

SZYMON RUBISZ

Politechnika Śląska w Gliwicach

NORMALNE KORZYSTANIE Z UTWORU I SŁUSZNE INTERESY TWÓRCY JAKO OGRANICZENIA DOZWOLONEGO UŻYTKU W PRAWIE AUTORSKIM

1. UWAGI WSTĘPNE

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹ chroni wyłączne prawa twórców i innych podmiotów do różnych przejawów działalności twórczej o indywidualnym charakterze. Prawa te dzieli się na osobiste, dotyczące niezbywalnej, intelektualnej więzi autora i utworu, bądź majątkowe, czyli typowo utylitarne, z którymi wiąże się możliwość uzyskiwania korzyści ekonomicznych. Te drugie nie mają jednak charakteru *ius infinitum*, ponieważ ulegają ustawowym ograniczeniom na mocy przepisów o dozwolonym użytku – zamkniętego katalogu wyjątków od monopolu autorskiego ujętych w art. 23-33⁵ pr. aut.

Granice ustalono także w przypadku korzystania z utworów w ramach dozwolonego użytku. Służą temu przede wszystkim ograniczenia o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym obecne w samych przepisach ustanawiających wyjątki od praw wyłącznych. Wskazać tu można między innymi wyłączenie pewnych rodzajów utworów spod dobrodziejstwa dozwolonego użytku prywatnego (programów

¹ Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231); dalej: pr. aut.

komputerowych – art. 77, utworów architektonicznych – art. 23 ust. 1) czy też zawężenie jego zakresu do określonego kręgu osób (krotnych, powinowatych, osób pozostających w stosunku towarzyskim – art. 23 ust. 2), a w przypadku dozwolonego użytku publicznego, kryteria dopuszczalności prawa przedruku (art. 25), prawa cytatu (art. 29), zakaz uzyskiwania korzyści majątkowych z tytułu dozwolonej eksploatacji (np. art. 24 ust. 2, art. 31, art. 32 ust. 1) i inne. Oprócz tych ograniczeń ustawodawca polski przewidział również generalne zasady normatywne umieszczone *in fine* oddziału 3 rozdziału 3 ustawy o prawie autorskim..., które warunkują realizację wszystkich dozwolonych form użytku. Jest to wymóg podania imienia i nazwiska twórcy oraz źródła (art. 34), a także zakaz naruszania normalnego korzystania z utworu i godzenia w słuszne interesy autora (art. 35). Mają one na celu zagwarantowanie przysługujących twórcy odpowiednio praw osobistych i praw majątkowych przed zbyt szeroką swobodą eksploatacji dzieł chronionych prawem. Spełniają przy tym funkcję korygującą i uzupełniającą przy rozstrzygnięciu legalności różnych form dozwolonego użytku, chociaż, ze względu na zastosowanie niedookreślonych kryteriów, szczególnie w art. 35 pr. aut., ich interpretacja dostarcza pewnych trudności.

Celem tego artykułu jest analiza znaczenia i funkcji klauzul generalnych z art. 35, którą w polskiej ustawie przejęto w nieco zmienionym kształcie bezpośrednio z porozumień międzynarodowych, a ich rola została dodatkowo wzmocniona uchwalonymi swego czasu przepisami prawa pochodnego Unii Europejskiej. Mimo że regulacja jest obecna w polskim prawie autorskim od wielu lat, wciąż budzi wątpliwości i przysparza problemów interpretacyjnych z uwagi na brak definicji legalnych i nieostrość użytych pojęć. Orzecznictwo, w tym unijne, także nie daje jasnej odpowiedzi. Wydaje się wręcz, że polskie sądy unikają jego stosowania, powołując się nań wyjątkowo rzadko. Nauka prawa podejmuje w tym zakresie szczegółowe rozważania, acz nie są one jednolite i często prowadzą do różnych wniosków. Problematyka tym bardziej wydaje się aktualna, ponieważ przepisy te stosuje się do oceny dopuszczalności indywidualnych przypadków eksploatacji przedmiotów praw wyłącznych. W związku zaś z tym, że postęp technologiczny sprzyja powstawaniu

nowych form i warunków użytku, może mieć to wpływ również na przyjęte interpretacje.

2. OGRANICZENIA DOZWOLONEGO UŻYTKU W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 r.² w art. 9 ust. 2 zawiera regulację, którą powszechnie przyjęło się nazywać testem trójstopniowym (z ang. *three-step test*). Stanowi on punkt odniesienia dla wszystkich wyjątków i ograniczeń praw autorskich przewidzianych w konwencji³. Część państw, między innymi Polska, Grecja, Hiszpania, włączyło go do swoich ustaw prawnoautorskich. Tam natomiast, gdzie tego nie dokonano (np. w Wielkiej Brytanii, Holandii, Włoszech), kryteria „testu” mogą być w razie wątpliwości stosowane w procesach sądowych, a od kiedy obowiązuje dyrektywa 2001/29 o prawie autorskim w społeczeństwie informacyjnym⁴ (konkretnie art. 5 ust. 5, który zawiera podobną do konwencyjnej regulację), uwzględnić go może również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej badający zgodność ustanowionych przez państwo członkowskie UE wyjątków z prawem unijnym.

Zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 konwencji berneńskiej państwa mogą zezwalać na reprodukcję dzieł w pewnych szczególnych wypadkach, pod warunkiem że czynność ta nie wyrządzi szkody normalnemu korzystaniu z dzieła ani nie przyniesie nieuzasadnionego uszczerbku prawowitym interesom autora. Powyższa norma stanowi generalne

² Akt paryski konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych sporządzony w Paryżu 24 lipca 1971 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474); dalej: konwencja berneńska.

³ Por. B. MAY, *Private Copies, One Test To Rule Them All*, «Economag» z 13 kwietnia 2006 r., <http://economag.com/en/archives/26> (dostęp 28 lutego 2015 r.), [artykuł aktualnie niedostępny].

⁴ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz. Urz. WE L 167 z 22.06.2001 r., s. 230-239); dalej: dyrektywa 2001/29.

kryterium, a ściślej trzy niezbędne do spełnienia łącznie kryteria, które wskazują okoliczności, w jakich prawo do reprodukcji utworu może zostać ograniczone przez ustawodawstwa wewnętrzne państw będących stronami konwencji. Innymi słowy wszelkie wyjątki od praw wyłącznych przysługujących podmiotom praw autorskich i pokrewnych powinny mieścić się w ramach wyznaczonych przez powołany przepis art. 9 ust. 2. W niezmienionej właściwie postaci „test trójstopniowy” obecny jest także w porozumieniu TRIPS⁵ (art. 13) Światowej Organizacji Handlu oraz traktatach Światowej Organizacji Własności Intelektualnej WIPO – o prawie autorskim (WCT, art. 10)⁶ oraz o artystycznych wykonaniach i fonogramach (WPPT, art. 16)⁷. Natomiast jego zakres przedmiotowy jest szerszy, ponieważ dotyczy wszelkich praw wyłącznych, a nie tylko prawa do reprodukcji, jak w konwencji berneńskiej.

Niejasność i nieprecyzyjność regulacji stała się powodem istotnych trudności interpretacyjnych. W literaturze zwraca się uwagę, że nadmiernie ogólnikowe zapisy i nieostre granice mogą przyczyniać się do daleko idącej swobody w kształtowaniu ograniczeń praw wyłącznych w ustawodawstwach krajowych⁸. Rozstrzygnięcie tego problemu w dużej mierze pozostawione jest judykaturze przy rozpatrywaniu indywidualnych spraw. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że nie jest to zadanie łatwe, ponieważ „test trójstopniowy” wzmacnia ochronę praw twórców i podmiotów praw pokrewnych kosztem odbiorców dzieł.

