Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 16 lipca 2020 r.[1]

Sprawy połączone C-682/18 i C-683/18

Frank Peterson
przeciwko
Google LLC,
YouTube LLC,
YouTube Inc.,
Google Germany GmbH (C-682/18)
i
Elsevier Inc.
przeciwko
Cyando AG (C-683/18)

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

Odesłanie prejudycjalne – Własność intelektualna – Prawo autorskie i prawa pokrewne – Dyrektywa 2001/29/WE – Artykuł 3 – Publiczne udostępnianie – Pojęcie – Umieszczenie chronionych utworów online na platformach internetowych przez użytkowników tych platform bez uprzedniego zezwolenia podmiotów praw autorskich – Brak odpowiedzialności pierwotnej po stronie operatorów tych platform – Odpowiedzialność wtórna tych operatorów za naruszanie praw autorskich przez użytkowników ich platform – Zagadnienie wyłączone z zakresu stosowania art. 3 dyrektywy 2001/29 – Dyrektywa 2000/31/WE – Artykuł 14 – Wyłączenie odpowiedzialności usługodawców świadczących „usługę społeczeństwa informacyjnego polegającą na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę” – Pojęcie – Możliwość wyłączenia odpowiedzialności tych operatorów mogącej wynikać z informacji przechowywanych przez nich na żądanie użytkowników ich platform – Przesłanki korzystania z tego wyłączenia odpowiedzialności – Artykuł 14 ust. 1 lit. a) – Pojęcia „wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji” i „[wiedzy] o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności” – Konkretne informacje o bezprawnym charakterze – Artykuł 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE – Nakazy przeciwko pośrednikom, których usługi są wykorzystywane przez stronę trzecią w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych – Przesłanki wnioskowania o wydanie takiego nakazu

[1] Język oryginału: francuski.

Spis treści

I. Wprowadzenie . . . 3

II. Ramy prawne . . . 4

A. Dyrektywa 2000/31 . . . 4

B. Dyrektywa 2001/29 . . . 5

III. Postępowania główne . . . 6

A. Sprawa C-682/18 . . . 6

1. YouTube . . . 6

2. Powództwo wytoczone przez F. Petersona . . . 8

B. Sprawa C-683/18 . . . 9

1. Uploaded . . . 9

2. Powództwo spółki Elsevier . . . 10

IV. Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem . . . 11

V. Analiza . . . 13

A. W przedmiocie pojęcia „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 (pytania pierwsze) . . . 17

1. W przedmiocie ustalenia, że operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando co do zasady nie dokonują czynności „publicznego udostępniania" . . . 20

2. W przedmiocie ustalenia, że art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 nie reguluje odpowiedzialności wtórnej osób ułatwiających dokonywanie przez osoby trzecie bezprawnych czynności „publicznego udostępniania" . . . 28

3. Pomocniczo – w przedmiocie ustalenia, czy operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando ułatwiają w sposób zamierzony dokonywanie bezprawnych czynów przez osoby trzecie . . . 32

B. W przedmiocie zakresu stosowania wyłączenia odpowiedzialności ustanowionego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 (pytania drugie) . . . 38

C. W przedmiocie przesłanki wyłączenia przewidzianej w art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, dotyczącej braku wiedzy lub świadomości co do bezprawnej informacji (pytania trzecie) . . . 47

D. W przedmiocie przesłanek żądania wydania nakazu przeciwko pośrednikowi zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 (pytania czwarte) . . . 53

E. Pomocniczo – w przedmiocie pojęcia „naruszającego” w rozumieniu art. 13 dyrektywy 2004/48 (pytania piąte i szóste) 59

F. W przedmiocie braku możliwości uzasadnienia odmiennej wykładni dyrektyw 2000/31 i 2001/29 celem, jakim jest wysoki poziom ochrony prawa autorskiego 61

VI. Wnioski 68

I. Wprowadzenie

1. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie zostały przedłożone przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy). Dotyczą one wykładni dyrektywy 2000/31/WE w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)[2], dyrektywy 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[3] oraz dyrektywy 2004/48/WE w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej[4].

2. Wnioski te wpisują się w kontekst dwóch sporów. W pierwszym z nich producent muzyczny Frank Peterson wytoczył powództwo przeciwko YouTube LLC i jej spółce dominującej Google LLC w związku z umieszczeniem online na platformie do udostępniania plików wideo YouTube przez jej użytkowników kilku fonogramów, co do których, jak twierdzi, przysługują mu prawa, dokonanym bez jego zezwolenia. W drugim grupa wydawnicza Elsevier Inc. wytoczyła powództwo przeciwko Cyando AG w związku z umieszczeniem online na obsługiwanej przez tę ostatnią spółkę platformie do przechowywania i udostępniania plików Uploaded różnych utworów, do których Elsevier przysługują prawa wyłączne, przez użytkowników tej platformy bez zezwolenia tej spółki.

3. Sześć pytań przedstawionych przez sąd odsyłający w każdym z jego wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym spraw koncentruje się wokół niezwykle doniosłej problematyki odpowiedzialności operatorów platform internetowych, w sytuacji gdy użytkownicy tych platform publikują na nich bezprawnie utwory chronione prawem autorskim.

4. Charakter i zakres tej odpowiedzialności zależy między innymi od wykładni art. 3 dyrektywy 2001/29, który przyznaje twórcom prawo wyłączne do udostępniania ich utworów, oraz art. 14 dyrektywy 2000/31, który ustanawia na rzecz usługodawców będących pośrednikami warunkowe wyłączenie odpowiedzialności w związku z informacjami, które przechowują na żądanie użytkowników korzystających z ich usług. Niniejsze sprawy będą zatem wymagały od Trybunału wyjaśnienia w szczególności, czy pierwszy przepis jest skuteczny wobec tych operatorów platform, czy mogą oni powoływać się na drugi z nich oraz jaka relacja zachodzi pomiędzy tymi dwoma przepisami.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. (Dz.U. 2000, L 178, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 13, t. 25, s. 399).

3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. (Dz.U. 2001, L 167, s. 1– 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 033, s. 9).

4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. (Dz.U. 2004, L 157, s. 45 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 2, s. 32).

5. Problematykę tę charakteryzują głębokie podziały. Dla niektórych platformy internetowe umożliwiają naruszanie praw własności intelektualnej na wielką skalę, z którego operatorzy tych platform czerpią zyski ze szkodą dla podmiotów praw autorskich, co uzasadnia nałożenie na nich dalece idących obowiązków w zakresie kontroli treści, jakie ich użytkownicy umieszczają online. Dla innych nałożenie na tego typu operatorów obowiązków w zakresie kontroli wpłynęłoby znacząco na ich działalność oraz na prawa tych użytkowników i prowadziłoby do naruszenia wolności wypowiedzi i twórczości online.

6. Podziały te znalazły swój najsilniejszy wyraz w debacie, jaka towarzyszyła przyjęciu przez prawodawcę Unii dyrektywy (UE) 2019/790 w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE[5]. Artykuł 17 tej nowej dyrektywy przewiduje, w odniesieniu do operatorów takich jak YouTube, zasady szczególnej odpowiedzialności z tytułu bezprawnego umieszczenia utworów online przez użytkowników ich platform. Należy jednakże wyjaśnić, że dyrektywa ta weszła w życie w czasie, gdy niniejsze postępowania prejudycjalne były w toku i nie ma zastosowania do sporów w postępowaniach głównych. Sprawy te należy zatem rozstrzygnąć z uwzględnieniem wcześniejszych niż ta dyrektywa ram prawnych, niezależnie od rozwiązania, które właśnie przyjął prawodawca Unii.

7. W niniejszej opinii zaproponuję Trybunałowi, aby orzekł, że operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando co do zasady nie dokonują czynności „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2001/29, w związku z czym nie są bezpośrednio odpowiedzialni za naruszenie tego przepisu, w sytuacji gdy ich użytkownicy umieszczają online chronione utwory w sposób bezprawny. Wyjaśnię również, dlaczego operatorzy ci co do zasady mogą korzystać z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 dyrektywy 2000/31, z zastrzeżeniem spełnienia przesłanek, których zarys przedstawię. Wreszcie wyjaśnię, że podmioty praw autorskich mogą uzyskać, na podstawie prawa Unii, nakazy sądowe przeciwko tym operatorom, które to nakazy mogą nakładać na operatorów nowe obowiązki, zgodnie z przesłankami, które bliżej doprecyzuję.

II. Ramy prawne

A. Dyrektywa 2000/31

8. W skład sekcji 4 dyrektywy 2000/31 zatytułowanej „Odpowiedzialność usługodawców będących pośrednikami" wchodzą art. 12–15 tej dyrektywy.

9. Artykuł 14 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Hosting", stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę usługodawca nie był odpowiedzialny za informacje przechowywane na żądanie usługobiorcy, pod warunkiem że:

a) usługodawca nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych – nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności; lub

[5] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 kwietnia 2019 r. (Dz.U. 2019, L 130, s. 92).

b) usługodawca podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji, gdy uzyska takie wiadomości lub zostanie o nich powiadomiony.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania, jeżeli usługobiorca działa z upoważnienia albo pod kontrolą usługodawcy.

3. Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sądy lub organy administracyjne, zgodnie z systemem prawnym państw członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł, oraz nie ma wpływu na możliwość ustanowienia procedur regulujących usuwanie lub uniemożliwianie dostępu do tych informacji przez państwa członkowskie".

10. Artykuł 15 tej dyrektywy, zatytułowany „Brak ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru", w ust. 1 stanowi:

„Państwa członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12, 13 i 14 ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność".

B. Dyrektywa 2001/29

11. Zgodnie z motywem 27 dyrektywy 2001/29 „[z]wykłe dostarczenie urządzeń przeznaczonych do umożliwienia lub dokonania przekazu nie stanowi samo w sobie przekazania w rozumieniu niniejszej dyrektywy".

12. Artykuł 3 tej dyrektywy, zatytułowany „Prawo do publicznego udostępniania utworów i prawo podawania do publicznej wiadomości innych przedmiotów objętych ochroną", stanowi:

„1. Państwa członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniania na jakiekolwiek 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.

2. Państwa członkowskie powinny przewidzieć wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniania na jakiekolwiek podawanie do publicznej wiadomości utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie:

a) dla artystów wykonawców – w odniesieniu do utrwaleń ich przedstawień [wykonań];

b) dla producentów fonogramów – w odniesieniu do ich fonogramów;

[…]

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

13. Artykuł 8 tej dyrektywy, zatytułowany „Sankcje i środki naprawcze” w ust. 3 stanowi, że „[p]aństwa członkowskie zapewnią, aby podmioty praw autorskich mogły wnioskować o wydanie nakazu przeciwko pośrednikom, których usługi są wykorzystywane przez stronę trzecią w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych”.

III. Postępowania główne

A. Sprawa C-682/18

1. YouTube

14. YouTube jest platformą internetową, której operatorem jest spółka o tej samej nazwie, której jedynym wspólnikiem i przedstawicielem ustawowym jest spółka Google. Wspomniana platforma, w skład której wchodzą różne witryny internetowe i aplikacje na urządzenia inteligentne, umożliwia swoim użytkownikom udostępnianie plików wideo w Internecie.

15. Aby umieścić online plik wideo na YouTube, konieczne jest utworzenie konta – z nazwą użytkownika i hasłem – i zaakceptowanie ogólnych warunków korzystania z usług tej platformy. Użytkownik, który po takiej rejestracji umieszcza online film wideo, może zadecydować o pozostawieniu go w trybie „prywatnym” lub opublikowaniu go na platformie. W tej drugiej sytuacji dany film wideo może być oglądany w trybie transmisji strumieniowej (*streaming*) na wspomnianej platformie i udostępniany przez internautów oraz komentowany przez innych zarejestrowanych użytkowników. Zarejestrowani użytkownicy mogą również tworzyć „kanały” grupujące ich filmy.

16. Umieszczanie online i publikowanie filmów wideo na tej platformie odbywa się automatycznie, bez uprzedniego podglądu lub kontroli ze strony Google lub YouTube. Co minutę publikuje się tam blisko 35 godzin treści wideo [6], co stanowi kilkaset tysięcy filmów wideo dziennie.

17. YouTube posiada funkcje wyszukiwania i opracowuje wyniki wyszukiwania między innymi w formie oceny trafności filmów wideo, właściwej dla regionu użytkownika. Wynik tej oceny jest podsumowany na stronie startowej w postaci kategorii „aktualnie oglądane filmy wideo” „promowane filmy” i „popularne filmy”. YouTube indeksuje dostępne filmy i kanały, stosując kategorie takie jak „rozrywka”, „muzyka” lub „film i animacja”. Ponadto, jeżeli zarejestrowany użytkownik korzysta z platformy, otrzymuje on przegląd „rekomendowanych filmów”, którego zawartość zależy między innymi od filmów oglądanych wcześniej przez tego użytkownika.

18. Platforma stanowi dla YouTube między innymi źródło przychodów z reklam. Banery reklamowe ogłoszeniodawców będących osobami trzecimi pojawiają się zatem na obrzeżach strony startowej platformy. Ponadto reklamy są zamieszczanie w niektórych filmach, co wymaga zawarcia szczególnej umowy między danymi użytkownikami a YouTube.

[6] Są to liczby ustalone przez sąd odsyłający w postępowaniu głównym. Z kolei Google podaje liczbę 400 godzin filmów wideo na minutę.

19. Zgodnie z ogólnymi warunkami korzystania z usług YouTube każdy użytkownik udziela tej spółce, w odniesieniu do filmów, które umieszcza online, i do momentu ich usunięcia z platformy, ogólnoświatowej, niewyłącznej i nieodpłatnej licencji na korzystanie, zwielokrotnianie, rozpowszechnianie, modyfikowanie, wyświetlanie i wykonywanie w związku z udostępnieniem na platformie oraz z działalnością YouTube, włączając w to cele reklamowe.

20. Akceptując te ogólne warunki użytkownicy potwierdzają, że dysponują wszelkimi prawami, zgodami, zezwoleniami i niezbędnymi licencjami dotyczącymi filmów wideo, które umieszczają online. W „Wytycznych dla społeczności" YouTube apeluje ponadto do użytkowników swojej platformy o przestrzeganie prawa autorskiego. Dodatkowo użytkownicy są informowani za każdym razem, gdy umieszczają materiał online, że na platformie nie można publikować filmów naruszających to prawo.

21. YouTube wprowadziła różne rozwiązania techniczne mające na celu doprowadzenie do zaprzestania naruszeń prawa na jej platformie oraz zapobieganie im. Każdy może zgłosić tej spółce, na piśmie, za pośrednictwem faksu, poczty elektronicznej lub formularza internetowego, film zawierający treści niezgodne z prawem. Stworzona została ikonka służąca do przesyłania zgłoszeń, przy pomocy której można sygnalizować treści naruszające prawo lub dobre obyczaje. Dzięki specjalnej procedurze ostrzegawczej podmioty praw autorskich mają także możliwość, wskazując właściwy adres internetowy (URL), spowodowania usunięcia z platformy do dziesięciu filmów dokładnie określonych w sprzeciwie.

22. Poza tym YouTube wdrożyła program weryfikacji treści (Content Verification Program). Program ten jest dostępny dla zarejestrowanych w tym celu przedsiębiorstw, nie dla jednostek. Program oferuje zainteresowanym podmiotom praw autorskich różne narzędzia umożliwiające im łatwiejszą kontrolę wykorzystania ich utworów na platformie. Podmioty praw autorskich mogą w szczególności zaznaczać bezpośrednio na liście filmów te, które ich zdaniem naruszają ich prawa. Jeżeli film zostanie zablokowany w wyniku takiego zgłoszenia dokonanego przez podmiot praw autorskich, użytkownik, który umieścił film w sieci otrzymuje ostrzeżenie, że w przypadku ponownego umieszczenia jego konto zostanie zablokowane. YouTube udostępnia również podmiotom praw autorskich uczestniczącym w tym programie wdrożony przez Google system komputerowy rozpoznający treść, „Content ID", służący do automatycznego wykrywania filmów, w których wykorzystane są utwory tych twórców. W związku z tym zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Google podmioty praw autorskich powinny dostarczać YouTube referencyjne bazy plików audio lub wideo w celu identyfikowania tych utworów. Na podstawie przekazanych plików Content ID tworzy „cyfrowe odciski palców", które są przechowywane w bazie danych. Content ID automatycznie skanuje każdy film wideo umieszczony online na platformie YouTube i porównuje go do tych „odcisków". W tym zakresie ten system komputerowy może rozpoznawać treści wideo i audio, w tym melodie, gdy są one odtwarzane lub naśladowane. W przypadku wykrycia dopasowanych materiałów podmioty praw autorskich są automatycznie informowane. Mają one możliwość zablokowania takich filmów. Alternatywnie podmioty te mogą zdecydować o monitorowaniu korzystania z tych filmów na YouTube przy pomocy statystyk oglądalności. Podmioty te mogą także zadecydować o zarobkowym wykorzystaniu tych filmów poprzez włączenie do nich reklam lub poprzez pobieranie części przychodów generowanych przez reklamy wcześniej włączone na żądanie użytkowników, którzy umieścili te filmy online.

2. Powództwo wytoczone przez F. Petersona

23. W dniach 6 i 7 listopada 2008 r. użytkownicy platformy YouTube opublikowali na tej platformie utwory z albumu artystki Sary Brightman, „A Winter Symphony" oraz prywatne nagrania audio wykonane podczas koncertów jej tournée „Symphony Tour" połączone z nieruchomymi lub ruchomymi obrazami.

24. Pismem z dnia 7 listopada 2008 r. F. Peterson, który powołuje się na prawa autorskie i prawa pokrewne do rozpatrywanych utworów i nagrań [7], wystąpił do Google Germany GmbH i wezwał tę spółkę, jak również Google, do usunięcia spornych filmów pod rygorem wystąpienia na drogę prawną. W tym celu F. Peterson załączył zrzuty ekranu zawierające te filmy. Przy pomocy tych zrzutów ekranu YouTube ręcznie wyszukała adresy internetowe (URL), pod którymi znajdowały się te filmy i zablokowała do nich dostęp. Strony postępowania głównego spierają się jednak co do zakresu tych środków blokujących.

25. W dniu 19 listopada 2008 r. nagrania audio koncertów Sary Brightman połączone z nieruchomymi lub ruchomymi obrazami były ponownie dostępne na YouTube.

26. W konsekwencji F. Peterson wytoczył przed Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu, Niemcy) powództwo między innymi [8] przeciwko Google i YouTube. W ramach tego postępowania F. Peterson wniósł zasadniczo o wydanie nakazu zaniechania naruszeń poprzez zakazanie tym spółkom podawania do publicznej wiadomości dwunastu nagrań audio lub wykonań pochodzących z albumu „A Winter Symphony" i dwunastu utworów lub wykonań zaczerpniętych z koncertów „Symphony Tour" lub, tytułem żądania ewentualnego, poprzez pozbawienie osób trzecich możliwości dokonywania tych czynności. Frank Peterson wniósł również o udzielenie informacji na temat rozpatrywanych czynów stanowiących naruszenie praw autorskich oraz na temat przychodów uzyskanych przez YouTube z tych czynów. Ponadto wniósł on o ustalenie przez sąd, że spółka ta ma obowiązek wypłacenia mu odszkodowania z tytułu podania do publicznej wiadomości spornych filmów. Wreszcie F. Peterson wniósł posiłkowo o udzielenie informacji na temat użytkowników, którzy umieścili online te filmy.

27. Wyrokiem z dnia 3 września 2010 r. Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu) uwzględnił powództwo, jeśli chodzi o trzy tytuły muzyczne, a w pozostałym zakresie je oddalił. Zarówno F. Peterson, jak i YouTube oraz Google wnieśli apelację od tego wyroku.

28. Wyrokiem z dnia 1 lipca 2015 r. Oberlandesgericht Hamburg (wyższy sąd krajowy w Hamburgu, Niemcy) częściowo zmienił wyrok wydany w pierwszej instancji. Sąd ten zakazał YouTube i Google, pod rygorem nałożenia kary pieniężnej, umożliwiania osobom trzecim podawania do publicznej wiadomości nagrań audio lub wykonań siedmiu tytułów z albumu „A Winter Symphony". Poza tym sąd ten nakazał tym spółkom udzielenie F. Petersonowi różnych informacji odnoszących się do użytkowników, którzy umieścili online sporne filmy wideo. W pozostałym zakresie sąd ten oddalił powództwo F. Petersona.

[7] Ściślej rzecz biorąc F. Peterson powołuje się na swoje własne prawa jako producenta albumu „A Winter Symphony" oraz na własne i nabyte od artystki prawa do wykonań utworów na tym albumie zrealizowanym z jego twórczym udziałem w charakterze producenta i chórzysty. Poza tym, jeśli chodzi o nagrania koncertowe „Symphony Tour", podnosi on, że jest kompozytorem i autorem tekstów różnych utworów na tym albumie. Ponadto przysługują mu jako wydawcy prawa pokrewne względem kilku utworów tych twórców.

[8] Mimo że F. Peterson pozwał także YouTube Inc. i Google Germany, sąd odsyłający wskazał, że spółki te nie są już stronami sporu w postępowaniu głównym.

29. Frank Peterson wniósł skargę „rewizyjną” do Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości). W tych okolicznościach postanowieniem z dnia 13 września 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 listopada 2018 r., sąd ten zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału w trybie prejudycjalnym.

B. Sprawa C-683/18

1. Uploaded

30. Uploaded jest platformą przechowywania i udostępniania plików – powszechnie określaną jako *Sharehoster* albo *Cyberlocker* – której operatorem jest Cyando. Platforma ta, dostępna za pośrednictwem różnych witryn internetowych, oferuje przestrzeń do przechowywania, umożliwiając każdemu nieodpłatne przechowywanie online plików o dowolnej treści. Aby móc korzystać z Uploaded konieczne jest utworzenie konta – z nazwą użytkownika i hasłem – podając między innymi adres elektroniczny. Umieszczenie pliku online dokonywane jest automatycznie bez uprzedniego podglądu lub kontroli ze strony Cyando. Za każdym razem gdy użytkownik wgrywa plik, generowane jest automatycznie i przesyłane temu użytkownikowi łącze hipertekstowe, tzw. *download-link*, umożliwiające pobranie tego pliku. Uploaded nie posiada funkcji indeksowania ani wyszukiwania przechowywanych plików. Użytkownicy mogą jednakże swobodnie wymieniać się tymi linkami służącymi do pobierania plików w Internecie, na blogach lub forach lub też w ramach zbiorów linków, czyli witryn, które indeksują te linki, dostarczają informacji dotyczących plików, do których linki te odsyłają, oraz umożliwiają internautom wyszukiwanie plików, które chcieliby pobrać.

31. Wystarczy posiadanie konta i odpowiednich linków, aby można było nieodpłatnie pobierać pliki przechowywane na platformie Uploaded. W przypadku użytkowników posiadających zwykły nieodpłatny dostęp do tej platformy możliwości w zakresie pobierania są niemniej jednak ograniczone (między innymi jeśli chodzi o maksymalną ilość pobieranych danych, prędkość pobierania, liczbę jednoczesnych pobrań, itp.). Użytkownicy mogą natomiast zdecydować się na odpłatny abonament w celu korzystania ze znacznie większego dziennego wolumenu pobrań, bez ograniczenia prędkości lub liczby jednoczesnych pobrań oraz bez konieczności oczekiwania między pobraniami. Ponadto Cyando wprowadziła program „partnerstwa”, w ramach którego wypłaca niektórym użytkownikom umieszczającym pliki na jej serwerach wynagrodzenie zależne od liczby pobrań danych plików.

32. Zgodnie z ogólnymi warunkami korzystania z usług Uploaded korzystanie z tej platformy nie może naruszać prawa autorskiego. Jednakże zostało ustalone, że w rzeczywistości wspomniana platforma jest wykorzystywana zarówno w sposób zgodny z prawem, jak też, „w znacznej mierze” [9], w sposób, który narusza prawo autorskie, czego spółka Cyando jest świadoma. Cyando została w tym względzie poinformowana o tym, że na jej serwerach znajduje się ponad 9500 chronionych utworów, umieszczonych online bez uprzedniego zezwolenia podmiotów praw autorskich, przy czym linki służące do pobierania tych utworów zostały udostępnione w około 800 witrynach internetowych (zbiory linków, blogi i fora), o czym spółka ta posiada wiedzę.

[9] Dokładny zakres jest sporny między stronami postępowania głównego i nie został ustalony przez sądy krajowe.

2. Powództwo spółki Elsevier

33. Z postanowienia odsyłającego w sprawie C-683/18 wynika, że pewna liczba chronionych utworów, do których wyłącznie prawa do korzystania przysługują Elsevier, została umieszczona na platformie Uploaded i podana bez zezwolenia tej spółki do publicznej wiadomości za pośrednictwem zbiorów linków, blogów i innych forów. W szczególności, na podstawie badań przeprowadzonych w dniach 11–13 grudnia 2013 r., spółka ta poinformowała Cyando, dwoma pismami wysłanymi w dniach 10 i 17 stycznia 2014 r., że pliki zawierające trzy z tych utworów, a mianowicie „Gray's Anatomy for Students", „Atlas of Human Anatomy" i „Campbell-Walsh Urology", są przechowywane na jej serwerach i mogą być swobodnie przeglądane za pośrednictwem zbiorów linków rehabgate.com, avaxhome.ws i bookarchive.ws.

34. Elsevier wniosła pozew, doręczony w dniu 17 lipca 2014 r., przeciwko Cyando do Landgericht München (sądu krajowego w Monachium, Niemcy). W ramach tego postępowania Elsevier wniosła między innymi o nakazanie Cyando zaniechania naruszeń prawa autorskiego – tytułem żądania głównego – jako sprawcy naruszeń prawa autorskiego popełnionych w odniesieniu do spornych utworów – tytułem żądania ewentualnego – jako pomocnikowi w dokonaniu tych naruszeń oraz – tytułem dalszego żądania ewentualnego – jako „zakłócającemu". Elsevier wniosła również o zobowiązanie Cyando do udzielenia jej pewnych informacji. Poza tym ta pierwsza spółka wniosła do sądu, aby nałożył na tę drugą obowiązek zapłaty odszkodowania na jej rzecz w związku z podnoszonymi naruszeniami.

35. Wyrokiem z dnia 18 marca 2016 r. Landgericht München (sąd krajowy w Monachium) nakazał Cyando zaniechania działań w związku z jej udziałem w naruszeniach prawa autorskiego popełnionych w odniesieniu do trzech utworów wskazanych w pismach z dnia 10 i 17 stycznia 2014 r. oraz uwzględnił żądania sformułowane przez Elsevier tytułem ewentualnym. Sąd ten oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

36. Zarówno Elsevier, jak i Cyando, wniosły apelację od tego wyroku. Wyrokiem z dnia 2 marca 2017 r. Oberlandesgericht München (wyższy sąd krajowy w Monachium, Niemcy) zmienił wyrok wydany w pierwszej instancji. W odniesieniu do naruszeń prawa autorskiego odnoszących się do trzech utworów wskazanych w pismach z dnia 10 i 17 stycznia 2014 r. sąd ten nakazał Cyando zaniechania działań jako „zakłócającemu", zgodnie z żądaniem sformułowanym przez Elsevier tytułem dalszego żądania ewentualnego. W pozostałym zakresie sąd drugiej instancji oddalił apelację.

37. Elsevier wniosła skargę „rewizyjną" do Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości). W tych okolicznościach, postanowieniem z dnia 20 września 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 listopada 2018 r., sąd ten zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału w trybie prejudycjalnym.

IV. Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

38. W sprawie C-682/18, Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) przedstawił Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy operator platformy internetowej wideo, na której użytkownicy podają do publicznej wiadomości filmy wideo zawierające treści chronione prawem autorskim bez zgody podmiotów praw autorskich, dokonuje czynności udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 [dyrektywy 2001/29], jeżeli:

– osiąga on przychody z reklam na platformie,

– [umieszczanie filmu online] odbywa się automatycznie i bez uprzedniego podglądu lub kontroli operatora,

– zgodnie z warunkami korzystania z platformy operator otrzymuje ogólnoświatową, niewyłączną i bezpłatną licencję na filmy na czas ich umieszczenia na platformie,

– operator wskazuje w warunkach korzystania z platformy i w trakcie procesu [umieszczania online], że zamieszczanie na platformie treści naruszających prawa autorskie jest niedozwolone,

– operator udostępnia narzędzia, za pomocą których podmioty praw autorskich mogą doprowadzić do zablokowania filmów naruszających ich prawa,

– operator sporządza opracowanie wyników wyszukiwania na platformie w postaci rankingów i kategorii treści oraz umożliwia zarejestrowanym użytkownikom przeglądanie listy rekomendowanych filmów na podstawie obejrzanych już przez nich filmów,

jeżeli nie ma on konkretnej wiedzy na temat dostępności treści naruszających prawa autorskie lub po uzyskaniu takiej wiedzy niezwłocznie usuwa takie treści lub niezwłocznie blokuje dostęp do nich?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

Czy w okolicznościach opisanych w pytaniu pierwszym działalność operatora platformy internetowej wideo wchodzi w zakres zastosowania art. 14 ust. 1 [dyrektywy 2000/31]?

3) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie:

Czy zgodnie z art. 14 ust. 1 [dyrektywy 2000/31] wiarygodne wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji oraz wiedza o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności, muszą odnosić się do konkretnej bezprawnej działalności lub informacji?

4) Ponadto w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie:

Czy jest zgodne z art. 8 ust. 3 [dyrektywy 2001/29] to, że podmiot praw autorskich tylko wtedy może uzyskać nakaz sądowy przeciwko usługodawcy, którego usługa polegająca na przechowywaniu informacji dostarczonych przez użytkownika została wykorzystana przez tego użytkownika w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych, gdy po zawiadomieniu o wyraźnym naruszeniu prawa ponownie doszło do takiego naruszenia?

5) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytania pierwsze i drugie:

Czy w okolicznościach opisanych w pytaniu pierwszym operatora platformy internetowej wideo należy uznać za naruszającego w rozumieniu art. 11 zdanie pierwsze i art. 13 dyrektywy [2004/48]?

6) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie piąte:

Czy zobowiązanie takiego naruszającego do wypłaty odszkodowania na podstawie art. 13 ust. 1 [dyrektywy 2004/48] może zostać uzależnione od tego, że naruszający działał umyślnie zarówno w odniesieniu do własnego czynu stanowiącego naruszenie, jak i w odniesieniu do czynu osoby trzeciej stanowiącego naruszenie, oraz wiedział lub, rozsądnie przyjmując, powinien był wiedzieć, że użytkownicy korzystają z platformy w celu popełnienia konkretnych naruszeń prawa?”.

39. W sprawie C-683/18 sąd ten również przedstawił Trybunałowi sześć pytań prejudycjalnych, przy czym pytania od drugiego do szóstego są zasadniczo takie same jak pytania przedstawione w sprawie C-682/18. Jedynie pytanie pierwsze, które przytaczam poniżej, jest odmienne:

„1) a) Czy dostawca usługi [przechowywania i udostępniania plików], za pośrednictwem której użytkownicy mogą podawać do publicznej wiadomości pliki zawierające treści chronione prawem autorskim bez zgody podmiotów praw autorskich, dokonuje czynności udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy [2001/29], jeżeli:

– [umieszczenie pliku online] odbywa się automatycznie i bez uprzedniego podglądu lub kontroli dostawcy,

– dostawca wskazuje w warunkach korzystania z usługi, że zamieszczanie treści naruszających prawa autorskie jest niedozwolone,

– osiąga on przychody z tytułu świadczenia usługi,

– usługa jest wykorzystywana do legalnych celów, ale dostawca ma świadomość, że dostępna jest także znaczna ilość treści naruszających prawa autorskie (ponad 9500 utworów),

– dostawca nie oferuje spisu treści ani funkcji wyszukiwania, ale udostępniona przez dostawcę nieograniczona liczba linków do pobrania jest umieszczana przez osoby trzecie w Internecie w zbiorach linków, które zawierają informacje o zawartości plików i umożliwiają wyszukiwanie określonych treści,

– dostawca zachęca, poprzez ustalenie płatnego przez niego i zależnego od ilości pobrań wynagrodzenia za pobranie plików, do wgrywania treści chronionych prawem autorskim, które w innej sytuacji są dostępne dla użytkowników jedynie za opłatą,

oraz

– poprzez umożliwienie anonimowego wgrywania plików zwiększa się prawdopodobieństwo, że użytkownicy nie zostaną pociągnięci do odpowiedzialności za naruszenia praw autorskich?

b) Czy ocena ta ulegnie zmianie, jeżeli od 90 do 96% z całkowitego wykorzystania usługi [przechowywania i udostępniania plików] stanowią oferty naruszające prawa autorskie?".

40. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 18 grudnia 2018 r. sprawy C-682/18 i C-683/18 zostały połączone ze względu na istniejące między nimi powiązanie do celów pisemnego i ustnego etapu postępowania oraz wydania wyroku.

41. Frank Peterson, Elsevier, Google, Cyando, rządy niemiecki, francuski i fiński oraz Komisja Europejska przedłożyli Trybunałowi uwagi na piśmie. Ci sami uczestnicy postępowania, z wyjątkiem rządu fińskiego, byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 26 listopada 2019 r.

V. Analiza

42. Tłem niniejszych spraw są usługi web 2.0. Przypomnę, że od połowy lat 2000 przeróżne zmiany o charakterze technologicznym (począwszy od globalnego zwiększenia przepustowości sieci, skończywszy na upowszechnieniu łączy szerokopasmowych) i społecznym (zarówno jeśli chodzi o zmianę postawy internautów w stosunku do życia prywatnego, jak i o tendencje do udostępniania treści i tworzenia społeczności online) spowodowały rozwój dynamicznych i interaktywnych usług internetowych takich jak blogi, sieci społecznościowe i platformy do udostępniania treści, które stały się narzędziami umożliwiającymi ich użytkownikom umieszczanie online wszelkiego rodzaju treści określanych pojęciami „user-created content" (UCC) lub „user-generated content" (UGC). Dostawcy tych usług przypisują sobie zasługę umożliwienia internautom wyjścia z roli biernych konsumentów rozrywki, opinii lub informacji i stania się aktywnymi uczestnikami w tworzeniu i wymianie tych treści w Internecie. Efekt sieciowy związany z sukcesem takiej usługi szybko umożliwił niewielkiej liczbie tych usługodawców przejście od statusu „start-up'u" do roli przedsiębiorstwa dominującego [10].

