

Sylwia Żyrek¹

Odpowiedzialność podmiotów działających w sektorze nowych technologii z tytułu naruszenia praw autorskich i własności intelektualnej przez osoby trzecie. Perspektywa europejska

Streszczenie:

Niniejszy artykuł poddaje analizie problem odpowiedzialności podmiotów działających w sektorze nowych technologii za działania osób trzecich, naruszające prawa własności intelektualnej i prawa autorskie. Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie jaki jest zakres roszczeń, z którymi uprawnieni z tytułu praw autorskich i własności intelektualnej mogą występować przeciwko dostawcom usług internetowych, pośrednikom, operatorom wyszukiwarek internetowych oraz osobom zamieszczającym hiperłącza, w następstwie naruszenia ich uprawnień przez osoby trzecie. Przeanalizowano orzecznictwo TSUE dotyczące odpowiedzialności tychże podmiotów oraz zgodności z prawem UE wydawanych względem nich nakazów oraz wysuwanych roszczeń odszkodowawczych. Wreszcie, dokonano oceny tych rozwiązań, z perspektywy zachowania należytej równowagi pomiędzy uprawnieniami stron.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność dostawcy usługi, host-provider, pośrednik, mere conduit, dyrektywa 2000/31, dyrektywa 2001/29, dyrektywa 2004/48

1. Wprowadzenie

Głównymi problemami związanymi ze skutecznym dochodzeniem roszczeń cywilnoprawnych wynikłych ze zdarzeń, które zostały dokonane za pośrednictwem internetu są identyfikacja i lokalizacja bezpośrednich sprawców tych zdarzeń, a także

¹ Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz aplikantką adwokacką – członkiem Izby Warszawskiej.

rozproszenie szkody. Efemeryczna natura internetu ułatwia bowiem wyrządzanie relatywnie małych szkód na globalną skalę. W konsekwencji środowisko elektroniczne generuje szczególne rodzaje zagrożeń dla podmiotów uprawnionych, zwłaszcza z tytułu praw autorskich i własności intelektualnej².

Przedstawiając problem obrazowo, o ile ściągnięcie pliku muzycznego przez jedną osobę nie wyrządza właścicielowi praw do utworu szkody, która uzasadniałaby uruchamianie postępowania przed sądem powszechnym, o tyle globalna, wirtualna dostępność niemalże wszystkich utworów z jakimi internauci mogą zechcieć się zapoznać, uderza w sposób jak najbardziej realny w uprawnienia majątkowe ich twórców³. Problem ten jest dostrzegalny we wszystkich jurysdykcjach⁴.

Wobec powyższego naturalną odpowiedzią uprawnionych są próby egzekwowania posiadanych roszczeń wobec podmiotów, które są łatwe do zlokalizowania, posiadają możliwość skutecznego oddziaływania na treści dostępne w sieci oraz są wypłacalne.

J. Lipton stawia tezę, że myśląc o przyszłości regulacji internetu, reżim prawny do niego stosowany powinno się ukształtować biorąc pod uwagę szczególną pozycję dostawców usług internetowych. Dostawca posiada bowiem odpowiednie narzędzia oraz infrastrukturę by usuwać naruszenia, blokować ich rozprzestrzenianie oraz lokalizować ich sprawców. W konsekwencji to właśnie na pośredniku, pod rygorem kar, powinna się koncentrować odpowiedzialność za zgodność treści wyświetlanych w internecie z prawem⁵.

Stanowisko polemiczne wobec tej pozycji zajmuje J. Kulesza, która wskazuje, że koncepcja zaprezentowana przez J. Lipton w *Rethinking Cyberlaw* nie bierze pod uwagę gwarancji sprawiedliwego procesu czy zapewnienia należytego balansu pomiędzy prawami potencjalnych powodów, a innymi prawami jak swoboda działalności gospodarczej, prawo do prywatności czy wolność słowa⁶.

Mając na uwadze toczone dyskusje nad kształtem regulacji internetu, przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza orzeczeń TSUE, w których zajmuje się on problemami odpowiedzialności przedsiębiorców działających w sektorze nowych technologii za działalność internautów – usługobiorców i innych osób trzecich. Przeanalizowane zostały trzy najdonioślejsze grupy przypadków, mianowicie gdy uprawniony pożywa za działania osób trzecich dostawcę usługi internetowej – połączenia internetowego,

² N.P. Suzor, R. Choi, K.M. Pappalardo, *Moments of flux in intermediary liability for copyright infringement* [w:] *Intellectual Property Governance for the 21st Century: Global Evolution*, red. M. Perry, Springer 2016, s. 129.

³ Szerzej o ekonomicznych aspektach kompensacji deliktów rozproszonych: M. Faure, F. Weber, *Dispersed Losses in Tort Law – An Economic Analysis*, *Journal of European Tort Law* 2015, t. 6, nr 2, s. 163 *et seq.*

⁴ A. Amirmahani, *Digital Apples and Oranges: A Comparative Analysis of Intermediary Copyright Liability in the United States and European Union*, *Berkeley Technology Law Journal* 2015, t. 30, s. 865; J. Lipton, *Rethinking Cyberlaw: A New Vision for Internet Law*, Northampton 2015; K.S. Wan, *Internet Service Providers' Vicarious Liability Versus Regulation of Copyright Infringement in China*, *Journal of Law, Technology and Policy* 2011, nr 375, s. 376; A. Holland, C. Bavitz, *NoC Online Intermediaries Case Studies Series: Intermediary Liability in the United States*, Berkman Center for Internet & Society 2015, s. 70.

⁵ J. Lipton, *Rethinking Cyberlaw...*

⁶ J. Kulesza, *Rethinking cyberlaw: a new vision for Internet law*, *Law, Innovation and Technology* 2016, t. 8, nr 1, s. 141.

host-providera oraz dostawcę usługi *cachingu*, a także operatora wyszukiwarki internetowej oraz podmiot profesjonalny zamieszczający w ramach prowadzonej działalności gospodarczej hiperłącza.

W ocenie Autorki artykułu w orzecznictwie europejskim widoczne jest zjawisko rezygnacji przez uprawnionych z masowego pozywania jednostek-bezpośrednich sprawców naruszeń, ale wykorzystując rozmaite podstawy prawne znajdujące się poza kodyfikacjami cywilnymi, starają się oni wymusić usunięcie naruszeń lub kompensację szkody i zadośćuczynienie za krzywdę⁷ od silniejszego podmiotu niż sprawca.

Celem artykułu jest, po pierwsze, odpowiedź na pytanie, jaki jest zakres roszczeń z którymi uprawnieni z tytułu praw autorskich i własności intelektualnej mogą występować przeciwko dostawcom usług internetowych, operatorom wyszukiwarek internetowych oraz osobom zamieszczającym hiperłącza, w następstwie naruszenia ich uprawnień przez osoby trzecie. Po drugie, artykuł nakreśla jakimi zasadami powinni się kierować uprawnieni by skutecznie pozywać wskazaną grupę podmiotów i wreszcie, ocena rozwiązań wynikających w tym zakresie z prawa europejskiego, z perspektywy zachowania należytej równowagi pomiędzy prawami powodów, a wolnością słowa, prywatnością i swobodą działalności gospodarczej.

2. Dostawca usługi w rozumieniu dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym

Pierwszą kategorią podmiotów, które zgodnie z prawem europejskim mogą odpowiadać za działania osób trzecich, podejmowane za pośrednictwem internetu, są dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego⁸. Do tego grona należą w szczególności dostawcy usługi dostępu do internetu (tzw. *mere conduit*), a także dostawcy usługi *cachingu* oraz *host-providery*, scharakteryzowani poniżej. Podmioty te z jednej strony mogą ponosić odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych za działania usługobiorców, a z drugiej, mogą zostać zobowiązane do usunięcia naruszeń dokonywanych przez osoby trzecie oraz zapobiegania dalszym⁹.

Zgodnie z art. 2 lit. b dyrektywy 2000/31/WE¹⁰ usługodawcą jest każda osoba fizyczna lub prawna, która świadczy usługi społeczeństwa informacyjnego. Usługą społeczeństwa informacyjnego zaś, zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2015/1535/UE¹¹,

⁷ Zob. wyrok TSUE z dnia 17 marca 2016 r. w sprawie C-99/15 *Christian Liffers przeciwko Producciones Mandarina SL i Mediaset España Comunicación SA*, ECLI:EU:C:2016:173.

⁸ T.-E. Synodinou, *Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU: Evolutions and confusions*, Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice 2015, t. 31, s. 67.