Po pierwsze, stwierdzić należy, czy wprowadzenie danego ograniczenia praw wyłącznych odbywa się w pewnym szczególnym wypadku. W literaturze przedmiotu wyjaśnia się, że chodzi tu o sytuację, gdy konkretny wyjątek jest publicznie uzasadniony i wychodzi naprzeciw potrzebom społeczno-kulturalnym odbiorców dzieł. Ponadto te

⁵ Załącznik do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, sporządzonego w Marakeszu 15 kwietnia 1994 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 98, poz. 483).

⁶ Traktat WIPO sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r. o prawie autorskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 3, poz. 12).

⁷ Traktat WIPO sporządzony w Genewie 20 grudnia 1996 r. o artystycznych wykonaniach i fonogramach (Dz. U. z 2004 r. Nr 41, poz. 375).

⁸ Por. J. BŁESZYŃSKI, *Konwencja berneńska a polskie prawo autorskie*, Warszawa 1979, s. 283.

ograniczenia, które mają zbyt szeroki zakres przedmiotowy, nie są dopuszczalne⁹. Takie podejście wydaje się tym bardziej słuszne, jeśli wziąć pod uwagę treść art. 10 ust. 1 i ust. 2 konwencji berneńskiej, które zezwalają na wprowadzanie wyłączeń w zakresie prawa cytatu i w celach nauczania, a także art. 102 ust. 2 dotyczącego sprawozdań o aktualnych wydarzeniach (cel informacyjny). Dla wyjaśnienia brzmienia pierwszego stopnia testu posłużono się dyrektywami językowymi. Okoliczności „szczególne” to takie, które mają indywidualne lub ograniczone zastosowanie bądź cel, są dokładnie i konkretnie nazwane, są nietypowe, odróżniające się w jakiś sposób¹⁰. Zakres wyjątku musi być jasno zdefiniowany („pewne”) oraz ściśle ograniczony („szczególne”) do określonych sytuacji i czynności, przy czym państwo członkowskie nie musi wykazywać bądź uzasadniać potrzeby wprowadzenia danego ograniczenia¹¹.

Po drugie, wyjątki od praw wyłącznych nie mogą naruszać normalnego korzystania z utworu. Problem stanowi oczywiście ocena okoliczności, w jakich mamy do czynienia z „normalną” eksploatacją i wskazanie tych, które poza to kryterium wykraczają. Zdaniem niektórych komentatorów regulacji traktatowych użytek ma „normalny” charakter wówczas, gdy dysponent praw autorskich może przewidzieć sposoby, w jakich eksploatowany jest stworzony przez niego utwór. Jeżeli jednak podmiot ów nie ma realnej możliwości wyegzekwowania swych praw, na przykład poprzez brak zgody na eksploatację, „normalność” nie jest naruszana¹². Inny pogląd zakłada, że „normalne” są takie formy eksploatacji, które generują ekonomiczne korzyści dla dysponentów praw autorskich z tytułu wykonywania tych praw, jak również te formy, które mogą być potencjalnym źródłem takich zysków w przyszłości. Tak sformułowane stanowisko oznacza w praktyce narzucenie istniejącego

⁹ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London 1987, s. 482.

¹⁰ D. GARVAIS, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, «Marquette Intellectual Property Law Review» 9/2005, s. 14.

¹¹ J. GINSBURG, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, «RIDA» 187/2005, s. 5.

¹² S. RICKETSON, *op. cit.*

status quo i w konsekwencji uniemożliwienie jakiegokolwiek poszerzenia zakresu ograniczeń praw autorskich w związku z postępowaniem technicznym. W przyszłości powstać bowiem mogą takie narzędzia informatyczne, które pozwolą zainteresowanym podmiotom na nieograniczoną kontrolę każdej formy użytku utworu, przez co w środowisku elektronicznym dozwolony użytek może zostać całkowicie wyeliminowany¹³.

Po trzecie wreszcie, korzystanie z utworu bądź z przedmiotu praw pokrewnych nie może przynosić nieuzasadnionej szkody prawowitym interesom podmiotu praw wyłącznych. Ostatni stopień „testu” wydaje się tym, który w najbardziej oczywisty sposób równoważy prawa właścicieli praw autorskich i odbiorców dzieł¹⁴. Zakłada bowiem, że korzystanie z cudzej własności intelektualnej jest dozwolone tak dalece, dopóki nie wkracza w prawa autora związane z udostępnianiem utworu publiczności. Tak najprawdopodobniej należy rozumieć użyte w tekstach traktatów określenie „prawowitych interesów”. Są nimi wszelkie zasługujące na poszanowanie prawa twórcy do dzieła – prawa o charakterze osobistym i majątkowym. Warto zwrócić uwagę na określenie „nieuzasadnione”, które dopuszcza w istocie w pewnym zakresie naruszanie tych interesów. Przykładem może być prawo do tworzenia kopii na prywatne potrzeby albo stworzenie opatrzonej cytatami, niekorzystnej dla autora recenzji utworu literackiego czy naukowego, nawet jeśli negatywnie wpłynąć może na sprzedaż dzieła. W sytuacji, gdy dane ograniczenie praw wyłącznych faktycznie powoduje mniejszy zysk z tytułu eksploatacji utworu, prawo powinno zapewnić uprawnionemu stosowną rekompensatę.

W literaturze przedmiotu znaleźć można krytyczne uwagi pod adresem omawianej regulacji, jako sprzyjającej przede wszystkim interesom majątkowym podmiotów praw wyłącznych przy niedostatecznym uwzględnieniu interesu odbiorców dzieł¹⁵. Inne opinie opierają się na założeniu, że powoływanie się przy stosowaniu „testu” na aspekt

¹³ C. GEIGER, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, «Copyright Bulletin», January-March/2007, s. 6.

¹⁴ D. GARVAIS, *op. cit.*, s. 17.

¹⁵ C. GEIGER, J. GRIFFITHS, R.M. HILTY, *Towards a balanced interpretation of the “Three-step test” in Copyright Law*, «EIPR» 30.12/2008, s. 490-491.

ewentualnego zmniejszenia korzyści wynikających z obrotu dobrem intelektualnym jest słuszne, lecz nie należy odnosić się do niego jako decydującego¹⁶. Powinno się raczej zwracać uwagę na normatywny wymiar omawianej regulacji¹⁷. Kamiel Koelman postuluje zatem modyfikację „testu”, a jako jedno z możliwych rozwiązań dla ograniczeń praw wyłącznych wskazuje koncepcję amerykańską, tj. czterech punktów (*factors*) będących podstawą zasady *fair use*. Zostały one wypracowane przez judykaturę i w przeciwieństwie do przepisów traktatowych nie są wynikiem kompromisów i dyplomatycznych negocjacji. Jedno z kryteriów *fair use* jest podobne do drugiego stopnia „testu” (chodzi o „normalne korzystanie”), ale nie jest decydujące, gdyż sąd musi wziąć pod uwagę też pozostałe warunki, a także inne okoliczności towarzyszące konkretnej sprawie. Dzięki temu orzekający waży kryteria, nie traktując każdego z nich bezwzględnie¹⁸. Ta elastyczność amerykańskiej doktryny *fair use* jest punktem wyjścia dla koncepcji Daniela Gervais’a, który proponuje odwrócenie „testu trójstopniowego” (*reverse three-step test*). Jego zdaniem „test” zawiera pewną słabość interpretacyjną – co nie jest dozwolone w drodze wyjątku, należy do sfery wyłącznych praw uprawnionego podmiotu. Autorowi nie chodzi tutaj o zmianę przepisów, lecz o szczególne podejście interpretacyjne, pozostające w zgodzie z obowiązującymi regulacjami międzynarodowymi. Badanie każdego wyjątku – twierdzi on – powinno skupiać się przede wszystkim na ocenie skutków, jakie wywiera ten wyjątek na interesy ekonomiczne twórcy eksploatowanego dobra, a nie na samą naturę eksploatacji¹⁹. Christophe Geiger przedstawia jeszcze inne podejście: aby stosować poszczególne stopnie w innej kolejności. Chodzi mianowicie o to, że w przypadku niespełnienia przez dany wyjątek kryterium drugiego stopnia, jego wpływ na ewentualną szkodę dla interesów twórcy nie jest rozpatrywany. Tymczasem badanie rozpocząć można właśnie od tego trzeciego stopnia, który najbardziej sprzyja wyważeniu różnych interesów. W następnej kolejności weryfikacji poddać można ewen-

