Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 8 lutego 2017 r.[1]

Sprawa C-610/15

Stichting Brein
przeciwko
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów)]

Prawo autorskie i prawa pokrewne — Dyrektywa 2001/29/WE — Artykuł 3 ust. 1 — Publiczne udostępnianie — Pojęcie — Witryna indeksująca pozwalająca na wymianę utworów chronionych bez zezwolenia podmiotów praw autorskich — Artykuł 8 ust. 3 — Korzystanie przez osobę trzecią z usług pośrednika w celu naruszenia prawa autorskiego — Nakaz na wniosek

Wprowadzenie

1. „[…] the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the .torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map”[2].

2. Poprzez to zasługujące na ochronę prawem autorskim porównanie australijski sędzia Justice Cowdroy wyjaśniał, jak odbywa się wymienianie plików z naruszeniem praw autorskich za pomocą protokołu bittorrent[3]. W niniejszej sprawie zwrócono się do Trybunału o określenie podstaw prawnych i zakresu ewentualnej odpowiedzialności za te naruszenia dokonane przez „udostępniających mapy”, czyli przez witryny internetowe takie jak The Pirate Bay (zwana dalej „TPB”). TPB jest bowiem jedną z największych i najbardziej znanych witryn pozwalających na wymianę plików zawierających utwory muzyczne i filmowe. Wymiana ta odbywa się nieodpłatnie i w odniesieniu do zdecydowanej większości tych utworów z naruszeniem praw autorskich.

3. Komisja Europejska, której stanowisko podziela, jak mi się wydaje, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, uważa, że odpowiedzialność witryn internetowych tego rodzaju stanowi kwestię stosowania prawa autorskiego, którą można rozstrzygnąć nie na poziomie prawa Unii, lecz w ramach wewnętrznych systemów prawnych państw członkowskich. Jednak takie podejście uzależniałoby tę odpowiedzialność, i ostatecznie zakres praw przysługujących uprawnionym, od bardzo rozbieżnych rozwiązań przyjętych w różnych krajowych systemach prawnych. Zagroziłoby to zaś

1 — Język oryginału: francuski.

2 — „Wymieniany plik jest skarbem, klient *bittorrent* jest okrętem, plik *torrent* jest mapą wskazującą, gdzie znajduje się skarb, The Pirate Bay udostępnia bezpłatnie mapy, a tracker jest starym mędrcem, od którego należy się dowiedzieć, jak odczytać mapę” (tłumaczenie własne).

3 — Wyrok Federal Court of Australia z dnia 4 lutego 2010 r. w sprawie Roadshow Films Pty Ltd przeciwko iiNet Limited (No. 3) [2010] FCA 24, pkt 70. Fragment ten był również cytowany przez Roberta van Peursema, rzecznika generalnego przy Hoge Raad der Nederlanden (sądzie najwyższym Niderlandów) w postępowaniu głównym.

osiągnięciu celu zamierzonego przez – względnie bogate – ustawodawstwo Unii w dziedzinie prawa autorskiego, którym jest właśnie harmonizacja zakresu praw przysługujących autorom i pozostałym podmiotom w ramach jednolitego rynku. Z tego powodu odpowiedzi na kwestie podniesione w niniejszej sprawie należy moim zdaniem poszukiwać raczej w prawie Unii.

4. Chcę również z miejsca podkreślić, że problematyka niniejszej sprawy różni się moim zdaniem zasadniczo od występującej w dwóch niedawnych sprawach dotyczących prawa publicznego udostępniania utworów za pośrednictwem Internetu, czyli w sprawach, w których zapadły wyroki Svensson i in.[4] oraz GS Media[5]. Sprawy te dotyczyły bowiem wtórnego udostępniania utworów już dostępnych w Internecie przez osobę, która sama była twórcą treści internetowych. Niniejsza zaś sprawa dotyczy pierwotnego udostępniania w ramach sieci równorzędnej (peer-to-peer). Nie sądzę więc, by rozumowanie przyjęte przez Trybunał w tych sprawach mogło znaleźć bezpośrednie zastosowanie w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

Ramy prawne

5. Zgodnie z art. 12 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 („dyrektywy o handlu elektronicznym”)[6], zatytułowanym „Zwykły przekaz”:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę lub na zapewnianiu dostępu do sieci telekomunikacyjnej usługodawca nie był odpowiedzialny za przekazywane informacje […].

[…]

3. Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sąd lub organ administracyjny, zgodnie z systemem prawnym państw członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł”.

6. Na mocy art. 14 tej dyrektywy, zatytułowanego „Hosting”:

„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

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

[…]

4 — Wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Wyrok z dnia 8 września 2016 r., C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — Dz.U. 2000, L 178, s. 1.

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".

7. Artykuł 3 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym [7], zatytułowany „Prawo do publicznego udostępniania utworów i prawo podawania do publicznej wiadomości innych przedmiotów objętych ochroną", stanowi w ust. 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".

8. Artykuł 8, zatytułowany „Sankcje i środki naprawcze [prawne]", przewiduje w ust. 3:

„Państwa 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".

9. Artykuł 2 dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej [8], zatytułowany „Zakres", stanowi w ust. 2:

„Niniejsza dyrektywa pozostaje bez uszczerbku dla przepisów szczególnych w sprawie stosowania praw oraz w sprawie wyjątków zawartych w prawodawstwie wspólnotowym dotyczącym praw autorskich i praw pokrewnych, w szczególności praw podanych […] w dyrektywie 2001/29/WE, a zwłaszcza w jej […] art. 8".

10. Zgodnie z art. 11 tej dyrektywy, zatytułowanym „Zakazy sądowe":

„[…] Państwa członkowskie zapewniają też właścicielom [praw własności intelektualnej] możliwość składania wniosku o zakaz [wydanie zakazu] wobec pośredników, z usług których korzysta strona trzecia do naruszania [przy naruszaniu] prawa własności intelektualnej, bez uszczerbku dla postanowień art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE".

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

11. Powódka w postępowaniu głównym, Stichting Brein, jest fundacją prawa niderlandzkiego, której głównym celem jest zwalczanie nielegalnego korzystania z przedmiotów chronionych prawem autorskim i prawami pokrewnymi, a także ochrona w tej dziedzinie interesów podmiotów tych praw.

12. Pozwane w postępowaniu głównym, Ziggo BV i XS4ALL Internet BV (zwana dalej „XS4ALL"), są spółkami prawa niderlandzkiego, których działalność polega w szczególności na dostarczaniu konsumentom dostępu do Internetu. Zgodnie z informacjami zawartymi w przedstawionych przez Stichting Brein uwagach na piśmie są to dwaj najwięksi dostawcy dostępu do Internetu na rynku niderlandzkim.