⁹ O. Corey, *Intermediary Liability for Harmful Speech: Lessons from Abroad*, Harvard Journal of Law & Technology 2014, t. 28, nr 1, s. 311.

¹⁰ 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.Urz. L 178, 17.7.2000), p. 1–16 (dalej jako: dyrektywa 2000/31/WE).

¹¹ Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. L 241, 17.9.2015), p. 1–15 (dalej jako: dyrektywa 2015/1535).

jest każda usługa normalnie świadczoną odpłatnie, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług¹².

W zakresie odpowiedzialności za działalność usługobiorców, dyrektywa 2000/31/WE przewiduje trzy specjalne kategorie usługodawców świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego, polegające na udzielaniu dostępu do internetu, *hostingu* i *cachingu*. Szczególny status tych podmiotów wyraża się w specyficznej konstrukcji odpowiedzialności za treści osób trzecich przekazywane lub przechowywane w ramach prowadzonych przez nie działalności¹³.

Artykuł 12 dyrektywy 2000/31/WE dotyczy odpowiedzialności dostawcy internetu (tzw. *mere conduit*)¹⁴. Zgodnie z nim podmiot, którego działalność polega na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę oraz na zapewnianiu dostępu do sieci telekomunikacyjnej, nie powinien być odpowiedzialny za przekazywane informacje, jeżeli nie jest inicjatorem przekazu, nie wybiera odbiorcy przekazu oraz nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w tym przekazie¹⁵.

Podobnie, zgodnie z art. 13 dyrektywy 2000/31/WE, który dotyczy tzw. *cachingu*, usługodawca pod określonymi warunkami nie powinien być odpowiedzialny z tytułu automatycznego, pośredniego i krótkotrwałego przechowywania informacji dokonywanego w celu usprawnienia późniejszej transmisji informacji na żądanie innych usługobiorców¹⁶. Warunki te narzucają że, po pierwsze, nie może on modyfikować przekazywanych informacji. Po drugie, ciąży na nim obowiązek przestrzegania warunków dostępu do informacji oraz aktualizowania informacji, określonych w sposób szeroko uznany i używany w branży. Po trzecie, nie może zakłócać dozwolonego posługiwania się technologią, szeroko uznaną i używaną w branży w celu uzyskania danych o korzystaniu z informacji. Jednocześnie ma obowiązek niezwłocznego usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do przechowywanych informacji, gdy uzyska wiarygodną wiadomość, że informacje zostały usunięte z początkowego źródła transmisji lub dostęp do nich został uniemożliwiony albo gdy sąd lub organ administracyjny nakazał usunięcie informacji lub uniemożliwienie dostępu¹⁷.

Wreszcie, zgodnie z art. 14 dyrektywy 2000/31/WE, który dotyczy *hostingu*, dostawca usługi (tzw. *host-provider*) nie powinien być odpowiedzialny za czynności związane

¹² A. Kuczerawy, *Intermediary Liability & Freedom of Expression: Recent Developments in the EU Notice & Action Initiative*, *Computer Law & Security Review* 2015, nr 31, s. 47.

¹³ A. Amirmahani, *Digital Apples and Oranges: A Comparative Analysis of Intermediary Copyright Liability in the United States and European Union*, *Berkeley Technology Law Journal*, 02.09.2015, t. 30, s. 867; A. Potasz, *Odpowiedzialność usługodawców będących pośrednikami w Internecie – przegląd orzecznictwa w latach 2014 i 2015*, *Glosa* 2016, nr 1, s. 67; wyrok TSUE z 12 lipca 2011, sprawa C-324/09 *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd p. eBay International AG i in.*, ECLI:EU:C:2011:474, § 107.

¹⁴ T.F. Aplin, *Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia*, Hart Publishing, Hart Publishing 2005, s. 107–9.

¹⁵ O. Castendyk, E.J. Dommering, A. Scheuer, *European Media Law*, Austin-Boston-Chicago-New York 2008, s. 1099.

¹⁶ J.P. van Cutsem, *E-commerce in the world: aspects of comparative law*, Bruylant 2008, s. 161.

¹⁷ O. Castendyk, E.J. Dommering, A. Scheuer, *European Media Law...*, s. 1100.

z przechowywaniem informacji przekazanych przez usługobiorcę i na jego żądanie pod warunkiem, że nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych — nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności¹⁸. Usługodawca nieposiadający takiej wiedzy ma jednak obowiązek niezwłocznego podjęcia działań mających na celu usunięcie lub uniemożliwienie dostępu do informacji, gdy uzyska takie wiadomości lub zostanie o nich powiadomiony¹⁹.

Takie ukształtowanie przesłanek odpowiedzialności deliktowej sprawa, że przypisanie dostawcy usługi dostępu do internetu, *cachingu* oraz *host-providera* odpowiedzialności deliktowej za działania użytkowników sieci nie jest ani automatyczne, ani proste, co pokazała sprawa *Mc Fadden*²⁰.

W 2010 r. niemiecki BGH wydał wyrok, w którym zobowiązał dostawców sieci WiFi do zabezpieczenia za pomocą hasła ich sieci, by uniknąć sytuacji, w której osoba trzecia za pośrednictwem niezabezpieczonego połączenia naruszy cudze prawa autorskie lub własności intelektualnej (WI)²¹.

W sprawie, która zawisła przed TSUE, *Mc Fadden*, niemiecki przedsiębiorca, udostępnił publicznie w pobliżu swojego zakładu niezabezpieczoną sieć WiFi, oferującą bezpłatny i anonimowy dostęp do Internetu. Celem udostępnienia połączenia bezprzewodowego było zwrócenie uwagi na firmę i przyciągnięcie do niej klientów. Jednocześnie za pośrednictwem tej sieci, bliżej nieokreślony użytkownik, bezprawnie udostępnił utwór, do którego prawa posiada Sony Music Entertainment GmbH.

Uprawniona wezwała *Mc Faddena* do zaniechania naruszenia jej praw do fonogramu. W odpowiedzi na wezwanie do zaniechania naruszenia *Mc Fadden* wniósł do sądu powództwo o ustalenie nieistnienia prawa Sony. Kolejno, w ramach powództwa wzajemnego, Sony zażądała od *Mc Faddena* odszkodowania z tytułu bezpośredniej odpowiedzialności za naruszenie jej praw do fonogramu, zaniechania dalszego naruszenia praw oraz zwrotu kosztów procesu²².

Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo *Mc Faddena* zasądając żądania Sony. *Mc Fadden* odwołał się od wyroku, wskazując, że ponoszenie przez niego odpowiedzialności jest wyłączone na mocy przepisów prawa niemieckiego dokonujących transpozycji art. 12 ust. 1 dyrektywy 2000/31. W odpowiedzi Sony Music zażądała utrzymania wyroku pierwszoinstancyjnego w mocy oraz zasądzenia od *Mc Faddena* odszkodowania na podstawie niemieckiego prawa dotyczącego odpowiedzialności pośredniej operatorów bezprzewodowej sieci lokalnej. Sąd rozstrzygający sprawę wystąpił

¹⁸ J. Lahe, K. Turk, *The Web Host's Privilege of Limited Liability: Its Application to Operators of Commentary Rooms*, *European Review of Private Law* 2012, t. 20, nr 2, s. 452.

¹⁹ *Ibidem* s. 1100–1101.

²⁰ Wyrok TSUE z 15 września 2016 r. w sprawie C-484/14 *Tobias McFadden p. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2016:689 (dalej jako: *sprawa McFadden*), § 22–32.

²¹ Wyrok BGH, sygn. akt I ZR 121/08 [2010], *Sommer unseres Lebens*.

²² Szerzej o prawie niemieckim dotyczącym odpowiedzialności dostawcy internetu, na kanwie którego wyrósł spór przed sądem odsyłającym: Ch. Busch, *Secondary Liability for Open Wireless Networks in Germany: Balancing Regulation and Innovation in the Digital Economy*, SSRN Working Papers, luty 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2728350, 28.12.2016.

z pytaniami prejudycjalnymi, w których dążył do ustalenia, czy w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym można na podstawie dyrektywy 2000/31 przypisać Mc Faddenowi odpowiedzialność z tytułu *mere-conduit*.

Odpowiadając na pytania TSUE w pierwszej kolejności wskazał, że udostępnianie nieodpłatnie sieci WiFi będzie stanowić usługę społeczeństwa informacyjnego, pod warunkiem jest dokonywane w celach reklamowych, w odniesieniu do dóbr i usług oferowanych przez usługodawcę (element odpłatności usługi społeczeństwa informacyjnego)²³.

Kolejno wskazano, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2000/31 stoi na przeszkodzie temu, by osoba poszkodowana naruszeniem jej praw do utworu, mogła żądać od dostawcy dostępu do sieci telekomunikacyjnej odszkodowania na tej podstawie, że jeden z dostępu do tej sieci został użyty przez osoby trzecie do naruszenia jej praw. Jednocześnie TSUE nakazał interpretować komentowany przepis w ten sposób, że nie zabrania on, by osoba uprawniona żądała od dostawcy usługi podjęcia działań zapewniających zaprzestanie naruszenia jej praw, a także zasądzenia kosztów wezwania do zaniechania naruszenia oraz kosztów sądowych²⁴.

Jednocześnie TSUE orzekł, że sąd krajowy może, na podstawie przepisów implementujących art. 12 ust. 1 dyrektywy 2000/31, zobowiązać pozwanego pod rygorem grzywny, by – w celu uniemożliwienia naruszeń praw autorskich i WI – zabezpieczył sieć WiFi hasłem, które dostępne jest dopiero po ujawnieniu tożsamości łączącego się. W ocenie TSUE takiego rodzaju nakaz jest proporcjonalny, gdyż wcześniejsze podanie danych osobowych co do zasady powinno zniechęcić osobę trzecią do dokonywania, za pośrednictwem takiego połączenia WiFi, działań sprzecznych z prawem²⁵.

Należy zatem stwierdzić, że sposób ukształtowania odpowiedzialności wskazanych podmiotów w dyrektywie 2000/31 sprawia, że dostawca tychże usług społeczeństwa informacyjnego przede wszystkim jest zobowiązany w sposób efektywny reagować na informacje o naruszeniach praw innych podmiotów²⁶. Co więcej, przepisy te dają ustawodawcy krajowemu prawo wprowadzenia odpowiednich podstaw do wydawania nakazów sądowych przeciwko tymże podmiotom, których celem będzie zobowiązanie usługodawcy do usunięcia naruszeń jak również zapobieganiu kolejnym.

To z kolei prowadzi w praktyce do kolizji pomiędzy prawami osób zgłaszających naruszenia a swobodą wykonywania działalności gospodarczej przez usługodawcę oraz wolnością wypowiedzi połączoną z prawem dostępu do informacji innych użytkowników sieci²⁷.

O ile nie budzi wątpliwości nałożenie na dostawcę usługi obowiązku usunięcia materiału naruszającego cudze prawa, znacznie więcej wątpliwości wzbudzają

²³ *Ibidem*, § 43.

²⁴ *Ibidem*, § 79.

²⁵ *Ibidem*, § 101.

²⁶ Zob. E. Rosati, *Why a Reform of Hosting Providers' Safe Harbour is Unnecessary Under EU Copyright Law*, „CREATe Working Paper” 2016, nr 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440, 28.12.2016.

²⁷ A. Hurst, *Data Privacy And Intermediary Liability: Striking A Balance Between Privacy, Reputation, Innovation, And Freedom Of Expression*, *Journal of Internet Law* 2015, t. 19, nr 3, s. 10.

w orzecznictwie nakazy wdrażania przez dostawcy usług systemów filtrowania treści internetowych oraz blokowania dostępu do stron internetowych. TSUE wypracował w tym zakresie już pewne standardy, które stanowiąc będą przedmiot dalszej analizy²⁸.

3. Pośrednik, z którego usług korzystała osoba trzecia do naruszania praw własności intelektualnej lub praw autorskich

Drugą grupą aktów prawa pochodnego, które zawierają podstawy prawne wykorzystywane w celu zobowiązania przedsiębiorców do usuwania naruszeń praw WI i autorskich, są odpowiednio dyrektywa 2004/48 oraz dyrektywa 2001/29.

Zgodnie z art. 11 dyrektywy 2004/48 państwa członkowskie mają w ramach przyznanej im autonomii proceduralnej zapewnić, by w sytuacjach, w których podjęta została decyzja sądu stwierdzająca naruszenie prawa własności intelektualnej lub autorskiego, organy sądowe mogły wydawać wobec naruszających zakaz kontynuacji naruszenia lub stosownie nakaz usunięcia naruszeń.

Państwa mają również zapewnić uprawnionym z tytułu praw WI możliwość składania wniosku o opisany w akapicie poprzedzającym nakaz sądowy wobec „pośredników, z usług których korzysta strona trzecia do naruszania prawa własności intelektualnej”. Pośrednika można przy tym zobowiązać do podjęcia działań mających zabezpieczyć przed ponownym naruszeniem praw przez osoby trzecie. Artykuł 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 zawiera konstrukcję analogiczną, z zastrzeżeniem, że w celu wydawania nakazów zwalczania naruszeń praw autorskich nie wymaga się stwierdzenia naruszenia wyrokiem.

Za niestosowanie się do nakazów państwa członkowskie fakultatywnie mogą przewidzieć w prawie krajowym możliwość poddania naruszającego nakaz sądowy powtarzalnej karze pieniężnej w celu zapewnienia zgodności z orzeczeniem.

W praktyce nie każde żądanie usunięcia naruszeń i podjęcia działań na rzecz zapobieżeniu nowym, wysuwane przez powodów jest zgodne z dyrektywami. W dalszej części przeanalizowano jakie warunki, w świetle orzecznictwa TSUE, musi spełniać nakaz sądowy skierowany wobec pośrednika, aby uznać go za zgodny z dyrektywami 2004/48 i 2001/29.

3.1. Wdrażanie systemów filtrowania treści

W sprawie *Scarlet Extended* belgijska organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi SABAM uznała, że internauci korzystający z usług dostawcy internetu Scarlet bez zezwolenia i bez uiszczania opłat pobierają utwory zapisane w jej katalogu za pośrednictwem internetu, przy użyciu sieci „peer-to-peer”²⁹.

²⁸ M.I. Rantou, *The growing tension between copyright and personal data protection on an online environment: The position of Internet Service Providers according to the European Court of Justice*, European Journal of Law and Technology 2012, t. 3, nr 2.

²⁹ Wyrok TSUE z 24 listopada 2011 w sprawie C-70/10 *Scarlet Extended SA p. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:771 (dalej jako: sprawa *Scarlet Extended*), § 17.

W sporze przed sądem pierwszej instancji SABAM zażądała by ten stwierdził istnienie naruszeń prawa autorskiego – do powielania i publicznego udostępniania – w odniesieniu do utworów muzycznych zawartych w jej repertorium. Powódka dowiodła, że naruszenia wynikają z niedozwolonej wymiany, za pośrednictwem usług świadczonych przez Scarlet, elektronicznych plików muzycznych za pomocą programów „peer-to-peer”³⁰.

Dodatkowo SABAM wniosła o nałożenie na Scarlet obowiązku doprowadzenia do zaprzestania tych naruszeń. Zaprzestanie, w ocenie organizacji, miałoby się odbyć poprzez odpowiednio – uniemożliwienie lub zablokowanie – wszelkich form wysyłania lub otrzymywania przez klientów za pośrednictwem programów „peer-to-peer” plików zawierających utwory muzyczne bez zezwolenia uprawnionych podmiotów.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił żądania powódki, co zostało zakwestionowane przez pozwaną w złożonej apelacji. Scarlet wskazywała, że zastosowanie się do tego nakazu jest niemożliwe, jako że skuteczność i trwałość systemów blokowania lub filtrowania nie została dowiedziona przez powołanych biegłych. Ponadto, wdrożenie takich rozwiązań napotyka na wiele praktycznych przeszkód, takich jak problemy przepustowości i wpływ na sieć. Wreszcie, argumentowano, że wszelkie próby blokowania takich plików są bardzo szybko skazane na porażkę³¹, gdyż istnieje obecnie szereg programów uniemożliwiających sprawdzenie ich zawartości przez osoby trzecie³².

W uzasadnieniu Scarlet podniosła, że sporny nakaz jest niezgodny z przepisem transponującym do prawa krajowego art. 15 dyrektywy 2000/31, z tego względu, iż nakłada on na nią ogólny obowiązek nadzorowania połączeń w jej sieci, gdyż wszelkie rozwiązania polegające na blokowaniu lub filtrowaniu ruchu „peer-to-peer” wymagają bezwzględnie uogólnionego nadzorowania wszelkich połączeń dokonywanych w ramach tej sieci. Konsekwentnie, wdrożenie systemu filtrowania może naruszać również przepisy prawa UE dotyczące ochrony danych osobowych i tajemnicy połączeń w zakresie, w jakim filtrowanie pociąga za sobą przetwarzanie adresów IP, stanowiących dane osobowe³³.