43. Platforma YouTube, będąca przedmiotem sprawy C-682/18, jest w tym względzie reprezentatywna. Platforma ta umożliwia swoim użytkownikom (których liczba według Google przekracza 1,9 miliarda) udostępnianie treści online, a w szczególności treści wytworzonej przez nich. Na platformie tej umieszczana jest zatem wielka liczba filmów wideo, wśród których znajdują się treści kulturalne i rozrywkowe, takie jak utwory muzyczne publikowane przez wschodzących artystów, którzy mogą znaleźć szeroki krąg odbiorców, treści informacyjne na tematy tak różnorodne, jak polityka, sport i religia, czy też „filmy instruktażowe", których celem jest umożliwienie każdemu nauki gotowania, gry na gitarze, naprawy roweru, itp. Treści na YouTube są publikowane nie tylko przez osoby fizyczne, lecz również przez podmioty publiczne i profesjonalistów, w tym przez uznane przedsiębiorstwa z branży medialnej, takie jak stacje telewizyjne czy wydawnictwa muzyczne. YouTube jest zorganizowana w oparciu o złożony model gospodarczy, obejmujący między innymi sprzedaż czasu reklamowego na platformie tej

[10] Zobacz, bardziej szczegółowo, Organizacja Współpracy Gospodarcze i Rozwoju (OECD), „Participative Web: User-Created Content", *Working Party on the Information Economy*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/Final, 12 kwietnia 2007 r.

spółki[11]. Ponadto YouTube wprowadziła system, zgodnie z którym dzieli ona określoną procentowo część swoich przychodów z reklam z niektórymi użytkownikami przekazującymi treści, co umożliwia tym ostatnim uzyskiwanie dochodu z publikacji filmów na platformie[12]..

44. Realia charakteryzujące platformę Uploaded, której dotyczy sprawa C-683/18, wykazują podobieństwa, lecz również różnice. Ogólnie rzecz ujmując *Cyberlocker* dostarcza swoim użytkownikom przestrzeń służącą do przechowywania online, umożliwiając tym ostatnim między innymi zapisywanie „w chmurze" wszelkiego rodzaju plików, tak aby użytkownicy mieli do nich dostęp w każdej chwili, z wybranego przez nich miejsca i za pomocą jakiegokolwiek urządzenia. Jako *Sharehoster* Uploaded posiada również funkcję udostępniania przechowywanych plików. Użytkownicy mają więc możliwość udostępniania osobom trzecim *download-links* generowanych dla każdego pliku umieszczonego online. Zdaniem Cyando funkcja ta ma na celu umożliwienie każdemu łatwego przekazywania dużych plików członkom rodziny, przyjaciołom lub partnerom handlowym. Poza tym dzięki tej funkcji użytkownicy mogą publikować w Internecie treści niechronione prawem autorskim lub własne utwory. *Cyberlockers* stosują różne modele handlowe. Jeśli chodzi o Uploaded, jej przychody pochodzą ze sprzedaży abonamentów, od których zależy między innymi prędkość pobierania przechowywanych plików.

45. Mimo że platformy takie jak YouTube i Uploaded mogą być wykorzystywane na wiele zgodnych z prawem sposobów, to są one również wykorzystywane w sposób, który nie jest zgodny z prawem. W szczególności filmy udostępniane na YouTube mogą zawierać chronione utwory i naruszać prawa ich twórców. Poza tym S*harehoster*, jakim jest Uploaded, ze względu na swoje możliwości w zakresie przechowywania i przekazywania dużych plików jest praktycznym narzędziem nielegalnego udostępniania kopii utworów, w szczególności kinematograficznych lub muzycznych.

46. Podmioty praw autorskich takie jak F. Peterson i Elsevier, popierane w tym przypadku przez rząd francuski, kreślą zatem krytyczny obraz takich platform i ich operatorów. Umożliwiając w ramach tych platform zdecentralizowane i niekontrolowane dostarczanie treści przez każdego internautę, operatorzy ci stwarzają znaczące ryzyko naruszenia praw autorskich. Ryzyko to jest spotęgowane z uwagi na wszechobecność publikowanych na tych platformach treści, które mogą być przeglądane w jednej chwili przez nieograniczoną liczbę internautów na całym świecie[13]. Podmioty praw autorskich wskazują ponadto na trudności, na jakie napotykają dochodząc roszczeń od użytkowników dopuszczających się takich naruszeń za pośrednictwem wspomnianych platform, związane z ich niewypłacalnością, anonimowością, czy też lokalizacją.

47. Argumenty podnoszone przez podmioty praw autorskich nie ograniczają się do ryzyka naruszenia praw własności intelektualnej wynikającego z działalności operatorów takich jak YouTube lub Cyando. Podnoszą one względem tych operatorów – w szczególności względem YouTube – zarzut natury ogólnej dotyczący dokonanej ich kosztem głębokiej zmiany łańcucha wartości w ekonomii kultury. W istocie podmioty praw autorskich podnoszą, że owi operatorzy zachęcają użytkowników platform do zamieszczania w sieci atrakcyjnych treści, które w większości przypadków są chronione prawem autorskim. Ci sami operatorzy wykorzystują

[11] Jak zaznaczył rząd niemiecki, YouTube zbiera pokaźne ilości danych osobowych o internautach odwiedzających jej platformę, o sposobie, w jaki jej używają, o ich preferencjach, jeśli chodzi o treści, itp., a wszystko to między innymi w celu ukierunkowywania reklam emitowanych na tej platformie w zależności od użytkownika. Wątpliwości, jakie budzi takie uogólnione zbieranie danych oraz sposób ich przetwarzania, wykraczają jednak poza zakres przedmiotowy niniejszej opinii.

[12] Zobacz, bardziej szczegółowo, G. Fontaine, C. Grece, M. Jimenez Pumares, „Online video sharing: Offerings, audiences, economic aspects", *European Audivisual Observatory*, Strasburg, 2018.

[13] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 13 maja 2014 r., Google Spain i Google (C-131/12, EU:C:2014:317, pkt 80 i przytoczone tam orzecznictwo).

zarobkowo na swoją rzecz te treści, między innymi dzięki reklamie (model „YouTube") lub dzięki abonamentowi (model „Cyando") i osiągają w ten sposób znaczne zyski, nie nabywając jednakże licencji od podmiotów praw autorskich ani nie płacąc im w rezultacie wynagrodzenia. W ten sposób operatorzy platform zawłaszczają dla siebie większą część wartości generowanej przez te treści, ze szkodą dla podmiotów praw autorskich – jest to argument *Value Gap* (różnica w wartości), dyskutowany w kontekście przyjmowania dyrektywy 2019/790. Ponadto platformy takie jak YouTube uniemożliwiają podmiotom praw autorskich normalne korzystanie z ich utworów. Platformy te stanowią bowiem nieuczciwą konkurencję dla tradycyjnych mediów (kanały radiowe, telewizyjne, itp.) oraz dla dostawców treści cyfrowych (Spotify, Netflix, itp.), którzy z kolei nabywają odpłatnie rozpowszechniane przez siebie treści od podmiotów praw autorskich i którzy z uwagi na tę nieuczciwą konkurencję gotowi są wypłacać tym ostatnim niższe wynagrodzenie w celu zachowania konkurencyjności [14]. Zatem aby uzyskać wysoki poziom ochrony ich własności intelektualnej, którego zapewnienie jest celem prawa Unii, oraz stosowne wynagrodzenie za korzystanie z ich utworów [15], podmioty praw autorskich powinny mieć możliwość występowania bezpośrednio do operatorów platform.

48. W tym miejscu warto przypomnieć, że art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 zapewnia twórcom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniania na jakiekolwiek „publiczne udostępnianie" ich utworów, w tym na podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie [16]. To prawo wyłączone zostaje naruszone, gdy chroniony utwór zostaje publicznie udostępniony przez osobę trzecią bez wcześniejszego zezwolenia jego twórcy [17], chyba że udostępnienie to podlega któremuś z wyjątków lub ograniczeń wskazanych wyczerpująco w art. 5 tej dyrektywy [18].

49. Podmioty praw autorskich opierają się na założeniu, zgodnie z którym operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando dokonują, wspólnie z użytkownikami ich platform, „publicznego udostępnienia" utworów, które użytkownicy ci umieszczają online. W konsekwencji operatorzy ci powinni sprawdzać w odniesieniu do wszystkich plików, które użytkownicy zamierzają udostępnić, przed ich umieszczeniem w sieci, czy zawierają one chronione utwory, ustalać istniejące prawa do tych utworów i samodzielnie uzyskiwać, co do zasady odpłatnie, licencję od podmiotów praw autorskich lub, gdy to nie nastąpi, uniemożliwić takie umieszczenie w sieci. Za każdym razem, gdy wspomniani operatorzy nie spełniają tych obowiązków i w konsekwencji utwory są publikowane na ich platformach niezgodnie z prawem, są oni za to *bezpośrednio*

14 Zobacz, bardziej szczegółowo, Międzynarodowa Federacja Przemysłu Fonograficznego „Rewarding creativity: Fixing the value gap", *Global music report 2017*, oraz A. Bensamoun, „Le *value gap* ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique", *Entertainment*, Bruylant, nr 2018–4, s. 278–287.

15 Zobacz motywy 4, 9 i 10 dyrektywy 2001/29.

16 Będę używał pojęcia „publiczne udostępnianie" dla oznaczenia, w sposób ogólny, czynności publicznego udostępniania w ścisłym znaczeniu oraz czynności podawania do publicznej wiadomości. W razie potrzeby będę wskazywał konkretnie jedną lub drugą z tych kategorii. Poza tym art. 3 dyrektywy 2001/29 ustanawia również, w ust. 2 lit. a) i b), prawo do podawania do publicznej wiadomości – lecz nie prawo do publicznego udostępniania w ścisłym znaczeniu – jako prawo pokrewne przysługujące, odpowiednio, artystom wykonawcom, w odniesieniu do utrwaleń ich wykonań, oraz producentom fonogramów, w odniesieniu do ich fonogramów. Przepis ten jest również istotny w sprawie C-682/18, ponieważ F. Petersonowi przysługują, w odniesieniu do niektórych fonogramów umieszczonych online bez jego zezwolenia, prawa pokrewne jako artyście wykonawcy oraz producentowi (zob. przypis 7 do niniejszej opinii). Ponieważ jednak sprawy w postępowaniu głównym dotyczą (jak wyjaśnię poniżej) czynności „podawania do publicznej wiadomości", a pojęcie to ma takie samo znaczenie w ust. 1 i w ust. 2 art. 3, dla ułatwienia będę się odnosił jedynie do prawa autorskiego, o którym mowa w pierwszym ustępie, przy czym moja analiza będzie możliwa do zastosowania w odniesieniu do praw pokrewnych, o których mowa w ustępie drugim.

17 Lub, bardziej ogólnie, podmiotu prawa autorskiego do danego utworu, którym niekoniecznie musi być twórca. W niniejszej opinii używam zamiennie pojęcia „twórca" i „podmiot praw autorskich".

18 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo).

odpowiedzialni na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Z tego tytuły operatorzy ci są w szczególności obowiązani, na podstawie art. 13 dyrektywy 2004/48, do zapłaty odszkodowań na rzecz odpowiednich podmiotów praw autorskich.

50. YouTube i Cyando popierane w tym względzie przez rząd fiński i Komisję odpowiadają, że są jedynie *pośrednikami*, którzy dostarczają użytkownikom ich platform narzędzi umożliwiających tym użytkownikom publiczne udostępnianie utworów. Zatem to nie ci operatorzy, lecz użytkownicy, udostępniając online na tych platformach pliki zawierające chronione utwory, dokonują „publicznego udostępnienia" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Ci sami użytkownicy ponoszą zatem bezpośrednią odpowiedzialność w przypadku niezgodnego z prawem „udostępnienia". W każdym razie wspomniani operatorzy twierdzą, że chroni ich art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Przepis ten zwalnia ich z wszelkiej odpowiedzialności, jaka mogłaby się wiązać z plikami o bezprawnym charakterze, które przechowują na żądanie użytkowników ich platform, o ile zasadniczo nie mieli wiadomości na ten temat lub, gdy ją powzięli, niezwłocznie usunęli takie pliki. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 tej dyrektywy, na tych operatorów nie można nakładać ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przechowują ani aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. YouTube i Cyando uważają zatem, że zgodnie z tymi przepisami nie mają one obowiązku kontrolowania wszystkich plików dostarczanych przez użytkowników ich platform zanim pliki te zostaną umieszczone w sieci, lecz co do zasady, mają obowiązek odpowiedniego reagowania na zawiadomienia podmiotów praw autorskich wskazujące na bezprawny charakter udostępnienia niektórych z tych plików.

51. W tym kontekście *pierwsze pytania* przedłożone przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) mają na celu ustalenie, czy działalność operatorów platform takich jak YouTube i Cyando wchodzi w zakres pojęcia „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. *Drugie pytania* zadane przez ten sąd mają na celu ustalenie, czy operatorzy ci, w związku z plikami, które przechowują na żądanie swoich użytkowników, mogą korzystać z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Pytania te są ze sobą ściśle związane. Prawodawca Unii zamierzał bowiem ustanowić poprzez dyrektywy 2000/31 i 2001/29 jasne ramy prawne właściwe dla odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami w przypadku naruszenia prawa autorskiego na poziomie Unii [19]. W związku z tym wykładnia art. 3 ust. 1 tej pierwszej dyrektywy i art. 14 ust. 1 drugiej z nich powinna być spójna [20].

52. W częściach A i B niniejszej opinii rozpatrzę kolejno oba te przepisy [21].

[19] Zobacz motyw 50 dyrektywy 2000/31 i motyw 16 dyrektywy 2001/29.

[20] Chodzi w szczególności o uniknięcie w miarę możliwości sytuacji, w której usługodawca ponosiłby odpowiedzialność na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, będąc jednocześnie zwolnionym z tej odpowiedzialności na podstawie art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Zobacz, bardziej szczegółowo, pkt 137–139 niniejszej opinii.

[21] W niniejszej opinii nie będę się zajmował kwestią kopii tworzonych w związku z umieszczeniem utworu online na platformie takiej jak YouTube lub Uploaded oraz w związku z przeglądaniem lub pobieraniem go przez odbiorców. Kwestia ta wchodzi bowiem w zakres wykładni prawa do zwielokrotniania, o którym mowa w art. 2 dyrektywy 2001/29, a także wyjątków i ograniczeń dotyczących tego prawa przewidzianych w art. 5 tej dyrektywy, który nie jest przedmiotem pytań przedłożonych Trybunałowi. Dodatkowo poza powołaniem się przez Cyando na wyłączenie dotyczące prywatnego użytku przewidziane w art. 5 ust. 2 lit. b) wspomnianej dyrektywy, problematyka ta nie była dyskutowana przed Trybunałem.

A. W przedmiocie pojęcia „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 (pytania pierwsze)

53. Poprzez pytania pierwsze sąd odsyłający chciałby w istocie ustalić, czy operator platformy do udostępniania plików wideo i operator platformy do przechowywania i udostępniania plików dokonują czynności „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, gdy użytkownik ich platform umieszcza na niej online utwór chroniony prawem autorskim.

54. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału pojęcie „publicznego udostępniania” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 jest autonomicznym pojęciem prawa Unii, którego znaczenie i zakres należy ustalić w świetle brzmienia tego przepisu, kontekstu, w jaki się wpisuje, i celów, jakim służy ta dyrektywa [22]. Poza tym pojęcie to należy interpretować w miarę możliwości w świetle równoważnych pojęć występujących w wiążących Unię aktach prawa międzynarodowego [23].

55. Zgodnie z tym orzecznictwem pojęcie „publicznego udostępniania” zakłada spełnienie dwóch kumulatywnych przesłanek, a mianowicie musi mieć miejsce akt „udostępnienia” utworu „publiczności” [24].

56. W tym względzie pojęcie udostępniania obejmuje, po pierwsze, jak wskazuje motyw 23 dyrektywy 2001/29, każdą *transmisję* (lub retransmisję) utworu skierowaną do publiczności nieznajdującej się w miejscu, z którego udostępnianie pochodzi, niezależnie od zastosowanego procesu technologicznego [25]. Innymi słowy dana osoba dokonuje czynności „udostępnienia”, gdy transmituje utwór, umożliwiając tym samym jego percepcję [26] na odległość [27]. Typowym przykładem takiej transmisji jest, jak wskazuje ten motyw, nadawanie utworu, natomiast pojęcie „retransmisji” dotyczy w szczególności jednoczesnej retransmisji nadawanego programu drogą przewodową, satelitarną lub też przez Internet.

57. Ponadto pojęcie „udostępniania” obejmuje, jak przypomniałem w pkt 48 niniejszej opinii, pojęcie „podawania do publicznej wiadomości”. Ta ostatnia kategoria obejmuje, jak wskazano w motywie 25 i art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, *interaktywne transmisje na żądanie*, charakteryzujące się tym, że każdy może mieć dostęp do utworu w wybranym przez siebie miejscu

22 Zobacz m.in. wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).

23 Zobacz m.in. wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:268, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo). W szczególności art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 powinien być interpretowany w świetle art. 8 Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO) o prawie autorskim podpisanego w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r. zatwierdzonego w imieniu Unii Europejskiej decyzją Rady 2000/278/WE z dnia 16 marca 2000 r. (Dz.U. 2000, L 89, s. 6 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 11, t. 33, s. 208) (zwanego dalej „traktatem WIPO o prawie autorskim”), którego wdrożenie ma na celu pierwszy z tych przepisów (zob. motyw 15 dyrektywy 2001/29).

24 Zobacz m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).

25 Zobacz m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 49, 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

26 Ściślej rzecz ujmując, chodzi o umożliwienie odbiorcom percepcji w jakikolwiek odpowiedni sposób (słuchowo w przypadku fonogramu, itp.) całości lub części elementów, które składają się na utwór i które są wyrazem własnej twórczości intelektualnej twórcy utworu. Zobacz w drodze analogii wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 47).

27 „Tradycyjne” formy publicznego udostępniania, jakimi są bezpośrednie wystawienia i wykonania, na przykład spektakle na żywo wykonywane przed publicznością znajdującą się w fizycznym kontakcie z wykonawcą utworów, nie podlegają art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 24 listopada 2011 r., Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, pkt 35–41).

i czasie. Pojęcie „podawania do publicznej wiadomości" oznacza zatem, że dana osoba ma możliwość zaoferowania „publiczności" możliwości odbierania transmisji danego utworu na tych warunkach, najczęściej poprzez umieszczenie go online w witrynie internetowej [28].

58. Po drugie, pojęcie „publiczności" odnosi się do „nieoznaczonej" i „dość dużej" liczby osób. Pojęcie to dotyczy zatem ogółu osób, w przeciwieństwie do oznaczonych osób należących do zamkniętej grupy, i zawiera w sobie pewien próg de minimis [29].

59. W niniejszym przypadku, mając na względzie te okoliczności, bezsporne jest, że gdy utwór chroniony prawem autorskim jest udostępniany na platformie takiej jak YouTube czy Uploaded, utwór ten jest „podawany do publicznej wiadomości" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

60. Jeżeli bowiem film zawierający chroniony utwór jest opublikowany na YouTube, każdy ma możliwość przeglądania go na zasadzie *streaminguz* tej platformy w wybranym przez siebie miejscu i czasie. To samo dotyczy sytuacji, gdy plik zawierający utwór jest przechowywany na platformie Uploaded i gdy odnoszący się do tego utworu *download link* jest swobodnie udostępniany w witrynie internetowej w ramach zbiorów linków, na blogach lub forach [30]. W obydwu przypadkach utwór jest „podawany do publicznej wiadomości" [31] niezależnie od okoliczności, że jego przeglądanie lub pobranie odbywa się na żądanie pojedynczych osób w ramach transmisji „jeden na jeden". W tym względzie należy bowiem uwzględnić liczbę osób, które mogą mieć do niego dostęp jednocześnie, a także kolejno [32]. We wspomnianej sytuacji z utworem mogą zapoznać się lub pobrać go, w zależności od przypadku, wszystkie osoby odwiedzające aktualnie i potencjalnie YouTube lub witrynę internetową, na której udostępniony jest ten link – czyli, co oczywiste, „nieoznaczona" i „dość duża" liczba osób [33].

61. W konsekwencji opublikowanie w Internecie przez osobę trzecią chronionego utworu na platformie takiej jak YouTube lub Uploaded bez uprzedniego zezwolenia twórcy, gdy nie wchodzi ono w zakres wyjątków i ograniczeń przewidzianych w art. 5 dyrektywy 2001/29, stanowi naruszenie prawa wyłącznego do „publicznego udostępniania" przysługującego twórcy na podstawie art. 3 ust. 1 tej dyrektywy.

28 Zobacz wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 41 –44, 63).

29 Zobacz m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo).

30 Okoliczność, że przeglądanie utworu na platformie takiej jak YouTube odbywa się na zasadzie *streamingu* oraz że w związku z tym dany odbiorca nie pozyskuje trwałej kopii, jest nieistotna dla stosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 (zob. m. in. M.M. Walter i S. von Lewinski, European Copyright Law – A Commentary, Oxford, 2010, s. 983). Poza tym okoliczność, że utwór może być pobrany z platformy Uploaded i że w ten sposób odbiorcy mogą z kolei uzyskać taką kopię, nie wyłącza stosowania tego przepisu na rzecz prawa do rozpowszechniania przewidzianego w art. 4 ust. 1 tej dyrektywy [zob. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 40–45,i 51)].

31 Natomiast „podawanie do publicznej wiadomości" nie występuje, w sytuacji gdy użytkownik umieszcza utwór online na YouTube, pozostawiając go w trybie prywatnym i w stosownym przypadku, udostępniając wyłącznie swojej rodzinie lub przyjaciołom. To samo dotyczy sytuacji, gdy użytkownik Uploaded umieszcza online na tej platformie utwór i nie udostępnia jego *download linku* albo udostępnia go wyłącznie wskazanym wyżej osobom. W takim wypadku mamy bowiem do czynienia nie z „publicznością", lecz z zamkniętą grupą (zob. pkt 58 niniejszej opinii).

32 Zobacz m. in. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 44, 67, 68 i przytoczone tam orzecznictwo).

33 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 45). Jest oczywiste, że zarówno w jednym jak i w drugim przypadku „publiczność" nie znajduje się w miejscu, z którego pochodzi udostępnienie. Poza tym bez znaczenia jest to, czy owa „publiczność" rzeczywiście zapozna się z utworem lub pobierze go. Czynnością decydującą jest bowiem czynność polegająca na podaniu utworu do publicznej wiadomości, a zatem oferowanie go na publicznie dostępnej witrynie [zob. m. in. wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 63, 64)].

62. W związku z tym cała kwestia sprowadza się do ustalenia, kto dokonuje tego „udostępnienia" i ponosi ewentualną odpowiedzialność z tego tytułu – użytkownik umieszczający utwór online, operator platformy, czy obie te osoby łącznie.

63. W tym miejscu należy wyjaśnić, że F. Peterson i Elsevier przedstawili w tej kwestii argumentację opartą na różnych założeniach. Według nich operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando ponoszą odpowiedzialność na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 przede wszystkim z uwagi na to, że *biorą aktywny udział* w „publicznym udostępnianiu" utworów umieszczanych online przez użytkowników tych platform, w związku z czym to oni sami dokonują tego „udostępniania", następnie, z uwagi na to, że mają *wiedzę* o tym, iż użytkownicy ci udostępniają online chronione utwory w sposób bezprawny, a ponadto *w sposób zamierzony zachęcają* ich do tego, a wreszcie z uwagi na to, że wykazują w tym względzie *niedbalstwo*, nie przestrzegając pewnych obowiązków zachowania należytej staranności, jakie zostały na nich nałożone w celu zrównoważenia ryzyka naruszenia praw własności intelektualnej będącego skutkiem prowadzonej przez nich działalności [34].

64. Moim zdaniem w argumentacji tej splatają się dwa zagadnienia. Po pierwsze, w sytuacji gdyby operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando dokonywali „publicznego udostępniania" utworów umieszczanych online przez użytkowników, operatorzy ci ponosiliby potencjalnie bezpośrednią (lub „pierwotną") odpowiedzialność na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Kwestia ustalenia, czy zachodzi taka sytuacja, jest kwestią obiektywną, niezależną od takich czynników jak wiedza, czy niedbalstwo. Odpowiedź na to pytanie zależy bowiem zasadniczo od ustalenia, czy wspomniani operatorzy dokonują czynności „udostępniania" oraz czy te czynności są dokonywane bez zezwolenia twórców rozpatrywanych utworów. W części pierwszej (1) przedstawię – podążając tym tokiem rozumowania i badając wyłącznie istotne argumenty – powody przemawiające za tym, że „publicznego udostępniania" chronionych utworów dokonują zasadniczo wyłącznie użytkownicy, którzy umieszczają online te utwory. Pierwotną odpowiedzialność, jaka może wynikać z tego „udostępniania", ponoszą zatem co do zasady wyłącznie ci użytkownicy.

65. Po drugie, kwestia, czy operatorzy tacy jak YouTube i Cyando ponoszą odpowiedzialność za naruszenia prawa autorskiego popełnione przez użytkowników ich platform na przykład na tej podstawie, że operatorzy ci mieli o tym wiedzę i umyślnie zaniechali działania, że zachęcali tych użytkowników do popełniania tego rodzaju naruszeń, czy też że nie dochowali w tym względzie należytej staranności, moim zdaniem nie jest objęta zakresem art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Jak wyjaśnię w części drugiej (2), mimo że Trybunał, w wyrokach GS Media [35], Stichting Brein I („Filmspeler") [36] i Stichting Brein II („The Pirate Bay") [37], interpretował ten przepis w ten sposób, iż może on obejmować odpowiedzialność za działania osób trzecich (określaną jako odpowiedzialność „akcesoryjna" „posiłkowa" „wtórna" lub „pośrednia") uważam, że odpowiedzialność ta nie jest w rzeczywistości zharmonizowana w prawie Unii. W związku z tym podlega ona przepisom dotyczącym odpowiedzialności cywilnej przewidzianym w prawie państw członkowskich. W części trzeciej (3) uzupełniająco przeanalizuję działalność wspomnianych operatorów, wykorzystując ramy analizy i argumenty zastosowane w tych wyrokach.

34 Zobacz pkt 46 i 47 niniejszej opinii.

35 Wyrok z dnia 8 września 2016 r. (C-160/15, zwany dalej „wyrokiem GS Media", EU:C:2016:644).

36 Wyrok z dnia 26 kwietnia 2017 r. [C-527/15, zwany dalej „wyrokiem Stichting Brein I (»filmspeler«)", EU:C:2017:300].

37 Wyrok z dnia 14 czerwca 2017 r. [C-610/15, zwany dalej „wyrokiem Stichting Brein II (»The Pirate Bay«)", EU:C:2017:456].

1. W przedmiocie ustalenia, że operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando co do zasady nie dokonują czynności „publicznego udostępniania”

66. Jak wyjaśniłem w pkt 55–58 niniejszej opinii, czynność „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 odpowiada transmitowaniu chronionych utworów skierowanym do publiczności. W tym kontekście czynność „podania do publicznej wiadomości” polega na zaoferowaniu członkom publiczności możliwości odbioru takiej transmisji, który może nastąpić na żądanie, w indywidualnie wybranym przez nich miejscu i czasie.

67. Uściślijwszy powyższe, należy wskazać, że każda transmisja utworu skierowana do publiczności wymaga co do zasady szeregu czynności dokonywanych przez kilka osób zaangażowanych w tę transmisję z różnych tytułów i w różnym stopniu. Przykładowo możliwość oglądania przez telewidzów utworu nadawanego przez ich odbiorniki telewizyjne jest między innymi wynikiem połączonych starań organizacji radiowej i telewizyjnej, jednego lub kilku nadawców, operatora sieci naziemnej oraz osób, które dostarczyły tym telewidzom anten i odbiorników telewizyjnych.

68. Wszystkich tych czynności nie można uznać za „publiczne udostępnianie” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. W przeciwnym razie którekolwiek ogniwo łańcucha, niezależnie od charakteru jego działalności, ponosiłoby odpowiedzialność względem twórców. Aby zapobiec ryzyku takiej rozszerzającej wykładni, prawodawca Unii wyjaśnił w motywie 27 tej dyrektywy, że „[z]wykłe dostarczenie urządzeń przeznaczonych do umożliwienia lub dokonania przekazu nie stanowi samo w sobie przekazania [udostępnienia] w rozumieniu [tej dyrektywy]” [38].

69. W ramach łańcucha czynności nieodłącznie związanych z każdą transmisją utworu skierowaną do publiczności, należy zatem odróżniać osobę [39] dokonującą czynności „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 z jednej strony od usługodawców, którzy dostarczając „urządzeń” umożliwiających realizację tej transmisji, pełnią rolę *pośredników* między tą osobą a publicznością z drugiej strony [40].

70. W niniejszym wypadku uważam, podobnie jak Google, Cyando, rząd fiński i Komisja, że rola, jaką odgrywają operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando w „publicznym udostępnianiu” utworów umieszczanych online przez użytkowników ich platform jest co do zasady tożsama z rolą *pośrednika*. Podniesione przez F. Petersona, Elsevier oraz rządy niemiecki i francuski zastrzeżenie, że operatorzy ci wykraczają poza tę rolę, moim zdaniem świadczy o błędnym rozumieniu tego, co odróżnia „zwykłe dostarczanie urządzeń” od aktu „udostępniania”.

71. Przypomnę, że zasady rządzące tym rozróżnieniem zostały ustanowione już w pierwszym wydanym przez Trybunał wyroku dotyczącym art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, a mianowicie w wyroku SGAE [41]. Trybunał orzekł w tym wyroku, że podmiot świadczący usługi hotelarskie, który odbiera nadawany program i rozpowszechnia go przy pomocy odbiorników telewizyjnych wśród klientów przebywających w pokojach jego przedsiębiorstwa hotelowego, stanowi czynność „publicznego udostępniania” utworów zawartych w tym programie. O ile zainstalowanie tych odbiorników telewizyjnych w pokojach jako takie stanowiło „dostarczenie urządzeń”, o tyle

38 Motyw ten stanowi powtórzenie wspólnej deklaracji dotyczącej art. 8 traktatu WIPO o prawie autorskim przyjętej przez konferencję dyplomatyczną w dniu 20 grudnia 1996 r.

39 Może chodzić o jedną lub kilka osób. Dla wygody będę używał liczby pojedynczej.

40 Artykuł 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 podąża tym tokiem rozumowania, gdy wskazuje na możliwość uzyskania przez podmioty praw autorskich nakazu przeciwko „pośrednikom, których usługi są wykorzystywane przez stronę trzecią w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych”. Zobacz również motyw 59 tej dyrektywy.

41 Wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r. (C-306/05, EU:C:2006:764).

udział przedsiębiorcy hotelowego nie ograniczał się do tego dostarczenia. Rozpowszechniając nadawany program przy pomocy wspomnianych odbiorników, przedsiębiorca hotelowy transmitował bowiem w sposób zamierzony [42] utwory zawarte w tych programach swoim klientom – będącym nie tylko „publicznością", lecz także „nową publicznością", czyli osobami, które nie były brane pod uwagę przez twórców tych utworów, gdy udzielali zezwolenia na ich nadawanie [43] – którzy mimo że przebywali na obszarze, gdzie możliwy był odbiór programu, nie mogliby co do zasady korzystać ze wspomnianych utworów bez udziału przedsiębiorcy hotelowego [44].

72. Z wyroku tego wynika, że w przypadku transmisji utworu skierowanej do publiczności osobą, która dokonuje czynności „udostępnienia" jest – w przeciwieństwie do usługodawców, którzy „dostarczają urządzenia" – osoba, która działa w sposób zamierzony w celu dokonania transmisji tego utworu skierowanej do publiczności, tak że w przypadku braku jej działania publiczność ta nie mogłaby z niego korzystać. Działając w ten sposób, osoba ta pełni – aby posłużyć się pojęciem wprowadzonym przez Trybunał w późniejszym orzecznictwie – „nieodzowną rolę" [45] w odniesieniu do tej transmisji.

73. Wyjaśnienie to można niewłaściwie zrozumieć. Czysto teoretycznie każdy pośrednik odgrywa bowiem istotną, a nawet zasadniczą rolę w przypadku tego rodzaju transmisji, skoro jest jednym z ogniw łańcucha umożliwiającego jej realizację. Jednakże rola, jaką odgrywa wspomniana osoba, ma bardziej podstawowe znaczenie. Jej rola jest „nieodzowna", ponieważ to ona podejmuje decyzję o skierowaniu transmisji danego utworu do publiczności oraz aktywnie inicjuje to „udostępnienie".

74. W przeciwieństwie do takiej osoby usługodawcy będący pośrednikami, których usługi są wykorzystywane w celu umożliwienia lub zrealizowania „udostępnienia", nie decydują z własnej inicjatywy o skierowaniu transmisji utworów do publiczności. Ograniczają się oni w tym względzie do wykonywania instrukcji udzielonych przez użytkowników ich usług. Ci ostatni decydują o transmitowaniu treści i aktywnie inicjują ich „udostępnianie", przekazując te treści pośrednikom i włączając je w ten sposób w proces prowadzący do ich transmisji skierowanej do „publiczności" [46]. Zatem co do zasady to ci użytkownicy odgrywają samodzielnie „nieodzowną

[42] Trybunał, bardziej szczegółowo, wskazał, że przedsiębiorca hotelowy podejmował działania, „mając pełną świadomość ich konsekwencji" [zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r. SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 42). Wyrażenie to stanowi moim zdaniem synonim zamierzonego działania (zob. pkt 100 niniejszej opinii).

[43] Zdaniem Trybunału twórca, wyrażając zgodę na nadawanie swych utworów, bierze bowiem pod uwagę wyłącznie posiadaczy odbiorników telewizyjnych, którzy odbierają programy indywidualnie albo w gronie prywatnym lub rodzinnym. Zobacz wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 41).

[44] Zobacz wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 36–44). Trybunał stosował ten sam tok myślenia w podobnych kontekstach. Zobacz w szczególności wyroki z dnia 4 października 2011 r., Football Association Premier League i in. (sprawy połączone C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 183–207); z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 22 –36); z dnia 31 maja 2016 r., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, pkt 35– 65).

