



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 15 lipca 2021 r.¹

Sprawa C-401/19

**Rzeczpospolita Polska
przeciwko
Parlamentowi Europejskiemu,
Radzie Unii Europejskiej**

Skarga o stwierdzenie nieważności – Dyrektywa (UE) 2019/790 – Prawo autorskie i prawa pokrewne – Korzystanie przez dostawców usług udostępniania treści online z treści chronionych – Publiczne udostępnianie – Odpowiedzialność tych dostawców – Artykuł 17 – Zwolnienie z odpowiedzialności – Ustęp 4 lit. b) i ust. 4 lit. c) in fine – Filtrowanie treści udostępnianej online przez użytkowników – Wolność wypowiedzi i informacji – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 11 ust. 1 – Zgodność – Gwarancje ograniczające to filtrowanie

I. Wprowadzenie

1. W niniejszej skardze, wniesionej na podstawie art. 263 TFUE, Rzeczpospolita Polska wnosi do Trybunału, tytułem żądania głównego, o stwierdzenie nieważności art. 17 ust. 4 lit. b) oraz art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE² oraz, tytułem żądania ewentualnego, o stwierdzenie nieważności tego art. 17 w całości.

2. W skardze tej zwrócono się do Trybunału o zbadanie kwestii odpowiedzialności ponoszonej przez podmioty świadczące usługi udostępniania treści online, gdy treści chronione prawem autorskim lub prawami pokrewnymi są zamieszczane³ przez użytkowników tych usług.

3. Problematyka ta została już przedstawiona Trybunałowi w sprawach połączonych C-682/18, YouTube i C-683/18, Cyando pod kątem ram ustanowionych dyrektywą 2000/31/WE w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)⁴ oraz

¹ Język oryginału: francuski.

² Dz.U. 2019, L 130, s. 92.

³ Będę używał bez rozróżnienia terminów „udostępnianie online” lub „zamieszczanie” w celu określenia procesu, za pomocą którego treść cyfrowa jest udostępniana publicznie na stronach internetowych lub aplikacji na inteligentne urządzenia związane z tymi usługami udostępniania treści.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. (Dz.U. 2000, L 178, s. 1).

dyrektywą 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym⁵. Tym razem chodzi o zbadanie art. 17 dyrektywy 2019/790, który przewiduje nowy system odpowiedzialności mający zastosowanie do podmiotów świadczących usługi udostępniania treści online.

4. Jak zostanie wyjaśnione w niniejszej opinii, przepis ten nakłada na tych usługodawców obowiązki nadzorowania treści, które użytkownicy ich usług udostępniają online, w celu zapobiegania zamieszczaniu utworów i przedmiotów objętych ochroną, których podmioty uprawnione nie chcą udostępniać w tych usługach. Ten nadzór prewencyjny będzie z reguły przyjmował formę filtrowania owych treści, dokonywanego za pomocą narzędzi informatycznych.

5. Tymczasem filtrowanie to porusza złożone kwestie, podniesione przez skarżącą, z punktu widzenia zagwarantowanej w art. 11 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) wolności wypowiedzi i informacji użytkowników usług udostępniania treści. Zadaniem Trybunału będzie, w nawiązaniu do wyroków *Scarlet Extended*⁶, *SABAM*⁷ oraz *Glawischnig-Piesczek*⁸, określenie, czy i w danym wypadku pod jakimi warunkami takie filtrowanie jest zgodne z tą wolnością. Będzie on musiał wziąć pod uwagę korzyści, ale także zagrożenia, jakie niesie ze sobą takie filtrowanie, i w tych ramach zapewnić utrzymanie „właściwej równowagi” pomiędzy z jednej strony interesem podmiotów uprawnionych w skutecznej ochronie ich własności intelektualnej, a z drugiej strony interesem tych użytkowników oraz ogółu społeczeństwa w swobodnym przepływie informacji online.

6. W niniejszej opinii wyjaśnię, że moim zdaniem prawodawca Unii może, z poszanowaniem wolności wypowiedzi, nałożyć pewne obowiązki w zakresie nadzoru i filtrowania na niektórych pośredników online, pod warunkiem jednak, że obowiązki te są obwarowane dostatecznymi gwarancjami, aby zminimalizować wpływ takiego filtrowania na tę wolność. Ponieważ art. 17 dyrektywy 2019/790 zawiera moim zdaniem takie gwarancje, proponuję Trybunałowi, aby orzekł, że przepis ten jest ważny, a w konsekwencji oddalił skargę Rzeczypospolitej Polskiej⁹.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. (Dz.U. 2001, L 167, s. 1).

⁶ Wyrok z dnia 24 listopada 2011 r., C-70/10, zwany dalej „wyrokiem *Scarlet Extended*”, EU:C:2011:771.

⁷ Wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., C-360/10, zwany dalej „wyrokiem *SABAM*”, EU:C:2012:85.

⁸ Wyrok z dnia 3 października 2019 r., C-18/18, zwany dalej „wyrokiem *Glawischnig-Piesczek*”, EU:C:2019:821.

⁹ Pragnę od razu wyjaśnić, że po sporządzeniu niniejszej opinii, w trakcie jej tłumaczenia, po pierwsze, został ogłoszony wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., *YouTube i Cyando* (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503), a po drugie, Komisja opublikowała swoje wytyczne w dotyczące stosowania art. 17 dyrektywy 2019/790 (communication from the Commission to the European Parliament and the Council, „Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market”, 4 czerwca 2021 r. [COM(2021) 288 final]). Z uwagi na zaawansowane stadium, w jakim znajdowało się sporządzanie tej opinii, ograniczyłem się do zbadania tych dwóch dokumentów w post scriptum, które czytelnik znajdzie w pkt 221 i nast. rzeczowej opinii.

II. Ramy prawne

A. Dyrektywa 2000/31

7. Artykuł 14 dyrektywy 2000/31, zatytułowany „Hosting”, stanowi w ust. 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”.

8. 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

9. Artykuł 3 dyrektywy 2001/29, zatytułowany „Prawo do publicznego udostępniania utworów i prawo podawania do publicznej wiadomości innych przedmiotów objętych ochroną”, stanowi w ust. 1 i 2:

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

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

a) dla artystów wykonawców – w odniesieniu do utrwań ich przedstawień;

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

- c) dla producentów pierwszych utrważeń filmów – w odniesieniu do oryginału i kopii ich filmów;
- d) dla organizacji radiowych i telewizyjnych – w odniesieniu do utrważeń ich programów, niezależnie od tego, czy programy te są transmitowane przewodowo lub bezprzewodowo, włączając drogę kablową lub satelitarną”.

10. Artykuł 5 tej dyrektywy, zatytułowany „Wyjątki i ograniczenia”, w ust. 3 stanowi:

„Państwa członkowskie mogą przewidzieć wyjątki lub ograniczenia w odniesieniu do praw określonych w art. 2 i 3 w następujących przypadkach:

[...]

- d) cytowania do celów takich jak słowa krytyki lub recenzji [...];

[...]

- k) korzystania do celów karykatury, parodii lub pastiszu;

[...]”.

C. Dyrektywa 2019/790

11. Artykuł 17 dyrektywy 2019/790, zatytułowany „Korzystanie przez dostawców usług udostępniania treści online z treści chronionych”, stanowi:

„1. Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że dostawca usług udostępniania treści online 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.

Dostawca usług udostępniania treści online musi zatem uzyskać zezwolenie od podmiotów uprawnionych, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i 2 [dyrektywy 2001/29], na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej, w celu publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną.

2. Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że w przypadku gdy dostawca usług udostępniania treści online uzyska zezwolenie, na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej, zezwolenie to obejmuje swoim zakresem również czynności wykonywane przez użytkowników usług objętych zakresem stosowania art. 3 [dyrektywy 2001/29], w przypadku gdy nie działają oni na zasadach komercyjnych lub gdy ich działalność nie przynosi znaczących przychodów.

3. Jeżeli dostawca usług udostępniania treści online dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie, ograniczeń odpowiedzialności ustanowionych w art. 14 ust. 1 [dyrektywy 2000/31] nie stosuje się do sytuacji objętych niniejszym artykułem.

Akapit pierwszy niniejszego ustępu nie ma wpływu na ewentualne stosowanie art. 14 ust. 1 [dyrektywy 2000/31] w odniesieniu do tych dostawców usług do celów wykraczających poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy.

4. Jeżeli nie udzielono zezwolenia, dostawcy usług udostępniania treści online ponoszą odpowiedzialność za nieobjęte zezwoleniem czynności publicznego udostępniania, w tym podawania do wiadomości publicznej, chronionych prawem autorskim utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, chyba że wykażą, że:

- a) dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia; oraz
- 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).

5. Przy dokonywaniu oceny, czy dany dostawca usług spełnia obowiązki, o których mowa w ust. 4, oraz w świetle zasady proporcjonalności należy, między innymi, wziąć pod uwagę:

- a) rodzaj, odbiorców i skalę świadczonych usług oraz rodzaj utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników usługi; oraz
- b) dostępność odpowiednich i skutecznych środków oraz ich koszt dla dostawców usług.

[...]

7. Współpraca między dostawcami usług udostępniania treści internetowych a podmiotami uprawnionymi nie może prowadzić do uniemożliwiania dostępności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników, które nie naruszają prawa autorskiego i praw pokrewnych, w tym również w przypadku, gdy takie utwory lub inne przedmioty objęte ochroną są objęte wyjątkiem lub ograniczeniem.

Państwa członkowskie zapewniają, aby użytkownicy w każdym państwie członkowskim mogli opierać na następujących obowiązujących wyjątkach lub ograniczeniach przy zamieszczaniu i udostępnianiu treści wygenerowanych przez użytkowników w ramach usług udostępniania treści online:

- a) cytowanie, krytyka, recenzowanie;
- b) korzystanie do celów karykatury, parodii lub pastiszu.

8. Stosowanie niniejszego artykułu nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru.

Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że dostawcy usług udostępniania treści online udostępniają podmiotom uprawnionym, na ich żądanie, odpowiednie informacje na temat funkcjonowania swoich praktyk w odniesieniu do współpracy, o której mowa w ust. 4, oraz – w przypadku zawierania umów licencyjnych między dostawcami usług a podmiotami uprawnionymi – informacje na temat wykorzystywania treści objętych umowami.

9. Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że dostawcy usług udostępniania treści online muszą wprowadzić skuteczny i sprawny mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń, dostępny dla użytkowników ich usług w przypadku sporów dotyczących zablokowania dostępu do zamieszczonych przez nich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub ich usunięcia.

Jeżeli podmioty uprawnione żądają zablokowania dostępu do swoich poszczególnych utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub ich usunięcia, muszą należycie uzasadnić swoje żądanie. Skargi złożone w ramach tego mechanizmu rozpatruje się bez zbędnej zwłoki, a decyzje o zablokowaniu dostępu zamieszczonych treści lub o ich usunięciu podlegają kontroli przeprowadzanej przez człowieka. Państwa członkowskie zapewniają także, aby do celów rozstrzygania sporów dostępne były pozasądowe mechanizmy dochodzenia roszczeń. Takie mechanizmy muszą umożliwiać bezstronne rozwiązywanie sporów i nie mogą pozbawiać użytkownika ochrony prawnej zapewnianej przez prawo krajowe, z zastrzeżeniem praw użytkowników do korzystania ze skutecznych środków ochrony prawnej. W szczególności państwa członkowskie zapewniają, aby użytkownicy mieli dostęp do sądu lub innego właściwego organu sądowego w celu dochodzenia prawa do korzystania z wyjątku lub ograniczenia w zakresie prawa autorskiego i praw pokrewnych.

Niniejsza dyrektywa nie wpływa w żaden sposób na zgodne z prawem sposoby korzystania, takie jak korzystanie na podstawie wyjątków lub ograniczeń przewidzianych w prawie Unii [...].

Dostawcy usług udostępniania treści online informują swoich użytkowników w swoich warunkach korzystania, że mogą oni korzystać z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną na podstawie wyjątków lub ograniczeń w zakresie prawa autorskiego i praw pokrewnych przewidzianych w prawie Unii.

10. Od dnia 6 czerwca 2019 r. Komisja, we współpracy z państwami członkowskimi, organizuje dialog zainteresowanych stron, aby omówić najlepsze praktyki w zakresie współpracy między dostawcami usług udostępniania treści online a podmiotami uprawnionymi. Komisja – w porozumieniu z dostawcami usług udostępniania treści online, podmiotami uprawnionymi, organizacjami użytkowników i innymi właściwymi zainteresowanymi stronami oraz uwzględniając wyniki rozmów zainteresowanych stron – wydaje wytyczne dotyczące stosowania niniejszego artykułu, w szczególności w odniesieniu do współpracy, o której mowa w ust. 4. Przy omawianiu najlepszych praktyk w szczególności uwzględnia się, między innymi, potrzebę wyważenia praw podstawowych oraz stosowania wyjątków i ograniczeń. Do celów dialogu zainteresowanych stron organizacje użytkowników mają dostęp do odpowiednich informacji przekazanych przez dostawców usług udostępniania treści online na temat funkcjonowania ich praktyk w odniesieniu do ust. 4”.

III. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw niniejszej skargi

A. Wniosek dotyczący dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym

12. W dniu 14 września 2016 r. Komisja Europejska przedstawiła wniosek dotyczący dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym¹⁰. Wniosek ten miał na celu dostosowanie przepisów Unii w dziedzinie własności literackiej i artystycznej – prawa autorskiego i praw pokrewnych prawu autorskiemu, w szczególności dyrektywy 2001/29, do rozwoju technologii cyfrowych¹¹. Miał on również na celu kontynuowanie harmonizacji w tej dziedzinie w sposób, który – nadal gwarantując wysoki poziom ochrony własności intelektualnej – zapewnia znaczną dostępność twórczych treści w całej Unii i utrzymuje w środowisku cyfrowym „właściwą równowagę” z innymi interesami publicznymi.

13. W tym kontekście art. 13 wspomnianego wniosku zmierzał w szczególności do zaradzenia „Value Gap”, czyli różnicy między korzyściami, jakie podmioty świadczące usługi udostępniania treści online czerpią z utworów i przedmiotów objętych ochroną, a dochodami, które wypłacają podmiotom uprawnionym¹².

14. W tym względzie należy przypomnieć, że przedmiotowe usługi, charakterystyczne dla interaktywnej „Web 2.0”, a których YouTube¹³, Soundcloud lub Pinterest są najbardziej znanymi przykładami, pozwalają każdemu na automatyczne zamieszczanie online, bez uprzedniej selekcji ze strony usługodawców, treści, jakie dana osoba sobie życzy. Treści zamieszczone online przez użytkowników tych usług – powszechnie określane jako „user-generated content” lub „user-uploaded content” – mogą następnie być przeglądane w streamingu (nadawanie w streamingu) na stronach internetowych lub w aplikacjach na inteligentne urządzenia związane ze wspomnianymi usługami – przy czym przeglądanie to jest ułatwione przez funkcjonalności indeksacji, wyszukiwania i rekomendacji, które zwykle się tam znajdują – i to najczęściej bezpłatnie – przy czym podmioty świadczące te usługi pobierają wynagrodzenie zwykle poprzez sprzedaż przestrzeni reklamowej. Ogromna ilość treści¹⁴ jest w ten sposób podawana do publicznej wiadomości w Internecie, w tym również znaczna liczba utworów i innych przedmiotów objętych ochroną.

15. Tymczasem począwszy od 2015 r. podmioty uprawnione, a w szczególności podmioty działające w sektorze muzycznym podnosiły, że podczas gdy te usługi udostępniania treści zajmują w rzeczywistości ważne miejsce w rozpowszechnianiu online utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, a podmioty świadczące te usługi uzyskują znaczne przychody z reklam, ci ostatni nie wynagradzają godziwie wspomnianych podmiotów uprawnionych. Dochody, jakie przekazują ci usługodawcy tym podmiotom, są mianowicie niewielkie w porównaniu z dochodami, jakie tym podmiotom wypłacają podmioty świadczące usługi

¹⁰ Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym [COM(2016) 593 final] (zwany dalej „wnioskiem dotyczącym dyrektywy”).

¹¹ Zobacz uzasadnienie wniosku dotyczącego dyrektywy, s. 2, 3.

¹² Zobacz wniosek dotyczący dyrektywy, s. 3, oraz „Commission Staff Working Document, impact assesment on the modernisation of EU copyright rules” [SWD(2016) 301 final] (zwany dalej „Oceną skutków”), część 1/3, s. 137–141.

¹³ W odniesieniu do platformy YouTube zob. moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, C-682/18 i C-683/18, zwana dalej „opinią w sprawach połączonych YouTube i Cyando”, EU:C:2020:586, pkt 14–18.

¹⁴ Na przykład kilkaset tysięcy filmów wideo jest publikowanych w ten sposób codziennie na YouTube przez użytkowników tej platformy, których jest, jeśli wierzyć Google, ponad 1,9 mld. Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando (pkt 43).

streamingu muzycznego – takie jak Spotify – mimo że te dwa rodzaje usług są często postrzegane przez konsumentów jako równoważne źródła dostępu do tych przedmiotów. Wynika z tego również nieuczciwa konkurencja między wspomnianymi usługami¹⁵.

16. Aby dobrze zrozumieć argument „Value Gap”, należy powrócić do ram prawnych mających zastosowanie przed przyjęciem dyrektywy 2019/790 i do dotyczących ich wątpliwości.

17. *Po pierwsze*, w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 przyznano autorom wyłączne prawo do zezwalania na wszelkie „publiczne udostępnianie” ich utworów lub do zabrania go, włączając „podawanie do publicznej wiadomości” ich utworów w taki sposób, że każdy może mieć do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie¹⁶. Podobne prawa zostały przyznane podmiotom praw pokrewnych w odniesieniu do ich przedmiotów ochrony¹⁷ na podstawie art. 3 ust. 2 tej dyrektywy¹⁸. Co do zasady¹⁹ osoba trzecia nie może zatem „udostępnić publicznie” utworu lub przedmiotu objętego ochroną bez uprzedniego uzyskania zezwolenia podmiotu lub podmiotów uprawnionych do tego utworu lub tego przedmiotu, które to zezwolenie zwykle przybiera formę umowy licencyjnej, zawieranej za wynagrodzeniem²⁰. Tymczasem o ile zawsze było jasne, że zamieszczenie w sieci przez użytkownika utworu lub przedmiotu objętego ochroną w usłudze udostępniania treści stanowi czynność „publicznego udostępniania” wymagającą takiego uprzedniego zezwolenia, o tyle kwestia, czy podmioty świadczące te usługi powinny same zawierać umowy licencyjne i wynagradzać podmioty uprawnione, stanowi przedmiot kontrowersji między tymi usługodawcami a wspomnianymi podmiotami uprawnionymi²¹.

18. *Po drugie*, art. 14 dyrektywy 2000/31 oferuje „bezpieczną przystań” (*safe harbour*) dla podmiotów świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego polegające na przechowywaniu treści dostarczanych przez osoby trzecie. Przepis ten przewiduje w istocie, że podmiot świadczący taką usługę jest zwolniony z wszelkiej odpowiedzialności, jaka może wiązać się²² z nielegalnymi treściami, które podmiot ten przechowuje na żądanie użytkowników tej usługi, o ile nie wie o nich lub w danym wypadku natychmiast je usuwa. W tym przypadku również występowały kontrowersje co do tego, czy podmioty świadczące usługi udostępniania treści online mogą korzystać z tego zwolnienia w dziedzinie prawa autorskiego²³.

¹⁵ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 137, 139, 142; a także część 3/3, załącznik 12B.

¹⁶ Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 zawiera zatem, w ścisłym tego słowa znaczeniu, „prawo do publicznego udostępniania” i „prawo podawania do publicznej wiadomości”. Niemniej jednak ponieważ pierwsze obejmuje drugie, używam dla wygody terminu „publiczne udostępnianie” w celu określenia obu tych praw bez rozróżnienia.

¹⁷ Zobacz wyliczenie zawarte w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2001/29, przytoczone w pkt 9 niniejszej opinii.

¹⁸ Ściśle rzecz ujmując, w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2001/29 przyznano jedynie podmiotom praw pokrewnych wyłączne prawo do „podawania do publicznej wiadomości” ich przedmiotów objętych ochroną. Prawo do „publicznego udostępniania” w ścisłym znaczeniu zostało im przyznane w art. 8 dyrektywy 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (Dz.U. 2006, L 376, s. 28). W odniesieniu do niektórych podmiotów praw pokrewnych to ostatnie prawo jest prawem wyłącznym; w przypadku innych chodzi tylko o prawo do wynagrodzenia. Niemniej jednak niuanse te nie mają znaczenia dla niniejszej sprawy. Ograniczę się zatem do przywołania art. 3 dyrektywy 2001/29.

¹⁹ Z zastrzeżeniem wyjątków i ograniczeń dotyczących prawa autorskiego (zob. pkt 144 niniejszej opinii).

²⁰ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 14 listopada 2019 r., Spedidam, C-484/18, EU:C:2019:970, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo.

²¹ Zobacz w tym względzie moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 53–93.

²² Artykuł 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31 ma zastosowanie horyzontalnie do wszelkich form treści i odpowiedzialności, niezależnie od rozpatrywanej dziedziny prawa (własność intelektualna, zniesławienie, nienawiść w sieci itp.). Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 138, a także przypis 128.

²³ Zobacz w tym względzie moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 132–168.

19. Te kontrowersje były tym bardziej ożywione, że Trybunał nie miał do tej pory sposobności, aby je rozstrzygnąć²⁴.

20. W tym kontekście niektórzy dostawcy usług udostępniania treści odmówili po prostu zawarcia umów licencyjnych z podmiotami uprawnionymi w odniesieniu do utworów i przedmiotów objętych ochroną udostępnianych online przez użytkowników ich usług, uznając, że nie są do tego zobowiązani. Inni usługodawcy zgodzili się jednak na zawarcie takich umów, ale warunki tych umów nie były zdaniem podmiotów uprawnionych uczciwe, ponieważ ci ostatni nie byli w stanie negocjować ze wspomnianymi usługodawcami na równej stopie²⁵.

21. I tak, w tym kontekście, wniosek dotyczący dyrektywy miał zatem na celu, *po pierwsze*, umożliwienie podmiotom uprawnionym uzyskania lepszego wynagrodzenia za korzystanie z ich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w usługach udostępniania treści online, poprzez stwierdzenie, że podmioty świadczące te usługi mają obowiązek zawarcia umów licencyjnych ze wspomnianymi podmiotami²⁶.

22. *Po drugie*, wniosek ten miał na celu umożliwienie podmiotom uprawnionym łatwiejszego kontrolowania wykorzystania ich utworów i przedmiotów objętych ochroną w przedmiotowych usługach. Artykuł 13 omawianego wniosku zobowiązywał w tym względzie podmioty świadczące wspomniane usługi zasadniczo do stosowania narzędzi automatycznego rozpoznawania treści, które zostały już wprowadzone dobrowolnie przez niektóre z nich, to znaczy narzędzi informatycznych, których działanie zostanie opisane poniżej²⁷, a które mogą być stosowane w szczególności, gdy użytkownik umieszcza treści online – stąd zbiorcze określenie tych narzędzi jako „upload filters” (filtry przesyłania) – w celu sprawdzenia, za pomocą zautomatyzowanego procesu, czy treści te nie zawierają chronionego utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną i, w razie potrzeby, zablokowania ich rozpowszechniania²⁸.

23. Wniosek dotyczący dyrektywy, a w szczególności jego art. 13, był przedmiotem licznych dyskusji w Parlamencie i Radzie w ramach procesu legislacyjnego. Procesowi temu towarzyszyły ponadto intensywne kampanie lobbingowe ze strony zainteresowanych podmiotów gospodarczych oraz manifestacje sprzeciwu części społeczeństwa obywatelskiego, środowisk akademickich i obrońców wolności wypowiedzi, powołujących się na szkodliwe skutki, jakie obowiązek wprowadzenia „upload filters” przez dostawców usług udostępniania treści mógłby mieć, ich zdaniem, dla tej wolności²⁹.

²⁴ Uczynił on to właśnie, w pewnym stopniu, w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r., YouTube i Cyando (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503) Zobacz w przedmiocie tego wyroku pkt 222 niniejszej opinii.

²⁵ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 140.

²⁶ Zobacz uzasadnienie wniosku dotyczącego dyrektywy, s. 3.

²⁷ Zobacz pkt 57 niniejszej opinii.

²⁸ Zobacz wniosek dotyczący dyrektywy, motyw 38 akapit trzeci, motyw 39 oraz art. 13 ust. 1.

²⁹ Zobacz w szczególności petycja „Stop the censorship-machinery! Save the Internet!” (dostępna pod adresem <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet>). Zobacz także D. Kaye „Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, 13 czerwca 2018 r., oraz „Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing”, 26 kwietnia 2018 r., ONZ.

24. Wniosek dotyczący dyrektywy został ostatecznie zatwierdzony przez Parlament w dniu 26 marca 2019 r., a przez Radę w dniu 16 kwietnia 2019 r.³⁰. Wniosek ten został oficjalnie przyjęty jako dyrektywa 2019/790 w dniu 17 kwietnia 2019 r. Miała ona zostać transponowana przez państwa członkowskie najpóźniej do dnia 7 czerwca 2021 r.³¹.

B. Artykuł 17 dyrektywy 2019/790

25. W toku tego procesu legislacyjnego art. 13 wniosku dotyczącego dyrektywy ulegał różnym modyfikacjom. Został on przyjęty w znacznie zmienionym brzmieniu jako art. 17 dyrektywy 2019/790. Uważam, że należy obecnie przedstawić jego podstawowe aspekty.

26. *Po pierwsze*, art. 17 dyrektywy 2019/790 jest skierowany, jak wskazuje jego tytuł, do „dostawców usług udostępniania treści online”³². Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 6 akapit pierwszy tej dyrektywy jako oznaczające każdego „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”. Niezależnie od otwartego charakteru użytych terminów wynika z tego jasno, że ów art. 17 dotyczy „dużych” dostawców usług udostępniania treści uznawanych za związanych z „Value Gap”³³, której funkcjonowanie ma oczywiście odzwierciedlać ta definicja³⁴.

27. *Po drugie*, art. 17 dyrektywy 2019/790 stanowi w ust. 1 akapit pierwszy, że dostawca usług udostępniania treści „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 związku z tym, jak uściślono w akapicie drugim tego ustępu, owi dostawcy powinni co do zasady uzyskać zezwolenie podmiotów uprawnionych, na przykład poprzez zawarcie umowy licencyjnej dotyczącej

³⁰ Przyjęcie dyrektywy 2019/790 nie było jednomyślne. Podczas głosowania ostatecznego w Radzie sześć państw członkowskich (Republika Włoska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Królestwo Niderlandów, Rzeczpospolita Polska, Republika Finlandii i Królestwo Szwecji) zagłosowało przeciwko temu aktowi, podczas gdy trzy państwa członkowskie (Królestwo Belgii, Republika Estońska i Republika Słowenii) wstrzymały się od głosu [zob. dokument 8612/19 z dnia 16 kwietnia 2019 r., „Wyniki głosowania, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (pierwsze czytanie)”, dostępny pod adresem <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/fr/pdf>]. Ponadto wiele państw członkowskich wskazało w różnych oświadczeniach swoje obawy co do wpływu tej dyrektywy na prawa użytkowników (zob. wspólne oświadczenie Niderlandów, Luksemburga, Polski, Włoch i Finlandii, oświadczenie Estonii i oświadczenie Niemiec, dostępne pod adresem <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/FR/pdf>).

³¹ Dyrektywa 2019/790 została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 17 maja 2019 r. Weszła ona w życie w dniu 7 czerwca tego samego roku (zob. art. 29 i 31 tej dyrektywy).

³² Dla wygody będę odnosił się do „dostawcy usług udostępniania treści”.

³³ W motywie 62 dyrektywy 2019/790 wyjaśniono zresztą, że pojęcie „dostawców usług udostępniania treści online” obejmuje usługi, które „odgrywają ważną rolę na rynku treści online, konkurując z innymi usługami online dotyczącymi treści, takimi jak internetowe usługi audio i wideo dla tych samych odbiorców”, co odzwierciedla argumentację streszczoną w pkt 15 niniejszej opinii.

³⁴ W art. 2 pkt 6 akapit drugi dyrektywy 2019/790 zawarto niewyczerpujący wykaz usługodawców, do których art. 17 tej dyrektywy nie powinien mieć zastosowania.

korzystania w ich usługach z chronionych treści umieszczanych online przez użytkowników³⁵. Prawodawca Unii rozstrzygnął zatem *ex lege* kontrowersję, o której mowa w pkt 17 niniejszej opinii, na korzyść tych uprawnionych³⁶.

28. Obowiązek ten pozostaje w bezpośrednim związku z ogólnym celem realizowanym przez art. 17 dyrektywy 2019/790, jakim jest „zapewnienie prawidłowego i sprawiedliwego funkcjonowania rynku prawa autorskiego”³⁷ poprzez wspieranie rozwoju „rynku udzielania licencji między podmiotami uprawnionymi a dostawcami usług udostępniania treści online”. Chodzi o wzmocnienie pozycji tych podmiotów uprawnionych podczas negocjacji (lub renegocjacji) umów licencyjnych z tymi dostawcami w celu zapewnienia, by umowy te były „uczciwe” i utrzymywały „rozsądną równowagę dla obu stron”³⁸ – i w ten sposób o zaradzenie „Value Gap”. Pozycja negocjacyjna wspomnianych podmiotów uprawnionych zostaje tym bardziej wzmocniona, że co do zasady nie są one z ich strony zobowiązane do zawierania takich umów z tymi dostawcami³⁹.

