



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 10 września 2020 r.¹

Sprawa C-392/19

VG Bild-Kunst przeciwko Stiftung Preußischer Kulturbesitz

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Własność intelektualna – Prawo autorskie i prawa pokrewne w społeczeństwie informacyjnym – Dyrektywa 2001/29/WE – Artykuł 3 ust. 1 – Pojęcie „publicznego udostępniania” – Zamieszczenie utworu chronionego prawem autorskim metodą framingu – Utwór swobodnie dostępny za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w witrynie internetowej licencjodawcy – Artykuł 6 – Skuteczne środki technologiczne – Dyrektywa 2014/26/UE – Zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi i prawami pokrewnymi – Artykuł 16 – Warunki udzielenia licencji – Postanowienie umowy o korzystanie wymagające od licencjodawcy zastosowania skutecznych środków technologicznych przeciwko framingowi

Wprowadzenie

1. Bohaterowie sagi filmowej George’a Lucasa *Star Wars* mogli poruszać się w „hiperprzestrzeni” z szybkością nadświetlną za pomocą „hipernapędu”. Podobnie użytkownicy Internetu mogą „podróżować” w „cyberprzestrzeni” za pomocą hiperłączy. Chociaż linki te nie sprzeciwiają się *prawom* fizyki, jak czynił to hipernapęd statków ze *Star Wars*, to wiążą się one z szeregiem wyzwań z punktu widzenia *prawa*, a w szczególności prawa autorskiego. Wyzwania te podjęło już częściowo, między innymi, orzecznictwo Trybunału. Niniejsza sprawa umożliwi ponowne przeanalizowanie i uzupełnienie tego orzecznictwa.

2. Gdy mówi się o Internecie, powszechne jest odwołanie się w rzeczywistości do jednej tylko funkcji tej sieci, prawdopodobnie najczęściej używanej: *World Wide Web*, zwanej też siecią WWW lub „siecią globalną”. Sieć ta składa się z urządzeń informatycznych i zasobów znajdujących się na stronach internetowych (*web page*). Strona internetowa to dokument napisany w języku HTML (*hypertext markup language*), zawierający ewentualnie inne powiązane zasoby, w szczególności obrazy lub pliki audiowizualne lub tekstowe. Uporządkowany zespół stron internetowych i ewentualnych innych zasobów opublikowanych przez właściciela i przechowywanych na jednym lub kilku serwerach stanowi witrynę internetową (*website*).

¹ Język oryginału: francuski.

3. Podczas przeglądania witryny internetowej komputer nawiązuje połączenie z serwerem lub serwerami, na których witryna ta jest przechowywana, i żąda informacji składających się na witrynę. Kopia tych informacji jest wówczas wysyłana i zapisywana (tymczasowo) w pamięci podręcznej lub „pamięci cache” komputera. Informacje te mogą być odczytywane i odtwarzane na ekranie komputera za pomocą specjalnego oprogramowania, czyli przeglądarki internetowej.

4. Każdy zasób znajdujący się w sieci WWW, to znaczy każdy plik, strona internetowa i witryna internetowa, posiada niepowtarzalny identyfikator o nazwie URL (*uniform resource locator*), który stanowi rodzaj „adresu internetowego”². Strona, do której prowadzi adres witryny internetowej, jest zwana stroną główną (*home page*). Istnieją dwa sposoby dostępu do zasobów w sieci WWW przy użyciu adresu URL. Pierwszy polega na wpisaniu tego adresu w pasku adresowym przeglądarki, a drugi – rozpatrywany w niniejszej sprawie – na użyciu hiperłącza.

5. Sieć WWW jest „utkana” (*webbing the Web*) z hiperłączy lub linków hipertekstowych (*hypertext links*). Pozwalają one na bezpośredni dostęp z jednej witryny internetowej do zasobów znajdujących się w innej witrynie. To właśnie hiperłącza stanowią istotę sieci WWW i odróżniają ją, na przykład, od Biblioteki Aleksandryjskiej. Trybunał uznał w swoim orzecznictwie znaczenie hiperłączy dla funkcjonowania sieci WWW i wolności słowa, do której się ona przyczynia³.

6. Hiperłącze stanowi dla przeglądarki komendę pobrania zasobów z innej witryny internetowej. Określa ona w języku HTML adres URL docelowego zasobu oraz tekst lub obraz, który symbolizuje link na macierzystej stronie internetowej⁴, a także ewentualnie koduje inne elementy, takie jak sposób otwarcia zasobu docelowego na ekranie. Aby link zadziałał, trzeba go zazwyczaj uruchomić (kliknąć).

7. Prosty link zawiera jedynie adres URL witryny, do której odsyła, czyli adres jej strony głównej. Po kliknięciu linku strona ta otwiera się albo w miejsce strony, na której znajdował się link, albo w nowym oknie. Okno adresowe przeglądarki zawiera adres URL nowej witryny, dzięki czemu użytkownik jest świadomy, że zmienił witrynę. Istnieją jednak inne rodzaje linków.

8. Tak zwany link głęboki (*deep link*) prowadzi nie do strony głównej witryny docelowej, lecz do innej strony tej witryny, a nawet do określonego zasobu znajdującego się na tej stronie, na przykład do pliku graficznego lub tekstowego⁵. Każda strona i każdy zasób mają bowiem adres URL, który można wykorzystać w linku zamiast samego tylko adresu głównego witryny. Link głęboki pomija zakładany porządek nawigacji w witrynie docelowej, omijając jej stronę główną. Ponieważ jednak adres URL strony internetowej zawiera zwykle nazwę witryny, użytkownik zawsze jest informowany o tym, którą witrynę przegląda.

9. Strona internetowa może zawierać zasoby inne niż tekst, w szczególności pliki graficzne lub audiowizualne. Pliki te nie są integralnymi częściami dokumentu HTML stanowiącego stronę, lecz są z nim powiązane. Osadzenie (*embedding*) tych zasobów następuje za pomocą szczególnych instrukcji, które istnieją w tym celu w języku HTML. Na przykład do osadzania obrazów służy komenda „image” („”)⁶. Znacznik ten jest zwykle używany w celu osadzenia na stronie internetowej pliku

2 Aby możliwe było odnalezienie w Internecie zasobów, adresy URL muszą zostać przekształcone za pomocą serwerów DNS (*domain name server*), na adresy IP (*Internet protocol*) serwerów przechowujących te zasoby. Czynność ta nie ma znaczenia z punktu widzenia prawa autorskiego.

3 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 45).

4 Hiperłącze jest zazwyczaj sformułowane w następujący sposób: „<a href=»[adres URL zasobu docelowego]<<[opis linku na stronie macierzystej]”. Znacznik („tag”) <a> wskazuje, że chodzi o link i miejsce na stronie, gdzie link jest „zakotwiczony”.

5 Odniesienia do orzecznictwa Trybunału w niniejszej opinii (w wersji elektronicznej) stanowią przykłady linków głębokich.

6 Do osadzania innych rodzajów plików służą inne znaczniki, takie jak „<audio>”, „<video>”, „<object>” lub „<embed>”.

graficznego przechowywanego na tym samym serwerze co dana strona (plik lokalny). Wystarczy jednak zastąpić w atrybucie „source” znacznika „image” adres pliku lokalnego („względny adres URL”) adresem pliku znajdującego się w innej witrynie internetowej („bezwzględny adres URL”), aby osadzić go na własnej stronie internetowej bez konieczności stworzenia jego kopii lokalnej⁷.

10. Technika ta wykorzystuje funkcjonalność hiperłącza, co oznacza, że element, na przykład obraz, jest wyświetlany w przeglądarce z macierzystego umiejscowienia (z docelowej witryny internetowej), a zatem na serwerze witryny, w której się pojawia, nie powstaje jego kopia lokalna. Jednakże osadzony element wyświetla się automatycznie, bez konieczności kliknięcia jakiegokolwiek linku. Z punktu widzenia użytkownika skutek jest identyczny jak w przypadku pliku znajdującego się na tej stronie, na której się on pojawia. Praktyka ta jest znana pod nazwą *inline linking* lub *hotlinking*.

11. *Framing* jest techniką pozwalającą na podzielenie ekranu na kilka części, z których w każdej można wyświetlać w sposób niezależny inną stronę lub zasób internetowy. I tak na jednej części ekranu może widnieć macierzysta strona internetowa, a na drugiej strona lub inny zasób pochodzący z innej witryny. Na serwerze strony z ramką nie jest sporządzana kopia lokalna tejże innej strony, lecz jest ona pobierana bezpośrednio za pomocą linku głębokiego. Adres URL strony docelowej tego linku jest często ukryty, tak że użytkownik może mieć wrażenie przeglądania tylko jednej strony internetowej, podczas gdy faktycznie przegląda dwie (lub więcej).

12. *Framing* jest obecnie uważany za przestarzały i w ostatniej wersji języka HTML (HTML5) zaniechano go. Został zastąpiony przez *inline frame*⁸, który umożliwia zamieszczanie zasobów zewnętrznych, takich jak witryna internetowa, strona, a nawet element strony internetowej, pochodzących z innej witryny w ramce, której wymiary i umiejscowienie są swobodnie określane przez twórcę danej strony internetowej. *Inline frame* działa jak integralny element tej strony, ponieważ technika ta, w odróżnieniu od klasycznego *framingu*, nie jest techniką podziału ekranu, lecz sposobem osadzania (*embedding*) zasobów zewnętrznych na stronie internetowej.

13. Aby jeszcze bardziej skomplikować sprawę, *inline frame* można zdefiniować jako miejsce otwarcia hiperłącza⁹. Dzięki temu po aktywacji linku (przez kliknięcie) zasób docelowy otwiera się w ramce (której krawędzie mogą, lecz nie muszą być widoczne na ekranie) w miejscu określonym przez autora strony zawierającej link¹⁰.

14. Może się wydawać, że czynności te są skomplikowane i wymagają dogłębnej znajomości informatyki, ale bardzo liczne serwisy służące tworzeniu stron internetowych i platformy wymiany treści automatyzują te procesy, umożliwiając łatwe budowanie stron internetowych, osadzanie na nich treści i tworzenie hiperłączy bez znajomości tej dziedziny.

15. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że hiperłącza do utworów chronionych prawem autorskim, podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnie dostępny w Internecie za zezwoleniem podmiotu tych praw, nie stanowią czynności wymagających zezwolenia tego podmiotu¹¹. Nowsze orzecznictwo wymaga jednak spojrzenia na ów dorobek orzeczniczy w nieco innym świetle. Należy zatem ustalić, czy okoliczność, że podmiot praw autorskich posługuje się środkami

7 W rezultacie komenda ma następującą formę: „[bezwzględny adres URL pliku graficznego]<>”.

8 Znacznik „<iframe>”.

9 Podając nazwę *inline frame* jako wartość atrybutu „cel” (*target*) w opisie linku w języku HTML („[adres URL linku]< target=>[nazwa iframe]<>[widoczny opis linku]”).

10 W celu znalezienia informacji technicznych dotyczących różnych funkcjonalności języka HTML odsyłam w szczególności do witryn <https://developer.mozilla.org> oraz <https://www.w3schools.com/html>.

11 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 1 sentencji).

technicznymi mającymi na celu zapobieżenie używaniu jego utworu za pomocą hiperłączy i framingu zmienia tę ocenę z punktu widzenia prawa autorskiego. Konieczne będzie również, moim zdaniem, ponowne przyjrzenie się problemowi związanemu z umieszczaniem na stronach internetowych utworów pochodzących z innych witryn (*inline linking*).

Ramy prawne

Prawo Unii

16. Artykuł 3 ust. 1 i 3 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym¹² stanowi:

„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.

[...]

3. Czynności publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości określone w niniejszym artykule nie powodują wyczerpania praw określonych w ust. 1 i 2”.

17. Na podstawie art. 6 ust. 1 i 3 dyrektywy 2001/29:

„1. Państwa członkowskie przewidują stosowną ochronę prawną przed obchodzeniem skutecznych środków technologicznych przez daną osobę, której znane jest lub w zależności od okoliczności musi być znane to, że zmierza ona w tym celu.

[...]

3. Do celów niniejszej dyrektywy przez wyrażenie »środki technologiczne« rozumie się wszystkie technologie, urządzenia lub części składowe, które przy normalnym funkcjonowaniu są przeznaczone do powstrzymania lub ograniczenia czynności w odniesieniu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, które nie otrzymały zezwolenia od podmiotu praw autorskich lub prawa pokrewnego prawu autorskiemu przewidzianego przez prawo lub prawa sui generis przewidzianego w rozdziale III dyrektywy 96/9/WE¹³. Środki technologiczne uważa się za »skuteczne«, jeżeli korzystanie z chronionego utworu lub z innego przedmiotu objętego ochroną jest kontrolowane przez podmioty prawa autorskiego poprzez zastosowanie kodu dostępu lub mechanizmu zabezpieczenia, takiego jak szyfrowanie, zakłócanie lub każdej innej transformacji utworu lub przedmiotu objętego ochroną lub mechanizmu kontroli kopiowania, które spełniają cel ochronny”.