[45] Zobacz m. in. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, pkt 46). W niektórych wyrokach rozumowanie to jest wyrażone przy pomocy dwóch kryteriów: „nieodzownej roli", jaką odgrywa osoba dokonująca czynności udostępnienia, i „zamierzonego charakteru jej działania" [zob. w szczególności wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pkt 26)]. Jak wyjaśnię poniżej, w rzeczywistości kryteria te są ze sobą nierozerwalnie związane (zob. przypis 88 do niniejszej opinii).

[46] Zobacz uwagi nr 10.10 załączone do projektu traktatu WIPO o prawie autorskim, wyjaśniające, że decydującą czynnością jeśli chodzi o „udostępnianie" jest *czynność inicjująca udostępnianie*, a nie dostarczenie przestrzeni służącej do przechowywania lub świadczenie usługi drogą elektroniczną. Zobacz również J. Koo, The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law, Hart publishing, Oxford, 2019, s. 161, 162.

rolę", o której wspomina Trybunał, i dokonują czynności „publicznego udostępniania". Bez ich udziału pośrednicy nie mieliby czego transmitować, a „publiczność" nie mogłaby korzystać z rozpatrywanych utworów [47].

75. Natomiast usługodawca wykracza poza rolę pośrednika, gdy *bierze aktywny udział w „publicznym udostępnianiu"* utworów [48]. Dzieje się tak, po pierwsze, gdy usługodawca ten dokonuje wyboru transmitowanej treści, określa ją w inny sposób, czy też prezentuje ją publiczności w taki sposób, że jawi się jako jego własna [49]. W takich sytuacjach ów usługodawca, wraz z osobą trzecią, która najpierw dostarczyła treści, dokonuje „udostępnienia" [50]. Po drugie, jest tak w sytuacji gdy ten sam usługodawca, z własnej inicjatywy, ponownie korzysta ze wspomnianego „udostępnienia", retransmitując utwór dla „nowej publiczności" lub przy pomocy „innego pod względem technicznym sposobu przekazu" [51]. We wszystkich tych sytuacjach usługodawca nie ogranicza się do „dostarczania urządzeń" w rozumieniu motywu 27 dyrektywy 2001/29. Odgrywa on w rzeczywistości „nieodzowną rolę" [52], ponieważ w sposób zamierzony decyduje o udostępnieniu danego utworu publiczności [53].

47 Przykładowo w dziedzinie nadawania „publiczne udostępnianie" jest dokonywane przez organizację radiową i telewizyjną, która decyduje o transmitowaniu utworów i która aktywnie inicjuje ich „udostępnienie", włączając je w proces techniczny umożliwiający skierowanie ich transmisji do „publiczności" [zob. podobnie opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, pkt 23) oraz art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy Rady nr 93/83/EWG z dnia 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji niektórych zasad dotyczących prawa autorskiego oraz praw pokrewnych stosowanych w odniesieniu do przekazu satelitarnego oraz retransmisji drogą przewodową (Dz.U. 1993, L 248, s. 15 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 134)]. Natomiast nadawcy, którzy stosują się do instrukcji tej organizacji dokonują „zwykłego dostarczania urządzeń".

48 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, pkt 32–37).

49 Zobacz, jeśli chodzi o Niemcy, orzecznictwo Bundesgerichstof (federalnego trybunału sprawiedliwości) w dziedzinie prawa mediów, w myśl którego usługodawca przyjmuje twierdzenie osoby trzeciej za własne, jeżeli identyfikuje się z nim i włącza je do swojego toku rozumowania w taki sposób, że jawi się ono jako jego własne twierdzenie [zob. w szczególności Bundesgerichsthof (federalny trybunał sprawiedliwości), 17 grudnia 2013 r., VI ZR 211/12, § 19]. Stosowanie takiego podejścia było rozważane w dziedzinie własności intelektualnej [zob. Bundesgerichsthof (federalny trybunał sprawiedliwości), 30 kwietnia 2008 r., I ZR 73/05].

50 Zobacz analogicznie, jeśli chodzi o Zjednoczone Królestwo, sekcja 6, paragraf 3 Copyright, Designs and Patents Act 1988 (ustawa o prawie autorskim, wzorach I patentach z 1988 r.), która stanowi, jeśli chodzi o nadawanie, że osoba lub osoby dokonujące czynności „publicznego udostępniania" to „(a) […] the person transmitting the programme, if he has responsibility to any extent for its contents, and (b) […] any person providing the programme who makes with the person transmitting it the arrangements necessary for its transmission".

51 Zobacz wyrok z dnia 7 marca 2013 r., ITV Broadcasting i in. (C-607/11, EU:C:2013:147). Trybunał orzekł w tym wyroku, że odbieranie przez dany podmiot nadawanego programu i jego równoczesna, niezmieniona i pełna retransmisja przez Internet w trybie *live streaming* stanowi ponowne wykorzystanie tego programu równoznaczne z odrębnym aktem „publicznego udostępnienia", ponieważ ta retransmisja była dokonywana przy pomocy „szczególnego technicznego sposobu przekazu" innego niż nadawanie.

52 Jak wyjaśnię w toku analizy drugich pytań prejudycjalnych, Trybunał interpretuje art. 12–14 dyrektywy 2000/31 w ten sposób, że usługodawca pośredni nie może powoływać się na ustanowione w tych przepisach wyłączenia odpowiedzialności, gdy „odgrywa czynną rolę, która może pozwolić mu na powzięcie wiedzy [na temat informacji dostarczanych przez użytkowników jego usługi] lub na sprawowanie nad nimi kontroli" [zob. wyroki z dnia 23 marca 2010 r. (sprawy połączone C-236/08 i C-238/08 zwany dalej „wyrokiem Google France", EU:C:2010:159, pkt 112–114); z dnia 12 lipca 2011 r. (C-324/09, zwany dalej wyrokiem „L'Oréal/eBay", EU:C:2011:474, pkt 113)]. Proponowane przeze mnie podejście na potrzeby odróżnienia „czynności udostępnienia" od „zwykłego dostarczania urządzeń" jest bliskie temu rozumowaniu i pozwala na spójną interpretację art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 i art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Zobacz podobnie M. Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable*?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 55–57.

53 Przykładowo w sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), przedsiębiorca hotelowy nie ograniczał się do biernego uczestniczenia w transmisji, co do której decyzję podjęła organizacja radiowa i telewizyjna. Z własnej inicjatywy podjął on decyzję o ponownym, niezamierzonym przez tę organizację, wykorzystaniu nadawanego programu, retransmitując go klientom swojego przedsiębiorstwa. Podobnie, jak orzekł Trybunał w wyroku z dnia 13 października 2011 r., Airfield i Canal Digitaal (sprawy połączone C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, pkt 74–82), dostawca pakietu satelitarnego, który łączy dla swoich klientów szereg programów pochodzących od różnych nadawców, nie ogranicza się do „dostawy urządzeń", ponieważ podejmuje aktywne działania, aby zaoferować określonej przez siebie publiczności katalog wyselekcjonowanych przezeń kanałów telewizyjnych. Poza tym, jak orzekł Trybunał w wyroku z dnia 29 listopada 2017 r., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, pkt 37–51), usługodawca, który odbiera nadawane programy i umożliwia użytkownikom jego usługi rejestrowanie „w chmurze" wybranych przez nich programów, również nie ogranicza się do takiej „dostawy". Usługodawca ten uczestniczy bowiem aktywnie w „udostępnianiu", między innymi poprzez dokonywanie selekcji kanałów objętych jego usługą.

76. Z powyższych rozważań wynika, że wbrew temu, co twierdzą F. Peterson i rząd niemiecki, sama okoliczność, iż platformy takie jak YouTube lub Uploaded umożliwiają publiczności dostęp do chronionych utworów, nie sprawia, że ich operatorzy dokonują „publicznego udostępnienia" tych utworów w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 [54].

77. *Przede wszystkim* bowiem, jak podnoszą Google i rząd fiński, skoro rozpatrywane utwory zostały umieszczone online przez użytkowników tych platform [55], ci ostatni odgrywają „nieodzowną rolę" w podaniu ich do publicznej wiadomości. Użytkownicy ci zadecydowali o publicznym udostępnieniu tych utworów za pośrednictwem wspomnianych platform, wybierając odpowiednią opcję w przypadku YouTube i udostępniając w Internecie odpowiednie *download links* w przypadku Uploaded [56]. Bez ich udziału operatorzy tych platform nie mieliby czego transmitować, a „publiczność" nie mogłaby korzystać z rozpatrywanych utworów.

78. *Następnie*, chciałbym przypomnieć, że proces umieszczania pliku online na platformie takiej jak YouTube lub Uploaded, po zainicjowaniu go przez użytkownika, przebiega automatycznie [57], a operator tej platformy nie dokonuje selekcji ani nie określa w inny sposób publikowanych treści. Chciałbym uściślić, że ewentualna uprzednia kontrola dokonywana przez operatora, w tym wypadku zautomatyzowana, według mnie nie stanowi selekcji [58], ponieważ kontrola ta jest ograniczona do wykrywania nielegalnych treści, a zatem nie odzwierciedla woli wspomnianego operatora w zakresie publicznego udostępnienia tych (a nie innych) treści [59].

79. *Wreszcie*, operatorzy ci nie wykorzystują ponownie „publicznych udostępnień" zainicjowanych przez użytkowników ich platform, ponieważ nie retransmitują rozpatrywanych utworów do „nowej publiczności" lub wykorzystując „inny pod względem technicznym sposób przekazu" [60]. Co do zasady mamy do czynienia z pojedynczym „udostępnieniem" – tym, o którym zdecydowali dani użytkownicy.

80. Moim zdaniem wynika z tego, że operatorzy tacy jak YouTube i Cyando co do zasady ograniczają się do dostarczania „urządzeń" opisanego w motywie 27 dyrektywy 2001/29, umożliwiającego użytkownikom ich platform dokonanie „publicznego udostępnienia" (w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy) określonych przez tych użytkowników utworów. W mojej ocenie żaden z argumentów podniesionych przed Trybunałem nie podważa tej wykładni.

54 Podobnie nie jest rozstrzygająca okoliczność, że operatorzy tacy jak YouTube i Cyando przechowują na swoich serwerach chronione utwory oraz że transmitują je, gdy otrzymają żądanie w tym względzie od któregoś z odbiorców.

55 YouTube posiada również kanał, na którym nadaje swoje „własne" treści. Operator ten dokonuje zatem „publicznego udostępniania" tych treści, ponieważ sam je wytworzył lub wyselekcjonował.

56 Zobacz opinię rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, pkt 27).

57 Zobacz pkt 16 i 30 niniejszej opinii.

58 Kontroli a posteriori, jaką sprawują ci operatorzy m. in. w reakcji na otrzymywane przez nich zgłoszenia pochodzące od podmiotów praw autorskich, tym bardziej nie można uznać za taką selekcję.

59 YouTube dokonuje takiej kontroli za pomocą Content ID (zob. pkt 22 niniejszej opinii). Chciałbym podkreślić, że według mnie okoliczność, iż kontrola uprzednia jest dokonywana *w sposób zautomatyzowany*, nie jest elementem rozstrzygającym. Teoretycznie można bowiem wyobrazić sobie proces zatwierdzania lub selekcji przez system komputerowy ustalający przy pomocy algorytmu treści, które w największym stopniu odpowiadają temu, co operator chce posiadać na swojej platformie. Nie jest tak jednak w przypadku zwykłej kontroli legalności.

60 Chciałbym podkreślić, że kryteria „nowej publiczności" oraz „szczególnego technicznego sposobu przekazu" są istotne wyłącznie, jeśli chodzi o późniejsze wykorzystanie pierwotnie udostępnionego utworu. Kryteria te umożliwiają wskazanie wśród późniejszych przypadków korzystania z utworu tych, które należy uznać za „wtórne udostępnienia" (lub „retransmisje") wymagające odrębnego zezwolenia (przykładowo retransmisja drogą przewodową nadawanego programu). Sytuacji tych nie można mylić z sytuacją, w której utwór udostępniony publicznie w przeszłości jest przedmiotem ponownego publicznego udostępnienia, niezależnego od poprzedniego. W tym względzie, zgodnie z art. 3 ust. 1 i 3 dyrektywy 2001/29 każde z tych publicznych udostępnień wymaga zezwolenia, nawet jeżeli obydwa udostępnienia dotyczyłyby tej samej publiczności lub wykorzystywałyby ten sam pod względem technicznym sposób przekazu. W związku z tym nie jest istotne, czy utwory umieszczane online na YouTube lub Uploaded są legalnie dostępne w innej witrynie internetowej. Te dwa umieszczenia online są niezależne od siebie i każde z nich wymaga zezwolenia. Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634).

81. *Po pierwsze*, wbrew temu, co twierdzą F. Peterson, Elsevier oraz rządy niemiecki i francuski uważam, że nie mają znaczenia ani okoliczność, iż operator platformy taki jak YouTube strukturyzuje sposób, w jaki filmy umieszczane online przez użytkowników są prezentowane na platformie, włączając je w standardowy interfejs użytkownika i indeksując w różnych kategoriach, ani okoliczność, że ów operator zapewnia funkcję wyszukiwania i opracowuje wyniki wyszukiwania, które są podsumowywane na stronie startowej w postaci klasyfikacji filmów w różnych kategoriach [61].

82. Chciałbym w tym względzie zauważyć, że to ustrukturyzowanie prezentacji oraz te różne funkcje mają na celu udoskonalenie organizacji platformy, ułatwienie korzystania z niej, a przez to optymalizację dostępu do przechowywanych filmów wideo. Otóż zawarty w motywie 27 dyrektywy 2001/29 wymóg, zgodnie z którym usługodawca nie dokonuje czynności „publicznego udostępniania", jeżeli ogranicza się do „zwykłego" dostarczenia urządzeń, według mnie nie oznacza, że usługodawca ten nie może optymalizować dostępu do treści transmitowanych poprzez organizację swoich usług [62]. Nie istnieje bowiem wymóg, by „urządzenie" samo w sobie było „zwykłe (proste)". W mojej ocenie nie ma zatem znaczenia okoliczność, że platforma online charakteryzuje się pewnym stopniem zaawansowania, którego celem jest ułatwienie korzystania z niego. Moim zdaniem granicą, której usługodawca nie może przekroczyć, jest czynny udział w publicznym udostępnianiu utworów, do którego nawiązano w pkt 75 niniejszej opinii.

83. Ustrukturyzowanie przedstawianych treści oraz podobne funkcje w mojej ocenie nie mogą świadczyć o tym, że operator przekracza tę granicę. Nie wskazują one w szczególności na to, że operator określa treści, które użytkownicy umieszczają online na platformie. Nie można zwłaszcza mylić optymalizacji dostępu do treści z optymalizacją samych treści. Wyłącznie w tym drugim przypadku operator określa rodzaj tych treści [63]. Ponadto okoliczność, że platforma taka jak YouTube zawiera standardowy interfejs użytkownika nie pozwala według mnie na stwierdzenie, iż jej operator prezentuje publiczności treści w taki sposób, że jawią się one jako jego własne, tym bardziej że ów interfejs wskazuje w przypadku każdego filmu, który użytkownik umieścił go online.

84. *Po drugie*, okoliczność, że zarejestrowani użytkownicy platformy takiej jak YouTube otrzymują przegląd „rekomendowanych filmów", według mnie także nie ma decydującego znaczenia. Nie można zaprzeczyć, że te rekomendacje wywierają wpływ na treści, które przeglądają ci użytkownicy. Jednakże skoro wspomniane rekomendacje są generowane automatycznie na podstawie filmów wcześniej odtwarzanych przez tego użytkownika, a ich jedynym celem jest ułatwienie mu dostępu do podobnych filmów, nie odzwierciedlają one decyzji operatora co do publicznego udostępnienia danego utworu. W każdym razie faktem jest, że ów operator nie określa uprzednio, jakie utwory są dostępne na jego platformie.

[61] Zagadnienie to nie powstaje w przypadku platformy takiej jak Uploaded, która nie dysponuje funkcjami wyszukiwania lub indeksowania przechowywanych plików. W tym kontekście nie przekonuje mnie argument podniesiony przez Elsevier i rząd niemiecki, zgodnie z którym brak tych funkcji nie jest decydujący ze względu na to, że inne witryny internetowe pełniące funkcję zbiorów linków umożliwiają odbiorcom odnalezienie utworów, które zamierzają pobrać, wśród przechowywanych w ten sposób treści. Niezależnie od tego, że w mojej ocenie wspomniane funkcje nie są istotne dla ustalenia, czy usługodawca dokonuje „publicznego udostępnienia", wydaje mi się oczywiste, iż należy w tym względzie brać pod uwagę *działania tego usługodawcy*, a nie działania osób trzecich, z którymi nie łączą go żadne relacje.

[62] Przeciwnie, ułatwianie kontaktu między osobami trzecimi pragnącymi udostępnić dane treści a publicznością jest charakterystyczne dla pośrednika. Zobacz OCDE, The Economic and Social Role of Internet Intermediaries, kwiecień 2010, s. 15.

[63] Poza tym, wbrew temu, co twierdzi Elsevier, okoliczność, że operator taki jak YouTube konwertuje filmy umieszczone online na kilka formatów, aby dostosować je do różnych czytników i prędkości połączeń, według mnie nie jest istotna. Są to bowiem czynności techniczne mające na celu umożliwienie i ułatwienie transmisji danych, a tym samym odtwarzania tych filmów przez odbiorców na ich przeglądarkach (lub w dedykowanej aplikacji). Nie można utożsamiać takich czynności technicznych z modyfikacją treści przez usługodawcę. Zobacz w drodze analogii wyrok z dnia 13 października 2011 r., Airfield i Canal Digitaal (sprawy połączone C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, pkt 60, 61).

85. *Po trzecie*, wbrew temu, co twierdzą F. Peterson i Elsevier, okoliczność, że operator taki jak YouTube, w ogólnych warunkach korzystania z jego platformy przewiduje, że każdy użytkownik udziela mu ogólnoświatowej, niewyłącznej i nieodpłatnej licencji na korzystanie z filmów, które umieszcza online, nie podważa proponowanej przeze mnie wykładni. Postanowienie tego rodzaju [64] zezwalające operatorowi platformy na rozpowszechnianie treści umieszczanych online przez jej użytkowników, na mocy którego zamierza on ponadto nabywać w sposób automatyczny i systematyczny prawa do ogółu tych treści [65], samo w sobie nie świadczy bowiem o tym, że ten operator bierze czynny udział w „publicznym udostępnianiu" utworów, do którego nawiązano w pkt 75 niniejszej opinii. Właśnie dlatego, że postanowienie to stosuje się w sposób systematyczny i automatyczny do wszelkich treści umieszczanych online, nie może ono świadczyć o tym, że ów operator określa przekazywane treści. Natomiast gdy ten sam operator na podstawie wspomnianej licencji ponownie wykorzystuje treści umieszczone online przez użytkowników platformy [66], w tym zakresie dokonuje on czynności „publicznego udostępnienia".

86. *Po czwarte*, nie przekonuje mnie również argument F. Petersona i Elsevier, zgodnie z którym model gospodarczy przyjęty przez operatorów takich jak YouTube lub Cyando świadczy o tym, że ci ostatni nie ograniczają się do „dostarczania urządzeń" w rozumieniu motywu 27 dyrektywy 2001/29, lecz dokonują „publicznego udostępniania" utworów umieszczanych online przez użytkowników ich platform. Powodowie w postępowaniu głównym podnoszą w tym względzie, że czerpane przez tych operatorów przychody generowane między innymi przez sprzedaż czasu reklamowego (model „YouTube") lub abonamentu (model „Cyando"), nie stanowią odpłatności za usługi techniczne – ci ostatni w szczególności nie żądają od użytkowników zapłaty za samą przestrzeń do przechowywania – lecz zależą od atrakcyjności treści umieszczanych online na ich platformach. W przypadku YouTube uzyskiwane przychody z reklam są bowiem tym wyższe im wyższa jest liczba odwiedzin platformy, a w przypadku Cyando perspektywa uzyskania możliwości łatwego wielokrotnego pobierania atrakcyjnych treści skłania internautów do wykupywania abonamentu.

87. Ogólnie rzecz biorąc, zarobkowy cel działalności usługodawcy jest moim zdaniem okolicznością o raczej względnej użyteczności na potrzeby rozróżnienia czynności „publicznego udostępniania" od takiego „dostarczania". Po pierwsze, należy przypomnieć, że Trybunał po głębszym namyśle [67] orzekł w wyroku Reha Training [68] (według mnie słusznie), że zarobkowy charakter *nie stanowi kryterium* odnoszącego się do pojęcia „publicznego udostępniania", lecz może być brany pod uwagę przy ustalaniu ewentualnego wynagrodzenia lub odszkodowania

64 Z przeprowadzonych przeze mnie badań wynika, że podobnie postanowienie można często znaleźć w ogólnych warunkach korzystania z platform online. Zobacz między innymi ogólne warunki Facebooka (wersja z dnia 31 lipca 2019 r., pkt 3.3. „Pozwolenia udzielone nam przez użytkowników" dostępne pod następującym adresem internetowym https://m.facebook.com/terms?locale=pl_PL).

65 Można się zastanawiać nad zgodnością takiego postanowienia i szerokiej licencji na korzystanie z utworu, jaką przewiduje, z innymi przepisami prawa własności intelektualnej, czy też, w odniesieniu do użytkowników niebędących profesjonalistami, z unijnym prawem ochrony konsumentów. Jednakże kwestia ta wykracza poza przedmiotowy zakres niniejszej opinii. Ograniczę się do wskazania, że jeśli chodzi o użytkowników profesjonalnych, przepisy w tej materii są aktualnie zawarte w art. 3 ust. 1 lit. e) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz.U. 2019, L 186, s. 57).

66 Mam tu na myśli m. in. kompilacje takie jak „YouTube Rewind".

67 Trybunał kolejno najpierw pozostawił bez rozpoznania zagadnienie, czy istnienie „publicznego udostępniania" zależy od charakteru zarobkowego tej czynności [zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 44)]; następnie orzekł ogólnie, że okoliczność ta „nie jest bez znaczenia" [zob. wyrok z dnia 4 października 2011 r., Football Association Premier League i in. (sprawy połączone C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 204–206)]; później uznał w sposób jednoznaczny, że charakter zarobkowy stanowi „kryterium" odnoszące się do pojęcia „publicznego udostępniania", a jego brak wyklucza takie „udostępnienie" [zob. podobnie wyrok z dnia 15 marca 2012 r., SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, pkt 97–99)], aż wreszcie stwierdził, że zarobkowy charakter „nie jest […] konieczny" i „nie ma decydującego znaczenia" w tym względzie [wyrok z dnia 7 marca 2013 r., ITV Broadcasting i in. (C-607/11, EU:C:2013:147, pkt 42, 43)].

68 Wyrok z dnia 31 maja 2016 r. (C-117/15, EU:C:2016:379, pkt 49 i 62–64).

należnego twórcy z tytułu takiego „udostępnienia”[69]. Zatem zarobkowy charakter może co najwyżej stanowić *wskazówkę* co do istnienia takiego „udostępnienia”[70]. Działanie usługodawcy w celu zarobkowym stanowi tym mniej użyteczną wskazówkę na potrzeby przeprowadzenia takiego rozróżnienia, że z drugiej strony dostarczenie takiego „urządzenia” umożliwiającego dokonanie „publicznego udostępnienia” jest co do zasady dokonywane w takim celu[71]. W szczególności przeważająca większość pośredników internetowych świadczy swoje usługi za wynagrodzeniem.

88. Dokładniej rzecz ujmując, okoliczność, że wynagrodzenie pobierane przez operatorów takich jak YouTube i Cyando zależy od atrakcyjności treści publikowanych na ich platformach przez ich użytkowników, nie pozwala na stwierdzenie, że operatorzy ci sami dokonują „publicznego udostępniania” utworów, które mogą się tam znaleźć. Przypomnę, że według mnie decydującym kryterium jest to, czy usługodawca bierze czynny udział w tym „udostępnieniu”, co zostało wyjaśnione w pkt 75 niniejszej opinii. Okoliczność ta sama w sobie nie pozwala zaś moim zdaniem na wykazanie, że kryterium to jest spełnione[72].

89. Proponowana przeze mnie wykładnia znajduje moim zdaniem potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału dotyczącym prawa znaków towarowych. Przypomnę w tym względzie, że w wyroku Google France Trybunał orzekł, w składzie wielkiej izby, że użycie w charakterze słów kluczowych w ramach usługi odsyłania w Internecie, takiej jak świadczona przez Google usługa AdWords, oznaczeń identycznych ze znakiem towarowych lub podobnych do niego bez zgody właścicieli tych znaków, stanowi niedozwolony sposób używania tych znaków towarowych w rozumieniu prawa Unii. Jednakże podmiotem, który używa znaków towarowych w ten sposób jest użytkownik usługi odsyłania, który wybrał te oznaczenia jako słowa kluczowe, a nie usługodawca, który ogranicza się do dostarczenia użytkownikowi środków w tym celu. Okoliczność, że ten usługodawca otrzymuje wynagrodzenie od swoich klientów za używanie tego rodzaju oznaczeń, nie jest istotna. W ocenie Trybunału „[f]akt stworzenia technicznych warunków niezbędnych do używania oznaczenia i pobierania za tę usługę wynagrodzenia nie oznacza bowiem, że podmiot świadczący taką usługę sam używa wspomnianego oznaczenia”[73].

90. Podobnie w wyroku L’Oréal/eBay Trybunał orzekł, także w składzie wielkiej izby, że używanie w ofertach sprzedaży publikowanych na internetowych platformach handlowych oznaczeń odpowiadających znakom towarowym bez zgody ich właścicieli stanowi niedozwolony sposób używania tych znaków towarowych. Niemniej jednak również i w tym przypadku to nie operator

[69] W świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 obojętne jest bowiem to, czy „publiczne udostępnienie” ma charakter zarobkowy, czy też nie. Jak wskazałem, istnienie takiego udostępnienia stanowi okoliczność obiektywną. Poza tym, skoro przepis ten przyznaje twórcy prawo wyłączne, każde „publiczne udostępnienie” utworu dokonane przez osobę trzecią bez jego zezwolenia co do zasady narusza to prawo niezależnie od tego, czy ta osoba trzecia działa w celu zarobkowym, czy też nie. Artykuł 5 ust. 3 lit. a), b) i j) tej dyrektywy upoważnia jednakże państwa członkowskie do ustanowienia wyjątków dla pewnych „udostępnień”, które nie są realizowane w celu zarobkowym.

[70] Przykładowo okoliczność, że dana osoba rozpowszechnia utwory w celach zarobkowych może wskazywać, że nie czyni tego dla zamkniętej grupy, lecz dla ogółu osób, czyli „publiczności”. Ten status zwykłej wskazówki wyjaśnia według mnie, dlaczego Trybunał w kilku wyrokach scharakteryzował pewne czynności jako „publiczne udostępnienie”, pomijając kwestię zarobkowego charakteru. Zobacz wyroki z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76); z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110); z dnia 29 listopada 2017 r., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913); z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634); z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

[71] Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, pkt 43, 44).

[72] Zresztą przychody z reklam uzyskiwane przez platformę taką jak YouTube zależą od popularności platformy w ramach wszystkich możliwych sposobów korzystania z niej. Jednocześnie abonamenty takie jak te oferowane przez Cyando dają różnorodne korzyści, jeśli chodzi o pobieranie treści, lecz również, jak się wydaje, jeśli chodzi o pojemność przechowywania. W tym kontekście granica oddzielająca „wynagrodzenie za usługę” od „wynagrodzenia za treść” wydaje mi się płynna. Natomiast, jak orzekł Trybunał w wyroku z dnia 13 października 2011 r., Airfield i Canal Digitaal (sprawy połączone C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, pkt 80), opłata abonamentowa uiszczana przez odbiorców na rzecz dostawcy pakietu satelitarnego jest (bezsprzecznie) wynagrodzeniem za dostęp do utworów udostępnianych drogą satelitarną.

[73] Zobacz wyrok Google France, pkt 50–57, a także 104.

internetowej platformy handlowej, lecz użytkownicy, którzy publikowali te oferty, używają tych znaków. W istocie, jako że ów operator ogranicza się do umożliwiania użytkownikom swojego serwisu umieszczania online takich ofert i, w danym przypadku, używania tego rodzaju oznaczeń na tej platformie handlowej, to nie on sam używa tych oznaczeń [74].

91. Tymczasem bezsporne jest, że w szczególności eBay strukturyzuje ogólny sposób prezentacji ogłoszeń użytkowników-sprzedających, indeksuje te ogłoszenia w różnych kategoriach, a także posiada funkcję wyszukiwania. Operator ten rekomenduje w sposób automatyczny użytkownikom-kupującym oferty podobne do tych, które poprzednio przeglądali. Ponadto wynagrodzenie operatorów, których dotyczą sprawy zakończone wyrokami Google France i L'Oréal/eBay, zależy od atrakcyjności treści dostarczanych przez użytkowników ich usług. Wynagrodzenie Google, w ramach usługi AdWords, zależy od liczby kliknięć w linki reklamowe zawierające słowa kluczowe wybrane przez użytkowników-reklamodawców [75]. eBay pobiera określoną procentowo prowizję od transakcji zrealizowanych w następstwie ofert sprzedaży zamieszczonych na tej internetowej platformie handlowej [76]. Te różne okoliczności nie jawiły się najwidoczniej w ocenie Trybunału jako decydujące, czy chociażby istotne, skoro nawet o nich nie *wspomniał* w swoim rozumowaniu. Zastanawiam się zatem, z jakich powodów w niniejszych sprawach miałoby im zostać przypisane znaczenie sugerowane przez stronę powodową w postępowaniu głównym [77].

92. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania pierwsze w ten sposób, że operator platformy do udostępniania filmów wideo oraz operator platformy do przechowywania i udostępniania plików nie dokonują czynności „publicznego udostępnienia" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, gdy użytkownik takiej platformy umieszcza na niej online chroniony utwór.

93. W konsekwencji operatorów tych nie można uznać za *bezpośrednio odpowiedzialnych* na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, w sytuacji gdy osoby trzecie podają chronione utwory do publicznej wiadomości za pośrednictwem ich platform bez uprzedniego zezwolenia podmiotów praw autorskich i gdy nie znajdują zastosowania przewidziane wyjątki lub ograniczenia. Wniosek ten nie wyklucza możliwości ponoszenia przez wspomnianych operatorów pewnego rodzaju *wtórnej odpowiedzialności*. Kwestię tę należy jednakże przeanalizować w świetle ustanowionych przez państwa członkowskie przepisów dotyczących odpowiedzialności cywilnej, które powinny respektować ograniczenia nałożone w art. 14 i 15 dyrektywy 2000/31 [78].

74 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 98–105. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, pkt 34–48).

75 Zobacz wyrok Google France, pkt 25.

76 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 28, 110.

77 Poza tym, analogicznie, w wyroku z dnia 16 lutego 2012 r., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, w szczególności w pkt 27, 40) Trybunał wyszedł z założenia, że operator platformy sieci społecznościowej ogranicza się do dostarczenia usługi umożliwiającej użytkownikom tej platformy publiczne udostępnianie utworów w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Nie dostrzegam powodu, dla którego w niniejszej sprawie miałbym zastosować inne podejście.

78 Zobacz analogicznie wyrok Google France, pkt 57; wyrok L'Oréal/eBay, pkt 104; a także wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, pkt 49).

2. W przedmiocie ustalenia, że art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 nie reguluje odpowiedzialności wtórnej osób ułatwiających dokonywanie przez osoby trzecie bezprawnych czynności „publicznego udostępniania”

94. Na wstępie należy przede wszystkim przypomnieć, że w wyroku GS Media Trybunał orzekł, zgodnie z linią orzeczniczą zapoczątkowaną jego wyrokiem Svensson i in.[79], że fakt umieszczenia w witrynie internetowej hiperłączy odsyłających do utworów opublikowanych bezprawnie w innej witrynie internetowej może stanowić „publiczne udostępnienie” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Trybunał uznał w istocie, że umieszczając takie linki, dana osoba odgrywa „nieodzowną rolę”, ponieważ umożliwia publiczności „bezpośredni dostęp” do tych utworów. Jednakże takie umieszczanie linków stanowi publiczne udostępnianie wyłącznie pod warunkiem, że zostanie wykazane, iż osoba, która tego dokonała *wiedziała lub powinna była wiedzieć*, że linki te dają dostęp do bezprawnie opublikowanych utworów, przy czym w przypadku gdy osoba ta działa w celu zarobkowym, istnieje domniemanie, że posiadała taką wiedzę[80].

95. Następnie w wyroku Stichting Brein I („Filmspeler”) Trybunał orzekł, że sprzedaż odtwarzacza multimedialnego, na którym preinstalowane zostały dodatkowe moduły (wtyczki) zawierające hiperłącza do serwisów internetowych rozpowszechniających bezprawnie, w trybie *streamingu*, chronione utwory stanowi „publiczne udostępnienie”. Trybunał uznał w tej sprawie, że sprzedawca tego odtwarzacza nie ogranicza się do „dostarczania urządzeń”, lecz przeciwnie, odgrywa „nieodzowną rolę” w udostępnianiu utworów z tego względu, że bez preinstalowanych przez niego w tym odtwarzaczu dodatkowych modułów „korzystanie przez […] nabywców z chronionych utworów byłoby utrudnione”, ponieważ rozpatrywane serwisy streamingowe nie są szerzej znane publiczności. Poza tym Trybunał oparł się na okoliczności, że sprzedawca wspomnianego odtwarzacza *wiedział* o tym, iż te dodatkowe moduły pozwalają uzyskać dostęp do utworów rozpowszechnianych *bezprawnie* w Internecie[81].

96. Wreszcie w wyroku Stichting Brein II („The Pirate Bay”) Trybunał orzekł, że „publicznym udostępnianiem” jest udostępnianie platformy internetowej – i administrowanie nią – służącej do przechowywania i indeksowania plików torrent umieszczanych online przez jej użytkowników, umożliwiającej im wymianę i pobieranie chronionych utworów w ramach sieci *peer-to-peer*. Zdaniem Trybunału administratorzy tej platformy nie ograniczali się do „zwykłego dostarczania urządzeń”, lecz odgrywali „nieodzowną rolę” w udostępnianiu utworów, ponieważ oferowali w ramach platformy różne środki, w tym funkcję wyszukiwania i indeks przechowywanych plików torrent, ułatwiające zlokalizowanie tych plików. Zatem bez ich udziału „wspomniane utwory nie mogłyby być udostępniane przez użytkowników lub, przynajmniej, ich udostępnianie w Internecie byłoby trudniejsze”. Także i w tym przypadku Trybunał podkreślił okoliczność, że administratorzy wspomnianej platformy *wiedzieli*, iż udostępnianie utworów dokonywane za pośrednictwem tej platformy odbywało się najczęściej *w sposób bezprawny*[82].