29. *Po trzecie*, w art. 17 ust. 3 dyrektywy 2019/790 uściślono, że w przypadku gdy dostawca usług udostępniania treści dokonuje czynności „publicznego udostępniania” lub „podawania do publicznej wiadomości”, na warunkach określonych w ust. 1 tego artykułu, zwolnienie z odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31 nie ma zastosowania⁴⁰.

30. *Po czwarte*, w ust. 4 tego art. 17 uściślono, że w przypadku gdy dostawcy usług udostępniania treści nie uzyskali zezwolenia podmiotów uprawnionych, są oni odpowiedzialni za „nieobjęte zezwoleniem”⁴¹ czynności publicznego udostępniania dokonywane za pośrednictwem ich usług. Jest to logiczna konsekwencja powyższych rozważań: skoro uznaje się obecnie, że dostawcy ci dokonują czynności „publicznego udostępniania”, gdy „zapewniają dostęp” do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczonych przez użytkowników ich usług, ponoszą oni *odpowiedzialność bezpośrednią* (lub „pierwotną”) w przypadku niezgodnego z prawem „udostępnienia”.

31. Co do zasady bezpośrednia odpowiedzialność ciążąca na osobie, która dokonuje czynności niezgodnego z prawem „publicznego udostępniania”, jest odpowiedzialnością obiektywną⁴². Dostawcy usług udostępniania treści powinni zatem ponosić automatycznie odpowiedzialność za każdym razem, gdy utwór lub przedmiot objęty ochroną jest niezgodnie z prawem umieszczany

³⁵ Odpowiedzialność ta nie zastępuje, lecz uzupełnia odpowiedzialność użytkowników zamieszczających treści, którzy sami dokonują odrębnych czynności „publicznego udostępniania”. Zobacz niemniej jednak przypis 265 do niniejszej opinii.

³⁶ W motywie 64 dyrektywy 2019/790 wskazano, że chodzi tu o „wyjaśnienie”. W rzeczywistości, moim zdaniem, prawodawca Unii dokonał przededefiniowania zakresu prawa do „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2001/29 (wyłącznie) do celów stosowania wspomnianego art. 17. Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 250–255.

³⁷ Motyw 3 dyrektywy 2019/790.

³⁸ Zobacz motyw 61 dyrektywy 2019/790.

³⁹ Zobacz motyw 61 dyrektywy 2019/790, w którym wyjaśniono, że „[p]onieważ [...] przepisy te nie mają wpływu na swobodę zawierania umów, podmioty uprawnione nie powinny być zobowiązane do udzielania zezwolenia lub zawierania umów licencyjnych”.

⁴⁰ Jak wyjaśniono w art. 17 ust. 3 akapit drugi dyrektywy 2019/790, nie ma to wpływu na stosowanie tego art. 14 do dostawców usług udostępniania treści do celów wykraczających poza zakres stosowania tej dyrektywy. Jak wyjaśniłem bowiem w mojej opinii w sprawach połączonych YouTube i Cyando (pkt 141–168), usługodawcy, o których mowa, korzystają moim zdaniem, w innych przypadkach, ze zwolnienia przewidzianego we wspomnianym art. 14. Jak podnosi Komisja, art. 17 ust. 3 dyrektywy 2019/790 stanowi zatem *lex specialis* w stosunku do tego art. 14.

⁴¹ To sformułowanie należy rozumieć w ten sposób, że dostawcy są odpowiedzialni za „niezgodne z prawem” czynności publicznego udostępniania, to znaczy za nieobjęte zezwoleniem czynności, w odniesieniu do których nie mają zastosowania żadne wyjątki ani ograniczenia (zob. 143 i nast. niniejszej opinii).

⁴² Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 100, 101.

online w ich usługach. Z tego tytułu mogą oni zostać w szczególności zobowiązani do zapłaty potencjalnie znaczących odszkodowań na rzecz zainteresowanych podmiotów uprawnionych⁴³.

32. Niemniej jednak ponieważ z *jednej strony* to użytkownicy usług udostępniania treści umieszczają online zawarte w nich treści, a ich dostawcy nie dokonują uprzedniego wyboru w tym względzie⁴⁴, a z *drugiej strony* dostawcy ci prawdopodobnie nie będą mogli uzyskać zezwolenia wszystkich podmiotów uprawnionych na wszystkie utwory i inne przedmioty objęte ochroną, obecne i przyszłe, które mogłyby zostać w ten sposób zamieszczone⁴⁵, taka obiektywna odpowiedzialność zmuszałaby wspomnianych dostawców do zupełnej zmiany modelu ekonomicznego – a tym samym do zrezygnowania z samego modelu interaktywnej „Web 2.0”.

33. Prawodawca Unii uznał zatem, że należy przewidzieć w odniesieniu do tych dostawców szczególny mechanizm odpowiedzialności⁴⁶. Zgodnie z art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 w przypadku niezgodnego z prawem „publicznego udostępniania” dokonanego za pośrednictwem ich usług mogą oni zwolnić się z wszelkiej odpowiedzialności, wykazując, że:

- „a) dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia; oraz
- 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 zamieszczeniu, zgodnie z lit. b)”.

34. Dwie z tych kumulatywnych przesłanek znajdują się w centrum niniejszej skargi. Pozostałe ustępy art. 17 dyrektywy 2019/790 zostaną przedstawione w miarę rozpatrywania tej skargi⁴⁷.

IV. Postępowanie przed Trybunałem i żądania stron

35. Pismem złożonym w sekretariacie Trybunału w dniu 24 maja 2019 r. Rzeczpospolita Polska wniosła niniejszą skargę.

⁴³ Zobacz art. 13 dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.U. 2004, L 157, s. 45).

⁴⁴ Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 73–78.

⁴⁵ *Przed* wszystkim nie wszystkie podmioty uprawnione będą chciały zezwolić na korzystanie z ich utworów i przedmiotów objętych ochroną w tych usługach. *Następnie*, podczas gdy dostawcom usług udostępniania treści będzie stosunkowo łatwo zawrzeć, w stosownych przypadkach, umowy licencyjne z „Wielkimi” lub z organizacjami zbiorowego zarządzania, będzie to bardziej skomplikowane w przypadku mnogości „małych” podmiotów uprawnionych i indywidualnych twórców. *Wreszcie* do tej złożoności dochodzi fakt, że treści zamieszczone online w usługach udostępniania treści mogą wiązać się z wieloma różnymi rodzajami różnych praw i że prawo autorskie i prawa pokrewne podlegają zasadzie terytorialności. Licencje funkcjonują zatem w oparciu o zasadę „poszczególnych państw”, co mnoży liczbę zezwoleń, jakie należy uzyskać.

⁴⁶ Zobacz motyw 66 dyrektywy 2019/790.

⁴⁷ Z wyjątkiem art. 17 ust. 6 dyrektywy 2019/790, przewidującego szczególne przesłanki wyłączenia odpowiedzialności dla „nowych” dostawców usług udostępniania treści, które to przesłanki wykraczają poza przedmiot niniejszej skargi.

36. Rzeczpospolita Polska wnosi do Trybunału o:

- stwierdzenie nieważności art. 17 ust. 4 lit. b) oraz art. 17 ust. 4 lit. c) in fine – to znaczy w części obejmującej sformułowanie: „a także dołożyli wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu, zgodnie z lit. b)” – dyrektywy 2019/790;
- tytułem żądania ewentualnego, na wypadek uznania przez Trybunał, że zaskarżone przepisy nie mogą zostać oddzielone od pozostałych przepisów zawartych w art. 17 tej dyrektywy bez zmiany istoty regulacji zawartej w tym artykule – stwierdzenie nieważności tego artykułu w całości;
- obciążenie Parlamentu i Rady kosztami postępowania.

37. Parlament wnosi do Trybunału o:

- oddalenie skargi jako bezzasadnej;
- obciążenie Rzeczypospolitej Polskiej kosztami postępowania.

38. Rada wnosi do Trybunału o:

- odrzucenie żądań głównych jako niedopuszczalnych;
- tytułem żądania ewentualnego – oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej;
- obciążenie Rzeczypospolitej Polskiej kosztami postępowania.

39. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 17 października 2019 r. Królestwo Hiszpanii, Republika Francuska, Republika Portugalska i Komisja Europejska zostały dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Parlamentu i Rady. Wszyscy interwenienci, z wyjątkiem Republiki Portugalskiej, złożyli uwagi interwenientów.

40. Strony i interwenienci, z wyjątkiem rządu portugalskiego, byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 10 listopada 2020 r.

V. Analiza

41. Na poparcie skargi Rzeczpospolita Polska podnosi jedyny zarzut, dotyczący naruszenia zagwarantowanego w art. 11 ust. 1 karty prawa do wolności wypowiedzi i informacji⁴⁸. Przed zbadaniem tego zarzutu co do istoty (sekcja B) zajmę się krótko kwestią dopuszczalności skargi (sekcja A).

⁴⁸ Ograniczę zatem moją analizę do tego prawa podstawowego, niezależnie od wątpliwości, jakie art. 17 dyrektywy 2019/790 mógłby wywołać w odniesieniu do innych praw podstawowych zagwarantowanych w karcie, takich jak wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 16).

A. W przedmiocie dopuszczalności

42. Parlament, Rada, rząd francuski i Komisja podnoszą, że główne żądania skargi w zakresie, w jakim zmierzają do stwierdzenia nieważności jedynie art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790, są niedopuszczalne. Ja również jestem tego zdania.

43. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału stwierdzenie częściowej nieważności aktu Unii jest możliwe tylko pod warunkiem, że przepisy, o których stwierdzenie nieważności wniesiono, *mogą zostać oddzielone* od pozostałych przepisów tego aktu. Wymóg ten nie jest spełniony, jeżeli takie częściowe stwierdzenie nieważności skutkowałoby zmianą jego istoty⁴⁹.

44. Tymczasem stwierdzenie nieważności jedynie art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine w oczywisty sposób zmieniłoby istotę art. 17 dyrektywy 2019/790. Jak podnoszą Parlament, Rada, rząd francuski i Komisja, poszczególne przepisy art. 17 stanowią w całości „złożony” system odpowiedzialności, wyrażający zamierzoną przez prawodawcę Unii równowagę praw i interesów dostawców usług udostępniania treści, użytkowników ich usług i podmiotów uprawnionych. Stwierdzenie nieważności jedynie zaskarżonych przepisów skutkowałoby zastąpieniem tego systemu odpowiedzialności systemem zarówno zupełnie odmiennym, jak i wyraźnie korzystniejszym dla tych dostawców. Innymi słowy – stwierdzenie nieważności części aktu prowadziłoby do *zmiany* tego art. 17 przez Trybunał, czego Trybunał nie może uczynić w ramach postępowania o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE.

45. Strony są natomiast zgodne co do tego, że żądania podniesione przez skarżącą tytułem ewentualnym, w których wnosi ona o stwierdzenie nieważności art. 17 dyrektywy 2019/790 w całości, są dopuszczalne. W istocie choć ten artykuł ma duże znaczenie, stwierdzenie jego nieważności nie zmieniałoby istoty tej dyrektywy. Liczne jej artykuły mają różne przedmioty i są podzielone na różne tytuły i rozdziały. W związku z tym art. 17 wspomnianej dyrektywy *można oddzielić* od jej pozostałych przepisów, które mogą w pełni pozostać w mocy w przypadku stwierdzenia nieważności tego pierwszego⁵⁰.

B. Co do istoty

46. Jedyny zarzut podniesiony przez Rzeczpospolitą Polską można streścić w kilku słowach. Podnosi ona w istocie, że zgodnie z art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790 dostawcy usług udostępniania treści są zobowiązani – aby zwolnić się z wszelkiej odpowiedzialności w przypadku niezgodnego z prawem „publicznego udostępniania” utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną w ich usługach – przeprowadzić prewencyjny nadzór nad treściami, które użytkownicy chcą umieścić online. W tym celu muszą oni korzystać z narzędzi informatycznych umożliwiających automatyczne filtrowanie wspomnianych treści. Tymczasem ów nadzór prewencyjny stanowi ograniczenie w korzystaniu z prawa do wolności wypowiedzi, zagwarantowanego w art. 11 karty. Ograniczenie to nie jest zgodne z tym aktem, ponieważ narusza „istotę” tego prawa podstawowego lub przynajmniej narusza zasadę proporcjonalności.

⁴⁹ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 8 grudnia 2020 r., Polska/Parlament i Rada, C-626/18, EU:C:2020:1000, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵⁰ Poza definicją „dostawcy usług udostępniania treści online” zawartą w art. 2 pkt 6 dyrektywy 2019/790, która straciłaby rację bytu.

47. W odpowiedzi na skargę Parlament i Rada, popierane przez rządy hiszpański i francuski oraz przez Komisję, kwestionują każdy z tych punktów. Przeanalizuję je zatem kolejno w poniższych sekcjach. *W pierwszej kolejności* zajmę się zakresem zaskarżonych przepisów (część 1). *Następnie* zajmę się kwestią ograniczenia w korzystaniu z prawa do wolności wypowiedzi i informacji (część 2) i *wreszcie* kwestią zgodności tego ograniczenia z kartą (część 3).

1. W przedmiocie zakresu zaskarżonych przepisów

48. Aby właściwie zrozumieć zakres przesłanek wyłączenia odpowiedzialności przewidzianych w art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790, warto mieć na uwadze dla porównania przesłanki zawarte w art. 14 dyrektywy 2000/31. Na mocy tego przepisu usługodawca jest w istocie zwolniony z wszelkiej odpowiedzialności, jaka może wynikać z niezgodnej z prawem informacji, którą przechowuje on na żądanie użytkownika swojej usługi, o ile, po pierwsze, nie miał o niej wiedzy, lub po drugie, w danym wypadku niezwłocznie usunął informację lub uniemożliwił dostęp do niej. W praktyce od takiego usługodawcy nie oczekuje się, że nadzoruje on informacje obecne na jego serwerach i że aktywnie poszukuje informacji o bezprawnym charakterze, które się tam znajdują⁵¹. Natomiast jeżeli go poinformowano o istnieniu i miejscu takiej niezgodnej z prawem informacji, co do zasady za pośrednictwem zawiadomienia wysłanego przez osobę trzecią, ów usługodawca powinien zareagować, usuwając daną informację lub uniemożliwiając dostęp do niej – zgodnie z systemem „zastrzeżenia i usunięcia” (*notice and take down*)⁵².

49. W przeciwieństwie do tego, jak podnosi skarżąca, aby spełnić warunki przewidziane w zaskarżonych przepisach, dostawcy usług udostępniania treści muszą sprawować prewencyjny nadzór nad informacjami umieszczonymi online przez użytkowników tych usług [lit. a)]. Tymczasem aby sprawować taki nadzór, dostawcy ci będą musieli w dużej liczbie sytuacji korzystać z narzędzi informatycznych umożliwiających automatyczne filtrowanie wspomnianych treści [lit. b)].

a) Prewencyjny nadzór nad treściami umieszczonymi online przez użytkowników

50. *W pierwszej kolejności* pragnę przypomnieć, że z *jednej strony*, zgodnie z art. 17 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2019/790, dostawcy usług udostępniania treści powinni dołożyć „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.

51. *Z drugiej strony*, zgodnie z lit. c) tego ustępu, w przypadku gdy otrzymują oni od podmiotów uprawnionych odpowiednio uzasadnione zastrzeżenie dotyczące obecności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną w ich usługach, dostawcy ci powinni nie tylko zadziałać niezwłocznie w celu zablokowania dostępu do tych przedmiotów lub ich usunięcia z ich stron

⁵¹ Zgodnie z art. 15 dyrektywy 2000/31 (zob. pkt 105 niniejszej opinii). Niemniej jednak na usługodawców można nałożyć pewne obowiązki w zakresie nadzoru, niezależnie od tego wyłączenia odpowiedzialności, za pomocą nakazów (zob. w szczególności art. 14 ust. 3 dyrektywy 2000/31 i art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29).

⁵² Zobacz bardziej szczegółowo moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 173–196.

internetowych⁵³, lecz również dołożyć „wszelkich starań”, aby „zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” – podążając tym razem za logiką „zastrzeżenia i trwałego usunięcia” (*notice and stay down*).

52. Podsumowując: zaskarżone przepisy nakładają na dostawców usług udostępniania treści obowiązki staranności – lub, innymi słowy, obowiązki starannego działania⁵⁴ – w zakresie nadzoru nad ich usługami. Aby „zapewnić brak dostępu” do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną wskazanych przez podmioty uprawnione i „zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” dostawcy ci muszą podjąć „wszystkie kroki, jakie podjąłby staranny podmiot”⁵⁵ w celu wykrycia i zablokowania lub usunięcia, w sposób proaktywny, wśród ogółu treści, które użytkownicy umieszczają online, tych, które z wielokrotnością rozpatrywane przedmioty⁵⁶.

53. Wykładnię tę potwierdza cel art. 17 dyrektywy 2019/790. Pod rządami art. 14 dyrektywy 2000/31 podmioty uprawnione musiały bowiem nadzorować usługi udostępniania treści i podawać do wiadomości ich dostawców, za pomocą zastrzeżeń, niezgodne z prawem treści, które się tam znajdowały, w celu ich usunięcia przez tych dostawców. Tymczasem, jak przypomniła Rada, przyjmując wspomniany art. 17, prawodawca Unii uznał, że taki system nakłada zbyt duże obciążenie na podmioty uprawnione i nie pozwala im na skuteczną kontrolę korzystania z ich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w tych usługach⁵⁷. W szczególności usunięte treści były często ponownie umieszczane online krótko później, co zmuszało te podmioty do mnożenia zastrzeżeń⁵⁸. Aby rozwiązać problem, zaskarżone przepisy przenoszą na tych dostawców obowiązek nadzorowania ich usług⁵⁹.

54. W drugiej kolejności, jak podnosi Rzeczpospolita Polska, aby osiągnąć cele, do których zmierzają zaskarżone przepisy, dostawcy usług udostępniania treści powinni dołożyć starań, aby zapobiegać – *ex ante* – umieszczaniu online niezgodnych z prawem treści, a nie po prostu – *ex post* – usuwać takie treści.

55. W tym względzie z motywu 66 dyrektywy 2019/790 wynika, że zgodnie z art. 17 ust. 4 lit. b) tej dyrektywy dostawcy usług udostępniania treści powinni dołożyć starań, aby „unikać” tego, by utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione „stały się dostępne” w ich usługach. W lit. c) tego ustępu jeszcze wyraźniej wypowiedziano się co do charakteru oczekiwanych środków, ponieważ wskazano tam, że dostawcy ci powinni dołożyć starań, aby „zapobiec” temu, by utwory lub przedmioty objęte ochroną, które doprowadziły do zastrzeżenia ze strony podmiotów uprawnionych, były „umieszczane” w przyszłości. Zapis „zgodnie z lit. b)” podkreśla ponadto, że w tych dwóch literach oczekiwano od wspomnianych

⁵³ Przesłanka przewidziana w art. 17 ust. 4 lit. c) co do zasady jest zatem analogiczna do przesłanek przewidzianych w art. 14 dyrektywy 2000/31.

⁵⁴ Obowiązek starannego działania wymaga od dłużnika dołożenia wszelkich starań w celu osiągnięcia rezultatu, bez konieczności jego osiągnięcia. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 czerwca 2009 r., Komisja/Grecja, C-250/07, EU:C:2009:338, pkt 68; a także z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 53.

⁵⁵ Zobacz motyw 66 akapit drugi dyrektywy 2019/790.

⁵⁶ Artykuł 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 stanowi zatem zasadniczo systemem odpowiedzialności za *niedbalstwo*: dostawcy usług udostępniania treści zostaną pociągnięci do odpowiedzialności zgodnie z tym przepisem, gdy nie zwalczali z wystarczającą starannością umieszczania online nielegalnych treści przez użytkowników ich usług. Wspomniany art. 17 stanowi w tym względzie rodzaj konstrukcji hybrydowej między odpowiedzialnością bezpośrednią ponoszoną przez osoby, które dopuszczają się czynów niedozwolonych, a odpowiedzialnością pośrednią (lub wtórną) ponoszoną przez pośredników za działania osób trzecich. Zobacz w odniesieniu do tego rozróżnienia moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 64, 65, 102, 103.

⁵⁷ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 140.

⁵⁸ Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 193.

⁵⁹ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 137, a także motyw 61 dyrektywy 2019/790.

dostawców tej samej rzeczy: powinni oni dołożyć starań, aby *zapobiec* zamieszczaniu online – lub ponownemu zamieszczaniu online w ramach „stay-down” – niektórych nielegalnych treści w ich usługach.

56. Wykładnię tę potwierdza również cel, do którego zmierza art. 17 dyrektywy 2019/790, polegający na umożliwieniu podmiotom uprawnionym łatwiejszej kontroli korzystania z ich utworów w usługach udostępniania treści. Jak podniosła Rada, przepis ten ma na celu potwierdzenie w środowisku cyfrowym wyłącznego charakteru prawa do „publicznego udostępniania”. Obowiązki staranności nałożone na dostawców usług udostępniania treści w drodze zaskarżonych przepisów mają na celu zapewnienie, by podmioty te rzeczywiście mogły „wkroczyć w celu zakazania publicznego udostępnienia przez potencjalnych użytkowników ich utworów, którego to udostępnienia użytkownicy ci mogą chcieć dokonać”⁶⁰ w tych usługach. Jak podkreśliły Parlament i Rada, dostawcy powinni zatem podjąć działania przed umieszczeniem treści online, to znaczy zanim utwory lub przedmioty objęte ochroną, które mogą zostać zwielokrotnione, zostaną rzeczywiście „udostępnione publicznie”, z naruszeniem tego prawa wyłącznego.

b) ...który będzie wymagać w wielu sytuacjach używania narzędzi filtrowania

57. Na tym etapie niniejszej opinii wydaje mi się użyteczne wyjaśnienie, że pewna liczba narzędzi informatycznych pozwala automatycznie wykryć umieszczenie online lub obecność na serwerze danych informacji. W szczególności istnieją w tym celu narzędzia automatycznego rozpoznawania treści (Automatic Content Recognition lub ACR) oparte na różnych technikach, a mianowicie – począwszy od najprostszej do najbardziej złożonej – „haszowanie cyfrowe” (*hashing*), „znak wodny” (*watermarking*) i „cyfrowy odcisk palca” (*fingerprinting*)⁶¹.

58. Tymczasem od drugiej połowy lat 2000 narzędzia te, zwłaszcza wykorzystujące tę ostatnią technikę⁶², zostały wprowadzone dobrowolnie przez niektórych dostawców usług udostępniania treści, w szczególności⁶³ w celu aktywnego poszukiwania niezgodnych z prawem treści w ich usługach⁶⁴. Narzędzia rozpoznawania przez „odcisk cyfrowy” mogą bowiem *automatycznie filtrować* utwory i inne przedmioty objęte ochroną podmiotów uprawnionych wśród treści zamieszczonych we wspomnianych usługach, porównując te treści w chwili umieszczenia ich online lub po ich zamieszczeniu z informacjami referencyjnymi dostarczonymi przez

⁶⁰ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 8 września 2016 r., GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶¹ „Hashing” polega na cyfrowym przedstawieniu pliku informatycznego, za pomocą dedykowanego narzędzia, poprzez ciąg znaków alfanumerycznych, zwany „hashcode”. Dzięki porównaniu tego hashcode’u z hashcode’em plików umieszczonych online na serwerze możliwe jest automatyczne wykrycie wszystkich identycznych kopii oryginalnego pliku, które się tam znajdują. „Watermarking” polega na włączeniu do treści, za pomocą dedykowanego narzędzia, specyficznego znacznika, widocznego lub niewidocznego gołym okiem, który następnie można odnaleźć w celu zidentyfikowania oryginalnej treści i sporządzonych z niej kopii. Wreszcie „fingerprinting” polega na wykreowaniu za pomocą dedykowanego narzędzia jednego przedstawienia cyfrowego („odcisku”) danej treści – obrazu, fonogramu, filmu itd. – poprzez ograniczenie jej do niektórych z jej charakterystycznych elementów. Dzięki porównaniu tego „odcisku” z „odciskami” plików znajdujących się na serwerze możliwe jest zidentyfikowanie wszystkich tych, które mają zasadniczo odpowiadającą temu pierwszemu treść. Zobacz bardziej szczegółowo J.P. Mochon, „Rapport de mission – Une application effective du droit d’auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l’art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus”, *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, 29 stycznia 2020 r.

⁶² Narzędzia funkcjonujące w oparciu o technikę hashingu mają ograniczoną skuteczność w zakresie rozpoznawania treści, ponieważ technika ta pozwala jedynie, jak wskazałem w poprzednim przypisie, na wykrycie *identycznych kopii* danego pliku informatycznego. Najmniejsza zmiana w stosunku do oryginalnego pliku (zmiana piksela obrazu itd.) uniemożliwia automatyczne wykrywanie, kiedy porównywane pliki mają zasadniczo identyczną treść. Podobnie technika watermarkingu pozwala jedynie na wykrycie kopii znakowanego pliku i można ją łatwo obejść. Zobacz J.P. Mochon, op.cit.

⁶³ Narzędzia te są używane do wykrywania innych rodzajów nielegalnych treści (treści zawierających dziecięcą pornografię, obraźliwych itp.). Zobacz J.P. Mochon, op.cit.

⁶⁴ Najbardziej znanym w tym względzie oprogramowaniem jest bez wątpliwości „Content ID” stworzone przez Google dla YouTube. Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 22.

wspomniane podmioty uprawnione⁶⁵. Gdy w wyniku tego porównania zostanie wykryta korespondująca treść („match”), wspomniane narzędzia generalnie dają zainteresowanym podmiotom uprawnionym możliwość wyboru ręcznego lub automatycznego *blokowania* danej treści, zezwolenia na umieszczenie jej online i monitorowania jej popularności za pomocą statystyk użytkowników czy też jej „zmonetyzowania” poprzez dodanie do niej reklam⁶⁶.

59. Wniosek dotyczący dyrektywy uwzględnia te zmiany technologiczne. W ocenie skutków podkreślono skuteczność narzędzi rozpoznawania przez „odcisk cyfrowy” w zakresie naruszenia prawa własności intelektualnej i ich zwiększoną dostępność na rynku. Tym samym wniosek ten zmierzał, jak pragnę przypomnieć⁶⁷, do zapewnienia obowiązkowego wdrożenia takich narzędzi przez dostawców usług udostępniania treści, przy czym jego celem było zmuszenie tych, którzy jeszcze tego nie uczynili, do „spełnienia standardu” i zobowiązanie innych do zapewnienia podmiotom uprawnionym przejrzystego dostępu do narzędzi rozpoznawania⁶⁸.

60. Jak podkreśliły Parlament, Rada i rząd hiszpański, ostateczna wersja dyrektywy 2019/790 nie zawiera już wyraźnych odniesień do narzędzi automatycznego rozpoznawania treści. Artykuł 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) tej dyrektywy jest sformułowany w sposób ogólny. Przepisy te formalnie nie nakładają na dostawców usług udostępniania treści obowiązku wprowadzenia szczególnych środków lub technik w celu osiągnięcia zamierzonych przez nie celów⁶⁹.

61. Zdaniem pozwanych i interwenientów zaskarżone przepisy nie zobowiązują zatem tych dostawców do korzystania z takich narzędzi. Dysponują oni „marginesem swobody” w odniesieniu do środków i technik, jakie należy wdrożyć w celu osiągnięcia celów określonych w tych przepisach. W tych ramach wspomniani dostawcy mogliby „wybrać” wykorzystywanie podobnych narzędzi lub kontynuować korzystanie z nich, jeśli już to robią, a nawet opracowywać „innovacyjne rozwiązania”⁷⁰. W każdym razie zgodnie z art. 17 ust. 5 dyrektywy 2019/790 wymagane od tych dostawców środki należy badać indywidualnie w świetle zasady proporcjonalności.

⁶⁵ W praktyce system ten polega na generowaniu „odcisków cyfrowych” utworów i innych przedmiotów objętych ochroną zidentyfikowanych przez podmioty uprawnione i włączeniu tych „odcisków” do bazy danych powiązanej z narzędziem do rozpoznawania. Następnie, za pomocą algorytmu, wszystkie pliki umieszczone online są automatycznie skanowane, a ich własne „odciski” są porównywane z „odciskami” widniejącymi w tej bazie danych w celu wykrycia korespondujących treści. Narzędzia do rozpoznawania przez odcisk cyfrowy są w stanie zidentyfikować takie korespondujące treści nawet w krótkich fragmentach (na przykład kilka sekund w przypadku fonogramu) lub rozpoznać, że treść została zmieniona w celu uniknięcia automatycznego wykrywania (na przykład obraz filmu został odwrócony, przyspieszony, etc.). Niektóre narzędzia, takie jak Content ID, są nawet zdolne do rozpoznawania nie tylko fonogramów, ale również melodii utworów stanowiących ich podstawę. Zobacz J.P. Mochon, op.cit.

⁶⁶ Zobacz bardziej szczegółowo co do tych narzędzi i ich dostawców Ocena skutków, część 3/3, s. 164–172 oraz J.P. Mochon, op.cit.

⁶⁷ Zobacz pkt 22 niniejszej opinii.

⁶⁸ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 140–144. Zobacz podobnie komunikat Komisji „Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie. W kierunku większej odpowiedzialności platform internetowych” [COM(2017) 555 final], 28 września 2017 r., s. 13, 14.

⁶⁹ W motywie 68 dyrektywy 2019/790 ograniczono się do wskazania, że dostawcy usług udostępniania treści „mogą podejmować różne działania”.

⁷⁰ Zobacz podobnie komunikat prasowy Parlamentu z dnia 27 marca 2019 r., „Questions and Answers on issues about the digital copyright directive”: „Is the directive creating automatic filters on online platforms? No. The draft directive sets a goal to be achieved [...]. The draft directive however does not specify or list what tools, human resources or infrastructures may be needed to prevent unremunerated material appearing on the site. There is therefore no requirement for upload filters. However, if large platforms do not come up with any innovative solutions, they may end up opting for filters [...]” (dostępny pod adresem internetowym <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>).

62. Niemniej jednak wydaje mi się, tak jak twierdzi Rzeczpospolita Polska, że zaskarżone przepisy zobowiązują dostawców usług udostępniania treści w wielu sytuacjach do używania tych narzędzi rozpoznawania treści⁷¹. Moim zdaniem prawodawca Unii po prostu zmienił metodę pomiędzy wnioskiem dotyczącym dyrektywy a przyjęciem go jako dyrektywy 2019/790. Zamiast *bezpośrednio* przewidzieć obowiązek wprowadzenia takich narzędzi, narzucił on je *pośrednio*, za pomocą przesłanek wyłączenia odpowiedzialności przewidzianych w tych przepisach.

63. *Z jednej strony* bowiem, jak słusznie podkreśliła skarżąca, należy mieć na uwadze kontekst faktyczny, w jaki wpisują się zaskarżone przepisy. Artykuł 17 dyrektywy 2019/790 dotyczy dostawców usług, którzy przechowują i udostępniają publicznie „znaczną liczbę utworów chronionych prawem autorskim lub innych przedmiotów objętych ochroną”. Innymi słowy – chodzi o operatorów zarządzających znaczną, wręcz gigantyczną ilością treści. Ponadto te usługi udostępniania treści są świadczone w sposób nieprzerwany i są dostępne dla znacznej liczby użytkowników, a zatem w każdej chwili mogą zostać umieszczone w sieci znaczne ilości nowych treści.

64. W tym kontekście wydaje mi się oczywiste, tak jak to podnosi skarżąca, że dostawcy usług udostępniania treści nie mogą zlecać swoim pracownikom weryfikacji wszystkich lub nawet większości treści umieszczonych online⁷² – co zresztą Parlament przyznaje. Trudno sobie wyobrazić zatem, za pomocą jakich środków, innych niż posłużenie się narzędziem automatycznego rozpoznawania umożliwiającego filtrowanie treści zamieszczonych w ich usługach, dostawcy ci mogliby rozsądnie „zapewnić brak dostępu” do utworów i przedmiotów objętych ochroną wskazanych przez podmioty uprawnione i „zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” w ich usługach zgodnie z celami wskazanymi w zaskarżonych przepisach⁷³, a odniesienie poczynione przez Parlament i Radę do ewentualnych „innowacyjnych rozwiązań” przynosi w tym względzie jedynie bardzo ograniczone wsparcie⁷⁴. Ponadto pozwani i interwenienci przyznali mimochodem na rozprawie w odpowiedzi na pytania Trybunału, że narzędzia te będą często *de facto* niezbędne w tym celu⁷⁵.

65. *Z drugiej strony* pragnę przypomnieć, że w celu spełnienia nałożonych na nich obowiązków staranności dostawcy usług udostępniania treści powinni, zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2019/790, podjąć działania spełniające „wysokie standardy staranności

⁷¹ Jest to zresztą opinia znacznej części ekspertów z dziedziny. Zobacz w szczególności K. Grisse, „After the storm – examining the final version of art. 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, nr 11, s. 887–899, w szczególności s. 894, 895; M. Leitsner, „European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Artykuł 17 DSM-Directive – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2020, Bd. 12, Nr 2, s. 123–214, w szczególności s. 141, 143; M. Lambrecht, „Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive”, *JIPITEC*, Vol. 11, 2020, s. 68–94, w szczególności s. 71; S. Dusollier, „The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, 2020, s. 979–1030, w szczególności s. 1016; J.P. Mochon, op.cit., s. 106, G. Frosio i S. Mendis, „Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?”, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, G. Frosio (ed.), Oxford University Press, 2020, w szczególności s. 562.

⁷² Zobacz M. Lambrecht, op.cit., s. 71: „[...] if YouTube wanted to ensure a human review of the 432.000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70.000 full time (very efficient) employees”.

⁷³ Nie oznacza to, że dostawcy usług udostępniania treści nie mogą w żadnym razie zlecić swoim pracownikom weryfikacji niektórych treści. Niemniej jednak dostawcy ci będą musieli wykorzystywać automatyczne narzędzia, aby przynajmniej zmniejszyć masę treści podlegających takiej weryfikacji (zob. pkt 211 niniejszej opinii).

⁷⁴ Wydaje się, że niektórzy operatorzy zaczęli opracowywać i wykorzystywać narzędzia pozwalające na identyfikację treści dzięki sztucznej inteligencji. Zobacz w szczególności J.P. Mochon, op.cit., s. 35. W każdym razie jest to nadal ze swej natury technika automatycznego rozpoznawania treści.

⁷⁵ W szczególności rząd francuski przyznał, że „na obecnym etapie rozwoju technologii stosowanie mechanizmów automatycznego filtrowania wydaje się mechanizmem najlepiej pozwalającym na szybkie zidentyfikowanie nieobjętego zezwoleniem umieszczenia w sieci chronionej treści, biorąc pod uwagę masę treści umieszczanych stale na platformach, których dotyczy art. 17”. Rada przyznała również, że „duzi” dostawcy usług udostępniania treści mogą „czuć się zmuszeni” do używania takich narzędzi.

zawodowej w sektorze”. Jak wyjaśniono w motywie 66 akapit drugi tej dyrektywy, należy wziąć pod uwagę w tym względzie „najlepsze praktyki stosowane w sektorze” i „zakres istniejących środków”.

66. Tymczasem, jak wyjaśniłem w pkt 58 niniejszej opinii, narzędzia rozpoznawania poprzez „odcisk cyfrowy” są już używane przez różnych dostawców usług udostępniania treści w odniesieniu do różnych rodzajów treści⁷⁶. Inni dostawcy przyjmujący takie treści w swoich usługach wydają się zatem zobowiązani, w celu spełnienia obowiązków staranności wynikających z zaskarżonych przepisów, stosować się do „najlepszych praktyk stosowanych w sektorze” i „zakresu istniejących środków”, ustanawiając takie narzędzia do filtrowania tego rodzaju treści.

67. Prawdą jest, jak podkreślili pozwani i interwenienci, że zgodnie z art. 17 ust. 5 dyrektywy 2019/790 środki, jakich podjęcia oczekuje się od dostawców usług udostępniania treści, powinny w każdym przypadku być zgodne z zasadą proporcjonalności. W tym względzie należy wziąć pod uwagę w szczególności, po pierwsze, „rodzaj, odbiorców i skalę świadczonych usług oraz rodzaj utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników usługi”, oraz po drugie, „dostępność odpowiednich i skutecznych środków oraz ich koszt dla dostawców usług”⁷⁷. W tym kontekście nie można wykluczyć, że w niektórych szczególnych przypadkach wymaganie od pewnych dostawców, aby wykorzystywali narzędzie rozpoznawania treści, byłoby sprzeczne z tą zasadą. Wydaje się również, że w obecnym stanie technologii narzędzia te nie są ani odpowiednie, ani skuteczne w odniesieniu do niektórych szczególnych rodzajów utworów i przedmiotów objętych ochroną⁷⁸.

68. Jednakże, pomijając te szczególne przypadki, jest moim zdaniem jasne, że we wszystkich sytuacjach, w których różne odpowiednie i skuteczne narzędzia są dostępne na rynku i nie są nieracjonalnie kosztowne, dostawcy usług udostępniania treści będą a priori zobowiązani do ich wprowadzenia w celu wykazania, że dołożyli „wszelkich starań” dla zapobieżenia umieszczaniu online nielegalnych treści i wypełnienia w ten sposób zaskarżonych przepisów⁷⁹. W stosownych przypadkach mogą oni, zgodnie z zasadą proporcjonalności, wybrać spośród dostępnych narzędzi te, które są najlepiej dostosowane do ich sytuacji i zasobów, którymi dysponują⁸⁰ – a nawet, w przypadku tych, którzy mają więcej szczęścia, opracować takie narzędzie wewnętrznie.

69. *Podsumowując*: w celu wykazania, zgodnie z zaskarżonymi przepisami, że dołożyli oni „wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze”, aby „zapewnić brak dostępu” do utworów i przedmiotów objętych ochroną wskazanych przez podmioty uprawnione i aby „zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” w swoich usługach,

⁷⁶ Narzędzia rozpoznawania poprzez odcisk cyfrowy mogą być używane dla treści audio, foto i wideo. Zobacz J.P. Mochon, op.cit. Pragnę uściślić, że art. 17 dyrektywy 2019/790 ma zastosowanie – w braku jakichkolwiek ograniczeń w tym względzie w brzmieniu tego artykułu lub w definicji „dostawcy usługi udostępniania treści online” zawartej w art. 2 pkt 6 tej dyrektywy – *do wszystkich rodzajów przedmiotów objętych ochroną* (wizualnych, muzycznych, kinematograficznych, tekstowych, ale także linijek kodów, gier wideo itp.).

⁷⁷ Zobacz także motyw 66 akapit drugi dyrektywy 2019/790 („[...] Różne środki [...] mogą być odpowiednie i proporcjonalne w zależności od rodzaju treści [...]”).

⁷⁸ Zobacz w szczególności J.P. Mochon, op.cit., s. 12. Wydaje się, że jest tak w szczególności w przypadku filmowanych części gier wideo. W braku narzędzi informatycznych pozwalających na automatyczne i skuteczne filtrowanie niektórych rodzajów utworów i przedmiotów objętych ochroną nie można wykluczyć, że zakres obowiązków staranności nałożonych na dostawców usług udostępniania treści będzie w tym względzie znacznie ograniczony na podstawie zasady proporcjonalności. Zobacz podobnie motyw 66 akapit drugi dyrektywy 2019/790, zgodnie z którym „[...] nie można wykluczyć, że w niektórych przypadkach dostępności nieobjętych zezwoleniem [chronionych prawem autorskim] treści można uniknąć jedynie po powiadomieniu podmiotów uprawnionych”.

⁷⁹ Zobacz K. Grisse, op.cit., s. 895; G. Frosio i S. Mendis, op.cit., s. 562.

⁸⁰ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 51–53.

dostawcy usług udostępniania treści muszą w dużej liczbie przypadków wprowadzić narzędzia automatycznego rozpoznawania treści, aby *filtrować* treści, jakie użytkownicy zamieszczają online, a w razie potrzeby *blokować* niektóre z nich przed ich zamieszczeniem⁸¹.

2. W przedmiocie istnienia ograniczenia w wykonywaniu prawa do wolności wypowiedzi i informacji

70. Po wyjaśnieniu zakresu zaskarżonych przepisów należy obecnie rozpocząć badanie tych przepisów w świetle prawa do wolności wypowiedzi i informacji.

71. Prawo zagwarantowane w art. 11 karty, które „obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”, odpowiada prawu przewidzianemu w art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (zwaney dalej „EKPC”⁸²). Zgodnie z art. 52 ust. 3 karty te dwa prawa mają zatem takie samo znaczenie lub co najmniej ten sam zakres. Z powyższego wynika, że art. 11 karty należy interpretować w świetle art. 10 EKPC i związanego z nim orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC”).

72. To prawo podstawowe jest bez wątpienia istotne w niniejszej sprawie. Jak bowiem wskazały Rzeczpospolita Polska i Komisja w swoich uwagach, usługi udostępniania treści, o których mowa w art. 17 dyrektywy 2019/790, mają szczególne znaczenie dla wolności otrzymywania i przekazywania informacji lub idei.

73. Jak twierdzi skarżąca, udostępnienie online treści we wspomnianych usługach – niezależnie od tego, czy chodzi o materiały wideo, fotografie, teksty itp. – wchodzi zatem w zakres wykonywania prawa do wolności wypowiedzi i informacji⁸³. Takie udostępnienie online może również dotyczyć innych pokrewnych wolności. W szczególności, jeżeli rozpatrywane treści stanowią wypowiedź artystyczną użytkowników, którzy je zamieszczają, ich udostępnienie online jest objęte zakresem korzystania z wolności sztuki zagwarantowanej w art. 13 karty oraz w art. 10 EKPC⁸⁴.

74. Pragnę uściślić, że jest tak niezależnie od tego, czy treści te naruszają prawa autorskie, czy też nie. Odmienny argument wysunięty przez Parlament wynika moim zdaniem z przybliżenia prawnego. Fakt, że dana informacja jest chroniona prawami autorskimi, nie skutkuje bowiem jej

⁸¹ Ponadto narzędzia rozpoznawania treści w wielu przypadkach pozwolą dostawcom usług udostępniania treści na spełnienie obowiązku przejrzystości, który ciąży na nich na mocy art. 17 ust. 8 akapit drugi dyrektywy 2019/790. Zgodnie bowiem z tym przepisem dostawcy ci powinni udzielić podmiotom uprawnionym informacji o korzystaniu z treści objętych ewentualnymi umowami licencyjnymi zawartymi z tymi podmiotami. Tymczasem narzędzia te pozwalają właśnie na zgromadzenie danych statystycznych, często bardzo dokładnych, na temat treści znajdujących się w tych usługach (zob. Ocena skutków, część 3/3, s. 165, oraz pkt 58 niniejszej opinii).

⁸² Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW, C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także art. 19 Powszechnej deklaracji praw człowieka, przyjętej w dniu 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ [rezolucja 217 A(III)] oraz art. 19 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, przyjętego w dniu 16 grudnia 1966 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ.

⁸³ Zobacz analogicznie wyroki ETPC: z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie Neij i Sunde Kolmisoppi przeciwko Szwecji, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712, zwany dalej „wyrokiem ETPC w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji”, s. 9, 10; z dnia 10 kwietnia 2013 r. w sprawie Ashby Donald i inni przeciwko Francji, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, zwany dalej „wyrokiem ETPC w sprawie Ashby Donald i in. przeciwko Francji”, § 34; a także opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie L’Oréal i in., C-324/09, EU:C:2010:757, pkt 49, 157.

⁸⁴ O ile bowiem EKPC nie zawiera takiej wolności jako autonomicznego prawa, o tyle „wolność wypowiedzi artystycznej” jest objęta art. 10 tej konwencji. Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 24 maja 1988 r. w sprawie Müller i in. przeciwko Szwajcarii, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27; a także z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie Karatábór przeciwko Turcji, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

wykluczeniem w sposób automatyczny z zakresu wolności wypowiedzi⁸⁵. O ile z reguły *uzasadnione* jest ograniczenie rozpowszechniania takiej informacji, o tyle ma to znaczenie dopiero na etapie badania przesłanek dopuszczalności takiego ograniczenia tej wolności⁸⁶.

75. Tymczasem zdaniem skarżącej środki filtrowania, które dostawcy usług udostępniania treści są zmuszeni wprowadzić w celu spełnienia wymogów art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790, stanowią ze swej natury „środki zapobiegawcze” służące kontroli informacji użytkowników. Środki te pociągają za sobą „uprzednie ograniczenia” w rozumieniu orzecznictwa ETPC dotyczącego art. 10 EKPC. Zaskarżone przepisy powodują zatem wprowadzenie w odniesieniu do usług udostępniania treści „ogólnej zautomatyzowanej cenzury o charakterze prewencyjnym” dokonywanej przez ich dostawców. Wspomniane przepisy stanowią tym samym szczególnie poważną „ingerencję” prawodawcy Unii w wolność wypowiedzi i informacji wspomnianych użytkowników.

76. Natomiast pozwani i interwenienci kwestionują twierdzenie, jakoby zaskarżone przepisy pociągały za sobą taką „cenzurę” lub jakąkolwiek „ingerencję” w tę wolność. W szczególności zdaniem Rady przepisy te – ani art. 17 dyrektywy 2019/790 w ogóle – nie mają na celu ograniczenia *ex ante* informacji, które mogą być rozpowszechniane w tych usługach. Użytkownicy mają prawo do umieszczania w nich treści, jakie sobie życzą. Po prostu we wszystkich sytuacjach, w których treści udostępnione online są chronione prawami autorskimi, dostawcy ci powinni uzyskać zezwolenie zainteresowanych podmiotów uprawnionych, a w przeciwnym razie ponoszą odpowiedzialność *ex post*.

77. Podobnie jak skarżąca uważam, że zaskarżone przepisy rzeczywiście skutkują „ingerencją” w wolność wypowiedzi użytkowników usług udostępniania treści. Chciałbym jednak od razu przedstawić wyjaśnienie natury terminologicznej. Termin „cenzura” jest z pewnością wieloznaczny. Niemniej jednak z uwag skarżącej jasno wynika, że odnosi się ona do koncepcji uprzedniej kontroli informacji przed ich rozpowszechnieniem. W tym kontekście rozważania Parlamentu, Rady i rządu hiszpańskiego, zgodnie z którymi termin „cenzura” nie ma znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ art. 17 dyrektywy 2019/790 nie wymaga żadnej „politycznej lub moralnej” kontroli informacji umieszczonych online w usługach udostępniania treści, są moim zdaniem pozbawione znaczenia. W celu uniknięcia dalszych niejasności ograniczę się do użycia w niniejszej sekcji terminów „środki zapobiegawcze” i „uprzednie ograniczenia”.

78. I tak, przy tych uściśleniach, w art. 17 dyrektywy 2019/790 nie przewidziano jedynie, jak twierdzi Rada, że dostawcy usług udostępniania treści powinni uzyskać zezwolenie na chronione treści umieszczone online przez użytkowników ich usług, zaś w braku zezwolenia ponoszą za nie bezpośrednią odpowiedzialność. Jak wyjaśniłem w poprzedniej sekcji, w zaskarżonych przepisach przewidziano również, że wspomniani dostawcy są zwolnieni z tej odpowiedzialności, jeżeli dołożą „wszelkich starań” *w celu zapobieżenia* udostępnieniu online przez tych użytkowników treści zwielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione. Dostawcy ci są zatem zmuszeni do prewencyjnego filtrowania i blokowania rozpatrywanych treści.

⁸⁵ Według mojej wiedzy jedynymi opiniami, informacjami lub ideami, które są z góry wyłączone z ochrony przewidzianej w art. 10 EKPC, są wypowiedzi stanowiące mowę nienawiści, ze względu na to, że są one niezgodne z proklamowanymi i gwarantowanymi przez tę konwencję wartościami (zob. w szczególności wyrok ETPC w sprawie Gunduz przeciwko Turcji, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41).

⁸⁶ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 10, 12; a także w sprawie Ashby Donald i in. przeciwko Francji, § 35, 44. Zobacz również G. Smith, „Copyright and freedom of expression in the online world”, *Journal of Intellectual Property Law & practice*, 2010, Vol. 5, nr 2, s. 88–95; a także B. Michaux, „Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d’auteur et Internet”, *L’Europe des droits de l’homme à l’heure d’Internet*, Q. Van Enis (dir.), Bruylant, 2019, s. 491–526. Zobacz również pkt 117 niniejszej opinii.

79. Tymczasem, jak podnosi skarżąca, filtrowanie jest ze swej natury „środkiem zapobiegawczym” w ramach kontroli informacji rozpowszechnianych w tych usługach, a środki blokujące, które mogą z tego wynikać, stanowią „uprzednie ograniczenia” w rozumieniu orzecznictwa ETPC dotyczącego art. 10 EKPC⁸⁷: aby nie *karać*, ale *zapobiec* ewentualnym naruszeniom prawa autorskiego, informacje, które użytkownicy zamierzają umieścić online, są kontrolowane, a informacje uznawane za mogące powodować takie naruszenie podlegają ograniczeniu *przed ich rozpowszechnieniem*⁸⁸.

80. W tych sytuacjach, wbrew temu, co twierdzi Rada, użytkownicy nie mają zatem „swobody” w zakresie zamieszczania online treści w usługach udostępniania treści według własnej woli. Środki filtrowania i blokowania stosowane przez ich dostawców ograniczają treści, które użytkownicy ci mogą zamieszczać. Wynika z tego „ingerencja” w korzystanie z wolności komunikacji przez wspomnianych użytkowników. Filtrowanie i blokowanie treści przed ich rozpowszechnieniem pociągają ponadto za sobą „ingerencję” w powszechną wolność otrzymywania informacji⁸⁹.

81. Parlament i Rada odpowiadają, że dostawcy usług udostępniania treści mogą, jako prywatni operatorzy, swobodnie wybrać rodzaj informacji, które chcą rozpowszechnić w swoich usługach, a zatem zdecydować o filtrowaniu i blokowaniu treści. Nawet przy założeniu, że stanowi to „ingerencję” w wolność wypowiedzi użytkowników, nie można jej w każdym razie przypisać prawodawcy Unii.

82. Moim zdaniem ten argument wynika z pomylenia dwóch sytuacji. Prawdą jest, że dostawcy usług udostępniania treści mogą w ramach wolności prowadzenia działalności gospodarczej i swobody umów, które są im zagwarantowane w art. 16 karty, określić w warunkach korzystania z ich usługi lub też w „normach wspólnoty” politykę w zakresie treści i z własnej inicjatywy realizować formę „samoregulacji” poprzez filtrowanie i blokowanie treści, które ich zdaniem naruszają te normy. W tej sytuacji nie ma „ingerencji władz publicznych” w rozumieniu art. 10 EKPC i art. 11 karty w wolność wypowiedzi użytkowników⁹⁰.

⁸⁷ Zobacz wyroki ETPC: z dnia 18 grudnia 2012 r. w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, zwany dalej „wyrokiem ETPC w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji”, § 55; z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36; a także z dnia 30 kwietnia 2019 r. w sprawie Kablis przeciwko Rosji, CE:ECHR:2019:0430JUD004831016, zwany dalej „wyrokiem ETPC w sprawie Kablis przeciwko Rosji”, § 90.

⁸⁸ Zobacz analogicznie wyroki Scarlet Extended (pkt 29, 36, 37, 40) oraz SABAM (pkt 26, 35, 37, 38). Można to skonstruować z istniejącymi do tej pory środkami „represyjnymi”, takimi jak usunięcie, w następstwie zastrzeżenia lub nakazu sądowego, *informacji, która została już udostępniona online*, a której niezgodność z prawem jest oczywista lub została oceniona przez ten sąd.

⁸⁹ Zobacz analogicznie wyroki ETPC: w sprawie Ahmet Yilrim przeciwko Turcji, § 55; a także z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 (dotyczący środków blokowania stron internetowych); zob. także opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:255, pkt 85. Okoliczność, że – jak wyjaśnię szczegółowo poniżej – blokowane treści mogą w danym wypadku zostać ponownie zamieszczone online, gdy zainteresowani użytkownicy wykażą w ramach mechanizmu składania skarg przewidzianego w art. 17 ust. 9 dyrektywy 2019/790, że nie naruszają praw autorskich, nie może moim zdaniem podważyć tego stwierdzenia „ingerencji”. To samo dotyczy kwestii, czy filtrowanie to jest ściśle ukierunkowane na nielegalne treści. Okoliczności te zostaną natomiast przeanalizowane w ramach badania proporcjonalności tej ingerencji.

⁹⁰ W tym przypadku w ramach tej wolności powstaje pytanie, w jakim zakresie, zważywszy na znaczenie, jakiego nabrały te usługi – które stały się kluczową infrastrukturą dla wykonywania wolności komunikacji online (zobacz pkt 103 niniejszej opinii) – ich dostawcy muszą przestrzegać praw podstawowych użytkowników i w jakim zakresie władze publiczne są zobowiązane, z tytułu „pozytywnych obowiązków” wynikających z tych artykułów, do przyjęcia „pozytywnych środków ochronnych” gwarantujących rzeczywiste korzystanie z tej wolności w stosunkach między użytkownikami a dostawcami usług udostępniania treści. Nie ma potrzeby rozstrzygania tych kwestii w niniejszej sprawie. Zobacz w odniesieniu do „pozytywnych obowiązków” wynikających z art. 10 EKPC w szczególności wyroki ETPC: z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie Appleby przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39; z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie Khurshid Mustafa przeciwko Szwecji, CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, § 31.

83. Jednakże w niniejszej sprawie nie chodzi moim zdaniem o „samoregulację” dostawców usług udostępniania treści. Niezależnie od tego, czy zakaz umieszczania online niezgodnych z prawem treści znajduje się w ogólnych warunkach korzystania, czy w ich „normach wspólnoty”, filtrowanie i blokowanie treści jest realizowane w celu przestrzegania zaskarżonych przepisów⁹¹.

84. W związku z tym moim zdaniem „ingerencję” w wolność wypowiedzi użytkowników można przypisać prawodawcy Unii. Jest on bowiem jej inicjatorem. Zresztą Parlament i Rada same przyznają, że zaskarżone przepisy mają zasadniczo na celu nałożenie na dostawców usług udostępniania treści obowiązku kontroli naruszeń prawa autorskiego popełnionych w tych usługach. W pewien sposób prawodawca delegował na tych dostawców zadanie kontrolowania właściwego stosowania prawa autorskiego w środowisku cyfrowym. Tymczasem prawodawca Unii nie może jednocześnie dokonać takiego delegowania i zrzucić na wspomnianych dostawców całej odpowiedzialności za ingerencję w prawa podstawowe użytkowników, która z tego wynika⁹².

85. Nie przekonuje mnie w tym względzie argument Rady, zgodnie z którym zaskarżone przepisy nie „zobowiązują” dostawców usług udostępniania treści do filtrowania i blokowania treści umieszczonych online przez użytkowników ich usług ze względu na to, że art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 nie nakłada na tych dostawców żadnego „obowiązku” sensu stricto, lecz ogranicza się do ustanowienia mechanizmu wyłączającego odpowiedzialność, z którego mają „możliwość” skorzystać, gdy nie uzyskali zezwolenia podmiotów uprawnionych.

86. Moim zdaniem bowiem w celu dokonania oceny zgodności art. 17 dyrektywy 2019/790 z art. 11 karty należy uwzględnić nie tylko jego brzmienie, lecz także jego konkretne skutki. Tymczasem z uwagi na fakt, że z *jednej strony* dostawcy usług udostępniania treści nie będą mogli uzyskać zezwolenia podmiotów uprawnionych na pewną liczbę utworów i innych przedmiotów objętych ochroną⁹³, podczas gdy z *drugiej strony* użytkownicy mogliby jednak potencjalnie umieścić online pewną ilość treści zwielokrotniających rozpatrywane przedmioty, skorzystanie z mechanizmu zwolnienia z odpowiedzialności przewidzianego w art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 nie będzie dla tych dostawców „możliwością”, lecz koniecznością, jeśli nie chcą oni ponosić niewspółmiernego ryzyka bycia pociągniętym do odpowiedzialności. Zatem w wielu przypadkach przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności przewidziane w zaskarżonych przepisach stanowią w praktyce rzeczywiste *obowiązki* wspomnianych dostawców. Pragnę zresztą zauważyć, że w samym ust. 5 wspomnianego art. 17 odniesiono się do tego, czy „dostawca usług [udostępniania treści] spełnia *obowiązki*, o których mowa w ust. 4” (podkreślenie moje).

87. Moim zdaniem taki mechanizm odpowiedzialności/zwolnienia z odpowiedzialności jest równie skuteczną techniką jak bezpośredni obowiązek, aby zmusić zainteresowane podmioty gospodarcze do przeprowadzenia prewencyjnego filtrowania treści ich użytkowników. Jak

⁹¹ Zobacz analogicznie wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2001 r. w sprawie VgT Verein gegen Tierfabriken przeciwko Szwajcarii, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, §§ 44–47. W sprawie tej ETPC orzekł, że odmowa rozpowszechniania przez prywatny kanał telewizyjny spotu telewizyjnego opracowanego przez stowarzyszenie ochrony zwierząt stanowi „ingerencję” w wolność wypowiedzi tego stowarzyszenia, którą można przypisać pozwanemu państwu, ponieważ odmowa ta miała na celu przestrzeganie krajowej ustawy w dziedzinie radia i telewizji zakazującej propagandy politycznej. Tak więc, w przeciwieństwie do Rzeczypospolitej Polskiej, nie uważam, aby teoria „pozytywnych obowiązków” miała znaczenie w niniejszej sprawie. W każdym razie punkt ten nie jest decydujący dla rozumowania. W tym względzie ETPC wielokrotnie orzekał, że „granica między pozytywnymi a negatywnymi obowiązkami państwa wynikającymi z [EKPC] nie może [...] zostać precyzyjnie zdefiniowana” oraz że zasady mające zastosowanie w jednym lub drugim przypadku są w istocie takie same (zob. w szczególności wyrok ETPC z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie Mouvement Raëlien Suisse przeciwko Szwajcarii, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁹² Zobacz analogicznie wyrok ETPC z dnia 25 marca 1993 r. w sprawie Costello-Roberts przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, § 27: „Państwo nie może uchylić się od odpowiedzialności, przenosząc swoje obowiązki na podmioty prywatne lub jednostki”.

⁹³ Zobacz przypis 45 do niniejszej opinii.

wskazałem w pkt 62 niniejszej opinii, prawodawca Unii po prostu zmienił metodę w tym względzie. Jednakże te różne metody *wywołują takie same skutki* i z tego powodu powinny być traktowane w ten sam sposób z punktu widzenia praw podstawowych⁹⁴.

3. W przedmiocie zgodności tego ograniczenia z kartą

88. Z powyższej sekcji wynika, że – jak podnosi Rzeczpospolita Polska – zaskarżone przepisy wprowadzają ograniczenie w korzystaniu z zagwarantowanego w art. 11 karty prawa do wolności wypowiedzi.