7 — Dz.U. 2001, L 167, s. 10.

8 — Dz.U. 2004, L 157, s. 45.

13. Stichting Brein wniosła o nakazanie Ziggo BV i XS4ALL na podstawie przepisów prawa niderlandzkiego transponujących art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29[9], aby zablokowały odbiorcom ich usług dostęp do adresów internetowych witryny TPB, wyszukiwarki plików peer-to-peer. Uzasadnieniem powyższego wniosku jest okoliczność, że to za pomocą tej wyszukiwarki odbiorcy usług świadczonych przez pozwane w postępowaniu głównym, korzystając z tych usług, dopuszczają się naruszeń praw autorskich na wielką skalę poprzez wymianę plików zawierających przedmioty objęte ochroną (głównie utwory muzyczne i filmowe) bez zezwolenia podmiotów tych praw.

14. Wniosek ten, uwzględniony w pierwszej instancji, został oddalony w postępowaniu w drugiej instancji zasadniczo z tego powodu, że po pierwsze, to odbiorcy usług świadczonych przez pozwane w postępowaniu głównym, a nie TPB, są sprawcami naruszenia praw autorskich, a po drugie, żądana blokada nie jest proporcjonalna do zakładanego celu, czyli skutecznej ochrony praw autorskich. Stichting Brein wniosła od tego orzeczenia skargę kasacyjną do sądu odsyłającego.

15. W powyższych okolicznościach Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy operator witryny internetowej dokonuje publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli witryna ta nie zawiera chronionych utworów, lecz istnieje system […], indeksujący i kategoryzujący dla użytkowników metadane o utworach chronionych, które znajdują się na komputerach użytkowników, tak że użytkownicy mogą za jego pomocą wyszukać oraz załadować lub pobrać chronione utwory?

2) W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi przeczącej:

Czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 i art. 11 dyrektywy 2004/48 stanowią podstawę dla wydania nakazu przeciwko pośrednikowi w rozumieniu tych przepisów, który ułatwia w sposób opisany w pytaniu pierwszym działania osób trzecich stanowiące naruszenie?”.

16. Postanowienie odsyłające wpłynęło do Trybunału w dniu 18 listopada 2015 r. Uwagi na piśmie przedstawiły strony postępowania głównego, rządy: hiszpański, włoski, portugalski i Zjednoczonego Królestwa, jak również Komisja. Strony postępowania głównego, rządy hiszpański i francuski oraz Komisja były reprezentowane na rozprawie, która odbyła się w dniu 27 października 2016 r.

Analiza

17. Poprzez oba pytania prejudycjalne w niniejszej sprawie sąd odsyłający podnosi w rzeczywistości kwestię odpowiedzialności operatorów witryn indeksujących sieci peer-to-peer za naruszenia praw autorskich dokonane w ramach korzystania z tych sieci. Czy można uznać, że sami ci operatorzy powodują te naruszenia, co skutkowałoby ich bezpośrednią odpowiedzialnością (pytanie pierwsze)? Czy też, jeśli nawet nie są bezpośrednio odpowiedzialni, czy można nakazać zablokowanie dostępu do ich witryn internetowych, co jak wyjaśnię dalej, wymaga istnienia pewnej formy odpowiedzialności pośredniej (pytanie drugie)?

18. Rozpocznę analizę od krótkiego omówienia sposobu funkcjonowania sieci peer-to-peer i ich roli w naruszeniach praw autorskich.

9 — Mianowicie art. 26d Auteurswet (niderlandzkiej ustawy o prawie autorskim) i art. 15 Wet op de naburige rechten (ustawy o prawach pokrewnych).

Uwagi wstępne – sieci *peer-to-peer*

19. Choć Internet został pomyślany jako sieć komputerów funkcjonujących niezależnie od siebie, to najbardziej spektakularny przykład zastosowania Internetu, *World Wide Web*, działa według innego modelu, mianowicie w oparciu o scentralizowaną architekturę nazywaną „klient-serwer". W tym modelu treści (zazwyczaj witryna internetowa) są przechowywane na serwerze i użytkownicy mogą z nich korzystać za pomocą swoich komputerów nazywanych „klientami" i swojego oprogramowania klienta (przeglądarki internetowej). Nietrudno dostrzec, że taka architektura *World Wide Web* pozwala na względnie łatwą kontrolę zgodności z prawem zawartych treści i walkę z treściami nielegalnymi: wystarczy zająć serwer lub uzyskać od jego administratora usunięcie zakazanej treści. Należy również zauważyć, że ustawodawstwo dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, czyli zasadniczo Internetu, jest szczególnie dostosowane do tego modelu działania, zwłaszcza że przewiduje brak odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami za zawarte treści, jednak nakłada na nich pewne obowiązki współpracy w walce przeciwko treściom nielegalnym.

20. Sieci peer-to-peer są zorganizowane na innej zasadzie. W tym modelu komputer każdego użytkownika, czyli każdy host (*peer*) jest nie tylko klientem, który otrzymuje informacje, ale także serwerem, który je przechowuje i udostępnia innym hostom. Sieć jest więc zdecentralizowana (nie ma centralnego serwera) i ma „zmienną geometrię", gdyż jedynie hosty-serwery połączone online tworzą sieć w danym momencie (w odróżnieniu od sieci „tradycyjnej", w której serwery są zazwyczaj połączone na stałe, a klienci łączą się lub rozłączają czasowo). Taka konfiguracja sieci ma liczne zalety, zwłaszcza jeśli chodzi o optymalne wykorzystanie zdolności do przechowywania i transmisji danych. Taka sieć, dzięki swojej zdecentralizowanej architekturze, jest też odporniejsza na ataki, jak i na ingerencję organów ścigania lub podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich. W szczególności trudne jest usunięcie zasobów znajdujących się w sieci peer-to-peer, gdyż znajdują się one na różnych serwerach należących do różnych osób fizycznych w różnych krajach.

21. Sieci peer-to-peer nadają się do różnych zastosowań, takich jak przesyłanie wiadomości online, telefonia, dystrybucja oprogramowania, a nawet mają zastosowania wojskowe. Jednak najbardziej powszechnie są wykorzystywane do wymiany plików.

22. Czy chodzi tylko o pliki zawierające dane nielegalne, takie jak utwory wymieniane z naruszeniem praw autorskich? Nie. W sieci peer-to-peer można wymieniać pliki o różnym charakterze, w szczególności pliki zawierające dane, które nie są chronione prawem autorskim, utwory rozpowszechniane za zgodą podmiotów uprawnionych, a nawet przez samych autorów, utwory, których ochrona (w każdym razie z tytułu praw majątkowych) już wygasła lub też utwory objęte wolną licencją.

23. Jednak według danych przedstawionych przez Stichting Brein i, jeśli dobrze zrozumiałem, niekwestionowanych w postępowaniu głównym, 90–95% plików wymienianych w sieci TPB zawiera utwory chronione i rozpowszechniane bez zgody podmiotów uprawnionych. Wydaje się, że wielkość ta odnosi się do większości popularnych sieci peer-to-peer z tego powodu, że treści legalne mają swoje własne kanały dystrybucji, bądź to profesjonalne, bądź amatorskie (klasyczne witryny internetowe, sklepy internetowe, sieci społecznościowe itd.). Natomiast sieci peer-to-peer często są wykorzystywane do wymiany treści, które w przeciwnym wypadku nie byłyby bezpłatnie dostępne publicznie. Administratorzy tych sieci często nawet nie ukrywają tego celu. Niektóre z tych sieci zostały stworzone niezaprzeczalnie w celu obejścia praw autorskich, uważanych za stanowiące nadużycie [10]. Z tego względu sieci peer-to-peer od ich pojawienia się były obiektem walki z piractwem, prowadzonej zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, gdzie sieci te bardzo szybko zyskały popularność. Serwis Napster był pierwszą dużą siecią peer-to-peer zlikwidowaną z powodu naruszania praw autorskich [11].

10 — TPB na przykład została stworzona przez członków Piratbyrån, szwedzkiej organizacji sprzeciwiającej się prawom autorskim.

11 — Orzeczenie United States Court of Appeals for the Ninth Circuit z dnia 12 lutego 2001 r. w sprawie A&M Records, Inc. przeciwko Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

24. Po Napsterze pojawiły się sieci peer-to-peer nowej generacji. Aktualnie najpopularniejsze, w każdym razie na rynku europejskim, są sieci działające w oparciu o protokół bittorrent. Technologia ta pozwala pobierać za pomocą oprogramowania dostępnego nieodpłatnie online (tzw. „klienta bittorrent") ten sam plik podzielony na małe części z wielu komputerów hostów. Dzięki takiemu podzieleniu pobieranego pliku komputery hostów będących źródłem pobierania (zwanych wówczas „*seeders*"), pełniące rolę serwerów, oraz ich łącza sieciowe nie są przeciążone, co pozwala na szybkie pobieranie względnie obszernych plików. Ze względu na to, że liczba hostów posiadających i wymieniających ten sam plik jest kluczowa dla prędkości pobierania, w technologii bittorrent każdy fragment pobieranego pliku jest jednocześnie oferowany do pobrania dla innych hostów poszukujących tego samego pliku („*leechers*"). Inaczej mówiąc, każdy komputer klient, który pobiera plik, automatycznie staje się serwerem udostępniającym go innym hostom.

25. Nie będę się bardziej zagłębiać w techniczne funkcjonowanie sieci peer-to-peer, której szczegółowe opisy można łatwo znaleźć [12]. Jak bowiem we wszystkich sprawach dotyczących technologii informacyjnych postęp techniczny z łatwością wyprzedza procedury legislacyjne lub sądowe, co wiąże się z ryzykiem, że rozwiązania prawne opierające się na danym technologicznym status quo staną się przestarzałe, jeszcze zanim zostaną przyjęte [13]. Tym, czego moim zdaniem należy poszukiwać, aby rozstrzygnąć sprawę taką jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, jest prawna istota pewnych działań, nieuzależniona od rozwiązań technicznych, w jakie wpisują się te działania. Z tego zaś punktu widzenia ważna jest rola odgrywana przez witryny takie jak TPB w wymienianiu plików w sieciach peer-to-peer.

26. W rzeczywistości rola ta jest kluczowa. Wykorzystanie jakiejkolwiek sieci peer-to-peer zależy od możliwości znalezienia użytkowników skorych do wymiany pożądanego pliku. Informacje na ten temat, bez względu na to, czy technicznie przybierają formę plików *torrent*, „linków magnetycznych", czy też inną, znajdują się w witrynach takich jak TPB. Witryny te oferują nie tylko wyszukiwarkę, ale też często, jak w przypadku TPB, wykazy utworów zawartych w tych plikach, uporządkowanych w różnych kategoriach, na przykład „100 najlepszych" lub „najnowsze". Nie trzeba więc szukać konkretnego utworu, ale wystarczy wybrać spośród tych, które są proponowane, jak w katalogu biblioteki (lub, mówiąc precyzyjniej, audio- lub wideoteki, ponieważ chodzi głównie o utwory muzyczne i filmowe). Witryny te często dostarczają również dodatkowych informacji, zwłaszcza dotyczących przypuszczalnego czasu pobierania pliku oraz liczby aktywnych dla danego pliku *seeders* i *leechers*.

27. O ile więc teoretycznie jest możliwe, jak twierdzą pozwane w postępowaniu głównym, znalezienie plików oferowanych do wymiany w sieci peer-to-peer bez wchodzenia do witryn w rodzaju TPB, o tyle w praktyce poszukiwanie tych plików kończy się generalnie na takiej witrynie lub na witrynie gromadzącej dane wielu sieci peer-to-peer. Udział witryn takich jak TPB w funkcjonowaniu tych sieci jest więc praktycznie nieodzowny, w każdym razie dla przeciętnego użytkownika Internetu.

12 — Jako pierwszy punkt odniesienia można wymienić Wikipedię, źródło jak najbardziej odpowiednie w dziedzinie Internetu (hasła „peer-to-peer", „bittorrent", „The Pirate Bay"). Zobacz także orzeczenie sądu australijskiego wymienione w przypisie 3, pkt 43–78, oraz L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, dokument przygotowany dla Światowej Organizacji Własności Intelektualnej, dostępny w jej witrynie internetowej, kod dokumentu WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — I tak od momentu złożenia wniosku o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w niniejszej sprawie witryna TPB oprócz możliwości pobierania plików została za pomocą nowego oprogramowania wyposażona w opcję strumieniowego przesyłania (streaming) utworów wymienianych w sieci peer-to-peer. Technika ta została przedstawiona podczas rozprawy przez przedstawiciela Stichting Brein.

W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

28. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy działanie operatora witryny internetowej polegające na tym, że umożliwia on odnajdywanie plików zawierających utwory chronione prawem autorskim, które są oferowane w celu wymiany w sieci peer-to-peer, indeksując metadane odnoszące się do tych plików i dostarczając wyszukiwarkę, stanowi publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

29. Analizę tej kwestii rozpocznę od krótkiego omówienia przepisów prawa i orzecznictwa dotyczących prawa publicznego udostępniania.

Prawo publicznego udostępniania

30. Jeżeli chodzi o rozpowszechnianie utworów, autorzy tradycyjnie cieszyli się wyłącznym prawem do zezwalania lub zakazywania w odniesieniu, po pierwsze, do wprowadzania do obrotu kopii tych utworów, a po drugie, do ich prezentowania publiczności obecnej w miejscu przedstawienia. Typowymi tego przykładami są koncerty i spektakle teatralne.

31. Pojawienie się technicznych środków przekazu, w pierwszej kolejności dźwięku nadawanego drogą radiową, stworzyło konieczność ochrony praw autorów w zakresie tej możliwości eksploatacji ich utworów. Stosowne prawo zostało po raz pierwszy wprowadzone w prawie międzynarodowym w art. 11bis Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych, ze zmianami (zwanej dalej „konwencją berneńską”) [14]. Obecnie art. 11bis konwencji berneńskiej w brzmieniu nadanym Aktem paryskim z dnia 24 lipca 1971 r., ze zmianami z dnia 28 września 1979 r., przewiduje wyłączne prawo autorów do udzielania zezwolenia na nadawanie ich utworów drogą radiowo-telewizyjną lub publiczne rozpowszechnianie bezprzewodowe oraz na „wtórne” rozpowszechnianie utworów nadawanych drogą radiowo-telewizyjną dokonywane przez inną organizację niż ta, która je nadała pierwotnie [15].

32. Powyższe uregulowanie prawa publicznego udostępniania zostało pomyślane dla udostępniania typu „linearnego”, jeśli posłużyć się terminologią zaczerpniętą z dyrektywy 2010/13/UE [16]. W tym modelu udostępniania sygnał jest „popychany” (stąd angielski termin „push”) do odbiorcy, który może go przyjąć (lub nie) tylko w momencie, w którym sygnał jest nadawany. Względnie łatwo jest więc określić, kiedy udostępnienie ma miejsce, od kogo pochodzi i kto jest jego odbiorcą, czyli publicznością. Jest to klasyczny model funkcjonowania radia i emisji telewizyjnej.

33. Wraz z pojawieniem się telewizji na życzenie (video on demand), a zwłaszcza Internetu, zrodził się nowy sposób udostępniania, w którym udostępniana treść jest tylko podana do wiadomości potencjalnych użytkowników, którzy mogą z niej korzystać w wybranym czasie i miejscu. W tym modelu sygnał jest faktycznie przekazywany („pull”) użytkownikowi jedynie w czasie, w którym użytkownik zdecyduje się odebrać treść. Pojawiły się wątpliwości, czy ten sposób działania odpowiada pojęciu „publicznego rozpowszechniania” w rozumieniu konwencji berneńskiej [17].

14 — Akt berliński z 1908 r.

15 — Obecne brzmienie art. 11bis konwencji berneńskiej wynika z aktu brukselskiego z dnia 26 czerwca 1948 r.

16 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz.U. 2010, L 95, s. 1). Chodzi o udostępnianie linearne w czasie, czyli takie, którego odbiór jest możliwy tylko w trakcie nadawania [zob. art. 1 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2010/13].

17 — Zobacz w szczególności S. von Lewinski, M. Walter, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, s. 973–980.

34. Konwencja berneńska została uzupełniona, w szczególności w celu dostosowania jej postanowień do postępu technicznego, Traktatem Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim sporządzonym w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r. (zwanym dalej „TDA”) [18]. Pojęcie „publicznego udostępniania [obejmujące podawanie do publicznej wiadomości]” zostało tam wyraźnie wprowadzone: art. 8 TDA przewiduje, że autorom przysługuje wyłączne prawo zezwalania na publiczne komunikowanie swoich utworów drogą przewodową lub bezprzewodową, „w tym publiczne udostępnianie [podawanie do publicznej wiadomości] utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”. Przepis ten nie ogranicza się więc do udostępniania poprzez radio lub emisję telewizyjną, ale rozciąga się na wszelkie techniczne środki przekazu. Nie ogranicza się również do udostępniania linearnego, ale obejmuje podanie treści do wiadomości w celu jej odebrania odłożonego w czasie. To właśnie ten ostatni sposób publicznego udostępniania jest szczególnie istotny w przypadku Internetu, a zwłaszcza sieci peer-to-peer.

35. Artykuł 8 TDA został transponowany do prawa Unii w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 – przepisie, o którego wykładnię wystąpiono w ramach niniejszej sprawy. Przepis ten powtarza niemal dosłownie sformułowanie przyjęte w TDA.

36. Jednak dyrektywa 2001/29 nie zawiera żadnej definicji pojęcia „publicznego udostępniania” ani „podawania do publicznej wiadomości”. Zatem to Trybunał musiał się podjąć naszkicowania konturów tej definicji. Zgodnie z orzecznictwem dwa elementy są niezbędne, aby stwierdzić publiczne udostępnianie: czynność udostępnienia i obecność publiczności [19].

37. Jeżeli chodzi o pierwszy element, Trybunał podkreśla nieodzowną rolę podmiotu dokonującego udostępniania oraz zamierzony charakter jego działania. Dokonuje on bowiem czynności udostępnienia, gdy podejmuje działania w celu udzielenia swoim klientom dostępu do utworu chronionego, mając pełną świadomość konsekwencji tych działań, a zwłaszcza gdy w wypadku braku takich działań klienci ci nie mogliby, co do zasady, korzystać z nadawanego utworu [20].

38. Należy tu dodać, że jak już sygnalizowałem, w przypadku podania do publicznej wiadomości utworu, który ma być odbierany w wybranym przez odbiorców momencie, czynność udostępnienia należy oceniać z uwzględnieniem specyfiki tego sposobu udostępniania. Dlatego też w odróżnieniu od udostępniania, które następuje z inicjatywy podmiotu dokonującego tego udostępniania, w przypadku podania utworu do wiadomości do jego rzeczywistego przekazania dochodzi tylko potencjalnie i z inicjatywy odbiorcy. Jednakże uprawnienie podmiotu praw autorskich do sprzeciwienia się takiemu udostępnianiu powstaje już w chwili podania do wiadomości, niezależnie od tego, czy i kiedy nastąpi rzeczywisty przekaz [21].