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

80 Zobacz wyrok GS Media, pkt 40–51.

81 Zobacz wyrok Stichting Brein I („Filmspeler”), pkt 41–51.

82 Zobacz wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay”), pkt 35–46.

97. Jak wyjaśniłem w pkt 56 niniejszej opinii, a także jak wskazuje motyw 23 dyrektywy 2001/29 i jak wielokrotnie orzekał Trybunał [83], „publiczne udostępnianie" w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy oznacza transmisję utworu skierowaną do publiczności. Wspomniany motyw precyzuje ponadto w tym względzie, że przepis ten „nie [powinien] obejmować żadnych innych działań". O ile w sytuacji podania do publicznej wiadomości wystarczy, aby dana osoba dała publiczności dostęp do utworu, o tyle dostęp ten powinien obejmować, jak wyjaśniłem w pkt 57 niniejszej opinii, *możliwość transmisji* tego utworu na żądanie danego odbiorcy.

98. Jednakże żadna z czynności rozpatrywanych w trzech wyrokach analizowanych w niniejszej części opinii nie polega według mnie na rzeczywistym lub potencjalnym transmitowaniu utworu skierowanym do publiczności. Wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay") dostarcza w tym względzie najbardziej reprezentatywnego przykładu. Skoro utwory wymieniane w sieci *peer-to-peer* nie były publikowane na spornej platformie, jej administratorzy nie mieli praktycznej możliwości ich transmitowania skierowanego do publiczności. Platforma ta w rzeczywistości jedynie *ułatwiała* transmisje dokonywane przez jej użytkowników w tej sieci [84]. To samo dotyczy wyroków GS Media i Stichting Brein I („Filmspeler"). Umieszczanie hiperłączy i sprzedaż spornego odtwarzacza multimedialnego, których dotyczyły te wyroki, *ułatwiały* dostęp do utworów bezprawnie podawanych do publicznej wiadomości w rozpatrywanych serwisach internetowych [85].

99. Podsumowując, w wyrokach tych Trybunał, moim zdaniem, włączył w zakres stosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 czynności, które – ściśle rzecz biorąc – nie stanowią rzeczywistej lub potencjalnej transmisji utworów, lecz *ułatwiają* realizowanie takich bezprawnych transmisji przez osoby trzecie [86].

100. Poza tym Trybunał w tych samych wyrokach połączył z pojęciem „publicznego udostępniania" kryterium odnoszące się do *wiedzy o bezprawności*. Otóż, jak podniosły Elsevier i rząd francuski, co do zasady pojęcie to nie wiąże się z takim kryterium. O ile Trybunał niezmiennie orzeka, że istnienie takiego udostępnienia wymaga, aby dana osoba działała „z pełną świadomością konsekwencji swoich działań", „celowo", „w sposób zamierzony", czy też „ukierunkowany" [87], o tyle – jak wyjaśniłem w pkt 72 niniejszej opinii – wszystkie te pojęcia mają według mnie zasadniczo na celu wskazanie, że „publiczne udostępnianie" zakłada *wolę*

[83] Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 4 października 2011 r., Football Association Premier League i in. (sprawy połączone C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 193); z dnia 31 maja 2016 r., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, pkt 38); a także z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 49 i 62). W wyroku z dnia 24 listopada 2011 r., Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, pkt 40) Trybunał również orzekł, że art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 nie obejmuje czynności, które nie wiążą się z „transmisją" lub „retransmisją" utworu.

[84] Uściślę, że odpowiedzialność użytkowników sieci *peer-to-peer* na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 jest przedmiotem zawisłej sprawy C-597/19, M.I.C.M.

[85] Kwestia hiperłączy wykracza poza przedmiotowy zakres niniejszej opinii. Trybunał będzie miał sposobność ponownego zbadania tego zagadnienia w zawisłej sprawie C-392/19, VG Bild-Kunst.

[86] Zobacz w tym kontekście opinię rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie GS Media (C-160/15, EU:C:2016:221, pkt 54–61). Poza tym w pkt 26 wyroku Stichting Brein II („The Pirate Bay") Trybunał zmodyfikował pierwotną definicję „nieodzownej roli", rozumiejąc ją odtąd jako podejmowanie przez daną osobę „[działań] – z pełną świadomością ich konsekwencji – mając[ych] na celu udzielenie swoim klientom dostępu do chronionego utworu, w szczególności w sytuacji gdy wobec braku takich działań [jej] klienci nie mogliby korzystać z nadawanego utworu lub to korzystanie *byłoby znacznie utrudnione*" (wyróżnienie moje).

[87] Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 7 grudnia 2006 r., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, pkt 42); z dnia 4 października 2011 r., Football Association Premier League i in. (sprawy połączone C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 194); z dnia 15 marca 2012 r., SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, pkt 91, 94); a także z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 26).

transmitowania utworu skierowanego do publiczności [88]. Kwestia ta odróżnia się a priori od kwestii ustalenia, czy osoba dokonująca „publicznego udostępnienia" utworu bez zezwolenia twórcy ma wiedzę o tym, że takie „udostępnienie" jest co do zasady bezprawne.

101. W tym względzie, jak wyjaśniłem w pkt 64 niniejszej opinii, zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 istnienie „publicznego udostępnienia" jest – z zastrzeżeniem rozróżnienia, o którym mowa w poprzednim punkcie – powszechnie uznawane za *okoliczność obiektywną*. Zgodny z prawem lub bezprawny charakter tego „udostępnienia" nie zależy także, zasadniczo, od wiedzy dokonującej go osoby, lecz przede wszystkim od tego, czy twórca zezwolił na wspomniane „udostępnienie" [89]. Natomiast wiedza tej osoby jest uwzględniana na etapie sankcji i odszkodowań, jakie mogą zostać orzeczone w stosunku do niej. W szczególności z art. 13 dyrektywy 2004/48 wynika, że osoba, która naruszyła prawo własności intelektualnej *świadomie lub mając rozsądne podstawy do posiadania takiej wiedzy*, obowiązana jest do wypłacenie podmiotowi uprawnionemu odszkodowań odpowiednich do rzeczywistego uszczerbku, jaki ten poniósł w wyniku naruszenia. Natomiast gdy dana osoba dopuszcza się takiego naruszenia *bez swojej wiedzy lub nie mając rozsądnych podstaw do posiadania takiej wiedzy*, może zostać orzeczona łagodniejsza sankcja w postaci zwrotu zysków osiągniętych przez tę osobę albo wypłaty odszkodowań, zależnie od ustalenia [90].

102. To, że dana osoba – w szczególności usługodawca będący pośrednikiem – świadomie ułatwia osobom trzecim dokonywanie bezprawnych czynności „publicznego udostępnienia", jest oczywiście postępowaniem nagannym. Jednakże przyjmuje się powszechnie, że chodzi tu o kwestię *odpowiedzialności wtórnej*, objętej przepisami dotyczącymi odpowiedzialności cywilnej ustanowionymi przez państwa członkowskie [91]. Ta odpowiedzialność wtórna za naruszenia prawa autorskiego popełnione przez osoby trzecie wiąże się co do zasady z elementem o charakterze podmiotowym, jakim jest wiedza o bezprawności lub zamiar. [92]

103. Otóż według mnie, skoro art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 harmonizuje zakres przedmiotowy prawa do „publicznego udostępniania", to określa on czynności objęte tym prawem wyłącznym i, w tej mierze, *odpowiedzialność pierwotną*, jaką ponoszą osoby dokonujące bezprawnie takich czynności. Natomiast żaden element w treści tego przepisu lub pozostałych przepisów tej dyrektywy nie wskazuje, że jej celem jest regulowanie takich zagadnień jak *odpowiedzialność*

88 Przypadkowe transmitowanie utworu skierowane do publiczności – przykładowo muzyka nadawana z prywatnego mieszkania przez głośniki nastawione na wysoką głośność, którą osoby przechodzące słyszą z ulicy – nie stanowi zatem „publicznego udostępnienia". Zamierzony charakter udostępnienia wynika z obiektywnych okoliczności związanych z samym charakterem działania danej osoby. Wyjaśnia to dlaczego, poza wyrokami GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The Pirate Bay"), Trybunał nigdy nie badał tej kwestii odrębnie i słusznie przedstawiał ją jako nierozerwalnie związaną z kwestią „nieodzownej roli" danej osoby.

89 Zobacz analogicznie opinia rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2016:938, pkt 71).

90 Poza tym niektóre środki przewidziane w dyrektywie 2004/48 dotyczą wyłącznie działań prowadzonych w skali handlowej, a zatem nie obejmują działań prowadzonych przez działających w dobrej wierze konsumentów końcowych. Zobacz motyw 14 oraz art. 6 ust. 2, art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 2 tej dyrektywy.

91 W Niemczech odpowiedzialność z tytułu współuczestnictwa została przewidziana w art. 830 Bürgerliches Gesetzbuch (kodeksu cywilnego) (zwanego dalej „BGB") (zob. na ten temat moją analizę pytań prejudycjalnych piątego i szóstego). W Zjednoczonym Królestwie czyn taki jak zezwalanie, dostarczanie środków lub nakłanianie do naruszania praw własności intelektualnej stanowi delikt (*tort*) (zob. R. Arnold i P.S. Davies, „Accessory liability for intellectual property infringement: the case of authorization", Law Quarterly Review, nr 133, 2017, s. 442–468). Zobacz także analogicznie w Stanach Zjednoczonych przepisy dotyczące *contributory infringement* (zob. J.C. Ginsburg, „Separating the *Sony* Sheep from the *Grokster* Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs", *Arizona Law Review*, vol. 50, 2008, s. 577–609).

92 Zobacz w szczególności M. Leistner, „Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, vol. 12, nr 2, s. 136–149; C. Angelopoulos, „Communication to the public and accessory copyright infringement", *Cambridge Law Journal*, 2017, vol. 76, nr 3, s. 496–499; J. Koo, op.cit., s. 117; A. Ohly, „The broad concept of »communication to the public« in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, vol. 13, nr 8, s. 664–675.

wtórna[93]. Jest to tym bardziej zauważalne, że prawodawca Unii, gdy zamierza uregulować te zagadnienia w przyjmowanych przez siebie aktach prawnych, daje temu wyraz w sposób jednoznaczny[94].

104. Z tych względów z rezerwą odnoszę się do toku rozumowania przyjętego przez Trybunał w wyrokach GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The Pirate Bay"). Niezależnie od tego, czy pożądane byłoby istnienie na poziomie Unii jednolitego rozwiązania odnoszącego się do działania osób, które w sposób zamierzony ułatwiają osobom trzecim dokonywanie czynów bezprawnych, i nawet jeżeli taka jednolitość przyczyniałaby się do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony prawa autorskiego, faktem jest według mnie, że w obecnym stanie prawo Unii, nie przewiduje takiego rozwiązania[95]. Prawodawca Unii musiałby wprowadzić do prawa Unii zasady dotyczące odpowiedzialności wtórnej.

105. Chciałbym podkreślić, że umieszczanie hiperłączy odsyłających do utworów opublikowanych bezprawnie w witrynie internetowej dokonywane z całą świadomością tej bezprawności, sprzedaż odtwarzacza takiego jak „Filmspeler" oraz administrowanie platformą taką jak „The Pirate Bay" powinny oczywiście podlegać karom. Do uzyskania takiego efektu nie jest jednak konieczne, aby obejmować takie działania zakresem stosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. W mojej ocenie odpowiedzi na takie działania można i należy szukać w prawie cywilnym państw członkowskich tudzież w prawie karnym tych państw. Proponowana przeze mnie wykładnia nie pozostawia zatem twórców bez ochrony w tym względzie.

106. Przypominam zresztą, że w wyrokach Google France i L'Oréal/eBay Trybunał postanowił nie rozszerzać w dziedzinie prawa znaków towarowych zakresu odpowiedzialności pierwotnej na działania pośredników, którzy mogą przyczyniać się do naruszeń praw do znaków towarowych popełnianych przez osoby korzystające z ich usług. Trybunał słusznie wskazał, że kwestię tę należy rozstrzygnąć na podstawie ustanowionych przez państwa członkowskie przepisów dotyczących odpowiedzialności cywilnej oraz zgodnie z ograniczeniami zawartymi w dyrektywie 2000/31[96]. Zastanawiam się zatem, czy istnieje potrzeba zmiany tego podejścia w dziedzinie prawa autorskiego, skoro w obydwu tych dziedzinach poziom harmonizacji prawa Unii jest analogiczny i służy temu samemu celowi, jakim jest wysoki poziom ochrony własności intelektualnej.

93 Z wyjątkiem jednakże zasad odnoszących się do nakazów przeciwko pośrednikom przewidzianych w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 (zob. moja analiza czwartych pytań prejudycjalnych).

94 W wielu dyrektywach znajdują się przepisy zobowiązujące państwa członkowskie do uznania za przestępstwo czynów takich jak podżeganie lub pomocnictwo w popełnieniu czynów, których penalizację w ich podstawowej formie mają na celu te dyrektywy. Zobacz w szczególności art. 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz.U. 2011, L 335, s. 1); art. 8 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącej ataków na systemy informatyczne i zastępującej decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (Dz.U. 2013, L 218, s. 8); art. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/57/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie sankcji karnych za nadużycia na rynku (dyrektywa w sprawie nadużyć na rynku) (Dz.U. 2014, L 173, s. 179); art. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii (Dz.U. 2017, L 198, s. 29); art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1673 z dnia 23 października 2018 r. w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawnokarnych (Dz.U. 2018, L 284, s. 22).

95 Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawach połączonych Google France i Google (od C-236/08 do C-238/08, EU:C:2009:569, pkt 48); opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie L'Oréal i in. (C-324/09, EU:C:2010:757, pkt 55, 56); a także opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, pkt 3).

96 Zobacz wyrok Google France, pkt 57; wyrok L'Oréal/eBay, pkt 104.

3. Pomocniczo – w przedmiocie ustalenia, czy operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando ułatwiają w sposób zamierzony dokonywanie bezprawnych czynów przez osoby trzecie

107. Na wypadek gdyby Trybunał, mimo zastrzeżeń, które sformułowałem w poprzedniej części opinii, uznał za właściwe wykorzystanie w niniejszych sprawach ram analizy zastosowanych w wyrokach GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pomocniczo zbadałem niniejsze sprawy pod kątem tych ram analizy.

108. Zgodnie z moim rozumieniem tych wyroków udział danej osoby – innej niż osoba, która podjąwszy decyzję co do tej transmisji, dokonała właściwej czynności „publicznego udostępnienia" – w transmitowaniu utworu skierowanym do publiczności należy uznać za tożsamy z tego rodzaju czynnością „udostępnienia", jeżeli spełnione są dwa kryteria.

109. *Po pierwsze*, osoba ta powinna odgrywać „nieodzowną rolę" w tej transmisji. Zgodnie z rozumieniem tego pojęcia przyjętym we wspomnianych wyrokach z taką „rolą" mamy do czynienia, gdy dana osoba ułatwia tę transmisję[97]. W niniejszej sprawie jest oczywiste, że kryterium to jest spełnione, jeśli chodzi o operatorów takich jak YouTube i Cyando.

110. *Po drugie*, udział wspomnianej osoby powinien mieć „charakter zamierzony", co należy rozumieć w ten sposób, że powinna ona posiadać wiedzę o bezprawnym charakterze ułatwianego przez nią udostępnienia. Sposób, w jaki należy interpretować to kryterium w niniejszych sprawach, jest zdecydowanie mniej oczywisty. Problem wynika z braku uregulowania w prawie Unii odnoszącego się do tej strony podmiotowej czynu. Mogę więc wyłącznie spekulować, w oparciu o wskazówki wynikające z wyroków GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The Pirate Bay"), z orzecznictwa sądów krajowych w przedmiocie odpowiedzialności wtórnej oraz z logiki rządzącej przesłankami, jakie muszą spełnić usługodawcy będący pośrednikami zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2000/31, aby skorzystać z wyłączenia odpowiedzialności ustanowionego w tym przepisie[98].

111. Wydaje mi się w tym względzie, że można uznać bez większych trudności, iż – jak twierdzi sąd odsyłający i jak podnosi Komisja – operator taki jak YouTube lub Cuyando uczestniczy „w sposób zamierzony" w bezprawnym „publicznym udostępnieniu" danego utworu realizowanym za pośrednictwem jego platformy, gdy miał wiedzę lub był świadom istnienia pliku zawierającego ten utwór – w szczególności jeżeli został o tym pliku poinformowany – oraz gdy ów operator nie podjął odpowiednich działań w celu usunięcia tego pliku lub uniemożliwienia dostępu do niego, niezwłocznie gdy uzyskał taką wiedzę lub świadomość[99]. W takiej sytuacji można bowiem racjonalnie przyjąć, że operator, nie podejmując działania mimo posiadanej w tym zakresie możliwości, zaaprobował to bezprawne „udostępnienie" lub wykazał się w stosunku do niego rażącym niedbalstwem. Ustaleń co do tego, w jakich okolicznościach operator uzyskuje taką wiedzę lub świadomość, oraz (gdy to nastąpi) co do tego, czy

[97] Zobacz podobnie wyrok Stichting Brein I („Filmspeler"), pkt 41,i 42; wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pkt 26, 34, 36,i 37. Jeśli chodzi o pojęcie „nieodzownej roli", zgodnie z jego rozumieniem, jakie w mojej ocenie zostało przyjęte w innych wyrokach Trybunału, zob. pkt 72 niniejszej opinii.

[98] Jeżeli bowiem Trybunał zamierza utrzymać kryterium wiedzy o bezprawności w kontekście pojęcia „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, będzie musiał kierować się zasadami wynikającymi z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31, gdyż w przeciwnym razie mogłaby wystąpić sytuacja zasygnalizowana w przypisie 20 do niniejszej opinii, w której usługodawca byłby odpowiedzialny na podstawie pierwszego z tych przepisów, lecz zwolniony z odpowiedzialności na mocy drugiego z nich.

[99] Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, pkt 51, 52); a także analogicznie wyrok GS Media, pkt 49.

„niezwłocznie" podjął działania, należy dokonywać moim zdaniem w świetle tych samych zasad, które mają zastosowanie w kontekście przesłanek przewidzianych w art. 14 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2000/31 [100].

112. Natomiast podobnie jak Komisja, a inaczej niż F. Peterson, Elsevier oraz rządy niemiecki i francuski uważam, że wiedzy o bezprawności nie można *domniemywać* na tej podstawie, iż dany operator działa w celach zarobkowych.

113. Prawdą jest, że w wyroku GS Media Trybunał orzekł, że gdy osoba, która umieszcza w witrynie internetowej hiperłącza odsyłające do chronionych utworów opublikowanych bez zezwolenia ich twórcy w innej witrynie internetowej, czyni to w celach zarobkowych, można domniemywać (w sposób wzruszalny), iż ma ona świadomość, że utwory te są chronione oraz że nie ma zezwolenia na ich publikację [101]. Jednakże, pomijając fakt, że Trybunał w swoim późniejszym orzecznictwie, jak się wydaje, ograniczył to rozwiązanie do kwestii hiperłączy [102], uważam, że takie domniemanie nie może w każdym razie znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie.

114. W sprawie, w której zapadł wyrok GS Media, sam operator witryny internetowej, której dotyczyła ta sprawa, umieszczał na niej sporne linki. Był zatem świadom treści, do których linki te odsyłały. Jak twierdzi Cyando, okoliczność ta stanowiła podstawę domniemania faktycznego. Na tej podstawie Trybunał mógł oczekiwać od takiego operatora, że przed umieszczeniem linków przeprowadzi on „niezbędne weryfikacje", aby upewnić się, że nie są to chronione utwory, które zostały bezprawnie opublikowane w witrynie, do której odsyłają te linki [103].

115. Pragnę jednak przypomnieć, że co do zasady to nie operator platformy jest osobą, która umieszcza treści online. Stosowanie w tym kontekście rozwiązania wypracowanego w wyroku GS Media oznaczałoby, że skoro ów operator prowadzi działalność zasadniczo w celach zarobkowych, to domniemywa się, że posiada on wiedzę nie tylko na temat wszystkich plików znajdujących się na jego serwerach, ale także ich ewentualnie bezprawnego charakteru, a ciężar obalenia tego domniemania poprzez wykazanie, że przeprowadził „niezbędne weryfikacje", spoczywa na tym operatorze. Rozwiązanie to byłoby według mnie równoznaczne z nałożeniem na takiego operatora ogólnego obowiązku nadzorowania przechowywanych przezeń informacji oraz aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność, co naruszałoby zakaz ustanowiony w tym względzie w art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [104].

[100] Odsyłam zatem w tych kwestiach do mojej analizy trzecich pytań prejudycjalnych. Wyjaśniam jednakże, iż koncepcja „świadomości" (odnosząca się do części art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, w której jest mowa o tym, że „usługodawca […] wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności") stanowi odpowiednik koncepcji przywołanej w pkt 49 wyroku GS Media, zgodnie z którą dana osoba ponosi odpowiedzialność, jeżeli „powinna była wiedzieć", że ułatwia bezprawne udostępnienie.

[101] Zobacz wyrok GS Media, pkt 51.

[102] W pkt 49 wyroku Stichting Brein I („Filmspeler") Trybunał przywołał domniemanie, o którym mowa w wyroku GS Media. Jednak mimo że sprzedaż rozpatrywanego odtwarzacza multimedialnego była dokonywana w celu zarobkowym, Trybunał w istocie nie zastosował tego domniemania. Co więcej, w wyroku Stichting Brein II („The Pirate Bay"), Trybunał nie wspomniał nawet o tym domniemaniu.

[103] Zobacz wyrok GS Media, pkt 51.

[104] Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, pkt 52). Jak dotąd Trybunał uściślał granice ustanowione w art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w odniesieniu do nakazów sądowych, jakie mogą być wydawane wobec usługodawcy przechowującego dane przekazywane przez użytkowników jego usługi (zob. w szczególności wyrok L'Oréal/eBay, pkt 139). Moim zdaniem przepis ten należy uwzględniać w szerszym zakresie niż kwestia wspomnianych nakazów. Nie można bowiem przyjmować wykładni prawa Unii skutkującej *nałożeniem ex ante* takiego obowiązku na takiego usługodawcę. Poza tym nawet gdyby założyć, że w ramach drugich pytań prejudycjalnych Trybunał orzeknie, iż operatorzy tacy jak YouTube lub Cyando nie są objęci zakresem stosowania art. 14 i 15 tej dyrektywy, ogólny obowiązek nadzorowania i aktywnego poszukiwania byłby niemożliwy do pogodzenia z innymi przepisami prawa Unii (zob. część F niniejszej opinii).

116. Należy jeszcze zbadać kwestię, czy – jak twierdzą F. Peterson, Elsevier i rząd francuski – operatorzy tacy jak YouTube i Cyando mogliby ponosić odpowiedzialność z tego powodu, że mieli ogólną i teoretyczną wiedzę o tym, że ich platformy są wykorzystywane przez osoby trzecie do bezprawnego udostępniania online chronionych utworów.

117. Jest to kwestia niezwykle złożona. Liczne towary lub usługi mogą, podobnie jak platformy YouTube i Uploaded, być wykorzystywane do celów zgodnych z prawem, a nawet społecznie pożądanych, jak też do celów bezprawnych. Moim zdaniem dostawca takiego towaru lub usługi nie może ponosić odpowiedzialności za ich wykorzystywanie przez osoby trzecie w celach bezprawnych wyłącznie na tej podstawie, że wie o takim wykorzystywaniu lub ma co do niego podejrzenia. Tak niski standard odpowiedzialności mógłby zniechęcić do wytwarzania i sprzedaży tego rodzaju towarów lub usług ze szkodą dla ich legalnego wykorzystania, a co za tym idzie, zahamować wdrażanie podobnych lub innowacyjnych towarów lub usług [105].

118. Sama okoliczność, że dostawca czerpie zyski z takiego nielegalnego wykorzystywania, także nie może być rozstrzygająca. F. Peterson, Elsevier i rząd francuski podkreślili w tym względzie, że YouTube finansuje swoją działalność przede wszystkim za pomocą umieszczanych na platformie reklam, że uzyskiwane przez tę spółkę przychody z reklam są tym większe, im atrakcyjniejsze są publikowane na tej platformie treści, oraz że jest „powszechnie przyjęte", iż „w przeważającej większości przypadków" chodzi o chronione utwory umieszczane online bez zezwolenia ich twórców. Pomijając fakt, że uważam tę logikę za nieco uproszczoną w przypadku platformy takiej jak YouTube [106], chciałbym zauważyć, że przychody generowane przez reklamy umieszczane bez rozróżnienia na tej platformie zależą od globalnej liczby jej odwiedzin – a zatem są efektem zarówno zgodnego z prawem, jak i bezprawnego korzystania z niej. Każdy dostawca towaru lub usługi, które mogą być wykorzystywane na te dwa sposoby, siłą rzeczy będzie uzyskiwał część swoich zysków od użytkowników, którzy kupują ów towar lub korzystają z usługi w celach bezprawnych. Należy zatem wykazać inne okoliczności.

119. Nie należy również w tym zakresie zapominać o celach, jakie przyświecają ustanowieniu odpowiedzialności wtórnej. Jak wynika z pkt 117 niniejszej opinii, ustanowienie takiej odpowiedzialności powinno w moim przekonaniu służyć powstrzymaniu zachowań ułatwiających popełnianie naruszeń prawa autorskiego, nie stanowiąc zarazem przeszkody dla wdrażania innowacji lub nie hamując potencjału związanego ze zgodnym z prawem używaniem towarów lub usług, które również mogą być wykorzystywane w celach niezgodnych z prawem.

120. W tym kontekście, jak podnosi rząd fiński, usługodawca może moim zdaniem ponosić odpowiedzialność, bez konieczności dowodzenia, że widział on o konkretnych naruszeniach prawa autorskiego lub był ich świadom, jeżeli zostanie wykazane, że usługodawca ten, świadcząc swoją usługę, miał *zamiar* ułatwić osobom trzecim popełnienie takich naruszeń. Według mnie w ten sposób należy rozumieć wyroki Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The

105 Zobacz Supreme Court of the United States (sąd najwyższy, Stany Zjednoczone), *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*, 464 US 417 (1984). W sprawie, w której zapadł ten wyrok, podmioty praw autorskich dochodziły od Sony odpowiedzialności wtórnej z tytułu produkcji i sprzedaży magnetowidu Betamax na tej podstawie, że spółka ta dostarczała osobom trzecim środków, w postaci tego magnetowidu, służących do popełniania naruszeń prawa autorskiego (w szczególności bezprawnego kopiowania programów nadawanych w telewizji) oraz że racjonalnie rzecz biorąc, mogła ona wiedzieć, iż dochodzi do takich naruszeń. Ich powództwo zostało jednakże oddalone na tej podstawie, że wspomniany magnetowid, chociaż mógł być wykorzystywany w sposób bezprawny, w znacznej liczbie przypadków mógł także być wykorzystywany w sposób zgodny z prawem.

106 W tym względzie pragnę zauważyć, że chociaż YouTube z pewnością korzysta z tego, iż na jej platformie przechowywane są popularne utwory takie jak programy telewizyjne, filmy lub muzyczne wideoklipy znanych artystów, ich obecność na tej platformie często nie ma bezprawnego charakteru. Jak bowiem podniósł Google, przy czym twierdzenie to nie zostało zakwestionowane, liczni dostawcy treści i podmioty praw autorskich publikują treści na YouTube. Google podniósł poza tym, co także nie zostało zakwestionowane, że YouTube zapewnia dostęp do tworzonych przez użytkowników treści kulturalnych, informacyjnych i instruktażowych, które są same w sobie atrakcyjne (zob. pkt 43 niniejszej opinii).

Pirate Bay"). W pierwszym z tych wyroków Trybunał podkreślił, że sprzedawca odtwarzacza „Filmspeler" miał ogólną wiedzę o tym, że może on być wykorzystywany do celów niezgodnych z prawem [107]. W drugim wyroku Trybunał zauważył, że administratorzy platformy „The Pirate Bay" posiadali ogólną wiedzę o tym, iż ułatwia ona dostęp do utworów wymienianych bez uprzedniego zezwolenia ich twórców oraz że w każdym razie nie mogli o tym nie wiedzieć, zważywszy, iż przeważająca część plików torrent znajdujących się na tej platformie odsyłała do takich utworów [108]. W sprawach, w których zapadły te wyroki, te osoby *otwarcie wyrażały zamiar* ułatwienia osobom trzecim, przy pomocy oferowanych odtwarzaczy lub platformy, dokonywania bezprawnych czynności „publicznego udostępniania" [109].

121. W niniejszej sprawie ani YouTube, ani Cyando nie promują otwarcie nielegalnych sposobów korzystania z ich platform. Frank Peterson i Elsevier twierdzą niemniej jednak, że operatorzy ci powinni ponosić odpowiedzialność *ze względu na sposób, w jaki zorganizowali swoje usługi*. Przypomnę, że strona powodowa w postępowaniu głównym podnosi w tym zakresie różnego rodzaju argumentację: po pierwsze, operatorzy ci świadomie ignorowali niezgodne z prawem wykorzystywanie ich platform (umożliwiając swoim użytkownikom publikowanie treści w sposób zautomatyzowany i bez uprzedniej kontroli), po drugie, nakłaniali ich do takiego niezgodnego z prawem korzystania oraz po trzecie, wykazali niedbalstwo w związku z takim korzystaniem (ponieważ nie dochowali obowiązku należytej staranności, nie dokonując także i w tym przypadku, uprzedniej kontroli treści umieszczanych online) [110].

122. Na wstępie należy poczynić pewne uściślenia. Moim zdaniem operator nie może ponosić odpowiedzialności z tytułu świadomego ignorowania lub niedbalstwa tylko dlatego, że umożliwia użytkownikom swojej platformy publikowanie na niej w zautomatyzowany sposób treści oraz że nie nadzoruje ich całościowo zanim zostaną umieszczone online. Po pierwsze, nie można racjonalnie utrzymywać, jak to jednak czyni Elsevier, że organizując w ten sposób swoją platformę, operator ten chce po prostu uniknąć wszelkiej odpowiedzialności [111]. Po drugie, art. 15 dyrektywy 2000/31 nie pozwala wymagać od takiego usługodawcy, aby nadzorował w sposób całościowy i abstrakcyjny dane, które przechowuje, oraz aby aktywnie poszukiwał na swoich serwerach oznak bezprawnej działalności. Nie można zatem uznać za przejaw świadomego ignorowania lub niedbalstwa tego, że nie sprawuje on takiego całościowego nadzoru [112]. Ponadto, ujmując rzecz bardziej ogólnie, samo niedbalstwo usługodawcy nie powinno z założenia wystarczyć, z zastrzeżeniem sytuacji opisanej w pkt 111 niniejszej opinii, do wykazania, że „w sposób zamierzony" działa on w celu ułatwienia popełniania naruszeń prawa autorskiego przez użytkowników jego usług.

107 Zobacz podobnie wyrok Stichting Brein I („Filmspeler"), pkt 50.

108 Zobacz wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pkt 45.

109 Zobacz wyrok Stichting Brein I („Filmspeler"), pkt 18, 50; a także wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pkt 45. Jak wyjaśnię w ramach mojej analizy trzecich pytań prejudycjalnych, podmiot świadczący usługi online, który wykazuje taki zamiar, moim zdaniem traci możliwość skorzystania z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 12–14 dyrektywy 2000/31. Zobacz analogicznie wyrok Supreme Court of the United States (sądu najwyższego), *MGM Studios Inc. v Grokster Ltd.*, 545 US 913, 2005. W wyroku tym dwie spółki, które dostarczały oprogramowanie komputerowe umożliwiające wymianę plików w sieci *peer-to-peer*, zostały uznane za odpowiedzialne za naruszenia prawa autorskiego popełnione przez użytkowników tego oprogramowania, ponieważ otwarcie promowały możliwości jego nielegalnego wykorzystania.

110 Zobacz pkt 63 niniejszej opinii.

111 Elsevier odnosi się tu w istocie do odpowiedzialności ciążącej na „tradycyjnych" dostawcach treści, którzy selekcjonują nadawane przez siebie treści. Tymczasem, jak starałem się wyjaśnić, platformy nie odgrywają takiej samej roli.

112 Powtórzę, że nawet gdyby Trybunał miał uznać, że operatorzy tacy jak YouTube lub Cyando nie są objęci zakresem stosowania art. 14 i 15 dyrektywy 2000/31, inne przepisy prawa Unii sprzeciwiałyby się takiemu rozwiązaniu.

123. Wyjaśniwszy powyższe, pragnę zauważyć, że w mojej ocenie sposób, w jaki usługodawca organizuje swoją usługę, w pewnych okolicznościach faktycznie może świadczyć o „zamierzonym charakterze" jego udziału w bezprawnych czynnościach „publicznego udostępniania" dokonywanych przez użytkowników tej usługi w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Trybunał w wyrokach GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler") i Stichting Brein II („The Pirate Bay"). Jest tak, w sytuacji gdy cechy tej usługi świadczą o złej wierze danego usługodawcy, której wyrazem może być zamiar podżegania lub świadome ignorowanie takich naruszeń prawa autorskiego [113].

124. W tym względzie należy według mnie zbadać, po pierwsze, czy charakter rozpatrywanej usługi ma obiektywne wyjaśnienie i czy wynika z niego wartość dodana dla zgodnego z prawem korzystania tej usługi, a po drugie, czy usługodawca podjął racjonalne działania w celu zapobieżenia niezgodnemu z prawem korzystaniu z tej usługi [114]. Jeśli chodzi o tę ostatnią kwestię, ponownie, nie można wymagać od usługodawcy, aby w sposób całościowy kontrolował wszystkie pliki, które użytkownicy jego usługi zamierzają opublikować, zanim zostaną umieszczone online, ponieważ sprzeciwia się temu art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Druga część tego badania powinna moim zdaniem stanowić raczej obronę dla usługodawców. W związku z tym o dobrej wierze usługodawcy można wywnioskować z tego, że zasadniczo wypełnia on z należytą starannością obowiązek dotyczący usunięcia danych wynikający z art. 14 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy lub ewentualne obowiązki nałożone na niego w danym przypadku w drodze nakazu sądowego albo podejmuje inne wdrożone przez siebie dobrowolnie działania.