89. Jednakże wolność wypowiedzi nie jest uprawnieniem bezwzględny. Zgodnie z art. 52 ust. 1 karty ograniczenia w korzystaniu z tej wolności są dopuszczalne, pod warunkiem że ograniczenia te, po pierwsze, są „przewidziane ustawą”, po drugie, szanują „istotę” tej wolności, i po trzecie, są zgodne z zasadą proporcjonalności.

90. Podobnie, zgodnie z art. 10 ust. 2 EKPC i związanym z nim orzecznictwem ETPC, ingerencja w wolność wyrażania opinii jest dopuszczalna, o ile jest ona, po pierwsze, „przewidziana przez ustawę”, po drugie, służy jednemu lub kilku uzasadnionym celom określonym w ust. 2, i po trzecie, jest „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym”⁹⁵. Jakkolwiek przesłanki te różnią się częściowo w swoich sformułowaniach od przesłanek przewidzianych w art. 52 ust. 1 karty, to jednak należy je ponownie uznać za mające to samo znaczenie lub co najmniej ten sam zakres⁹⁶.

91. W następnych sekcjach zbadam zatem spełnienie trzech przesłanek przewidzianych w art. 52 ust. 1 karty, dokonując ich wykładni w świetle właściwego orzecznictwa ETPC. W tym kontekście przedstawię powody, dla których rozpatrywane ograniczenie jest „przewidziane ustawą” [lit. a)], szanuje „istotę” prawa do wolności wypowiedzi [lit. b)] i dlaczego, o ile art. 17 dyrektywy 2019/790 jest prawidłowo interpretowany, jest ono zgodne z zasadą proporcjonalności [lit. c)].

a) Rozpatrywane ograniczenie jest „przewidziane ustawą”

92. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przesłanka, zgodnie z którą wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw podstawowych muszą być „przewidziane ustawą” w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty w związku z orzecznictwem ETPC dotyczącym równoważnej przesłanki przewidzianej w art. 10 ust. 2 EKPC, oznacza nie tylko, że ograniczenie to musi mieć podstawę prawną („istnienie ustawy”), lecz również że ta podstawa prawna musi posiadać pewne cechy dostępności i przewidywalności („jakość ustawy”)⁹⁷.

⁹⁴ Pragnę dodać na koniec, że sam fakt zobowiązania, pośrednio, dostawców usług udostępniania treści do sprawowania takiego nadzoru nad ich usługami stanowi jako taki „ingerencję” prawodawcy Unii w wolność wypowiedzi *tych dostawców*. Skoro bowiem dają oni każdemu środki umożliwiające otrzymywanie lub przekazywanie informacji, ich działalność jest objęta art. 11 karty i art. 10 EKPC. Zobacz analogicznie wyroki ETPC: w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 9, 10; z dnia 2 lutego 2016 r. w sprawie Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesület and Index.hu Zrt przeciwko Węgrom, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 45; a także z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie Jezior przeciwko Polsce, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 41.

⁹⁵ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 14 marca 2002 r. w sprawie Gaweda przeciwko Polsce, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 37; w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, § 56; a także z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36.

⁹⁶ Zobacz pkt 71 niniejszej opinii. Ponadto zgodnie z art. 53 karty poziom ochrony zapewniony przez ten instrument nigdy nie może być niższy od poziomu gwarantowanego przez EKPC. W tym celu Trybunał powinien przyjąć wykładnię przesłanek przewidzianych w art. 52 ust. 1 karty, która jest co najmniej tak rygorystyczna jak ta, którą ETPC nadaje przesłankom określonym w art. 10 ust. 2 EKPC.

⁹⁷ Zobacz w szczególności: wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 81; opinia 1/15 (umowa PNR UE–Kanada) z dnia 26 lipca 2017 r., EU:C:2017:592, pkt 146; a także moja opinia w sprawie Facebook Ireland i Schrems, C-311/18, EU:C:2019:1145, pkt 263.

93. W niniejszym przypadku z *jednej strony* rozpatrywane ograniczenie ma w sposób oczywisty podstawę prawną, ponieważ wynika ono z przepisów przyjętych przez prawodawcę Unii.

94. Co się tyczy, z *drugiej strony*, „jakości” tej podstawy prawnej, pragnę przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału⁹⁸ i orzecznictwem ETPC⁹⁹ podstawa prawna pociągająca za sobą ograniczenie wykonywania prawa podstawowego powinna być wystarczająco dostępna i przewidywalna w swoich skutkach, to znaczy powinna być określona w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny, aby umożliwić zainteresowanym dostosowanie ich zachowania, w razie potrzeby poprzez zasięgnięcie fachowej porady.

95. Uważam, że zaskarżone przepisy cechują się stopniem jasności i precyzji wystarczającym do spełnienia tego standardu. Prawdą jest, że definicja „dostawcy usług udostępniania treści online” przewidziana w art. 2 pkt 6 dyrektywy 2019/790 i zaskarżone przepisy zawierają liczne pojęcia otwarte – „duża liczba chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną”; „wszelkie starania”; „wysokie standardy staranności zawodowej w sektorze” itd. – generujące pewien stopień niepewności co do podmiotów gospodarczych, o których mowa, oraz obowiązków nałożonych na nie w każdej sytuacji. Jednakże zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Parlament i Radę posłużenie się tymi pojęciami miało na celu zagwarantowanie, że przepisy te będzie można dostosować do różnych rodzajów podmiotów gospodarczych i sytuacji, a także do rozwoju praktyki i technologii, tak by przeszły próbę czasu. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem ETPC prawodawca Unii może, nie naruszając wymogu „przewidywalności”, podjąć decyzję o nadaniu przepisom, które przyjmuje, pewnej elastyczności, a nie absolutnej pewności prawnej¹⁰⁰. Ponadto wyjaśnienia przedstawione w niniejszej opinii, jak również wyjaśnienia przedstawione przez Trybunał w przyszłym wyroku i w przyszłych orzeczeniach, przyczynią się do uściślenia tych pojęć i wyeliminowania związanych z nimi wątpliwości – co również spełnia wymóg „przewidywalności”¹⁰¹.

96. Wyjaśnwszy powyższe, pragnę zauważyć, że Trybunał¹⁰² i ETPC¹⁰³ wiążą z wymogiem „przewidywalności” również kwestię, czy podstawa prawna skutkująca ingerencją zapewnia wystarczające gwarancje przeciwko ryzyku naruszenia praw podstawowych w sposób arbitralny lub stanowiący nadużycie (zgodnie z zasadą „praworządności”). Ten aspekt jest kwestionowany przez skarżącą w niniejszej sprawie.

97. Niemniej jednak kwestia, czy zaskarżone przepisy zapewniają wystarczające gwarancje ochrony wolności wypowiedzi użytkowników usług udostępniania treści przed nadmiernymi lub arbitralnymi środkami filtrowania i blokowania, dotyczy również *proporcjonalnego charakteru*

⁹⁸ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 81.

⁹⁹ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49; z dnia 14 marca 2002 r. w sprawie Gawęda przeciwko Polsce, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 39; a także z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

¹⁰⁰ W tym względzie ETPC wielokrotnie orzekał, że „[p]ewności, choć pożądanej, towarzyszy czasami nadmierna sztywność; tymczasem prawo powinno móc dostosować się do zmiany sytuacji. W wiele ustawach stosuje się również, siłą rzeczy, mniej lub bardziej niejasne sformułowania, których wykładnia i stosowanie zależą od praktyki”. Zobacz w szczególności wyrok ETPC z dnia 16 czerwca 2015 r. w sprawie Delfi AS przeciwko Estonii, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (zwany dalej „wyrokiem ETPC w sprawie Delfi AS przeciwko Estonii”, § 121 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁰¹ Sam fakt, że w niniejszej sprawie strony i interwenienci przedstawili różne interpretacje art. 17 dyrektywy 2019/790 (zob. pkt 168 i 170 niniejszej opinii) nie oznacza, iż wymóg „przewidywalności” nie został spełniony (zob. w szczególności wyrok ETPC z dnia 17 lutego 2004 r. w sprawie Gorzelik i inni przeciwko Polsce, CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65). Do Trybunału należy wyjaśnienie prawidłowej wykładni tego przepisu.

¹⁰² Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 81.

¹⁰³ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, §§ 59, 64; a także z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

wynikającego z tych przepisów ograniczenia¹⁰⁴. W związku z tym, aby uniknąć powtórzeń, przeanalizuję tę kwestię w ramach badania przesłanki dotyczącej poszanowania zasady proporcjonalności¹⁰⁵.

b) Rozpatrywane ograniczenie szanuje „istotę” prawa do wolności wypowiedzi

98. Należy przypomnieć, że zawarta w art. 52 ust. 1 karty przesłanka, zgodnie z którą wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w tym akcie muszą „szanować istotę tych praw i wolności”, oznacza, że w przypadku gdy dany przepis narusza tę „istotę”, nie może być on uzasadniony. Przepis ten zostaje wówczas uznany za sprzeczny z kartą, a w przypadku aktu Unii należy stwierdzić jego nieważność, bez potrzeby badania przesłanki dotyczącej poszanowania zasady proporcjonalności¹⁰⁶.

99. Prawodawca Unii może bowiem ograniczyć wykonywanie pewnych praw podstawowych we wspólnym interesie w celu ochrony innych praw i interesów. Może to uczynić w szczególności w celu ochrony innego prawa podstawowego. W tym kontekście dysponuje on pewnym zakresem uznania przy wyważaniu i poszukiwaniu „właściwej równowagi” między różnymi wchodzącymi w grę prawami i interesami¹⁰⁷. Niemniej jednak ten margines uznania ma bezwzględną granicę. „Istota” prawa podstawowego stanowi „nieusuwalny rdzeń”, który powinien pozostać wolny od wszelkich ingerencji. W związku z tym żaden cel, nawet zgodny z prawem, nie uzasadnia pewnych – szczególnie poważnych – naruszeń praw podstawowych. Innymi słowy – cel nie uświęca każdego środka.

100. W niniejszym przypadku zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej zaskarżone przepisy naruszają „istotę” prawa do wolności wypowiedzi. Prewencyjny nadzór, jaki na podstawie tych przepisów dostawcy usług udostępniania treści powinni sprawować nad treściami umieszczonymi online przez ich użytkowników, podważa bowiem owo prawo jako takie z tego względu, że wiąże się on z ingerencją w te treści i ich ewentualnym blokowaniem jeszcze przed ich rozpowszechnieniem.

101. Podobnie jak pozwane i interwenienci nie podzielam tego poglądu.

102. Prawdą jest, że środki zapobiegawcze w zakresie kontroli informacji są ogólnie uważane za szczególnie poważną ingerencję w wolność wypowiedzi¹⁰⁸ ze względu na nadużycia, jakie mogą one spowodować. Te środki zapobiegawcze są co do zasady niedopuszczalne w społeczeństwie demokratycznym z tego względu, że ograniczając niektóre informacje jeszcze przed ich rozpowszechnieniem, uniemożliwiają jakąkolwiek publiczną debatę na temat tych treści,

¹⁰⁴ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 6 października 2020 r., *La Quadrature du Net i in.*, C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, pkt 132.

¹⁰⁵ Zobacz pkt 128 i nast. niniejszej opinii.

¹⁰⁶ Zobacz moja opinia w sprawie *Facebook Ireland i Schrems*, C-311/18, EU:C:2019:1145, pkt 272.

¹⁰⁷ Zobacz pkt 117 i 129 niniejszej opinii.

¹⁰⁸ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie *Observer i Guardian* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; z dnia 14 marca 2002 r. w sprawie *Gawęda* przeciwko Polsce, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 35; a także w sprawie *Ahmet Yildirim* przeciwko Turcji, § 64 i przytoczone tam orzecznictwo.

pozbawiając w ten sposób wolność wypowiedzi samej funkcji wektora pluralizmu¹⁰⁹. Z tych względów, jak podkreśla skarżąca, wiele państw członkowskich zabrania uogólnionej uprzedniej kontroli informacji w ich odpowiednich konstytucjach.

103. Rozważania te zachowują w pełni znaczenie w odniesieniu do Internetu. Jak podnosi skarżąca, sieć ta jest szczególnie ważna dla wolności otrzymywania i przekazywania informacji lub idei¹¹⁰. Konkretniej dotyczy to dużych platform i sieci społecznościowych, które umożliwiając każdemu publikowanie online treści, jakie sobie życzy, oraz umożliwiając publiczny dostęp do nich, stanowią „bezprecedensowe” narzędzia wykonywania tej wolności¹¹¹. Platformy te biorą w ten sposób udział w pewnej formie „demokratyzacji” produkcji informacji i mimo że zarządzane przez prywatnych operatorów, stały się w rzeczywistości kluczową infrastrukturą dla wypowiedzi online¹¹². W obecnym stanie środków komunikacji prawo do wolności wypowiedzi zakłada zatem w szczególności wolność dostępu do tych platform i wyrażania się na nich co do zasady bez ingerencji władz publicznych¹¹³.

104. Gdyby wspomniane organy nałożyły na będących pośrednikami usługodawców kontrolujących tę infrastrukturę wypowiedzi, bezpośrednio lub pośrednio¹¹⁴, obowiązek prewencyjnego nadzorowania, w sposób ogólny, treści zamieszczanych przez użytkowników ich usług w poszukiwaniu wszelkiego rodzaju informacji o bezprawnym charakterze, a wręcz po prostu niepożądanych, ta wolność komunikacji zostałaby zakwestionowana jako taka. „Istota” prawa do wolności wypowiedzi, o którym mowa w art. 11 karty, zostałaby zatem według mnie naruszona.

105. W tym kontekście art. 15 dyrektywy 2000/31 ma moim zdaniem fundamentalne znaczenie. Przewidując, że na usługodawców będących pośrednikami nie można nałożyć „ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują”, przepis ten stoi na przeszkodzie temu, by informacja online podlegała uogólnionemu nadzorowi prewencyjnemu, delegowanemu na tych pośredników. Gwarantuje on w ten sposób, że Internet pozostaje przestrzenią wolną i otwartą¹¹⁵.

¹⁰⁹ Pragnę przypomnieć, że z tego względu wolność wypowiedzi jest kluczowym fundamentem każdego społeczeństwa demokratycznego. Zobacz w szczególności: wyrok z dnia 23 kwietnia 2020 r., *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, EU:C:2020:289, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo; wyroki ETPC: z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside*, CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49; a także z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie *Observer i Guardian przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 59.

¹¹⁰ Z jednej strony zob. wyrok z dnia 8 września 2016 r., *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, pkt 45. Z drugiej strony zob. wyroki ETPC: z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie *Times Newspapers Ltd przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27; w sprawie *Ahmet Yildirim przeciwko Turcji*, § 48, 54; a także z dnia 1 grudnia 2015 r. w sprawie *Cengiz i in. przeciwko Turcji*, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 49, 52.

¹¹¹ Zobacz w szczególności wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 2015 r. w sprawie *Cengiz i in. przeciwko Turcji*, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 51, 52; a także wyrok ETPC w sprawie *Kablis przeciwko Rosji*, § 81.

¹¹² Zobacz w szczególności rekomendacja CM/Rec(2018)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 7 marca 2018 r. na 1309 spotkaniu Zastępców Ministrów, oraz J.M. Balkin, „Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, nr 8, 2014, s. 2296–2342, szczególnie s. 2304.

¹¹³ Zobacz *Conseil constitutionnel* (trybunał konstytucyjny, Francja), orzeczenie nr 2020-801 DC z dnia 18 czerwca 2020 r., „*Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*” („ustawa o zwalczaniu nienawistnych treści w Internecie”), § 4.

¹¹⁴ To znaczy za pośrednictwem mechanizmu zwolnienia z odpowiedzialności, jak w niniejszej sprawie (zob. pkt 62 niniejszej opinii).

¹¹⁵ 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 142, 143. Zobacz również rekomendacja CM/Rec(2007)16 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie promowania wartości służby publicznej Internetu, przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 7 listopada 2007 r., na 1010 spotkaniu Zastępców Ministrów, załącznik, część III, lit. a), a także rekomendacja CM/Rec(2018)2 w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, załącznik, pkt 1.3.5.

106. Z tego względu skłaniam się ku uznaniu zakazu przewidzianego w art. 15 za *ogólną zasadę* prawa regulującą Internet, ponieważ konkretyzuje on w środowisku cyfrowym podstawową wolność komunikacji¹¹⁶. Pragnę zresztą zauważyć, że Trybunał łączył już w swoim orzecznictwie poszanowanie tej wolności z tym zakazem¹¹⁷. Nie ma bowiem jednego bez drugiego. Wynika z tego moim zdaniem, że wspomniany zakaz wykracza poza ramy omawianego art. 15 i obowiązuje nie tylko państwa członkowskie, lecz również prawodawcę Unii.

107. Jednakże wbrew temu, co twierdzi skarżąca, podstawowe prawo do wolności wypowiedzi, skonkretyzowane w postaci zakazu „ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru”, nie stoi na przeszkodzie wszystkim rodzajom obowiązków w zakresie nadzoru.

108. Jak przypomina Komisja, Trybunał w swoim orzecznictwie dotyczącym nakazów, które mogą być wydane wobec pośredników online¹¹⁸, przyznał bowiem, że możliwe jest nakazanie takiemu pośrednikowi „zapobiegania” niektórym naruszeniom poprzez sprawowanie pewnej formy ukierunkowanego nadzoru nad jego usługą¹¹⁹. Odróżnił on zatem „ogólne” obowiązki w zakresie nadzoru od obowiązków mających zastosowanie w przypadkach „szczególnych”¹²⁰. Podobnie ETPC nie uznaje środków zapobiegawczych w zakresie kontroli informacji, w tym obowiązków blokowania, za niezgodne same w sobie z art. 10 EKPC, o ile wpisują się one w szczególne ramy¹²¹. Trybunał ten przyznał nawet w wyroku Delfi AS. przeciwko Estonii, że od niektórych pośredników można oczekiwać, aby aktywnie monitorowali swoje usługi w poszukiwaniu pewnych rodzajów informacji o bezprawnym charakterze¹²².

109. Skarżąca odpowiada, że, konkretnie rzecz ujmując, obowiązek w zakresie nadzoru nałożony na dostawców usług udostępniania treści na podstawie zaskarżonych przepisów jest „ogólny”. Aby bowiem „zapewnić brak dostępu” do utworów i innych przedmiotów objętych ochroną wskazanych przez podmioty uprawnione i „zapobiec ich przyszłemu zamieszczaniu” w ich usługach, dostawcy ci powinni w praktyce filtrować całość treści zamieszczanych przez wszystkich użytkowników.

¹¹⁶ Zobacz podobnie G. Smith, „Time to speak up for Article 15”, *Blog Cyberleagle*, 21 maja 2017 r. (dostępny pod adresem <https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html>).

¹¹⁷ Zobacz wyroki: Scarlet Extended, pkt 40, 52; SABAM, pkt 38, 50.

¹¹⁸ Trybunał wielokrotnie orzekał, że przepisy krajowe określające zasady stosowania wspomnianych nakazów, podobnie jak ich stosowanie przez sądy krajowe, powinny być zgodne z zakazem „ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru” przewidzianym w art. 15 dyrektywy 2000/31. Zobacz w szczególności wyroki: Scarlet Extended, pkt 32–35; SABAM, pkt 30–33.

¹¹⁹ Zobacz motyw 45 i art. 14 ust. 3 dyrektywy 2000/31.

¹²⁰ Zobacz motyw 47 dyrektywy 2000/31 („[p]aństwa członkowskie nie mogą nakładać na usługodawców obowiązku nadzoru jedynie w odniesieniu do obowiązków o charakterze ogólnym; nie dotyczy to obowiązków nadzoru mających zastosowanie do przypadków szczególnych [...]).

¹²¹ Zobacz wyroki ETPC: w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, § 64; z dnia 1 grudnia 2015 r. w sprawie Cengiz i in. przeciwko Turcji, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62; a także w sprawie Kabilis przeciwko Rosji, § 97.

¹²² Zobacz pkt 138 niniejszej opinii.

110. Jednakże podobnie jak strony pozwane i interwenienci uważam, że przepisy te przewidują w rzeczywistości „szczególny” obowiązek w zakresie nadzoru¹²³. Tym niemniej muszę przyznać, że orzecznictwo Trybunału¹²⁴ uległo niedawno zmianie w odniesieniu do kryterium pozwalającego na odróżnienie tego, co „ogólne”, od tego, co „szczególne”.

111. *Pierwotnie* wydaje się, że Trybunał skupił się na ilości informacji, które należy skontrolować. W wyroku L'Oréal i in.¹²⁵ Trybunał orzekł, że operator rynku elektronicznego online nie może być zobowiązany do „aktywnego nadzorowania wszystkich danych każdego z jego klientów [w celu zapobieżenia wszelkim przyszłym naruszeniom praw własności intelektualnej]”. W wyroku Scarlet Extended Trybunał uznał, że dostawca dostępu do Internetu nie może być zobowiązany, za pomocą nakazu sądowego, do wprowadzenia systemu filtrowania mającego zastosowanie do „wszystkich połączeń elektronicznych przekazywanych za pośrednictwem jego usług”, a zatem „bez rozróżnienia w stosunku do wszystkich swoich klientów”, i to w celu „zidentyfikowania w sieci tego dostawcy przypadków przekazywania plików elektronicznych zawierających utwory muzyczne, kinematograficzne lub audiowizualne, co do których strona powodowa rości sobie prawa własności intelektualnej, celem zablokowania transferu plików, których wymiana narusza prawo autorskie”¹²⁶. W wyroku SABAM¹²⁷ Trybunał przyjął takie samo rozumowanie w odniesieniu do obowiązku wdrożenia przez operatora platformy sieci społecznościowej podobnego systemu filtrowania. Wreszcie w wyroku Mc Fadden¹²⁸ Trybunał uznał, że na operatora bezprzewodowej sieci lokalnej nie można nałożyć obowiązku nadzorowania „całości informacji przekazywanych” za pośrednictwem tej sieci, nawet jeśli chodzi o zablokowanie kopii jednego utworu muzycznego zidentyfikowanego przez podmiot uprawniony¹²⁹.

112. *Obecnie* wydaje się, że Trybunał przywiązuje wagę do szczegółowego określenia tego, co jest wyszukiwane. W tym względzie w wyroku Glawischnig-Piesczek¹³⁰, który dotyczył tym razem dziedziny zniesławienia, Trybunał uznał, że ciążący na operatorze sieci społecznościowej obowiązek nadzorowania wszystkich informacji umieszczonych online w tej sieci¹³¹ należało uznać za „szczególny” ze względu na to, że chodziło o wyszukiwanie i blokowanie „określonych”

¹²³ Zobacz podobnie K. Grisse, op.cit., s. 897; G. Spindler, „The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties?”, JIPITEC, tom 10, 2020, s. 350, 353–359; J. Cabay, „Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du »juste équilibre«”, *Propriété intellectuelle à l'ère du big data et de la blockchain*, Schulthess, J. De Werra, Y. Benhamou (éd), Genewa, 2021, s. 225–237.

¹²⁴ Pragnę uściślić, że wbrew temu, co sugeruje Parlament, orzecznictwo to ma znaczenie w niniejszej sprawie, chociaż dotyczy nakazów wydanych przez sądy krajowe, a nie aktu przyjętego przez prawodawcę Unii. Pojęcie „ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru” należy bowiem interpretować w ten sam sposób niezależnie od źródła takiego obowiązku (zob. podobnie moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, przypis 104).

¹²⁵ Wyrok z dnia 12 lipca 2011 r., C-324/09, EU:C:2011:474, pkt 139.

¹²⁶ Wyrok Scarlet Extended, pkt 29, 38–40. Moim zdaniem Trybunał przypisał decydujące znaczenie okoliczności, że „taki nadzór w celach zapobiegawczych wymagałby *aktywnej obserwacji ogółu połączeń elektronicznych realizowanych w sieci* danego [dostawcy dostępu do Internetu] i w konsekwencji obejmowałby *wszystkie informacje, jakie mają zostać przekazane, i wszystkich klientów korzystających z tej sieci*” (pkt 39) (podkreślenie moje).

¹²⁷ Zobacz pkt 35–38 tego wyroku.

¹²⁸ Wyrok z dnia 15 września 2016 r., Mc Fadden, C-484/14, EU:C:2016:689, pkt 25, 88.

¹²⁹ Można by poważnie zastanawiać się nad kwestią, czy zaskarżone przepisy przewidują „ogólny obowiązek w zakresie nadzoru”, zgodnie z tym, jak pojęcie to jest rozumiane w tych wyrokach. W szczególności różnice między obowiązkami wynikającymi z tych przepisów a systemem filtrowania rozpatrywanym w sprawie zakończonej wyrokiem Scarlet Extended nie są wcale oczywiste. W tej sprawie podmioty uprawnione wniosły o nakazanie pośrednikowi, aby „[zidentyfikował] [...] pliki zawierające utwory, w odniesieniu do których [owe podmioty] roszczą sobie prawa” (pkt 38 tego wyroku), i to konkretnie za pomocą narzędzia „Audible Magic” (zob. opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:255, pkt 21, 24). Tymczasem chodzi o narzędzie rozpoznawania przez odcisk cyfrowy, funkcjonujące na podstawie plików referencyjnych dostarczanych przez wspomniane podmioty uprawnione, o którym zresztą wspomniano w ocenie skutków (część 3/3, s. 55).

¹³⁰ Pragnę uściślić, że wyrok ten został wydany po wniesieniu niniejszej skargi.

¹³¹ Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Glawischnig-Piesczek, C-18/18, EU:C:2019:458, pkt 25, 26, 59.

zniesławiających informacji¹³², że usługodawca nie był zobowiązany do dokonywania „niezależnej oceny” zgodności z prawem przeszukiwanych informacji oraz że, przeciwnie, mógł „skorzystać z technik i zautomatyzowanych środków wyszukiwania”¹³³.

113. Taka ewolucja orzecznictwa Trybunału¹³⁴ jest moim zdaniem uzasadniona. Choć poniżej sprecyzuję związane z tym ograniczenia¹³⁵, to jednak w tym miejscu pragnę wskazać, że uznanie, iż obowiązek w zakresie nadzoru jest „ogólny”, ponieważ de facto zmusza on usługodawcę będącego pośrednikiem do filtrowania za pomocą narzędzi informatycznych wszystkich informacji umieszczonych online przez użytkowników jego usługi, nawet jeśli chodziłoby o wyszukiwanie szczególnych naruszeń, prowadziłoby w sposób godny ubolewania do pominięcia rozwoju technologicznego umożliwiającego takie filtrowanie i pozbawienia prawodawcy Unii skutecznego środka w walce z pewnymi rodzajami nielegalnych treści.

114. W niniejszym przypadku, aby osiągnąć cele, o których mowa w zaskarżonych przepisach, dostawcy usług udostępniania treści muszą co prawda monitorować wszystkie treści, które ich użytkownicy umieszczają online, niemniej jednak chodzi tu o wyszukiwanie wśród tych treści „poszczególnych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną”, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały im wcześniej „odpowiednie i niezbędne informacje” [art. 17 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2019/790] lub „odpowiednio uzasadnione zastrzeżenie” [lit. c) wspomnianego art. 17 ust. 4]. Dokładniej wyjaśnię, jakie treści należy blokować, w dalszej części niniejszej opinii¹³⁶. Niemniej jednak na tym etapie analizy elementy te wystarczają moim zdaniem do tego, aby wykazać, że przepisy te przewidują pośrednio „szczególny” obowiązek w zakresie nadzoru, i aby wykluczyć naruszenie „istoty” prawa do wolności wypowiedzi¹³⁷.

115. Na koniec pragnę uściślić, że o ile prawodawca Unii nie może delegować na pośredników online obowiązku sprawowania ogólnego nadzoru prewencyjnego nad informacjami wymienianymi i przekazywanymi dzięki ich usługom, o tyle może on moim zdaniem, nie naruszając „istoty” wolności wypowiedzi, zdecydować o nałożeniu obowiązku stosowania pewnych środków aktywnego nadzoru, dotyczących niektórych szczegółowych informacji o bezprawnym charakterze, na niektórych pośredników online. Pragnę ponadto zauważyć, że art. 17 dyrektywy 2019/790 wpisuje się w tym względzie w ramy szeregu komunikatów i zaleceń Komisji¹³⁸, jak również nowych regulacji¹³⁹, które zmierzają w ten sposób do tego, by niektórzy

¹³² Wyrok Gławischnig-Pieszczek, pkt 35.

¹³³ Wyrok Gławischnig-Pieszczek, pkt 46.

¹³⁴ Pragnę uściślić, że o ile wyrok Gławischnig-Pieszczek dotyczy prawa w dziedzinie zniesławienia, o tyle wynikające z niego wnioski wykraczają poza tę dziedzinę. Pojęcie „ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru” ma bowiem zastosowanie w sposób horyzontalny, niezależnie od rodzaju naruszeń, które mają być wyszukiwane przez pośrednika. Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Gławischnig-Pieszczek, C-18/18, EU:C:2019:458, pkt 43.

¹³⁵ Zobacz pkt 194–199 niniejszej opinii.

¹³⁶ Zobacz pkt 200–203 niniejszej opinii.

¹³⁷ Pragnę ponadto zauważyć, że prawodawca Unii potwierdził w art. 17 ust. 8 dyrektywy 2019/790 zakaz „ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru” (zob. pkt 194–203 niniejszej opinii).

¹³⁸ Zobacz w szczególności komunikaty Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r. „Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy” [COM(2015) 192 final], s. 4, 8, 12–14; z dnia 25 maja 2016 r. „Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy” [COM(2016) 288 final], s. 8–11; z dnia 28 września 2017 r., „Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie. W kierunku większej odpowiedzialności platform internetowych” [COM(2017) 555 final]. Zobacz także zalecenie 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), motywy 1–5, 24, 36 oraz pkt 18, 36, 37.

¹³⁹ Zobacz w szczególności rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/784 z dnia 29 kwietnia 2021 r. w sprawie zapobiegania rozpowszechnianiu w Internecie treści o charakterze terrorystycznym (Dz.U. 2021, L 172, s. 79), szczególnie jego art. 5, a także wniosek-rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 2020 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE [COM(2020) 825 final], szczególnie art. 27. Pragnę zauważyć, że zasada, zgodnie z którą pośrednicy online nie mogą podlegać ogólnemu obowiązkowi w zakresie nadzoru, została potwierdzona w art. 7 tego ostatniego wniosku.

pośrednicy – w szczególności duże platformy – przyczynili się do walki z pewnymi rodzajami nielegalnych treści. Niemniej jednak w każdym przypadku należy zapewnić poszanowanie zasady proporcjonalności. Takiej formie delegowania kontroli zgodności z prawem online¹⁴⁰ na rzecz niektórych pośredników towarzyszą w szczególności zagrożenia dla wolności wypowiedzi użytkowników ich usług, a zatem nie można go dokonać bez wystarczających gwarancji dla tych ostatnich¹⁴¹.

c) Rozpatrywane ograniczenie jest zgodne z zasadą proporcjonalności

116. Pozostaje teraz zbadać przesłankę przestrzegania zasady proporcjonalności, która zgodnie z art. 52 ust. 1 karty dzieli się na dwa elementy: omawiane ograniczenie powinno być, po pierwsze, „konieczne”, i po drugie, „rzeczywiście odpowiadać celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób”.

117. Spełnienie *drugiej części przesłanki* nie jest przedmiotem sporu między stronami. Ze względu na ogólny cel art. 17 dyrektywy 2019/790¹⁴² rozpatrywane ograniczenie odpowiada „potrzebie ochrony praw i wolności innych osób”, czyli praw autorskich i praw pokrewnych przysługujących podmiotom uprawnionym. Pragnę przypomnieć, że własność intelektualna podlega ochronie jako prawo podstawowe, w szczególności¹⁴³ poprzez art. 17 ust. 2 karty i art. 1 protokołu nr 1 do EKPC¹⁴⁴. Zaskarżone przepisy stanowią zatem „pozytywne środki ochronne” przyjęte przez prawodawcę Unii w celu zapewnienia wspomnianym podmiotom rzeczywistego i skutecznego wykonywania ich praw własności intelektualnej w ich relacjach z dostawcami usług udostępniania treści¹⁴⁵.

118. Strony nie zgadzają się natomiast co do tego, czy rozpatrywane ograniczenie spełnia *pierwszą część przesłanki*. W tym względzie pragnę uściślić, że badanie „koniecznego” charakteru, w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty, ograniczenia w wykonywaniu gwarantowanego w niej prawa podstawowego obejmuje w rzeczywistości kontrolę trzech kumulatywnych wymogów: należy w istocie zbadać, czy ograniczenie to jest (1) „odpowiednie”, (2) „konieczne” oraz (3) „proporcjonalne” w ścisłym znaczeniu¹⁴⁶. W poniższych sekcjach rozważę te wymogi po kolei.

¹⁴⁰ Zobacz pkt 84 niniejszej opinii.

¹⁴¹ Zobacz pkt 140–153 niniejszej opinii. Zobacz także podobnie zalecenie 2018/334, motywy 24, 27, 36, a także pkt 19–21.

¹⁴² Zobacz pkt 28 niniejszej opinii.

¹⁴³ Zobacz także art. 27 ust. 2 Powszechnej deklaracji praw człowieka oraz art. 15 Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych.

¹⁴⁴ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie Anheuser-Busch Inc. przeciwko Portugalii, CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 72; w sprawie Ashby Donald i in. przeciwko Francji, § 40; a także w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 11.

¹⁴⁵ Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 29 stycznia 2008 r., Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, pkt 53; z dnia 15 września 2016 r., Mc Fadden, C-484/14, EU:C:2016:689, pkt 81; a także wyroki ETPC: w sprawie Ashby Donald i in. przeciwko Francji, § 36; z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 10, 11. Jak podnoszą Parlament i Rada, rozpatrywane ograniczenie odpowiada jednocześnie celowi interesu ogólnego nie tylko „uznanemu”, ale także „zamierzonemu” przez Unię, a mianowicie celowi wspierania różnorodności kulturowej (zob. motyw 2 dyrektywy 2019/790). Ochrona prawa autorskiego ma bowiem na celu w szczególności wspieranie tworzenia, produkcji i rozpowszechniania informacji, wiedzy i kultury (zob. w szczególności motywy 9–11, 14 dyrektywy 2001/29). Tymczasem Unia wyznaczyła sobie za cel, zgodnie z art. 3 ust. 3 TUE, „[czuwanie nad] ochroną i rozwojem dziedzictwa kulturowego Europy”.

¹⁴⁶ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 22 stycznia 2013 r., Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, pkt 50; z dnia 15 lutego 2016 r., N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, pkt 54; a także z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 64.

1) Rozpatrywane ograniczenie jest „odpowiednie”

119. Nie wydaje się, by Rzeczpospolita Polska kwestionowała wymóg dotyczący „odpowiedniego” charakteru rozpatrywanego ograniczenia. W każdym razie, podobnie jak Parlament i Rada, ja uważam go za spełniony.

120. W ramach analizy odpowiedniego charakteru danego przepisu Trybunał powinien bowiem zbadać nie to, czy przepis ten stanowi *najlepszy środek* do osiągnięcia zamierzonego celu, lecz to, czy *może przyczynić się* do realizacji tego celu¹⁴⁷.

121. Tymczasem w niniejszym przypadku obowiązki w zakresie nadzoru spoczywające na dostawcach usług udostępniania treści na podstawie zaskarżonych przepisów mogą przyczynić się do realizacji celu zamierzonego przez prawodawcę Unii. Poprzez przeniesienie na tych dostawców obowiązku nadzorowania ich usług i aktywnego zwalczania niezgodnych z prawem treści, które mogą się tam znaleźć, przepisy te, *po pierwsze*, w dużym stopniu zachęcają rzeczonych dostawców do zawierania umów licencyjnych z podmiotami uprawnionymi¹⁴⁸, a *po drugie*, pozwalają wspomnianym podmiotom na łatwiejszą kontrolę wykorzystania ich utworów i przedmiotów objętych ochroną w tych usługach¹⁴⁹.

2) Rozpatrywane ograniczenie jest „konieczne”

122. Rzeczpospolita Polska podnosi natomiast, że ograniczenie w korzystaniu z prawa do wolności wypowiedzi wynikające z art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790 wykracza poza to, co jest „konieczne” do realizacji celu zamierzonego przez prawodawcę Unii. Jej zdaniem obowiązki przewidziane w lit. a) i lit. c) in principio są wystarczające w tym względzie. *Po pierwsze*, spoczywający na dostawcach usług udostępniania treści, zgodnie ze wspomnianą lit. a), obowiązek dołożenia „wszelkich starań” w celu uzyskania zezwolenia podmiotów uprawnionych wzmacnia pozycję negocjacyjną tych podmiotów. *Po drugie*, ciążący na tych dostawcach na mocy wspomnianej lit. c) in principio obowiązek niezwłocznego działania 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, gwarantuje skuteczną ochronę praw tych podmiotów.

123. Jestem odmiennego zdania.

124. W tym względzie pragnę przypomnieć, że test „konieczności” sprowadza się do sprawdzenia, czy istnieją alternatywne środki, które byłyby *równie skuteczne*, a jednocześnie *mniej restrykcyjne* niż środek wybrany dla osiągnięcia zamierzonego celu¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁴⁸ Ponieważ, jak pragnę przypomnieć, zaskarżone przepisy mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do utworów i przedmiotów objętych ochroną wskazanych przez podmioty uprawnione, w odniesieniu do których dostawcy usług udostępniania treści nie uzyskali zezwolenia tych ostatnich.

¹⁴⁹ Zobacz pkt 53 niniejszej opinii. Okoliczność, że każde filtrowanie może być obchodzone przez złośliwych użytkowników (zob. jednak przypis 65 do niniejszej opinii w odniesieniu do wydajności narzędzi filtrowania metodą „odcisków”) i siłą rzeczy towarzyszy mu pewien margines błędu, może ewentualnie zmniejszyć zdatność tych obowiązków do osiągnięcia zamierzonego celu, lecz nie czyni ich jednak niezdatnymi (zob. wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 63).

¹⁵⁰ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 22 stycznia 2013 r., Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, pkt 54, 55; z dnia 17 października 2013 r., Schwarz, C-291/12, EU:C:2013:670, pkt 46, 52, 53; a także z dnia 4 maja 2016 r., Philip Morris Brands i in., C-547/14, EU:C:2016:325, pkt 160.

125. Tymczasem, jak podnoszą w istocie Parlament i Rada, system odpowiedzialności określający wyłącznie obowiązki przewidziane w art. 17 ust. 4 lit. a) i c) in principio dyrektywy 2019/790 w oczywisty sposób nie jest *równie skuteczny* dla osiągnięcia celu zamierzonego przez prawodawcę Unii jak system przewidujący ponadto obowiązki wynikające z lit. b) i lit. c) in fine tego ustępu, nawet jeśli te pierwsze obowiązki są rzeczywiście *mniej restrykcyjne* dla prawa do wolności wypowiedzi niż te drugie¹⁵¹.

126. *Po pierwsze* bowiem, o ile, jak podnosi skarżąca, spoczywający na dostawcach usług udostępniania treści obowiązek dołożenia „wszelkich starań” w celu uzyskania zezwolenia podmiotów uprawnionych sam w sobie umacnia już pozycję tych podmiotów w zakresie negocjowania umów licencyjnych z tymi dostawcami, o tyle art. 17 dyrektywy 2019/790 nie ma na celu wyłącznie zapewnienia, by wspomniane podmioty otrzymywały godziwe wynagrodzenie za korzystanie w tych usługach z ich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną. Chodzi, szerzej rzecz ujmując, o zapewnienie, by te podmioty uprawnione mogły rzeczywiście kontrolować takie korzystanie, a w szczególności, jeśli tego sobie *życzą*, *zapobiegać* temu, by przedmioty te były dostępne w takich usługach.

127. W tym względzie, *po drugie*, nie ulega wątpliwości, że – jak podkreślają pozwane – system zastrzeżenia i usunięcia, taki jak wynikający z art. 14 dyrektywy 2000/31 i powtórzony w istocie w art. 17 ust. 4 lit. c) in principio dyrektywy 2019/790 nie pozwala zainteresowanym podmiotom uprawnionym sprzeciwić się wykorzystywaniu ich utworów w usługach udostępniania treści *w sposób tak skuteczny* jak system wynikający z zaskarżonych przepisów, nakładający ponadto na dostawców tych usług obowiązki w zakresie nadzoru.

3) Rozpatrywane ograniczenie jest „proporcjonalne” w ścisłym znaczeniu

128. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału ograniczenie w wykonywaniu prawa podstawowego zagwarantowanego w karcie jest uważane za „proporcjonalne” w ścisłym znaczeniu tego słowa, jeżeli niedogodności spowodowane przez dany przepis nie są nadmierne w stosunku do zamierzonych celów¹⁵².

129. W niniejszej sprawie w zaskarżonych przepisach ścierają się z jednej strony prawo do wolności wypowiedzi zagwarantowane w art. 11 karty, a z drugiej strony prawo własności intelektualnej, chronione w art. 17 ust. 2 tego aktu prawnego. Jak przypominają Parlament, Rada i rząd hiszpański, nie ma „automatycznego pierwszeństwa” pierwszego prawa względem drugiego¹⁵³. Ocena proporcjonalności tych przepisów powinna zatem, zgodnie ze sformułowaniem użytym przez Trybunał, być dokonywana „z należyтым uwzględnieniem koniecznego pogodzenia wymogów dotyczących ochrony [tych poszczególnych praw podstawowych]” i „odpowiedniej równowagi” między nimi¹⁵⁴. Ponadto w dziedzinie prawa autorskiego Trybunał szczególnie podkreślił konieczność utrzymania „właściwej równowagi” w środowisku cyfrowym¹⁵⁵.

¹⁵¹ Zobacz przypis 172 do niniejszej opinii.

¹⁵² Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁵³ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., Volker und Markus Schecke i Eifert, C-92/09 i C-93/09, EU:C:2010:662, pkt 85.

¹⁵⁴ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁵⁵ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 9 marca 2021 r., VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo.

130. Tymczasem Rzeczpospolita Polska podnosi, że prawodawca Unii w art. 17 dyrektywy 2019/790 właśnie tej równowagi nie zachował. Jej zdaniem szkoda wyrządzona przez zaskarżone przepisy dla wolności wypowiedzi jest nieproporcjonalna w stosunku do korzyści, jakie mogą one przynieść w zakresie ochrony praw własności intelektualnej.

131. Ze swej strony uważam, podobnie jak Parlament, Rada i Komisja, że prawodawca Unii mógł zmienić zdanie co do równowagi właściwej systemowi odpowiedzialności mającemu zastosowanie do dostawców usług udostępniania treści [podpunkt (i)]. Nowy przyjęty system odpowiedzialności pociąga jednak za sobą poważne ryzyko dla wolności wypowiedzi [podpunkt (ii)], wymagając ustanowienia wystarczających gwarancji w celu zminimalizowania tego ryzyka [podpunkt (iii)], co moim zdaniem prawodawca Unii uczynił [podpunkt (iv)].

i) Prawodawca Unii mógł zgodnie z prawem zastąpić nową równowagą tę, którą wdrożył pierwotnie

132. Zwolnienie z odpowiedzialności przewidziane w art. 14 dyrektywy 2000/31 w odniesieniu do usługodawców będących pośrednikami odzwierciedla równowagę między w szczególności wolnością wypowiedzi a prawami własności intelektualnej, zamierzoną przez prawodawcę Unii przy przyjmowaniu tej dyrektywy. W tamtym czasie zamierzał on wspierać rozwój tych usługodawców w celu bardziej ogólnego stymulowania rozwoju handlu elektronicznego i „usług społeczeństwa informacyjnego” na rynku wewnętrznym. Należało zatem nie nakładać na wspomnianych usługodawców odpowiedzialności mogącej zagrozić ich działalności. Interesy podmiotów uprawnionych miały być chronione i wyważone z wolnością wypowiedzi internautów w ramach systemu „zastrzeżenia i usunięcia” oraz w ramach nakazów, które mogą być wydane względem tych usługodawców¹⁵⁶.

133. Jak podnosi Rada, okoliczności niewątpliwie uległy zmianie od tamtej pory. Pojawienie się usług „Web 2.0” spowodowało powstanie nowych korzyści, a także zagrożeń gospodarczych i społecznych, wpływających na różne wchodzące w grę interesy. W tym kontekście prawodawca Unii miał prawo ponownie przeanalizować decyzje podjęte przez niego prawie dwadzieścia lat wcześniej, uwzględnić tę zmianę okoliczności oraz ocenić te korzyści i zagrożenia¹⁵⁷.

134. W tym względzie, jak podkreśliły Parlament, Rada i rząd francuski, prawodawca Unii dysponuje szerokim zakresem uznania w dziedzinach, w których jego działanie wiąże się z koniecznością podejmowania przez niego decyzji natury politycznej, gospodarczej i społecznej oraz dokonywania złożonych ocen¹⁵⁸. Dostosowanie prawa autorskiego do środowiska cyfrowego i ustalenie w tej dziedzinie systemu odpowiedzialności za usługi udostępniania treści online zapewniającego właściwą równowagę pomiędzy wszystkimi wchodzącymi w grę prawami i interesami stanowi niewątpliwie „złożone” zadanie¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Zobacz motywy 1–7, 40, 41, 45–49 dyrektywy 2000/31, a także moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 245.

¹⁵⁷ Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 246.

¹⁵⁸ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., Neptune Distribution, C-157/14, EU:C:2015:823, pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁵⁹ Zobacz rekomendacja CM/Rec(2018)2 w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, pkt 9 preambuły.

135. Podobnie ETPC przyznaje władzom publicznym szeroki zakres uznania, gdy powinny one zapewnić równowagę między poszczególnymi prawami chronionymi przez EKPC¹⁶⁰. Ten zakres uznania był w niniejszym przypadku tym większy, że chodziło o uregulowanie przez prawodawcę Unii co do zasady nie debaty politycznej, lecz korzystania z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną¹⁶¹.

136. W szeroko dyskutowanym kontekście¹⁶² prawodawca Unii podjął polityczną decyzję na korzyść twórczych sektorów. Uznał on, że wcześniejsza równowaga pomiędzy wchodzącymi w grę prawami i interesami nie jest już zadowalająca i że w celu dalszego zapewnienia podmiotom uprawnionym wysokiego poziomu ochrony¹⁶³ należy ustanowić nowy system odpowiedzialności w odniesieniu do niektórych dostawców usług „Web 2.0”, nakładając na nich pewne obowiązki nadzorowania treści umieszczanych online przez użytkowników ich usług. Biorąc pod uwagę szeroki zakres uznania przysługujący prawodawcy, uważam, że taki wybór nie jest co do zasady nieproporcjonalny.

137. Ściślej rzecz ujmując, proporcjonalny charakter zaskarżonych przepisów wynika moim zdaniem z połączenia dowodów przedstawionych przez pozwane i interwenientów, a mianowicie, po pierwsze, wielkości szkody gospodarczej wyrządzonej podmiotom uprawnionym przez niezgodne z prawem umieszczenie ich utworów online w usługach udostępniania treści online, z uwagi na gigantyczną ilość treści umieszczanych w tych usługach oraz szybkość wymiany informacji w Internecie¹⁶⁴, po drugie, faktu, że z tych samych powodów system „zastrzeżenia i usunięcia” jedynie z trudem umożliwia tym podmiotom uprawnionym monitorowanie korzystania z ich utworów we wspomnianych usługach, po trzecie, trudności, jakie napotykają w ściganiu odpowiedzialnych użytkowników, oraz po czwarte, faktu, że obowiązki w zakresie nadzoru dotyczą specyficznych usługodawców będących pośrednikami. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii pragnę zauważyć, że poprzez promowanie treści, którego dokonują¹⁶⁵, dostawcy usług udostępniania treści wywierają pewien wpływ na informacje, do których społeczeństwo ma dostęp. Aspekty te powodują w pewnym stopniu¹⁶⁶ zbliżenie tych dostawców do tradycyjnych pośredników, takich jak wydawcy, w związku z czym przyjęcie w odniesieniu do nich szczególnego systemu odpowiedzialności, różniącego się od systemu mającego zastosowanie do innych dostawców usług hostingowych, może być proporcjonalne¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Zobacz w szczególności wyrok ETPC w sprawie Ashby Donald i in. przeciwko Francji, § 40 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także wyroki ETPC: w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 11; z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie Akdeniz przeciwko Turcji, CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, § 28. Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., Fussl Modestraße Mayr, C-555/19, EU:C:2021:89, pkt 91–93.

¹⁶¹ Zobacz analogicznie wyrok ETPC w sprawie Neij i in. przeciwko Szwecji, s. 11.

¹⁶² Część doktryny utrzymuje, że brak jest dowodów empirycznych na istnienie „Value Gap”. Zobacz w szczególności G. Frosio, „From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 12, nr 7, s. 565–575, szczególnie s. 567–569. Zobacz przeciwny pogląd 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, n° 2018-4, s. 278–287.

¹⁶³ Pragnę uściślić, że oczywiście do prawodawcy Unii należy decyzja o poziomie, na jakim zamierza zapewnić ochronę praw autorskich i pokrewnych w Unii.

¹⁶⁴ Zobacz Ocena skutków, część 1/3, s. 137–144, 175. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 13 maja 2014 r., Google Spain i Google, C-131/12, EU:C:2014:317, pkt 80; a także Gławischnig-Pieszczek, pkt 36, 37.

¹⁶⁵ Zobacz pkt 14 niniejszej opinii.

¹⁶⁶ Niemniej jednak okoliczność, że dostawcy ci nie dokonują uprzedniego wyboru informacji umieszczonych online w ich usługach (zob. pkt 32 niniejszej opinii) stanowi moim zdaniem decydującą różnicę uniemożliwiającą traktowanie ich w taki sam sposób jak wydawców.

¹⁶⁷ Zobacz podobnie rekomendacja CM/Rec(2018)2 w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, pkt 4 i 5 preambuły oraz pkt 1.3.9 załącznika. W odniesieniu do „tradycyjnych” dostawców usług hostingowych taki system odpowiedzialności nie byłby moim zdaniem proporcjonalny. To samo dotyczy a fortiori innych rodzajów pośredników, takich jak podmioty świadczące usługi „zwykłego przekazu” (zob. art. 12 dyrektywy 2000/31).

138. Co więcej, jak podnoszą rządy hiszpański i francuski, ETPC w wyroku Delfi AS przeciwko Estonii orzekł, że w ramach wyważenia między wolnością wyrażania opinii w rozumieniu art. 10 EKPC a gwarantowanym w art. 8 tej konwencji prawem do poszanowania czci nie jest nieproporcjonalne pociągnięcie do odpowiedzialności wielkiego serwisu wiadomości online za to, że nie powstrzymał publikacji pewnych rodzajów niezgodnych z prawem komentarzy pozostawionych przez użytkowników na jego stronie internetowej pod artykułem lub przynajmniej że nie usunął ich z własnej inicjatywy w krótkim terminie.

139. W wyroku tym ETPC skupił się, po pierwsze, na rozmiarze szkody wyrządzonej takimi komentarzami, biorąc pod uwagę szybkość obrotu informacji online¹⁶⁸, i po drugie, na fakcie, że o ile system „zastrzeżenia i usunięcia” może stanowić w większości przypadków właściwe narzędzie wyważenia praw i interesów wszystkich zainteresowanych, o tyle nie jest on wystarczający, aby zapobiec poważnej szkodzie wynikającej z takich komentarzy¹⁶⁹. ETPC podkreślił również, po trzecie, że dla poszkodowanego utrudnione byłoby ściganie autorów komentarzy, i po czwarte, że operator serwisu wiadomości miał pewien wpływ na komentarze zamieszczone przez użytkowników, tak że można uzasadnić przyjęcie szczególnego podejścia w dziedzinie odpowiedzialności w odniesieniu do takiego pośrednika¹⁷⁰. Można zatem dostrzec pewną analogię do niniejszej sprawy¹⁷¹.

ii) Ryzyko związane z systemem odpowiedzialności takim jak wynikający z zaskarżonych przepisów

140. Jak podnosi w istocie Parlament, skoro filtrowanie, jakiego dostawcy usług udostępniania treści muszą dokonywać na podstawie zaskarżonych przepisów, uniemożliwia rozpowszechnianie w tych usługach treści naruszających prawa autorskie lub prawa pokrewne, wynikające z tych przepisów ograniczenie wykonywania prawa do wolności wypowiedzi jest w odniesieniu do tych treści uzasadnione.

141. Niemniej jednak związek, jaki prawodawca Unii ustanowił we wspomnianych przepisach między odpowiedzialnością dostawców usług udostępniania treści a skutecznością tego filtrowania, stwarza istotne zagrożenie dla wolności wypowiedzi, a mianowicie ryzyko „nadmiernego blokowania” treści zgodnych z prawem.

142. Takie ryzyko „nadmiernego blokowania” istnieje generalnie, gdy władze publiczne uznają usługodawców będących pośrednikami za odpowiedzialnych za informacje o bezprawnym charakterze dostarczone przez użytkowników ich usług. Aby uniknąć wszelkiego ryzyka odpowiedzialności, pośrednicy ci mogą mieć tendencję do wykazywania się gorliwością i nadmiernego blokowania tych informacji *przy najmniejszej wątpliwości co do ich zgodności z prawem*¹⁷².

¹⁶⁸ Zobacz wyrok ETPC w sprawie Delfi AS przeciwko Estonii, § 133.

¹⁶⁹ Zobacz wyrok ETPC w sprawie Delfi AS przeciwko Estonii, § 151, 155, 158, 159.

¹⁷⁰ Zobacz wyrok ETPC w sprawie Delfi AS przeciwko Estonii, § 113, 115, 117, 128, 145.

¹⁷¹ Pragnę uściślić, że w tej sprawie operator serwisu wiadomości musiał nadzorować ten serwis w poszukiwaniu informacji „wyraźnie niezgodnych z prawem”. Jak wyjaśnię w pkt 194–218 niniejszej opinii, ma to miejsce również w niniejszej sprawie.

¹⁷² Zobacz w szczególności J.M. Balkin, op.cit., s. 2309; a także wyrok ETPC z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie Jezior przeciwko Polsce, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 60 („przypisywanie [usługodawcy będącemu pośrednikiem] odpowiedzialności w odniesieniu do komentarzy pochodzących od osób trzecich może [...] zadziałać odstraszająco w zakresie wolności wyrażania opinii w Internecie”). Zobacz także wyroki ETPC: z dnia 2 lutego 2016 r. w sprawie Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 86; a także z dnia 7 lutego 2017 r. w sprawie Pihl przeciwko Szwecji, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 35. Natomiast w ramach zwolnienia z odpowiedzialności przewidzianego w art. 14 dyrektywy 2000/31 ryzyko to jest ograniczone, ponieważ usługodawcy będący pośrednikami powinni jedynie usunąć informacje, których niezgodność z prawem została stwierdzona lub jest „oczywista”.

143. W niniejszym przypadku ryzyko polega na tym, że dostawcy usług udostępniania treści, aby uniknąć wszelkiego ryzyka odpowiedzialności wobec podmiotów uprawnionych, uniemożliwią w sposób systematyczny udostępnianie w ich usługach wszelkich treści zwielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną, w odniesieniu do których otrzymali oni „odpowiednie i niezbędne informacje” lub „odpowiednio uzasadnione zastrzeżenie” od tych podmiotów, w tym treści nienaruszające ich praw¹⁷³.

144. Poza okolicznością, że niektórzy użytkownicy chcący umieścić online odnośne treści mogliby dysponować licencją na rozpatrywane utwory i przedmioty, podmioty uprawnione nie mają absolutnego monopolu na korzystanie z ich przedmiotów objętych ochroną. Artykuł 5 ust. 3 dyrektywy 2001/29 zawiera w tym względzie wykaz wyjątków i ograniczeń w odniesieniu do wyłącznego prawa do „publicznego udostępniania”. Te wyjątki i ograniczenia zapewniają co do zasady „właściwą równowagę” między z jednej strony interesem tych podmiotów uprawnionych w ochronie ich własności intelektualnej, a z drugiej strony ochroną interesów i praw podstawowych użytkowników przedmiotów objętych ochroną, a także interesu ogólnego¹⁷⁴ – mianowicie publicznego dostępu do kultury. W szczególności wiele ze wspomnianych wyjątków i ograniczeń, w tym wyjątki dotyczące cytowania, krytyki i recenzowania¹⁷⁵ oraz dotyczące karykatury, parodii i pastiszu¹⁷⁶, dają, w swoich odpowiednich zakresach stosowania, pierwszeństwo prawu do wolności wypowiedzi i twórczości użytkowników przed interesem wspomnianych podmiotów uprawnionych.

145. Tymczasem znaczna część treści umieszczonych online przez użytkowników w usługach udostępniania treści polega właśnie na wykorzystaniu, a nawet twórczym przywłaszczeniu utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, które mogą być objęte tymi wyjątkami i ograniczeniami¹⁷⁷.

146. Niemniej jednak kwestia, czy taki wyjątek lub ograniczenie ma zastosowanie do danej treści, zależy od kontekstu i wymaga przeprowadzenia pewnej analizy¹⁷⁸. Granica pomiędzy zgodnym z prawem wykorzystaniem a naruszeniem może w poszczególnych przypadkach okazać się dyskusyjna¹⁷⁹. We wszystkich tych niejednoznacznych sytuacjach dostawcom usług udostępniania treści mogłoby wydawać się prostsze uniemożliwienie udostępnienia

¹⁷³ Tym bardziej, że z jednej strony zgodnie z art. 17 ust. 4 dyrektywy 2019/790 na dostawcach usług udostępniania treści spoczywa ciężar wykazania, że dołożyli „wszelkich starań” w celu zapobieżenia umieszczeniu w sieci niezgodnych z prawem treści, a z drugiej strony ponoszą oni znaczne ryzyko odpowiedzialności ze względu na „znaczną ilość” treści, do której usługi te dają dostęp.

¹⁷⁴ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 26; z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 43; a także z dnia 29 lipca 2019 r., Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 38, 42, 43, 54. Zobacz również motyw 6 dyrektywy 2019/790.

¹⁷⁵ Zobacz art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29 i wyroki: z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW, C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 71; a także Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 57.

¹⁷⁶ Zobacz art. 5 ust. 3 lit. k) dyrektywy 2001/29 oraz wyrok z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 25.

¹⁷⁷ W tym miejscu odnoś się do memów, krytyki filmów, przekierowania treści, jak również całego szeregu innych rodzajów treści o charakterze rozrywkowym lub edukacyjnym masowo występujących w tych usługach, które zresztą same mogą stanowić utwory, często „transformatywne”.

¹⁷⁸ Na przykład, co się tyczy wyjątku przewidzianego w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29, chodzi w szczególności o zbadanie, czy użytkownik „[ustalił] bezpośredni i ścisły związek między cytowanym utworem i własnymi rozważaniami, a tym samym [umożliwił] taką konfrontację intelektualną z utworem innej osoby” (wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 79). W odniesieniu do wyjątku zawartego w lit. k) tego ustępu chodzi o to, czy treść, po pierwsze, „[nawiązuje] do istniejącego utworu, jednocześnie wykazując w porównaniu z nim uchwytnie różnice”, a po drugie, czy „[stanowi] wypowiedź humorystyczną lub żartobliwą” (wyrok z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 20).