Sąd odsyłający wystąpił zatem z pytaniem prejudycjalnym, czy zgodnym z prawem UE, tj. dyrektywami 2000/31, 2001/29 i 2004/48 jest nakazanie dostawcy usług internetowych wdrożenia systemu filtrowania wszystkich połączeń elektronicznych przekazywanych za pośrednictwem jego usług, w szczególności przy zastosowaniu programów „peer-to-peer”, który to system miałby zastosowanie bez rozróżnienia w stosunku do wszystkich jego klientów i był stosowany wyłącznie w celach zapobiegawczych, na wyłączny koszt ISP i bez ograniczeń w czasie.

Trybunał Sprawiedliwości ustosunkował się do tak sformułowanego pytania negatywnie. Wskazane zostało, że w niniejszej sprawie następuje kolizja wartości, zwłaszcza ochrony praw własności intelektualnej, swobody działalności gospodarczej oraz ochrony prywatności i danych osobowych. Żadne z tych praw nie ma w systemie

³⁰ *Ibidem*, § 19.

³¹ *Ibidem*, § 24.

³² Zob. T. Minárik, A.-M. Osula, *Tor does not stink: Use and abuse of the Tor anonymity network from the perspective of law*, *Computer Law & Security Review* 2016, t. 32, nr 1.

³³ *Ibidem*, § 25-6.

prawa UE charakteru bezwzględny i każde może ulegać uzasadnionym i proporcjonalnym ograniczeniom³⁴.

System, jakiego domagał się SABAM, Trybunał Sprawiedliwości uznał za sprzeczny z prawem UE dlatego, że nie zapewniał należytej równowagi pomiędzy ochroną praw własności intelektualnej a swobodą działalności gospodarczej. Wprowadzenie go nie tylko prowadziłoby do całkowitego przerzucenia ciężaru finansowego ochrony praw własności intelektualnej na przekaźnika, ale również naruszałoby prawa klientów do ochrony prywatności i otrzymywania oraz przekazywania informacji wynikające z art. 8 i 11 KPP³⁵.

Oczywiste jest bowiem, po pierwsze, że nakaz ustanowienia spornego systemu filtrowania pociągałby za sobą konieczność przeprowadzania systematycznej analizy wszelkich treści oraz gromadzenie i identyfikację adresów IP użytkowników, od których pochodzą przesłane w sieci nielegalne treści, które to adresy stanowią dane osobowe³⁶. Ponadto nakaz naruszyłby wolność informacji, ponieważ system ten mógłby nie rozróżniać w wystarczającym stopniu treści niezgodnej z prawem i treści zgodnej z prawem, skutkiem czego jego wdrożenie mogłoby doprowadzić do blokady połączeń o treści zgodnej z prawem³⁷.

Rozumowanie zaprezentowane w sprawie dotyczącej pośrednika będącego jednocześnie dostawcą usługi typu *mere conduit* zostało podtrzymane przez TSUE w analogicznej sprawie dotyczącej pośrednika – *host providera* – SABAM p. Netlog³⁸. Netlog stanowi platformę sieci społecznościowej online. Na platformie tej każdy użytkownik otrzymuje do dyspozycji swój osobisty obszar zwany „profilem”. Na swoich profilach użytkownicy mogą w szczególności prowadzić dziennik, wskazywać, jakie są ich rozrywki i upodobania, pokazywać przyjaciół, umieszczać zdjęcia lub fragmenty filmów wideo.

W ocenie SABAM obsługiwana przez Netlog sieć społecznościowa umożliwia wszystkim użytkownikom korzystanie za pośrednictwem swojego profilu z utworów muzycznych i audiowizualnych z repertuaru SABAM. Udostępnienia te mają miejsce bez zgody SABAM, a Netlog nie uiszcza za to żadnej opłaty³⁹. Konsekwentnie SABAM zażądała od Netlog wprowadzenia systemu monitorowania i filtrowania treści zamieszczanej na profilach użytkowników w celu usuwania materiałów naruszających jej prawa.

TSUE uznał, że nakaz ustanowienia spornego systemu filtrowania oznacza nadzоровanie, w interesie podmiotów praw autorskich, wszystkich lub zdecydowanej większości

³⁴ *Ibidem*, § 43-44.

³⁵ *Ibidem*, § 48-9.

³⁶ *Ibidem*, § 51; wyrok TSUE z 19 października 2016 r. w sprawie C-582/14 *Patrick Breyer p. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779.

³⁷ *Ibidem*, § 51-2; szerzej: E. Psychogiopoulou, *Copyright Enforcement, Human Rights Protection and the Responsibilities of Internet Service Providers after Scarlet*, *European Intellectual Property Review*, 2012, s. 552-555; D. Meale, *SABAM v Scarlet: Of Course Filtering of the Internet is Unlawful, but this Isn't the End of the Story*, *European Intellectual Property Review* 2012, s. 429-432; F. Rizzuto, *Injunctions against Intermediate Online Service Providers*, *Computer and Telecommunications Law Review* 2012, s. 69-73.

³⁸ Wyrok TSUE z 16 lutego 2012 r. w sprawie C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) p. Netlog NV*, ECLI:EU:C:2012:85 (dalej jako: *sprawa SABAM p. Netlog*).

³⁹ *Ibidem*, § 16-8.

informacji przechowywanych u danego podmiotu świadczącego usługi hostingowe, w sposób nieograniczony w czasie, obejmując przy tym wszelkie przyszłe naruszenia i zakładając konieczność ochrony utworów nie tylko istniejących, ale również tych, które w chwili wdrożenia omawianego systemu jeszcze nie powstały⁴⁰. Konsekwentnie, nakaz taki stanowiłby kwalifikowane naruszenie wolności prowadzenia przez podmiot świadczący usługi hostingowe działalności gospodarczej. Zobowiązywałby go bowiem do wprowadzenia złożonego, kosztownego i trwałego systemu informatycznego na jego własny koszt, w sposób sprzeczny z przesłankami przewidzianymi w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/48. Przepis ten wymaga, by środki służące zapewnieniu poszanowania praw własności intelektualnej nie były nadmiernie skomplikowane czy kosztowne⁴¹.

3.2. Blokowanie dostępu do stron internetowych

W sprawie *UPC Telekabel Wien*⁴² dwie spółki należące do branży produkcji filmowej wniosły do sądu o zastosowanie środków tymczasowych w postaci zarządzenia nakazującego UPC Telekabel, dostawcy dostępu do Internetu, zablokowanie dostępu jej klientów do strony internetowej. Strona ta oferowała, bez ich zgody, pobieranie i oglądanie w *streamingu* filmów, które m.in. one wyprodukowały⁴³.

Właściwy sąd uwzględnił wniosek i wydał postanowienie w którym zakazał UPC Telekabel dostarczania jej klientom dostępu do spornej strony internetowej, w szczególności poprzez blokadę nazwy domeny oraz aktualnego adresu IP tej strony, jak również wszelkich innych IP tej strony, które mogły być znane tej spółce.

Od postanowienia odwołał się dostawca usług internetowych. W konsekwencji sąd właściwy do rozpatrzenia środka odwoławczego zmienił częściowo postanowienie sądu pierwszej instancji, uznając, że sąd ten popełnił błąd. Błąd wyrażał się we wskazaniu konkretnych środków, jakie UPC Telekabel miałyby podjąć w celu zablokowania dostępu do spornej strony i wykonania postanowienia ustanawiającego środki tymczasowe. UPC odwołała się od wyroku, w związku z czym sąd rozpatrujący skargę wystąpił do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi, w których m.in. zmierzał do ustalenia, w jaki sposób powinien być sformułowany nakaz blokady treści przez dostawcę usługi.

W pierwszej kolejności TSUE stwierdził, że dostawca dostępu do Internetu, ze względu na to, iż udziela dostępu do sieci i w sposób nieunikniony uczestniczy każdorazowo w przekazywaniu naruszenia w Internecie pomiędzy jednym ze swoich klientów a osobą trzecią, jest pośrednikiem, którego usługi są wykorzystywane w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych w rozumieniu art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*, § 44-45.

⁴¹ *Ibidem*, § 46.

⁴² Wyrok TSUE z 27 marca 2014 r. w sprawie C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH p. Constantin Film Verleih GmbH i Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2014:192 (dalej jako: sprawa *UPC Telekabel Wien*).

⁴³ K. Van den Heuvel, *Next chapter in ISP's blocking battle: Dutch Supreme Court refers questions about indirect infringement by operators of the Pirate Bay to the CJEU*, *European Intellectual Property Review* 2016, s. 577-580.