125. W niniejszym wypadku zastosowanie tego testu w odniesieniu do operatorów takich jak YouTube oraz Cyando należy do sądu krajowego, niemniej jednak uważam, że użyteczne będzie udzielenie mu w tym względzie pewnych wskazówek.

126. *Po pierwsze*, mając na względzie charakterystyczne cechy platformy, jaką jest YouTube, według mnie trudno jest uznać, że jej operator ma zamiar ułatwiać bezprawne korzystanie z tej platformy lub świadomie je ignoruje. W szczególności o takim zamiarze nie może świadczyć okoliczność, że funkcje wyszukiwania i indeksowania, jakie posiada ta platforma, umożliwiają w danym przypadku dostęp do umieszczonych bezprawnie treści. Funkcje te mają obiektywne wyjaśnienie i stanowią wartość dodaną dla zgodnego z prawem z tej platformy. Mimo że w wyroku Stichting Brein II („The Pirate Bay"), Trybunał zinterpretował okoliczność, że administratorzy spornej platformy wdrożyli wyszukiwarkę i indeksowali przechowywane pliki, jako wskazówkę świadczącą o „zamierzonym charakterze" ich udziału w bezprawnym udostępnianiu chronionych utworów [115], to jednak oceny tej nie można oddzielić od szczególnego kontekstu tej sprawy, dla której charakterystyczny był wyrażany przez tych administratorów zamiar ułatwiania naruszeń prawa autorskiego.

127. Ponadto wbrew twierdzeniom Elsevier uważam, że okoliczność, iż operator platformy takiej jak YouTube umożliwia niektórym użytkownikom zamieszczanie w ich filmach reklam i przekazuje im część wygenerowanych przychodów [116] nie wystarczy do wykazania, że żywi on zamiar podżegania ich do umieszczania online chronionych utworów bez zezwolenia ich

[113] Postępując w ten sposób, usługodawcy tracą ponadto moim zdaniem możliwość skorzystania z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31.

[114] Zobacz podobnie E. Stallings, „Improving Secondary Liability Standards in Copyrights by Examining Intent: Why Courts Should Consider Creating a Good-Faith Standard for Secondary Liability", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 57, nr 4, 2010, s. 1017–1038.

[115] Zobacz wyrok Stichting Brein II („The Pirate Bay"), pkt 36, 38.

[116] Przypomnę, że zgodnie z informacjami udzielonymi przez sąd odsyłający filmy, których dotyczy sprawa C-682/18, a priori nie zawierały takich reklam.

twórców. Przeciwnie, bezsporne jest, że jeśli chodzi o YouTube, zamieszczanie tych reklam odbywa się za pośrednictwem Content ID, który ma zapewnić, aby taką możliwość miały wyłącznie podmioty praw autorskich, automatycznie wykrywając umieszczanie online przez osoby trzecie filmów zawierających chronione utwory oraz, w razie potrzeby, umożliwiając wspomnianym podmiotom praw autorskich samodzielne zamieszczanie reklam w tych filmach i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów [117].

128. Powyższe prowadzi mnie dodatkowo do wskazania na fakt, że w YouTube wdrożono narzędzia, w szczególności wspomniany system komputerowy, mające na celu przeciwdziałanie naruszeniom prawa autorskiego na tej platformie [118]. Okoliczność ta przyczynia się do wykazania, jak wskazałem w pkt 124 niniejszej opinii, dobrej wiary operatora w odniesieniu do kwestii niezgodnego z prawem wykorzystywania jego platformy [119].

129. *Po drugie*, obawiam się natomiast, że sytuacja jest mniej jasna, jeśli chodzi o platformę taką jak Uploaded. W tym względzie z jednej strony, w przeciwieństwie do Elsevie,r nie uważam, że umożliwianie użytkownikom platformy przez jej operatora „anonimowego" umieszczania na niej plików online, dowodzi, że jego zamiarem jest ułatwianie dokonywania naruszeń praw własności intelektualnej. Należy wyjaśnić, że z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, iż umieszczenie online pliku na platformie Uploaded wymaga utworzenia konta z podaniem nazwiska, imienia i adresu poczty elektronicznej. Elsevier krytykuje zatem to, że Cyando nie weryfikuje prawdziwości informacji dostarczonych przez użytkownika przy pomocy systemu weryfikacji tożsamości lub uwierzytelnienia. Tymczasem, mimo że powszechna możliwość korzystania z Internetu i usług online bez kontroli tożsamości istotnie może być wykorzystywana przez jednostki działające w złej wierze do działań o charakterze nagannym, to uważam, że możliwość ta jest niemniej jednak chroniona, w szczególności w prawie Unii [120] i w prawie międzynarodowym [121], przy pomocy norm o tak podstawowym charakterze jak prawo do życia prywatnego, wolność wypowiedzi i sumienia, czy też ochrona danych. W związku z tym systemy weryfikacji tożsamości lub uwierzytelniania mogą być według mnie wprowadzane wyłącznie w przypadku specyficznych usług na zasadach przewidzianych przepisami prawa.

130. Samo generowanie przez *Sharehostera* takiego jak Uploaded linków służących do pobierania przechowywanych plików i umożliwianie użytkownikom swobodnego ich udostępniania, także nie dowodzi moim zdaniem zamiaru ułatwiania naruszeń prawa autorskiego. Istnienie tych linków ma obiektywne wyjaśnienie i stanowi wartość dodaną dla użytkowników korzystających z usługi w sposób zgodny z prawem. Nawet odsetek przypadków bezprawnego korzystania z Uploaded – co do którego szacunkowe oceny przedstawiane przez strony postępowania

117 Zobacz pkt 22 niniejszej opinii.

118 Zobacz pkt 21 i 22 niniejszej opinii.

119 Pragnę podkreślić, że ta wykładnia nie oznacza, iż każdy usługodawca powinien wdrożyć podobny system komputerowy, gdyż w przeciwnym razie będzie można mu zarzucić świadome ignorowanie. W świetle aktualnego stanu prawa Unii nie ma takiego obowiązku – jednakże z zastrzeżeniem możliwości nałożenia na usługodawcę w ściśle określonych okolicznościach, na podstawie nakazu, w zależności od jego zasobów, obowiązku stosowania narzędzia filtrującego (zob. moją analizę czwartych pytań prejudycjalnych).

120 Poza postanowieniami Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą praw podstawowych") dotyczącymi tych praw zobacz w pokrewnej dziedzinie motywy 9, 33, 34, art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.U. 2002, L 201, s. 37 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 13, t. 29, s. 514).

121 Zobacz, Deklaracja Rady Europy w sprawie wolności komunikacji w Internecie przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 28 maja 2003 r. podczas 840 posiedzenia Komitetu Delegatów Ministrów, zasada 7; Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter-American Commission on Human Rights, *Freedom of expression and the Internet*, pkt 130–136, jak również Organizacja Narodów Zjednoczonych, Zgromadzenie Ogólne, sprawozdanie specjalnego sprawozdawcy w sprawie propagowania i ochrony prawa do wolności poglądów i wolności wypowiedzi, A/HRC/29/32, 29 maja 2015 r., s. 12, 16, 56.

głównego są co najmniej kontrastujące [122] – nie pozwala moim zdaniem sam w sobie na dowiedzenie takiego zamiaru operatora tej platformy, w szczególności jeżeli ten ostatni podjął racjonalne środki przeciwdziałające takiemu korzystaniu.

131. Z drugiej strony, zastanawiam się jednak nad programem „partnerstwa", takim jak ten wprowadzony przez Cyando. Przypomnę, że w ramach tego programu Cyando wypłaca niektórym użytkownikom wynagrodzenie zależne od liczby pobrań umieszczonych online plików [123]. Mam wątpliwości co do obiektywnego wyjaśnienia i wartości dodanej takiego programu dla użytkowników korzystających z usługi w sposób zgodny z prawem. Przed sądami krajowymi zostało natomiast dowiedzione, że program ten skutkuje zachęceniem użytkowników do umieszczania online popularnych utworów celu pobierania ich w sposób niezgodny z prawem. Nie wykluczam zatem, że wdrożenie tego programu może świadczyć o „zamierzonym charakterze" udziału usługodawcy w bezprawnych czynach popełnianych przez użytkowników jego platformy [124]. Ewentualna weryfikacja tej kwestii będzie należała do sądu krajowego.

B. W przedmiocie zakresu stosowania wyłączenia odpowiedzialności ustanowionego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 (pytania drugie)

132. Jak wskazałem, sekcja 4 dyrektywy 2000/31 obejmuje szereg przepisów odnoszących się do odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami. W ramach tej sekcji art. 12, 13 i 14 tej dyrektywy ustanawiają w ust. 1 każdego z powyższych przepisów „bezpieczną przystań" (*safe harbour*) dla działalności polegającej odpowiednio na „zwykłym przekazie", „*cachingu*" i „hostingu" [125].

133. Ściślej rzecz ujmując, art 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 ma zastosowanie w przypadku „świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę". Przepis ten stanowi zasadniczo, że usługodawca, który świadczy taką usługę, *nie ponosi odpowiedzialności* za informacje przechowywane na żądanie swoich użytkowników, chyba że ów usługodawca, gdy powziął wiadomość lub stał się świadom bezprawnego charakteru tych informacji lub działalności wspomnianych użytkowników, nie usunął niezwłocznie tych informacji lub nie uniemożliwił dostępu do nich.

134. Pragnę podkreślić, że przedmiotem tego przepisu nie jest ustalenie *w sposób pozytywny* odpowiedzialności takiego usługodawcy. Ogranicza on jedynie *w sposób negatywny* sytuacje, w których może on ponosić odpowiedzialność. Poza tym przewidziane w tym przepisie

122 Elsevier twierdzi, że treści naruszające prawo autorskie stanowią 90–96% plików przechowywanych na Uploaded, co stanowi przyczynę, dla której Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) zwraca się do Trybunału w ramach pytania pierwszego lit. b) w sprawie C-683/18 o wyjaśnienie, czy jest to istotna okoliczność. Poza tym sąd ten wskazuje, że jeżeli okoliczność ta byłaby rzeczywiście istotna, powyższe twierdzenie powinno zostać poparte przez Elsevier dowodami w ramach ponownego otwarcia postępowania apelacyjnego. Cyando twierdzi z kolei, że jedynie niewielki odsetek (rzędu 1,1%) wszystkich rzeczywiście przeglądanych plików ma związek z podawaniem do publicznej wiadomości treści chronionych prawem autorskim, co stanowi 0,3% całkowitego wolumenu przechowywanych danych.

123 Rzędu kilkudziesięciu tysięcy euro za tysiąc pobrań. Zobacz pkt 31 niniejszej opinii

124 Zobacz w drodze analogii Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości), wyrok z dnia 15 sierpnia 2013 r., I ZR 80/12 (*File-Hosting Service*), GRUR 1030, § 38. Tego rodzaju program różni się znacznie od podziału przychodów z reklam dokonywanego przez platformę służącą do udostępniania plików wideo, jaką jest YouTube. Po pierwsze, o ile w ramach takiej platformy podział przychodów jest możliwy do wyjaśnienia, o tyle program partnerstwa wydaje się bardziej kuriozalny w ramach platformy, która w zamierzeniu służy do przechowywania plików. Po drugie, przypomnę, że w ramach YouTube ów podział przychodów jest realizowany z zastosowaniem zabezpieczeń.

125 Wzorem dla art. 12–15 dyrektywy 2000/31 jest *Digital Millennium Copyright Act (DMCA) (milenijna ustawa o cyfrowym prawie autorskim)*, przyjęta przez amerykańskiego ustawodawcę federalnego w 1998 r., która to ustawa wprowadziła podobne wyłączenia odpowiedzialności odnoszące się konkretnie do prawa autorskiego [zawarte w tytule 17 rozdziale 5 sekcji 512 *United States Code (kodeksie Stanów Zjednoczonych*)].

wyłączenie odpowiedzialności dotyczy *wyłącznie odpowiedzialności, jaka może się wiązać z informacjami* przekazanymi przez użytkowników jego usługi. Nie obejmuje ono żadnego *innego aspektu działalności* tego usługodawcy [126].

135. Poprzez pytania drugie Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) chciałby co do zasady ustalić, czy operatorzy tacy jak YouTube i Cyando mogą korzystać z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w związku z plikami, które przechowują na żądanie użytkowników tych platform.

136. Moim zdaniem ogólnie tak jest. Jednakże zanim uzasadnię swoje stanowisko, za niezbędne uważam wyjaśnienie kwestii dotyczącej relacji pomiędzy tym przepisem a art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

137. Zauważyłem bowiem, że sąd odsyłający sformułował pytania drugie wyłącznie na wypadek, gdyby Trybunał – tak jak proponuję – udzielił odpowiedzi przeczącej na pytania pierwsze, orzekając, że operatorzy tacy jak YouTube i Cyando nie dokonują „publicznego udostępniania" (w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29) utworów, które użytkownicy ich platform umieszczają online, w danym wypadku w sposób niezgodny z prawem. Sąd ten zdaje się zatem wychodzić z założenia, że przeciwnym wypadku, to jest gdyby operatorzy ci ponosili bezpośrednią odpowiedzialność na podstawie wspomnianego art. 3 ust. 1 za te bezprawne „udostępnienia", nie mogliby oni *co do zasady* powoływać się na wyłączenie przewidziane w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [127].

138. Niemniej jednak art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 ma zastosowanie horyzontalne *do wszelkich form odpowiedzialności*, jaka może wynikać dla tych usługodawców w związku z jakimkolwiek rodzajem informacji, które przechowują oni na żądanie użytkowników ich usług, niezależnie od źródła tej odpowiedzialności, rozpatrywanej dziedziny prawa i konkretnej kwalifikacji lub charakteru wspomnianej odpowiedzialności. Według mnie przepis ten obejmuje zatem *zarówno pierwotną, jak i wtórną* odpowiedzialność związaną z informacjami przekazywanymi i działaniami inicjowanymi przez tych użytkowników [128].

139. W związku z tym moim zdaniem, o ile art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 z zasady nie ma zastosowania, w sytuacji gdy usługodawca udostępnia publicznie swoje „własne" treści, o tyle przepis ten może mieć zastosowanie, w sytuacji gdy udostępniane treści zostały przekazane (tak jak w niniejszej sprawie) przez użytkowników jego usługi [129]. Powyższą wykładnię potwierdza według mnie fakt, że ani ten przepis, ani art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 nie przewiduje wyjątku odnoszącego się do usługodawców, którzy dokonują „publicznego udostępniania" utworów przekazanych przez użytkowników ich usług. Przeciwnie, w motywie 16 tej ostatniej dyrektywy podkreślono, że „nie narusza [ona] przepisów dotyczących odpowiedzialności zawartych w [dyrektywie 2000/31]".

126 Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie L'Oréal i in. (C-324/09, EU:C:2010:757, pkt 153).

127 Chciałbym wskazać, że to konkretnie pytanie zostało zadane Trybunałowi w zawisłych sprawach C-442/19, Stichting Brein, i C-500/19, Puls 4 TV.

128 Zobacz motyw 16 dyrektywy 2001/29; opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:170, pkt 64); wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego [COM(1998) 586 wersja ostateczna (Dz.U. 1999, C 30, s. 4)], s. 27, 29; sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 21 listopada 2003 r. – Pierwsze sprawozdanie w sprawie stosowania [dyrektywy 2000/31] [COM(2003) 702 final], s. 13. Wyłączenie odpowiedzialności przewidziane w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 ma jednak zastosowanie bez uszczerbku dla zastrzeżonej w art. 14 ust. 3 tej dyrektywy możliwości uzyskania orzeczenia sądu przeciwko takiemu usługodawcy (zob. moja analiza czwartych pytań prejudycjalnych).

129 Stosowanie tego przepisu jest również z zasady wyłączone w sytuacji, gdy użytkownik, który przekazał dane informacje, działał z upoważnienia albo pod kontrolą usługodawcy (zob. art. 14 ust. 2 dyrektywy 2000/31).

140. Wynika z tego, że w przypadku gdyby Trybunał, wbrew mojej propozycji, odpowiedział twierdząco na pytania pierwsze, powinien on, aby udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, mimo wszystko odpowiedzieć na pytania drugie. Niemniej jednak kryteria charakteryzujące „publiczne udostępnianie" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 i przesłanki stosowania art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 mogą być interpretowane w sposób spójny, jak to wykażę, w związku z czym w praktyce nie dochodzi do kolizji między tymi dwoma przepisami.

141. Wyjaśniwszy powyższe, chciałbym przypomnieć, że z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 wynika, iż zakres stosowania tego przepisu jest uzależniony od dwóch kumulatywnych przesłanek: po pierwsze, musi zachodzić sytuacja świadczenia „usługi społeczeństwa informacyjnego"; po drugie, usługa ta musi „polega[ć] na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę […] na żądanie" tego ostatniego.

142. Wykładnia *pierwszej przesłanki* nie sprawia trudności w niniejszych sprawach. Przypomnę w tym względzie, że pojęcie usługi społeczeństwa informacyjnego obejmuje „każdą usługę normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług" [130]. Usługi świadczone przez operatorów takich jak YouTube i Cyando są niewątpliwie świadczone „na odległość", „drogą elektroniczną" i „na indywidualne żądanie odbiorcy usług" [131]. Ponadto usługi te są świadczone „za wynagrodzeniem". Okoliczność, że operator taki jak YouTube czerpie wynagrodzenie głównie z reklam i nie żąda zapłaty za swoja usługę bezpośrednio od użytkowników platformy [132], nie podważa tej wykładni [133].

143. Jeśli chodzi o *drugą przesłankę*, sytuacja jest na pierwszy rzut oka mniej oczywista. Z jednej strony wydaje się jasne, że operator taki jak Cyando świadczy w ramach platformy Uploaded usługę „polegającą na przechowywaniu" na swoich serwerach plików, czyli „informacji" [134], które zostały „przekazane przez usługobiorcę", czyli przez użytkownika, który umieszcza pliki online, a wszystko to „na żądanie" tego użytkownika, gdyż to on podejmuje decyzje dotyczące wspomnianych plików.

144. Jednakże z drugiej strony, mimo że jest bezsporne, iż operator taki jak YouTube przechowuje filmy wideo umieszczane online przez użytkowników jego platformy, to jest to tylko jeden z wielu aspektów jego działalności. Należy zatem ustalić, czy ta okoliczność uniemożliwia temu operatorowi skorzystania z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31.

130 Ściślej rzecz ujmując, art. 2 lit. a) dyrektywy 2000/31 definiuje pojęcie „usług społeczeństwa informacyjnego" poprzez odniesienie do art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz.U. 1998, L 204, s. 37 - wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 13, t. 20, s. 337), zmienionej dyrektywą 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. zmieniająca dyrektywę [98/34] (Dz.U. 1998, L 217, s. 18 - wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 13, t. 21, s. 8). Dyrektywa 98/34 została zastąpiona przez dyrektywę (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U. 2015, L 241, s. 1), której art. 1 ust. 1 lit. b) zawiera powtórzenie tej definicji.

131 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, pkt 47, 48). W tym względzie zgodnie z art. 2 lit. d) dyrektywy 2000/31 usługobiorcą jest „każda osoba fizyczna lub prawna, która do celów zawodowych lub innych korzysta z usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności w celu poszukiwania informacji lub uzyskania do niej dostępu". Pojęcie to obejmuje zatem zarówno użytkownika, który umieszcza plik online, jak i tego, który przegląda ten plik lub pobiera go.

132 Nie można jednakże mówić, że usługa ma charakter „nieodpłatny" dla użytkowników. Jak wskazałem w przypisie 11 do niniejszej opinii, YouTube gromadzi pokaźne ilości danych osobowych dotyczących swoich użytkowników, które same w sobie stanowią cenę. Zobacz w tym względzie motyw 24, art. 2 pkt 7) i art. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.U. 2019, L 136, s. 1).

133 Zobacz motyw 18 dyrektywy 2000/31 oraz wyrok z dnia 11 września 2014 r., Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209, pkt 26–30).

134 Pojęcie „informacji", o którym mowa w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31, należy rozumieć szeroko (zob. wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, s. 27).

145. Moim zdaniem tak nie jest. O ile bowiem przepis ten wymaga, aby usługodawca świadczył usługę „[polegającą] na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę", o tyle nie nakazuje on, aby to przechowywanie stanowiło jedyny, ani nawet główny przedmiot działalności tego usługodawcy. Przeciwnie, przesłanka ta została sformułowana w sposób szeroki.

146. Wynika z tego według mnie, że art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 co do zasady może obejmować wszystkie podmioty świadczące „usługę społeczeństwa informacyjnego", które tak jak YouTube lub Cyando w ramach prowadzonej przez nich działalności przechowują informacje przekazywane przez ich użytkowników na żądanie tych ostatnich [135]. Niemniej jednak powtórzę, że ustanowione w tym przepisie wyłączenie jest w każdym razie ograniczone do odpowiedzialności, jaka może wynikać z tych informacji, i nie rozciąga się na inne aspekty działalności danego usługodawcy.

147. Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału podąża w tym kierunku. W wyroku Google France Trybunał orzekł w tym względzie, że usługodawca świadczący internetową usługę odsyłania tak jak Google w przypadku usługi AdWords, może korzystać z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Trybunał stwierdził bowiem, że usługa ta „[polega] na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę" w rozumieniu tego przepisu, ponieważ w ramach owej usługi ten usługodawca przechowuje pewne informacje, takie jak wybrane przez użytkowników-reklamodawców słowa kluczowe, linki reklamowe i towarzyszące im przekazy reklamowe, jak również adresy stron tych reklamodawców [136]. Jak widać, Trybunał nie uznał za problematyczną okoliczności, iż przechowywanie wspomnianych informacji wpisuje się w ramy szerszej działalności.

148. Trybunał poczynił niemniej jednak zastrzeżenie. Jego zdaniem usługodawca może skorzystać z wyłączenia odpowiedzialności ustanowionego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w związku z informacjami, które przechowuje na żądanie swoich użytkowników, wyłącznie, gdy jego działanie ogranicza się do roli „usługodawcy będącego pośrednikiem" w znaczeniu, jakie nadał temu pojęciu prawodawca Unii w sekcji 4 tej dyrektywy. Wskazując na motyw 42 wspomnianej dyrektywy, Trybunał orzekł, że należy w tym względzie zbadać, „czy rola, jaką pełni ten usługodawca jest neutralna, w tym znaczeniu, że jego działanie ma charakter czysto techniczny, automatyczny i bierny, i czy nie posiada on wiedzy o przechowywanych informacjach ani nie ma nad nimi kontroli", czy też przeciwnie, odgrywa on *„czynn[ą] rol[ę]*, która mogłaby sprawić, że będzie on posiadał wiedzę o przechowywanych informacjach lub miał nad nimi kontrolę" [137].

149. W podobny sposób w wyroku L'Oréal/eBay Trybunał orzekł, że operator internetowej platformy handlowej takiej jak eBay może korzystać z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Także w tym wypadku Trybunał zauważył, po pierwsze, że usługa świadczona przez tego operatora polega między innymi na przechowywaniu informacji przekazanych przez użytkowników platformy handlowej. Chodzi w szczególności o dane dotyczące ich ofert sprzedaży. Po drugie, Trybunał ponownie przypomniał, że usługodawca może korzystać z przewidzianego w tym przepisie wyłączenia odpowiedzialności w odniesieniu do takich informacji, wyłącznie jeżeli działa jako „usługodawca będący pośrednikiem". Nie jest tak w sytuacji, gdy ten usługodawca

[135] Zobacz podobnie E. Montero, „Les responsabilités liées au web 2.0., Revue du Droit des Technologies de l'Information", 2008, nr 32, s. 368 i P. Van Eecke, „Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balances Approach", *Common Market Law Review*, 2011, vol. 47, s. 1473. Wykładnię tę potwierdza sprawozdanie w sprawie stosowania tej dyrektywy, s. 13, które odnosi się w sposób szeroki do „różnych przypadków, w których ma miejsce przechowywanie treści należących do osób trzecich".

[136] Zobacz wyrok Google France, pkt 110, 111.

[137] Zobacz wyrok Google France, pkt 112–114, 120 (wyróżnienie moje).

„zamiast ograniczyć się do neutralnego świadczenia usługi w drodze czysto technicznego i automatycznego przetwarzania danych dostarczonych przez jego klientów, odgrywa czynną rolę, która może pozwolić mu na powzięcie wiedzy o tych danych lub na sprawowanie nad nimi kontroli” [138].

150. Z wyroków tych wynika, że operatorzy tacy jak YouTube i Cyando, którzy w ramach swojej działalności przechowują informacje przekazywane przez użytkowników ich platform, mogą korzystać z przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 wyłączenia odpowiedzialności, jaka może się wiązać z bezprawnym charakterem niektórych z tych informacji, o ile nie odgrywali „czynnej roli”, która może pozwolić im na „powzięcie wiedzy” na temat rozpatrywanych informacji lub „sprawowanie nad nimi kontroli”.

151. Wyjaśnię w tym względzie, że – jak podkreśla Komisja – każdy usługodawca, który przechowuje informacje przekazywane przez swoich użytkowników, siłą rzeczy ma pewną kontrolę nad tymi informacjami. W szczególności ma on techniczną możliwość usunięcia ich lub uniemożliwienia dostępu do nich. Właśnie z tego powodu wymaga się od niego na podstawie art. 14 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2000/31, aby tak postąpił, gdy poweźmie wiadomość o bezprawnym charakterze informacji [139]. Ta możliwość kontroli nie może sama w sobie dowodzić, że usługodawca odgrywa „czynną rolę” – w przeciwnym razie bowiem wspomniany art. 14 ust. 1 zostałby pozbawiony wszelkiej skuteczności [140].

152. W rzeczywistości „czynna rola”, którą ma na myśli Trybunał, odnosi się, słusznie, do samej *treści* informacji przekazywanych przez użytkowników. Rozumiem orzecznictwo Trybunału w ten sposób, że usługodawca odgrywa taką „czynną rolę”, która może umożliwić mu „powzięcie wiedzy” na temat informacji, które przechowuje na żądanie użytkowników swojej usługi, lub „sprawowanie nad nimi kontroli”, gdy nie ogranicza się do opracowywania tych informacji w sposób neutralny względem ich treści, lecz gdy z uwagi na charakter swojej działalności można przyjąć, że uzyskuje on *intelektualną kontrolę nad tą treścią*. Jest tak, w przypadku gdy usługodawca selekcjonuje przechowywane informacje [141], gdy w inny sposób aktywnie wpływa na ich treść lub też gdy przedstawia te informacje publiczności w taki sposób, że jawią się one jako jego własne. W takich sytuacjach usługodawca wykracza poza rolę pośrednika w odniesieniu do informacji przekazywanych przez użytkowników jego usługi – uznaje on je za własne [142].

153. Według mnie operatorzy tacy jak YouTube i Cyando co do zasady nie odgrywają takiej „czynnej roli” w odniesieniu do informacji, które przechowują na żądanie użytkowników ich platform.

138 Zobacz wyrok L’Oréal/eBay, pkt 110, 112, 113.

139 Zobacz wyrok z dnia 15 września 2016 r., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, pkt 61–64). Stwierdzenie to skłoniło rzecznika generalnego N. Jääskinena w jego opinii w sprawie L’Oréal i in. (C-324/09, EU:C:2010:757, pkt 139–142) do uznania, że jego zdaniem motyw 42 dyrektywy 2000/31, na którym Trybunał oparł się w wyroku Google France, aby wywieść wymóg „neutralności” usługodawcy względem informacji przekazywanych przez użytkowników jego usługi, nie dotyczy działalności hostingowej, a odnosi się wyłącznie zwykłego przekazu i *cachingu*.

140 Zobacz podobnie wyrok L’Oréal/eBay, pkt 115.

141 Podobnie w wyroku z dnia 11 września 2014 r., Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209, pkt 45, 46), Trybunał orzekł, że wydawca prasowy, który publikuje na swojej witrynie internetowej elektroniczną wersję dziennika, ma wiedzę na temat publikowanych przez siebie informacji i sprawuje nad nimi kontrolę – ponieważ dokonuje ich wyboru – w związku z czym ów wydawca nie może być uznany za „usługodawcę będącego pośrednikiem” w rozumieniu art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31.

142 Zobacz podobnie Husovec, op. cit, s. 56, 57.

154. *Po pierwsze* bowiem, pragnę przypomnieć, że umieszczanie online plików na tego rodzaju platformach odbywa się automatycznie bez uprzedniego podglądu lub selekcji ze strony ich operatorów. Jak podnoszą zasadniczo rząd fiński i Komisja, operatorzy ci nie uzyskują zatem kontroli nad tymi informacjami w chwili ich umieszczenia online.

155. *Po drugie*, wbrew temu, co twierdzi Elsevier, możliwość przeglądania lub pobierania przechowywanych informacji bezpośrednio z tych platform, nie może świadczyć o tym, że operatorzy odgrywają „czynna rolę". W tym względzie nie ma bowiem znaczenia, że usługodawca *kontroluje dostęp* do informacji, które przechowuje na żądanie użytkowników swojej usługi. Tytułem przykładu, aby uzyskać dostęp do ogłoszeń umieszczanych online przy pomocy AdWords, konieczne jest korzystanie z wyszukiwarki Google[143]. Jednocześnie dostęp do ofert sprzedaży zamieszczanych online na eBay wymaga udania się na jego internetową platformę handlową[144]. W wyrokach Google France i L'Oréal/eBay Trybunał nie uznał tej okoliczności za istotną i słusznie. Istotne jest bowiem wyłącznie to, czy usługodawca *kontroluje treść* przechowywanych informacji. Okoliczność, że informacje te są dostępne na platformie lub w witrynie internetowej usługodawcy nie może o tym świadczyć, ponieważ ich przeglądanie lub pobieranie na indywidualne żądanie użytkownika odbywa się poprzez zastosowanie „czysto technicznych i automatycznych" procesów.

156. *Po trzecie*, mimo tego, co sugeruje Elsevier, nie jestem przekonany, czy operator taki jak YouTube lub Cyando prezentuje osobom trzecim informacje, które przechowuje na żądanie swoich użytkowników i do których udziela dostępu ze swojej platformy, w taki sposób, aby jawiły się jako jego własne. Nie jest tak przede wszystkim dlatego, że operator taki jak YouTube w przypadku każdego filmu opublikowanego na tej platformie wskazuje, który użytkownik umieścił go online. Poza tym, przeciętny, dostatecznie rozsądny internauta wie, że pliki przechowywane na platformie hostingu i udostępniania plików takiej jak Uploaded z reguły nie pochodzą od jej operatora.

157. *Po czwarte*, uważam, że okoliczność, iż operator platformy taki jak YouTube[145] porządkuje sposób, w jaki filmy przekazane przez użytkowników są prezentowane na platformie, włączając je w standardowy interfejs użytkownika i indeksując w różnych kategoriach, ani okoliczność, że platforma ta posiada funkcję wyszukiwania i że operator opracowuje wyniki wyszukiwania, które są podsumowywane na stronie startowej w postaci podziału filmów na różne kategorie, nie może stanowić dowodu na to, że odgrywa on w odniesieniu do tych filmów „czynną rolę".

158. Z jednej strony, moim zdaniem nie ma znaczenia okoliczność, że usługodawca porządkuje sposób, w jaki informacje przekazywane przez użytkowników są prezentowane na jego platformie lub w jego witrynie internetowej, aby ułatwić korzystanie z niej, a tym samym zoptymalizować dostęp do tych informacji. Przeciwny argument podniesiony między innymi przez F. Petersona i rząd francuski stanowi według mnie wyraz niewłaściwego zrozumienia wyroku L'Oréal/eBay. O ile Trybunał orzekł w tym wyroku, że usługodawca taki jak eBay, udzielając niektórym sprzedawcom wsparcia w odniesieniu do danych ofert sprzedaży polegającego na „optymalizacji

143 Zobacz wyrok Google France, pkt 117.

144 Elsevier podnosi także, że na internetowej platformie handlowej takiej jak eBay to nie operator, lecz użytkownik-sprzedający udziela dostępu do sprzedawanych towarów, ponieważ to on dostarcza te towary nabywcom. W przypadku YouTube jest odwrotnie, ponieważ to operator umożliwia dostęp do filmów wideo. Argument ten oparty jest moim zdaniem na pewnym nieporozumieniu. „Informacji" przechowywanych na żądanie użytkowników platformy handlowej stanowią nie oferowane do sprzedaży towary, ale same oferty sprzedaży. eBay udziela zatem dostępu do tych „informacji" w ten sam sposób, w jaki YouTube umożliwia dostęp do „informacji", jakimi są filmy wideo umieszczane online przez jego użytkowników. W obu tych przypadkach owe różne „informacje" przekazywane są przez użytkowników.

145 Przypomnę, że inaczej jest w przypadku platformy Uploaded.

prezentacji [tych ofert]", odgrywa „czynną rolę"[146], o tyle Trybunał wskazywał tu na okoliczność, że eBay udziela czasami *indywidualnego wsparcia* w zakresie sposobu optymalizacji, eksponowania i porządkowania *treści konkretnych ofert*[147]. Udzielając takiego wsparcia, eBay aktywnie wpływa na treść tych ofert, co zostało wyjaśnione w pkt 152 niniejszej opinii[148].

159. Trybunał nie wskazywał natomiast na okoliczność, że eBay porządkuje ogólną prezentację ofert sprzedaży umieszczanych online na swojej platformie handlowej[149]. Okoliczność, że usługodawca kontroluje zasady prezentowania informacji, które przechowuje na żądanie użytkowników swojej usługi, nie świadczy o tym, iż kontroluje on treść tych informacji. W moim przekonaniu w takim zakresie znaczenie ma wyłącznie indywidualne wsparcie dotyczące konkretnej informacji. Podsumowując, jeżeli operator taki jak YouTube nie świadczy na rzecz użytkowników swojej platformy indywidualnego wsparcia w zakresie sposobu optymalizacji ich filmów[150], nie odgrywa on „czynnej roli" w odniesieniu do przechowywanych filmów.

160. Z drugiej strony, jeśli chodzi o funkcję wyszukiwania i indeksowania, pomijając fakt, że takie funkcje są zazwyczaj niezbędne w celu umożliwienia użytkownikom platformy odnalezienia informacji, z którymi chcą się zapoznać, przypomnę, że funkcje te działają w sposób zautomatyzowany. Jest to zatem „czysto techniczne i automatyczne przetwarzanie" informacji przechowywanych na żądanie użytkowników, na co wskazuje się w orzecznictwie Trybunału[151]. Okoliczność, że usługodawca wdrożył narzędzia, w szczególności algorytm umożliwiający to przetwarzanie, oraz że w konsekwencji ma między innymi kontrolę nad *zasadami wyświetlania* wyników wyszukiwania, nie świadczy o tym, iż ma on *kontrolę nad treścią* wyszukiwanych informacji[152].

161. *Po piąte*, wbrew temu, co twierdzą F. Peterson i rząd francuski, okoliczność, że operator taki jak YouTube dostarcza użytkownikom zarejestrowanym na jego platformie przegląd „rekomendowanych filmów", również nie może świadczyć o „czynnej roli" wspomnianego operatora. Także i w tym przypadku argument ten stanowi wyraz niewłaściwego zrozumienia wyroku L'Oréal/eBay. Orzekając w tym wyroku, że usługodawca taki jak eBay odgrywa „czynną rolę", gdy udziela niektórym sprzedawcom wsparcia, jeśli chodzi o dane oferty sprzedaży polegającego na „promocji tych ofert"[153], Trybunał miał na myśli okoliczność, że eBay czasami sam *promuje online niektóre oferty poza swoją platformą handlową* między innymi za pośrednictwem usługi odsyłania *AdWords*[154]. eBay uzyskuje intelektualną kontrolę nad tymi ofertami, ponieważ wykorzystuje je w celach reklamy swojej platformy handlowej i w ten sposób je zawłaszcza.

146 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 114, 116.

147 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 31.

148 Zobacz podobnie wyrok Google France pkt 118, w którym Trybunał uznał za istotną „rol[ę] odgrywan[ą] przez Google przy sporządzaniu przekazu reklamowego towarzyszącego linkowi reklamowemu lub przy określaniu i wyborze słów kluczowych".

149 Dowodzi tego okoliczność, że Trybunał skoncentrował się na idei optymalizacji „prezentacji *danych ofert sprzedaży*" (wyrok L'Oréal/eBay, pkt 116) (wyróżnienie moje). Gdyby Trybunał miał na myśli ogólne porządkowanie ofert sprzedaży prezentowanych na platformie handlowej, nie zawarłby takiego doprecyzowania i nie pozostawiłby sądowi krajowemu kwestii ustalenia, czy eBay odgrywał „czynną rolę" „w przypadku ofert sprzedaży będących przedmiotem zawisłej przed nim sprawy" (pkt 117 tego wyroku). eBay mógłby bowiem odgrywać „czynną rolę" w stosunku do jakiejkolwiek oferty sprzedaży, gdyż takie ogólne porządkowanie i a dotyczy wszystkich tych ofert.

150 Przykładowo poprzez modyfikację niektórych fragmentów tych filmów, wybór lepszego podkładu muzycznego, poprawę montażu, itp.

151 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 113.

152 Zobacz w drodze analogii wyrok Google France, pkt 115, 117.

153 Wyrok L'Oréal/eBay, pkt 116.

154 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 38, 39, 114.

162. Natomiast okoliczność, że operator taki jak YouTube rekomenduje użytkownikom swojej platformy w sposób zautomatyzowany filmy podobne do tych, które poprzednio przeglądali, nie wydaje mi się decydująca. Bezsporne jest, że eBay również rekomenduje użytkownikom swojej platformy handlowej w taki sam sposób oferty podobne do tych, które przeglądali w przeszłości. Jednakże moim zdaniem Trybunał nie uwzględnił tej okoliczności w wyroku L'Oréal/eBay [155]. Także i w tym przypadku chodzi a priori o „czysto techniczne i automatyczne przetwarzanie" przechowywanych informacji. Ponownie – okoliczność, że usługodawca wdrożył narzędzia, w szczególności algorytm umożliwiający to przetwarzanie, oraz że w konsekwencji ma między innymi *kontrolę nad zasadami wyświetlania* rekomendowanych informacji, nie świadczy o tym, iż ma on *kontrolę nad ich treścią* [156].

163. *Po szóste*, wbrew termu, co twierdzą F. Peterson i Elsevier, model gospodarczy przyjęty przez operatorów takich jak YouTube i Cyando nie jest modelem, który świadczyłby o tym, że odgrywają oni „czynną rolę" w stosunku do informacji, które przechowują na żądanie użytkowników swoich platform.

164. W tym względzie okoliczność, że usługodawca otrzymuje wynagrodzenie za swoją usługę, jest jedną z przesłanek charakteryzujących „usługę społeczeństwa informacyjnego". Jest to zatem, w szerszym znaczeniu, warunek wstępny stosowania art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Ponadto w mojej ocenie nie jest istotna okoliczność, że wynagrodzenie to stanowią między innymi przychody z reklam, które zależą nie od dostarczonej przestrzeni przechowywania, lecz od atrakcyjności informacji przechowywanych na żądanie użytkowników platformy [157]. Pragnę w tym względzie przypomnieć, że prawodawca Unii zamierzał objąć zakresem stosowania tej dyrektywy świadczenie usług finansowanych między innymi z reklam [158]. Co więcej, żaden element w treści art. 14 ust. 1 wspomnianej dyrektywy nie wskazuje na wyłączenie możliwości korzystania z tego przepisu w odniesieniu do takiego usługodawcy z tego względu, że uzyskuje on wynagrodzenie w ten sposób.

165. Przypomnę wreszcie, że w wyrokach Google France i L'Oréal/eBay Trybunał orzekł, iż sama okoliczność, że usługa jest odpłatna, a usługodawca określa zasady dotyczące wynagrodzenia, nie może świadczyć o odgrywaniu przez niego „czynnej roli" [159]. Tymczasem wynagrodzenie Google w ramach usługi AdWords zależy od atrakcyjności przechowywanych informacji, ponieważ wynagrodzenie to zależy w szczególności od liczby kliknięć na linki reklamowe zawierające słowa kluczowe wybrane przez użytkowników-ogłoszeniodawców [160]. Analogicznie wynagrodzenie eBay również zależy od przechowywanych informacji, gdyż eBay pobiera określoną procentowo

155 Również tutaj, gdyby Trybunał miał na myśli ten rodzaj rekomendowania, nie pozostawiałby sądowi krajowemu kwestii ustalenia, czy eBay odgrywał „czynną rolę" „w przypadku ofert sprzedaży będących przedmiotem zawisłej przed nim sprawy" (wyrok L'Oréal/eBay, pkt 117). Ta czynna rola odnosiłaby się bowiem do wszystkich ofert obecnych na platformie handlowej, ponieważ potencjalnie każda z nich może zostać zarekomendowana danemu użytkownikowi w zależności od zaprogramowania algorytmu.

156 Zobacz analogicznie wyrok Google France, pkt 115. Nie uchybia to możliwości ponoszenia przez usługodawcę (jeżeli ma kontrolę nad takim algorytmem) odpowiedzialności *za szkody wyrządzone przez samo działanie tego algorytmu*. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w szczególności, gdyby wspomniany algorytm bezprawnie dyskryminował niektóre treści lub niektórych użytkowników. Powtórzę, że wyłączenie przewidziane w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 odnosi się wyłącznie do odpowiedzialności związanej z przechowywanymi informacjami.

157 Zobacz analogicznie wyrok Cour de cassation (sądu kasacyjnego, Francja), pierwsza izba cywilna, nr 165 z dnia 17 lutego 2011 r., Carion c/ Société Dailymotion, nr 09–67.896.

158 Zobacz motyw 18 dyrektywy 2000/31.

159 Zobacz wyrok Google France, pkt 116; wyrok L'Oréal/eBay, pkt 115.

160 Zobacz wyrok Google France, pkt 25.

prowizję od transakcji zrealizowanych w następstwie ofert sprzedaży [161]. W wyrokach tych ów Trybunał uznał zatem pośrednio, lecz w sposób niepozostawiający wątpliwości, że taka okoliczność jest pozbawiona znaczenia [162].

166. *Po siódme*, nie można uznać, że usługodawca odgrywa „czynną rolę" w odniesieniu do przechowywanych przez niego tylko z tego względu, że w sposób proaktywny przeprowadza pewne kontrole, takie jak te realizowane przez YouTube dzięki Content ID w celu wykrywania obecności informacji o bezprawnym charakterze na jego serwerach. Jak bowiem podkreśla rząd fiński, z motywu 40 dyrektywy 2000/31 wynika, że przepisy tej dyrektywy odnoszące się do odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami „nie powinny stanowić przeszkody w rozwoju i w skutecznym wykorzystywaniu […] instrumentów technicznych nadzoru możliwych dzięki technologiom cyfrowym". Poza tym moim zdaniem należy unikać takiej wykładni pojęcia „czynnej roli", która mogłaby prowadzić do paradoksalnego rezultatu, zgodnie z którym usługodawca prowadzący z własnej inicjatywy pewne poszukiwania w przechowywanych przez siebie informacjach, po to by przeciwdziałać naruszeniom prawa autorskiego w interesie podmiotów praw autorskich utraciłby możliwość skorzystania z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 ust. 1 wspomnianej dyrektywy i w efekcie byłby traktowany w sposób bardziej surowy niż usługodawca, który tego nie robi [163].

167. *Wreszcie*, dla potwierdzenia zasadności proponowanej przeze mnie wykładni, chciałbym przypomnieć, że analogicznie w wyrokach SABAM [164] i Glawischnig-Piesczek [165] Trybunał stwierdził, iż „jest bezsporne", że operatorzy platform sieci społecznościowych mogą powoływać się na art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w związku z informacjami, które przechowują na żądanie użytkowników tych sieci. O ile, jak zauważył rząd francuski podczas rozprawy, wyrażenie „jest bezsporne" ma na celu podkreślenie, że Trybunał oparł się w tych wyrokach na założeniu, którego nie zakwestionowały strony lub sądy odsyłające, o tyle pragnę zauważyć, że Trybunał w ramach orzeczeń prejudycjalnych nie waha się kwestionować założeń dotyczących wykładni prawa Unii, które w jego ocenie budzą one wątpliwości [166]. W tym przypadku zaś Trybunał tego nie uczynił [167].

168. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania drugie, że operator platformy do udostępniania plików wideo taki jak YouTube oraz operator platformy do przechowywania i udostępniania plików taki jak Cyando mogą co do zasady korzystać

161 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 28, 110.

162 Jest to tym bardziej godne uwagi, że rzecznik generalny M. Poiares Maduro w opnii w sprawach połączonych Google France iGoogle (C-236/08 à C-238/08, EU:C:2009:569, pkt 144, 145) zasugerował Trybunałowi odmienne podejście.

163 Zobacz podobnie motyw 26 zalecenia Komisji (UE) 2018/334 z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w Internecie (Dz.U. 2018, L 63, s. 50). Poza tym z wyroku L'Oréal/eBay wynika pośrednio, lecz w sposób niebudzący wątpliwości, że usługodawca może prowadzić własne poszukiwania, nie tracąc z tego powodu swojej „neutralnej roli" (zob. pkt 46, 122 tego wyroku).

164 Wyrok z dnia 16 lutego 2012 r. (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 27).

165 Wyrok z dnia 3 października 2019 r. (C-18/18, EU:C:2019:821, pkt 22).

166 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 16–26).

167 Ponadto sam prawodawca Unii zdaje się uważać, że operator platformy taki jak YouTube może korzystać z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31, skoro w różnych aktach prawnych jest mowa o stosowaniu tego przepisu do takiego operatora. Zobacz w szczególności art. 28a ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (Dz.U. 2018, L 303, s. 69), który stanowi, że „[…] do dostawców platformy udostępniania wideo uznanych za mających siedzibę w państwie członkowskim […] zastosowanie mają […] art. 12–15 dyrektywy [2000/31]" (zob. również art. 28b tej dyrektywy).

z wyłączenia przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w odniesieniu do wszelkiej odpowiedzialności, jaka może się wiązać z plikami, które przechowują na żądanie użytkowników ich platform [168].

C. W przedmiocie przesłanki wyłączenia przewidzianej w art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, dotyczącej braku wiedzy lub świadomości co do bezprawnej informacji (pytania trzecie)

169. Jak wyjaśniłem w ramach mojej analizy drugich pytań prejudycjalnych, operatorzy tacy jak YouTube lub Cyando co do zasady mogą powoływać się na art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Zgodnie z tym przepisem usługodawca nie może ponosić odpowiedzialności za informacje, które przechowuje na żądanie swoich usługobiorców, jeżeli (a) nie ma „wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji", a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych nie wie „o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności" [169] lub jeżeli (b) gdy uzyska takie wiadomości „podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji".

170. Poprzez pytania trzecie sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni przesłanki, o której mowa w art. 14 ust. 1 lit. a) wspomnianej dyrektywy. Sąd ten chciałby zasadniczo ustalić, czy ta przesłanka odnosi się do konkretnych informacji mających bezprawny charakter.

171. Odpowiedź na to pytanie wiąże się z istotnymi następstwami dla wszystkich przypadków dochodzenia odpowiedzialności usługodawcy w związku z przechowywanymi przez niego informacjami mającymi bezprawny charakter. Pytanie to sprowadza się w istocie ustalenia, czy aby pozbawić usługodawcę możliwości korzystania z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31, powód powinien wykazać, że usługodawca ten miał „wiedzę" *o tych konkretnie informacjach* lub był ich „świadom", czy też wystarczy wykazać, że ów usługodawca miał *ogólną i teoretyczną* „wiedzę" lub „świadomość", że przechowuje informacje o bezprawnym charakterze oraz że jego usługi są wykorzystywane do działalności o bezprawnym charakterze.

172. Moim zdaniem hipotezy wskazane w art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 odnoszą się w istocie do konkretnych informacji mających bezprawny charakter.

173. Jak podkreśla sąd odsyłający i jak stwierdziły Google oraz rządy niemiecki i francuski, wykładnia ta wynika z samego brzmienia art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, w którym [we francuskiej wersji językowej] zastosowano rodzajnik określony [„*l*'activité ou […] *l*'information illicites" i „*l*'activité ou *l*'information illicite" („bezprawny charakter działalności lub informacji") (wyróżnienie moje)] [170]. Gdyby prawodawca Unii zamierzał odnieść się do ogólnej wiedzy lub świadomości dotyczących tego, że na serwerach usługodawcy znajdują się informacje o bezprawnym charakterze lub że jego usługi są wykorzystywane do działalności o bezprawnym

168 Jednakże z zastrzeżeniem ograniczenia, o którym przypominam w pkt 146 niniejszej opinii.

169 Dla ułatwienia w niniejszej opinii będę też używał pojęcia „wiedza" dla oznaczenia hipotezy, o której mowa w pierwszej części art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, oraz pojęcia „świadomość" dla oznaczenia hipotezy, o której mowa w drugiej części tego przepisu.

170 Dotyczy to również przeważającej większości wersji językowych dyrektywy 2000/31. Frank Peterson i Elsevier odpowiadają, że angielska wersja tej dyrektywy przemawia za wykładnią przeciwną. Nie jestem co do tego przekonany. Prawdą jest, że w tej wersji pierwsza część art. 14 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy nie zawiera rodzajnika określonego („[…] the provider does not have actual knowledge *of illegal activity* or information […]"). Niemniej jednak w drugiej części został użyty rodzajnik określony („[…] is not aware of facts or circumstances from which *the* illegal activity or information is apparent […]") (wyróżnienie moje).

charakterze, użyłby rodzajnika nieokreślonego („*une* activité ou *une* information illicites" lub „*d'activités* ou *d'informations* illicites"). Należy także zauważyć, że w art. 14 ust. 1 lit. b) omawianej dyrektywy użyto również rodzajnika określonego [„retirer *les* informations ou l'accès à *celles-ci* impossible" – „usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji" (wyróżnienie moje)].

174. Taka wykładnia wydaje mi się właściwa również z punktu widzenia ogólnego kontekstu, w który wpisuje się art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31, oraz celu, któremu służy ten przepis.

175. Pragnę w tym względzie przypomnieć, że prawodawca Unii, ustanawiając wyłączenia odpowiedzialności przewidziane w sekcji 4 dyrektywy 2000/31, zamierzał umożliwić usługodawcom będącym pośrednikami świadczenie ich usług bez ponoszenia ryzyka nieproporcjonalnej odpowiedzialności w związku z informacjami, które przetwarzają na żądanie użytkowników. W szczególności art. 14 ust. 1 tej dyrektywy ma na celu uniknięcie sytuacji, w której usługodawca ponosiłby ogólną odpowiedzialność za bezprawny charakter informacji, które przechowuje, a których jest często bardzo dużo, i nad którymi z tego względu nie ma on co do zasady intelektualnej kontroli. Prawodawca Unii zamierzał wprowadzić w tym względzie równowagę pomiędzy poszczególnymi wchodzącymi w grę interesami. Z jednej strony, w myśl art. 15 ust. 1 omawianej dyrektywy, na wspomnianych usługodawców nie można nałożyć ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują, ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. Z drugiej strony, usługodawcy ci, od chwili faktycznego powzięcia wiarygodnej wiadomości lub powzięcia świadomości o bezprawnym charakterze informacji, mają obowiązek niezwłocznego podjęcia działań w celu usunięcia tej informacji lub uniemożliwienia dostępu do niej, w poszanowaniu zasady wolności wyrażania opinii oraz procedur ustanowionych w tym celu na poziomie krajowym [171].

176. Artykuł 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 ma zatem stanowić podstawę do opracowania na poziomie państw członkowskich procedur określanych jako „powiadamianie i usuwanie" („*notice and take down*") [172], a przesłanki ustanowione w lit. a) i b) tego przepisu odzwierciedlają w związku z tym logikę tych procedur: w sytuacji gdy usługodawca poweźmie wiadomość na temat *konkretnej informacji o bezprawnym charakterze* [173], powinien niezwłocznie ją usunąć.

177. Frank Peterson i Elsevier odpierają jednak, że na platformach takich jak YouTube i Uploaded dochodzi do znacznej liczby przypadków korzystania o bezprawnym charakterze, które są regularnie zgłaszane operatorom tych platform. W związku z tym powodowie w postępowaniu głównym ponownie podnoszą, że operatorzy ci powinni podlegać obowiązkowi zachowania należytej staranności obejmującemu zapobieganie naruszeniom prawa popełnianym na ich platformach i aktywne poszukiwanie takich naruszeń. W konsekwencji nie mogą oni zasłaniać się brakiem wiedzy o konkretnych informacjach mających bezprawny charakter, które tam się znajdują. W tym względzie należałoby domniemywać, że mają oni „wiedzę" lub „świadomość".

178. Moim zdaniem wykładni proponowanej przez podmioty praw autorskich po prostu nie da się pogodzić z prawem Unii w jego obecnym stanie.

171 Zobacz motywy 40, 41 i 46 dyrektywy 2000/31.

172 Zobacz motyw 40 i art. 14 ust. 3 dyrektywy 2000/31. Inaczej niż sekcja 512 wprowadzona przez DMCA, dyrektywa 2000/31 nie przewiduje zatem zharmonizowanej procedury powiadamiania i usuwania.

173 Należy przez to rozumieć: gdy poweźmie o niej wiadomość pracownik usługodawcy. Nie można twierdzić, że usługodawca posiada „wiedzę" lub „świadomość" (w rozumieniu art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31) co do bezprawnego charakteru informacji, którą przechowuje, przykładowo na tej podstawie, że przetwarzał automatycznie tę informację. Taka wykładnia pozbawiałaby ten przepis wszelkiej skuteczności, ponieważ każdy usługodawca, który przechowuje informacje, siłą rzeczy dokonuje takiego przetwarzania.

179. Przede wszystkim taka argumentacja nie daje się pogodzić z pierwszą częścią art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, odnoszącą się do „wiarygodnych wiadomości". Aby wykazać posiadanie takich „wiarygodnych wiadomości", należy brać pod uwagę nie to, co usługodawca wiedziałby, gdyby dochował należytej staranności, lecz to, o czym rzeczywiście wiedział [174].

180. Hipoteza odnosząca się do „świadomości", zawarta w drugiej części art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 wymaga obszerniejszych wyjaśnień. Trybunał poczynił w tym temacie szereg uściśleń w wyroku L'Oréal/eBay. Przypomnę, że w sprawie, w której zapadł ten wyrok, eBay został pozwany w związku z pewnymi ofertami sprzedaży umieszczonymi online na jego platformie handlowej, które mogły naruszać prawa do znaków towarowych L'Oréal. W tym kontekście Trybunał wyjaśnił, że aby ustalić, czy operator platformy handlowej ma „świadomość" istnienia takich ofert w rozumieniu tego przepisu, należy zweryfikować, czy „wiedział on o stanie faktycznym lub okolicznościach, na podstawie których przedsiębiorca wykazujący należytą staranność powinien stwierdzić ową bezprawność i podjąć działania zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy". Może to dotyczyć „każdej sytuacji, w której dany usługodawca poweźmie, niezależnie w jaki sposób, wiedzę o takim stanie faktycznym lub takich okolicznościach", a w szczególności takiej, gdy „odkrywa [on] istnienie działalności lub informacji o charakterze bezprawnym w następstwie badania przeprowadzonego z własnej inicjatywy", a także takiej, „gdy zostanie on powiadomiony o istnieniu takiej działalności lub informacji" [175].

181. Z wyroku tego wynika, że art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 istotnie nakłada na usługodawcę pewne obowiązki zachowania należytej staranności. W związku z tym może się zdarzyć, że taki usługodawca utraci możliwość korzystania z ustanowionego w tym przepisie wyłączenia odpowiedzialności z tego powodu, że powinien był wiedzieć, iż dana informacja ma bezprawny charakter, a mimo to nie usunął jej.

182. Jednakże te obowiązki zachowania należytej staranności są znacznie bardziej ukierunkowane niż sugeruje to strona powodowa w postępowaniu głównym. Moim zdaniem z wyroku tego nie można wywodzić, że usługodawca, chcąc postąpić jak „przedsiębiorca wykazujący należytą staranność", powinien, gdy tylko poweźmie abstrakcyjną wiedzę o tym, że na jego serwerach mogą się znajdować informacje o bezprawnym charakterze, aktywnie, w sposób całościowy poszukiwać takich informacji o bezprawnym charakterze, co prowadziłoby w konsekwencji do ustanowienia domniemania, iż ma on „świadomość" istnienia każdej takiej informacji.

183. W tym względzie oczywiste jest, że wobec liczby ofert sprzedaży publikowanych codziennie na platformie handlowej takiej jak eBay, operator tej platformy wie, iż pewna ich część może naruszać prawa własności intelektualnej. Niemniej jednak w wyroku L'Oréal/eBay Trybunał nie orzekł, że należy przyjąć, iż operator taki ma „świadomość" istnienia każdej z tych naruszających prawo ofert. Przeciwnie, Trybunał uznał, że należy zweryfikować *w odniesieniu do ofert sprzedaży, których dotyczyła ta sprawa*, czy usługodawca ten został o nich powiadomiony. W ocenie Trybunału należy w szczególności zweryfikować, czy ów usługodawca otrzymał wystarczająco precyzyjne i poparte dowodami powiadomienie *dotyczące tych ofert* [176].

184. Wynika z tego, że wskazana w drugiej części art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 hipoteza, zgodnie z którą usługodawca „wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności", odnosi się do sytuacji, gdy usługodawca (rzeczywiście) posiada wiedzę o obiektywnych okolicznościach *dotyczących konkretnej informacji znajdującej*

174 Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie L'Oréal i in. (C-324/09, EU:C:2010:757, pkt 162, 163).

175 Wyrok L'Oréal/eBay, odpowiednio pkt 120, 121, 122.

176 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 122.

się na jego serwerach, która to wiedza powinna być dla niego wystarczająca, o ile dochowa należytej staranności, aby stwierdzić, że informacja ta ma bezprawny charakter i aby ją usunąć zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy.

185. Podsumowując, usługodawca ma obowiązek traktować z należytą starannością fakty i okoliczności, o których powziął wiadomość, w szczególności w kontekście powiadomień dotyczących konkretnych informacji o bezprawnym charakterze. Nie należy tego mylić z ogólnym obowiązkiem aktywnego poszukiwania w sposób całościowy takich faktów i okoliczności. Taka wykładnia zaburzyłaby logikę art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 i byłaby niezgodna z art. 15 tej dyrektywy [177].

186. Poza tym nie można zapomnieć, że logika „powiadamiania i usuwania" leżąca u podstaw wspomnianego art. 14 ust. 1 ma na celu, jak wskazałem, wprowadzenie równowagi pomiędzy poszczególnymi wchodzącymi w grę interesami, a w szczególności ochronę wolności wyrażania opinii przez użytkowników.

187. W tym kontekście logika powiadomień nie dotyczy wyłącznie umożliwienia usługodawcy wykrywania i lokalizowania informacji o bezprawnym charakterze znajdującej się na jego serwerach. Powiadomienie ma również na celu dostarczenie mu wystarczających dowodów na potwierdzenie bezprawnego charakteru tej informacji. Zgodnie bowiem ze wspomnianym art. 14 ust. 1 usługodawca ma obowiązek usunięcia takiej informacji wyłącznie wówczas, gdy ów bezprawny charakter jest „oczywisty" to znaczy *niewątpliwy* [178]. Wymóg ten służy moim zdaniem uniknięciu sytuacji, w których usługodawca musiałby sam rozstrzygać o złożonych kwestiach prawnych i zamienić się w arbitra legalności online.

188. O ile jednak bezprawny charakter pewnych informacji jest oczywisty na pierwszy rzut oka [179], o tyle w dziedzinie prawa autorskiego z reguły tak nie jest. Ocena, czy dany plik narusza prawa własności intelektualnej, zakłada znajomość szeregu okoliczności dotyczących kontekstu i może wymagać pogłębionej analizy prawnej. Przykładowo, aby ustalić, czy film umieszczony w sieci na platformie takiej jak YouTube narusza prawo autorskie, należy zasadniczo zbadać, po pierwsze, czy film ten zawiera utwór, po drugie, czy osobie trzeciej, która zgłasza roszczenia, przysługują prawa autorskie do tego utworu, po trzecie, czy takie korzystanie z utworu narusza jej prawa, przy czym ta ostania kwestia wymaga oceny przede wszystkim, czy udzieliła ona zezwolenia na korzystanie z utworu, a następnie, czy ewentualnie ma zastosowanie któryś z wyjątków. Analizę tę dodatkowo komplikuje okoliczność, że ewentualne prawa i licencje dotyczące utworu mogą się różnić w poszczególnych państwach członkowskich, podobnie jak te wyjątki przewidziane we właściwym porządku prawnym [180].

[177] Zobacz podobnie J. Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 407, 408. Poza tym Trybunał wyjaśnił w pkt 139 wyroku L'Oréal/eBay, że „wymagane od [usługodawcy takiego jak eBay] działania mające na celu zapobieżenie wszelkim przyszłym naruszeniom praw własności intelektualnej popełnianym za pośrednictwem jego serwisu nie mogą polegać na aktywnym nadzorowaniu wszystkich danych każdego z jego klientów". Podobnie, zawarte w pkt 120 tego wyroku wskazanie Trybunału, zgodnie z którym usługodawca może, w ramach swoich własnych poszukiwań, odkrywać fakty i okoliczności ujawniające bezprawność, służy jedynie podkreśleniu, że art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 *pozwala* usługodawcy na prowadzenie takich poszukiwań. W takim wypadku ów usługodawca jest oczywiście zobowiązany do usunięcia odkrytych przez siebie informacji o bezprawnym charakterze. Nie może to oznaczać, że ów usługodawca ma ogólny *obowiązek* prowadzenia takich poszukiwań.

[178] Zobacz orzeczenie Conseil constitutionnel (rady konstytucyjnej, Francja) nr 2004–496 z dnia 10 czerwca 2004 r.

[179] Mam tu na myśli przykładowo pornografię dziecięcą. Jeśli chodzi o ten rodzaj informacji, które same w sobie są niewątpliwie i bezdyskusyjnie bezprawne, moim zdaniem dyrektywa 2000/31 nie zakazuje wymagania od usługodawcy proaktywności, jeśli chodzi o ich poszukiwanie i usuwanie. Zobacz podobnie motyw 48 tej dyrektywy oraz, jeśli chodzi w szczególności o pornografię dziecięcą, motyw 47 i art. 25 dyrektywy 2011/93.

[180] Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 50).

189. Gdyby usługodawca miał aktywnie poszukiwać wszelkich informacji stanowiących naruszenie praw własności intelektualnej znajdujących się na jego serwerach, bez wsparcia ze strony podmiotów praw autorskich, byłby zmuszony samodzielnie oceniać, w sposób ogólny i bez znajomości niezbędnych okoliczności dotyczących kontekstu, czy doszło do naruszenia praw własności intelektualnej. O ile pewne sytuacje pozostawiają niewiele miejsca na wątpliwości [181], o tyle w wielu innych nie ma jednoznaczności. Przykładowo, ustalenie, kto posiada prawa do utworu rzadko jest proste [182]. Ponadto gdy fragment chronionego utworu został włączony do filmu zamieszczonego przez osobę trzecią, mogłyby mieć zastosowanie niektóre wyjątki takie jak prawo cytatu czy parodia [183]. Powstaje ryzyko, że we wszystkich tych niejednoznacznych sytuacjach usługodawca będzie się skłaniał do konsekwentnego usuwania informacji znajdujących się na jego serwerach, aby uniknąć wszelkiego ryzyka poniesienia odpowiedzialności względem podmiotów praw autorskich. Częstokroć łatwiejsze wyda mu się bowiem zwykłe usunięcie informacji niż bronienie w ramach ewentualnego powództwa odszkodowawczego tezy, że w danym przypadku ma zastosowanie tego rodzaju wyjątek. Takie „nadmiarowe usuwanie" stwarzałoby oczywisty problem w sferze wolności wyrażania opinii [184].

190. Z tych powodów, jak zauważa sąd odsyłający, naruszenie przez daną informacje praw własności intelektualnej można uznać za „oczywiste" w rozumieniu art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 dopiero wówczas, gdy dany usługodawca otrzymał powiadomienie zawierające dowody, które pozwoliłyby „przedsiębiorcy wykazującemu należytą staranność" będącemu w jego sytuacji z łatwością stwierdzić tę okoliczność bez pogłębionej analizy stanu prawnego i faktycznego. W konkretnym przypadku to powiadomienie powinno wskazywać chroniony utwór, opisywać zarzucane naruszenie i dostarczać dostatecznie jasnych informacji odnośnie do praw, jakie według twierdzeń poszkodowanego przysługują mu do utworu. Dodam, że w sytuacji gdy nie można na pierwszy rzut oka wykluczyć zastosowania wyjątku, powiadomienie powinno zawierać odpowiednie wyjaśnienia przyczyn, dla których taki wyjątek należy wykluczyć. W mojej ocenie jedynie taka wykładnia pozwoli uniknąć wskazanych we wcześniejszych punktach ryzyka, że usługodawcy będący pośrednikami przeobrażą się we arbitrów legalności online, i ryzyka „nadmiarowego usuwania" [185].

191. Powyższym wyjaśnieniom powinno towarzyszyć jeszcze dwojakie doprecyzowanie. Po pierwsze, według mnie istnieje przypadek, w którym usługodawca nie może powoływać się na okoliczność, że nie miał rzeczywistej „wiedzy" lub „świadomości" o konkretnych bezprawnych informacjach będących przyczyną kierowanego przeciwko niemu roszczenia, i w którym to przypadku powinna wystarczyć ogólna i teoretyczna wiedza o tym, że przechowuje on informacje o bezprawnym charakterze oraz że jego usługi są wykorzystywane do działalności o bezprawnym charakterze. Chodzi o sytuację, gdy taki usługodawca *w sposób zamierzony ułatwia* swoim

[181] Na przykład umieszczenie online przez nieznanego użytkownika słabej jakości kopii filmu, który ostatnio wszedł na ekrany kinowe, wykonanej przy pomocy kamery wideo.

[182] Z postanowienia odsyłającego w sprawie C-682/18 wynika, że znaczna część wyroku wydanego w postępowaniu apelacyjnym została poświęcona kwestii tego, czy i w jakim zakresie F. Peterson posiada prawa do rozpatrywanych utworów.

[183] Zobacz art. 5 dyrektywy 2001/29.

[184] Należy w szczególności zauważyć, że dyrektywa 2000/31 nie przewiduje żadnego zabezpieczenia dla użytkowników takiego jak procedura „odpowiedzi na powiadomienie", które pozwalałoby zakwestionować „nadmiarowe usuwanie" ich informacji. Motyw 46 tej dyrektywy wskazuje jedynie, że państwa członkowskie mają możliwość „ustalania wymagań szczególnych, które muszą być natychmiast spełnione, zanim informacje zostaną usunięte lub uniemożliwi się do nich dostęp".

[185] Zobacz podobnie J. Riodan, op.cit., s. 406. Ogólnie rzecz ujmując, kwestia ustalenia, czy fakty i okoliczności, o których powziął wiadomość usługodawca, były wystarczające, aby uzyskał on „świadomość" bezprawnego charakteru informacji w rozumieniu art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31, zależy od wszystkich okoliczności danej sprawy, w szczególności od stopnia szczegółowości powiadomienia, złożoności analizy koniecznej do zrozumienia, na czym polega bezprawny charakter tej informacji, oraz środków, jakimi dysponuje ten usługodawca. To samo dotyczy ustalenia, czy odpowiednie działania zostały podjęte przez usługodawcę „niezwłocznie" w rozumieniu art. 14 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy.

usługobiorcom dokonywanie czynności o bezprawnym charakterze. W sytuacji gdy obiektywne okoliczności świadczą o złej wierze usługodawcy [186], traci on moim zdaniem możliwość korzystania z wyłączenia odpowiedzialności ustanowionego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [187].

192. Po drugie, F. Peterson i Elsevier podnoszą, że w sytuacji gdy usługodawca otrzymał wystarczająco precyzyjne i poparte dowodami powiadomienie dotyczące informacji o bezprawnym charakterze, art. 14 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2000/31 wymaga od tego usługodawcy nie tylko, aby usunął informację lub uniemożliwił dostęp do niej, lecz również, aby podjął niezbędne działania w celu „zablokowania" tej informacji, to znaczy uniemożliwienia *ponownego umieszczenia jej online*. Innymi słowy, należy uznać, że usługodawca, który otrzymał takie powiadomienie, ma „świadomość" nie tylko informacji znajdującej się aktualnie na jego serwerach, lecz również wszystkich przypadków ewentualnego umieszczenia online tej samej informacji w przyszłości, bez konieczności kolejnego powiadomienia w odniesieniu do każdego z tych przypadków.