¹⁷⁹ Analiza ulega ponadto dalszej komplikacji ze względu na to, że mające zastosowanie wyjątki i ograniczenia oraz ich zakres mogą różnić się w zależności od prawa krajowego. O ile bowiem wyliczenie zawarte w art. 5 dyrektywy 2001/29 jest wyczerpujące, o tyle daje ono każdemu państwu członkowskiemu *możliwość* transpozycji do swojego prawa krajowego tych wyjątków i ograniczeń, które sobie życzy. Ponadto państwa te dysponują, w zależności od przypadku, zakresem uznania w odniesieniu do ich wdrażania. Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 188.

rozpatrywanych treści, niż gdyby musieli sami powołać się, w ramach ewentualnego powództwa odszkodowawczego wniesionego przez podmioty uprawnione, na stosowanie tych wyjątków lub ograniczeń¹⁸⁰.

147. Ryzyko „nadmiernego blokowania”, które właśnie opisałem, jest w niniejszym przypadku wzmożone z uwagi na fakt, że przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności ustanowione w art. 17 ust. 4 lit. b) i art. 17 ust. 4 lit. c) in fine dyrektywy 2019/790 zobowiązują de facto w wielu przypadkach dostawców usług udostępniania treści do korzystania z narzędzi automatycznego rozpoznawania treści.

148. W tym względzie nie należy zapominać o ograniczeniach związanych z rozpatrywanymi narzędziami, które to ograniczenia zostały należycie podkreślone przez skarżącą i które zresztą zostały już stwierdzone przez Trybunał w wyrokach *Scarlet Extended* i *SABAM*¹⁸¹. Narzędzia automatycznego rozpoznawania treści wykrywają bowiem właśnie *treści*, a nie *naruszenia* prawa autorskiego. Narzędzia owe, w szczególności te, które działają z wykorzystaniem techniki „odcisku cyfrowego”, mogą wykrywać *korespondujące treści*, to znaczy rozpoznawać, że zawartość danego pliku zwielokrotnia w całości lub w części zawartość pliku odniesienia¹⁸². Natomiast, jak podnosi Rzeczpospolita Polska, wspomniane narzędzia nie są obecnie w stanie ocenić kontekstu, w jakim został użyty zwielokrotniony utwór, a w szczególności zidentyfikować zastosowania wyjątku lub ograniczenia prawa autorskiego¹⁸³. Ryzyko „nadmiernego blokowania” jest tym większe, że rośnie zdolność tych narzędzi do rozpoznawania korespondujących treści w coraz krótszych fragmentach (na przykład kilka sekund w przypadku fonogramu). Korzystanie z nich niesie zatem ryzyko pozbawienia użytkowników przestrzeni wypowiedzi i kreatywności, która jest dozwolona przez wspomniane wyjątki i ograniczenia¹⁸⁴. Ponadto zdolność narzędzi automatycznego rozpoznawania do identyfikowania niezgodnych z prawem treści zależy od dokładności i prawdziwości informacji dostarczonych przez podmioty uprawnione. Wykorzystanie tych narzędzi może zatem prowadzić do nieuzasadnionych reklamacji dotyczących na przykład utworów należących do domeny publicznej¹⁸⁵ na podstawie błędnych lub stanowiących nadużycie informacji referencyjnych (tzw. ryzyko „nadmiernych zastrzeżeń”)¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Zobacz analogicznie moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 189.

¹⁸¹ Zobacz podobnie pkt 52 pierwszego wyroku i pkt 50 drugiego wyroku. Zobacz także moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 243.

¹⁸² Zobacz pkt 58 niniejszej opinii.

¹⁸³ Zobacz w szczególności dokument Komisji „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, s. 15.

¹⁸⁴ Zobacz w szczególności K. Grisse, op.cit., s. 887; S. Dusollier, op.cit., s. 1018, oraz M. Lambrecht, op.cit., s. 73. Zobacz także S. Jacques, K. Garstka, M. Hviid i J. Street, „The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube’s Content ID digital fingerprinting technology”, 2017.

¹⁸⁵ Prawo pokrewne producentów fonogramów pociąga za sobą również szczególne zagrożenia w tym względzie. Na przykład taki producent może zidentyfikować, w celu zablokowania, nagranie wykonania nokturnu Chopina (utworu, który zresztą stał się własnością publiczną), do którego przysługują mu prawa. Ponieważ pewne narzędzia, takie jak Content ID, mogą rozpoznawać nie tylko treści zawierające fragmenty *tego fonogramu*, ale również te, które zawierają *tę samą melodię* (zob. przypis 65 do niniejszej opinii), mogą one automatycznie blokować na przykład filmy użytkowników, którzy nagrywają się podczas samodzielnego wykonania rozpatrywanego nokturnu.

¹⁸⁶ W szczególności wydaje się, że z tego powodu Content ID błędnie uznawał już niewinne treści za utwory chronione. Zobacz różne przykłady K. Garstka, „Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression”, *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, 4th ed., P. Torremans (ed.), 2020, s. 327–352, szczególnie s. 332–334.

iii) Konieczność ustanowienia wystarczających gwarancji w celu zminimalizowania tego ryzyka

149. Z uwagi na ryzyko „nadmiernego blokowania” opisane w poprzedniej podsekcji system odpowiedzialności taki jak wynikający z zaskarżonych przepisów powinien moim zdaniem być obwarowany dostatecznymi gwarancjami, aby zminimalizować to ryzyko, a tym samym zapewnić, by zakres ingerencji w wolność wypowiedzi był dokładnie określony¹⁸⁷. Ogólnie rzecz biorąc, każdy rodzaj delegowania przez organy władzy publicznej kontroli zgodności z prawem online na usługodawców będących pośrednikami¹⁸⁸, w postaci obowiązków w zakresie nadzoru nałożonych bezpośrednio lub pośrednio na tych pośredników, musi być obwarowany takimi gwarancjami.

150. Ściślej rzecz ujmując, uważam, że taki system powinien wpisywać się w ramy prawne ustanawiające jasne i precyzyjne przepisy dotyczące zakresu i stosowania środków filtrowania, które powinny zostać wdrożone przez usługodawców, o których mowa, w celu zapewnienia użytkownikom tych usług skutecznej ochrony przed arbitralnym lub stanowiącym nadużycie blokowaniem informacji, które zamierzają umieścić online¹⁸⁹.

151. Pragnę również podkreślić, że gdy ograniczenie praw podstawowych wynika z samego ustawodawstwa Unii i można mu je zatem przypisać, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie¹⁹⁰, prawodawca Unii ponosi znaczną część odpowiedzialności w tym względzie. W takiej sytuacji nie może on całkowicie pozostawić państwom członkowskim – a tym bardziej usługodawcom zobowiązanym do przestrzegania tych przepisów – zadania ustanowienia takich gwarancji. Przeciwnie, powinien on przynajmniej określić ich istotę¹⁹¹. Niemniej jednak skoro w niniejszej sprawie chodzi o dyrektywę, która ponadto dotyczy dziedziny technicznej, pewne szczegółowe zasady wykonania powinny zostać określone przez państwa członkowskie, a także przez Komisję¹⁹².

152. Pragnę dodać, że obowiązek przewidzenia przez prawodawcę Unii istoty tych gwarancji jest niezbędny dla zapewnienia jednolitego stosowania prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich – przy czym taka jednolitość jest tym bardziej konieczna, że w niniejszej sprawie chodzi o dyrektywę harmonizującą przyjętą na podstawie art. 114 TFUE. Dostawcy usług udostępniania treści, którzy działają na poziomie międzynarodowym, nie powinni musieć podlegać 27 krajowym systemom odpowiedzialności, które mogą różnić się pod względem zakresu nałożonych na nich obowiązków filtrowania. Przede wszystkim użytkownicy tych usług powinni korzystać z zasadniczo identycznej ochrony przed arbitralnymi lub stanowiącymi nadużycie środkami blokowania, niezależnie od państwa członkowskiego, w którym się znajdują.

¹⁸⁷ Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 22 stycznia 2013 r., *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, pkt 61; z dnia 8 kwietnia 2014 r., *Digital Rights Ireland i in.*, C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, pkt 65.

¹⁸⁸ Zobacz pkt 84 i 115 niniejszej opinii.

¹⁸⁹ Zobacz w tym względzie wyroki ETPC: w sprawie *Ahmet Yildirim przeciwko Turcji*, § 64; z dnia 8 października 2013 r. w sprawie *Cumhuriyet Vakfi i in. przeciwko Turcji*, CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, § 61; z dnia 1 grudnia 2015 r. w sprawie *Cengiz i in. przeciwko Turcji*, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62; a także w sprawie *Kablis przeciwko Rosji*, § 97. Zobacz również analogicznie wyroki: z dnia 8 kwietnia 2014 r., *Digital Rights Ireland i in.*, C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, pkt 54, 55, 65; z dnia 21 grudnia 2016 r., *Tele2 Sverige i Watson i in.*, C-203/15 i C-698/15, EU:C:2016:970, pkt 117; a także z dnia 2 marca 2021 r., *Prokuratuur (Warunki dostępu do danych dotyczących łączności elektronicznej)*, C-746/18, EU:C:2021:152, pkt 48.

¹⁹⁰ Zobacz pkt 84 niniejszej opinii.

¹⁹¹ Zobacz wyrok z dnia 8 kwietnia 2014 r., *Digital Rights Ireland i in.*, C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, pkt 60–67; a także opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawach połączonych *Digital Rights Ireland i in.*, C-293/12 i C-594/12, EU:C:2013:845, pkt 117, 120.

¹⁹² Zobacz pkt 210–213 niniejszej opinii.

153. Reasumując: jakkolwiek prawodawca Unii dysponuje szerokim zakresem uznania przy podejmowaniu decyzji o *zasadzie działania* takiego systemu odpowiedzialności jak przewidziany w zaskarżonych przepisach, to jednak nie może on zaniedbać *wystarczających gwarancji* dla zminimalizowania wynikającego z niego ryzyka dla wolności wypowiedzi. Moim zdaniem do Trybunału należy przeprowadzenie skrupulatnej kontroli przestrzegania tego wymogu¹⁹³.

iv) Gwarancje przewidziane w niniejszym przypadku

154. Rzeczpospolita Polska utrzymuje, że prawodawca Unii nie spełnił rzeczzonego wymogu w niniejszym przypadku. Jej zdaniem zaskarżonym przepisom nie towarzyszą żadne gwarancje, które mogłyby określać zakres ingerencji w wolność wypowiedzi użytkowników usług udostępniania treści.

155. Pozwane i interwenienci podnoszą natomiast, że art. 17 dyrektywy 2019/790 zawiera „pełny system gwarancji”. Zaskarżone przepisy są bowiem nierozzerwalnie związane z ust. 5, 7, 8 i 9 tego artykułu. Ustępy te ustanawiają jasne i precyzyjne reguły określające zakres i sposób stosowania środków, które powinny zostać wdrożone przez dostawców usług udostępniania treści, i chronią w ten sposób „właściwą równowagę” między prawami własności intelektualnej a wolnością wypowiedzi.

156. Artykuł 17 ust. 5 dyrektywy 2019/790, w którym, jak pragnę przypomnieć, wskazano, że środki, jakie powinien podjąć każdy dostawca, należy oceniać z uwzględnieniem zasady proporcjonalności w świetle elementów takich jak „skala świadczonych usług” lub „koszt” dostępnych narzędzi, wydaje mi się bardziej istotny dla kwestii poszanowania wolności prowadzenia działalności gospodarczej, która nie jest przedmiotem niniejszej sprawy, niż dla wolności wypowiedzi. Nie uważam zatem za konieczne powrócenia do tej kwestii.

157. Natomiast ust. 7, 8 i 9 tego artykułu rzeczywiście zawierają moim zdaniem znaczące gwarancje ochrony użytkowników usług udostępniania treści przed arbitralnymi lub stanowiącymi nadużycie środkami blokowania ich treści. Przeanalizuję je zatem w dalszych podsekcjach.

– *Prawo do zgodnego z prawem korzystania z przedmiotów objętych ochroną (ust. 7) oraz mechanizm składania skarg (ust. 9)*

158. Pozwane i interwenienci słusznie podkreślili fakt, że jedna z głównych gwarancji mających na celu ograniczenie ryzyka, że dostawcy usług udostępniania treści uniemożliwią na podstawie zaskarżonych przepisów udostępnianie w ich usługach treści w sposób zgodny z prawem wielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione, zawarta jest w art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790.

159. *Z jednej strony* bowiem akapit pierwszy tego ustępu stanowi, że „współpraca między dostawcami usług udostępniania treści internetowych a podmiotami uprawnionymi¹⁹⁴ nie może prowadzić do uniemożliwiania dostępności utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną

¹⁹³ W tym względzie pragnę zauważyć, że ETPC wielokrotnie orzekał, iż „duże zagrożenia”, jakie stwarzają dla wolności wypowiedzi „uprzednie ograniczenia” wynikające ze środków blokowania, wymagają „jak najskrupulatniejszego badania”. Zobacz w szczególności wyrok ETPC w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, § 47.

¹⁹⁴ To sformułowanie należy rozumieć w ten sposób: środki filtrowania i blokowania, które dostawcy ci powinni zastosować na podstawie zaskarżonych przepisów. Zobacz motyw 66 akapit pierwszy dyrektywy 2019/790.

zamieszczanych przez użytkowników, które nie naruszają prawa autorskiego i praw pokrewnych, w tym również w przypadku gdy takie utwory lub inne przedmioty objęte ochroną są objęte wyjątkiem lub ograniczeniem”¹⁹⁵.

160. Z drugiej strony, zgodnie z akapitem drugim wspomnianego ustępu, państwa członkowskie powinny zapewnić, aby użytkownicy mogli powołać się na wyjątki i ograniczenia związane z (a) cytowaniem, krytyką, recenzowaniem oraz (b) korzystaniem do celów karykatury, parodii lub pastiszu¹⁹⁶, gdy umieszczają online treści w usługach udostępniania treści.

161. Wynika z tego, że prawodawca Unii wyraźnie przyznał prawa podmiotowe w dziedzinie prawa autorskiego użytkownikom usług udostępniania treści. Użytkownicy ci mają obecnie *prawo*, na które można się powołać wobec dostawców tych usług i podmiotów uprawnionych, do zgodnego z prawem korzystania we wspomnianych usługach z przedmiotów objętych ochroną, w tym *prawo* do powoływania się na wyjątki i ograniczenia w odniesieniu do prawa autorskiego i praw pokrewnych¹⁹⁷. To uznanie przez prawodawcę znaczenia tych wyjątków i ograniczeń dla użytkowników jest zbieżne z orzecznictwem Trybunału, który sam ostatnio przyznał, że wyjątki te „obejmują prawa” dla użytkowników¹⁹⁸.

162. Pragnę podkreślić, że zgodnie z art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 użytkownicy mogą powoływać się na *wszystkie wyjątki i ograniczenia przewidziane w prawie Unii*¹⁹⁹, a w szczególności na wyjątki i ograniczenia określone w art. 5 dyrektywy 2001/29 – o ile jednak są one zawarte w mającym zastosowanie prawie krajowym. Tymczasem, jakkolwiek ów art. 5 dyrektywy 2001/29 pozostawia państwom członkowskim *możliwość* transponowania wymienionych w nim wyjątków i ograniczeń²⁰⁰, to jednak art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 *zobowiązuje* obecnie te państwa do ustanowienia przynajmniej wyjątków i ograniczeń dotyczących cytowania i parodii w ich prawie wewnętrznym²⁰¹, zważywszy na ich szczególne znaczenie dla wolności wypowiedzi.

163. Wynika z tego konkretnie, że dostawcy usług udostępniania treści nie są prawnie upoważnieni do blokowania lub usuwania treści wykorzystujących w sposób zgodny z prawem utwory lub inne przedmioty objęte ochroną *ze względu na to, że treści te naruszają prawo autorskie*²⁰². W szczególności nie mogą oni już wyłączyć w swoich ogólnych warunkach

¹⁹⁵ Dotyczy to również w szczególności korzystania z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, objętego umowami licencyjnymi zawartymi przez użytkowników (zob. motyw 66 akapit pierwszy dyrektywy 2019/790), a także korzystania z utworów należących do domeny publicznej.

¹⁹⁶ Omawiane wyjątki i ograniczenia zostały ponadto przewidziane, jak wskazałem w przypisach 175 i 176 do niniejszej opinii, w art. 5 ust. 3 lit. d) i k) dyrektywy 2001/29.

¹⁹⁷ Mogą to zrobić w szczególności przed sądami krajowymi (zob. art. 17 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2019/790 („[...] użytkownicy [mają] dostęp do sądu lub innego właściwego organu sądowego w celu dochodzenia prawa do korzystania z wyjątku lub ograniczenia w zakresie prawa autorskiego i praw pokrewnych”).

¹⁹⁸ Zobacz wyroki: z dnia 29 lipca 2019 r., Funke Medien NRW, C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 70; a także Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 54.

¹⁹⁹ O ile ów ust. 7 jest w tym względzie niejednoznaczny, o tyle wykładnia ta wynika jasno z motywu 70 dyrektywy 2019/790 („Działania podejmowane przez dostawców usług udostępniania treści [...] powinny pozostawać bez uszczerbku dla stosowania *wyjątków lub ograniczeń w zakresie prawa autorskiego* [...]”) oraz z ust. 9 tego artykułu, a w szczególności z jego akapitu czwartego („[...] mogą oni korzystać z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną na podstawie wyjątków lub ograniczeń [...] *przewidzianych w prawie Unii*”) (podkreślenie moje).

²⁰⁰ Zobacz przypis 179 do niniejszej opinii.

²⁰¹ Przynajmniej w odniesieniu do korzystania z przedmiotów objętych ochroną w usługach udostępniania treści.

²⁰² W tym zakresie art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 ogranicza wolność prowadzenia działalności gospodarczej przez dostawców usług udostępniania treści w celu zapewnienia użytkownikom wolności wypowiedzi. Niemniej jednak dostawcy ci mają nadal możliwość usuwania treści objętych wyjątkami lub ograniczeniami z przyczyn *innych niż problemy z zakresu praw autorskich*, na przykład gdy są obraźliwe lub naruszają ich politykę w dziedzinie nagości. Przepis ten sam w sobie nie nakłada zatem na rzeczonych dostawców obowiązku rozpowszechniania („must carry”) takich treści.

korzystania lub w ramach umów z podmiotami uprawnionymi stosowania wyjątków i ograniczeń, przewidując na przykład, że zwykle stwierdzenie tych podmiotów o naruszeniu prawa autorskiego wystarczy do uzasadnienia takiego środka blokowania lub usuwania²⁰³. Przeciwnie, dostawcy ci powinni poinformować swoich użytkowników w tych ogólnych warunkach, że mogą oni korzystać z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną w ramach wspomnianych wyjątków i ograniczeń²⁰⁴.

164. Przyjmując art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790, prawodawca Unii, świadomy ryzyka „nadmiernego blokowania”²⁰⁵ mogącego wynikać z ustanowionego przez niego systemu odpowiedzialności oraz w celu zapewnienia „właściwej równowagi” między wchodzącymi w grę prawami i interesami, a także w celu ochrony wolności wypowiedzi użytkowników usług udostępniania treści²⁰⁶, przewidział jasne i precyzyjne granice środków filtrowania i blokowania, które powinny zostać wdrożone przez dostawców tych usług na podstawie ust. 4 tego artykułu.

165. W tym względzie Parlament, Rada i Komisja słusznie podkreśliły, że ów ust. 7, zważywszy na imperatywny charakter terminów użytych w jego akapicie pierwszym – „nie może prowadzić”²⁰⁷ – nakłada na dostawców usług udostępniania treści *obowiązek osiągnięcia rezultatu: są one zobowiązane do osiągnięcia rezultatu* w postaci nieuniemożliwienia udostępniania w ich usługach treści zwielokrotniających w sposób zgodny z prawem utwory i inne przedmioty objęte ochroną, nawet jeśli te utwory i przedmioty zostały wskazane przez podmioty uprawnione. Granice dopuszczalnych środków filtrowania i blokowania są zatem wyraźnie wytyczone: *celem ani skutkiem* tych środków *nie może być uniemożliwienie zgodnego z prawem wykorzystania*. Przepis ten przyczynia się zatem do przeciwdziałania tendencji do „nadgorliwości” u tych dostawców, a tym samym do wyznaczenia granic zakresu ingerencji w wolność wypowiedzi, tak aby była ona ograniczona do rozpowszechniania treści naruszających przepisy prawa autorskiego.

166. Rzeczpospolita Polska odpowiada jednak, że ze względu na ograniczenia nierozłącznie związane z funkcjonowaniem narzędzi do rozpoznawania treści, o których mowa w pkt 148 niniejszej opinii, a w szczególności na ich niezdolność do zidentyfikowania stosowania wyjątków i ograniczeń dotyczących prawa autorskiego, art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 stanowi raczej pobożne życzenie niż skuteczną gwarancję. W rzeczywistości treści objęte tymi wyjątkami i ograniczeniami zostaną automatycznie zablokowane przez wspomniane narzędzia. Przepis ten nie może zatem zapewnić użytkownikom usług udostępniania treści skutecznej ochrony przed stanowiącym nadużycie lub arbitralnym blokowaniem ich treści.

167. Argumentacja skarżącej w tym względzie odzwierciedla fundamentalną rozbieżność stanowisk między stronami i interwenientami w odniesieniu do zakresu tego ust. 7 oraz konkretnego sposobu, w jaki prawa użytkowników powinny być w praktyce przestrzegane. Dwie odrębne wykładnie tego przepisu były bowiem przedmiotem dyskusji przed Trybunałem w tym zakresie.

²⁰³ Zobacz podobnie M. Leistner, op.cit., s. 165, 166. Każde odmienne postanowienie w tych warunkach ogólnych lub w takich umowach byłoby zatem moim zdaniem niezgodne z art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790.

²⁰⁴ Zobacz art. 17 ust. 9 akapit czwarty dyrektywy 2019/790. Informacja przekazana użytkownikom na temat ich prawa do korzystania z przedmiotów objętych ochroną w ramach wyjątku i ograniczenia, a także o granicach tego prawa, ma zasadnicze znaczenie dla wspierania wykonywania przez nich wolności wypowiedzi i twórczości, przy jednoczesnym ograniczeniu ryzyka przypadkowego naruszenia praw autorskich.

²⁰⁵ Zobacz Ocenę skutków, część 1/3, s. 140, 141 oraz przypis 422.

²⁰⁶ Zobacz art. 70 akapit pierwszy dyrektywy 2019/790.

²⁰⁷ „Shall not result” w angielskiej wersji językowej dyrektywy 2019/790.

168. Zgodnie z *pierwszą wykładnią*, na której Rzeczpospolita Polska opiera swoją skargę i która jest ponadto popierana przez rządy hiszpański i francuski, (jedynym) mechanizmem²⁰⁸ zapewniającym w praktyce, że środki filtrowania i blokowania wprowadzone przez dostawców usług udostępniania treści, na podstawie zaskarżonych przepisów, nie będą uniemożliwiały udostępniania w ich usługach zgodnego z prawem wykorzystania utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, jest „mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń”, który zgodnie z art. 17 ust. 9 dyrektywy 2019/790 dostawcy ci muszą udostępnić użytkownikom swoich usług „w przypadku sporów dotyczących zablokowania dostępu do zamieszczonych przez nich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną lub ich usunięcia”.

169. Konkretnie dostawcy usług udostępniania treści powinni, zgodnie z życzeniem podmiotów uprawnionych, blokować ex ante wszystkie treści zwielokrotniające w całości lub w części utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez te podmioty – niezależnie od tego, czy naruszają one ich prawa – przy czym na użytkownika, który uważa, że korzysta z tych przedmiotów zgodnie z prawem, na przykład w ramach wyjątku lub ograniczenia, spoczywa ciężar złożenia skargi w tym zakresie. Przy założeniu, że skarga jest zasadna, treść, o której mowa, zostałaby udostępniona online ex post po jej zbadaniu. Pragnę uściślić, że o ile skarżąca oraz rządy hiszpański i francuski zgadzają się co do rozumienia art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790, o tyle zdecydowanie różnią się w poglądach co do konsekwencji, jakie należy z niego wyciągnąć²⁰⁹.

170. Zgodnie z *drugą wykładnią*, przedstawioną przez Parlament, Radę i Komisję, prawo użytkowników usług udostępniania treści do zgodnego z prawem korzystania z przedmiotów objętych ochroną przewidziane w art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 powinno być wzięte pod uwagę ex ante przez dostawców tych usług w ramach samego procesu filtrowania. Zaskarżone przepisy i ów ust. 7 powinny być bowiem interpretowane łącznie, a obowiązki, które one przewidują, mają zastosowanie „jednocześnie”. „Wszelkie starania”, jakich dostawcy ci powinni dołożyć zgodnie z tymi przepisami, aby zapobiec umieszczeniu online wskazanych przez podmioty uprawnione utworów i przedmiotów objętych ochroną, nie mogą zatem w praktyce oznaczać prewencyjnego i systematycznego blokowania tych zgodnych z prawem form wykorzystywania. Mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń, o którym mowa w art. 17 ust. 9, stanowi dodatkową i ostateczną gwarancję w sytuacjach, w których pomimo obowiązku zawartego w ust. 7 wspomniani dostawcy zablokowaliby jednak – niesłusznie – takie zgodne z prawem treści.

171. Przychyłam się do tej ostatniej wykładni, która wynika moim zdaniem z analizy literalnej, systemowej i historycznej art. 17 dyrektywy 2019/790.

172. *Przede wszystkim*, w odniesieniu do płaszczyzny tekstowej, przypominam, że zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 współpraca między podmiotami uprawnionymi a dostawcami usług udostępniania treści nie może prowadzić do „uniemożliwienia udostępnienia” treści zwielokrotniających w sposób zgodny z prawem utwory lub inne

²⁰⁸ Rząd francuski powołuje się również na ewentualne dobrowolne środki podjęte przez podmioty uprawnione (zobacz przypis 252 do niniejszej opinii).

²⁰⁹ *Pierwsza z nich uważa*, jak wspomniałem w pkt 166 niniejszej opinii, że okoliczność, iż prawa użytkowników usług udostępniania treści są brane pod uwagę jedynie ex post w przypadku skargi złożonej przez tych użytkowników, świadczy o nieproporcjonalnym charakterze ograniczenia wykonywania prawa do wolności wypowiedzi. Natomiast *drugie są zdania*, że wykładnia ta utrzymuje „właściwą równowagę” pomiędzy wchodzącymi w grę prawami i interesami, ponieważ zapewnia podmiotom uprawnionym możliwość kontrolowania a priori wykorzystania ich utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, powodując jednocześnie dla tych użytkowników jedynie „tymczasową niedogodność”.

przedmioty objęte ochroną. Wykładnia, zgodnie z którą treści te mogą być systematycznie blokowane *ex ante*, o ile użytkownicy mogą uzyskać ich przywrócenie *ex post*, nie jest moim zdaniem najbardziej naturalnym sposobem rozumienia tego tekstu²¹⁰.

173. *Następnie*, z systemowego punktu widzenia, jak podnosi Komisja, zaskarżone przepisy i ów ust. 7 należy interpretować w świetle art. 17 ust. 9 akapit trzeci, zgodnie z którym rzeczona dyrektywa „nie wpływa w żaden sposób” na zgodne z prawem sposoby korzystania z utworów i przedmiotów objętych ochroną. Tymczasem gdyby rozpatrywane treści miały być systematycznie blokowane *ex ante*, ze spoczywającym na użytkownikach ciężarem złożenia skargi w celu uzyskania ich udostępnienia online, to rzecz jasna „wpływałoby” to w pewien sposób na takie zgodne z prawem wykorzystanie.

174. Pragnę również zauważyć, że kwestia zgodnego z prawem korzystania z przedmiotów objętych ochroną została poruszona nie tylko w motywie 70 dyrektywy 2019/790, w którym mowa jest o mechanizmie składania skarg, lecz również w jej motywie 66 akapit pierwszy²¹¹, dotyczącym środków zapobiegawczych, które powinny zostać wprowadzone przez dostawców usług udostępniania treści na podstawie zaskarżonych przepisów. Ponadto zgodnie ze wspomnianym motywem 70 akapit pierwszy mechanizm ten ma na celu „wspieranie”, a nie „umożliwienie” takiego zgodnego z prawem korzystania.

175. *Wreszcie* prace przygotowawcze potwierdzają tę wykładnię. W tym względzie pragnę zauważyć, że art. 17 ust. 9 dyrektywy 2019/790 pochodzi od art. 13 ust. 2 wniosku dotyczącego dyrektywy. Wniosek ten nie zawierał przepisu dotyczącego zgodnego z prawem korzystania z utworów i innych przedmiotów objętych ochroną. Taki przepis został dodany w drodze poprawek przy pierwszym czytaniu tekstu w Parlamencie i Radzie. W tych poprawkach mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń miał na celu w szczególności umożliwienie tego zgodnego z prawem wykorzystania²¹². Tymczasem po pierwszym odrzuceniu tekstu przez Parlament w dniu 5 lipca 2018 r. w późniejszych wersjach tekstu oraz w wersji ostatecznie przyjętej kwestia praw użytkowników i mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń zostały rozdzielone na dwa odrębne przepisy.

176. Ten przebieg procesu legislacyjnego świadczy również moim zdaniem o tym, że zamiar prawodawcy Unii uległ zmianie w tym względzie. Choć art. 13 wniosku dotyczącego dyrektywy był jednostronnie korzystny dla podmiotów uprawnionych, to ów art. 13 przekształcił się w chwili jego przyjęcia w formie art. 17 dyrektywy 2019/790 w skomplikowany mechanizm, który wymaga uznania i wyważenia różnych wchodzących w grę interesów. Jak podniosła Rada,

²¹⁰ Jest to jeszcze bardziej oczywiste w angielskiej wersji językowej dyrektywy 2019/790 („[...] shall not result in the *prevention* of the availability [...]”) (podkreślenie moje). Ponadto moim zdaniem wspomniany ust. 7 konkretyzuje prawo do wolności wypowiedzi, a więc jego brzmienie należy interpretować szeroko. Zobacz analogicznie wyrok z dnia 14 lutego 2019 r., Buivids, C-345/17, EU:C:2019:122, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

²¹¹ „[...] Kroki podejmowane przez takich dostawców usług nie powinny mieć [...] wpływu na użytkowników korzystających z usług udostępniania treści [...] w celu zgodnego z prawem zamieszczania informacji [w takich usługach] [...]”.

²¹² Zobacz, po pierwsze, „Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market”, 29 czerwca 2019 r., Parlament, Komisja Prawna, dokument A8-0245/2018 (dostępny pod adresem https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.html?redirect), poprawka 77: „[...] *To prevent misuses or limitations in the exercise of exceptions and limitations to copyright*, Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place effective and expeditious complaints and redress mechanisms [...]”. Po drugie, zob. Rada, dokument 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4 + ADD, 25 maja 2018 r. (dostępny pod adresem <https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf>): „Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. *For that purpose*, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism [...]” (podkreślenie moje).

prawodawca postanowił w tym przepisie chronić zarówno podmioty uprawnione, jak i użytkowników. Jak podkreśla Parlament, ów art. 17 odzwierciedla delikatny kompromis w tym względzie. Zmiany tej nie należy lekceważyć przy jego wykładni²¹³.

177. Przedstawiona przez Parlament, Radę i Komisję wykładnia, zgodnie z którą prawa użytkowników na podstawie art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 należy brać pod uwagę *ex ante*, a nie tylko *ex post*, zapewnia *ponadto* proporcjonalność wynikającego z zaskarżonych przepisów ograniczenia w korzystaniu z prawa do wolności wypowiedzi²¹⁴.

178. W tym względzie prawdą jest, że mechanizm składania skarg i dochodzenia roszczeń, o którym mowa w art. 17 ust. 9 dyrektywy 2019/790, stanowi jednocześnie zasadniczą gwarancję i znaczący postęp w stosunku do dyrektywy 2000/31²¹⁵. Jest to konieczny składnik każdego systemu filtrowania z uwagi na wynikające z tego działania ryzyko „nadmiernego blokowania”. Prawodawca Unii otoczył również ów mechanizm „podgwarancjami” proceduralnymi. Wspomniany mechanizm musi być „skuteczny i sprawny”, a złożone w ten sposób skargi rozpatruje się „bez zbędnej zwłoki”. Innymi słowy – dostawcy usług udostępniania treści są zobowiązani działać w tej dziedzinie tak samo niezwłocznie jak mają to obowiązek wykazać w przypadku zastrzeżeń otrzymanych od podmiotów uprawnionych w ramach art. 17 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2019/790²¹⁶. Ponadto podmioty uprawnione muszą „należycie” uzasadnić swoje żądania zablokowania, a skargi powinny być rozpatrywane przez człowieka.

179. Ponadto, zgodnie z owym ust. 9, państwa członkowskie powinny również zapewnić, aby do celów rozstrzygania sporów między użytkownikami a podmiotami uprawnionymi dostępne były pozasądowe mechanizmy dochodzenia roszczeń. Takie mechanizmy mają znaczenie dla zapewnienia bezstronnego rozstrzygania tych sporów. Co jeszcze moim zdaniem ważniejsze, państwa członkowskie są zobowiązane do ustanowienia „skutecznych środków ochrony prawnej” w tej dziedzinie. W tym względzie w wyroku UPC Telekabel Wien²¹⁷ Trybunał podkreślił zasadniczo, że takie prawo do skutecznego środka prawnego jest niezbędne dla zapewnienia korzystania online z prawa do wolności wypowiedzi.

180. Jednakże o ile te gwarancje proceduralne są istotne, o tyle nie są one same w sobie *wystarczające* do zapewnienia „właściwej równowagi” między prawem autorskim a wolnością wypowiedzi użytkowników.

181. W *pierwszej kolejności*, zgodnie z orzecznictwem Trybunału i ETPC, istnienie takich gwarancji proceduralnych nie zwalnia organów władzy publicznej z zadbania o to, aby zminimalizować *skutek uboczny* środka filtrowania i blokowania. Mamy tu do czynienia z odrębnymi i *kumulatywnymi* wymogami.

²¹³ Zobacz analogicznie opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206, pkt 82); a także moja opinia w sprawach połączonych Acacia i D’Amato (C-397/16 i C-435/16, EU:C:2017:730, pkt 53, 63–65).

²¹⁴ W tym względzie pragnę przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału „tekst prawa wtórnego Unii powinien być interpretowany, tak dalece jak to możliwe, w sposób, który nie podważa jego ważności, i w zgodzie z całością prawa pierwotnego, w tym w szczególności z postanowieniami karty” (zob. w szczególności wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., Consob, C-481/19, EU:C:2021:84, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).

²¹⁵ Dyrektywa 2000/31 nie nakłada bowiem na usługodawców będących pośrednikami żadnego obowiązku ustanowienia procedury „kontrzastrzeżenia” umożliwiającej użytkownikom zakwestionowanie „nadmiernego usunięcia” ich informacji.

²¹⁶ Ponadto w angielskiej wersji językowej dyrektywy 2019/790 ten sam przymiotnik został użyty w jej art. 17 ust. 4 lit. c) i art. 17 ust. 9 akapit pierwszy („acted *expeditiously*, upon receiving a [...] notice [...]” i „[...] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism [...]” (podkreślenie moje).

²¹⁷ Wyrok z dnia 27 marca 2014 r., C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 57.

182. Oba te sądy wielokrotnie stwierdzały bowiem, że wszystkie środki filtrowania i blokowania muszą być „ściśle ukierunkowane”, w tym znaczeniu, że powinny dotyczyć nielegalnych treści i nie mogą mieć arbitralnego lub nadmiernego wpływu na zgodne z prawem treści²¹⁸. W wyroku L’Oréal i in.²¹⁹ Trybunał orzekł w tym samym duchu, że środki nadzoru, do których stosowania pośrednik jest zobowiązany, nie mogą tworzyć przeszkód w zgodnym z prawem korzystaniu z jego usług. Wreszcie w wyroku UPC Telekabel Wien²²⁰ Trybunał orzekł, że środek blokujący nie może „niepotrzebnie [pozbawiać]” internautów możliwości zgodnego z prawem udostępniania informacji i dostępu do nich.

183. Orzecznictwo to nie oznacza, że prawo do wolności wypowiedzi sprzeciwia się takim środkom, ponieważ mogą one doprowadzić do *jakiegokolwiek zablokowania* treści zgodnych z prawem. Użyty przez Trybunał termin „niepotrzebnie” odzwierciedla moim zdaniem koncepcję, zgodnie z którą skuteczność ochrony praw podmiotów uprawnionych może uzasadniać pewne przypadki „nadmiernego blokowania”.

184. Niemniej jednak również w tym przypadku powinna istnieć „właściwa równowaga” między skutecznością filtrowania a jego ubocznym skutkiem. Jak wynika zasadniczo z orzecznictwa ETPC, nie można w społeczeństwie demokratycznym wymagać absolutnej skuteczności – a więc „zerowego ryzyka” ewentualnego naruszenia praw autorskich, jeżeli skutkowałoby to zablokowaniem znacznej ilości zgodnych z prawem treści²²¹.

185. Rząd francuski odpowiada, że zgodnie z jego wykładnią art. 17 dyrektywy 2019/790 środki filtrowania, które muszą być stosowane przez dostawców usług udostępniania treści na podstawie zaskarżonych przepisów, spełniają ten wymóg, ponieważ są „ściśle ukierunkowane” na treści zwielokrotniające w całości lub w części utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione.

186. Powyższa argumentacja nie może zostać przyjęta. Z wyroków Scarlet Extended i SABAM wynika bowiem, że system filtrowania, który systematycznie blokuje treści korzystające w sposób zgodny z prawem z przedmiotów objętych ochroną, stanowiłby nieproporcjonalne naruszenie wolności wypowiedzi i informacji²²². Jest tak moim zdaniem właśnie dlatego, że uboczny skutek takiego filtrowania jest zbyt znaczący, by był zgodny z tą wolnością – i to niezależnie od tego, czy poszkodowani użytkownicy korzystają z prawa do złożenia skargi na blokowanie ich informacji, o czym Trybunał nawet nie wspominał w tych wyrokach.

²¹⁸ Z jednej strony zob. wyroki: z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 56; z dnia 15 września 2016 r., Mc Fadden, C-484/14, EU:C:2016:689, pkt 93. Z drugiej strony zob. wyrok ETPC z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov przeciwko Rosji, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 46: „[...] When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects [...]. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression]. [...]”. Zobacz także rekomendacja CM/Rec(2018)2 w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, załącznik, pkt 2.3.2.

²¹⁹ Wyrok z dnia 12 lipca 2011 r., C-324/09, EU:C:2011:474, pkt 131.

²²⁰ Wyrok z dnia 27 marca 2014 r., C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 63.

²²¹ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: w sprawie Ahmet Yildirim przeciwko Turcji, § 66; z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie Vladimir Kharitonov, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 45; a także w sprawie Kabis przeciwko Rosji, § 94.

²²² Zobacz podobnie wyrok Scarlet Extended, pkt 52: „istnieje ryzyko, że [nakaz filtrowania] naruszyłby wolność informacji, ponieważ system ten mógłby *nie rozróżniać w wystarczającym stopniu treści niezgodnej z prawem i treści zgodnej z prawem*, skutkiem czego jego wdrożenie mogłoby doprowadzić do blokady połączeń o treści zgodnej z prawem. Nie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, że odpowiedź na pytanie dotyczące zgodności z prawem danego przekazu *zależy również od stosowania ustawowych wyjątków od prawa autorskiego*, które różnią się od siebie w poszczególnych państwach członkowskich. Ponadto w niektórych państwach członkowskich pewne utwory mogą należeć do domeny publicznej lub zostać bezpłatnie opublikowane w witrynie internetowej przez ich autorów” (podkreślenie moje). Zobacz podobne rozumowanie w wyroku SABAM, pkt 50.

187. Istnieją ku temu uzasadnione powody. W niniejszym przypadku, *po pierwsze*, prewencyjna blokada wszystkich treści zwielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione skutkowałaby tym, że użytkownicy ponosiliby w sposób systematyczny konsekwencje bezczynności, ponieważ rozpowszechnianie zgodnych z prawem treści nie mogłoby nastąpić bez wniesienia przez nich skargi, zakończonego sukcesem. Gdyby użytkownicy ci musieli systematycznie dochodzić przysługujących im praw w ramach mechanizmu składania skarg, jest wysoce prawdopodobne, że znaczna część z nich zrezygnowałaby z uczynienia tego, w szczególności z uwagi na brak wystarczającej wiedzy, aby ocenić, czy wykorzystanie tych przedmiotów jest zgodne z prawem i czy w związku z tym istnieją podstawy do wniesienia takiej skargi²²³. Prewencyjne „nadmierne blokowanie” każdego zgodnego z prawem wykorzystania i systematyczne przerzucenie na użytkowników ciężaru wykazania tej zgodności z prawem mogłyby w ten sposób doprowadzić, w krótkim lub długim okresie, do „chilling effect” w stosunku do wolności wypowiedzi i twórczości, przekładającego się na spadek aktywności tych użytkowników²²⁴.

188. *Po drugie*, wymiana informacji online charakteryzuje się w szczególności szybkością. Niektóre rodzaje treści umieszczanych w usługach udostępniania treści są poszukiwane przez odbiorców jedynie przez krótki okres, w szczególności te odnoszące się do aktualnych wydarzeń²²⁵. Treści te stają się zatem często nieaktualne w ciągu kilku dni. Opóźnienie w udostępnieniu online takich treści poprzez systematyczne blokowanie *ex ante* mogłoby doprowadzić do utraty przez nie wszelkiego aktualnego charakteru i zainteresowania odbiorców. W związku z tym, w przeciwieństwie do rządów hiszpańskiego i francuskiego, uważam, że takie systematyczne blokowanie jest szczególnie problematyczne, nawet gdyby było jedynie „tymczasowe”, ponieważ ewentualne przywrócenie treści po zbadaniu skarg użytkowników nie pozwoliłoby na naprawienie szkody wyrządzonej wolności wypowiedzi użytkowników²²⁶.

189. *W drugiej kolejności* pragnę zauważyć, że w niedawnym orzecznictwie Trybunał kładzie nacisk na konieczność „zapewnienia skuteczności” wyjątków i ograniczeń w prawie autorskim ze względu na ich znaczenie dla utrzymania „właściwej równowagi” między wchodzącymi w grę prawami i interesami, w szczególności gdy mają one zagwarantować poszanowanie wolności wypowiedzi – jak ma to miejsce w przypadku korzystania w celach cytowania, krytyki lub recenzji oraz wykorzystania w celach karykatury, parodii lub pastiszu²²⁷.

²²³ Ta tendencja użytkowników do niedochodzenia swoich praw jest udokumentowana, zarówno w Europie, jak i w Stanach Zjednoczonych. Zobacz w szczególności J.M. Urban, J. Karaganis i B. Schofield, „Notice and Takedown in Everyday Practice”, *UC Berkeley Public Law Research Paper* n° 2755628, 2017; L. Fiala, M. Husovec, „Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process”, *TILEC Discussion Paper*, Nr 2018-028, 2018, s. 3.

²²⁴ Zobacz podobnie G. Spindler, *op.cit.*, s. 355. Mogłoby to również skutkować pozbawieniem odbiorców ich prawa dostępu do tych zgodnych z prawem treści, które zostały niesłusznie zablokowane.

²²⁵ Na przykład „reakcja wideo” (*reaction video*) na zwiastun gry wideo lub filmu jest poszukiwana w czasie opublikowania tego zwiastuna. Podobnie film parodiujący związany z niedawnym skandalem politycznym jest co do zasady oglądany tuż po tym skandalu. Zobacz w tym względzie K. Garstka, *op.cit.*, s. 339.

²²⁶ Ponadto ETPC wielokrotnie orzekał, że „informacja jest dobrym psującym się i opóźnienie publikacji, nawet na krótki okres, stwarza poważne ryzyko pozbawienia jej wszelkiej wartości i wszelkiego interesu” (zob. w szczególności wyroki ETPC: z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie *Observer i Guardian* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, EC:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; w sprawie *Ahmet Yildirim* przeciwko Turcji, § 47; a także w sprawie *Kablis* przeciwko Rosji, § 91). Rządy hiszpański i francuski odpowiadają, że, przeciwnie, szybkość wymiany informacji online uzasadniałaby prewencyjne blokowanie wszelkich treści zwielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione w celu uniknięcia wszelkiego ryzyka, że nielegalne treści zostaną umieszczone online i że wynikną z tego „nieodwracalne” szkody dla rzeczonych podmiotów. Powrócę do tego argumentu w pkt 215 i 216 niniejszej opinii.

²²⁷ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 29 lipca 2019 r., *Funke Medien NRW*, C-469/17, EU:C:2019:623, pkt 51, 57; *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625, pkt 36, 55, 72.

190. Tymczasem, właśnie w celu „zapewnienia skuteczności” tych wyjątków i ograniczeń, należy moim zdaniem zadbać o to, by środki zapobiegawcze przyjęte na podstawie zaskarżonych przepisów nie ograniczały w sposób systematyczny prawa użytkowników do korzystania z nich. Skoro podmioty uprawnione dysponują w środowisku cyfrowym możliwościami kontrolowania swych przedmiotów objętych ochroną, które nie mają odpowiedników w „świecie realnym” – ponieważ narzędzia służące do rozpoznawania treści dają im wirtualnie środki zapobiegania *wszelkiemu* wykorzystywaniu tych przedmiotów, w tym takiemu, które nie jest objęte ich monopolem, jak parodia – należy tym bardziej chronić te wyjątki i ograniczenia. Zagrożenie w tym względzie polegałoby na tym, że maksymalna ochrona niektórych przejawów twórczości intelektualnej byłaby zapewniona kosztem innych form twórczości, równie pożądaných społecznie²²⁸.

191. *Z całości powyższych rozważań wynika* moim zdaniem, że zgodnie z łączną lekturą zaskarżonych przepisów i art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 środki filtrowania, które dostawcy usług udostępniania treści mają obowiązek wdrożyć, powinny być zgodne z dwoma kumulatywnymi wymogami: powinni oni dokładać starań, aby zapobiegać udostępnianiu online treści zwielokrotniających w sposób niezgodny z prawem utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione, nie uniemożliwiając „udostępnienia” treści, które zwielokrotniają te przedmioty w sposób zgodny z prawem.

192. Wbrew temu, co twierdzi skarżąca, dostawcy usług udostępniania treści nie mogą zatem „stosować wszelkich dostępnych środków” w celu ochrony praw własności intelektualnej podmiotów uprawnionych²²⁹. Określenia „wszelkie starania” i „staranność zawodowa”, którymi muszą oni wykazać się w tym względzie, należy odczytywać w świetle art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790. Ponieważ dostawcy ci znajdują się w dwustronnej zawodowej relacji z użytkownikami i podmiotami uprawnionymi, powinni oni działać „z należytą starannością” wobec tych dwóch grup.

193. Artykuł 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 zobowiązuje zatem tych dostawców – a także organy administracyjne i sądowe państw członkowskich w ramach nadzoru, jaki sprawują one nad stosowaniem tego artykułu²³⁰ – do rozważenia ubocznego skutku wdrożonych przez nich środków filtrowania²³¹. Nie mogą oni zatem prewencyjnie i systematycznie blokować treści podlegających zwłaszcza wyjątkom i ograniczeniom prawa autorskiego. Muszą oni uwzględnić *ex ante* poszanowanie praw użytkowników. Zwracam się do Trybunału o jednoznaczne stwierdzenie w przyszłym wyroku, że taka jest prawidłowa wykładnia tego art. 17.

– *Zakaz ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru (ust. 8)*

194. Artykuł 17 ust. 8 dyrektywy 2019/790 stanowi, że „stosowanie [tego artykułu] nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru”. W związku z tym zaskarżone przepisy należy interpretować również w świetle tego ustępu.

²²⁸ Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 243.

²²⁹ Mam świadomość tego, że w motywie 66 dyrektywy 2019/790 wskazano w akapicie trzecim, iż dostawcy usług udostępniania treści mogą być zwolnieni z odpowiedzialności w przypadku bezprawnego umieszczenia online przedmiotu objętego ochroną w ich usługach jedynie poprzez wykazanie, że „dołożyli wszelkich starań, [aby zapobiec tej sytuacji]”. Moim zdaniem chodzi tu o niefortunne sformułowanie, które nie może podważyć tego, co właśnie wyjaśniłem.

²³⁰ Zobacz przypis 249 do niniejszej opinii.

²³¹ Zobacz przeciwnie wyrok ETPC w sprawie Ahmet Yildim przeciwko Turcji, § 66.

195. Tymczasem potwierdzając zakaz takiego „obowiązku”²³², prawodawca Unii ustanowił moim zdaniem dalszą istotną gwarancję dla wolności wypowiedzi. Zakaz ten ogranicza bowiem zakres środków filtrowania, których można oczekiwać od każdego usługodawcy będącego pośrednikiem, a w niniejszym przypadku od dostawców usług udostępniania treści.

196. Wnioski w tym względzie można wywieść z wyroku Gławischnig-Pieszczek, który przywołałem powyżej²³³. W wyroku tym Trybunał, dokonując wykładni wspomnianego zakazu w brzmieniu wynikającym z art. 15 dyrektywy 2000/31, uznał, że na operatora platformy społecznościowej można nałożyć, w drodze nakazu sądowego, obowiązek poszukiwania i zablokowania wśród informacji zamieszczonych online na tej platformie „konkretnej informacji [...], której treść została przeanalizowana i oceniona przez właściwy sąd [...], który w wyniku dokonanej oceny uznał tę informację za mającą bezprawny charakter”²³⁴. Sąd mógł zatem wymagać od tego operatora, aby blokował on dostęp do wszystkich *informacji identycznych* z tą informacją. Nakaz mógł nawet obejmować *informacje o treści równoznacznej*, ponieważ usługodawca nie jest zobowiązany do dokonania „niezależnej oceny” ich zgodności z prawem, a wręcz przeciwnie, może „skorzystać z technik i zautomatyzowanych środków wyszukiwania”²³⁵.

197. Wynika z tego *w sposób ogólny*, że jakkolwiek usługodawcy będący pośrednikami są z technicznego punktu widzenia dobrze przygotowani do zwalczania obecności pewnych informacji niezgodnych z prawem rozpowszechnianych za pośrednictwem ich usług²³⁶, to jednak nie można od nich oczekiwać, że dokonają „niezależnej oceny” zgodności z prawem rozpatrywanych informacji. Ci będący pośrednikami usługodawcy zazwyczaj nie posiadają fachowej wiedzy, a przede wszystkim koniecznej *niezależności* – a fortiori gdy ciąży nad nimi groźba wielkiej odpowiedzialności²³⁷. Nie można zatem uczynić ich arbitrami zgodności z prawem online, odpowiedzialnymi za rozstrzyganie złożonych kwestii prawnych²³⁸.

198. W konsekwencji, aby zminimalizować ryzyko „nadmiernego blokowania”, a tym samym zagwarantować poszanowanie prawa do wolności wypowiedzi, usługodawca będący pośrednikiem może moim zdaniem być zobowiązany jedynie do filtrowania i blokowania informacji, których niezgodność z prawem została wcześniej stwierdzona przez sąd lub, w innym przypadku, informacji, których bezprawny charakter „*nasuwa się od razu*”, to znaczy *w sposób oczywisty*, bez, w szczególności, konieczności rozważania ich kontekstu²³⁹.

²³² Wyjaśniłem już fundamentalny charakter zakazu „ogólnych obowiązków w zakresie nadzoru” dla wolności komunikacji online w ramach sekcji poświęconej „istocie” wolności wypowiedzi (pkt 98 i nast. niniejszej opinii).

²³³ Zobacz pkt 112 niniejszej opinii.

²³⁴ Wyrok Gławischnig-Pieszczek, pkt 35.

²³⁵ Wyrok Gławischnig-Pieszczek, pkt 46.

²³⁶ Zobacz motyw 59 dyrektywy 2001/29, zgodnie z którym „[w] wielu przypadkach pośrednicy [...] mają najwięcej możliwości, aby zakończyć [...] naruszenia [popelnione za pośrednictwem ich usług] [...]”.

²³⁷ Zobacz pkt 142, 143, 146 niniejszej opinii.

²³⁸ Zobacz moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 187, 188.

²³⁹ Zobacz podobnie zalecenie 2018/334, motyw 25. „W szczególności podejmowanie takich proaktywnych działań może okazać się stosowne wtedy, gdy stwierdzono już *nielegalny charakter treści* lub *rodzaj treści jest taki, że nie ma znaczenia określenie ich kontekstu*”), jak również rekomendacja CM/Rec(2018)2 w sprawie roli i odpowiedzialności pośredników internetowych, załącznik, pkt 1.3.2 „Aby zażądać od pośrednika ograniczenia dostępu do treści, władze krajowe *powinny uzyskać nakaz* od organu sądowego [...]. Nie ma to zastosowania do przypadków dotyczących *treści niezgodnych z prawem niezależnie od kontekstu*, takich jak treści dotyczące wykorzystywania seksualnego dzieci lub w przypadkach, w których wymagane są środki o charakterze pilnym, zgodnie z warunkami określonymi w art. 10 konwencji” (podkreślenia moje).

199. Pragnę ponadto zauważyć, że obowiązki w zakresie nadzoru, które ETPC uznał w wyroku Delfi A.S. przeciwko Estonii za uzasadnione, dotyczyły informacji *w sposób oczywisty niezgodnych z prawem*²⁴⁰. W swoim późniejszym orzecznictwie ETPC wyjaśnił, że w odniesieniu do informacji, których bezprawny charakter nie nasuwa się od razu i wymaga analizy kontekstowej, takiego nadzoru nie można wymagać²⁴¹. W odniesieniu do tego ostatniego rodzaju informacji konieczne jest, w celu ich usunięcia, dokonanie odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia, zawierającego elementy kontekstowe mogące uczynić ich niezgodność z prawem oczywistą, a w sytuacji gdy takie zastrzeżenie jest w tym względzie niewystarczające – uzyskanie nawet nakazu sądowego.

200. *Konkretnie rzecz ujmując*, jak wyjaśniłem w mojej opinii w sprawach połączonych YouTube i Cyando²⁴², jeśli odnieść go do dziedziny prawa autorskiego, z wyroku Gławischnig-Piesczek wynika, że o ile zgodnie z art. 15 dyrektywy 2000/31 usługodawca będący pośrednikiem nie może być zobowiązany do ogólnego filtrowania przechowywanych przez niego informacji *w poszukiwaniu jakiegokolwiek naruszenia*, o tyle przepis ten nie stoi a priori na przeszkodzie temu, by ów usługodawca był zobowiązany do blokowania *konkretnego pliku* wykorzystującego chroniony utwór w stwierdzony uprzednio przez sąd niezgodny z prawem sposób. Wspomniany przepis nie stoi w tym kontekście na przeszkodzie temu, by usługodawca był zobowiązany do wykrycia i zablokowania nie tylko *identycznych* kopii tego pliku, lecz również innych, *analogicznych* plików, czyli takich, które w ten sam sposób wykorzystują dany utwór.

201. Wykładnię tę można moim zdaniem zastosować *mutatis mutandis* do art. 17 ust. 8 dyrektywy 2019/790. Ponieważ w systemie ustanowionym w tymże art. 17 niezgodny z prawem charakter treści, które mają być filtrowane, nie został uprzednio wykazany przez sąd, może chodzić wyłącznie, zgodnie z tym, co wyjaśniono w pkt 198 niniejszej opinii, o poszukiwanie treści, które, w świetle przekazanych przez podmioty uprawnione informacji, wydają się *w sposób oczywisty niezgodne z prawem*. Na podstawie zaskarżonych przepisów, odczytywanych w świetle owego art. 17 ust. 8, środki filtrowania, które dostawcy usług udostępniania treści są zobowiązani wprowadzić na podstawie zaskarżonych przepisów, powinny zatem moim zdaniem ograniczyć się do treści, które są „identyczne” lub „równoznaczne” z utworami i innymi przedmiotami objętymi ochroną wskazanymi przez podmioty uprawnione²⁴³.

202. Pierwsza kategoria wymieniona w poprzednim punkcie dotyczy konkretnie identycznego zwielokrotniania, bez dodatkowych elementów lub wartości dodanej, utworów i innych objętych ochroną przedmiotów wskazanych przez podmioty uprawnione. Druga odnosi się do treści, które zwielokrotniają te przedmioty w ten sam sposób, jednocześnie wykazując nieznaczne modyfikacje, tak że odbiorcy nie odróżniają ich od przedmiotów oryginalnych (na przykład w przypadku zwykłych zmian technicznych mających na celu obejście systemu filtrowania, takich jak zmiana

²⁴⁰ ETPC podkreślił fakt, że chodzi o komentarze „wyraźnie niezgodne z prawem”, „[stanowiące] na pierwszy rzut oka nakłanianie do nienawiści lub przemocy”, w związku z czym „nie było konieczne poddanie ich analizie językowej lub prawnej w celu ustalenia, że są one niezgodne z prawem” (zob. w szczególności § 110, 114, 115, 117, 140, 155 tego wyroku).

²⁴¹ Zobacz wyroki ETPC: z dnia 7 lutego 2017 r. w sprawie Pihl przeciwko Szwecji, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 25; z dnia 19 marca 2019 r., Hoiness przeciwko Norwegii, CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, § 68; z dnia 2 lutego 2016 r., Magyar Tartalomszolgáltatások Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 63, 64; a także z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie Jezior przeciwko Polsce, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 54, 58.

²⁴² Zobacz pkt 221 tej opinii.

²⁴³ Zobacz podobnie J. Quintais, G. Frosio, S. van Gompel i in., „Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics”, JIPITEC, 2019, Vol. 10, nr 3; M. Lambrecht, op.cit., s. 88–90; J. Cabay, op.cit., s. 237–273; S. Dusollier, op.cit., s. 1020. Wykładnia ta wynika zresztą z naturalnej lektury brzmienia art. 17 ust. 4 lit. b) i c) dyrektywy 2019/790, który nakłada na dostawców usług udostępniania treści obowiązek zagwarantowania niedostępności „utworów” i innych „przedmiotów”, a nie jakiegokolwiek formy naruszenia obejmującego, w mniejszym lub większym stopniu, rozpatrywane przedmioty (zob. podobnie M. Lambrecht, op.cit., s. 89).

formatu, odwrócenie lub modyfikacja prędkości obrazu itd.)²⁴⁴. Wykrycie tych dwóch kategorii treści nie będzie wymagało od dostawców usług udostępniania treści dokonania „niezależnej oceny” ich zgodności z prawem – naruszenie objawi się jako „oczywiste” w świetle przekazanych przez uprawnione podmioty „odpowiednich i niezbędnych” informacji – i będzie mogło zostać przeprowadzone za pomocą „technik i zautomatyzowanych środków wyszukiwania”²⁴⁵.