⁴⁴ *Ibidem*, § 32.

W dalszej kolejności TSUE wskazał, że nakaz zgodny z prawem UE musi sprecyzować, jakie środki ma podjąć dostawca dostępu do Internetu. Jednocześnie dostawca może się uchylić od grzywny za naruszenie tego nakazu jeśli wykaze, że podjął wszelkie rozsądne kroki by uczynić mu zadość. Podjęte środki, po pierwsze, nie mogą pozbawić użytkowników Internetu możliwości legalnego dostępu do dostępnych informacji. Jednocześnie mają mieć skutek w postaci zapobiegania odnajdywaniu nielegalnego dostępu do treści objętych ochroną lub przynajmniej poważnie utrudniają użytkownikom Internetu do takie poszukiwania⁴⁵.

3.3. Filtrowanie i usuwanie aukcji internetowych

Sprawą która łączy kwestie odpowiedzialności *host-providera* w rozumieniu dyrektywy 2000/31 i nakazów wobec pośrednika wynikających z dyrektywy 2004/48, jest sprawa *L'Oréal SA*⁴⁶. W sprawie tej właściciel zarejestrowanego znaku towarowego „Shu Uemura” uznał, że na serwisie aukcyjnym eBay dostępne są towary oznaczone tymże znakiem: część z nich stanowi towary podrabiane, a część jest rozpowszechniana z naruszeniem innych jej praw, tj. część z nich nie jest przeznaczona do dystrybucji na rynkach europejskich, część jest sprzedawana bez opakowań, a część stanowi nieprzeznaczone do obrotu testery i produkty.

L'Oréal SA poinformował eBay o swoich podejrzeniach dotyczących naruszenia jej praw przez użytkowników serwisu aukcyjnego. Nie będąc jednak usatysfakcjonowanym z odpowiedzi, pozwał serwis aukcyjny domagając się odszkodowania, oraz – na podstawie przepisów implementujących art. 11 dyrektywy 2004/48 – wprowadzenie specjalnego filtra, który pomógłby wychwytywać oferty naruszające znaki towarowe *L'Oréal SA*.

Właściwy w sprawie High Court of Justice dokonując oceny okoliczności uznał za konieczne wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym. Jednocześnie sąd zobowiązał eBay do zainstalowania filtra mającego wyszukiwać i usuwać oferty *L'Oréal SA*., które mogłyby naruszać warunki korzystania z jego serwisu.

Odpowiadając na pytania prejudycjalne TSUE stwierdził, że usługa świadczona przez serwis aukcyjny eBay, polegająca na ułatwieniu kontaktu pomiędzy sprzedającymi i kupującymi towary, stanowi co do zasady usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu dyrektywy 2000/31 i może zostać sklasyfikowana jako wchodząca w zakres art. 14 tejsze dyrektywy (*host-provider*).

Pozwana spółka eBay przechowuje bowiem dane wprowadzane przez swoich klientów i dostarcza im danych dotyczących ofert sprzedaży. Co więcej, eBay przetwarza

⁴⁵ *Ibidem*, § 64; zob. I. Wróbel, *Odpowiedzialność dostawcy dostępu do Internetu jako pośrednika, którego usługi są wykorzystywane w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 27.03.2014 r. w sprawie C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH przeciwko Constantin Film Verleih GmbH i Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, Europejski Przegląd Sądowy 2015, nr 4, s. 31-40; O. Pignatari, *Blocage de sites par un FAI: la CJUE débloque la situation en faveur du droit d'auteur?*, *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication* 2014, nr 105, s. 79-82.

⁴⁶ Wyrok TSUE z 12 lipca 2011 r. w sprawie C-324/09 *L'Oréal SA i inni przeciwko eBay International AG i inni*, ECLI:EU:C:2011:474 (dalej jako: sprawa *L'Oréal SA*).

dane wprowadzane przez swoich klientów – sprzedających, a transakcje, do których mogą prowadzić zamieszczone oferty, realizowane są zgodnie z określonymi przez niego wytycznymi. Dodatkowo eBay pobiera zwykle wynagrodzenie w postaci określonej procentowo prowizji od transakcji zrealizowanej w następstwie zamieszczonych w jego serwisie ofert sprzedaży⁴⁷. W zależności od przypadku, eBay udziela także wsparcia mającego na celu optymalizację lub promocję niektórych ofert sprzedaży⁴⁸.

Ocena czy w konkretnym przypadku operator może powoływać się na odstępstwa przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31 należy do sądu krajowego, jednakże TSUE w sposób jednoznaczny zwrócił sądowi krajowemu uwagę, że cechy, jakie wykazuje eBay, stoją na przeszkodzie powoływaniu się przez niego na przesłanki egzonerycyjne przyznane *host-providerowi*⁴⁹.

Odnosząc się do systemów filtrowania treści serwisów aukcyjnych TSUE uznał że eBay jest pośrednikiem w rozumieniu art. 11 zdanie trzecie dyrektywy 2004/48. Analizując możliwości sądu dotyczące nakazów wobec tegoż pośrednika, przepis ten należy interpretować w ten sposób, że wymaga on od państw członkowskich zapewnienia, by sądy krajowe mogły nakazać pośrednikowi w komentowanym rozumieniu, podjęcie działań, które przyczynią się nie tylko do zaprzestania naruszeń tych praw przez użytkowników owego rynku, ale również będą miały skutek prewencyjny⁵⁰. Nakazy muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające, nie tworząc przy tym ograniczeń w handlu prowadzonym legalnie⁵¹.

3.4. Dostawca usługi w rozumieniu dyrektywy 2000/31 a pośrednik w rozumieniu dyrektyw 2004/48 i 2001/29

Pojęcia dostawcy usługi w rozumieniu dyrektywy 2000/31 oraz pośrednika w rozumieniu dyrektyw 2004/48 oraz 2001/29 są niezależne od siebie i ich ocena należy do sądu krajowego. Rozróżnienie tychże pojęć ma znaczenie jeśli chodzi o zakres roszczeń jakie uprawniony może wysuwać w związku z naruszeniami prawa autorskich i WI dokonywanych przez osoby trzecie.

Dostawca usługi 2000/31 może odpowiadać z tytułu czynu niedozwolonego tak samo jak sprawca, o ile nie wykaże spełnienia przesłanek egzonerycyjnych opisanych w punkcie 2 niniejszego artykułu. Dostawca usługi ma również obowiązek reagować na informacje o naruszeniach zgodnie z procedurą *notice and takedown*. Procedura ta jest niesformalizowana i osoba, która uważa, że jej prawa zostały naruszone, może zwrócić się do dostawcy o podjęcie należnych działań bez konieczności legitymowania się wyrokiem sądowym. W przypadku odmowy osoba taka może wystąpić do sądu,

⁴⁷ *Ibidem*, § 110.

⁴⁸ *Ibidem*, § 114.

⁴⁹ *Ibidem*, § 116.

⁵⁰ *Ibidem*, § 144.

⁵¹ Zob. analogiczny wyrok dot. odpowiedzialności dzierżawcy hali targowej na której sprzedawane są towary podrabiane: wyrok TSUE z 7 lipca 2016 r. w sprawie C-494/15 Tommy Hilfiger Licensing LLC, Urban Trends Trading BV, Rado Uhren AG, Facton Kft., Lacoste SA, Burberry Ltd p. Delta Center a.s., ECLI:EU:C:2016:528, § 36-7.

który to sąd może zobowiązać dostawcę usługi do podejmowania działań na rzecz eliminacji naruszeń, jak również przyszedłemu im zapobieganiu.

Pośrednik w rozumieniu dyrektyw 2004/48 oraz 2001/29 nigdy nie będzie odpowiadał jak sprawca czynu niedozwolonego. Wobec niego można jedynie zastosować nakazy sądowe. Zgodnie z dyrektywą 2004/48 nakaz taki można wydać w stosunku do naruszeń praw WI dopiero po sądowym stwierdzeniu tychże naruszeń dokonywanych przez osobę trzecią. Niesprostanie nakazowi wiąże się z sankcjami krajowymi, właściwymi dla naruszania nakazów sądowych.

Jednocześnie TSUE miał już okazję stwierdzić, że zarówno *host-provider* jak i zwykły dostawca usługi internetowej⁵² mogą być traktowani jak pośrednicy, co *de iure* nie wpływa na ich sytuację prawną. Dodatkowo wskazać należy, że wymagania wobec analizowanych nakazów w świetle dyrektyw 2000/31, 2001/29 oraz 2004/48 są identyczne i orzecznictwo TSUE do komentowanych przepisów w tym zakresie uzupełnia się.