12 Dz.U. 2001, L 167, s. 10 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 230, sprostowania: Dz.U. 2007, L 216, s. 24; Dz.U. 2010, L 263, s. 15; Dz.U. 2012, L 33, s. 9.

13 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych (Dz.U. 1996, L 77, s. 20 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 7, t. 2, s. 514).

18. Artykuł 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania online na rynku wewnętrznym¹⁴, stanowią:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, aby organizacje zbiorowego zarządzania i użytkownicy prowadzili w dobrej wierze negocjacje w sprawie udzielania licencji dotyczących praw. Organizacje zbiorowego zarządzania i użytkownicy przekazują sobie wzajemnie wszystkie niezbędne informacje.

2. Warunki udzielenia licencji opierają się na obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach. Udzielając licencji dotyczących praw, organizacje zbiorowego zarządzania nie są zobowiązane, w przypadku innych usług online, do opierania się na warunkach licencji uzgodnionych z użytkownikiem, w sytuacji gdy ten użytkownik świadczy nowy rodzaj usług online, które są powszechnie dostępne w Unii krócej niż trzy lata.

[...]”.

Prawo niemieckie

19. Prawo do publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy w prawie niemieckim do zakresu § 19a („podanie do publicznej wiadomości”) i § 15 ust. 2 („nienazwane prawo” do publicznego udostępniania) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) z dnia 9 września 1965 r.¹⁵ (zwanej dalej „UrhG”).

20. Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy 2001/29 został transponowany do prawa niemieckiego przez § 95a UrhG.

21. Wreszcie zgodnie z § 34 ust. 1 zdanie pierwsze Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften – Verwertungsgesellschaftengesetz (ustawy o zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi przez organizacje zbiorowego zarządzania) z dnia 24 maja 2016 r.¹⁶ (zwanej dalej „VGG”), która transponuje art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/26, organizacje zbiorowego zarządzania mają obowiązek przyznania na godziwych warunkach każdej osobie, która o to wystąpi, licencji na korzystanie z praw, które zostały im powierzone.

Okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym, postępowanie i pytanie prejudycjalne

22. Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (zwana dalej „VG Bild-Kunst”) jest organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w dziedzinie sztuki wizualnej w Niemczech. Stiftung Preußischer Kulturbesitz (zwana dalej „SPK”) jest fundacją prawa niemieckiego.

23. SPK jest podmiotem prowadzącym Deutsche Digitale Bibliothek (zwaną dalej „DDB”), bibliotekę cyfrową poświęconą sztuce i wiedzy, u której podstaw tkwi idea stworzenia sieci niemieckich instytucji kulturalnych i naukowych.

¹⁴ Dz.U. 2014, L 84, s. 72.

¹⁵ BGBl. 1965 I, s. 1273.

¹⁶ BGBl. 2016 I, s. 1190.

24. Witryna internetowa DDB zawiera linki do treści cyfrowych przechowywanych na portalach internetowych uczestniczących w niej instytucji. DDB, jako „witryna cyfrowa”, przechowuje jedynie miniatury (*thumbnails*), czyli wersje obrazów, których rozmiar jest zmniejszony w stosunku do ich pierwotnego rozmiaru. Gdy użytkownik kliknie jeden z wyników wyszukiwania, zostaje przekierowany na stronę przedmiotu w witrynie internetowej DDB, która zawiera powiększoną wersję ilustracji (440 x 330 pikseli). Po kliknięciu tej ilustracji lub skorzystaniu z funkcji „lupy” użytkownik może zobaczyć powiększoną wersję miniatury w rozdzielczości maksymalnej 800 x 600 pikseli w *lightbox*. Ponadto przycisk „Pokaż przedmiot w witrynie macierzystej” zawiera bezpośredni link do witryny internetowej instytucji, która dostarcza przedmiot (albo prosty link do jej strony głównej, albo link głęboki do strony przedmiotu). DDB korzysta z utworów za zezwoleniem podmiotów praw autorskich do tych utworów.

25. VG Bild-Kunst uzależnia zawarcie z SPK umowy licencyjnej na korzystanie z jej katalogu utworów w formie miniatur od zapisania w umowie postanowienia, zgodnie z którym licencjodawca zobowiązuje się do zastosowania przy korzystaniu z utworów i przedmiotów objętych ochroną, o których mowa w umowie, skutecznych środków technologicznych przeciwko stosowaniu przez osoby trzecie framingu w odniesieniu do miniatur tych utworów lub przedmiotów objętych ochroną, wyświetlanych w witrynie internetowej DDB.

26. Uznawszy, że takie postanowienie umowne nie jest racjonalne z punktu widzenia prawa autorskiego, SPK wniosła do Landgericht (sądu krajowego, Niemcy) powództwo o ustalenie, że VG Bild-Kunst był zobowiązany do przyznania rozpatrywanej licencji SPK bez uzależnienia jej od zastosowania owych środków technologicznych. Powództwo to zostało początkowo oddalone przez Landgericht (sąd krajowy). Orzeczenie tego sądu zostało uchylone przez Kammergericht (wyższy sąd krajowy, Niemcy) w wyniku apelacji SPK. W skardze rewizyjnej VG Bild-Kunst wnosi o oddalenie powództwa SPK.

27. Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) wyjaśnia, po pierwsze, że zgodnie z § 34 ust. 1 zdanie pierwsze VGG organizacje zbiorowego zarządzania mają obowiązek przyznania na godziwych warunkach każdej osobie, która o to wystąpi, licencji na korzystanie z praw, które zostały im powierzone. Sąd odsyłający wskazuje, po drugie, że zgodnie z jego orzecznictwem mającym zastosowanie w niniejszej sprawie organizacje zbiorowego zarządzania mogą wyjątkowo odstąpić od spoczywającego na nich obowiązku i odmówić udzielenia licencji, jeżeli w danym przypadku nie występuje nadużycie pozycji monopolisty, a organizacja zarządzania zbiorowego może przeciwstawić żądaniu przyznania praw do korzystania uzasadnione interesy o charakterze nadrzędnym. W tym względzie, aby ustalić istnienie obiektywnie uzasadnionego wyjątku, konieczne jest wyważenie interesów stron przy uwzględnieniu celu ustawy oraz celu stanowiącego podstawę owego zasadniczego obowiązku zawarcia umowy przez organizacje zarządzania zbiorowego.

28. Rozstrzygnięcie skargi rewizyjnej zależy od tego, czy umieszczenie za pomocą framingu w witrynie internetowej osoby trzeciej utworu dostępnego za zgodą podmiotu praw autorskich w witrynie internetowej takiej jak witryna DDB stanowi publiczne udostępnienie utworu w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli obchodzi ono środki zabezpieczające przed framingiem zastosowane przez podmiot praw autorskich lub zlecone przez niego licencjodawcy. Jeśli tak, to w grę wchodziłyby prawa członków VG Bild-Kunst i organizacja ta mogłaby skutecznie domagać się włączenia obowiązku wdrożenia środków technologicznych przeciwko framingowi do umowy licencyjnej zawieranej z SPK.

29. Mając wątpliwości co do odpowiedzi, jakiej należy udzielić na to pytanie w świetle orzecznictwa Trybunału dotyczącego stosowania hiperłączy w Internecie, Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy umieszczenie utworu, który za zgodą podmiotu praw autorskich pozostaje do dyspozycji na ogólnodostępnej stronie internetowej, w witrynie internetowej osoby trzeciej z wykorzystaniem techniki framingu stanowi publiczne udostępnienie utworu w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli ma ono miejsce przy obejściu środków zabezpieczających przed framingiem, zastosowanych lub zleconych przez podmiot praw autorskich?”.

30. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 21 maja 2019 r. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez strony w postępowaniu głównym, rząd francuski i Komisję Europejską. Ci sami uczestnicy byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 25 maja 2020 r.

Analiza

31. Poprzez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że umieszczenie utworu, który za zgodą podmiotu praw autorskich pozostaje do dyspozycji na ogólnodostępnej stronie internetowej, w witrynie internetowej osoby trzeciej z wykorzystaniem techniki framingu stanowi publiczne udostępnienie tego utworu w rozumieniu rzeczzonego przepisu, jeżeli ma ono miejsce przy obejściu środków zabezpieczających przed framingiem, zastosowanych lub zleconych przez ów podmiot.

32. Zarówno sąd odsyłający, jak i uczestnicy, którzy przedstawili uwagi, proponują na to pytanie odpowiedzi, które ich zdaniem wynikają z orzecznictwa Trybunału dotyczącego oceny hiperłączy z punktu widzenia prawa autorskiego. Jednakże dokonywana przez nich analiza tego orzecznictwa prowadzi do sprzecznych wniosków. O ile bowiem sąd odsyłający, jak również VG Bild-Kunst, rząd francuski i Komisja proponują udzielenie na pytanie prejudycjalne odpowiedzi twierdzącej, o tyle SPK przedstawia poważne argumenty przemawiające za odpowiedzią przeczącą.

33. Podzielam pogląd, zgodnie z którym odpowiedź na pytanie prejudycjalne można częściowo wywieść z orzecznictwa Trybunału. Wydaje mi się jednak, że orzecznictwo to wymaga doprecyzowania w drodze analizy uwzględniającej niedawne wyroki, które nie dotyczą bezpośrednio hiperłączy.

Orzecznictwo dotyczące hiperłączy

34. Podanie do publicznej wiadomości utworów chronionych prawem autorskim w Internecie wchodzi w zakres przewidzianego w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 wyłącznego prawa do publicznego udostępniania utworów¹⁷. Prawo to obejmuje „jakiegokolwiek publiczne udostępnianie [...] utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości [...] utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”. To właśnie podawanie do publicznej wiadomości odgrywa istotną rolę w Internecie, mimo że „klasyczne” udostępnianie jest również obecne¹⁸.

17 W niniejszej opinii dla prostoty wywodu mówię o przysługującym autorom prawie do ich utworów. Ta sama analiza odnosi się jednak mutatis mutandis do innych przedmiotów objętych ochroną, w szczególności wymienionych w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2001/29.

18 Jest tak w szczególności w przypadku internetowych stacji radiowych (*web radio*).

35. W odniesieniu do hiperłącza pojawia się zatem pytanie, czy fakt zamieszczenia na stronie internetowej linku do utworu innej osoby, również dostępnego w Internecie (mówiąc dokładniej, w sieci WWW), stanowi publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, to znaczy czy zamieszczenie takiego linku jest objęte prawem wyłącznym podmiotu praw autorskich do tego utworu.

36. W wyroku *Svensson i in.*¹⁹ Trybunał odpowiedział na to pytanie, co do zasady, przecząco. Stwierdził z jednej strony, że zamieszczenie hiperłącza stanowi czynność udostępniania, ponieważ link daje użytkownikom bezpośredni dostęp do utworu²⁰. Udostępnienie to jest skierowane do publiczności złożonej z nieokreślonej i dość znacznej liczby osób, czyli ma charakter publiczny²¹.

37. Z drugiej jednak strony Trybunał orzekł, że w przypadku utworu swobodnie dostępnego już w witrynie internetowej publiczność, do której jest skierowane hiperłącze umieszczone w innej witrynie internetowej, nie stanowi nowej publiczności w stosunku do publiczności pierwotnego udostępnienia. Trybunał uznał bowiem, że publiczność, do której jest skierowane pierwotne udostępnienie, składa się z wszystkich osób mogących potencjalnie odwiedzać ogólnodostępną witrynę internetową, czyli wszystkich użytkowników Internetu. Wszyscy ci użytkownicy musieli zatem zostać wzięci pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu²². Logicznie rzecz biorąc, hiperłącze nie mogło zapewnić dostępu do utworu szerszemu kręgowi użytkowników.

38. Tymczasem w przypadku wtórnego udostępnienia dokonanego za pomocą tego samego środka technologicznego co udostępnienie pierwotne (jak ma to miejsce w przypadku wszystkich udostępnień w sieci WWW) orzecznictwo Trybunału wymaga istnienia nowej publiczności, aby to wtórne udostępnienie było objęte przewidzianym w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 prawem wyłącznym do publicznego udostępniania²³.