203. Natomiast od dostawców usług udostępniania treści nie można wymagać, aby filtrowali przewencyjnie również treści, które choć zwielokrotniają utwory i przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione, znacznie się od nich różnią, jak ma to miejsce w przypadku wtórnego wykorzystania fragmentów utworów w innych kontekstach, treści „transformatywnych” itp., które mogą być objęte wyjątkami i ograniczeniami prawa autorskiego. Zidentyfikowanie naruszeń, które mogą się tam znaleźć, wymagałoby od tych dostawców „niezależnych ocen”, ponieważ należałoby ocenić kontekst tych form wykorzystania. Tymczasem, jak twierdzi Rzeczpospolita Polska, nie można pozostawić złożonych kwestii prawa autorskiego dotyczących w szczególności dokładnego zakresu wyjątków i ograniczeń dostawcom tych usług. Do samych tych dostawców nie należy decydowanie o granicach kreatywności online poprzez samodzielne analizowanie na przykład, czy treść, jaką użytkownik zamierza umieścić, spełnia wymogi parodii. Tego rodzaju delegacja wiązałaby się z nieakceptowalnym ryzykiem „nadmiernego blokowania”. Kwestie te należy pozostawić sądowi.

– *Konsekwencje wynikające z powyższych rozważań*

204. Z powyższych sekcji wynika moim zdaniem, że art. 17 dyrektywy 2019/790 zawiera wystarczające gwarancje, aby wyznaczyć granice zakresu ograniczenia wykonywania prawa do wolności wypowiedzi wynikającego z zaskarżonych przepisów.

205. *Po pierwsze*, zgodnie z ust. 7 tego artykułu dostawcy usług udostępniania treści nie są uprawnieni do przewencyjnego blokowania, na podstawie zaskarżonych przepisów, wszystkich treści zwielokrotniających utwory i inne przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione, w tym tych treści, które mogą być zgodne z prawem. *Po drugie*, zgodnie z ust. 8 tego artykułu dostawcy ci mogą być zobowiązani jedynie do wykrycia i zablokowania treści, które są „identyczne” i „równoznaczne” z tymi przedmiotami, czyli treści, których niezgodność z prawem wydaje się być *oczywistą* w świetle „odpowiednich i niezbędnych” informacji przekazanych przez podmioty uprawnione. W takich przypadkach, ponieważ naruszenie jest wysoce prawdopodobne, można *domniemywać*, że treści te są niezgodne z prawem. Proporcjonalne jest zatem blokowanie ich w sposób przewencyjny i zobowiązywanie tym samym zainteresowanych użytkowników do wykazania zgodności tych treści z prawem – na przykład faktu, że posiadają oni licencję lub że

²⁴⁴ Innymi słowy – mam na myśli to, co jest czasami określane jako „wierne” i „quasi wierne” kopie. W tym względzie pragnę zauważyć, że część treści znajdujących się w usługach udostępniania treści to właśnie wierne lub quasi wierne kopie utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, takich jak utwory filmowe lub fonogramy.

²⁴⁵ Wyrok w sprawie Gławischnig-Piesczek (pkt 46). Pragnę uściślić, że moim zdaniem w tym wyroku Trybunał nie zamierzał wykluczyć konieczności dokonywania pewnych kontroli przez ludzi. Powrócę do tej kwestii w pkt 211 niniejszej opinii.

utwór jest w rzeczywistości własnością publiczną²⁴⁶ – w ramach mechanizmu składania skarg. Podsumowując: „wszelkie starania” wymagane od dostawców usług udostępniania treści zgodnie z zaskarżonymi przepisami polegają na blokowaniu tych oczywistych naruszeń²⁴⁷.

206. Natomiast we wszystkich niejednoznacznych sytuacjach – jak krótkie fragmenty utworów zawarte w dłuższych treściach, utwory „transformatywne” itp. – w których w szczególności zastosowanie wyjątków i ograniczeń dotyczących prawa autorskiego byłoby racjonalnie wyobrażalne, dane treści nie mogą być przedmiotem środka blokowania prewencyjnego.

207. Jak podkreśliły bowiem Parlament, Rada i Komisja, przewidziany w art. 17 ust. 7 akapit pierwszy dyrektywy 2019/790 obowiązek osiągnięcia rezultatu polegającego na nieuniemożliwieniu udostępniania online treści zgodnych z prawem jest w tym względzie bardziej restrykcyjny niż obowiązek dołożenia „wszelkich starań” wynikający z zaskarżonych przepisów, który stanowi obowiązek starannego działania²⁴⁸. Oznacza to, że prawodawca Unii zamierzał, moim zdaniem słusznie, zapewnić, by w takiej sytuacji dostawcy usług udostępniania treści dawali pierwszeństwo wolności wypowiedzi. Innymi słowy – prawodawca uznał, że „wyniki fałszywie pozytywne”, skutkujące zablokowaniem treści zgodnych z prawem, mają poważniejsze znaczenie niż „wyniki fałszywie negatywne”, których skutki sprowadzają się do pozostawienia pewnych nielegalnych treści.

208. Tym samym, jak podnosiły Parlament, Rada i Komisja, w tych niejednoznacznych sytuacjach należy *domniemywać, że dane treści są zgodne z prawem*, a w konsekwencji nie można utrudniać ich zamieszczania online.

209. Trudność polega na zdefiniowaniu praktycznych rozwiązań w celu wdrożenia tej dychotomii za pomocą narzędzi automatycznego rozpoznawania treści, z których dostawcy usług udostępniania treści w wielu sytuacjach powinni korzystać. Skarżąca podniosła zresztą, że prawodawca Unii nie przewidział w dyrektywie 2019/790 żadnego konkretnego rozwiązania w tym względzie.

210. Niemniej jednak, moim zdaniem, do prawodawcy Unii, jak wskazałem, należało przewidzenie istoty gwarancji koniecznych do zminimalizowania ryzyka wynikającego z zaskarżonych przepisów dla wolności wypowiedzi. Natomiast, jak podniosła Rada, w dziedzinie wymagającej przyjęcia środków technicznych, takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, oraz

²⁴⁶ Moim zdaniem informacje „odpowiednie i niezbędne” dostarczone przez podmioty uprawnione powinny zawierać elementy mogące wykazać, że przysługują im prawa do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, których blokowania żądają, w celu ograniczenia ryzyka takich „nadmiernych zastrzeżeń” (zob. pkt 148 niniejszej opinii).

²⁴⁷ Wykładni tej nie może podważyć argument skarżącej i rządu francuskiego, zgodnie z którym termin „oczywisty” nie figuruje w tekście dyrektywy 2019/790. Nie chodzi tu bowiem o pojęcie prawa materialnego, lecz jedynie o stopień kontroli, jaką muszą sprawować dostawcy usług udostępniania treści. Ten zakres kontroli wynika z art. 17 ust. 8 tej dyrektywy oraz z konieczności wykonania zaskarżonych przepisów w sposób zgodny z ust. 7 tego artykułu. Ponadto, wbrew temu, co twierdzi rząd francuski, różnica między informacjami, których niezgodność z prawem jawi się na pierwszy rzut oka, a informacjami wymagającymi dalszego badania nie stanowi nowej koncepcji. W tym względzie ograniczę się do przypomnienia, że w kontekście art. 14 dyrektywy 2000/31 usługodawca będący pośrednikiem musi usunąć informację, jeżeli „ma wiarygodne wiadomości” o jej bezprawnym charakterze lub gdy jej bezprawny charakter jest „oczywisty” w świetle informacji, którymi dysponuje. W niniejszym przypadku chodzi o tę samą koncepcję. Odsyłam również do rozumowania przyjętego przez ETPC w jego wyroku w sprawie Delfi A.S. przeciwko Estonii. Wreszcie znana jest już koncepcja oczywistego naruszenia, rozumianego jako „wierna” i „quasi wierna” kopia.

²⁴⁸ Zobacz pkt 52 niniejszej opinii. Zobacz podobnie C. Geiger, B.J. Jütte, „Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match”, *SSRN Papers* (dostępne pod adresem https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), s. 44.

z uwagi na fakt, że art. 17 dyrektywy 2019/790 będzie miał zastosowanie do różnych rodzajów dostawców, usług i przedmiotów objętych ochroną, skonkretyzowanie jego szczegółowych zasad wykonania należy do państw członkowskich i do Komisji²⁴⁹.

211. W praktyce takie rozwiązania będą polegać na włączeniu do narzędzi rozpoznawania treści parametrów pozwalających pomóc w odróżnieniu tego, co oczywiste, od tego, co niejednoznaczne. Może się to różnić w zależności od rozpatrywanych rodzajów przedmiotów objętych ochroną i wyjątków. Chodziło będzie na przykład o uwzględnienie stopnia dopasowania treści wykrytego za pomocą tych narzędzi oraz o ustalenie progów, powyżej których automatyczna blokada treści jest uzasadniona i poniżej których jest racjonalnie możliwe zastosowanie wyjątku, takiego jak cytata²⁵⁰. Takie rozwiązanie mogłoby być połączone z mechanizmem pozwalającym użytkownikom na wskazanie (*flagging*) podczas lub bezpośrednio po umieszczeniu online, jeżeli ich zdaniem korzystają z wyjątku lub ograniczenia, co oznaczałoby dla danego dostawcy dokonanie ręcznego przeglądu danej treści w celu sprawdzenia, czy zastosowanie tego wyjątku lub ograniczenia jest w sposób oczywisty wykluczone lub, przeciwnie, racjonalnie możliwe²⁵¹.

212. Ogólnie rzecz biorąc, w odniesieniu do różnych rodzajów dostawców, usług i utworów lub przedmiotów objętych ochroną określenie tych praktycznych rozwiązań nie może ani zostać przekazane wspomnianym dostawcom, ani, wbrew temu, co twierdzi rząd francuski, w pełni pozostawione podmiotom uprawnionym²⁵². Ze względu na znaczenie wspomnianych rozwiązań dla wolności wypowiedzi użytkowników powinny one być definiowane nie w sposób nieprzejrzysty wyłącznie przez te prywatne strony, lecz w sposób przejrzysty pod nadzorem władz publicznych

213. Moim zdaniem to właśnie na tym polega użyteczność dialogu między zainteresowanymi stronami, o którym prawodawca Unii wspomina w art. 17 ust. 10 dyrektywy 2019/790. Przepis ten nakłada na Komisję obowiązek, we współpracy z państwami członkowskimi, zorganizowania

²⁴⁹ Ogólnie rzecz biorąc, do organów administracyjnych i sądowych tych państw należy nadzorowanie stosowania zaskarżonych przepisów przez dostawców usług udostępniania treści i czuwanie nad tym, aby użytkownicy mogli skutecznie powoływać się na swoje prawo do zgodnego z prawem korzystania zgodnie z art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790. W tej kwestii Rzeczpospolita Polska podniosła, że dyrektywa ta nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego odpowiedzialności dostawców usług udostępniania treści wobec użytkowników w przypadku naruszenia tego ust. 7. Moim zdaniem odpowiedzialności tej należy poszukiwać w prawie krajowym państw członkowskich, z poszanowaniem zasady autonomii proceduralnej. Powinny tam być przewidziane inne skuteczne, odstraszające i proporcjonalne sankcje. Ponadto, skoro przestrzeganie praw użytkowników wchodzi w zakres „wszelkich starań”, jakich powinni dołożyć dostawcy usług udostępniania treści, wynika z tego, że jeżeli taki dostawca nie przestrzega danych praw, *powinien utracić możliwość korzystania z mechanizmu zwolnienia z odpowiedzialności przewidzianego w ust. 4 tego artykułu*.

²⁵⁰ Narzędzia rozpoznawania poprzez „odciski” mogą bowiem dokonywać rozróżnienia w zależności od ilości chronionych treści ponownie wykorzystanych w treści umieszczonej online, w szczególności w odniesieniu do treści audio i wideo. Oczywiście, jak podnosi rząd francuski, dla zastosowania wyjątku dotyczącego cytowania nie wystarczy na przykład, aby fragment muzyki był krótszy niż określony czas, ponieważ zależy to od zamiaru użytkownika (zob. przypis 178 do niniejszej opinii). Jednakże chodzi jedynie o ustawienie w parametrach narzędzia filtrowania marginesu, w którym zastosowanie tego wyjątku wydaje się nie *pewne*, lecz po prostu *możliwe*.

²⁵¹ W tym względzie podejście wyjaśnione przez Komisję w dokumencie „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market” jest moim zdaniem właściwym sposobem postępowania (zob. s. 15 i 16 tego dokumentu). Zobacz, co do podobnych propozycji, J. Quintais, G. Frosio, S. van Gompel i in., op.cit.; M. Lambrecht, op.cit., s. 79–94; M. Leitsner, op.cit., s. 193–208. Państwa członkowskie mogą również przewidzieć mechanizmy przeciwdziałające nadużyciom. W niniejszej sprawie nie ma potrzeby zajmowania bardziej szczegółowego stanowiska w przedmiocie tych poszczególnych propozycji.

²⁵² Rząd francuski podnosi, że wdrożenie narzędzi rozpoznawania opiera się na sparametryzowanych zasadach zarządzania przez podmioty uprawnione i że na przykład w dziedzinie kina podmioty te tolerowałyby, zazwyczaj w zamian za część przychodów związanych z „monetyzacją” danego nagrania wideo (zob. pkt 58 niniejszej opinii), umieszczanie online fragmentów kilku minut ich filmów. Prawdą jest, że koncepcja, zgodnie z którą przestrzeganie wyjątków i ograniczeń może być zapewnione za pomocą dobrowolnych środków przyjętych przez podmioty uprawnione, nie jest obca prawu Unii (zob. art. 6 ust. 4 dyrektywy 2001/29, dotyczący technologicznych środków ochrony). Niemniej jednak uważam, że w kontekście filtrowania takiego jak wynikające z zaskarżonych przepisów, w świetle ryzyka, które opisałem powyżej, ochrona praw użytkowników nie powinna opierać się wyłącznie na woli tych podmiotów.

dialogu pomiędzy dostawcami usług udostępniania treści, podmiotami uprawnionymi, organizacjami użytkowników i innymi właściwymi zainteresowanymi stronami w celu zbadania „najlepszych praktyk w zakresie współpracy między dostawcami usług udostępniania treści online a podmiotami uprawnionymi”. Na tej podstawie Komisja powinna wydać wytyczne dotyczące stosowania tego art. 17, zwłaszcza w odniesieniu do sposobu wykonania zaskarżonych przepisów. W tym procesie „szczególną uwagę” należy poświęcić „potrzebie wyważenia praw podstawowych oraz stosowania wyjątków i ograniczeń”. Tak więc Komisja, z pomocą zainteresowanych stron, jest zobowiązana zaproponować praktyczne rozwiązania pozwalające na wykonanie zaskarżonych przepisów z poszanowaniem ust. 7 i 8 wspomnianego art. 17²⁵³.

214. Pragnę wreszcie wyjaśnić, że – jak utrzymuje Komisja i zgodnie z tym, co wskazałem w pkt 183 niniejszej opinii – obowiązek przewidziany w art. 17 ust. 7 dyrektywy 2019/790 nie oznacza, że mechanizmy, które prowadziłyby do nieznacznej liczby przypadków „wyników fałszywie pozytywnych”, byłyby automatycznie sprzeczne z tym przepisem. Niemniej jednak odsetek błędów powinien być możliwie najniższy. Wynika z tego, że w przypadkach, w których w aktualnym stanie technologii, w odniesieniu na przykład do niektórych rodzajów utworów i przedmiotów objętych ochroną, nie byłoby możliwe wykorzystanie narzędzia automatycznego filtrowania bez znacznego odsetka „wyników fałszywie pozytywnych”, użycie takiego narzędzia powinno moim zdaniem zostać wykluczone na podstawie tego art. 17 ust. 7²⁵⁴.

215. Wykładni sugerowanej w niniejszej opinii nie podważa argument rządów hiszpańskiego i francuskiego, zgodnie z którym konieczne byłoby zablokowanie w sposób prewencyjny wszystkich treści zwielokrotniających w całości lub w części przedmioty objęte ochroną wskazane przez podmioty uprawnione, celem wyeliminowania wszelkiego ryzyka rozpowszechniania treści niezgodnych z prawem w usługach udostępniania treści, ponieważ tego rodzaju rozpowszechnianie mogłoby wyrządzić tym podmiotom „nieodwracalną” szkodę, zważywszy na szybkość wymiany informacji w Internecie.

216. Jakkolwiek bowiem moim zdaniem ryzyko wyrządzenia poważnej i nieuchronnej szkody wywołanej próbą udostępnienia online treści rażąco niezgodnej z prawem może uzasadniać prewencyjny środek blokujący tę treść²⁵⁵, to jednak omawiane podmioty nie mogą, jak zaznaczyłem to w pkt 184 niniejszej opinii, wymagać „zerowego ryzyka” ewentualnego naruszenia ich praw. Nieproporcjonalne byłoby stosowanie takich środków we wszystkich, bardziej dyskusyjnych, przypadkach potencjalnych szkód ewentualnie spowodowanych na przykład przez treści „transformatywne” mogące wchodzić w zakres wyjątków i ograniczeń prawa autorskiego, które nie są bezpośrednio konkurencyjne wobec oryginalnych przedmiotów objętych ochroną²⁵⁶. W odniesieniu do tych sytuacji przyjęcie podobnych środków zapobiegawczych mogłoby, przeciwnie, spowodować „nieodwracalne” szkody dla wolności wypowiedzi z powodów, które wyjaśniłem w pkt 188 opinii.

²⁵³ Moim zdaniem wytyczne te, definiując owe „najlepsze praktyki”, przyczynią się do ustalenia „wysokich standardów staranności zawodowej w sektorze”, których dostawcy muszą przestrzegać zgodnie z zaskarżonymi przepisami. W razie potrzeby wspomniane wytyczne powinny zostać uaktualnione, aby śledzić „rozwijający się zakres istniejących środków”.

²⁵⁴ Zobacz podobnie K. Grisse, op.cit., s. 898.

²⁵⁵ Mam tu na myśli przykładowo niezgodne z prawem udostępnienie online w usługach udostępniania treści filmu, który niedawno miał premierę kinową lub jeszcze jej nie miał.

²⁵⁶ Zobacz podobnie M. Lambrecht, op.cit., s. 89, 90.

217. Ponadto Trybunał wielokrotnie orzekał, że „z art. 17 ust. 2 karty w żaden sposób nie wynika, by prawo własności intelektualnej było nienaruszalne i by w konsekwencji powinno zostać objęte bezwzględną ochroną”²⁵⁷.

218. Zresztą wykładnia sugerowana w niniejszej opinii nie pozostawia podmiotów uprawnionych bez ochrony w odniesieniu do tych niejednoznacznych treści. W szczególności nie chodzi tu o zmianę zakresu prawa do publicznego udostępniania jako takiego²⁵⁸. Okoliczność, że niektóre treści zwielokrotniające w sposób niezgodny z prawem ich utwory i inne przedmioty objęte ochroną nie są blokowane w momencie udostępnienia online, nie stoi bowiem na przeszkodzie w szczególności²⁵⁹ temu, by podmioty te zażądały usunięcia, a także stałego zablokowania tych treści poprzez zastrzeżenie zgodnie z art. 17 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2019/790²⁶⁰, zawierające racjonalne wyjaśnienia co do przyczyn, dla których na przykład zastosowanie wyjątku powinno być wykluczone²⁶¹. Zainteresowany dostawca ze swej strony będzie musiał zbadać to zastrzeżenie z należytą starannością i rozstrzygnąć, czy w świetle tych nowych informacji niezgodność z prawem jest oczywista²⁶². Przy założeniu, że tak jest, dany dostawca będzie musiał, pod rygorem pociągnięcia go do odpowiedzialności, niezwłocznie zablokować dostęp do treści lub usunąć ją ze swojej strony internetowej. Jak podkreśla Komisja, z motywu 66 akapit drugi dyrektywy 2019/790²⁶³ wynika, że prawodawca Unii przewidział, iż w niektórych przypadkach tylko ten sposób postępowania pozwoli na zapewnienie braku dostępu do danej treści. W przypadku gdy niezgodność z prawem nie okaże się oczywista w świetle tych wyjaśnień, z tego względu że rozpatrywana treść porusza złożone kwestie prawne lub nowe kwestie w zakresie prawa autorskiego, interwencja sędziego, który jako jedyny jest właściwy do rozstrzygania takich kwestii, będzie co do zasady konieczna. Do uprawnionych podmiotów należeć będzie wówczas skierowanie sprawy do organu sądowego, w szczególności na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29, tak aby organ ten mógł wypowiedzieć się w przedmiocie tej treści i – w sytuacji gdyby była ona niezgodna z prawem – nakazać jej zablokowanie.

219. Jak słusznie zauważył Parlament, zapewnia to „właściwą równowagę” pomiędzy działaniami, do których zobowiązani są użytkownicy w niektórych przypadkach w celu udostępnienia ich treści online, a działaniami wymaganymi w innych przypadkach od podmiotów uprawnionych w celu uzyskania przez nich ich usunięcia²⁶⁴.

²⁵⁷ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 27 marca 2014 r., UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁵⁸ Nie chodzi w szczególności o ustanowienie progu de minimis, poniżej którego podmioty uprawnione utraciłyby wszelką możliwość dochodzenia swoich praw. Trybunał zawsze odrzucał istnienie takiego progu. Zobacz w tym względzie opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Pelham i in., C-476/17, EU:C:2018:1002, pkt 28–33.

²⁵⁹ Pozostaje to ponadto bez uszczerbku dla możliwości uzyskania przez podmioty uprawnione nakazu sądowego (zob. motyw 66 akapit pierwszy dyrektywy 2019/790), a nawet wytoczenia powództwa przeciwko odpowiedzialnemu użytkownikowi.

²⁶⁰ Zobacz podobnie J. Cabay, op.cit., s. 221; M. Lambrecht, op.cit., s. 90. W tym kontekście praktyczne rozwiązanie mogłoby polegać na informowaniu podmiotów uprawnionych, gdy tylko treść zwielokrotniająca ich przedmioty objęte ochroną jest udostępniana online, tak aby mogli oni w razie potrzeby szybko przygotować uzasadnione żądanie jej blokowania (zob. art. 17 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2019/790). Wspomniane podmioty nie miałyby zatem w każdym razie obowiązku samodzielnego nadzorowania usług udostępniania treści w celu wykrycia i zlokalizowania rozpatrywanych treści, które byłyby dla nich automatycznie wykrywane za pomocą narzędzia rozpoznawania.

²⁶¹ Pragnę ponadto zauważyć, że w odniesieniu do treści, których niezgodności z prawem nie można uznać za oczywistą, ETPC uznał system „zastrzeżenia i usunięcia” za odpowiedni środek dla zachowania „właściwej równowagi” pomiędzy wchodzącymi w grę prawami i interesami, ponieważ zastrzeżenia te pozwalają właśnie na dostarczenie usługodawcom informacji o kontekście koniecznych do stwierdzenia niezgodności danej treści z prawem. Zobacz w szczególności wyrok ETPC w sprawie Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt przeciwko Węgrom, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 91.

²⁶² Zobacz analogicznie moja opinia w sprawach połączonych YouTube i Cyando, pkt 190. Dostawcy usług udostępniania treści nie mogą zatem ograniczyć się do akceptowania wszystkich żądań blokowania, które otrzymują od podmiotów uprawnionych bez weryfikacji.

²⁶³ „[...] nie można wykluczyć, że w niektórych przypadkach dostępności nieobjętych zezwoleniem [chronionych prawem autorskim] treści można uniknąć jedynie po powiadomieniu podmiotów uprawnionych”.

²⁶⁴ I, jak wskazałem w pkt 178 niniejszej opinii, dostawcy usług udostępniania treści powinni zbadać te skargi i zastrzeżenia z tą samą szybkością i tą samą starannością.

4. Wnioski w odniesieniu do zgodności rozpatrywanego ograniczenia z kartą

220. Z całości powyższych rozważań wynika, że ograniczenie w korzystaniu z prawa do wolności wypowiedzi i informacji wnikaące z zaskarżonych przepisów, zgodnie z ich wykładnią dokonaną w niniejszej opinii, spełnia wszystkie przesłanki przewidziane w art. 52 ust. 1 karty. Ograniczenie to jest zatem moim zdaniem zgodne z tym aktem. W konsekwencji skargę Rzeczypospolitej Polskiej należy moim zdaniem oddalić²⁶⁵.

C. Post-scriptum

221. Po sporządzeniu niniejszej opinii, w trakcie jej tłumaczenia przez służby Trybunału, opublikowano dwa ważne dokumenty.

222. *Po pierwsze*, został ogłoszony wyrok w sprawie YouTube i Cyando²⁶⁶. Rozumowanie przyjęte przez Trybunał w tym wyroku w odniesieniu do dyrektyw 2000/31 i 2001/29, którego nie mogę tu szczegółowo przeanalizować, nie podważa moim zdaniem rozważań zawartych w niniejszej opinii²⁶⁷.

223. *Po drugie*, Komisja opublikowała swoje wytyczne dotyczące stosowania art. 17 dyrektywy 2019/790²⁶⁸. Powtarzają one zasadniczo to, co Komisja twierdziła przed Trybunałem, i odzwierciedlają wyjaśnienia przedstawione w pkt 158–219 niniejszej opinii. *Niemniej* wspomniane wytyczne wskazują również w sposób bezprecedensowy, że podmioty uprawnione powinny posiadać możliwość „oznaczenia” (*earmark*) przedmiotów, których nieuprawnione udostępnienie online „mogłoby spowodować dla nich znaczące szkody gospodarcze”. Dostawcy ci powinni wykazać szczególną staranność w odniesieniu do wspomnianych przedmiotów. Stwierdza się ponadto, że ci ostatni nie wypełniliby swoich zobowiązań w zakresie „dołożenia wszelkich starań”, gdyby zezwolili na umieszczenie online treści wielokrotniejących te same przedmioty pomimo istnienia takich „oznaczeń”. Jeżeli należy to rozumieć w taki sposób, że dostawcy, o których mowa, powinni blokować *ex ante* dane treści w oparciu o zwykłe stwierdzenie ryzyka poniesienia poważnych szkód gospodarczych przez podmioty uprawnione – ponieważ wskazówki nie zawierają innego kryterium obiektywnie ograniczającego mechanizm

²⁶⁵ Chciałbym podkreślić ostatnią kwestię. Pozwane i interwenienci wskazali na okoliczność, że główny sposób uniknięcia przez dostawcę usług udostępniania treści wszelkiej odpowiedzialności za utwory i inne przedmioty objęte ochroną udostępnione online w jego usłudze polega, zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/790, na uzyskaniu zezwolenia podmiotów uprawnionych. W tym kontekście mechanizm zwolnienia z odpowiedzialności przewidziany w ust. 4 tego artykułu oraz wynikające z niego obowiązki filtrowania będą w każdym wypadku dotyczyć jedynie utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, dla których takie zezwolenie nie zostało uzyskane. Moim zdaniem choć nie chodzi tu, ściśle rzecz ujmując, o „gwarancję” regulującą to filtrowanie, to jednak punkt ten jest istotny dla wolności wypowiedzi użytkowników tych usług, tym bardziej że zgodnie z art. 17 ust. 2 dyrektywy 2019/790 zezwolenia te obejmują również, pod pewnymi warunkami, czynności „publicznego udostępniania” dokonywane przez tych użytkowników. Podzielam zatem zdanie Komisji, zgodnie z którym państwa członkowskie powinny przewidzieć w swoim prawie krajowym mechanizmy ułatwiające udzielanie takich zezwoleń. Im więcej tych zezwoleń dostawcy usług udostępniania treści będą mogli uzyskać, tym więcej podmiotów uprawnionych otrzyma odpowiednie wynagrodzenie za korzystanie z ich przedmiotów objętych ochroną i tym mniej środków filtrowania i blokowania ich treści będą musieli znosić użytkownicy.

²⁶⁶ Wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r. (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503).

²⁶⁷ Zobacz wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., YouTube i Cyando (C-682/18 et C-683/18, EU:C:2021:503, pkt 59).

²⁶⁸ Zobacz komunikat Komisji „Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market”, w szczególności s. 18–24.

„oznaczenia” do szczególnych przypadków²⁶⁹ – nawet jeśli treści te nie stanowią oczywistego naruszenia prawa, to nie mogę zgodzić się z taką interpretacją, chyba że przyjdzie mi zmienić zdanie w odniesieniu do całości przedstawionych w niniejszej opinii rozważań.

VI. W przedmiocie kosztów

224. Zgodnie z art. 138 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ moim zdaniem skargę Rzeczypospolitej Polskiej należy oddalić, a Parlament i Rada wniosły o obciążenie Rzeczypospolitej Polskiej kosztami, należy obciążyć to państwo członkowskie kosztami postępowania. Niemniej jednak rządy hiszpański i francuski oraz Komisja, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, powinny pokryć własne koszty, zgodnie z art. 140 ust. 1 tego regulaminu.

VII. Wnioski

225. W świetle przedstawionych powyżej rozważań proponuję, aby Trybunał:

- oddalił skargę Rzeczypospolitej Polskiej;
- obciążył to państwo członkowskie kosztami postępowania; oraz
- obciążył Królestwo Hiszpanii, Republikę Francuską i Komisję Europejską ich własnymi kosztami.

²⁶⁹ Komisja wskazuje przedmioty, które mają szczególną wartość ekonomiczną w określonym czasie. Niemniej mechanizm oznaczenia nie wydaje się być ograniczony do tych przedmiotów. Wytyczne nie definiują również pojęcia „znaczących szkód gospodarczych”. Pragnę przypomnieć, że zdaniem rządu francuskiego w przypadku umieszczenia online treści naruszającej prawo, poniesiona przez podmioty uprawnione szkoda gospodarcza będzie zawsze „nieodwracalna”.