39. Jeśli chodzi o drugi element, czyli obecność publiczności, zgodnie z orzecznictwem Trybunału jest on warunkowany dwoma wymogami. Zgodnie z pierwszym z nich udostępnienie ma być skierowane do nieokreślonej, lecz znacznej liczby potencjalnych odbiorców. Kryterium to jest zazwyczaj spełnione w przypadku witryny internetowej zasadniczo dostępnej dla wszystkich użytkowników Internetu [22].

18 — Traktat zatwierdzony w imieniu Wspólnoty Europejskiej decyzją Rady 2000/278/WE z dnia 16 marca 2000 r. (Dz.U. 2000, L 89, s. 6).

19 — Zobacz ostatnio wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).

20 — Wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 35).

21 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 19).

22 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 22).

40. Zgodnie z drugim wymogiem publiczność, której dotyczy dane udostępnienie, powinna być „nową publicznością". Zdaniem Trybunału, jeżeli chodzi o udostępnienie w Internecie, udostępnienie nie jest dokonane wobec nowej publiczności, jeśli dotyczy już wcześniej udostępnionego publicznie utworu swobodnie dostępnego w innej witrynie internetowej. W takiej sytuacji bowiem udostępnienie jest skierowane, przynajmniej potencjalnie, do tej samej publiczności, do której odnosi się pierwotne publiczne udostępnienie, czyli do wszystkich użytkowników Internetu [23].

41. Istnieje jednak ograniczenie tej wolności użytkowników Internetu. Zdaniem Trybunału bowiem przy stosowaniu kryterium nowej publiczności należy uwzględnić nie publiczność, która rzeczywiście miała dostęp do utworu, lecz wyłącznie publiczność, która została wzięta pod uwagę przez podmiot praw autorskich przy pierwotnym udostępnieniu. Natomiast jeśli utwór stał się rzeczywiście dostępny, lecz bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, to podmiot ten nie brał pod uwagę żadnej publiczności, zatem każde kolejne udostępnienie jest nieuchronnie kierowane do nowej publiczności, dlatego też należy je traktować jak publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 [24].

42. Niemniej nie ma potrzeby analizowania, czy udostępnienie jest kierowane do nowej publiczności, gdy jest dokonywane za pomocą szczególnego technicznego sposobu przekazu, czyli technicznego środka przekazu innego niż użyty w odniesieniu do pierwotnego udostępnienia [25]. W takim przypadku zawsze mamy bowiem do czynienia z publicznym udostępnianiem w rozumieniu dyrektywy 2001/29.

43. Teraz należałoby ocenić te kryteria w kontekście sieci peer-to-peer.

Publiczne udostępnianie w sieci peer-to-peer

44. Moim zdaniem, gdy utwory chronione prawem autorskim są wymieniane poprzez sieć peer-to-peer, niezaprzeczalnie dochodzi do podawania tych utworów do publicznej wiadomości.

45. Po pierwsze, utwory są podane do publicznej wiadomości na komputerach użytkowników sieci w taki sposób, aby wszyscy pozostali użytkownicy mogli je pobrać. Okoliczność, że w systemie bittorrent pliki zawierające te utwory są podzielone na segmenty i pobierane fragmentami z różnych komputerów, jest szczegółem technicznym bez znaczenia. Przedmiotem ochrony prawa autorskiego jest bowiem nie plik, lecz utwór. Utwory są zaś w całości podane do publicznej wiadomości i przesyłane do pobierających je użytkowników również w całości, z wyjątkiem przypadku problemu technicznego.

46. Po drugie, liczba potencjalnych użytkowników ogólnodostępnej sieci peer-to-peer, takiej jak TPB, niewątpliwie jest nieokreślona i znacząca.

47. Wreszcie po trzecie, niezależnie od tego, że chodzi o szczególny techniczny środek przekazu, kryterium nowej publiczności jest również spełnione, w każdym razie w odniesieniu do utworów wymienianych bez zezwolenia ich autorów. Otóż, jak już przypominałem w pkt 41 niniejszej opinii, spełnienie kryterium nowej publiczności należy oceniać w stosunku do publiczności branej pod uwagę przez autora, gdy udzielał on swojego zezwolenia [26]. Jeśli zatem autor utworu nie zezwolił na jego wymianę w sieci peer-to-peer, użytkownicy wspomnianej sieci z definicji stanowią nową publiczność [27].

23 — Zobacz wyrok z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 24–27).

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

25 — Wyrok z dnia 7 marca 2013 r., ITV Broadcasting i in. (C-607/11, EU:C:2013:147, pkt 39).

26 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 lutego 2014 r., Svensson i in. (C-466/12, EU:C:2014:76, pkt 24); z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 37–42).

27 — Co wynika również w sposób dorozumiany z pkt 43 wyroku z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

48. Należy jeszcze określić, które osoby w sieci peer-to-peer dokonują podania do publicznej wiadomości utworów, które są poprzez tę sieć wymieniane: jej użytkownicy czy też operator witryny indeksującej takiej jak TPB.

49. Użytkownicy, instalując na swoich komputerach i uruchamiając oprogramowanie do wymiany plików (bittorrent *client*), dostarczając TPB *torrenty* pozwalające na wyśledzenie plików znajdujących się na ich komputerach i pozostawiając swoje komputery włączone, aby mogły być aktywne w sieci, w sposób umyślny publicznie udostępniają posiadane przez nich utwory innym użytkownikom sieci.

50. Jednak utwory te nie byłyby dostępne i funkcjonowanie sieci nie byłoby możliwe, a w każdym razie korzystanie z niej byłoby dużo bardziej skomplikowane i mniej efektywne, bez witryn takich jak TPB, które umożliwiają znalezienie utworów i dostęp do nich. Operatorzy tych witryn tworzą zatem system umożliwiający użytkownikom dostęp do utworów podanych do wiadomości przez innych użytkowników. Ich udział można więc uznać za niezbędny [28].