4. Osoba zamieszczająca hiperłącza

Kolejną kategorią podmiotów, na które przeniesiona może zostać odpowiedzialność za działania innych użytkowników Internetu, są osoby zamieszczające linki do naruszających cudze prawa autorskie materiałów. W tym wypadku podstawy odpowiedzialności wynikają z dyrektywy 2001/29/WE⁵³. Dyrektywa ta w art. 3 ust. 1 stanowi, że „autorom powinno przysługiwać 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 sprawie *Svensson* TSUE został po raz pierwszy postawiony przed problemem, czy zamieszczenie linku do cudzego dzieła na własnej stronie internetowej stanowi publiczne jego udostępnienie w rozumieniu cytowanego artykułu, a zatem wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich⁵⁴.

TSUE odwołując się do dotychczasowego orzecznictwa wskazał, że aby mówić o publicznym udostępnieniu utworu spełnione muszą zostać trzy przesłanki. Przede wszystkim utwór musi być udostępniony, a udostępnienie musi być skierowane do publiczności. Ponadto udostępnienie, które dotyczyło tych samych utworów co udostępnienie pierwotnie i nastąpiło, tak jak pierwotne udostępnienie – w Internecie, a więc w oparciu o tę samą technologię, musi być skierowane do nowej publiczności. Nową publicznością

⁵² Postanowienie TSUE z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie C-557/07 *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, ECLI:EU:C:2009:107.

⁵³ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. OJ L 167, 22.6.2001), s. 10–19 (dalej jako: dyrektywa 2001/29/WE).

⁵⁴ Wyrok TSUE z 13 lutego 2014 r. w sprawie C-466/12 *Nils Svensson i inni przeciwko Retriever Sverige AB*, ECLI:EU:C:2014:76 (dalej jako: *sprawa Svensson*).

jest publiczność, która nie została wzięta pod uwagę przez podmioty uprawnione, gdy zezwoliły na pierwotne publiczne udostępnienie⁵⁵.

Analizując szczegóły stanu faktycznego TSUE uznał, że o ile zamieszczenie linku stanowi udostępnienie publiczne, to w analizowanym przypadku brak było nowej publiczności⁵⁶. Konsekwentnie, zamieszczający link nie został uznany za naruszający uprawnienia twórcy wynikające z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Argumentacja to została utrzymana w późniejszej sprawie *BestWater International*⁵⁷.

Rozumowanie zaprezentowane w cytowanych orzeczeniach pozostawiło jednak wiele wątpliwości, które powróciły w kolejnym pytaniu prejudycjalnym dotyczącym hiperłączy. W sprawie *Playboy Entreprises* wydawca holenderskiej edycji magazynu Playboy zlecił wykonanie sesji zdjęciowej. Jej efekty, jeszcze przed ich publikacją w czasopiśmie, ukazały się na australijskiej stronie internetowej, do której linki w Internecie zamieścił znany, holenderski portal plotkarski GreenStijl⁵⁸. Wydawca magazynu wezwał właściciela portalu do zaprzestania naruszeń poprzez usunięcie artykułu zachęcającego do odwiedzenia australijskiej strony zawierającej sporne hiperłącze.

W toku postępowania podniesiono szereg zarzutów, w tym zwłaszcza zarzut naruszenia przez portal plotkarski przepisów implementujących art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. W opinii wydawcy Playboya zamieszczenie na stronie internetowej GreenStijl linków do zdjęć znajdujących się na australijskim portalu Filefactory stanowiło czynność publicznego udostępnienia, dlatego, że dostęp do spornych fotografii w witrynie Filefactory jest chroniony ograniczeniami, które internauci mogli obejść dzięki interwencji GS Media i jej witryny GeenStijl. Konsekwentnie, należy uznać, że fotografie te zostały udostępnione publiczności szerszej niż publiczność, która zwykle miałaby dostęp do wspomnianych fotografii w witrynie Filefactory⁵⁹.

Analizując sprawę przedstawioną mu przez sąd holenderski TSUE przeformułował pytanie prejudycjalne, stawiając sobie za cel ustalenie w jakich okolicznościach fakt umieszczenia na stronie internetowej hiperłącza odsyłającego do utworów chronionych, swobodnie dostępnych w innej witrynie internetowej, bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, stanowi „publiczne udostępnienie” w rozumieniu analizowanego artykułu.

Odpowiadając na pytanie TSUE podkreślił, że pojęcie „publicznego udostępnienia” stanowi pojęcie autonomiczne, którego przesłankami są „czynność udostępnienia” oraz „publiczność”. Wykładni pojęcia udostępnienia zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, należy dokonywać uwzględniając wiele uzupełniających się czynników, niemających charakteru autonomicznego i współzależnych od siebie. Wśród tych czynników podkreślić należy nieodzowną rolę użytkownika i zamierzony charakter jego działania.

⁵⁵ *Ibidem*, § 24.

⁵⁶ *Ibidem*, § 28.

⁵⁷ Postanowienie z 21 października 2014 r. w sprawie C-348/13 *BestWater International GmbH przeciwko Michael Mebes et Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315.

⁵⁸ Wyrok TSUE z 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15 *GS Media BV p. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geetruidzie Dekker*, ECLI:EU:C:2016:644 (dalej jako: *sprawa Playboy Enterprises*).

⁵⁹ *Ibidem*, § 20.

Aby można było mówić o publicznym udostępnieniu konieczne jest z kolei udostępnienie utworu albo przy użyciu innej, szczególnej technologii, niż dotychczas używana, albo – gdy zamieszczający posługuje się tą samą technologią – musi zrobić to wśród nowej publiczności, tzn. takiej, która nie została wzięta pod uwagę przez podmioty praw autorskich, gdy zezwalały one na pierwotne udostępnienie ich utworu publiczności⁶⁰.

W dalszej kolejności TSUE nawiązał do orzeczeń w sprawach *Svensson* oraz *BestWater International* wskazując, że po pierwsze, dotyczyły one utworów już udostępnionych, za zgodą autorów w Internecie, oraz – po drugie – nie zostały zaprezentowane „nowej publiczności”. Konsekwentnie TSUE dokonał rozróżnienia sprawy *Playboy Entreprises* od spraw cytowanych wskazując, że zindywidualizowana ocena pojęcia publicznego udostępnienia w nowej sprawie wymaga wzięcia pod uwagę charakteru działalności zamieszczającego hiperłącze⁶¹.

Jeżeli zamieszczający, który wkleja link odsyłający do utworu swobodnie dostępnego w innej witrynie internetowej nie działa w celu zarobkowym, takie działania nie powinno być uznane za czynność publicznego udostępnienia. TSUE uznał, że taka osoba co do zasady nie działa z pełną świadomością skutków swojego zachowania w celu umożliwienia klientom dostępu do utworu bezprawnie opublikowanego w Internecie⁶². Przeciwnie, gdy mamy do czynienia z działaniami podejmowanymi w celu zarobkowym.

Zdaniem TSUE, gdy umieszczenie hiperłącza zostaje dokonane w celu zarobkowym, wówczas można oczekiwać od zamieszczającego, że przeprowadził on niezbędne weryfikacje, aby uzyskać pewność, że dany utwór nie został bezprawnie opublikowany w witrynie, do której odsyłają hiperłącza. Konsekwentnie można domniemywać, że zamieszczenie zostało dokonane z pełną świadomością, że utwór do którego kieruje hiperłącze jest chroniony i brak było zezwolenia podmiotu praw autorskich na jego publikację w Internecie.

Kolejną odsłonę problemu, która łączy kwestie odpowiedzialności dostawcy usługi oraz publicznego udostępnienia plików, ilustruje sprawa zawisła przed TSUE w wyniku zadania pytania prejudycjalnego z dnia 18 listopada 2015 r., *C-610/15 Stichting Brein p. Ziggo BV i XS4All Internet BV*. W sprawie tej fundacja, do której statutowych zadań należy walka z piractwem internetowym, pozwała dostawców dostępu do internetu w związku z faktem, że ich abonenci korzystają z The Pirate Bay.

The Pirate Bay jest założoną przez osoby trzecie w sprawie stroną indeksującą linki magnetyczne do plików *torrent*. Pliki *torrent* zawierają metadane o plikach znajdujących się na komputerach innych użytkowników i przy użyciu odpowiedniego oprogramowania pozwalają na ściąganie tychże plików bezpośrednio z komputerów innych, wyrażających na to zgodę, osób. Część plików pobieranych w ten sposób narusza prawa autorskie⁶³.