193. Podmioty praw autorskich regularnie podnoszą w tym względzie, że informacje, których dotyczyło powiadomienie i które zostały usunięte przez usługodawcę, są częstokroć ponownie umieszczane online niedługo po tym. W efekcie podmioty praw autorskich są zmuszone stale monitorować wszystkie witryny internetowe, na których mogą być przechowywane ich utwory, i ponawiać powiadomienia. Proponowanym przez te podmioty praw autorskich rozwiązaniem tego problemu byłaby wykładnia art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w taki sposób, że przepis ten stanowi podwaliny dla systemu nie tylko „powiadamiania i usuwania" („*notice and* take *down*"), lecz także „powiadamiania i blokowania" („*notice and* stay *down*").

194. W mojej ocenie wprowadzenie do art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 obowiązku *stay down* stanowiłoby istotną modyfikację zakresu tego przepisu. Usunięcie informacji wymaga od usługodawcy zareagowania (z należytą starannością) na powiadomienie. Zablokowanie informacji wymaga natomiast wdrożenia technologii filtrowania ogółu przechowywanych przezeń informacji. W tym kontekście chodzi nie tylko o zapobieżenie umieszczeniu w sieci danego pliku informatycznego, lecz także każdego pliku *o analogicznej treści*. Niezależnie od okoliczności, że niektórzy usługodawcy, do których – jak się wydaje – należy YouTube, dysponują technologiami umożliwiającymi stosowanie takiego *stay down* i dobrowolnie je wdrażają, uważam, że trudno byłoby wprowadzać taki obowiązek w drodze „dynamicznej" wykładni tego przepisu, nakładając go tym samym na wszystkich usługodawców – także tych, którzy nie dysponują zasobami niezbędnymi dla wdrożenia tego rodzaju technologii [188].

195. Uważam natomiast, że w okolicznościach, które sprecyzuję w ramach mojej analizy pytań czwartych, obowiązek *stay down* może zostać nałożony na niektórych usługodawców, w zależności między innymi od ich możliwości, w drodze nakazu sądowego zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29.

186 Jeśli chodzi o tę kwestię, odsyłam czytelnika do pkt 120–131 niniejszej opinii.

187 Według mnie niezrozumiałe byłoby bowiem, gdyby na przykład administratorzy platformy „The Pirate Bay" mogli powoływać się na art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w celu uniknięcia wynikającej z prawa krajowego odpowiedzialności wtórnej w związku z informacjami przechowywanymi na tej platformie. Jak podnosi rząd francuski, przepis ten służy ochronie usługodawców, którzy generalnie działają w dobrej wierze, a nie nieetycznych usługodawców, których głównym zamiarem jest ułatwienie naruszeń prawa autorskiego.

188 Obowiązek *stay down* został natomiast przewidziany w art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790. Należy jednakże zwrócić uwagę, że prawodawca przewidział wyjątek odnoszący się do „małych" usługodawców, którzy nie dysponują zasobami lub technologią niezbędną do realizacji takiego obowiązku.

196. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania trzecie, że art. 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 należy interpretować w ten sposób, iż hipotezy wskazane w tych przepisach, a mianowicie ta, zgodnie z którą usługodawca ma „wiarygodn[e] wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji" oraz ta, zgodnie z którą taki usługodawca „wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności", co do zasady odnoszą się do konkretnych informacji o bezprawnym charakterze.

D. W przedmiocie przesłanek żądania wydania nakazu przeciwko pośrednikowi zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 (pytania czwarte)

197. W przypadku gdyby Trybunał orzekł, że operatorzy platform tacy jak YouTube i Cyando mogą powoływać się na art. 14 dyrektywy 2000/31, ci ostatni byliby zwolnieni z wszelkiej odpowiedzialności, jaka może wiązać się z plikami, które przechowują na żądanie użytkowników ich platform, o ile operatorzy ci spełnią przesłanki przewidziane w ust. 1 tego przepisu.

198. Niemniej, jak wynika z ust. 3 tego przepisu, artykuł ten „nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sądy lub organy administracyjne, zgodnie z systemem prawnym państw członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł". Innymi słowy omawiany artykuł nie uniemożliwia w szczególności wydania przeciwko usługodawcy *nakazu sądowego* nawet w sytuacji, gdy spełnia on te przesłanki [189].

199. Artykuł 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 zobowiązuje państwa członkowskie w tym względzie do zapewnienia, aby „podmioty praw autorskich mogły wnioskować o wydanie nakazu przeciwko pośrednikom, których usługi są wykorzystywane przez stronę trzecią w celu naruszenia praw autorskich lub pokrewnych" [190].

200. W ramach swoich *pytań czwartych* Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie przesłanek, jakie powinny spełnić podmioty praw autorskich, aby móc wystąpić o taki nakaz zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29.

201. Sąd ten zastanawia się w szczególności nad zgodnością swojego orzecznictwa z prawem Unii. Według tego orzecznictwa wspomniany art. 8 ust. 3 został przetransponowany do prawa niemieckiego przy pomocy koncepcji „odpowiedzialności zakłócającego" (*Störerhaftung*), która stanowi znaną od dawna postać odpowiedzialności pośredniej. Zgodnie z tą koncepcją w przypadku naruszenia prawa o charakterze bezwzględnym, jakim jest prawo własności intelektualnej, osoba, która nie będąc sprawcą takiego naruszenia lub pomocnikiem sprawcy, w jakikolwiek sposób umyślnie przyczynia się do niego, przy czym zachodzi adekwatny związek przyczynowy, może być pozwana jako „zakłócający" (*Störer*). W tym kontekście może być

189 Zobacz również motyw 45 dyrektywy 2000/31.

190 Obowiązek ten został również przewidziany w art. 11 zdanie trzecie dyrektywy 2004/48, która ma zastosowanie do różnych naruszeń praw własności intelektualnej, w tym prawa autorskiego (zob. art. 2 ust. 1 tej dyrektywy). Jednakże, jak wynika z tego przepisu, pozostaje on „bez uszczerbku" dla postanowień art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29. W każdym razie, skoro art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 i art. 11 zdanie trzecie dyrektywy 2004/48 mają prawie identyczne brzmienie, a dyrektywy te mają ten sam cel, jakim jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony własności intelektualnej (zob. motyw 9 pierwszej z tych dyrektyw i motyw 10 drugiej z nich), przepisy te należy według mnie interpretować w ten sam sposób.

wystarczające, że dana osoba popiera postępowanie sprawcy (który dopuszcza się tego naruszenia, działając z własnej inicjatywy) lub odnosi z niego korzyść, jeżeli miała prawną i praktyczną możliwość zapobieżenia popełnionemu naruszeniu [191].

202. Jak wyjaśnia sąd odsyłający, aby nadmiernie nie rozszerzać „odpowiedzialności zakłócającego" na osoby, które nie są ani sprawcami naruszeń, ani pomocnikami, odpowiedzialność ta *zakłada naruszenie obowiązków starannego działania*. Zakres tych obowiązków zależy od tego, czy w danych okolicznościach można racjonalnie oczekiwać od „zakłócającego" (a jeśli tak to w jakiej mierze), aby kontrolował lub nadzorował osoby trzecie w celu zapobiegania takim naruszeniom. Należy to ustalać w każdym przypadku, mając na względzie rolę i zadania „zakłócającego", jak również osobistą odpowiedzialność sprawców naruszeń.

203. W tym kontekście przeciwko usługodawcy będącemu pośrednikiem, który przechowuje informacje przekazywane przez użytkowników jego usługi, jako „zakłócającemu", może być wytoczone powództwo oraz wydany na tej podstawie nakaz zaprzestania, jeżeli, *po pierwsze*, otrzymał on wystarczająco precyzyjne i poparte dowodami powiadomienie dotyczące konkretnej informacji o bezprawnym charakterze, *a po drugie*, doszło do powtórnego naruszenia z tego powodu, że ów usługodawca bądź nie podjął niezwłocznie działania w celu usunięcia informacji lub uniemożliwienia dostępu do nich, bądź nie zastosował niezbędnych środków, aby uniemożliwić ponowne umieszczenie tej informacji online [192]. W konsekwencji podmioty praw autorskich nie mają możliwości wnioskowania o wydanie nakazu przeciwko pośrednikowi od momentu, gdy użytkownik jego usług naruszył ich prawa.

204. Należy w istocie ustalić, czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 sprzeciwia się temu, by możliwość wystąpienia przez podmioty praw autorskich o wydanie nakazu wobec pośrednika była uzależniona od wymogu takiego powtórnego naruszenia.

205. Sąd odsyłający uważa, że tak nie jest. Google, Cyando oraz rządy niemiecki i fiński są tego samego zdania. Ja natomiast jestem skłonny uznać, podobnie jak F. Peterson, Elsevier, rząd francuski i Komisja, że art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 istotnie sprzeciwia się takiemu wymogowi.

206. *Przede wszystkim* należy przypomnieć, że wspomniany art. 8 ust. 3 przyznaje podmiotom praw autorskich prawo wnioskowania o wydanie nakazu przeciwko „pośrednikom", „których usługi są wykorzystywane przez stronę trzecią", w celu „naruszenia praw autorskich lub pokrewnych". W myśl orzecznictwa Trybunału „pośrednikiem" w rozumieniu tego przepisu jest usługodawca, którego usługa może być wykorzystywana przez inne osoby do naruszania takiego prawa własności intelektualnej [193]. Jest tak bezsprzecznie w przypadku YouTube i Cyando. Za

[191] „Odpowiedzialność zakłócającego" stanowi podstawę do uzyskania nakazu. Inaczej niż odpowiedzialność pierwotna sprawcy naruszenia i odpowiedzialność pomocnika przewidziana w art. 830 BGB, nie stanowi ona zatem podstawy do zasądzenia odszkodowania.

[192] Zobacz w szczególności wyroki Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) z dnia 26 lipca 2012 r., I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 – Alone in the Dark; a także z dnia 19 marca 2015 r., I ZR 94/13, GRUR 2015 1129 – Hotelbewertungsportal. W myśl orzecznictwa tego sądu operatorzy tacy jak YouTube i Cyando co do zasady nie są bezpośrednio odpowiedzialni za naruszenia prawa autorskiego popełnione za pośrednictwem ich platform, ponieważ nie dokonują oni „publicznego udostępniania" utworów umieszczanych online na tych platformach. Operatorzy ci co do zasady nie ponoszą także odpowiedzialności jako pomocnicy w tych naruszeniach w rozumieniu art. 830 BGB, ponieważ uwzględnienie powództwa na tej podstawie wymaga udowodnienia zamiaru i wiedzy odnoszących się do konkretnego naruszenia (zob. moja analiza piątych i szóstych pytań prejudycjalnych). Sąd ten reguluje zatem działalność takich operatorów głównie poprzez nakazy, których podstawą jest „odpowiedzialność zakłócającego". W postępowaniach głównych sądy apelacyjne uznały zatem YouTube i Cyando za „zakłócających", gdyż spółki te nie dopełniły obowiązków starannego działania.

[193] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 7 lipca 2016 r., Tommy Hilfiger Licensing i in. (C-494/15, EU:C:2016:528, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

każdym razem, gdy któryś z ich użytkowników publikuje bezprawnie online na ich platformach chroniony utwór, świadczone przez nich usługi „są wykorzystywane przez inne osoby" w celu „naruszenia praw autorskich lub pokrewnych".

207. *Następnie*, o ile motyw 59 dyrektywy 2001/29 wskazuje, że warunki i metody dotyczące takiego nakazu co do zasady powinny być uregulowane w ramach prawa krajowego państw członkowskich, o tyle oznacza to po prostu, że państwa te dysponują w tym względzie zakresem swobodnego uznania. W każdym razie te warunki i procedury powinny jednak zostać określone w sposób, który pozwoli na osiągnięcie celu, jakiemu służy art. 8 ust. 3 tej dyrektywy [194]. To swobodne uznanie nie może zatem umożliwiać państwom zmiany zakresu, a co za tym idzie – istoty prawa, które przepis ten przyznaje podmiotom praw autorskich.

208. W tym kontekście chciałbym zauważyć, że możliwość uzyskania przez podmioty praw autorskich nakazu przeciwko usługodawcy będącemu pośrednikiem zgodnie z zasadami dotyczącymi „odpowiedzialności zakłócającego" zależy od zachowania tego ostatniego. Jak już wskazałem, nakaz wydany w oparciu o tę instytucję jest nakazem dotyczącym *zaniechania naruszenia*. Zakłada on naruszenie przez tego usługodawcę pewnych *obowiązków starannego działania* [195] i umożliwia doprowadzenie na drodze sądowej do przymusowego ich wykonania.

209. Tymczasem art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 opiera się na odmiennej logice. W przeciwieństwie do przewidzianych w ust. 2 tego przepisu nakazów przeciwko sprawcom naruszeń, nakazy przeciwko pośrednikom przewidziane w jego ust. 3 *nie mają (jedynie) na celu doprowadzenie do zaprzestania pewnych nagannych zachowań* tych pośredników. Przepis ten odnosi się nawet do pośredników „nieponoszących winy", czyli takich, którzy co do zasady dopełniają wszelkich obowiązków, jakie nakłada na nich prawo. Daje on podmiotom praw autorskich możliwość żądania od pośredników większego zaangażowania w przeciwdziałanie naruszeniom prawa autorskiego popełnianym przez użytkowników ich usług, gdyż to pośrednicy mają przeważnie największe możliwości, aby położyć kres tym naruszeniom. Z tego punktu widzenia wspomniany przepis umożliwia nałożenie na tych pośredników *nowych obowiązków* w drodze nakazów sądowych. Chodzi tu w gruncie rzeczy o pewien rodzaj wymuszonej współpracy [196].

210. Ta różnica dotycząca logiki sama w sobie mogłaby nie być problematyczna. Jak wskazałem, znaczenie ma jedynie rezultat osiągnięty przez państwa członkowskie, a nie sposób, w jaki implementują art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29. Teoretycznie rzecz biorąc, istotna w tym względzie jest wyłącznie możliwość uzyskania przez podmioty praw autorskich nakazu zobowiązującego pośredników do określonych zachowań chroniących ich interesy. To, czy ów nakaz przedstawiany jest teoretycznie jako sankcja za uchybienie istniejącym wcześniej obowiązkom starannego działania, czy jako podstawa nałożenia nowych, nie ma znaczenia.

194 Zobacz wyrok L'Oréal/eBay, pkt 136.

195 W myśl orzecznictwa Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) obowiązki starannego działania ciążące konkretnie na usługodawcach prowadzących działalność polegającą między innymi na przechowywaniu plików przekazywanych przez osoby trzecie stanowią odzwierciedlenie przesłanki przewidzianej w art. 14 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2000/31. Zgodnie z moim rozumieniem obowiązki te wykraczają jednakże poza wymogi tego przepisu: sąd ten wymaga, aby usługodawca nie tylko usunął informację, której dotyczy powiadomienie, lecz także zablokował tę informację w myśl zasady *stay down*.

196 Zobacz motyw 59 dyrektywy 2001/29 oraz Husovec, op. cit, s. XV, XVI, 8 i 10–13. W mojej ocenie okoliczność, że pośrednicy w pewnej mierze odnoszą korzyści finansowe z niezgodnego z prawem wykorzystania ich usług, również uzasadnia wydawanie przeciwko nim takich nakazów.

211. Jednakże uzależnienie wydania takiego nakazu od naruszenia przez pośrednika wcześniej istniejących obowiązków starannego działania skutkuje *wstrzymaniem możliwości skorzystania* z prawa, które art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 przyznaje podmiotom praw autorskich, *a przez to ograniczeniem tego prawa*[197]. Jak podnosi F. Peterson, ci ostatni w praktyce mogą wnioskować o wydanie nakazu przeciwko pośrednikowi dopiero, gdy zostanie popełnione i należycie zgłoszone temu pośrednikowi pierwsze naruszenie związane z informacją o bezprawnym charakterze (ponieważ powiadomienie skutkuje powstaniem obowiązków starannego działania) oraz gdy, ponadto, dojdzie do powtórnego naruszenia (znamionującego uchybienie przez pośrednika tym obowiązkom).

212. Tymczasem moim zdaniem podmiot praw autorskim powinien mieć możliwość wnioskowania o taki nakaz, gdy tylko zostanie ustalone, że osoby trzecie naruszają jego prawa, wykorzystując usługi pośrednika, bez konieczności oczekiwania na powtórne naruszenie oraz bez obowiązku wykazywania zawinionego działania pośrednika[198]. Chciałbym uściślić, że moim zdaniem art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 nie sprzeciwia się zasadom „odpowiedzialności zakłócającego" jako takim. Sprzeciwia się on natomiast temu, aby podmioty praw autorskich były pozbawione w prawie niemieckim innych podstaw prawnych umożliwiających im wnioskowanie o wydanie nakazu przeciwko pośrednikowi w takiej sytuacji.

213. Moim zdaniem wykładni tej nie podważa argument podniesiony przez sąd odsyłający i powtórzony przez Google, Cyando i rząd fiński, zgodnie z którym umożliwienie podmiotom praw autorskich wnioskowania o nakaz przeciwko pośrednikowi zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 zanim nawet dojedzie do powtórnego naruszenia oznaczałoby nałożenie na tego pośrednika ogólnego obowiązku nadzoru i aktywnego poszukiwania sprzeczny z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Ich zdaniem dopuszczenie takiej możliwości byłoby równoznaczne ze stwierdzeniem, że pośrednik powinien, nawet przed otrzymaniem dostatecznie precyzyjnego i popartego dowodami powiadomienia, usunąć daną informację i zablokować jej ponowne umieszczenie online, co wymagałoby od niego monitorowania jego serwerów i aktywnego całościowego poszukiwania informacji o bezprawnym charakterze, jakie mogą się tam znajdować.

214. Tymczasem z proponowanej przeze mnie wykładni nie wynika taki skutek. Okoliczność, że podmioty praw autorskich mają w danym przypadku możliwość wnioskowania o wydanie nakazu przeciwko pośrednikowi, nie oznacza, że pośrednik ten był bezwzględnie zobowiązany do działania w określony sposób *przed* jego wydaniem. Powtórnie podkreślam, że nakazy, o których mowa w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 co do zasady służą nie do nakładania sankcji za uchybienie przez pośredników istniejącym wcześniej obowiązkom starannego działania, lecz do nakładania na nich nowych obowiązków na przyszłość.

215. *Wreszcie*, zdaję sobie sprawę z tego, że przesłanka powstania „odpowiedzialności zakłócającego" dotycząca naruszenia przez pośrednika obowiązków starannego działania ma na celu, jak wskazał sąd odsyłający, ograniczenie kręgu osób, przeciwko którym może być wydany nakaz. Proponowana przeze mnie wykładnia nie oznacza jednak, że podmioty praw autorskich miałyby możliwość występowania o wydanie jakiegokolwiek nakazu skierowanego przeciwko

197 Zobacz podobnie podobnie J.B. Nordemann, „Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 2, nr 1, 2011, s. 40.

198 Zobacz podobnie Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 29 listopada 2017 r., Wytyczne dotyczące niektórych aspektów dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej [COM(2017) 708 final], s. 19 „właściwe organy sądowe nie mogą wymagać od wnioskodawcy wykazania chociażby pośredniej odpowiedzialności pośrednika za (domniemane) naruszenie w ramach warunku wydania nakazu sądowego".

jakiemukolwiek usługodawcy będącemu pośrednikiem. Moim zdaniem sądy krajowe powinny stosować zasadę proporcjonalności, aby ocenić zakres obowiązków, jakie mogą zostać racjonalnie nałożone na danego usługodawcę, uwzględniając w szczególności jego sytuację z punktu widzenia rozpatrywanych naruszeń prawa autorskiego. W niektórych przypadkach usługodawca ten mógłby znajdować się względem tych naruszeń na zbyt odległej pozycji, aby żądanie od niego współpracy było proporcjonalne. W każdym razie zagadnienie to nie powstaje w niniejszej sprawie. Operatorzy tacy jak YouTube i Cyando znajdują się bowiem na pozycji bliskiej naruszeniom popełnianym przez użytkowników ich platform, gdyż przechowują na swoich serwerach odpowiednie pliki.

216. Strony w postępowaniu głównym podniosły również przed Trybunałem kwestię zakresu nakazów, jakie mogą być wydawane przeciwko pośrednikom, przy czym podmioty praw autorskich twierdzą, że orzecznictwo Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) nie idzie w tym względzie dość daleko, a operatorzy platform uważają, że przeciwnie, orzecznictwo to wykracza poza to, na co zezwala prawo Unii. Ponieważ sąd odsyłający nie przedłożył Trybunałowi pytania dotyczącego tego zagadnienia, a jest ono ściśle związane z ogólną problematyką poruszaną w niniejszych spawach, przedstawię kilka krótkich uwag na ten temat.

217. Trybunał wyjaśnił już, że nakaz wydany zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 może zobowiązać pośrednika do podjęcia działań, które przyczynią się nie tylko do *zaprzestania* naruszeń prawa autorskiego popełnianych przez użytkowników jego usługi, ale także do *zapobieżenia* nowym naruszeniom tego rodzaju [199]. Środki, jakie mogą zostać na niego nałożone w ramach takiego nakazu, powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające, powinny zapewniać odpowiednią równowagę między poszczególnymi wchodzącymi w grę prawami i interesami oraz nie mogą tworzyć ograniczeń dla zgodnego z prawem korzystania z usługi [200].

218. Ponadto środki te powinny uwzględniać ograniczenia przewidziane w art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [201]. W niniejszych sprawach chodzi między innymi o ustalenie, czy nakaz może zobowiązywać operatora do wykrywania chronionych utworów i blokowania możliwości bezprawnego umieszczenia ich online na jego platformie, oraz w jakim zakresie. Jak już wskazałem [202], będzie to zwykle wymagało od usługodawcy zastosowania technologii filtrowania przechowywanych informacji. Chodzi zatem o ustalenie, czy taki nakaz należy bezwzględnie uznać za równoznaczny z nałożeniem ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru i aktywnego poszukiwania, zakazanych przez ten przepis.

219. Zwracam w tym względzie uwagę, że z jednej strony w wyroku SABAM [203] Trybunał orzekł, iż art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31 sprzeciwia się nałożeniu na operatora platformy sieci społecznościowej obowiązku wprowadzenia, na wyłączny koszt tego operatora i bez ograniczenia w czasie, systemu filtrowania informacji przechowywanych na żądanie użytkowników jego usługi, który ma zastosowanie, zapobiegawczo, bez rozróżnienia w stosunku do wszystkich tych użytkowników i jest zdolny do identyfikowania plików zawierających utwory, co do których wnioskodawcy przysługują prawa własności intelektualnej – w celu blokowania podawania do

199 Zobacz w drodze analogii wyrok L'Oréal/eBay, pkt 131.

200 Zobacz art. 3 dyrektywy 2004/48 oraz, analogicznie, wyrok L'Oréal/eBay, pkt 140–144. Należy przypomnieć, że dyrektywa ta ma zastosowanie również w dziedzinie prawa autorskiego. W związku z tym wymogi ustanowione w jej przepisach ogólnych powinny być przestrzegane w kontekście wydawania nakazu na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29.

201 Zobacz wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 31–33).

202 Zobacz pkt 194 niniejszej opinii.

203 Wyrok z dnia 16 lutego 2012 r. (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 35– 38).

tych utworów do publicznej wiadomości. Trybunał wziął również pod uwagę okoliczność, że takie działanie wymagałoby od tego operatora nadzorowania wszystkich lub zdecydowanej większości przechowywanych przez niego informacji, obejmującego wszelkie przyszłe naruszenia i zakładałoby konieczność ochrony utworów nie tylko istniejących, ale również utworów, które w chwili wdrożenia omawianego systemu jeszcze nie powstały.

220. Z drugiej strony Trybunał orzekł w wyroku Glawischnig-Piesczek [204], który z kolei dotyczy dziedziny ochrony dóbr osobistych, że nakaz może nałożyć na usługodawcę będącego pośrednikiem obowiązek wykrycia i zablokowania *konkretnej informacji*, której treść została przeanalizowana i oceniona przez sąd, który w wyniku dokonanej oceny uznał tę informację za mającą bezprawny charakter. Sąd może zatem wymagać od tego usługodawcy zablokowania dostępu do przechowywanych *informacji identycznych* z nią niezależnie od tego, który użytkownik żądał ich przechowywania. Nakaz może obejmować nawet *analogiczne informacje*, o ile zawierają one konkretne elementy należycie określone w nakazie, a usługodawca nie musi dokonywać samodzielnej oceny ich zniesławiającego charakteru, lecz może *skorzystać ze zautomatyzowanych technik i narzędzi wyszukiwania*. W ocenie Trybunału taki nakaz stwarza jedynie *jednostkowe* obowiązki w zakresie nadzoru i aktywnego poszukiwania, zgodne z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [205].

221. Z wyroków tych wynika, że Trybunał uznaje, iż art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31 nie sprzeciwia się wszelkim obowiązkom dotyczącym wykrywania i blokowania. Chociaż przepis ten ustanawia zakaz nakładania w drodze nakazu na usługodawcę ogólnego obowiązku filtrowania przechowywanych przez niego informacji w *poszukiwaniu jakiegokolwiek naruszenia praw własności intelektualnej* [206], to nie stałby on na przeszkodzie nałożeniu na tego usługodawcę obowiązku filtrowania w odniesieniu do *konkretnego pliku* wykorzystującego chroniony utwór, uznanego przez sąd za mający bezprawny charakter. Zgodnie z moim rozumieniem orzecznictwa Trybunału omawiany przepis nie sprzeciwiałby się w tym kontekście temu, by usługodawca został zobowiązany do wykrycia i zablokowania nie tylko *identycznych* kopii tego pliku, lecz również innych, *analogicznych* plików, czyli, moim zdaniem, takich, które w ten sam sposób wykorzystują dany utwór. W tym zakresie powyższy przepis nie stałby na przeszkodzie nałożeniu na usługodawcę będącemu pośrednikiem obowiązku *stay down*.

222. Niemniej jednak pragnę przypomnieć, że środki podejmowane wobec usługodawcy będącego pośrednikiem na podstawie nakazu powinny być proporcjonalne. Należy w związku z tym brać pod uwagę zasoby, jakimi dysponuje ten usługodawca. W szczególności, o ile zablokowanie identycznej kopii pliku uznanego przez sąd za naruszający prawa własności intelektualnej wydaje się stosunkowo proste [207], o tyle wykrycie innych plików, w których w ten sam sposób wykorzystano dany utwór, jest znacznie bardziej skomplikowane [208]. Mimo że YouTube twierdzi, że jest w stanie to robić [209], nie każdy usługodawca dysponuje niezbędną technologią lub środkami na jej nabycie [210]. Przypomnę także, że środki nakładane w drodze

204 Wyrok z dnia 3 października 2019 r. (C-18/18, EU:C:2019:821, pkt 33– 47).

205 Zobacz motyw 47 dyrektywy 2000/31.

206 Zobacz także wyrok L'Oréal/eBay, pkt 139.

207 Kopie tego samego pliku mogą być w tym względzie rozpoznawane dzięki filtrom MD5 (lub *hash filters*), które, jak się wydaje, są w powszechnym użyciu.

208 Przykładowo w przypadku utworu kinematograficznego, możliwe są liczne warianty, jeśli chodzi o format lub jakość obrazu, czas trwania, itp.

209 Zgodnie z wyjaśnieniami, których udzielił Google, gdy plik referencyjny dla danego utworu został zapisany w bazie danych Content ID, system ten automatycznie rozpoznaje (prawie) wszystkie pliki zawierające ten utwór w chwili, gdy są umieszczane online.

210 Zgodnie z informacjami udzielonymi przez Google spółka ta wydała ponad 100 milionów USD (około 88 milionów EUR) na wdrożenie Content ID.

nakazu powinny zapewniać odpowiednią równowagę między poszczególnymi wchodzącymi w grę prawami i interesami oraz nie mogą tworzyć ograniczeń dla zgodnego z prawem korzystania z usług. W szczególności obowiązek blokowania nie może w moim przekonaniu mieć za przedmiot lub za skutek uniemożliwienia użytkownikom platformy udostępniania online treści zgodnych z prawem, a w szczególności uniemożliwienia im zgodnego z prawem korzystania z danego utworu [211]. Do sądów krajowych należałoby zatem ustalenie, czego można racjonalnie oczekiwać od danego usługodawcy.

223. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania czwarte w ten sposób, że art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 sprzeciwia się temu, by podmioty praw autorskich mogły wnioskować o wydanie nakazu przeciwko usługodawcy, którego usługi polegające na przechowywaniu informacji przekazanych przez użytkownika są wykorzystywane przez osoby trzecie w celu naruszenia praw autorskich lub praw pokrewnych, wyłącznie w sytuacji, gdy po zgłoszeniu oczywistego naruszenia doszło do niego powtórnie.

E. Pomocniczo – w przedmiocie pojęcia „naruszającego" w rozumieniu art. 13 dyrektywy 2004/48 (pytania piąte i szóste)

224. Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) sformułował *pytania piąte i szóste* wyłącznie na wypadek, gdyby Trybunał udzielił przeczącej odpowiedzi zarówno na pierwsze, jak i na drugie pytania. Sąd odsyłający ma więc na myśli sytuację, w której po pierwsze, działalność operatorów takich jak YouTube i Cyando nie wchodziłaby w zakres pojęcia „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, a po drugie, operatorzy ci nie mogliby korzystać z wyłączenia przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 w odniesieniu do odpowiedzialności, jaka może się wiązać z informacjami, które przechowują na żądanie użytkowników swoich platform [212].

225. W ramach *pytań piątych* sąd ten chciałby ustalić, czy w takiej sytuacji operatorów tych należy uznać za „naruszających" w rozumieniu zwłaszcza art. 13 ust. 1 dyrektywy 2004/48 ze względu na to, że odgrywali oni „czynną rolę" w odniesieniu do plików zawierających chronione utwory, bezprawnie umieszczonych online przez użytkowników ich platform.

226. W przypadku odpowiedzi twierdzącej sąd ten zastanawia się, w ramach *pytań szóstych*, nad zgodnością wspomnianego art. 13 ust. 1 z przepisami dotyczącymi pomocnictwa zawartymi w art. 830 BGB. W przeciwieństwie do instytucji „odpowiedzialności zakłócającego" ten ostatni przepis, ustanawiający pewien rodzaj odpowiedzialności wtórnej, umożliwia osobie, która poniosła szkodę w wyniku naruszenia, uzyskanie odszkodowania od osoby, która udzieliła pomocy sprawcy szkody. Za osobę taką uważa się tego, kto w sposób zamierzony nakłaniał osobę trzecią do umyślnego popełnienia naruszenia lub kto udzielał takiej osobie pomocy w tym celu.

211 Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 50). W szczególności nakaz nie może stwarzać przeszkód dla możliwości korzystania przez użytkowników platformy z chronionych utworów w oparciu o wyjątki i ograniczenia przewidziane w art. 5 dyrektywy 2001/29. W przypadku platformy takiej jak YouTube chodzi w szczególności o umożliwienie użytkownikom udostępniania filmów wideo wykorzystujących utwory do celów takich jak krytyka, recenzja czy parodia na zasadach określonych w art. 5 ust. 3 lit. d) i k) tej dyrektywy. Co się tyczy *Cyberlockera*, mowa jest tu w szczególności o tym, by nie pozbawić użytkowników prawa do sporządzenia kopii na użytek prywatny, przewidzianej w art. 5 ust. 2 lit. b) owej dyrektywy [zob. w odniesieniu do tej kwestii opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, pkt 23–28)].

212 Przypomnę, że moim zdaniem art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 i art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 należy interpretować w spójny sposób. W szczególności „nieodzowna rola", w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego pierwszego z tych przepisów, powinna w praktyce odpowiadać – w przypadku usługodawców będących pośrednikami, którzy przechowują informacje przekazywane przez użytkowników ich usług – „czynnej roli", o której mowa w jego orzecznictwie odnoszącym się do drugiego z tych przepisów. W związku z tym w przypadku piątych i szóstych pytań prejudycjalnych ograniczę się do zwięzłej odpowiedzi udzielonej tytułem pomocniczym.

Odpowiedzialność pomocnika wymaga jednakże, poza obiektywnym uczestnictwem w popełnieniu konkretnego naruszenia, przynajmniej częściowego zamiaru odnoszącego się do tego naruszenia oraz powinna obejmować świadomość bezprawności. W praktyce usługodawca będący pośrednikiem mógłby zatem ponosić odpowiedzialność jako pomocnik wyłącznie za *konkretne naruszenia* prawa autorskiego popełnione przez użytkowników jego usługi, o których wiedział i które w sposób zamierzony ułatwił. Sąd odsyłający zastanawia się natomiast, czy na podstawie tego samego art. 13 ust. 1, dla zasądzenia od usługodawcy będącego pośrednikiem odszkodowania na rzecz podmiotów praw autorskich mogłoby być wystarczające, że usługodawca ten miał *ogólną i teoretyczną* wiedzę lub świadomość tego, że jego usługa jest wykorzystywana w celu naruszania praw autorskich.

227. Moim zdaniem art. 13 ust. 1 dyrektywy 2004/48 po prostu nie ma na celu regulowania przesłanek odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami za naruszenia prawa autorskiego popełnione przez użytkowników ich usług.

228. W tym względzie przypomnę, że przepis ten stanowi, iż „na wniosek poszkodowanej strony właściwe organy sądowe nakazują naruszającemu, który świadomie lub mając rozsądne podstawy do posiadania takiej wiedzy zaangażował się w naruszającą działalność, wypłacenie podmiotowi uprawnionemu odszkodowań odpowiednich do rzeczywistego uszczerbku, jaki ten poniósł w wyniku naruszenia". W rozumieniu tego przepisu „naruszającym" jest zatem osoba, która angażuje się w „naruszającą działalność" lub innymi słowy działalność, która narusza prawo własności intelektualnej.