39. Trybunał stwierdził zatem, że fakt umieszczenia w witrynie internetowej hiperłącza („linku, na który można kliknąć” wedle omawianego wyroku) do już ogólnodostępnego w Internecie utworu chronionego prawem autorskim nie wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich do tego utworu²⁴. Inaczej mogłoby być jedynie w sytuacji, gdyby link umożliwiał obejście środków ograniczających dostęp do utworu w witrynie macierzystej, w którym to przypadku skutkiem zamieszczenia linku byłoby rozszerzenie kręgu publiczności, do której skierowane było pierwotne udostępnienie, i uzyskanie dostępu przez nową publiczność²⁵.

40. Analiza ta została w niedługim czasie potwierdzona w odniesieniu do hiperłączy wykorzystujących *framing*²⁶.

41. Następnie Trybunał wyjaśnił, że powyższa analiza ma zastosowanie tylko wtedy, gdy pierwotne udostępnienie utworu zostało dokonane za zezwoleniem podmiotu praw autorskich²⁷.

19 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

20 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 18–20).

21 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 22).

22 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 25–27).

23 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

24 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 27).

25 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 31).

26 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r., *BestWater International* (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315, sentencja).

27 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 43).

42. Co się tyczy linków do witryn internetowych, w których utwory są podawane do publicznej wiadomości bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, Trybunał uznał, że linki te stanowią publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli użytkownik, który umieścił link, wiedział lub powinien był wiedzieć, że ów link prowadzi do utworu podanego do publicznej wiadomości bez zezwolenia wymaganego prawem autorskim²⁸. W przypadku gdy użytkownik działa w celu zarobkowym, taką wiedzę należy domniemywać w sposób wrzuszalny²⁹.

43. Orzecznictwo dotyczące hiperłączy można podsumować w ten sposób, że jeżeli link prowadzi do utworu, który został już podany do publicznej wiadomości za zezwoleniem podmiotu praw autorskich i jest ogólnodostępny, linku tego nie uważa się za publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, ponieważ wspomniany link, którego zamieszczenie stanowi wprawdzie czynność udostępnienia, jest skierowany do publiczności, która została już wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu, czyli do wszystkich użytkowników Internetu.

Krytyczna analiza orzecznictwa dotyczącego hiperłączy

44. Rozwiązania przyjęte w orzecznictwie, które właśnie przypominałem, nie zawsze są na pierwszy rzut oka oczywiste i mogą budzić wątpliwości, w szczególności w odniesieniu do trzech zasadniczych kwestii: kwalifikacji zamieszczenia linków jako „czynności udostępniania” (podania do publicznej wiadomości), wprowadzenia subiektywnego kryterium wiedzy o okolicznościach do definicji pojęcia „publicznego udostępniania” i zastosowania kryterium nowej publiczności w Internecie³⁰.

Kwalifikacja zamieszczenia hiperłączy jako „czynności udostępnienia”

45. Jak przypominałem w pkt 36 niniejszej opinii, Trybunał uznał w wyroku *Svensson i in.*³¹, że zamieszczenie hiperłącza odsyłającego do dostępnego w Internecie chronionego utworu stanowi czynność udostępnienia tego utworu dla potrzeb stosowania prawa do publicznego udostępniania uregulowanego w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Jednakże z technicznego punktu widzenia twierdzenie to wcale nie jest oczywiste³².

46. Co prawda nie podzielam wyrażonego w tym przedmiocie stanowiska, zgodnie z którym każda czynność udostępniania musi koniecznie obejmować transmisję lub retransmisję utworu³³. W szczególności najbardziej rozpowszechniona forma udostępniania w sieci WWW, polegająca na podaniu do publicznej wiadomości utworu w taki sposób, że każdy może mieć do niego dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie, nie zakłada żadnej transmisji. W takiej sytuacji utwór jest podany do publicznej wiadomości, to znaczy zapisany na serwerze, który przechowuje daną witrynę

28 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 49).

29 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 51).

30 Orzecznictwo to było również przedmiotem licznych komentarzy, mniej lub bardziej krytycznych, ze strony doktryny. Doktryna jest jednak daleka od jednomyślności, w szczególności jeśli chodzi o to, jak należy traktować hiperłącza w ramach prawa autorskiego Unii. Tytułem przykładu wymienię stanowiska zajęte w tym przedmiocie przez trzy stowarzyszenia prawa autorskiego: *Association littéraire et artistique internationale, ALAI Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, przyjęte w dniu 17 czerwca 2015 r. (zmieniające stanowisko w tej samej kwestii przyjęte w dniu 15 września 2013 r.); *European Copyright Society, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, z dnia 18 lutego 2013 r. oraz *International Association for the Protection of Intellectual Property, Resolution on Linking and Making Available on the Internet*, z dnia 20 września 2016 r. Rozbieżne wnioski zapisane w tych stanowiskach świadczą o tym, że nie istnieje jedno i oczywiste rozwiązanie problemu kwalifikacji hiperłączy z punktu widzenia prawa do publicznego udostępniania utworów.

31 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

32 W przedmiocie dogłębnej analizy tego zagadnienia zob. opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:221, pkt 48–60).

33 *European Copyright Society*, op.cit.

internetową, a publiczność może uzyskać dostęp do tej witryny za pomocą adresu URL. Swego rodzaju transmisja utworu ma miejsce dopiero wtedy, gdy jeden z odbiorców uzyskuje dostęp do tego serwera, ponieważ w ten sposób uruchamia tymczasowe zwielokrotnienie strony internetowej przeglądarki na jego komputerze-kliencie.

47. Trybunał przypominał zaś, że aby uznać, iż doszło do „publicznego udostępnienia utworu”, wystarczy, by utwór był podany do publicznej wiadomości, niezależnie od tego, czy członkowie publiczności z możliwości dostępu skorzystają³⁴. Innymi słowy, art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 wchodzi w grę od chwili podania utworu do publicznej wiadomości, i to nawet przed faktyczną transmisją utworu.

48. Niemniej jednak w przypadku hiperłącza odsyłającego do utworu, który jest już ogólnodostępny w Internecie, podanie do publicznej wiadomości następuje w macierzystej witrynie internetowej. Sam link stanowi jedynie udzielone przeglądarce internetowej polecenie uzyskania dostępu do niego przy pomocy adresu URL, który jest częścią linku. Użytkownik zostaje zatem przekierowany do innej witryny internetowej. Połączenie (a zatem transmisja utworu) odbywa się następnie bezpośrednio pomiędzy komputerem-klientem użytkownika a serwerem (czasami kilkoma serwerami), na którym znajduje się witryna docelowa linku, bez żadnego pośrednictwa witryny zawierającej ten link³⁵. Poza tym adres URL, do którego prowadzi link, ukazuje się zwykle po kliknięciu prawym przyciskiem myszy (*right click*) na link. Możliwe jest zatem skopiowanie tego linku do paska adresowego przeglądarki i uzyskanie dostępu do tego samego miejsca co miejsce, do którego odnosi się hiperłącze. Link jedynie automatyzuje ten proces, umożliwiając dostęp do innej witryny internetowej „jednym kliknięciem”.

49. Trybunał wykroczył jednak poza tę czysto techniczną analizę i uznał, że zamieszczenie hiperłącza stanowi czynność udostępniania, ponieważ zapewnia „bezpośredni dostęp” do utworu zawartego w innej witrynie internetowej³⁶.

50. Moim zdaniem takie podejście funkcjonalne uwzględnia inne elementy niżli samą tylko automatyzację ustanowienia połączenia z docelową witryną internetową. Okolicznością ważniejszą, która ponadto czyni z hiperłącza niezbędne zworniki architektury sieci WWW, jest to, że link zawiera adres URL docelowej strony internetowej, uwalniając użytkownika od konieczności znalezienia tego adresu (lub też link jest owocem wyszukiwania przeprowadzonego przez użytkownika, jak zwykle ma to miejsce w wyszukiwarkach internetowych). Zasoby mogą bowiem być *podane do wiadomości* w Internecie, ale *uzyskać dostęp* do nich można wyłącznie za pomocą ich adresu URL. Jeśli użytkownicy nie znają tego adresu, dostępność tych zasobów jest czysto teoretyczna. Tymczasem najskuteczniejszym sposobem przekazywania adresu URL strony internetowej jest stworzenie hiperłącza do tej strony. Nieprzypadkowo „książki telefoniczne” sieci WWW, którymi są wyszukiwarki internetowe, wykorzystują technikę hiperłączy.

51. To właśnie ta zdolność techniczna do zapewnienia bezpośredniego dostępu do utworu określonego przez jego adres URL (lub adres strony internetowej zawierającej ten utwór) uzasadnia, moim zdaniem, kwalifikację zamieszczenia hiperłącza jako „czynności udostępniania” do celów stosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

34 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 19).

35 Wygląd rezultatu może być dla użytkownika różny w zależności od sposobu otwarcia strony internetowej, do której kieruje link: w miejsce strony wyjściowej linku, w nowym oknie przeglądarki lub w ramce na stronie wyjściowej (link używający *framingu*). W szczególności w tej ostatniej sytuacji użytkownik może mieć wrażenie, że jest połączony wyłącznie ze stroną wyjściową linku. Jednakże we wszystkich tych przypadkach w sensie technicznym dzieje się to samo – ustanowione zostaje bezpośrednie połączenie z docelową stroną linku.

36 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 18).

Element subiektywny publicznego udostępnienia

52. Dla przypomnienia: ustanowiona przez Trybunał w wyroku *Svensson i in.*³⁷ reguła, zgodnie z którą zamieszczenie hiperłącza odsyłającego do utworu ogólnodostępnego w Internecie nie stanowi publicznego udostępnienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, ma zastosowanie tylko wtedy, gdy dany utwór został podany do publicznej wiadomości za zezwoleniem podmiotu praw autorskich.

53. W przeciwnym wypadku, to znaczy gdy utwór został podany do publicznej wiadomości bez zezwolenia tego podmiotu, sytuacja prawna wynikająca z orzecznictwa Trybunału jest dużo bardziej złożona. Trybunał orzekł bowiem, że w takiej sytuacji istnienie publicznego udostępnienia zależy od tego, czy użytkownik, który umieścił link, wiedział lub powinien był wiedzieć, że utwór, do którego kieruje ten link, został podany do publicznej wiadomości bez zezwolenia podmiotu praw autorskich. W przypadku linków udostępnionych w celu zarobkowym należy domniemywać istnienie takiej wiedzy, przy czym domniemanie to jest wzruszalne³⁸.

54. Trybunał dokonał tego rozróżnienia w uzasadnionym celu, jakim jest zachowanie właściwej równowagi między interesem podmiotów praw autorskich z jednej strony a ochroną interesów i praw podstawowych użytkowników przedmiotów objętych ochroną z drugiej strony³⁹. Niemniej jednak rozwiązanie to jest mało ortodoksyjne z punktu widzenia ogólnych zasad prawa autorskiego, w szczególności z tego powodu, że wprowadza kryterium subiektywne (wiedzy o okolicznościach) do definicji elementu obiektywnego, a mianowicie zakresu czynności podlegających prawu wyłącznemu autora⁴⁰.

Kryterium nowej publiczności

55. Chociaż kryterium nowej publiczności dla oceny istnienia publicznego udostępniania utworów chronionych prawem autorskim było rozważane jeszcze przed wejściem w życie dyrektywy 2001/29⁴¹, kryterium to zostało przyjęte przez Trybunał dopiero po wejściu w życie tej dyrektywy, w pierwszym rzędzie w kontekście retransmisji programów telewizyjnych⁴². Zgodnie z tym, jak obecnie sformułowane jest to kryterium, aby wtórne udostępnienie chronionego utworu dokonane za pomocą tego samego środka technologicznego co pierwotne udostępnienie mogło zostać uznane za „publiczne udostępnianie” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, a zatem podlegać prawu wyłącznemu podmiotu praw autorskich, musi ono być skierowane do nowej publiczności, czyli publiczności, która nie została wzięta pod uwagę przez ów podmiot przy pierwotnym udostępnieniu⁴³.

37 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

38 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, sentencja).

39 Wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 44–49).

40 Według doktryny takie rozwiązanie może być jednak konieczne w celu złagodzenia skutków szerokiej wykładni przyjętej przez Trybunał w odniesieniu do zakresu prawa wyłącznego do publicznego udostępniania [zob. M. Husovec, *How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement*, w: T.E. Synodinou (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2019, s. 513 i nast., szczególnie s. 526].

41 Zobacz opinia rzecznika generalnego A. La Pergoli w sprawie Egeda (C-293/98, EU:C:1999:403, w szczególności pkt 22).

42 Wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 40).

43 Zobacz ostatnio wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 70).

56. W odniesieniu do Internetu kryterium to opiera się na założeniu, które stanowi swego rodzaju fikcję prawną⁴⁴, że każdy użytkownik Internetu może zapoznać się z utworem z chwilą jego podania do publicznej wiadomości w sieci WWW, a zatem należy uznać, że wszyscy ci użytkownicy zostali wzięci pod uwagę jako publiczność przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu⁴⁵. Posługuję się tu pojęciem fikcji prawnej z tego względu, że twierdzenie to, choć jest prawdziwe w teorii, pomija okoliczność, że cyberprzestrzeń, jaką stanowi sieć WWW, jest po prostu zbyt rozległa, by ktokolwiek mógł mieć wiedzę o całości jej zasobów, a tym bardziej dostęp do nich.

57. Tymczasem założenie to nie tylko opiera się na sztucznie skonstruowanej i fikcyjnej przesłance, lecz doprowadzone logicznie do ekstremum skutkuje wyczerpaniem prawa do publicznego udostępniania, które jest przecież wyraźnie wykluczone przez art. 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29. Jak wykażę poniżej, wydaje się, że Trybunał obecnie odszedł od tego założenia w swoim orzecznictwie.

Nowe odczytanie orzecznictwa dotyczącego hiperłączy

58. Powyższa analiza orzecznictwa Trybunału dotyczącego hiperłączy skłania mnie do tego, aby bez podważania go zaproponować jego ewolucyjną interpretację zgodną z nowszym orzecznictwem Trybunału.

59. Chociaż Trybunał, definiując czynności podlegające prawu wyłącznemu autora i odróżniając je od tych, które nie są nim objęte, posługuje się klasycznym aparatem terminologicznym prawa autorskiego, nie tworzy teorii prawa autorskiego. Trybunał, do którego zwrócono się o dokonanie wykładni prawa Unii, w niniejszym przypadku dyrektywy 2001/29, która to wykładnia jest wprawdzie abstrakcyjna, a zatem ma zastosowanie erga omnes, niemniej jednak dokonywana na gruncie konkretnego sporu, który został mu przedłożony przez sąd krajowy, powinien udzielić odpowiedzi pozwalającej temu sądowi na ustalenie odpowiedzialności strony za naruszenie prawa autorskiego. Musi on zatem określić przesłanki tej odpowiedzialności, co wykracza znacznie poza zwykłe zakreślenie granic czynności objętych monopolem autora. Bardziej restrykcyjne podejście mogłoby zagrozić skuteczności harmonizacji dokonanej przez dyrektywę 2001/29 przez pozostawienie sądom krajowym oceny – siłą rzeczy niejednorodnej – decydujących wykładników takiej odpowiedzialności⁴⁶.

60. W ten sposób Trybunał mógł orzec, że zarówno udzielanie w Internecie dostępu do platformy wymiany utworów chronionych w ramach sieci równorzędnej (*peer-to-peer*) i zarządzanie tą platformą, jak i sprzedaż odtwarzacza multimedialnego, na którym preinstalowane zostały hiperłączy prowadzące do ogólnodostępnych serwisów internetowych, w których udostępniono utwory chronione prawem autorskim bez zezwolenia podmiotów tych praw, mieszczą się w pojęciu „publicznego udostępnienia” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29⁴⁷, chociaż w obu tych przypadkach rzeczywiste podanie do publicznej wiadomości utworów miało miejsce na etapie wcześniejszym. Trybunał oparł się jednak na nieodzownej roli i pełnej wiedzy o okolicznościach danego użytkownika w momencie udzielenia skutecznego dostępu do tych utworów⁴⁸.

44 Wyrażenie to pochodzi z: S. Karapapa, The requirement for a »new public« in EU copyright law, *European Law Review*, No 42/2017, s. 63, chociaż autor używa go w nieco innym kontekście.

45 Zobacz w kontekście hiperłączy, w szczególności, wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 24–27).

46 Przedstawiłem już podobne uwagi w opinii w sprawie Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, pkt 3). Zobacz podobnie E. Rosati, When Does a Communication to the Public under EU Copyright Law Need to Be to a »New Public«?, SSRN (papers.ssrn.com), 2 lipca 2020 r. Zobacz jednak także, w celu zapoznania się ze stanowiskiem przeciwnym, opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe w sprawach połączonych YouTube i Cyando (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2020:586, w szczególności pkt 94–106).

47 Zobacz, odpowiednio, wyroki: z dnia 14 czerwca 2017 r., Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, sentencja); z dnia 26 kwietnia 2017 r., Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, pkt 1 sentencji).

48 Wyroki: z dnia 14 czerwca 2017 r., Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, pkt 37); z dnia 26 kwietnia 2017 r., Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, pkt 50).

61. Takie podejście może również prowadzić do ograniczenia odpowiedzialności. W innej dziedzinie prawa autorskiego (konkretnie w dziedzinie praw pokrewnych) Trybunał orzekł, że prawo producenta fonogramów do zezwalania na zwielokrotnianie lub zakazywania zwielokrotniania jego fonogramu, uznane w art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29, nie pozwala mu na sprzeciwienie się wykorzystaniu przez osobę trzecią próbki dźwiękowej pobranej z jego fonogramu w celu włączenia tej próbki do innego fonogramu, jeśli próbka ta zostanie w nim zamieszczona w zmienionej i nierozpoznawalnej dla ucha postaci⁴⁹, chociaż w sposób oczywisty wykorzystanie próbki fonogramu wymaga jego zwielokrotnienia.

62. Co się tyczy hiperłączy, skoncentrowanie się przez Trybunał na określeniu przesłanek odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich wyjaśnia, w szczególności, wprowadzenie elementu subiektywnego do analizy czynu, który może być źródłem tego naruszenia⁵⁰.

63. Kryterium nowej publiczności, które, jak przypomniałem, pozwoliło Trybunałowi uznać, że hiperłącza nie wymagają co do zasady zezwolenia podmiotu praw autorskich⁵¹, należy moim zdaniem rozumieć w ten sam sposób.

64. Dla przypomnienia, zgodnie z tym kryterium, wtórne udostępnienie utworu publiczności za pomocą tego samego środka technologicznego skierowane do tej samej publiczności co publiczność wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu nie wymaga nowego zezwolenia⁵². Tak właśnie jest w przypadku hiperłączy, które przy użyciu tego samego środka technologicznego, a mianowicie sieci WWW, trafiają do tej samej publiczności co pierwotne udostępnienie, a mianowicie do wszystkich użytkowników Internetu, o ile pierwotne udostępnienie zostało dokonane bez ograniczeń dostępu.

65. Tymczasem przede wszystkim sam Trybunał zauważył już, że takie rozwiązanie można uzasadnić nie tyle brakiem czynności udostępniania, ponieważ jego zdaniem takie udostępnienie istnieje, lecz faktem, że biorąc pod uwagę architekturę Internetu (lub, ściślej rzecz ujmując, sieci WWW), zezwolenie podmiotu praw autorskich na podanie utworu do publicznej wiadomości bez ograniczeń należy rozumieć jako zezwolenie również na zamieszczenie hiperłączy do tego utworu. Trybunał orzekł bowiem, że o ile wszelkie akty podlegające prawu wyłącznemu autora wymagają uprzedniej zgody, o tyle dyrektywa 2001/29 nie wymaga, by zgoda ta była koniecznie udzielona w sposób wyraźny⁵³.

66. Następnie Trybunał stwierdził, odnosząc się wyraźnie do wyroku Svensson i in.⁵⁴, iż „w sprawie, której przedmiotem było pytanie dotyczące pojęcia »nowej publiczności«, Trybunał stwierdził, że w sytuacji gdy autor zezwolił uprzednio w sposób wyraźny i bezwarunkowy na publikację swoich artykułów w serwisie internetowym wydawcy prasy, bez zastosowania dodatkowo środków technicznych ograniczających dostęp do tych utworów za pośrednictwem innych serwisów internetowych, *można uznać w istocie, że autor ten wyraził zgodę na udostępnienie tych utworów ogółowi internautów*”⁵⁵.

67. Należy jeszcze zbadać, czy ta dorozumiana zgoda podmiotu praw autorskich może rzeczywiście dotyczyć „ogółu internautów”. Wydaje mi się, że nie.

49 Wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Pelham i in. (C-476/17, EU:C:2019:624, pkt 1 sentencji).

50 Zobacz pkt 52–54 niniejszej opinii.

51 Zobacz pkt 37–39 niniejszej opinii.

52 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

53 Wyrok z dnia 16 listopada 2016 r., Soulier i Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, pkt 33–35).

54 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

55 Wyrok z dnia 16 listopada 2016 r., Soulier i Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, pkt 36). Wyróżnienie moje.

68. Ograniczenia tego założenia zostały bowiem uwidocznione w sprawie zakończonej wyrokiem Renckhoff⁵⁶. W sprawie tej chodziło nie o hiperłącze odsyłające do utworu chronionego, lecz o utwór, który został pobrany z witryny internetowej, na której został on podany do publicznej wiadomości za zezwoleniem autora, a następnie umieszczony online bez jego zezwolenia w innej witrynie internetowej.

69. Gdyby zaś stosować kryterium nowej publiczności w sposób literalny⁵⁷, czynność ta nie wchodziłaby w zakres prawa wyłącznego podmiotu praw autorskich, ponieważ tak długo, jak dany utwór był dostępny za zezwoleniem tego podmiotu w pierwszej witrynie internetowej (lub w innej witrynie internetowej, niekoniecznie tej, z której utwór został skopiowany), udostępnienie w drugiej witrynie internetowej nie było kierowane do nowej publiczności, gdyż wszyscy użytkownicy Internetu zostali wzięci pod uwagę przy pierwszym udostępnieniu. Tak więc podmiot praw autorskich utraciłby kontrolę nad rozpowszechnianiem jego utworu, co, jak przyznał Trybunał w swoim wyroku, skutkowałoby wyczerpaniem jego prawa wyłącznego⁵⁸.

70. W związku z tym Trybunał uznał, że należy ograniczyć zakres kryterium nowej publiczności, zmieniając definicję publiczności, którą z założenia podmiot praw autorskich wziął pod uwagę przy pierwotnym udostępnieniu utworu. Trybunał orzekł zatem, że publiczność ta składa się wyłącznie z użytkowników witryny internetowej, na której to pierwotne udostępnienie miało miejsce, „a nie użytkowników strony internetowej, na której utwór został później zamieszczony bez zgody tego podmiotu, *lub innych internautów*”⁵⁹.

71. Tak więc w następstwie wyroku Renckhoff⁶⁰ fikcji prawnej, zgodnie z którą jakiegokolwiek podanie do publicznej wiadomości chronionego utworu w Internecie w sposób ogólnodostępny jest skierowane do wszystkich (rzeczywistych i potencjalnych) użytkowników Internetu, nie da się już utrzymać również w kontekście hiperłączy. Nie tylko prowadzi ona do faktycznego wyczerpania prawa do publicznego udostępniania w Internecie, ale jest logicznie nie do pogodzenia z tym wyrokiem.

72. Wyobraźmy sobie bowiem konsekwencje wyroku Svensson i in.⁶¹ w sytuacji podobnej do sytuacji, w której zapadł wyrok Renckhoff. Zgodnie z tym ostatnim wyrokiem fakt pobrania chronionego utworu z witryny internetowej, na której został on podany do publicznej wiadomości za zezwoleniem podmiotu praw autorskich, i umieszczenie go w innej witrynie internetowej narusza prawa tego podmiotu. Jednakże fakt umieszczenia w drugiej witrynie internetowej linku do tego samego utworu dostępnego w pierwszej witrynie, nawet przy użyciu framingu, skutkiem czego utwór jest widoczny tak, jakby został umieszczony w tej drugiej witrynie, nie podlega monopolowi autora, a zatem nie narusza tego monopolu⁶². Publiczność, do której skierowane było pierwotne udostępnienie, jest zaś w obu przypadkach taka sama: ogół użytkowników Internetu!

73. Należy zatem uznać, jak uczynił to Trybunał w wyroku w sprawie Renckhoff⁶³, że publiczność, która została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy udostępnianiu utworu w danej witrynie internetowej, składa się z odbiorców przeglądających tę witrynę. Taka definicja publiczności wziętej pod uwagę przez podmiot praw autorskich odzwierciedla moim zdaniem rzeczywistość Internetu. O ile bowiem ogólnodostępną witrynę internetową może teoretycznie odwiedzić każdy użytkownik Internetu, o tyle w praktyce liczba potencjalnych użytkowników tej witryny może być

56 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r. (C-161/17, EU:C:2018:634).

57 Jak zresztą proponowała strona skarżąca w postępowaniu głównym w przywoływanej sprawie (zob. wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 27).

58 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 33).

59 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 35). Wyróżnienie moje.

60 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r. (C-161/17, EU:C:2018:634).

61 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

62 Zgodnie z wyrokiem z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76).

63 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r. (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 35).

wprawdzie większa lub mniejsza, ale jest ona w przybliżeniu ustalona. Podmiot praw autorskich, zezwalając na udostępnienie jego utworu, bierze pod uwagę wielkość tego kręgu potencjalnych użytkowników. Ma to znaczenie w szczególności w przypadku gdy udostępnianie odbywa się na podstawie licencji, ponieważ potencjalna liczba zakładanych odwiedzających może stanowić istotny czynnik przy ustalaniu ceny licencji.

74. Dostęp do tej witryny internetowej jest zaś możliwy – i w większości przypadków tak się będzie odbywał – za pomocą hiperłącza. Odbiorcy witryny zawierającej link stają się zatem odbiorcami witryny docelowej linku, czyli publicznością, do której kierował się wspomniany podmiot praw autorskich.

75. Podsumowując, orzecznictwo Trybunału dotyczące hiperłączy lub ogólniej publicznego udostępniania utworów w Internecie należy moim zdaniem rozumieć w ten sposób, że zezwalając na podanie do publicznej wiadomości utworu na ogólnodostępnej stronie internetowej, podmiot praw autorskich bierze pod uwagę ogół użytkowników mogących mieć dostęp do tej strony internetowej, w tym za pomocą hiperłączy. W konsekwencji zamieszczenie tych linków – chociaż stanowi czynność udostępnienia, ponieważ daje bezpośredni dostęp do utworu – jest co do zasady objęte zezwoleniem danego podmiotu praw autorskich udzielonym w momencie pierwotnego podania do publicznej wiadomości i nie wymaga dodatkowego zezwolenia.

Zastosowanie w przypadku umieszczenia na stronach internetowych utworów pochodzących z innych witryn internetowych

Zakres pytania prejudycjalnego

76. Dla przypomnienia: poprzez swoje pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy umieszczenie za pomocą framingu w witrynie internetowej chronionego utworu, podanego do publicznej wiadomości za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w innej witrynie internetowej, stanowi publiczne udostępnienie tego utworu w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli przy czynności tej doszło do obejścia środków zabezpieczających przed framingiem, zastosowanych lub zleconych przez ten podmiot w odniesieniu do tej drugiej witryny internetowej.

77. Na wstępie należy wyjaśnić pewne aspekty terminologiczne. Terminologia dotycząca Internetu nie została ustalona z kartezyjską klarownością, a terminy *framing*, *inline linking* i *embedding* są czasami używane jako synonimy. Trybunał przyjął zresztą w swoim orzecznictwie francuski termin „transclusion” (transkluzja), który, jak się wydaje, może obejmować wszystkie te techniki. Chociaż sąd odsyłający odnosi się w swoim pytaniu do framingu, to moim zdaniem można rozsądnie założyć, że problem rozpatrywany w postępowaniu głównym dotyczy lub może dotyczyć wszystkich sposobów umieszczenia na stronie internetowej zasobów pochodzących z innej witryny internetowej.

78. Techniki umożliwiające taki efekt nie ograniczają się zaś do framingu, który polega na podzieleniu ekranu na kilka części, z których każda może pokazywać treści z innej witryny internetowej. W szczególności *inline linking* pozwala na umieszczenie na stronie internetowej elementu, najczęściej pliku graficznego lub audiowizualnego, z innej witryny internetowej⁶⁴. Umieszczony element pojawia się zatem na ekranie automatycznie, bez potrzeby kliknięcia linku przez użytkownika. Ta automatyczność wydaje mi się znacznie ważniejsza z punktu widzenia prawa autorskiego niż ewentualne użycie framingu. Rozwinę tę tezę bardziej szczegółowo poniżej.

64 Zobacz pkt 9 i 10 niniejszej opinii.

79. Istnieją technologiczne środki zabezpieczające przed tymi rodzajami linków. Zabezpieczenia te polegają w szczególności na wprowadzeniu do kodu HTML chronionej strony internetowej instrukcji, które uniemożliwiają działanie linku, uniemożliwiają otwarcie strony w ramce (*frame*) i jednocześnie wymagają otwarcia nowego okna lub zakładki, czy też wysyłają zamiast pożądanego elementu inny obraz, na przykład ostrzeżenie o prawach autorskich.

80. Pytanie prejudycjalne należy zatem rozumieć tak, że dotyczy ono zagadnienia, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, iż umieszczenie utworu, podanego do publicznej wiadomości w ogólnodostępnej witrynie internetowej za zgodą podmiotu praw autorskich, w innej witrynie internetowej za pomocą hiperłączy, tak że utwór ten pojawia się w drugiej witrynie internetowej tak, jakby stanowił on jej integralną część, stanowi publiczne udostępnienie w rozumieniu tego przepisu, jeżeli dokonano tego z obejściem środków zabezpieczających przed takim wykorzystaniem danego utworu.

Linki, na które można kliknąć

81. Jak przypominałem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału fakt zamieszczenia hiperłącza odsyłającego do utworu chronionego prawem autorskim podanego do publicznej wiadomości w innej ogólnodostępnej witrynie internetowej za zgodą podmiotu praw autorskich stanowi czynność udostępniania tego utworu w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

82. Z tego względu nie podzielam analizy SPK, zgodnie z którą z orzecznictwa Trybunału wynika, że hiperłącza do utworów chronionych, w tym hiperłącza wykorzystujące framing lub podobne techniki, nie są objęte prawami wyłącznymi podmiotów praw autorskich, w związku z czym nigdy nie dochodzi do publicznego udostępniania, pomimo ewentualnego zastosowania przez te podmioty środków zabezpieczających przed używaniem takich linków.

83. Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że zamieszczenie hiperłącza stanowi czynność istotną z punktu widzenia prawa autorskiego, ponieważ zapewnia bezpośredni dostęp do utworu. Jednakże czynność ta nie wymaga dodatkowego zezwolenia podmiotu praw autorskich, ponieważ odnosi się do publiczności, która została już przez ów podmiot wzięta pod uwagę przy pierwotnym udostępnieniu, a zatem jest objęta zezwoleniem udzielonym przez podmiot praw autorskich przy tymże pierwotnym udostępnieniu.

84. Jeśli chodzi o definicję publiczności, która została wzięta pod uwagę przez wspomniany podmiot, proponuję uznać, w świetle całości istotnego orzecznictwa Trybunału, że składa się ona z użytkowników, w tym potencjalnych, witryny internetowej, w której miało miejsce pierwotne udostępnienie⁶⁵.

85. Publiczność ta może mieć dostęp do wspomnianej witryny na różne sposoby, w szczególności za pomocą hiperłączy. Stwierdzenie to nie stwarza problemu w przypadku prostych linków, które odsyłają do strony głównej witryny. Podobnie jest moim zdaniem w przypadku linków głębokich prowadzących do konkretnych stron danej witryny. Nikt nie może bowiem oczekiwać, że jego utwór będzie zawsze czytany lub oglądany od strony tytułowej lub od napisów początkowych. Zresztą jest to problem nie tyle dostępu do utworów w ścisłym tego słowa znaczeniu, co okoliczności towarzyszących temu dostępowi, takich jak pominięcie ewentualnej reklamy towarzyszącej utworowi, przynoszącej dochód podmiotowi praw autorskich. Problem ten nie powinien jednak determinować zakresu praw wyłącznych rzeczonoego podmiotu.

⁶⁵ Zobacz pkt 73 niniejszej opinii.

86. W wyniku używania framingu, a w szczególności *inline frame*, powstają bardziej delikatne kwestie. W takim przypadku trudno jest bowiem ustalić, czy należy uznać, że publiczność, która w ten sposób uzyskuje dostęp do jednej witryny internetowej z innej witryny internetowej, została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu utworu w pierwszej witrynie internetowej.

87. Moim zdaniem jest dosyć jasne, że odpowiedź powinna być twierdząca, gdy przedmiotem framingu jest witryna internetowa w całości lub cała strona tej witryny. Prawdą jest, że taki sposób korzystania z witryny internetowej innej osoby może stanowić nadużycie i powodować pewne problemy z punktu widzenia praw osobistych autora, prawa znaków towarowych lub uczciwej konkurencji. Jednakże z punktu widzenia dostępu do utworu, a zatem prawa do publicznego udostępniania, sytuacja ta nie różni się diametralnie od sytuacji linków klasycznych. Użytkownicy wchodzą do docelowej witryny internetowej linku i mimo że wyświetla się ona wewnątrz strony zawierającej ów link, stanowią publiczność tej witryny, to znaczy publiczność, która została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy udostępnianiu utworu w tej witrynie.

88. Przypadek linków prowadzących do poszczególnych elementów strony internetowej (na przykład obrazów lub plików audiowizualnych) jest bardziej problematyczny, zwłaszcza gdy dzięki framingowi lub *inline frame* dany element jawi się jako integralna część innej witryny. Jednakże również w tej sytuacji użytkownik, klikając na link, ustanawia połączenie z witryną macierzystą powiązanego elementu, wywołując w ten sposób transmisję tego elementu. Należy zatem uznać, że użytkownik ten należy do publiczności tej witryny, czyli publiczności, która została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy udzielaniu zezwolenia na udostępnienie jego utworu we wspomnianej witrynie.

89. Ponadto konieczność uruchomienia linku sygnalizuje użytkownikowi, że uzyskuje on dostęp do treści, która nie stanowi integralnej części strony internetowej zawierającej ten link. O ile autorstwo tej treści można ukryć w większym lub mniejszym stopniu, o tyle użytkownik racjonalnie świadomy sposobu, w jaki funkcjonuje Internet, powinien spodziewać się, że treść wskazana przez link może pochodzić z innego źródła niż strona internetowa, którą w danym momencie przegląda. Podmiot praw autorskich w celu zwalczania ewentualnych nadużyć może w takiej sytuacji powoływać się na prawa osobiste, a nawet, w stosownych przypadkach, na prawa należące do innych dziedzin własności intelektualnej, takich jak prawo znaków towarowych⁶⁶.

90. Wydaje mi się zresztą, że trudno jest wyznaczyć tutaj wyraźną linię podziału, ponieważ sytuacje mogą być bardzo zróżnicowane: framing witryn lub stron internetowych, których jedyna istotna treść składa się z utworów chronionych lub które same stanowią takie utwory, linki głębokie do przedmiotów objętych ochroną, które otwierają się w odrębnym oknie przeglądarki ze wskazaniem adresu witryny macierzystej, linki proste do witryn, których strona główna lub sama witryna stanowią utwory chronione, itp. Analiza tych różnych sytuacji wymagałaby indywidualnej oceny okoliczności faktycznych i dawałaby rozbieżne wyniki. Tymczasem krąg osób mogących mieć dostęp do utworu, który uznaje się za wzięty pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy podaniu utworu do publicznej wiadomości, nie może zależeć od takiej oceny okoliczności faktycznych⁶⁷.

91. Jestem zatem zdania, że w przypadku utworów chronionych prawem autorskim podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnodostępny w Internecie za zezwoleniem podmiotu praw autorskich publiczność, która uzyskuje dostęp do takich utworów za pośrednictwem linków, na które można kliknąć, z wykorzystaniem techniki framingu, w tym *inline frame*, należy uznać za część publiczności, która została wzięta pod uwagę przez ów podmiot przy pierwotnym udostępnieniu tych

⁶⁶ Jak, na przykład, przywłaszczenie autorstwa.

⁶⁷ Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 listopada 2016 r., Soulier i Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, pkt 38).

utworów⁶⁸. Oczywiście ocena ta nie ma zastosowania w przypadkach, w których linki stanowią obejście środków ograniczających dostęp, ani w przypadkach gdy linki odsyłają do utworów podanych do publicznej wiadomości bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, w których zastosowanie znajdują rozwiązania przyjęte, odpowiednio, w wyrokach Svensson i in.⁶⁹ oraz GS Media⁷⁰.

Osadzenie (embedding)

92. Przeanalizuję teraz sytuację, w której utwory chronione prawem autorskim, zawarte w innych witrynach internetowych, są umieszczane na stronie internetowej w taki sposób, że wyświetlają się na niej automatycznie w momencie otwarcia tej strony, bez żadnych dodatkowych działań ze strony użytkownika (*inline links*). Nazywam tę technikę „linkami automatycznymi”. Moim zdaniem sytuacja tych linków automatycznych różni się pod wieloma względami od linków, na które można kliknąć, w tym linków z wykorzystaniem framingu⁷¹.

– Linki automatyczne jako publiczne udostępnienie

93. Link automatyczny powoduje, że zasób ukazuje się jako element stanowiący integralną część strony internetowej zawierającej ten link. Dla użytkownika nie ma zatem żadnej różnicy między obrazem umieszczonym na stronie internetowej i zlokalizowanym na tym samym serwerze a obrazem wyświetlanym z innej witryny internetowej. Gdyby w sprawie, w której zapadł wyrok Renckhoff⁷², właściciel witryny, w której dokonano wtórnego udostępnienia, zamieścił link automatyczny do rozpatrywanego obrazu, zamiast go zwielokrotnić i zamieszczać online z własnego serwera, wynik dla publiczności byłby identyczny. Sposób działania różni się jedynie „za kulisami”.

94. Linki automatyczne umożliwiają więc korzystanie bez zezwolenia z utworu innej osoby w Internecie w sposób w praktyce równoważny zwielokrotnieniu i podaniu do publicznej wiadomości w sposób niezależny. Jednocześnie, ponieważ praktyka ta jest realizowana pod płaszczykiem technologii hiperłącza, ma ona pozory zgodności z prawem, gdyż utwór jest udostępniany online, z technicznego punktu widzenia, z serwera przechowującego witrynę macierzystą⁷³.

95. Jednakże w przypadku linku automatycznego publiczności, która korzysta z utworu, nie można w żadnym razie uznać za publiczność witryny macierzystej, z której pochodzi ten utwór. Użytkownicy ci nie mają już bowiem żadnego związku z witryną macierzystą, jako że wszystko odbywa się w witrynie zawierającej link. Z utworu korzysta zatem publiczność tej ostatniej witryny. Moim zdaniem nie można zakładać, że podmiot praw autorskich, udzielając zezwolenia na pierwotne podanie do publicznej wiadomości, wziął tę publiczność pod uwagę, chyba że powrócimy do koncepcji publiczności składającej się z ogółu użytkowników Internetu⁷⁴, co byłoby sprzeczne z wyrokiem

68 Muszę jeszcze uściślić, że uruchomienie linku za pomocą „kliku” należy odróżnić od działań, jakie użytkownik musi podjąć w Internecie w innym celu, na przykład w celu odtworzenia nagrania wideo lub nagrania dźwiękowego, które również wymagają kliknięcia. Działania te są pozbawione znaczenia z punktu widzenia prawa do publicznego udostępniania, ponieważ są one podejmowane *po* uzyskaniu przez użytkownika dostępu do utworu.

69 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

70 Wyrok z dnia 8 września 2016 r. (C-160/15, EU:C:2016:644).

71 Postulat, zgodnie z którym nie wszystkie kategorie linków należy traktować w taki sam sposób ze względu jedynie na podobieństwo ich funkcjonowania w sensie technicznym, podniesiono – zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie – w Stanach Zjednoczonych. Dalsze rozważania są w dużej mierze inspirowane artykułem: J.C. Ginsberg i L.A. Budiardjo, *Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the »Server Rule«?*, *Columbia Journal of Law & the Arts*, No 42/2019, s. 417, mimo że autorzy ci proponują uznać, że zarówno *inline linking*, jak i *framing* są objęte prawem wyłącznym autora.

72 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r. (C-161/17, EU:C:2018:634).

73 Nie mówiąc już o innych niepożądanych skutkach linków automatycznych, które nie należą do sfery praw autorskich majątkowych, takich jak naruszenie praw osobistych, pozbawienie dochodów z reklam związanych z korzystaniem z utworu, nieuczciwa konkurencja czy też zjawisko „kradzieży pasma” (wykorzystanie pasma serwera docelowej witryny internetowej linku na rzecz witryny zawierającej link).

74 Zobacz pkt 68–72 niniejszej opinii.

Renckhoff⁷⁵. Ponieważ skutek linku automatycznego jest taki sam jak skutek zwielokrotnienia, które zostało podane do publicznej wiadomości w sposób niezależny, nie widzę powodu, aby traktować je w różny sposób. Gdyby zamiast zwielokrotnienia utworu i zamieszczenia go online możliwe było po prostu umieszczenie go we własnej witrynie internetowej za pomocą linku automatycznego, to taka różnica w traktowaniu pozbawiłaby skuteczności zarówno orzecznictwo ustanowione w wyroku Renckhoff, jak i prawo wyłączne autora o charakterze prewencyjnym⁷⁶.

96. Jest tak tym bardziej, że sytuacja linku automatycznego różni się od sytuacji linku, na który można kliknąć, również z punktu widzenia koncepcji prawa do publicznego udostępniania, tak jak zostało ono uregulowane w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

97. Dla przypomnienia, to prawo wyłączne obejmuje czynności podania utworu do publicznej wiadomości w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w wybranym miejscu i czasie. Jest to powszechny sposób publicznego udostępniania w sieci WWW. Utwór jest zatem podawany do publicznej wiadomości w witrynie internetowej, ponieważ użytkownicy uruchamiają jego transmisję, gdy uzyskują dostęp do tejże witryny. W przypadku linków, na które można kliknąć, transmisję tę rozpoczyna uruchomienie linku, a zatem działanie użytkownika.

98. W przypadku linku automatycznego transmisja z witryny macierzystej utworu jest uruchamiana przez automatyczny mechanizm zapisany w kodzie HTML witryny zawierającej link. W związku z tym to ta właśnie witryna powoduje udostępnienie. Jej właściciel odgrywa zatem decydującą rolę przy udostępnianiu utworu będącego przedmiotem linku publiczności, która nie została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym podaniu do publicznej wiadomości, czyli publiczności jego własnej witryny internetowej⁷⁷. Dokonuje on zatem dodatkowej czynności udostępnienia (czynności transmisji), która jest niezależna zarówno od podania utworu do publicznej wiadomości, mającego miejsce w witrynie macierzystej, jak i od czynności polegającej na udzieleniu bezpośredniego dostępu do tego utworu, jaką jest umieszczenie linku. Ta dodatkowa czynność wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich do danego utworu.

99. Prawdą jest, że w przypadku linku automatycznego, w odróżnieniu od sytuacji występującej w sprawie, w której zapadł wyrok Renckhoff, podmiot praw autorskich zachowuje co do zasady ostateczną kontrolę nad udostępnieniem utworu, ponieważ może usunąć ten utwór z witryny macierzystej, powodując tym samym niesprawność wszelkich prowadzących do niego linków⁷⁸.

100. Jednakże, po pierwsze, jak słusznie podkreśla rząd francuski, postawienie podmiotu praw autorskich przed kategorią tolerowania niedozwolonego korzystania z utworu przez osobę trzecią lub rezygnacji samemu z korzystania z niego byłoby sprzeczne z ideą prawa autorskiego. Celem prawa autorskiego jest w istocie umożliwienie podmiotowi swobodnego wyboru sposobu eksploatacji utworu i czerpania z niego dochodów, a jego eksploatacja nie może prowadzić do późniejszego nieuprawnionego wykorzystywania danego utworu.

101. Po drugie, podmiot praw autorskich nie zawsze jest w stanie usunąć utwór z witryny internetowej, ponieważ korzystanie z niego może być przedmiotem umowy licencyjnej⁷⁹. Podmiot ten byłby zatem zmuszony do cofnięcia zgody na eksploatację utworu, wraz ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami prawnymi i finansowymi.

75 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r. (C-161/17, EU:C:2018:634).

76 Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 30).

77 Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 45, 46).

78 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 30, 44).

79 W sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), utwór został zwielokrotniony z witryny należącej nie do podmiotu praw autorskich, lecz do licencjodawcy.

102. Wreszcie, po trzecie, utrata kontroli nad utworem przez podmiot praw autorskich nie jest w żaden sposób przesłanką zaistnienia czynności objętej monopolem tego podmiotu, a zatem naruszenia tego monopolu w przypadku dokonania tej czynności bez jego zezwolenia. W szczególności, w przypadku publicznego udostępnienia, taką czynność może stanowić wtórne udostępnienie, które jednocześnie jest uzależnione od pierwotnego udostępnienia dokonanego przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem⁸⁰.

103. Ta teoretyczna kontrola, jaką sprawuje podmiot praw autorskich w odniesieniu do pierwotnego podania utworu do publicznej wiadomości, nie może więc moim zdaniem determinować oceny, z punktu widzenia prawa autorskiego, późniejszego wykorzystania tego utworu w postaci linku automatycznego.

104. To samo dotyczy faktu, że stosunkowo łatwo jest pozbawić link automatyczny skuteczności poprzez zmianę adresu URL danego utworu, na przykład modyfikując nazwę pliku zawierającego ten utwór. Po pierwsze, podmiot praw autorskich nie zawsze ma wpływ na pierwotne podanie utworu do publicznej wiadomości, zwłaszcza gdy ma ono miejsce w witrynie internetowej licencjobiorcy. Nie zawsze zatem może on zmienić adres utworu, podobnie jak nie może go usunąć z witryny internetowej. Po drugie, środek ten jest możliwy dopiero po wykryciu wykorzystania utworu w postaci linku automatycznego, podczas gdy prawa wyłączne autora mają charakter prewencyjny, jak podkreśla Trybunał w swoim orzecznictwie⁸¹.

105. Z tych względów należy moim zdaniem dokonać rozróżnienia między linkami, „na które można kliknąć”, do których odnosi się orzecznictwo Trybunału, a linkami automatycznymi, powodującymi, że zasoby, do których prowadzi link, automatycznie wyświetlają się na stronie internetowej zawierającej ten link, bez potrzeby podejmowania przez użytkownika żadnych działań. W przypadku bowiem gdy owe linki automatyczne dotyczą utworów chronionych prawem autorskim, to zarówno z technicznego, jak i funkcjonalnego punktu widzenia ma miejsce czynność udostępnienia danego utworu publiczności, która nie została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy jego pierwotnym podaniu do publicznej wiadomości, czyli publiczności innej witryny internetowej niż ta, na której miało miejsce pierwotne podanie do wiadomości.

– *Sytuacja podmiotów praw autorskich*

106. Taka wykładnia dałaby podmiotom praw autorskich instrumenty prawne służące ochronie przed niedozwoloną eksploatacją ich utworów w Internecie. Tym samym wzmocniłoby to ich pozycję negocjacyjną przy udzielaniu licencji na korzystanie z tych utworów. Kto zgodziłby się bowiem na zapłatę odpowiedniej ceny za korzystanie z utworu w Internecie, gdyby było możliwe i całkowicie zgodne z prawem nieodpłatne zamieszczenie automatycznego linku do witryny internetowej autora lub do dowolnej innej witryny, w której dany utwór jest podany do publicznej wiadomości?

107. Rozwiązanie to pozwoliłoby również na niezbędną elastyczność w przypadkach, w których podmioty praw autorskich chciałyby zezwolić na automatyczne linki do swoich utworów. Niektórzy autorzy publikują bowiem swoje utwory w Internecie w celu możliwie najszerzego ich rozpowszechniania, nie chcąc bezpośrednio osiągać z nich dochodów. Autorzy ci mogliby zatem podawać do publicznej wiadomości swoje utwory w Internecie na licencji określającej dozwolone sposoby korzystania (na przykład, wykorzystanie komercyjne lub niekomercyjne) oraz warunki tego korzystania (na przykład, wskazanie imienia i nazwiska autora), podobnie jak w systemie licencji

80 Na przykład retransmisja sygnału telewizyjnego do pokoi hotelowych, zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764).

81 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 29).

„Creative Commons”⁸². Platformy wymiany treści w Internecie regulują już tę kwestię w swojej polityce dotyczącej ponownego wykorzystywania treści pobranej przez użytkowników, pozostawiając im w tym zakresie większą lub mniejszą swobodę⁸³. Chociaż czasem dochodzi do dyskusji na temat tego, czy licencje te obejmują linki automatyczne lub framing, u podstaw owych rozbieżności leży niepewność co do statusu tych technik z punktu widzenia prawa autorskiego. Po rozwianiu tej niepewności rzeczone platformy będą w stanie odpowiednio dostosować swoje warunki korzystania⁸⁴.

108. Ponadto niektóre linki automatyczne do utworów podawanych do publicznej wiadomości w Internecie mogłyby bez wątplenia mieścić się w jednym z wyjątków od prawa do publicznego udostępniania, przewidzianych w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2001/29. Mam tu w szczególności na myśli wyjątki dotyczące cytowania, a także karykatury, parodii i pastiszu [odpowiednio art. 5 ust. 3 lit. d) i k) dyrektywy 2001/29], które mogą obejmować znaczną część praktyk powszechnych w Internecie. Te sposoby wykorzystania powinny oczywiście spełniać przesłanki stosowania wspomnianych wyjątków.