⁶⁰ *Ibidem*, § 34-7.

⁶¹ *Ibidem*, § 47.

⁶² *Ibidem*, § 48.

⁶³ *Case C-610/15, Stichting Brein – seeking website blocks to stop peer to peer technology | EU Law Radar*, <http://eulawradar.com/case-c-61015-stichting-brein-seeking-website-blocks-to-stop-peer-to-peer-technology/>, 27.12.2016.

Fundacja domaga się, by dostawcy internetu założyli blokadę stron internetowych, która obejmie strony w domenie the Pirate Bay oraz jej przyszłe subdomeny, jak również adresy IP należące do the Pirate Bay. W pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy zamieszczenie linków magnetycznych do plików torrent przez właścicieli the Pirate Bay stanowi publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Po drugie, sąd dąży do ustalenia czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 w zw. z art. 11 dyrektywy 2004/48 należy interpretować w ten sposób, że stanowią podstawę wydania nakazu blokowania stron internetowych w sposób jak opisany w aktach sprawy.

Sprawa obecnie oczekuje na rozstrzygnięcie, można się jednak spodziewać, że TSUE nie odpowie na pytanie pierwsze, gdyż nie ma ono żadnego znaczenia dla przypisania odpowiedzialności dostawcy usługi internetowej, a w zakresie pytania drugiego powieli rozumowanie zaprezentowane w podobnych sprawach⁶⁴. Kwestia czy publikowanie linków magnetycznych do plików *torrent* stanowi publiczne udostępnienie utworów, których ściągnięcie pliki te umożliwiają, pozostaje wciąż otwarta⁶⁵.

5. Operator przeglądarki internetowej

Ostatnią kategorią podmiotów, wobec których uprawnieni dochodzą swoich praw w związku z działaniami osób trzecich, są operatorzy wyszukiwarek internetowych. Klasycznym orzeczeniem dotyczącym komentowanego zagadnienia jest wyrok *Google Spain*⁶⁶, w którym uznane zostało, że zgodnie z art. 2 lit. b) i d) dyrektywy 95/46⁶⁷ działalność prowadzoną przez wyszukiwarki internetowe, która polega na indeksowaniu stron internetowych i świadczeniu usług wyszukiwania, w sytuacji gdy przetwarzane informacje zawierają dane osobowe, należy uznać za „przetwarzanie danych osobowych” w rozumieniu art. 2 lit. b) tej dyrektywy. Konsekwentnie, operatora wyszukiwarki internetowej należy uznać za „administratora” odpowiedzialnego za przetwarzanie danych w rozumieniu tego art. 2 lit. d).

W ten sposób TSUE rozszerzył na operatorów wyszukiwarek internetowych reżim ochrony danych osobowych przewidziany w dyrektywie 95/46⁶⁸. Następstwem tego rozumowania było przyjęcie, że do danych osobowych wyświetlanych w wynikach

⁶⁴ Por. postanowienie TSUE z 21 października 2014 r. w sprawie C-348/13 *Best Water International GmbH p. Michael Mebes et Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315.

⁶⁵ O doświadczeniach rosyjskich w zakresie blokowania stron zawierających torrenty zob. R. Nurullaev, *Website blocking in Russia – recent trends*, Computer Law & Security Review 2016, s. 6.

⁶⁶ Wyrok TSUE z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie C-131/12 *Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317 (dalej jako: sprawa *Google Spain*), pkt 41.

⁶⁷ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. L 281, 23.11.1995), s. 31–50 (dalej jako: dyrektywa 95/46/WE).

⁶⁸ Dyrektywa 95/56/WE została zastąpiona przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. L 119 z 4.5.2016), s. 1–88.

wyszukiwania będą miały zastosowanie art. 12 i art. 14 dyrektywy 95/46, które w szczególności stanowią o możliwości wycofania zgody na przetwarzanie danych osobowych i dają uprawnienie do żądania od administratora danych, usunięcia swoich danych osobowych⁶⁹. Konsekwentnie europejscy użytkownicy Internetu mogą występować do Google działającego w europejskich domenach najwyższego rzędu o usunięcie linków do stron zawierających ich dane osobowe. Za nieusunięcie danych operator przeglądarki odpowiada na zasadach przewidzianych dla administratora danych osobowych.

Tak zwane prawo do bycia usuniętym z list nie dotyczy w praktyce jedynie danych osobowych. Google realizując prawo amerykańskie⁷⁰ zezwolił europejskim internautom na to, by o wykreślenie mogli także wnioskować uprawnieni z tytułu praw WI i autorских, twierdząc że wyszukiwarka proponuje odesłania do stron naruszających te prawa⁷¹.

Wyrok w sprawie *Google Spain* nie był pierwszym orzeczeniem TSUE, w którym Google występował w charakterze pozwanego za działania, których nie był bezpośrednim sprawcą. W sprawie *Louis Vuitton Malletier SA*⁷² wyszukiwarka internetowa została pozwana za działalność reklamową i naruszenie znaku towarowego w usłudze odsyłania typu *adword*. Usługa ta umożliwia przedsiębiorcom zarezerwowanie określonych słów kluczowych w ten sposób, że w razie zbieżności między zarezerwowanymi słowami a hasłem wpisanym przez internautę do wyszukiwarki, w rubryce „linki sponsorowane” ukazuje się link reklamowy do strony przedsiębiorcy⁷³.

W sprawie *Louis Vuitton Malletier SA*, właściciel zarejestrowanych znaków towarowych „Louis Vuitton” i „LV” zauważył, że po wpisaniu ich do wyszukiwarki Google w rubryce linki sponsorowane wyświetlają się reklamy stron sprzedających podrabiane produkty oznaczone posiadanymi znakami towarowymi. Konsekwentnie Vuitton pozwał Google domagając się między innymi stwierdzenia, że usługa *adwords* w tym przypadku działa na szkodę jej znaków towarowych.

Oceniając czy na gruncie relewantnych przepisów prawa europejskiego operator wyszukiwarki może odpowiadać za działania reklamodawców TSUE stwierdził, że zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) pierwszej dyrektywy Rady 89/104/EWG⁷⁴ i art. 9 ust. 1 lit. a) rozporządzenia Rady (WE) nr 40/94⁷⁵ właściciel znaku towarowego jest uprawniony do zakazania reklamodawcy reklamowania według słowa kluczowego identycznego z tym znakiem, które ów reklamodawca wybrał bez zgody wspomnianego właściciela w ramach usługi

⁶⁹ S. Żyrek, *Right to be forgotten and right to erasure – in search of new standards*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego 2014, nr 4, s. 145.

⁷⁰ The Digital Millennium Copyright Act of 1998.

⁷¹ Formularz: <https://support.google.com/webmasters/answer/6332384?hl=pl>, 30.12.2016.

⁷² Wyrok TSUE z dnia 23 marca 2010 r. w połączonych sprawach *Google France SARL i Google Inc. przeciwko Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL przeciwko Viaticum SA i Luteciel SARL* (C-237/08) i *Google France SARL przeciwko Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL i innym* (C-238/08), ECLI:EU:C:2010:159 (dalej jako: sprawa *Louis Vuitton Malletier SA*).

⁷³ Sprawa *Louis Vuitton Malletier SA*, § 23–27.

⁷⁴ Pierwsza dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1988 r. *mająca na celu zbliżenie ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do znaków towarowych* (89/104/EWG) (Dz.Urz. L 40 z 11.02.1989).

⁷⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 40/94 z dnia 20 grudnia 1993 r. *w sprawie wspólnotowego znaku towarowego* (Dz.U. L 40 z 11.2.1989).

odsyłania w Internecie. Warunkiem zastosowania tego przepisu jest wykazanie, że reklama nie pozwala lub z trudnością pozwala przeciętnemu internaucie na zorientowanie się, czy towary lub usługi, których dotyczy, pochodzą od właściciela znaku lub z przedsiębiorstwa powiązanego z nim gospodarczo, czy od osoby trzeciej⁷⁶. Jednocześnie uznano, że operator wyszukiwarki, który świadczy usługi typu *adwords*, jest host-providerem i może ponosić odpowiedzialność jak sprawca szkody, chyba że wykaże spełnienie przesłanek egzoneracyjnych wynikających z art. 14 dyrektywy 2000/31/WE⁷⁷.

6. Konkluzje

Walka drogą legislacyjną z piractwem internetowym i internetową sprzedażą towarów podrabianych jeszcze przez długi czas stanowić będzie efekt zgniłego kompromisu pomiędzy uprawnionymi a dostawcami usług internetowych. Z jednej strony twórcy oraz podmioty, które zainwestowały w budowanie marek, mają prawo wszelkimi dostępnymi środkami walczyć z naruszeniami ich uprawnień. Z drugiej strony osoby, które nie posiadają dostatecznych środków, będą zaspokajając swoje potrzeby uciekając się do piractwa komputerowego czy też kupując towary podrabiane.

W takich warunkach walka z jednostkami – czy to piratami komputerowymi, czy też stronami umowy sprzedaży towaru podrabianego, jest jak ucinanie głowy hydrze. Proces cywilny jest długotrwały i kosztowny, a jednostki często niewypłacalne. Stąd w pierwszej chwili koncepcja, by uczynić dostawcę usługi odpowiedzialnym za walkę z naruszeniami użytkowników, wydaje się uzasadniona. Dobrze pokazują to spory dotyczące naruszenia znaków towarowych na skutek wykupienia reklamy typu *adwords*: uprawnieni mogliby pozywać w nieskończoność drobnych przedsiębiorców naruszające znaki towarowe poprzez wykupowanie usług *adwords*, ale wystarczyło raz pozwać czerpiącego benefity z procedury Googla, by skutecznie rozwiązać problem prawny. Podobnie w sprawie *L'Oréal SA*. – większą efektywność ma zobowiązanie czerpiącego zyski ze sprzedaży właściciela serwisu aukcyjnego by odfiltrowywał strony naruszające prawa innych niż walka z rozproszonymi na całym świecie, indywidualnymi sprzedawcami podrabianych towarów oraz ich kontrahentami.

Inaczej oceniać można walkę z piractwem internetowym i szarą strefą drogą filtrowania połączeń i blokad stron internetowych. Tego rodzaju rozwiązania są przede wszystkim kosztowne, co oznacza, że ciężar ich wdrażania poniesie końcowy użytkownik, gdyż zostaną wkalkulowane w opłatę za usługę. W konsekwencji najwięcej na tego rodzaju rozwiązaniach tracą jednostki, które nie naruszają niczyich praw, gdyż muszą partycypować w kosztach generowanych przez piractwo internetowe. Dodatkowo wskazuje się na nieskuteczność tychże systemów oraz kolizję z zasadami wolności słowa, prawa do informacji czy swobodą działalności gospodarczej, przy czym skrajne argumenty obu stron na wymienione kwestie należy uznać za mocno dyskusyjne⁷⁸.

⁷⁶ Sprawa *Louis Vuitton Malletier SA*, § 99.

⁷⁷ *Ibidem*, § 120.

⁷⁸ G.F. Frosio, *Digital Piracy Debunked: A Short Note on Digital Threats and Intermediary Liability*, *Internet Policy Review* 2016, t. 5, nr 1, s. 10.

Prawodawca europejski oraz TSUE dostrzegają komentowane problemy i podchodzą do nich w sposób starający się balansować uprawnienia wszystkich zainteresowanych.

Dyrektywa 2000/31/WE wprowadza system, na podstawie którego uprawnieni mogą dochodzić naprawienia szkody wyrządzonej sprzecznym z prawem działaniem usługobiorcy, jeśli usługodawca o naruszeniu wiedział i się mu nie sprzeciwił. Dopiero gdy dostawca usługi nie zareaguje na wezwanie do usunięcia naruszenia, bądź podjęte kroki nie będąc racjonalnymi okażą się również nieskuteczne, uprawniony może dochodzić wobec dostawcy swoich praw, w miejsce sprawcy. Konsekwentnie podstawowym obowiązkiem osoby świadczącej usługę społeczeństwa informacyjnego jest podejmowanie niezbędnych działań mających na celu wyeliminowanie naruszeń praw oraz zapobieganie kolejnym.

Dyrektywy 2004/48 i 2001/29, wprowadzając pojęcie pośrednika, nie przewidują możliwości pociągnięcia go do odpowiedzialności zamiast sprawcy, lecz również możliwość zobowiązania go do podjęcia działań mających na celu usunięcie stwierdzonych naruszeń i zapobieganie kolejnym.

Sądy krajowe mogą zobowiązać dostawców usług i pośredników do stosowania blokad oraz wprowadzania systemów filtrowania treści, a także do pomocy w identyfikacji sprawców. Nakazy te przede wszystkim muszą być precyzyjnie sformułowane, a przy tym nakładać obciążenia w sposób proporcjonalny, jak również powinny brać pod uwagę prawa przedsiębiorcy oraz innych użytkowników Internetu. Podstawowe błędy powodów w formułowaniu swoich żądań to przerzucenie całego ciężaru finansowego wprowadzania systemów na pozwanych oraz głęboka ingerencja w prawo do prywatności, zwłaszcza osób, które użytkują sieć zgodnie z prawem.

System przewidziany przez dyrektywy należy zatem uznać za wyważony, natomiast budzi kontrowersje czy, biorąc pod uwagę aktualny rozwój nowych technologii, jest on skuteczny⁷⁹. Komisja Europejska, w ramach prac nad jednolitym rynkiem cyfrowym, zapowiedziała już prace nad rewizją dyrektywy 2000/31⁸⁰.

Poza dostawcą usługi oraz pośrednikiem, uprawniony może pozwać podmiot profesjonalny, który w ramach prowadzonej działalności zamieścił hiperłącza do naruszających prawa treści. Dotyczy to jedynie podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich. Aby uznać, że zamieszczenie hiperłącza do materiału chronionego prawami autorskimi stanowiło ich „publiczne udostępnienie” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE, w pierwszej kolejności należy zbadać czy miało miejsce udostępnienie, a następnie, czy miało ono charakter „publicznego udostępnienia”, tj. zostało skierowane do nieokreślonej liczby potencjalnych odbiorców, a ich liczba była znaczna⁸¹. W dalszej kolejności należy przeanalizować technikę udostępnienia. Z publicznym

⁷⁹ A. Kuczerawy, J. Ausloos, *NoC Online Intermediaries Case Studies Series: European Union and Google Spain*, Interdisciplinary Center for Law & ICT (ICRI), KU Leuven, 2015; E. Rosati, *Why a Reform of Hosting Providers' Safe Harbour is Unnecessary Under EU Copyright Law...*, s. 14.

⁸⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A digital single market strategy for Europe*, COM (2015) 192 final, § 3.3.2.

⁸¹ *Ibidem*, § 36.

udostępnieniem będziemy mieli do czynienia albo w sytuacji, w której udostępniający skorzystał z innej, szczególnej technologii, niż dotychczas używana albo – z tej samej, pod warunkiem, że skierował swój przekaz do nowej publiczności.

Po wyroku w sprawie *Playboy Entreprises* zbadać należy również, czy hiperłącza zostały udostępnione bez celu zarobkowego przez osobę, która nie wiedziała lub nie mogła racjonalnie wiedzieć o bezprawnym charakterze publikacji tych utworów w tej innej witrynie internetowej, czy też przeciwnie, wspomniane hiperłącza zostały udostępnione w celu zarobkowym, w której to sytuacji należy domniemywać istnienie tej wiedzy. Z publicznym udostępnieniem będziemy mieli do czynienia w tym drugim przypadku. Pojęcie publicznego udostępnienia, ze względu na swój charakter, wymaga zindywidualizowanej oceny, zatem nie można wykluczyć brania pod uwagę również innych okoliczności.

Eliminacji treści naruszającej prawa można dochodzić również od operatora wyszukiwarki internetowej. Operator wyszukiwarki może odpowiadać na zasadach takich jak przewidziane dla *host-providera*. Jednocześnie do operatora wyszukiwarki można domagać się nie tylko usunięcia linków do materiałów zawierających dane osobowe, ale również, przy czym nie wynika to z prawa UE, do materiałów naruszających prawa własności intelektualnej oraz autorskie.

* * *

Liability of the Internet Intermediaries for the Infringements of Intellectual Property Rights Committed by Third Parties – EU Perspective

The paper elaborates liability of an entrepreneur that operates in the sector of new technologies for IP and copyright violations committed by third parties. It focuses on the EU law and CJEU case-law regarding four categories of operators: provider of information society services, intermediary, search engine and professional who shares hyperlinks. The aim of the article is to clarify scope of claims that IP and copyrights holders could invoke against those entities as well as the substance of those claims. Finally, the paper assesses conformity of the outcomes with freedom of establishment, freedom of speech and protection of privacy.

Key words: intermediary liability, host-provider, mere conduit, hyperlinker, infosoc directive directive 2004/48, directive 2001/29