229. Niemniej jedynym celem art. 13 ust. 1 dyrektywy 2004/48 jest ustanowienie zasad o charakterze proceduralnym dotyczących przyznania i ustalania odszkodowań, gdy takie naruszenie zostanie popełnione. Celem tego przepisu nie jest ustalanie z góry, jakie prawa własności intelektualnej korzystają z ochrony, jakie czyny stanowią naruszenie tych praw, kto ponosi za nie odpowiedzialność i kto jest „podmiotem uprawnionym", któremu należy wypłacić odszkodowanie. Wszystkie te zagadnienia są przedmiotem materialnoprawnych przepisów z zakresu prawa własności intelektualnej[213]. Przypomnę, że dyrektywa 2004/48 co do zasady harmonizuje wyłącznie niektóre aspekty proceduralne związane z własnością intelektualną i nie ma wpływu na wspomniane kwestie materialnoprawne[214].

230. W dziedzinie prawa autorskiego odpowiednie przepisy materialnoprawne zawarte są w szczególności w dyrektywie 2001/29. Dana osoba angażuje się w „naruszającą działalność", stając się przez to „naruszającym", gdy dokonuje czynności objętej prawem wyłącznym, jakie dyrektywa ta przyznaje twórcy – który jest w tym kontekście, co do zasady, „podmiotem uprawnionym" – bez uprzedniego zezwolenia tego ostatniego oraz gdy nie ma zastosowania jeden z wyjątków.

231. Należy przypomnieć, że pytania piąte i szóste opierają się na założeniu, że operatorzy tacy jak YouTube i Cyando nie dokonują czynności „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Mając na względzie to założenie, operatorów tych nie można uznać za „naruszających", którzy angażują się w „naruszającą działalność" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2004/48.

213 Zobacz w szczególności art. 4 dyrektywy 2004/48, który stanowi, że „[z]a osoby uprawnione do występowania o zastosowanie środków, procedur i środków naprawczych określonych w niniejszym rozdziale państwa członkowskie uznają: a) właścicieli praw własności intelektualnej, *zgodnie z przepisami odpowiedniego prawa*" (wyróżnienie moje). Mogą to być przepisy materialnoprawne ustanowione zarówno w prawie Unii, jak i w prawie krajowym (zob. art. 2 ust. 1 tej dyrektywy).

214 Zobacz motyw 15 i art. 2 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/48.

232. Dyrektywa 2004/48 jest jednak dyrektywą wprowadzającą minimalną harmonizację [215]. Jak zauważyła Komisja, państwa członkowskie mogą zatem przewidzieć w prawie krajowym, że podmioty praw autorskich, które ponoszą szkody w wyniku „naruszającej działalności", mają prawo do uzyskania odszkodowania od osób innych niż „naruszający" w rozumieniu art. 13 tej dyrektywy, w tym od usługodawców będących pośrednikami, którzy ułatwili prowadzenie takiej działalności. W każdym razie, jak wielokrotnie wskazywałem w niniejszej opinii, przesłanki takiej odpowiedzialności wtórnej należą do sfery prawa krajowego.

F. W przedmiocie braku możliwości uzasadnienia odmiennej wykładni dyrektyw 2000/31 i 2001/29 celem, jakim jest wysoki poziom ochrony prawa autorskiego

233. W przeciwieństwie do F. Petersona i Elsevier nie uważam, że cel dyrektywy 2001/29, jakim jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony prawa autorskiego, wymaga innej wykładni tej dyrektywy oraz dyrektywy 2000/31 niż wykładnia, którą proponuję w niniejszej opinii.

234. Chciałbym na wstępie podkreślić, że wykładnia ta nie skutkuje pozbawieniem podmiotów praw autorskich ochrony przed bezprawnym umieszczaniem online ich utworów na platformach takich jak YouTube i Uploaded.

235. W szczególności podmioty praw autorskich mają *przede wszystkim* możliwość sądowego dochodzenia swych praw od użytkowników, którzy bezprawnie umieścili utwory online. W tym celu dyrektywa 2004/48 przyznaje tym podmiotom między innymi prawo uzyskania od operatorów takich jak YouTube i Cyando pewnych użytecznych informacji, w tym nazw i adresów tych użytkowników [216]. *Następnie* podmioty praw autorskich mogą zgłaszać tym operatorom, że na należących do nich platformach znajdują się pliki zawierające ich utwory umieszczone online bezprawnie. Zgodnie z art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 operatorzy ci są obowiązani niezwłocznie zareagować na takie powiadomienie, usuwając odpowiednie pliki lub uniemożliwiając dostęp do nich. W przeciwnym razie operatorzy ci tracą możliwość korzystania z wyłączenia odpowiedzialności przewidzianego w tym przepisie i mogą w takiej sytuacji ponosić odpowiedzialność zgodnie z mającym zastosowanie prawem krajowym. Poza tym w przypadku gdyby operator w sposób zamierzony ułatwiał dokonywanie bezprawnych czynności przez użytkowników jego platformy, stosowanie tego przepisu byłoby moim zdaniem z góry wyłączone. *Wreszcie* na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 podmioty praw autorskich mogą w każdym razie uzyskać przeciwko operatorom platform nakazy, w których mogą być na nich nakładane dodatkowe obowiązki w celu położenia kresu naruszeniom prawa autorskiego popełnionych przez użytkowników ich platform oraz zapobieżenia popełnianiu takich naruszeń.

236. Jeśli chodzi o dochodzenie ich praw i przeciwdziałanie bezprawnemu umieszczaniu online plików zawierających ich utwory za pośrednictwem platform takich jak YouTube i Uploaded, podmioty praw autorskich nie napotykają zatem na trudności, jakich doświadczają, gdy chodzi o wymianę plików w sieci *peer-to-peer*, którą ułatwiają platformy takie jak „The Pirate Bay". W tym ostatnim przypadku, z uwagi na zdecentralizowaną organizację właściwą dla takiej sieci [217], działania, o których mowa w poprzednim punkcie tracą swoją skuteczność. Natomiast w rozpatrywanych przypadkach pliki są przechowywane w sposób scentralizowany na serwerach

[215] Zobacz art. 2 ust. 1 dyrektywy 2004/48.

[216] Zobacz art. 8 ust. 1 lit. c) i ust. 2 dyrektywy 2004/48. Zobacz również na ten temat moją opinię w sprawie Constantin Film Verleih (C-264/19, EU:C:2020:261).

[217] Przypomnę, że wymieniane utwory są przechowywane w komputerach poszczególnych użytkowników sieci, a platforma taka jak „The Pirate Bay" służy wyłącznie do przechowywania plików torrent umożliwiających odnalezienie utworów w tej sieci.

YouTube i Cyando, którzy są w stanie usuwać je zgodnie z założeniami prawodawcy Unii zawartymi w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 [218]. Tym bardziej nieuzasadniona w niniejszych sprawach byłaby zatem wykładnia pojęcia „publicznego udostępnienia" taka jak ta, którą przyjął Trybunał w wyroku Stichting Brein II („The Pirate Bay").

237. Podmioty praw autorskich twierdzą, że przysługujące im do ich utworów prawa wyłączne nie są przestrzegane, ponieważ rozpatrywane środki są zasadniczo *reaktywne*, a nie *proaktywne* – jako że nie zapobiegają one każdorazowo umieszczaniu online treści o bezprawnym charakterze, lecz umożliwiają głównie ich usuwanie i w określonych przypadkach blokowanie takich treści a posteriori – oraz że środki te wymagają współpracy z ich strony. Wysoki poziom ochrony ich praw byłby ich zdaniem zapewniony wyłącznie wówczas, gdyby operatorzy platform wprowadzili system, który nie wymagałby takiej współpracy i umożliwiałby weryfikację wszystkich treści pod względem ich zgodności z prawem przed ich umieszczeniem online.

238. Należy w tym względzie przypomnieć, że Trybunał w swoim orzecznictwie co do zasady nie kieruje się upraszczającą logiką, zgodnie z którą prawa wyłączne przewidziane w art. 2–4 dyrektywy 2001/29 należy bezwzględnie interpretować szeroko (i bez ograniczeń), podobnie jak nie w każdym przypadku dokonuje on ścisłej wykładni wyjątków i ograniczeń wskazanych w art. 5 tej dyrektywy. Moim zdaniem Trybunał, zarówno gdy określa zakres tych praw [219], jak i zakres wspominanych wyjątków i ograniczeń [220], dąży do osiągnięcia *racjonalnej* wykładni, która realizowałaby cel, jakiemu służą obydwa te przepisy, i zachowywała „odpowiednią równowagę" między poszczególnymi prawami podstawowymi i przeciwstawnymi interesami, jaką zamierzał ustanowić prawodawca Unii w ramach tej dyrektywy. Artykuł 3 ust. 1 tej dyrektywy nie w każdym przypadku musi zatem podlegać wykładni, która zapewnia podmiotom praw autorskich *maksymalną ochronę* [221].

239. Podobnie, mimo że prawo autorskie podlega ochronie jako prawo podstawowe, w szczególności na mocy art. 17 ust. 2 karty praw podstawowych, prawo to nie jest prawem absolutnym, lecz co do zasady powinno być wyważone względem innych praw podstawowych i interesów.

240. Takiego wyważenia wymaga także niniejsza sprawa. Po pierwsze, operatorzy platform mogą się powoływać na wolność prowadzenia działalności gospodarczej gwarantowaną przez art. 16 karty praw podstawowych, który w zasadzie stanowi ochronę przed nakładaniem na nich obowiązków mogących w istotny sposób wpływać na ich działalność.

241. Po drugie, nie można pomijać praw podstawowych użytkowników tych platform. To samo dotyczy wolności wypowiedzi i informacji gwarantowanej przez art. 11 karty praw podstawowych [222], która, przypomnę, obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania

218 Zobacz opinię rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, pkt 19, 20).

219 Zobacz wyroki: GS Media, pkt 44, 45; a także z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 41).

220 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 22–27); z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 51, 58, 65–76); z dnia 29 lipca 2019 r., Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 36, 38, 50–59).

221 W szczególności fakt, że podmioty praw autorskich nie dysponują *maksymalną* ochroną ich własności intelektualnej, według mnie oznacza, że można od nich wymagać pewnej uważności, jeśli chodzi o korzystanie z ich utworów online oraz współpracy z operatorami platform. Zobacz analogicznie, w dziedzinie prawa znaków towarowych, opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Backaldrin Österreich The Kornspitz Company (C-409/12, EU:C:2013:563, pkt 83).

222 Należy pamiętać, że art. 11 zawiera prawa stanowiące odpowiednik tych, które są zagwarantowane w art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., oraz że w związku z tym pierwsze z tych postanowień powinno być interpretowane w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego tego drugiego postanowienia. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 73).

i przekazywania informacji i idei. Zarówno z orzecznictwa Trybunału, jak i z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika, że Internet ma w tym względzie szczególne znaczenie [223]. Ściślej rzecz biorąc, ten ostatni sąd zwrócił uwagę, że YouTube stanowi ważny środek korzystania z tej wolności [224]. To samo dotyczy również gwarantowanej przez art. 13 karty praw podstawowych wolności sztuki, która jest ściśle związana z wolnością wypowiedzi z uwagi na dużą liczbę osób korzystających z platform takich jak YouTube w celu rozpowszechniania swoich utworów.

242. Wymaganie od operatorów platform, aby kontrolowali w sposób całościowy i abstrakcyjny wszystkie pliki, które ich użytkownicy zamierzają opublikować, przed ich umieszczeniem online w celu poszukiwania wszelkich naruszeń prawa autorskiego, wiązałoby się ze znacznym ryzykiem ograniczenia powyższych praw podstawowych. Wobec potencjalnie znacznej ilości przechowywanych treści, po pierwsze, ręczne dokonywanie takiej uprzedniej kontroli byłoby bowiem niemożliwe, a po drugie, ryzyko tych operatorów zakresie ponoszonej przez niego odpowiedzialności byłoby nieproporcjonalne. W praktyce najmniejsi operatorzy mogliby nie przetrwać, ponosząc ciężar tej odpowiedzialności, a operatorzy, którzy dysponują wystarczającymi zasobami byliby zmuszeni do całościowego i abstrakcyjnego filtrowania treści przekazywanych przez użytkowników, bez kontroli sądowej, co mogłoby prowadzić w konsekwencji do ryzyka „nadmiarowego usuwania" tych treści.

243. Przypomnę w tym względzie, że Trybunał orzekł w wyroku SABAM [225], iż nałożenie na operatora platformy ogólnego obowiązku filtrowania przechowywanych przez niego informacji nie dość, że byłoby niezgodne z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2000/31, to jeszcze nie zapewniałoby „odpowiedniej równowagi" między ochroną prawa własności intelektualnej przysługującego podmiotom praw autorskich a ochroną wolności prowadzenia działalności gospodarczej, z której korzystają usługodawcy na mocy art. 16 karty praw podstawowych. Taki nakaz stanowiłby w istocie *kwalifikowane naruszenie* tej wolności, ponieważ zobowiązywałby operatora do wprowadzenia złożonego, kosztownego i trwałego systemu informatycznego na jego własny koszt [226]. Poza tym taki ogólny obowiązek filtrowania naruszałby wolność wypowiedzi użytkowników, o której mowa w art. 11 karty praw podstawowych, ponieważ narzędzie filtrujące mogłoby nie odróżniać w wystarczającym stopniu treści bezprawnej od treści zgodnej z prawem, skutkiem czego jego wdrożenie mogłoby doprowadzić do zablokowania tej ostatniej kategorii treści [227]. Należy dodać, że taki skutek wiązałby się z ryzykiem utrudniania twórczości online,

223 Zobacz w szczególności wyrok GS Media, pkt 45; orzeczenie ETPC z dnia 18 grudnia 2012 r., Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, § 54; orzeczenie ETPC z dnia 1 grudnia 2015 r., Cengiz i in. przeciwko Turcji, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 49. Zobacz również podobnie orzeczenie ETPC z dnia 10 marca 2009 r., Times Newspapers Ltd przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (nr 1 i 2), CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27; orzeczenie ETPC z dnia 10 stycznia 2013 r., Ashby Donald i in. przeciwko Francji, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 34.

224 Orzeczenie ETPC z dnia 1 grudnia 2015 r., Cengiz i in. przeciwko Turcji, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 51, 52. Zobacz również podobnie wyrok z dnia 14 lutego 2019 r., Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, pkt 56, 57).

225 Wyrok z dnia 16 lutego 2012 r. (C-360/10, EU:C:2012:85).

226 Pragnę powtórzyć w tym względzie, że nie wszyscy usługodawcy dysponują tymi samymi możliwościami i środkami co YouTube.

227 Zobacz wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, pkt 44– 52). A zatem gdyby nawet założyć, że operatorzy platform nie są objęci zakresem stosowania art. 14 i 15 dyrektywy 2000/31, obowiązek kontrolowania ex ante ogółu plików umieszczanych online przez użytkowników byłby w każdym razie sprzeczny z prawem podstawowym zagwarantowanym w karcie praw podstawowych.

wbrew postanowieniom art. 13 karty praw podstawowych. Wynikające z tego zagrożenie polegałoby na tym, że maksymalna ochrona niektórych wytworów intelektu odbywałaby się kosztem innych, równie pożądanych społecznie, form twórczości [228].

244. Podsumowując, wydaje mi się, że wyważenie, jakiego należy dokonywać, jest znacznie bardziej skomplikowane niż twierdzą podmioty praw autorskich [229].

245. W tym kontekście dyrektywy 2000/31 i 2001/29 odzwierciedlają równowagę pomiędzy poszczególnymi prawami i interesami, która była celem prawodawcy Unii, gdy przyjmował te akty. Poprzez dyrektywę 2000/31 prawodawca Unii zamierzał wspierać rozwój działalności usługodawców będących pośrednikami, aby kompleksowo stymulować wzrost handlu elektronicznego i „usług społeczeństwa informacyjnego" na rynku wewnętrznym. Chodziło zatem o nieobciążanie tych usługodawców odpowiedzialnością, która ze względu na swój charakter mogłaby zagrozić rentowności ich działalności. Interesy podmiotów praw autorskich powinny podlegać ochronie, a także być wyważone względem wolności wypowiedzi użytkowników tych usług głównie w ramach procedur „powiadamiania i usuwania" [230]. Prawodawca Unii utrzymał tę równowagę w dyrektywie 2001/29, uznając, że dostateczną ochroną interesów podmiotów praw autorskich jest możliwość uzyskiwania nakazów przeciwko tym usługodawcom będącym pośrednikami [231].

246. Niewątpliwie od czasu przyjęcia tych dyrektyw okoliczności uległy zmianie. Specyfika usługodawców będących pośrednikami zmieniła się i ta równowaga być może nie jest już uzasadniona. W każdym razie, o ile Trybunał może w pewnej mierze uwzględniać takie zmiany okoliczności, korzystając ze swobody interpretacyjnej, jaką dają mu akty prawa Unii, to przede wszystkim do prawodawcy Unii należy ocena tych zmian i, w razie potrzeby, dokonanie zmian w aktach prawnych, a tym samym wprowadzenie nowej równowagi w miejsce ustanowionej wcześniej.

247. Należy przypomnieć, że prawodawca Unii ostatnio właśnie przeprowadził ponowną ocenę równowagi między prawami i interesami w dziedzinie prawa autorskiego na przyszłość. W toku niniejszych postępowań prejudycjalnych weszła bowiem w życie dyrektywa 2019/790 [232]. Artykuł 17 ust. 1 tej dyrektywy nakłada obecnie na państwa członkowskie obowiązek

[228] Dotyczy to filmów takich jak instruktaże online oraz innych filmów rozrywkowych lub informacyjnych, w których co do zasady mogą być wykorzystywane chronione utwory, o ile spełnione są pewne warunki, zgodnie z niektórymi wyjątkami przewidzianymi w art. 5 dyrektywy 2001/29. W tym zakresie pragnę odnotować, że pojawiają się pytania dotyczące wprowadzonego przez YouTube systemu Content ID, który, jak się wydaje, uznał już niewinne filmy wideo za chronione utwory bezprawnie umieszczone online i zablokował filmy z powodu wykorzystania w nich kilkusekundowych wycinków takiego utworu (zob. w szczególności P. Signoret, „Sur YouTube, la détection automatique des contenus soumis à droit d'auteur ne satisfait personne", Le Monde, blog Pixels, 5 lipca 2018 r.). W tym względzie YouTube przyznaje, że Content ID nie wykrywa ewentualnego zastosowania wyjątków przewidzianych w prawie autorskim (zob. film wideo YouTube Creators „System Content ID w YouTube" dostępny pod adresem https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns&feature=youtu.be).

[229] Ponadto złożoność tego zagadnienia wzrasta według mnie z powodu niejednoznacznego charakteru Internetu, a szczególnie platform takich jak YouTube, jeśli chodzi o naruszanie praw własności intelektualnej. O ile bowiem YouTube oferuje narzędzia, które mogą być wykorzystywane w celu naruszenia prawa autorskiego, o tyle narzędzia te, w szczególności wyszukiwarka, jednocześnie ułatwiają wykrywanie tych naruszeń.

[230] Zobacz motywy 40, 41, 45–49 dyrektywy 2000/31 oraz wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, s. 4, 12, 16.

[231] Zobacz motywy 16 i 59 oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29.

[232] Zobacz art. 31 dyrektywy 2019/790.

wprowadzenia przepisów przewidujących, że „dostawca usług udostępniania treści online [233] dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości do celów niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy udziela on publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez jego użytkowników". W konsekwencji, jak precyzuje ust. 2 tego przepisu, taki dostawca powinien sam uzyskać zezwolenie podmiotów prawa autorskiego, na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej, w odniesieniu do utworów umieszczanych online przez jego użytkowników. Ponadto ust. 3 tego przepisu stanowi, że gdy taki „dostawca" dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości na warunkach określonych w tej dyrektywie, nie ma zastosowania wyłączenie odpowiedzialności ustanowione w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31.

248. Artykuł 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 stanowi ponadto, że w przypadku braku takiego zezwolenia „dostawcy usług udostępniania treści online" ponoszą odpowiedzialność za bezprawne czynności publicznego udostępniania dokonane za pośrednictwem ich platformy. Przepis ten stanowi jednak, że owi „dostawcy" nie ponoszą odpowiedzialności, jeżeli wykażą, iż (a) dołożyli „wszelkich starań", aby uzyskać zezwolenie, (b) dołożyli „wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze" – aby zapewnić brak dostępu do poszczególnych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje, oraz w każdym przypadku (c) „działali niezwłocznie po otrzymaniu odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia od podmiotów uprawnionych w celu zablokowania dostępu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, których dotyczy zastrzeżenie, lub usunięcia ich ze swoich stron internetowych, a także dołożyli wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu zgodnie z lit. b)" [234]. Przepis ten w ust. 5 i 6 przewiduje, że stopień intensywności obowiązków starannego działania ciążących na wspomnianych „dostawcach" jest zróżnicowany w zależności od różnych parametrów, takich jak „rodzaj, odbiorców i skala świadczonych usług", przy czym w przypadku „małych" dostawców obowiązki są ponadto złagodzone [235].

249. Rozważeniu pozostaje jeszcze ostatnia kwestia. Frank Peterson i rząd francuski podczas rozprawy podnieśli, że jak wskazuje motyw 64 dyrektywy 2019/790 [236], prawodawca Unii, przyjmując art. 17 tej dyrektywy, zamierzał jedynie „wyjaśnić", w jaki sposób zawsze należało rozumieć pojęcie „publicznego udostępniania" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 i stosować je w odniesieniu do operatorów platform takich jak YouTube. Wnioskuję z ich argumentu, że wspomniany art. 17 również ogranicza się tylko do „wyjaśnienia", iż art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 nigdy nie miał zastosowania do takich operatorów. Artykuł 17 dyrektywy 2019/790 miałby zatem stanowić rodzaj „wykładni autentycznej", ograniczając się do wyjaśnienia znaczenia, jakie zawsze powinny były mieć dyrektywy 2000/31 i 2001/29. Rozwiązania wynikające

[233] Artykuł 2 pkt 6 dyrektywy 2019/790 stanowi, że do celów tej dyrektywy „dostawca usług udostępniania treści online" oznacza „dostawcę usług społeczeństwa informacyjnego, którego głównym lub jednym z głównych celów jest przechowywanie i udzielanie publicznego dostępu do dużej liczby chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników tych usług, które są przez niego organizowane i promowane w celach zarobkowych". Zobacz również motywy 62 i 63 tej dyrektywy.

[234] Jak już wskazałem, podczas gdy art. 14 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2000/31 ustanawia moim zdaniem obowiązek *take down*, art. 17 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2019/790 nakłada obecnie, w sposób ogólny i ex ante, obowiązek *stay down*.

[235] Ściślej rzecz ujmując, z art. 17 ust. 6 dyrektywy 2019/790 wynika zasadniczo, że „dostawcy", którzy prowadzą działalność krócej niż 3 lata i których obrót wynosi mniej niż 10 milionów EUR powinni jedynie wykazać, że dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia, i ciąży na nich wyłącznie obowiązek *take down*.

[236] Zgodnie z tym motywem: „[z]asadnym jest, aby uściślić w niniejszej dyrektywie, że dostawcy usług udostępniania treści online dokonują czynności publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości utworu, gdy udzielają publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników. […]"

z tego nowego art. 17 należałoby zatem stosować z mocą wsteczną nawet przed upływem terminu transpozycji dyrektywy 2019/790 ustalonym na dzień 7 czerwca 2021 r.[237]... – także w postępowaniu głównym.

250. Nie mogę zaakceptować takiej argumentacji. Moim zdaniem wnioskowanie o takim stosowaniu z mocą wsteczną jedynie na tej podstawie, że w motywie dyrektywy (który nie ma wiążącej mocy prawnej), użyte zostało niejednoznaczne pojęcie, byłoby sprzeczne z zasadą pewności prawa[238].

251. Poza tym pragnę zauważyć, że pomijając jej motyw 64, żaden przepis dyrektywy 2019/790 nie wskazuje na to, że prawodawca Unii zamierzał dokonać retroaktywnej wykładni art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 i art. 14 dyrektywy 2000/31 i to pomimo tego, że z drugiej strony zadbał o uregulowanie stosowania dyrektywy 2019/790 w czasie w odniesieniu do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną[239] oraz o ustanowienie przepisu przejściowego dotyczącego innego z jej przepisów[240]. Co więcej, art. 17 dyrektywy 2019/790 stanowi w ust. 1 i 3, że zawarte w tym przepisie pojęcie „publicznego udostępniania" ma zastosowanie „do celów niniejszej dyrektywy" oraz „na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie". Przewidziana we wspomnianym art. 17 tym przepisie bezpośrednia odpowiedzialność „dostawców" za udostępnienia dokonywane przez użytkowników ich platform nie jest zwykłą konsekwencją sposobu, w jaki zawsze należało rozumieć art. 3 dyrektywy 2001/29, lecz „wynika" z omawianego art. 17[241]. Tak więc nawet gdyby założyć, że prawodawca Unii mógłby, prawie 20 lat od przyjęcia dyrektywy, dokonać jej wykładni autentycznej, uważam, że taka sytuacja nie zachodzi w tym przypadku.

252. Jak podniosła Komisja podczas rozprawy, prawodawca Unii nie przedstawił „wyjaśnienia", w jaki sposób należało zawsze rozumieć prawo. Stworzył on *nowe zasady odpowiedzialności* w dziedzinie prawa autorskiego dla niektórych pośredników online. Przyświecała mu idea „dostosowania i uzupełnienia" istniejących unijnych ram prawnych w tej dziedzinie[242]. Jak podkreśliła Komisja, art. 17 dyrektywy 2019/790 stanowi wyraz politycznego wyboru dokonanego przez prawodawcę Unii na rzecz branży twórczej[243].

237 Zobacz art. 29 dyrektywy 2019/790.

238 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 czerwca 2015 r., Zh. i O. (C-554/13, EU:C:2015:377, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo). Poza tym nawet jeśli zgodnie z orzecznictwem Trybunału taki motyw może uściślać treść aktu prawnego, którego jest częścią, to w tym wypadku chodziłoby o wyjaśnienie znaczenia przepisów nie dyrektywy 2019/790, lecz dyrektyw 2000/31 i 2001/29.

239 Zobacz art. 26 dyrektywy 2019/790, który stanowi, że ma on zastosowanie do wszystkich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, które są chronione na podstawie przepisów prawa krajowego z dziedziny prawa autorskiego w dniu 7 czerwca 2021 r. lub po tej dacie, oraz że ma ona zastosowanie bez uszczerbku dla umów zawartych i praw uzyskanych przed tą datą.

240 Zobacz art. 27 dyrektywy 2019/790, który stanowi, że umowy dotyczące licencji lub przeniesienia praw twórców i wykonawców podlegają obowiązkowi przejrzystości określonemu w art. 19 od dnia 7 czerwca 2022 r.

241 Zobacz motyw 65 dyrektywy 2019/790.

242 Zobacz motyw 3 i 4 dyrektywy 2019/790.

243 Przewidując, że operatorzy tacy jak YouTube dokonują czynności „publicznego udostępniania" utworów, które użytkownicy ich platform umieszczają na nich online, prawodawca Unii zamieszał zapobiec zjawisku *Value Gap* eksponowanemu przez podmioty praw autorskich (zob. pkt 47 niniejszej opinii). Zobacz w tym względzie motywy 3 i 61 dyrektywy 2019/790 oraz wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 września 2016 r. w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym r. [COM(2016) 593 final], s. 2, 3.

253. Omawiany art. 17 dyrektywy 2019/790 wpisuje się również w szereg konsultacji społecznych [244], komunikatów Komisji [245] i nowych przepisów sektorowych [246], które w celu „dostosowania" i „unowocześnienia" prawa Unii odpowiednio do wskazanych wyżej nowych okoliczności, wykazują tendencję do wymagania od pośredników bardziej proaktywnej postawy w celu zapobieżenia rozpowszechnianiu online treści o bezprawnym charakterze [247].

254. Poza tym należy zdać sobie sprawę ze skutków, jakie wyniknęłyby z retroaktywności proponowanej przez F. Petersona i rząd francuski. Ze względu na „wyjaśnienie" zawarte w art. 17 ust. 1 i 3 dyrektywy 2019/790 operatorzy platform byliby co do zasady odpowiedzialni za każdą czynność publicznego udostępniania dokonaną przez ich użytkowników i nie mogliby korzystać z wyłączenia przewidzianego w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Natomiast art. 17 ust. 4 i następne, które przewidują między innymi, jak wskazałem, system wyłączenia odpowiedzialności tych operatorów, nie miałyby z kolei zastosowania z mocą wsteczną. Tymczasem, ustanawiając te ostatnie ustępy, prawodawca Unii miał moim zdaniem na celu zapewnienie równowagi między poszczególnymi prawami i interesami, jakie wchodzą w grę [248].

255. Zastosowanie w sprawach takich jak te rozpatrywane w postępowaniach głównych niniejszych sprawach art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/790 z mocą wsteczną naruszyłoby zatem nie tylko równowagę, jaką chciał uzyskać prawodawca Unii, przyjmując dyrektywy 2000/31 i 2001/29, lecz również równowagę, jaką prawodawca tan chciał uzyskać, przyjmując wspomnianą dyrektywę 2019/790. W rzeczywistości takie rozwiązanie nie odzwierciedlałoby moim zdaniem *jakiejkolwiek* równowagi.

244 Zobacz w szczególności w 2010 r., „Public Consultation on the Future of Electronic Commerce in the Internal Market and the Implementation of the Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC)"; w 2012 r., „A clean and Open Internet: Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries" oraz w 2015 r. „Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy". Podobnie w Stanach Zjednoczonych, United States Copyright Office (Urząd ds. prawa autorskiego, Stany Zjednoczone), w wyniku przeprowadzonych w 2015 r. konsultacji społecznych, w dniu 21 maja 2020 r. wydał sprawozdanie zawierające zalecenie dla amerykańskiego Kongresu dotyczące nowelizacji przepisów sekcji 512 wprowadzonej przez DMCA (zob. Urząd ds. prawa autorskiego, Stany Zjednoczone, *Section 512 Study*, dostępne pod adresem https://www.copyright.gov/policy/section512/).

245 Zobacz komunikaty Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: z dnia 11 stycznia 2012 r., „Spójne ramy na rzecz wzmocnienia zaufania na jednolitym rynku cyfrowym handlu elektronicznego i usług online" [COM(2011) 942 final], s. 13–16; z dnia 6 maja 2015 r., „Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy" [COM(2015)192 final], s. 4, 8, 12–14; z dnia 9 grudnia 2015 r., „W kierunku nowoczesnych, bardziej europejskich ram prawa autorskiego" [COM(2015) 626 final], s. 2, 3, 10–12; z dnia 25 maja 2016 r., „Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy" [COM(2016) 288 final], s. 8–10.

246 Zobacz dyrektywa 2018/1808, na mocy której platformy udostępniania wideo zostały objęte zakresem uregulowań dotyczących „audiowizualnych usług medialnych", a na operatorów tych platform został nałożony obowiązek podjęcia odpowiednich, wykonalnych i proporcjonalnych środków w celu ochrony małoletnich przed treściami wideo mogącymi zaszkodzić ich rozwojowi oraz ogółu społeczeństwa przed treściami wideo zawierającymi nawoływanie do przemocy, do nienawiści lub terroryzmu [zob. art. 1 ust. 1 lit. b) oraz art. 28a i 28b dyrektywy 2010/13 dodane przez dyrektywę 2018/1808]. Zobacz również zalecenie 2018/334 w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w Internecie. Zobacz także wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2018 r. w sprawie zapobiegania rozpowszechnianiu w Internecie treści o charakterze terrorystycznym [COM(2018) 640 final].

247 Szerzej na ten temat, zob. również rekomendację CM/Rec(2018)2 Komitetu Ministrów Rady Europy skierowaną do państw członkowskich w sprawie ról i odpowiedzialności pośredników w Internecie (przyjętą przez Komitet Ministrów w dniu 7 marca 2018 r. na 1309 posiedzeniu Komitetu Delegatów Ministrów) oraz orzeczenie ETPC z dnia 16 czerwca 2015 r., Delfi AS przeciwko Estonii, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909.

248 W szczególności zasady przewidziane w art. 17 ust. 4 i nast. dyrektywy 2019/790 służą przyznaniu danym operatorom oraz użytkownikom ich platform określonych gwarancji. Pragnę jednak podkreślić, że szczegóły dotyczące nowych zasad zakres odpowiedzialności przewidzianych we wspomnianym art. 17 wykraczają poza przedmiotowy niniejszej opinii. Moim celem nie jest również wyrażanie w niniejszej opinii poglądów na temat zgodności tych nowych zasad z prawami podstawowymi, które gwarantuje karta praw podstawowych. Do Trybunału została wniesiona skarga o stwierdzenie nieważności w tym względzie (zob. skargę w sprawie C-401/19, Polska/Parlament i Rada, złożoną w dniu 24 maja 2019 r.), w związku z którą Trybunał będzie miał sposobność, aby wypowiedzieć się co do tej kwestii.

VI. Wnioski

256. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania przedłożone przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) w sprawach C-682/18 i C-683/18:

1) Artykuł 3 ust. 1 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 informacyjnym należy interpretować w ten sposób, że operator platformy do udostępniania filmów wideo oraz operator platformy do przechowywania i udostępniania plików nie dokonują czynności „publicznego udostępnienia" w rozumieniu tego przepisu, gdy użytkownik takiej platformy umieszcza na niej online chroniony utwór.

2) Artykuł 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) należy interpretować w ten sposób, że operator platformy do udostępniania plików wideo i operator platformy do przechowywania i udostępniania plików mogą co do zasady korzystać z przewidzianego w tym przepisie wyłączenia w odniesieniu do wszelkiej odpowiedzialności, jaka może się wiązać z plikami, które przechowują na żądanie użytkowników ich platform.

3) Artykuł 14 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/31 należy interpretować w ten sposób, że hipotezy wskazane w tych przepisach, a mianowicie ta, zgodnie z którą usługodawca ma „wiarygodne wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji", oraz ta, zgodnie z którą taki usługodawca „wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności", co do zasady odnoszą się do konkretnych informacji o bezprawnym charakterze.

4) Artykuł 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, by podmioty praw autorskich mogły wnioskować o wydanie nakazu przeciwko usługodawcy, którego usługi polegające na przechowywaniu informacji przekazanych przez użytkownika są wykorzystywane przez osoby trzecie w celu naruszenia praw autorskich lub praw pokrewnych, wyłącznie w sytuacji, gdy po zgłoszeniu oczywistego naruszenia doszło do niego powtórnie.