51. Prawdą jest, że witryna taka ogranicza się do sporządzenia wykazu treści zawartych w sieci peer-to-peer, czyli metadanych odnoszących się do utworów oferowanych w celu wymiany przez użytkowników sieci. Operator witryny nie ma więc zasadniczo żadnego wpływu na pojawienie się danego utworu w tej sieci. Jest tylko pośrednikiem umożliwiającym użytkownikom wymianę treści peer-to-peer. Zatem nie można mu przypisać decydującej roli w publicznym udostępnieniu danego utworu, dopóki nie wie on, że utwór został niezgodnie z prawem publicznie udostępniony, a jeśli został powiadomiony o takiej niezgodności z prawem, dopóki postępuje lojalnie, aby temu zaradzić. Jednak od chwili, gdy operator ten ma świadomość, że podanie do publicznej wiadomości odbywa się z naruszeniem praw autorskich i nie czyni nic, aby uniemożliwić dostęp do danego utworu, można uważać, że jego zachowanie zmierza do tego, by celowo umożliwić kontynuowanie niezgodnego z prawem publicznego udostępniania tego utworu, a zatem, że jego zachowanie jest umyślne.

52. Chcę uściślić, że ta świadomość operatora witryny musi być rzeczywista. Z taką sytuacją mamy zwłaszcza do czynienia, gdy operator ten został w sposób wyraźny powiadomiony przez podmiot praw autorskich o nielegalnym charakterze informacji zawartych w witrynie [29]. Zatem nie byłoby właściwe zastosowanie w przypadku takiej witryny domniemania świadomości analogicznego do ustalonego przez Trybunał w wyroku GS Media dotyczącym osób, które umieściły hiperłącze w celu zarobkowym [30]. Takie domniemanie prowadziłoby bowiem do nałożenia na operatorów witryn indeksujących sieci peer-to-peer, którzy zazwyczaj działają w celu zarobkowym, powszechnego obowiązku nadzorowania indeksowanych treści.

53. Działanie tych operatorów spełnia więc kryteria niezbędności i umyślności wymieniane w orzecznictwie Trybunału [31]. Należy więc moim zdaniem uznać, że również operatorzy ci, jednocześnie i wspólnie z użytkownikami sieci, dokonują podania do publicznej wiadomości utworów, które są wymieniane w sieci bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, jeśli operatorzy ci są świadomi nielegalności i nie interweniują, aby uniemożliwić dostęp do tych utworów.

54. Na pierwsze pytanie prejudycjalne należy więc odpowiedzieć w ten sposób, że działanie operatora witryny internetowej polegające na tym, że umożliwia on odnajdywanie plików zawierających utwory chronione prawem autorskim, które są oferowane w celu wymiany w sieci peer-to-peer, indeksując je i dostarczając wyszukiwarkę, stanowi publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeżeli operator ten ma świadomość, że utwór został podany do wiadomości w sieci bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, i nie interweniuje, aby uniemożliwić dostęp do tego utworu.

28 — Zobacz również na ten temat pkt 26 i 27 niniejszej opinii.

29 — Zgodnie z informacjami podanymi w aktach sprawy jest to przypadek witryny internetowej TPB w postępowaniu głównym.

30 — Wyrok z dnia 8 września 2016 r. (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 51).

31 — Wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

Uwagi wstępne

55. Drugie pytanie prejudycjalne zostało sformułowane przez sąd odsyłający przy założeniu, że Trybunał odpowie przecząco na pytanie pierwsze, na które ja proponuję odpowiedzieć twierdząco. Gdyby jednak Trybunał nie podzielił mojego stanowiska przedstawionego powyżej, konieczne stałoby się zbadanie drugiego pytania prejudycjalnego. Zaproponuję więc odpowiedź także na to drugie pytanie.

56. Drugie pytanie prejudycjalne wymienia zarówno art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29, jak i art. 11 dyrektywy 2004/48. Jednakże zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy 2004/48 oraz w sposób bardziej bezpośredni zgodnie z art. 11 zdanie ostatnie tej dyrektywy jej postanowienia stosuje się bez uszczerbku dla postanowień dyrektywy 2001/29, w szczególności jej art. 8. Moim zdaniem wynika z tego, że jeśli chodzi o dziedziny objęte art. 8 dyrektywy 2001/29, przepis ten ma pierwszeństwo w stosunku do art. 11 dyrektywy 2004/48. W konsekwencji jedynie art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 ma znaczenie dla odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne. W każdym razie oba te przepisy mają podobną treść.

57. Poprzez to drugie pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na wydanie przeciwko dostawcy dostępu do Internetu nakazu w celu zobowiązania go do zablokowania jego użytkownikom dostępu do witryny indeksującej sieć peer-to-peer, za pośrednictwem której zostały dokonane naruszenia praw autorskich, nawet jeśli operator tej witryny sam nie udostępnia publicznie utworów, które zostały udostępnione we wspomnianej sieci.

Możliwość zastosowania środków przewidzianych w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 wobec witryn internetowych takich jak TPB

58. Dla przypomnienia, zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 podmioty praw autorskich powinny mieć możliwość zwrócenia się o wydanie nakazu przeciwko pośrednikowi, którego usługi są wykorzystywane przez osobę trzecią w celu naruszenia ich praw.

59. W postępowaniu głównym jest bezsporne, że pozwane jako dostawcy dostępu do Internetu działają w charakterze pośredników w rozumieniu omawianego przepisu.

60. Moim zdaniem jest również jasne, że usługi tych pośredników są wykorzystywane przez osoby trzecie do naruszania praw autorskich. Zostało bowiem ustalone, że niektórzy korzystający z tych usług używają sieci peer-to-peer, aby wymieniać utwory bez zezwolenia podmiotów praw autorskich. Taka wymiana stanowi podawanie utworu do publicznej wiadomości bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, a w konsekwencji naruszenie tych praw.

61. Sprawę w postępowaniu głównym wyróżnia to, że żądany środek, czyli zablokowanie dostępu do witryny TPB, odbije się nie tylko na użytkownikach, którzy dopuszczają się naruszeń praw autorskich, ale również na witrynie TPB, która nie będzie mogła oferować swoich usług użytkownikom połączonym z Internetem za pośrednictwem pozwanych w postępowaniu głównym.

62. Możliwość zastosowania takiego środka została dopuszczona przez Trybunał w wyroku UPC Telekabel Wien[32]. Jednak w tej sprawie chodziło o zablokowanie dostępu do witryny internetowej, której operator sam został uznany za powodującego naruszenia praw autorskich. Podane niezgodnie z prawem do publicznej wiadomości utwory znajdowały się w omawianej witrynie internetowej i były z tej witryny pobierane przez użytkowników. To te okoliczności pozwoliły Trybunałowi orzec, że operator wspomnianej witryny wykorzystywał w celu naruszania praw autorskich usługi dostawcy dostępu do Internetu świadczone osobom, które przeglądały tę witrynę.