¹⁶ K. KOELMAN, *Fixing the Three-Step Test*, «EIPR» 28.8/2006, s. 410.

¹⁷ J. GINSBURG, *op. cit.*, s. 15.

¹⁸ K. KOELMAN, *op. cit.*

¹⁹ D. GERVAIS, *op. cit.*, s. 27 i n.

tualne naruszenie normalnego korzystania, co może stanowić swego rodzaju korektę wyciągniętych wcześniej wniosków i wyeliminowanie oczywistych naruszeń²⁰. Inną, prostszą i bardziej możliwą do przyjęcia na gruncie międzynarodowym propozycją jest swoiste zmiękczenie drugiego stopnia „testu” wzorem art. 30 TRIPS. Norma ta dotyczy prawa patentowego, stanowiąc między innymi, że wprowadzane przez państwa członkowskie ograniczenia praw nie mogą bezzasadnie naruszać normalnej eksploatacji patentu. Dzięki temu możliwa jest akceptacja takich ograniczeń, które w pewnym stopniu pozostają w sprzeczności z normalnym korzystaniem, a tym samym służą zrównoważeniu interesów podmiotów praw wyłącznych z interesem społeczno-kulturalnym²¹.

Na gruncie polskim własną wykładnię traktatowego „testu” proponują Janusz Barta i Ryszard Markiewicz²². Po pierwsze, określone szczególne przypadki, w których ograniczenia doznać mogą prawa majątkowe, powinno się poddać weryfikacji w kierunku stwierdzenia, czy dana postać dozwolonego użytku jest dostatecznie sprecyzowana oraz czy jej zakres (ujmowany „ilościowo” i ze względu na jego „wartość” w dziele) nie jest z funkcjonalnego punktu widzenia zanadto szeroki w odniesieniu do danego uprawnienia autorskiego. Po wtóre, normalność eksploatacji odnosić należy nie do wydzielonego uprawnienia związanego z daną postacią dozwolonego użytku, ale do całości korzystania z utworu. Konieczne bowiem jest zapewnienie wyważenia interesów podmiotów praw wyłącznych z interesami społecznymi. W przypadku gdyby wykazano nadmierność ograniczenia uprawnień odbiorcy dzieła, to zastosowanie restrykcji ze względu na ten wymóg byłoby bezpodstawne. Ocena taka musiałaby się opierać na zasadzie proporcjonalności dopuszczającej dozwolony użytek tylko wówczas, gdy cel danej licencji nie mógłby zostać osiągnięty „słabszymi” środkami. Autorzy konstatują, że weryfikacja omawianego wymogu powinna być stosowana na zasadach zbliżonych do regulacji *fair use* w USA. Po trzecie wreszcie, weryfikować należy także istnienie słusznego wynagrodzenia dla upraw-

²⁰ C. GEIGER, *op. cit.*, s. 18.

²¹ K. KOELMAN, *op. cit.*

²² J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 165-166.

nionego, przy czym istnienie nieodpłatnych licencji ustawowych uznać należy za dopuszczalne.

Krytyka regulacji w prawie międzynarodowym ma miejsce już od dłuższego czasu²³. Prawdopodobieństwo, że przepisy międzynarodowe ulegną zmianie, jest niewielkie. Renegocjacja traktatów to przedsięwzięcie bardzo trudne, wymagające zaangażowania i wspólnego stanowiska wielu stron. Co więcej, w grę wchodziłaby kwestia ograniczeń praw autorskich, zapewne więc swoje propozycje zgłosiłyby podmioty najbardziej zainteresowane zachowaniem bądź też zaostrzeniem obecnej regulacji – reprezentanci szeroko pojętego przemysłu producenckiego i wydawniczego. Wydaje się natomiast zasadne promowanie takich interpretacji przepisów, które mają na celu balansowanie interesów podmiotów uprawnionych z tytułu praw wyłącznych z interesami użytkowników²⁴.

3. OGRANICZENIA DOZWOLONEGO UŻYTKU W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Jak już wcześniej wspomniano, „test trójstopniowy” jest obecny także w dyrektywie 2001/29 o prawie autorskim w społeczeństwie informacyjnym. Artykuł 5 w ust. 1-4 przewiduje katalog wąsko ujętych wyjątków i ograniczeń prawa do zwielokrotniania, które, zgodnie z treścią ust. 5, znajdują zastosowanie tylko w niektórych, szczególnych przypadkach niepozostających w sprzeczności z normalną eksploatacją dzieła lub innego chronionego dobra ani nie przynoszą nieuzasadnionego uszczerbku uzasadnionym interesom podmiotów praw autorskich. Państwa członkowskie Unii, implementując dyrektywę, do regulacji odniosły się różnie: niektóre z nich inkorporowały „test” do swych wewnętrznych regulacji (np. Polska, Francja, Grecja, Włochy, Hiszpania), inne (np. Belgia, Dania, Finlandia, Holandia, Niemcy, Wielka Brytania)

²³ Szerzej G. PACEK, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. MICHALAK, Warszawa 2019, s. 286.

²⁴ Por. STANISŁAWSKA-KLOC, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. FLISAK, «Lex/el.», Warszawa 2015, art. 35.

tego nie zrobiły, traktując ją jako adresowaną do prawodawcy dyrektywę dotyczącą konstrukcji licencji ustawowych²⁵.

Przywołana regulacja ma charakter nadrzędny wobec wspomnianych wyjątków i ograniczeń, lecz nie jest jednoznacznie jasne, czy jest ona zasadą, czy raczej narzędziem harmonizacji ustawodawstw poszczególnych państw UE. Treść przepisu wskazuje bowiem, że „test” adresowany jest do odbiorców dzieł i przedmiotów praw pokrewnych, czyli tych, którzy korzystają z wyjątków w praktyce, a nie – tak jak w przypadku regulacji międzynarodowej – jedynie do ustawodawcy kreującego ograniczenia praw wyłącznych w oparciu o dyrektywę „testu”. W literaturze zagranicznej spotkać można się z sugestią, że omawiana norma może być kierowana również do orzekających w konkretnych sprawach sądów krajowych²⁶. Jej rola byłaby wówczas bardziej znacząca, bo w istocie sądy poddawałyby ocenie przyjęte w danym kraju wyjątki od praw wyłączonych pod kątem spełnienia przez nie kryteriów „testu”. Nie znaczy to jednak wcale, że możliwe byłoby uwzględnianie nowych form dozwolonego użytku. Regulacja unijna jest krytykowana za brak otwartości na potrzeby społeczne, kulturalne i ekonomiczne, przez co nie nadąza za gwałtownym rozwojem technologii. Nie korzysta z elastyczności, jaką dają analizowane wcześniej przepisy prawa międzynarodowego²⁷. Nie dość bowiem, że ustala ścisły, zamknięty katalog możliwych wyjątków od praw majątkowych, to skłania do stosowania „testu” do ich dalszego ograniczania²⁸. Jako swoistego ograniczenia dla ograniczeń. Sądy przeto nie mogą być pewne co do możliwości swobodnej oceny przypadków dozwolonego użytku, szczególnie takich, w które zaangażowana jest nowoczesna technika, jeżeli przewidziane w dyrektywie 2001/29 wyjątki wyraźnie ich nie obejmują. Podkreślić trzeba, że w takiej sytuacji to właśnie wykładnia sądowa ma do spełnienia rolę szczególnie z uwagi na

²⁵ Por. C. GEIGER, *op. cit.*, s. 14-15.

²⁶ J. GRIFFITHS, *op. cit.*, s. 3.

²⁷ Por. J. EDWALD, *The Three Step Test of International Copyright Law: Is Fair Use the Key to Balancing Interests in the Digital Age?*, Reykjavik 2016, s. 43.

²⁸ M. SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, «JIPITEC» 1.67/2010, s. 69-70, <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2605> (dostęp 20 marca 2020 r.).

fakt, że prawodawca nie jest w stanie skutecznie sprostać dostosowaniu prawa autorskiego do wymogów nowych technologii²⁹.

Kluczowa w tym zakresie powinna być wykładnia przepisów dyrektywy 2001/29 oraz praktyka orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości UE. Zadaniem TSUE nie jest rozstrzygnięcie sporu będącego podstawą określonej sprawy, bo ta kompetencja pozostaje w gestii sądu państwa członkowskiego. Trybunał zaś ma odpowiedzieć na jego wątpliwości powstałe w związku z interpretacją przepisów unijnych w procesie oceny faktów sprawy. Warto zwrócić uwagę, że w rzeczywistości orzecznictwo Trybunału przynosi niekiedy wręcz odwrotny skutek: w wykładni przepisów UE brane są pod uwagę fakty problemowej sprawy, a nawet przepisy kraju, z którego pochodzi zapytanie prejudycjalne. W konsekwencji prowadzi to właściwie do rozstrzygnięcia głównego postępowania, gdyż sądy dostają swoistą instrukcję dalszego orzekania.

Trybunał Sprawiedliwości UE zajmował różne stanowiska w kwestii postanowień dyrektywy 2001/29 w zakresie wyjątków i ograniczeń. Przykładowo w sprawie *Infopaq*³⁰ z 2009 r. w pkt 56-58 podkreślono istnienie zasady, że wyjątki od nieautoryzowanego użytku powinny być interpretowane w sposób zawężający. Z kolei w rozstrzygnięciach łącznie spraw *FAPL*³¹ z 2011 r. Trybunał wstrzymał się od postulowanej przez siebie dwa lata wcześniej zawężającej interpretacji, zwracając w pkt 163-164 uwagę na konieczność zachowania właściwej równowagi praw i interesów podmiotów praw autorskich oraz użytkowników utworów objętych ochroną.

Istotny wyrok, nawiązujący do „testu trójstopniowego”, wydano w 2014 r. w sprawie *ACI Adam*³². Teza zawarta w pkt 41 wyroku głosi,

²⁹ T. RENDAS, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, «IIC» 49/2018, s. 160.

³⁰ Wyrok Trybunału z 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, dostępny na curia.eu.

³¹ Wyroki Trybunału z 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08, *Football Association Premier League i in. v. QC Leisure i in.* (sprawa C-403/08) oraz *Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd* (sprawa C-429/08), dostępne na curia.eu.

³² Wyrok Trybunału z 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-435/12, *ACI Adam i in. v. Stichting de Thuis kopie i in.*, dostępny na curia.eu.

że użytek prywatny stosuje się wyłącznie do zwielokrotnień utworów lub przedmiotów objętych ochroną na podstawie prawa autorskiego i praw pokrewnych sporządzonych ze źródeł legalnych. Zauważono, że w art. 5 ust. 2 lit. b ustanawiającym dozwolony użytek prywatny, nie odniesiono się w sposób wyraźny do legalnego lub nielegalnego charakteru źródła mogącego służyć za podstawę zwielokrotnienia określonego utworu (pkt 29). Przypomniano jednocześnie, że wobec wyjątków i ograniczeń praw autorskich utrzymała się w orzecznictwie ścisła (zawężająca) wykładnia przepisów dyrektywy (pkt 30). Oczywiście zatem wyłączne prawo zwielokrotnienia przysługujące podmiotom praw autorskich ulega ograniczeniu wobec osób sporządzających kopie ich utworów na użytek prywatny, przepis jednak nie zobowiązuje do tolerowania naruszeń ich praw mogących towarzyszyć sporządzaniu kopii na użytek prywatny. Brak rozróżnienia przez państwa członkowskie źródła legalnego od nielegalnego przy powoływaniu się na dozwolony użytek prywatny może być, zdaniem Trybunału, naruszeniem „testu trójstopniowego” z art. 5 ust. 5 (pkt 45). Ponadto tolerowanie nielegalnych form dystrybucji sfałszowanych lub pirackich utworów w sposób oczywisty naraża na szwank prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Trybunał wyraźnie stwierdził zatem, że niderlandzki przepis ustanawiający wyjątek dotyczący kopii na użytek prywatny jest niezgodny z prawem UE. Konsekwencją takiej wykładni jest, jak się wydaje, uznanie za niezgodnych z dyrektywą 2001/29 przepisów krajowych ustaw prawnoautorskich, które nie ograniczają dozwolonego użytku jedynie do takich kopii utworów, które zostały rozpowszechnione za zgodą uprawnionych podmiotów. Trybunał ponadto stwierdził, że art. 5 ust. 5 dyrektywy nie definiuje materialnej treści poszczególnych wyjątków i ograniczeń, wkraczając dopiero w momencie ich zastosowania przez państwa członkowskie. Celem przepisu nie jest więc ani wpłynięcie na tę treść, ani tym bardziej rozszerzenie zakresu poszczególnych przewidzianych tam wyjątków i ograniczeń³³.

³³ Stanowisko to TSUE podtrzymał również w późniejszych wyrokach w sprawie C-117 z 11 września 2014 r. *Eugen Ulmer v. Technische Universität Darmstadt* i sprawie C-463/12 z 15 marca 2015 r. *Copydan Båndkopi v. Nokia Danmar*.

Pogląd wyrażony w powyższym orzeczeniu był już wcześniej formułowany w polskim piśmiennictwie w odniesieniu do krajowej regulacji „testu” w art. 35 pr. aut. Taką interpretację sugerował na przykład Jerzy Szczotka³⁴, według którego uprawnienie użytkownika dzieła do kopiowania powstaje wyłącznie wtedy, gdy zostało ono mu udostępnione w sposób legalny, poprzedzony zapłatą stosownego wynagrodzenia autorskiego. Również Zbigniew Okoń i Paweł Podrecki³⁵ oceniają, że powołanie się na dozwolony użytek prywatny w przypadku skopiowania chronionego utworu z Sieci jest sprzeczne z wymogami stawianymi w art. 35 pr. aut. w sytuacji, gdy udostępniający rozpowszechnił go z naruszeniem prawa autorskiego.

Z analizy wskazanych orzeczeń wynika, że „test trójstopniowy” z art. 5 ust. 5 dyrektywy stosowany jest w praktyce przez TSUE do zbadania zasadności określonej postaci dozwolonego użytku utworu lub przedmiotu praw pokrewnych, w przypadku której wątpliwości co do zgodności z prawem UE miał sąd krajowy rozstrzygający zawisłą przed nim sprawę. Można zatem na tej podstawie wnioskować, że przepis adresowany jest do krajów członkowskich przy transponowaniu odpowiednich wyjątków i ograniczeń do ich wewnętrznych ustawodawstw. Istnieje jednak również linia orzeczeń, w których TSUE wydaje się wymagać od sądu krajowego oceniania nie tylko tego, czy użytek dokonany przez pozwanego mieści się w ramach przewidzianych wyjątków i ograniczeń, lecz także czy spełnia warunki dyrektywnego „testu trójstopniowego”³⁶, nawet jeżeli postanowienia te nie zostały transponowane do prawa wewnętrznego³⁷. Tak na przykład uczynił w 2016 r. szwedzki Sąd Najwyższy w orzeczeniu dotyczącym dozwo-

³⁴ J. SZCZOTKA, [w:] M. PÓŹNIAK-NIEDZIELSKA, J. SZCZOTKA, M. MOZGAWA, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz–Warszawa–Lublin 2006, s. 93.

³⁵ Z. OKOŃ, P. PODRECKI, [w:] *Prawo Internetu*, red. P. PODRECKI, Warszawa 2007, s. 358-359.

³⁶ Wyrok Trybunału z 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-360/13, *PRCA v. Newspaper Licensing Agency* i wyroki w sprawach C-403/08 i C-429/08.

³⁷ M. KOSCIK, M. MYSKA, *Copyright law challenges of preservaton of “born-digital” digital content as cultural heritage*, «European Journal of Law and Technology» 10.1/2019, s. 5, <http://ejlt.org/article/view/664> (dostęp 20 marca 2020 r.).

nego użytku, a ściślej zakresu tak zwanego prawa panoramy z art. 24 ust. 1 szwedzkiej ustawy prawnoautorskiej. Sąd stwierdził, że przepis ten musi być rozpatrywany w świetle art. 5 ust. 5 dyrektywy 2001/29. Po dokonaniu takiego badania rozstrzygnięto, że wykorzystanie na stronie internetowej *Wikipedia* zdjęć rzeźb umieszczonych w przestrzeni publicznej narusza uzasadnione interesy podmiotów praw autorskich, ponieważ pozbawia ich potencjalnych dochodów wynikających z wykorzystania takich kanałów rozpowszechniania³⁸.

Z pewnością „test” w ujęciu prawa unijnego uwzględniać należy w procesie stosowania prawa, choć jego funkcja powinna być raczej subsydiarna, a podmiot, korzystający z utworu w ramach dozwolonego użytku ustanowionego przepisami krajowymi, nie powinien ponosić odpowiedzialności za niewłaściwą implementację postanowień dyrektywy przez państwo członkowskie³⁹. Zdaniem Richarda Arnolda i Eleonory Rosati bezpośrednie stosowanie omawianej regulacji przez sądy wymaga od nich przeprowadzania dokładniejszego badania, czy dana eksploatacja mieści się w zakresie krajowych wyjątków i ograniczeń oraz czy spełnia warunki „testu”. W niektórych przypadkach może to skutkować dalszym ograniczeniem dostępnych postaci dozwolonego użytku⁴⁰.

4. NORMALNE KORZYSTANIE I POSZANOWANIE INTERESÓW TWÓRCY W PRAWIE POLSKIM

W polskim ustawodawstwie prawnoautorskim przejawem obecnego w umowach międzynarodowych i prawie unijnym „testu trójstopniowego” są przepisy zawarte w oddziale 3 rozdziału 3 ustawy o prawie autorskim... Pierwszy stopień, czyli pewne szczególne przypadki gdy prawa majątkowe mogą zostać ograniczone, stanowią enumeratywnie

³⁸ E. ROSATI, *Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?*, «JIPITEC» 8/2017, s. 318, https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4639/JIPITEC_8_4_2017_311_Rosati (dostęp 20 marca 2020 r.).

³⁹ Por. J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *Prawo autorskie...*, s. 169.

⁴⁰ R. ARNOLD, E. ROSATI, *Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, «Journal of Intellectual Property Law & Practices» 10.10/2015, s. 11.

wymienione w art. 23-33⁵ formy dozwolonego użytku prywatnego i publicznego. Polski ustawodawca uznał więc, że te sytuacje mają na tyle szczególne znaczenie, że powinny ograniczać monopol autorski w imię zagwarantowania realizacji potrzeb społeczno-kulturalnych odbiorców dzieł. Pozostałe natomiast dwa stopnie „testu” transponowano do prawa polskiego w przepisie art. 35, zgodnie z którym „dozwolony użytek nie może naruszać normalnego korzystania z utworu lub godzić w słuszne interesy twórcy”. Regulacja ta odnosi się do wszystkich form dozwolonego użytku i wraz z przepisami art. 34 stanowi ogólne zasady wyznaczające granice zgodnego z prawem, niewymagającego co do zasady zezwolenia uprawnionego korzystania z utworów.

Intencją bezpośredniego wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę „testu trójstopniowego” do prawa autorskiego była prawdopodobnie chęć stworzenia takich ograniczeń dozwolonego użytku, które ze względu na brak precyzyjności pozostaną aktualne w obliczu dynamicznego postępu technologicznego i nowych, nieznanych jeszcze pól eksploatacji utworów. Wydaje się jednak, że unormowanie to znacznie bardziej restrykcyjnie traktuje dozwolony użytek niż postanowienia ratyfikowanych przez Polskę odpowiednich umów międzynarodowych, które zobowiązują państwa członkowskie, aby ustanawiane przez nie wyjątki od praw wyłącznych pozostawały w zgodzie z normalnym korzystaniem z utworu oraz szanowały słuszne interesy ich twórców. „Test” zastosować powinien ustawodawca w trakcie tworzenia prawa, oceniając pod jego kątem przewidywane formy eksploatacji, natomiast umieszczenie tych kryteriów w ustawie, w postaci mało przejrzystej klauzuli generalnej, która może być w różny sposób interpretowana, wydaje się znaczącym ograniczeniem praw odbiorców dzieł. Ponadto zwrócić należy również uwagę, że polska ustawa, znacznie bardziej niż prawo międzynarodowe, ogranicza dozwolony użytek, rozszerzając zakres stosowania „testu” na te formy, które w konwencji berneńskiej mu nie podlegają. Chodzi tu o prawo cytatu oraz wyjątki dla celów edukacyjnych (art. 10 ust. 1 i ust. 2 konwencji) i celów informacyjnych (art. 10² ust. 2 konwencji).

Klasyfikacja użytku jako zgodnego bądź niezgodnego z art. 35 pozostawiona jest organom orzekającym oraz zainteresowanym stronom – twórcom i użytkownikom, a dodatkowych wskazówek dostarcza

doktryna. Innymi słowy, odpowiedzialność prawodawcy w tym zakresie została scedowana na podmioty inne niż te wskazane przez normy traktatowe. Może to doprowadzić do zbyt daleko idącego ograniczenia dozwolonego użytku, a nawet sytuacji, w której jakakolwiek eksploatacja przedmiotu praw wyłącznych bez zgody uprawnionego lub zapłaty stosownego wynagrodzenia stanie się nielegalna⁴¹. Artykuł 35 natomiast nie może podważać instytucji dozwolonego użytku, prowadzić do wykładni zawężającej⁴². Trzeba także pamiętać, że omawiany przepis art. 35, wyznaczając granice dozwolonych użytków, nie pozostawia sądom swobody decyzji, czy stawiane wymogi mają mieć zastosowanie czy też nie. Kryteria te bowiem mają charakter nadrzędny nad przewidzianymi w art. 23-33⁵ formami dozwolonego użytku i rozpatrywane powinny być za każdym razem przy ocenie legalności działania użytkownika. Polska regulacja jest zatem zbieżna przede wszystkim z intencją prawodawcy unijnego, który w zbliżony sposób sformułował art. 5 dyrektywy 2001/29 dotyczący wyjątków od praw wyłącznych oraz ograniczeń stosowania tych wyjątków.

Klauzula generalna zawarta w art. 35 ustawy, wzorem omawianych wcześniej regulacji międzynarodowych i unijnych, wyznacza granice dozwolonego użytku od strony negatywnej, operując zwrotami niedookreślonymi i niezdefiniowanymi. Oba wymogi muszą zostać spełnione kumulatywnie, tym samym niespełnienie choćby jednego z nich implikuje wkroczeniem w wyłączne prawa podmiotu praw autorskich. Problemem pozostaje właściwe rozumienie użytych określeń „normalnego korzystania” i „słuszných interesów twórcy”, zwłaszcza że ich znaczenie nie zostało jak dotąd *in casu* wyraźnie ustalone⁴³. Niezbędne jest więc odniesienie się do norm pozaprawnych, na przykład językowych lub aksjologicznych. Próby sprecyzowania tych pojęć były podejmowane

⁴¹ Por. E. TRAPLE, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*⁵, red. J. BARTA, R. MARKIEWICZ, Warszawa 2011, s. 290.

⁴² J. PREUSSNER-ZAMORSKA, J. MARCINKOWSKA, E. LASKOWSKA, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, XIII, red. J. BARTA, Warszawa 2017, s. 608.

⁴³ Przykładowo NSA w orzeczeniu z 24 marca 2017 r. (II OSK 1897/15) stwierdza jedynie, że określone działanie strony skarżonego postępowania jest w sposób oczywisty nie do pogodzenia z normą wynikającą z art. 35.

przez zagranicznych komentatorów wobec identycznych sformułowań użytych w konwencji berneńskiej. Prezentowane stanowiska mogą być adresowane również do regulacji art. 35 pr. aut., co potwierdzają poglądy polskich przedstawicieli nauki prawa.

Janusz Barta i Ryszard Markiewicz odnoszą normalność korzystania do całości korzystania z utworu, a nie do konkretnego uprawnienia (pola eksploatacji) związanego z daną postacią dozwolonego użytku. „Normalność” w tym ujęciu rozumieć trzeba jako „nienadmierność”, zwykły charakter, standardowość, działalność w granicach przyjmowanych norm⁴⁴. Elżbieta Traple pisze natomiast o eksploatacji „w takich rozmiarach, jakich w zwykłych warunkach należałoby się spodziewać”⁴⁵. Konieczne jest wyważenie interesów podmiotu praw autorskich z interesem społecznym, według zasad i funkcji prawa autorskiego, przy równoczesnej analizie, czy zapewniono słuszne wynagrodzenie dla uprawnionego. Wykładnia art. 35 nie może przeto prowadzić do wyeliminowania funkcji określonej formy dozwolonego użytku. Ponadto „zakwestionowanie na podstawie art. 35 określonego działania dopuszczonego przez przepis regulujący dozwolony użytek może dotyczyć tylko tych zachowań (ujmowanych ze względu na typ i zakres występowania), które pojawiły się po dacie uchwalenia ustawy i jej późniejszych nowelizacji, w których nie zmieniono danej postaci dozwolonego użytku”. Ustanowienie lub brak uchylecia określonego dozwolonego użytku ze strony ustawodawcy daje do zrozumienia, że dotychczasowa skala wykorzystywania określonej postaci dozwolonego użytku jest akceptowana jako zgodna z wymogami art. 35. Wreszcie, naruszenie omawianej normy ma miejsce tylko wtedy, gdy straty podmiotu praw autorskich (także potencjalne) mają istotne znaczenie⁴⁶. Również E. Traple wskazuje w swej interpretacji na aspekt utylitarny. Zdaniem autorki z naruszeniem normalnego korzystania mamy do czynienia w przypadku takiej eksploatacji utworu, które jest konkurencyjne wobec korzystania przez uprawniony podmiot, który z kolei spodziewać się może wynikających

⁴⁴ J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *Prawo autorskie...*, s. 165-166.

⁴⁵ E. TRAPLE, *op. cit.*

⁴⁶ J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2019, s. 102.

z tego określonych przychodów. W podobny sposób należy rozumieć słuszne interesy twórcy, jako związane głównie z czerpaniem korzyści materialnych z eksploatacji utworu⁴⁷.

Według Grzegorza Packa poprzez art. 35 trudno jest kwestionować większość form dozwolonego użytku, ponieważ są one historycznie zakorzenione. Normalne korzystanie z utworu w ich ramach powinno być rozumiane jako takie, które tradycyjnie, historycznie czy zwyczajowo nie pozostaje w sprzeczności z jego eksploatacją przez autora lub podmiot uprawniony. W takiej sytuacji (ewentualna) szkoda dla interesów autora lub podmiotu uprawnionego nie jest uzasadniona. Jeżeli jednak by ją rozważać, złagodzenie skutków może zostać zapewnione choćby dzięki rekompensacie finansowej lub atrybucji autorstwa czy wskazania źródła⁴⁸.

Rafał Golał z kolei przyjmuje, że normalna eksploatacja to taka, która polega na uzyskiwaniu z wykorzystywanego utworu określonego pożytku, zgodnego z założonym przez autora przeznaczeniem oraz z faktycznie posiadanymi przez niego walorami. Natomiast wprowadzenie drugiego wymogu, oprócz gwarancji dla praw autorskich, miało, w opinii autora, na celu wyeksponowanie ewentualnej sprzeczności działań w ramach dozwolonego użytku także z innymi, pozaautorskimi interesami twórcy (np. dobrami osobistymi)⁴⁹. W podobny sposób interpretuje Wojciech Machała, który twierdzi, że jeżeli słuszne interesy twórcy miałyby jedynie charakter majątkowy, wówczas pojęcie to należałoby utożsamiać z normalnym korzystaniem. Dlatego mówić tu raczej powinno się o interesach o charakterze nie majątkowym, acz osobistym, co pozwoli wyraźnie rozgraniczyć omawiane wymogi, ale równocześnie ograniczy dozwolony użytek⁵⁰. Joanna Marcinkowska zauważa jednak, że poszanowanie praw osobistych zostało już zagwarantowane przez przepis art. 34 i prezentowana interpretacja byłaby

⁴⁷ E. TRAPLE, *op. cit.*

⁴⁸ G. PACEK, *op. cit.*, s. 287.

⁴⁹ R. GOLAT, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Warszawa 2002, s. 312.

⁵⁰ W. MACHAŁA, *Dozwolony użytek chronionych utworów w polskim prawie autorskim w świetle cywilistycznej koncepcji prawa podmiotowego*, «ZNUJ, PWiOWI» 78/2001, s. 65.

akceptowalna wówczas, gdyby ustawodawca w ogóle z niego zrezygnował. Stąd też słuszne interesy twórcy mają raczej charakter majątkowy. Autorka wyraża ponadto pogląd, że normalne korzystanie należy oceniać pod kątem sposobu i rozmiarów eksploatacji utworu, które powinny mieć rozsądne granice⁵¹.

W zakresie pojęcia normalnego korzystania istnieje również wykładnia ministerialna niemająca charakteru powszechnie obowiązującego, lecz dająca pewne wskazówki dla jego zrozumienia. Interpretować go należy jako „korzystanie przez osobę uprawnioną z przysługującego jej dzieła zgodnie z aktualnymi potrzebami, w związku z czym przez realizowanie uprawnień, wynikających z dozwolonego użytku publicznego, korzystanie to nie może być zakłócanie”⁵².

Poszukując znaczenia sformułowań zawartych w art. 35, trzeba mieć na względzie fakt, że podmiot korzystający z utworu w ramach dozwolonego użytku wkracza w sferę istotnych uprawnień innej osoby (osobistych i majątkowych) i nie może swym działaniem znacząco ich zawęźać. Ewentualne naruszenie normalnego korzystania powinno być oceniane pod kątem ekonomicznych skutków, jakie przynosi eksploatacja, to znaczy w jakim stopniu ograniczać ona może dochody twórcy. Jeśli wykazane zostanie, że skala podejmowanej przez użytkownika eksploatacji wiąże się z zauważalną, istotną utratą korzyści majątkowych uprawnionego, wówczas z pewnością stwierdzić należy wyjście poza ramy dozwolonego użytku. *A contrario*, jeśli szkodliwość ta jest niewielka albo w ogóle nie da się jej wykazać, naruszenie praw autorskich nie występuje. W przypadku natomiast słusznych interesów twórcy nie należy ich sprowadzać jedynie do sfery ekonomicznej, lecz brać należy pod uwagę również inne kryteria, jak choćby społeczna użyteczność danej eksploatacji, na przykład w celach naukowych lub poznawczych. Mając na uwadze te propozycje interpretacyjne, można przykładowo założyć, że nie jest naruszeniem korzystanie z dzieła, którego twórca nie mógł spodziewać się uzyskania dochodu z jego sprzedaży, jeżeli prowadzi ją

⁵¹ J. MARCINKOWSKA, *Dozwolony użytek w prawie autorskim*, Kraków 2004, s. 253-254.

⁵² Wyjaśnienie Ministerstwa Kultury i Sztuki z 8 grudnia 1998 r., zn. DP/WPA.024/297/98, por. R. GOŁAT, *op. cit.*, s. 313.

na rynku lokalnym, osiągalnym jedynie dla pewnej liczby odbiorców. Można też by zaryzykować tezę, że nawet gdyby utwór był dostępny dla klientów z całego świata, ale możliwości nabycia oraz koszty przeprowadzenia całej operacji wiązałyby się ze znacznymi utrudnieniami, wówczas pozyskanie dzieła, na przykład przez nieodpłatne pobranie go z Internetu, nie byłoby sprzeczne z normalnym korzystaniem i nie naruszałoby słuszných interesów twórcy. Można w konsekwencji podnosić, że eksploatacji w ramach dozwolonego użytku nie można przyznać waloru legalności wówczas, gdy jego rezultatem będzie rzeczywiste i bezpośrednie, a nie tylko potencjalne pozbawienie twórcy należnego wynagrodzenia. Podawanie w wątpliwość dopuszczalności dozwolonego użytku nie powinno bowiem opierać się na antycypowanych korzyściach majątkowych, ponieważ brak możliwości nieodpłatnego pozyskania utworu z Internetu nie musi wcale przekładać się na jego nabycie z legalnego źródła. Pamiętać trzeba także o mechanizmach, które mają rekompensować twórcom straty wynikające z dozwolonego użytku prywatnego⁵³.

Warto zastanowić się jeszcze, na ile art. 35 powinien modyfikować istniejące przypadki ograniczeń praw wyłącznych podmiotów uprawnionych. Katalog tych ograniczeń jest bowiem zamknięty i sprecyzowany, każda forma dozwolonego użytku, zarówno w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym, jest zasadniczo wyraźnie sformułowana. Oznacza to, że granice dozwolonego korzystania z określonego rodzaju utworu wyznaczane są w przepisach konstruujących te formy. Ich wykładnia uprawnia do wniosku, że ustawodawca już w nich samych uwzględnił kryteria normalnego korzystania oraz poszanowania słuszných interesów twórcy. Dodatkowe „ograniczanie ograniczeń” wydaje się zatem zbędne, ponieważ w praktyce wprowadza jedynie niepewność interpretacyjną przy okazji badania konkretnych przypadków dozwolonego

⁵³ Twórca na mocy art. 20 i 20¹ pr. aut. uprawniony jest do otrzymywania wynagrodzenia od organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi pobierającymi od producentów i importerów urządzeń reprograficznych i nośników do tych urządzeń opłaty z tytułu sprzedaży urządzeń oraz od posiadaczy urządzeń reprograficznych prowadzących działalność gospodarczą w zakresie świadczenia usług reprograficznych.

użytku, co daje się zauważyć w nieczęstym powoływaniu się przez sądy na klauzule art. 35 pr. aut. Powyższe założenia zdają się potwierdzać spostrzeżenia Sybilli Stanisławskiej-Kloc analizującej praktykę orzeczniczą TSUE. W przywołanych już wcześniej w tej pracy wyrokach Trybunał, oceniając poszczególne krajowe i te przewidziane w dyrektywie 2001/29 postacię dozwolonego użytku, przyjmuje regułę, że gdy spełnione są wszystkie przesłanki zawarte w przepisie szczególnym, to równocześnie spełnione są przesłanki testu trójstopniowego z art. 5 ust. 5 dyrektywy⁵⁴.

Konstrukcja wyjątków od praw wyłącznych z poszanowaniem słusznych interesów twórcy i przy braku ograniczenia normalnego korzystania z utworu była zobowiązaniem nałożonym przez przepisy umów międzynarodowych i prawa Unii Europejskiej. Dosłowna niemal transpozycja tych kryteriów do prawa polskiego tworzy natomiast wrażenie, jakby uczyniono to prewencyjnie, zabezpieczając się przed zarzutem niedostosowania ustawy prawnoautorskiej do standardów światowych w tak ważkim obszarze, jak wyjątki od praw wyłącznych. Pierwotna funkcja klauzul, jako dwóch z trzech elementów „testu trójstopniowego”, została więc przez polskiego ustawodawcę istotnie zmodyfikowana – z dyrektywy kierowanej do ustawodawcy uczyniono zobowiązanie dla sądów do każdorazowej oceny określonego przypadku korzystania w ramach dozwolonego użytku. Nie wydaje się, by można było taki zabieg oceniać jako właściwą realizację zobowiązania międzynarodowego. Można też podnosić, że przyjęty model stoi w sprzeczności z pierwszym stopniem „testu” wymagającym sformułowania w ustawie krajowej „ściśle określonych przypadków” dozwolonego użytku. Polskie przypadki bowiem nie posiadają przymiotu ścisłości, a więc precyzyjności, szczegółowości, wyczerpującego charakteru, ponieważ muszą być dodatkowo oceniane przez pryzmat nieostrych, niedookreślonych, a więc nieścisłych, klauzul generalnych. Mając powyższe na uwadze, *de lege ferenda* uzasadniony jest zatem postulat wykreślenia art. 35 pr. aut.

⁵⁴ S. STANISŁAWSKA-KLOC, *op. cit.*

Takie rozwiązanie dopuszcza także Ryszard Markiewicz, pisząc wręcz, że „istotnym źródłem zła jest obecny kształt tzw. testu trójstopniowego”⁵⁵. Zdaniem autora, gdyby pozostał on wyłącznie regulacją traktatową lub dyrektywy, przesądziłoby to o jego funkcji jako wytycznej dla ustawodawcy dotyczącej sposobów regulowania dozwolonego użytku; jako narzędzia korygującego wątpliwości powstające w wyniku interpretacji wyważającej sprzeczne interesy. Nie stanowiłby natomiast podstawy do całościowego zakwestionowania określonej postaci dozwolonego użytku wbrew jego znaczeniu językowemu⁵⁶. Sybilla Stanisławska-Kloc wydaje się wątpić w możliwość uchylecia art. 35 „z uwagi na silne lobby podmiotów uprawnionych”, czyli prawdopodobny sprzeciw zainteresowanych jego utrzymaniem grup nacisku. Proponuje za to, aby postulować takie stosowanie regulacji, aby w wyjątkowych sytuacjach służyc mogła pomocniczo w interpretacji przepisów prawa, co zresztą zgodne jest z analizowanym orzecznictwem TSUE. Autorka wskazuje przy tym, że nie należy przekazywać sądom kompetencji do kształtowania dozwolonego użytku⁵⁷. Praktyka pokaże, czy stosowanie art. 35 będzie szło w tym kierunku, czy będzie on interpretowany z uwzględnieniem interesów uprawnionych, jak i użytkowników.

Na koniec warto jeszcze odnieść się do przywołanego wcześniej orzeczenia TSUE w sprawie *ACI Adam*. Nie pozostaje ono bowiem bez znaczenia dla interpretacji analizowanego art. 35 pr. aut. w kontekście niektórych postaci eksploatacji utworów w ramach dozwolonego użytku osobistego, w szczególności skopiowania utworu z Internetu (pobrania go w postaci pliku i zapisania w pamięci urządzenia, a następnie jego eksploatacji). Rozstrzygnięcie to podaje w wątpliwość zgodność z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2001/29 tych przepisów krajowego prawa autorskiego, które nie zastrzegają dopuszczalności dozwolonego użytku osobistego jedynie wobec utworów pozyskiwanych z legalnego źródła. Oskar Tułodziecki zajmuje stanowisko, że orzeczenie ma przede wszystkim wpływ

⁵⁵ R. MARKIEWICZ, *Internet i prawo autorskie – wykaz problemów i propozycje ich rozwiązań*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej» 121/2013, s. 12.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 15.

⁵⁷ S. STANISŁAWSKA-KLOC, *op. cit.*

na wykładnię przepisów, które wprawdzie nie wymagają legalności źródła (tak jak zresztą nie czyni tego sama dyrektywa), lecz skoro interpretacja dyrektywy doprowadziła do takich wniosków, identyczne należy wysnuć wobec regulacji polskiej⁵⁸. Zdaniem natomiast Janusza Barty i Ryszarda Markiewicza konieczne w tym zakresie jest uwzględnienie orzeczenia przez ustawodawcę przy okazji zmian prawa autorskiego. Autorzy uważają, że decyzja TSUE o zawężeniu dozwolonego użytku osobistego przez „test trójstopniowy” nie przesądza o takiej samej interpretacji na podstawie art. 35 pr. aut. W obliczu restryktywnej, cywilnej i karnej ochrony prawnoautorskiej w Polsce, konieczne jest zachowanie ostrożności przy zawężaniu zakresu dozwolonego użytku w drodze orzecznictwa TSUE. Warto podkreślić, że w wyroku wielokrotnie powtarza się konieczność zróżnicowania w ustawach krajowych kwestii legalności i nielegalności źródła, z którego pozyskano kopię utworu, i uzależnienie od tego możliwości powoływania się na dozwolony użytek osobisty. Bez wyraźnego doprecyzowania i uzupełnienia przepisów, korzystający na dotychczasowych zasadach z utworów rozpowszechnianych w Internecie mogą być narażeni na nieoczekiwane konsekwencje prawne, w sytuacji gdyby polskie sądy zaczęły stosować wykładnię, opierając się na orzeczeniu TSUE⁵⁹.

5. ZAKOŃCZENIE

W artykule podjęto próbę znalezienia przekonujących objaśnień niedookreślonych zwrotów zastosowanych w przepisach regulujących prawo autorskie. Przepisy art. 35 pr. aut., będące przeniesieniem tak zwanego testu trójstopniowego z prawa międzynarodowego, mają za zadanie wyznaczenie granic dla różnych form dozwolonego użytku chronionych utworów i przedmiotów praw pokrewnych. Ustawodawca polski zdecydował się na włączenie ich do krajowej ustawy mimo braku

⁵⁸ O. TUŁODZIECKI, *Prywatne kopiowanie utworów*, «Rzeczpospolita» z 3 lipca 2014 r., <https://www.rp.pl/artykul/1122925-Prywatne-kopiowanie-utworow.html> (dostęp 20 marca 2020 r.).

⁵⁹ J. BARTA, R. MARKIEWICZ, *Prawo autorskie i prawa pokrewne...*, s. 116.

takiego obowiązku (ani prawo międzynarodowe, ani unijne takiego nie formułują), lecz ich rola nabiera znaczenia przede wszystkim w procesie stosowania prawa.

Można zadać pytanie, czy naruszenia praw wyłącznych należy ujmować w sposób generalny bez uwzględniania uwarunkowań danego przypadku eksploatacji, czy też rozpatrywać należy indywidualnie zachowanie konkretnych użytkowników. Przyjęcie pierwszego rozwiązania wydaje się trudne do zaakceptowania z uwagi na niemożność, a także brak podstaw do ustalenia swoistego wzorca normalnego korzystania z twórczości. W takim wypadku bowiem każda eksploatacja przy użyciu nowoczesnych i ciągle ewoluujących technologii mogłaby wymykać się przyjętej regule. Ocena dopuszczalności dozwolonego użytku powinna być zatem dokonywana każdorazowo na podstawie właściwości konkretnego zachowania się korzystającego, w oderwaniu od przypadków zbliżonych do analizowanego. Istotna jest bowiem skala podejmowanej przez niego eksploatacji i jej proporcjonalne odniesienie do ewentualnie utraconych korzyści podmiotu uprawnionego z tytułu praw wyłącznych. Stopień szkodliwości, jeśli jest niewielki, nie powinien przekreślać dopuszczalności dozwolonego użytku. Tak samo rozpatrywać należy kryterium potencjalnego naruszenia słuszych interesów twórcy, gdzie kluczową rolę, poza kwalifikacją prawną, odgrywać powinny analizy rachunkowe i społeczne – korzyści niemajątkowe użytkownika lub społeczeństwa – badające wpływ konkretnego zachowania korzystającego na interesy majątkowe uprawnionego.

Poglądy doktryny w zakresie rozumienia omawianych klauzul generalnych nie zawsze są zgodne, zaś judykatura wydaje się unikać próby ich zdefiniowania, ograniczając się przeważnie do ogólnych odniesień. Ustawodawca w swoisty sposób ustanowił nieostre i niedookreślone ograniczenia dla dość precyzyjnie sformułowanych postaci dozwolonego użytku, co nie było z pewnością intencją ani twórców uregulowań międzynarodowych, ani prawodawcy unijnemu. W konsekwencji regulacja wciąż budzi wiele wątpliwości i niedopowiedzeń, mimo długoletniego już okresu obowiązywania. Wydaje się przy tym zbędna. Uzasadniony zatem jest pogląd, że omawiany przepis powinien ulec wykreśleniu.

NORMALNE KORZYSTANIE Z UTWORÓW I SŁUSZNE INTERESY TWÓRCY JAKO OGRANICZENIA DOZWOLONEGO UