting Ltd. i in. przeciwko TVCatchup Ltd., www.curia.europa.eu.
43. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 września 2016 r., sygn. C-160/15 w sprawie GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV i inni, www.curia.europa.eu.
44. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. C-351/12 w sprawie OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. przeciwko Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., www.curia.europa.eu.

III. Akty prawne i dokumenty urzędowe.

1. 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 (Dz.U.U.E.L.2000.178.1).

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.U.U.E.L.2001.167.10).
3. Dyrektywa 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (wersja ujednolicona) (Dz.U.U.E.L.2006.372.28).
4. Dyrektywa Rady nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą kablową (Dz.U.U.E.L.1993.248.15).
5. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).
6. Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (Dz. U. 1935 nr 84 poz. 515).
7. Międzynarodowa Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych, sporządzona w Rzymie dnia 26 października 1961 r. (Dz. U. 1997 nr 125 poz. 800).
8. Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz. U. 2005 nr 3 poz. 12).
9. Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. 2004 nr 41 poz. 375).
10. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2002 nr 144 poz. 1204).
11. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93).
12. Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 2002 nr 197 poz. 1662).
13. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.).