63. W niniejszej sprawie sytuacja jest zupełnie różna, jeżeli bowiem zostanie ustalone, że sama TPB nie udostępnia publicznie utworów bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, to nie będzie można również wyprowadzić wniosku, że wykorzystuje ona usługi dostawców dostępu do Internetu dla użytkowników sieci peer-to-peer w celu naruszania praw autorskich.

64. Hipoteza art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 zakłada zaś, że istnieje związek pomiędzy przedmiotem nakazu i naruszeniem praw autorskich. Zastosowanie środka w postaci zablokowania witryny internetowej zależy od stwierdzenia odpowiedzialności operatora wspomnianej witryny za naruszenie praw autorskich dokonane za pomocą usług pośrednika, do którego nakaz jest skierowany. To pod tym warunkiem można zakwalifikować tego operatora jako osobę trzecią naruszającą prawa autorskie w rozumieniu art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29.

65. Jeżeli dany operator sam nie dokonuje czynności objętej monopolem autora (np. publicznego udostępnienia), to naruszenie przez niego praw autorskich może być tylko pośrednie. Z uwagi na to, że odpowiedzialność za tego rodzaju naruszenia nie została zharmonizowana na poziomie prawa Unii, powinna być przewidziana w sposób wyraźny w prawie krajowym. Do sądów krajowych należy ustalenie, czy tego rodzaju odpowiedzialność istnieje w ich prawie wewnętrznym.

66. Jeżeli da się ustalić taką odpowiedzialność po stronie operatora witryny indeksującej w sieci peer-to-peer, w której utwory chronione są wymieniane bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, to należy uznać, że operator ten wykorzystuje usługi dostawców dostępu do Internetu, których klienci wymieniają pliki w tej sieci, analogicznie jak osoba, która sama bezpośrednio dopuszcza się naruszeń praw autorskich.

67. Stwierdzenia tego nie podważa okoliczność, że witrynę taką jak TPB można by zaliczyć do kategorii podmiotów świadczących usługi hostingowe, których odpowiedzialność za przechowywane informacje jest co do zasady wyłączona na podstawie art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Wyłączenie tej odpowiedzialności jest bowiem warunkowe. Zostaje udzielone jedynie wtedy, gdy usługodawca nie miał świadomości bezprawnego charakteru przechowywanych informacji lub prowadzonej w związku z nimi działalności, i pod warunkiem że powiadomiony o takiej bezprawności usługodawca podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia danych informacji lub uniemożliwienia dostępu do nich.

68. Jeśli usługodawca będący pośrednikiem nie spełnia tych warunków, czyli jeśli miał świadomość, że przechowywane informacje są niezgodne z prawem, ale nie podjął działań w celu ich usunięcia lub uniemożliwienia do nich dostępu, może ponosić pośrednio odpowiedzialność za te informacje.

32 — Wyrok z dnia 2 marca 2014 r. (C-314/12, EU:C:2014:192).

69. Jest tak w szczególności w przypadku operatora witryny indeksującej sieć peer-to-peer, który miał świadomość lub został powiadomiony, że pliki *torrent* dostarczone przez użytkowników sieci umożliwiają wymianę utworów podanych do wiadomości w sieci bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, i nie podjął działań, aby usunąć te pliki. W postępowaniu głównym jest zaś bezsporne, że tak jest w przypadku TPB. Artykuł 14 dyrektywy 2000/31 nie stoi zatem na przeszkodzie temu, by TPB ponosiła odpowiedzialność z powodu naruszeń praw autorskich, które wynikają z takiego udostępnienia.

70. Należy jeszcze pochylić się nad zgodnością takiego środka z prawami podstawowymi.

Zgodność z prawami podstawowymi zablokowania dostępu do witryny internetowej

71. Środki przyjęte na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 powinny być zgodne z mającymi zastosowanie prawami podstawowymi [33]. Kwestia tej zgodności w odniesieniu do środka nakazującego zablokowanie użytkownikom korzystającym z usług dostawcy dostępu do Internetu możliwości przeglądania witryny uznanej za odpowiedzialną za naruszenia praw autorskich była analizowana przez Trybunał w sposób pogłębiony w wyroku UPC Telekabel Wien [34]. Trybunał dopuścił stosowanie takiego środka w świetle praw podstawowych, stawiając trzy warunki [35].

72. Po pierwsze, usługodawca będący adresatem nakazu powinien mieć możliwość wyboru technicznych środków, jakie należy podjąć, aby go wykonać, oraz możliwość zwolnienia się z obowiązku poprzez wykazanie, że podjął on w tym celu wszelkie rozsądne kroki. Są to warunki stawiane prawu krajowemu, których przestrzeganie podlega kontroli sądów krajowych.

73. Po drugie, zastosowane środki nie powinny niepotrzebnie pozbawiać użytkowników Internetu możliwości legalnego dostępu do dostępnych informacji. Jest zaś oczywiste, że środek w postaci blokady danej witryny pozbawia użytkowników Internetu dostępu do informacji, które na niej są umieszczane, bez względu na to, czy są zgodne z prawem czy nie.

74. Oceny zgodności z prawem takiego środka należy więc dokonywać moim zdaniem w zależności od okoliczności każdego przypadku, analizując proporcjonalność tego środka i powodowanego przezeń pozbawienia dostępu do informacji w stosunku do rozmiaru i wagi dokonywanych za pośrednictwem wspomnianej witryny naruszeń praw autorskich.

75. Jeżeli chodzi o przypadek TPB, zgodnie z informacjami dostarczonymi przez powódkę w postępowaniu głównym, które powinny oczywiście zostać zweryfikowane przez sąd odsyłający, ponad 90% plików, do których dostęp stał się możliwy poprzez tę witrynę, zawiera utwory podane do publicznej wiadomości bez zezwolenia podmiotów praw autorskich. Co więcej, operatorzy TPB mieli być wielokrotnie powiadamiani o nielegalnym charakterze treści zawartych w ich witrynie i wzywani do ich usunięcia, czego wprost mieli odmówić.

76. Moim zdaniem w tych okolicznościach pozbawienie użytkowników Internetu dostępu do informacji spowodowane zastosowaniem środka w postaci zablokowania witryny TPB byłoby proporcjonalne do rozmiaru i wagi dokonanych w tej witrynie naruszeń praw autorskich. Podstawą mojej oceny jest zarówno proporcja niezgodnych z prawem treści, jak i postawa operatorów wspomnianej witryny. Jest tak tym bardziej, że jeśli utwory są wymieniane zgodnie z prawem poprzez sieć peer-to-peer, to jest

33 — Wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 45, 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

34 — Wyrok z dnia 27 marca 2014 r. (C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 46–63).