– Postanowienie *BestWater International*

109. Wreszcie może wydawać się, że zaproponowana powyżej wykładnia nie jest w pełni zgodna z rozwiązaniem przyjętym w postanowieniu *BestWater International*⁸⁵. W odniesieniu do tego postanowienia chciałbym jednak sformułować następujące uwagi:

110. Wspomniane postanowienie zostało oparte na tezie zawartej w wyroku *Svensson i in.*, zgodnie z którą stwierdzenie, że link, na który można kliknąć, nie stanowi udostępnienia utworu nowej publiczności, „nie mogłoby zostać podważone, gdyby sąd odsyłający miał stwierdzić [...], że *gdy internauci [...] klikają na sporny link*, ukazuje się utwór, stwarzając wrażenie, że jest wyświetlany ze strony, na której znajduje się ten link, podczas gdy utwór ten pochodzi w rzeczywistości z innej strony”⁸⁶. W postanowieniu *BestWater International* sytuacja ta została zrównana „zasadniczo” z sytuacją, w której występuje *inline link*⁸⁷.

111. Jednakże, jak wskazałem w pkt 93–105 niniejszej opinii, istnieje zasadnicza różnica między umieszczeniem zasobów za pomocą techniki typu *inline linking* a linkami, na które można kliknąć, nawet jeśli używają framingu. Wyrok *Svensson i in.*⁸⁸ dotyczy zaś jedynie linków, na które można kliknąć. Wyrok ten nie mógł zatem skutecznie posłużyć za podstawę postanowienia dotyczącego *inline linking*. Ponadto wydaje się, że spór w postępowaniu głównym w tej sprawie dotyczył linku, na który można kliknąć. W sentencji postanowienia *BestWater International* wspomniano nie o *inline linking*, a jedynie o framingu⁸⁹.

82 Licencje Creative Commons stanowią zbiór licencji regulujących warunki ponownego wykorzystania i rozpowszechniania utworów, w szczególności w Internecie, opracowane przez mającą tę samą nazwę organizację o charakterze niezarobkowym z siedzibą w Stanach Zjednoczonych. System ten przewiduje różne licencje w oparciu o trzy kryteria, które autor utworu przy jego podaniu do publicznej wiadomości może swobodnie łączyć: wykorzystanie w celach komercyjnych lub niekomercyjnych, możliwość wprowadzania zmian do utworu oryginalnego lub jej brak i ewentualny warunek rozpowszechniania utworu pochodnego na warunkach takiej samej licencji. System oznaczeń umieszczanych w utworze za pomocą kodu HTML umożliwia poinformowanie odbiorców o tym, jaka licencja ma zastosowanie.

83 Na przykład warunki korzystania z usługi YouTube stanowią: „Użytkownik przyznaje [...] każdemu innemu użytkownikowi usługi ogólnoświatową, niewyłączną i nieodpłatną licencję na korzystanie z jego treści w ramach usługi (w tym na jej zwielokrotnianie, rozpowszechnianie, modyfikowanie, wyświetlanie i wykonywanie) wyłącznie w zakresie dopuszczonym w ramach usługi”.

84 Kwestia ta pojawiła się niedawno w odniesieniu do innej platformy wymiany treści, Instagramu: <https://arstechnica.com/tech-policy/2020/06/instagram-just-threw-users-of-its-embedding-api-under-the-bus>.

85 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r. (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315).

86 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 29). Wyróżnienie moje.

87 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r., *BestWater International* (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315, pkt 17).

88 Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r. (C-466/12, EU:C:2014:76).

89 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r., *BestWater International* (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315, pkt 5 i sentencja).

112. Co więcej, sformułowane przez sąd odsyłający pytanie w sprawie, w której wydano postanowienie BestWater International⁹⁰, a w konsekwencji i samo postanowienie, nie uwzględniały pewnych okoliczności faktycznych, które, gdyby zostały uwzględnione, powinny były doprowadzić do przyjęcia innego rozwiązania w tej sprawie. Po pierwsze, sprawa ta dotyczyła umieszczenia w witrynie internetowej utworu audiowizualnego udostępnionego online na platformie YouTube. Tymczasem, jak już wspominałem⁹¹, warunki korzystania z tej platformy zawierają wyraźną licencję na korzystanie przez osoby trzecie z treści umieszczonych online na tej platformie. O ile mi wiadomo, było tak już w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych tej sprawy. Po drugie, omawiany utwór został podany do publicznej wiadomości na rzeczony platformie bez zezwolenia podmiotu praw autorskich⁹². Możliwe jest zatem, że sprawa powinna była zostać rozstrzygnięta zgodnie z zasadami wypracowanymi później przez Trybunał w wyroku GS Media⁹³.

113. Jestem zatem zdania, że postanowienia BestWater International⁹⁴ nie należy uważać za wiążący precedens w zakresie oceny linków automatycznych w świetle prawa do publicznego udostępniania przewidzianego w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

– *Równowaga między różnymi interesami wchodzącymi w grę*

114. Proponowana przeze mnie różnica w traktowaniu z jednej strony linków, na które można kliknąć, wykorzystujących framing, a z drugiej strony linków automatycznych, które zdefiniowałem powyżej, może nie wydawać się zasadna w oczywisty sposób. Jeżeli bowiem użytkownik kliknie na link, wynik zastosowania tych dwóch technik jest z jego punktu widzenia podobny: przedmiot linku ukazuje się jako integralna część strony internetowej zawierającej link. Można by wówczas zasadnie zastanawiać się, czy zamieszczanie linków, na które można kliknąć, wykorzystujących framing, nie powinno uznać się, podobnie jak zamieszczanie linków automatycznych, za czynności publicznego udostępniania, jeśli kierują do utworów chronionych prawem autorskim.

115. Jednakże, poza różnicami technicznymi i funkcjonalnymi między tymi dwoma rodzajami linków, opisanymi w pkt 93–98 niniejszej opinii, wydaje mi się, że rozróżnienie to pozwala najlepiej realizować jeden z celów dyrektywy 2001/29, jakim jest zapewnienie odpowiedniej równowagi między interesami podmiotów praw autorskich i interesami użytkowników⁹⁵. Użytkownikowi często trudno jest bowiem ustalić z pewnością, czy przedmiot, do którego opublikował on link na swojej stronie internetowej, stanowi utwór chroniony prawem autorskim. Nawet prosty link nie jest wolny od wszelkiego ryzyka, ponieważ strona główna witryny internetowej lub cała ta witryna mogą stanowić taki utwór. Trudność ta zniechęcałaby użytkowników Internetu, w stopniu moim zdaniem nieproporcjonalnym do uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich, do stosowania framingu, który jest wszak w Internecie rozpowszechniony i rzeczywiście użyteczny dla jego funkcjonowania i atrakcyjności licznych witryn internetowych.

116. Należy zaś zauważyć, po pierwsze, że różnica między linkami, na które można kliknąć, i linkami automatycznymi jest łatwo dostrzegalna dla wszystkich użytkowników Internetu i nie powinna stwarzać żadnej niepewności. Rzadko zresztą używa się linków automatycznych w celu osadzania stron czy też całych witryn internetowych. Technika ta służy zwykle do osadzania plików graficznych i audiowizualnych.

90 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r. (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315).

91 Zobacz przypis 83 do niniejszej opinii.

92 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r., BestWater International (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315, pkt 4 zdanie ostatnie).

93 Wyrok z dnia 8 września 2016 r. (C-160/15, EU:C:2016:644).

94 Postanowienie z dnia 21 października 2014 r. (C-348/13, niepublikowane, EU:C:2014:2315).

95 Motyw 31 dyrektywy 2001/29.

117. Po drugie, chociaż Trybunał podkreślił, że hiperłącza przyczyniają się do prawidłowego funkcjonowania Internetu, umożliwiając rozpowszechnianie informacji w tej sieci⁹⁶, odnosi się to bez wątplenia do linków, na które można kliknąć⁹⁷. Nie sądzę jednak, aby ten sam argument można było wysunąć w odniesieniu do linków automatycznych. Wręcz przeciwnie, owe linki „zasysają” treść znajdującą się w sieci WWW, zwalniając użytkowników z „surfowania” po różnych stronach internetowych. Przyczyniają się one zatem do monopolizacji sieci WWW i do koncentracji informacji w ograniczonej liczbie serwisów dominujących na rynku, które należą do jeszcze bardziej ograniczonej liczby spółek.

118. Wydaje mi się zatem, że równowaga między różnymi wchodzącymi w grę interesami uzasadnia odmienne traktowanie linków, na które można kliknąć, w tym używających framingu, i linków automatycznych. O ile można bowiem domniemywać, że osoby będące podmiotami praw autorskich, zezwalając na udostępnianie ich utworów w Internecie, wzięły pod uwagę te pierwsze, o tyle nie można wymagać od nich, aby tolerowały te drugie.

119. Proponuję zatem orzec, że art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że fakt umieszczenia na stronie internetowej utworów chronionych prawem autorskim, podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnodostępny za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w innych witrynach internetowych, w taki sposób, że utwory te są wyświetlane automatycznie na tej stronie w chwili jej otwarcia, bez żadnego dodatkowego działania użytkownika, stanowi publiczne udostępnianie w rozumieniu tego przepisu.

120. Jest tak niezależnie od tego, czy utwór został ewentualnie umieszczony w postaci miniatury (*thumbnail*), czy też – jak w sprawie w postępowaniu głównym – przedmiotem umieszczenia jest miniatura oryginalnego utworu. Zmiana rozmiaru nie odgrywa bowiem roli w ocenie istnienia czynności publicznego udostępnienia, tak długo jak dostrzegalne są oryginalne elementy utworu⁹⁸. Ponadto rozmiar obrazu na stronie internetowej jest względny, ponieważ zależy on od rozdzielczości obrazu i rozmiaru ekranu, na którym jest on wyświetlany. Rozmiar wyświetlania jest dostosowany nie tylko do układu strony internetowej, ale także zazwyczaj do rozmiaru ekranu urządzenia, na którym ta strona się otwiera. Obrazy są zaś rzadko wyświetlane w ich rzeczywistym rozmiarze, ponieważ często w przypadku nowoczesnych plików przekracza on rozmiar standardowego ekranu komputera. Trudno byłoby zatem ustalić, co stanowi miniaturę, wignetę lub „pełny” rozmiar obrazu.

Środki zabezpieczające

121. Proponowana przeze mnie wykładnia w przedmiocie linków automatycznych nie odpowiada jednak całkowicie na pytanie przedstawione przez sąd odsyłający. Fakt uznania zamieszczania linków automatycznych za czynności publicznego udostępniania nie rozwiązuje bowiem podniesionego w pytaniu prejudycjalnym problemu, czy używanie framingu w przypadku linków, na które można kliknąć, nie powinno być również uważane za publiczne udostępnienie, jeżeli linki te obchodzą technologiczne środki zabezpieczające przed framingiem.

122. Zdaniem VG Bild-Kunst, rządu francuskiego oraz Komisji na pytanie to należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Takie jest również stanowisko sądu odsyłającego.

96 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

97 Zobacz pkt 5 niniejszej opinii.

98 Natomiast umieszczenie winyety o tak zredukowanej skali, że oryginalne elementy rozpatrywanego utworu nie są dostrzegalne, na przykład w celu wskazania umiejscowienia linku, na który można kliknąć, nie stanowi czynności publicznego udostępnienia tego utworu.

123. Muszę przyznać, że rozwiązanie to wydaje się na pierwszy rzut oka atrakcyjne. Z pewnością ma ono tę zaletę, że jest jasne. Jak zauważa rząd francuski, zastosowanie technologicznych środków zabezpieczających wyraźnie wskazuje na wolę podmiotu praw autorskich, by nie dopuszczać publicznego dostępu do jego utworu za pomocą hiperłączy wykorzystujących framing. Ów wyraz woli określa jego zdaniem w sposób pewny krąg osób wziętych pod uwagę przez wspomniany podmiot przy pierwotnym podaniu utworu do publicznej wiadomości.

124. Uważam jednak, że na przeszkodzie takiej wykładni stoi szereg ważkich argumentów.

125. Po pierwsze, w licznych sytuacjach podania do publicznej wiadomości chronionych utworów w Internecie (lub, mówiąc precyzyjniej, w sieci WWW) podmiot praw autorskich nie jest w stanie zdecydować o zastosowaniu technologicznych środków zabezpieczających. Dotyczy to w szczególności utworów umieszczanych online na licencji, to znaczy nie przez sam podmiot praw autorskich, lecz przez osobę trzecią za jego zezwoleniem⁹⁹. Jest tak również w przypadku utworów zamieszczanych online na różnych platformach wymiany, których użytkownicy nie kontrolują ani polityki ochrony treści, ani wykorzystania środków technologicznych do celów zabezpieczenia utworów. Wreszcie niniejsza sprawa pokazuje, że organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi mogą wymagać stosowania takich środków zabezpieczających bez wyraźnego upoważnienia ich członków.

126. We wszystkich tych sytuacjach nie dostrzegam, w jaki sposób można by uznać, że korzystanie z technologicznych środków zabezpieczających lub zrezygnowanie z nich odzwierciedla jakkolwiek wolę podmiotu praw autorskich w zakresie dostępu do jego utworu za pomocą hiperłączy wykorzystujących framing.

127. Po drugie, rozpatrywane rozwiązanie miałyby być oparte na analogii z rozwiązaniem przyjętym przez Trybunał w wyroku *Svensson i in.*, zgodnie z którym „w sytuacji, w której link, na który można kliknąć, umożliwia użytkownikom strony internetowej, na której link ten się znajduje, obejście ograniczeń zastosowanych przez stronę, na której znajduje się chroniony utwór, w celu ograniczenia dostępu publiczności jedynie dla klientów tejże strony i w ten sposób podejmuje działanie, bez którego użytkownicy ci nie mogliby korzystać z utworów rozpowszechnionych, wszystkich tych użytkowników należy uważać za nową publiczność, która nie była brana pod uwagę przez podmioty prawa autorskiego, gdy udzielały one zezwolenia na pierwotne udostępnienie, tak że zezwolenie podmiotu prawa autorskiego jest dla takiego publicznego udostępnienia wymagane”¹⁰⁰. Innymi słowy, hiperłącze wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich tylko wtedy, gdy poszerza krąg użytkowników mających dostęp do utworu w stosunku do publiczności, którą rzeczony podmiot wziął pod uwagę przy pierwotnym podaniu do publicznej wiadomości, w szczególności poprzez obejście środków ograniczających dostęp, zastosowanych przy rzeczonym pierwotnym podaniu do publicznej wiadomości.

128. Jednakże istnieje zasadnicza różnica między środkami ograniczającymi dostęp, o których mowa w tym wyroku, a środkami zabezpieczającymi przed framingiem. Środki ograniczające dostęp faktycznie ograniczają krąg osób, które mogą mieć dostęp do danego utworu. Osoby, które uzyskują do niego dostęp poprzez obejście tych środków, stanowią zatem nową publiczność, czyli publiczność, która nie została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy podaniu jego utworu do publicznej wiadomości. O ile prawdą jest, że wspomniany podmiot nie zawsze sprawuje kontrolę nad stosowaniem tych środków, o tyle ich stosowanie stanowi zwykle element negocjowania ceny licencji na korzystanie, ponieważ determinuje oczekiwany dochód z korzystania, a zatem wartość licencji. A zatem podmiot praw autorskich, akceptując cenę licencji, bierze pod uwagę te środki ograniczające. Co się tyczy przypadków udostępniania utworów przez podmioty praw autorskich, podmioty te mają zwykle pewien stopień kontroli nad kręgiem osób posiadających dostęp do utworów. Jest tak

⁹⁹ Tak było, jak przypominam, w przypadku utworu, którego dotyczyła sprawa zakończona wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2018 r., *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634).

¹⁰⁰ Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., *Svensson i in.* (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 31).

w szczególności w przypadku witryn internetowych zbudowanych „na miarę”, ale również platform wymiany, które zazwyczaj pozwalają przynajmniej na określenie, czy zamieszczenie online ma charakter „publiczny” czy „prywatny”. Tym samym można uznać, moim zdaniem, że wybór dokonany w tym względzie przez podmiot praw autorskich faktycznie odzwierciedla, w każdym razie w większości przypadków, jego wolę w odniesieniu do publiczności, którą wziął on pod uwagę przy pierwotnym udostępnieniu utworu.

129. Zupełnie inaczej jest w przypadku środków zabezpieczających przed framingiem. Środki te bowiem nie ograniczają dostępu do utworu ani nawet sposobów dostępu do niego, lecz jedynie warunkują sposób jego wyświetlania na ekranie. Często powodują one, że przeglądarka odmawia otwarcia docelowej strony linku w ramce, a następnie albo proponuje otwarcie tej strony w nowym oknie, albo otwiera ją automatycznie w miejscu strony zawierającej link. Link ten działa zatem tak jak standardowe hiperłącze. W żadnym wypadku nie może być zatem mowy o nowej publiczności, ponieważ publiczność jest zawsze taka sama: jest to publiczność docelowej witryny internetowej linku. Brak jest zatem analogii do środków ograniczających dostęp do utworu na potrzeby oceny istnienia nowej publiczności. Zatem pomijając fakt, że korzystanie z takich środków rzadko odzwierciedla wolę podmiotu praw autorskich, środki te nie określają kręgu osób, które zostały wzięte pod uwagę jako potencjalna publiczność udostępnienia utworu. Ich ewentualne obejście nie rozszerza więc tego kręgu i nie może zatem stanowić czynności publicznego udostępnienia na podstawie teorii nowej publiczności.

130. Wreszcie, po trzecie, rozwiązanie polegające na powiązaniu zakresu wyłącznych praw autorskich nie ze stosowaniem środków technologicznych ograniczających dostęp, lecz ze stosowaniem technologicznych środków zabezpieczających przed niektórymi praktykami w Internecie, moim zdaniem, popchnęłoby prawo autorskie Unii w niebezpiecznym kierunku. Takie rozwiązanie oznaczałoby bowiem, że zastosowanie środków zabezpieczających byłoby warunkiem wstępnym ochrony prawnej przyznanej przez prawo autorskie, i byłoby sprzeczne z zasadą, zgodnie z którą ochrona przyznana przez prawo autorskie jest bezwarunkowa¹⁰¹. Trybunał wyraźnie odrzucił już koncepcję, zgodnie z którą ochrona przysługująca na podstawie prawa do publicznego udostępniania mogłaby być uzależniona od tego, czy podmiot praw autorskich ogranicza możliwość korzystania z utworu przez internautów¹⁰².

131. Moim zdaniem lepiej jest precyzyjnie określić granice zakresu wyłącznych praw autorskich i dopuszczać rozwiązania *opt-out*, takie jak opisane w pkt 107 niniejszej opinii, niż przekształcać system prawa autorskiego w odniesieniu do sposobów korzystania z utworów online w system *opt-in* uzależniony od zastosowania technologicznych środków zabezpieczających. Dzięki temu w wyższym stopniu będzie zapewniona realizacja celów dyrektywy 2001/29, polegających z jednej strony na ustanowieniu wysokiego poziomu ochrony podmiotów praw autorskich, a z drugiej strony na zapewnieniu odpowiedniej równowagi między interesami podmiotów praw autorskich i użytkowników¹⁰³.

132. Ze wszystkich powodów, które właśnie przedstawiłem, proponuję odpowiedzieć na pytanie prejudycjalne, iż art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że umieszczenie w witrynie internetowej osoby trzeciej, z zastosowaniem framingu, utworu udostępnionego za zgodą podmiotu praw autorskich w sposób ogólnodostępny w witrynie internetowej, w przypadku gdy to umieszczenie następuje przy obejściu środków zabezpieczających przed framingiem, zastosowanych lub zleconych przez podmiot praw autorskich, nie stanowi publicznego udostępnienia w rozumieniu tego przepisu.

101 Lub, ściślej rzecz ujmując, jest uwarunkowana wyłącznie istnieniem utworu rozumianego jako wyraz twórczości intelektualnej jego autora.

102 Wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 36).

103 Motywy 9 i 31 dyrektywy 2001/29.

Artykuł 6 dyrektywy 2001/29

133. Dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym może mieć jeszcze znaczenie określenie, czy technologiczne środki zabezpieczające mające na celu ochronę przed umieszczeniem na stronach internetowych utworów zawartych w innych witrynach internetowych mogą same korzystać z ochrony prawnej, tym razem na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29.

134. Na mocy tego artykułu państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia ochrony prawnej przed świadomym obchodzeniem wszelkich skutecznych środków zabezpieczających. Środkami zabezpieczającymi w rozumieniu tego przepisu są w szczególności technologie mające na celu powstrzymanie lub ograniczenie czynności, na które nie otrzymano zezwolenia od podmiotu praw autorskich. Uważa się je za skuteczne, jeżeli korzystanie z utworu jest kontrolowane przez podmioty praw autorskich poprzez poddanie utworu, między innymi, wszelkiego rodzaju transformacji.

135. Wydaje się, że środki zabezpieczające przed umieszczeniem utworów z innych witryn internetowych spełniają co do zasady te przesłanki. Chodzi bowiem o technologie, które dzięki przekształceniu utworu, czyli kodu strony internetowej zawierającej ten utwór, dają podmiotowi praw autorskich kontrolę nad wykorzystaniem utworu w postaci jego umieszczenia w innej witrynie internetowej. Choć środki te nie są w stanie całkowicie uniemożliwić takiego wykorzystania, ponieważ istnieją „antyśrodki”, z pewnością mogą je ograniczyć.

136. Trybunał orzekł jednak, że ochrona prawna, o której mowa w art. 6 dyrektywy 2001/29, stosuje się wyłącznie w zakresie dotyczącym ochrony podmiotu rzeczonych praw przed działaniami, dla których wymagana jest jego zgoda¹⁰⁴. Tymczasem, jak proponuję orzec, umieszczenie utworów pochodzących z innych witryn internetowych za pomocą linków, na które można kliknąć, wykorzystujących framing, nie wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich, ponieważ należy przyjąć, że podmiot ten udzielił go przy pierwotnym udostępnieniu utworu. Środki zabezpieczające przed tego rodzaju czynnościami, choć zgodne z prawem, nie korzystają zatem z ochrony na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29.

137. Natomiast umieszczenie utworów pochodzących z innych witryn internetowych za pomocą linków automatycznych (*inline linking*) wymaga, zgodnie z moją propozycją, uzyskania zezwolenia podmiotu praw autorskich. Technologiczne środki zabezpieczające przed takim umieszczeniem objęte są zatem art. 6 dyrektywy 2001/29.

138. Proponuję zatem uznać, że technologiczne środki zabezpieczające przed umieszczeniem na stronie internetowej utworów chronionych prawem autorskim, podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnodostępny za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w innych witrynach internetowych, w taki sposób, że utwory te są wyświetlane automatycznie na tej stronie od chwili jej otwarcia, bez żadnego dodatkowego działania użytkownika, stanowią skuteczne środki zabezpieczające w rozumieniu art. 6 dyrektywy 2001/29.

Wnioski

139. W świetle całości powyższych rozważań proponuję udzielić następującej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy):

- 1) Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym należy interpretować w ten sposób, że fakt umieszczenia na stronie internetowej utworów chronionych prawem autorskim, podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnodostępny za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w innych witrynach internetowych,

¹⁰⁴ Wyrok z dnia 23 stycznia 2014 r., Nintendo i in. (C-355/12, EU:C:2014:25, pkt 25).

w taki sposób, że utwory te są wyświetlane automatycznie na tej stronie w chwili jej otwarcia, bez żadnego dodatkowego działania użytkownika, stanowi publiczne udostępnienie w rozumieniu tego przepisu.

- 2) Artykuł ten należy interpretować w ten sposób, że umieszczenie w witrynie internetowej osoby trzeciej, za pomocą linku, na który można kliknąć, korzystającego z technologii framingu, utworu udostępnionego za zgodą podmiotu praw autorskich w sposób ogólnodostępny w witrynie internetowej, w przypadku gdy umieszczenie to następuje przy obejściu środków zabezpieczających przed framingiem, zastosowanych lub zleconych przez podmiot praw autorskich, nie stanowi publicznego udostępnienia w rozumieniu tego przepisu.
- 3) Technologiczne środki zabezpieczające przed umieszczeniem na stronie internetowej utworów chronionych prawem autorskim, podanych do publicznej wiadomości w sposób ogólnodostępny za zezwoleniem podmiotu praw autorskich w innych witrynach internetowych, w taki sposób, że utwory te są wyświetlane automatycznie na tej stronie od chwili jej otwarcia, bez żadnego dodatkowego działania użytkownika, stanowią skuteczne środki zabezpieczające w rozumieniu art. 6 dyrektywy 2001/29.