35 — Wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 64).

wysoce prawdopodobne, iż są łatwo i bezpłatnie dostępne w inny sposób lub mogą zostać łatwo udostępnione. Sytuacja byłaby zupełnie inna w przypadku witryny internetowej, na której zawartość treści niezgodnych z prawem jest tylko marginalna i której operatorzy współpracują lojalnie, aby je usunąć.

77. Oczywiście ostateczna analiza kwestii proporcjonalności zamierzonego środka należy do sądów krajowych.

78. Wreszcie, po trzecie, środek powinien odnosić taki skutek, że uniemożliwi bądź przynajmniej uczyni trudno osiągalnym dostęp bez zezwolenia do przedmiotów objętych ochroną i poważnie zniechęci użytkowników Internetu korzystających z usług adresata nakazu do uzyskiwania dostępu do przedmiotów udostępnianych im z naruszeniem prawa autorskiego. Inaczej mówiąc, środek powinien mieć za cel zaprzestanie naruszeń praw autorskich i zapobieżenie im oraz powinien być w rozsądnym stopniu skuteczny w dążeniu do tego celu.

79. W niniejszej sprawie pozwane w postępowaniu głównym wyrażają poważne wątpliwości co do skuteczności środka polegającego na zablokowaniu dostępu do witryny TPB. Według nich środek ten z jednej strony byłby nieskuteczny, gdyż te same utwory można znaleźć i się nimi wymienić w Internecie innymi sposobami niż za pomocą TPB. Z drugiej strony środek polegający na zablokowaniu adresu internetowego byłby łatwy do obejścia przez każdego wprawnego użytkownika Internetu.

80. Niemniej należy zauważyć w pierwszej kolejności, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie jest konieczne, by ochrona własności intelektualnej była zapewniona w sposób bezwzględny, to znaczy, aby zamierzony środek skutkował całkowitym zaprzestaniem naruszeń praw autorskich. Wystarczy bowiem, że poważnie zniechęci on użytkowników Internetu do dokonywania takich naruszeń, powodując, że staną się utrudnione [36]. Biorąc pod uwagę rolę takich jak TPB witryn internetowych w funkcjonowaniu sieci peer-to-peer, uważam zaś za bezsprzeczne, iż zablokowanie dostępu do takiej witryny uniemożliwi lub utrudni większości użytkowników znalezienie utworów udostępnionych w tej sieci, a w konsekwencji ich pobieranie z naruszeniem praw autorskich.

81. W drugiej kolejności okoliczność, że inne niż TPB witryny internetowe mogą pełnić taką samą rolę, w niczym nie umniejsza skuteczności postulowanego w postępowaniu głównym środka, ponieważ mogą zostać złożone wnioski o zastosowanie analogicznych środków, aby zablokować z kolei dostęp do tych witryn. Zaakceptowanie sposobu rozumowania pozwanych w postępowaniu głównym sprowadzałoby się do przyznania, że żaden środek prewencji wobec wykroczenia przeciwko prawu nie może być skuteczny, ponieważ nowe wykroczenia będą nadal popełniane przez inne osoby.

82. Wreszcie w trzeciej kolejności należy przypomnieć, że środek niewątpliwie bardziej skuteczny, polegający na nakazaniu całkowitego zablokowania internetowego transferu utworów bezprawnie wymienianych w sieciach peer-to-peer, był już przedmiotem oceny Trybunału, który odrzucił taki środek, uznając go za nadmiernie restrykcyjny w stosunku do dostawców Internetu i za idący za daleko, jeśli chodzi o ingerencję w prawa użytkowników [37].

83. Gdyby dzisiaj trzeba było odrzucić środek, który jest mniej restrykcyjny dla usługodawców i który stanowi mniejszą ingerencję w prawa użytkowników, z tego powodu, że nie jest on wystarczająco skuteczny, dostawcy dostępu do Internetu zostaliby de facto definitywnie zwolnieni z obowiązku współpracy w walce przeciwko naruszeniom praw autorskich. Tymczasem przewidziane w dyrektywie 2000/31 odstępstwa w dziedzinie odpowiedzialności usługodawców będących pośrednikami stanowią

36 — Wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 61–63). Według Trybunału nawet środek, który bezpośrednio nie zapobiega naruszeniom praw autorskich, lecz który wymaga od użytkowników tylko ujawnienia ich tożsamości w celu uzyskania dostępu do Internetu, spełnia te kryteria [wyrok z dnia 15 września 2016 r., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, pkt 95, 96)].

37 — Wyrok z dnia 24 listopada 2011 r., Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, pkt 38–52).

jeden z elementów ustalonej przez tę dyrektywę zgodnie z jej motywem 41 równowagi pomiędzy różnymi, wchodzącymi w grę interesami. W ramach tej równowagi ekwiwalentem tych odstępstw po stronie usługodawców będących pośrednikami jest nie tylko brak jakiegokolwiek współudziału w naruszeniach prawa, ale również współpraca w celu uniknięcia tych naruszeń i zapobiegania im. Od tego obowiązku nie mogą się oni uchylać, powołując się, w zależności od okoliczności, albo na zbyt restrykcyjny charakter środków, albo na ich nieskuteczność.

84. W konsekwencji proponuję, aby w razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne Trybunał odpowiedział na pytanie drugie, iż art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na wydanie przeciwko pośrednikowi nakazu w celu zobowiązania go do zablokowania korzystającym z jego usług użytkownikom dostępu do witryny indeksującej sieć peer-to-peer, jeżeli operator wspomnianej witryny może być na mocy prawa krajowego uznany za odpowiedzialnego z powodu dokonanych przez użytkowników tej sieci naruszeń praw autorskich, pod warunkiem że środek ten będzie proporcjonalny do rozmiaru i wagi dokonanych naruszeń praw autorskich, co powinien zbadać sąd krajowy.

Wnioski

85. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytania prejudycjalne postawione przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów):

Działanie operatora witryny internetowej polegające na tym, że umożliwia on odnajdywanie plików zawierających utwory chronione prawem autorskim, które są oferowane w celu wymiany w sieci peer-to-peer, indeksując je i dostarczając wyszukiwarkę, stanowi publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 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, jeżeli operator ten miał świadomość, że utwór został podany do wiadomości w sieci bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, i nie interweniował, aby uniemożliwić dostęp do tego utworu.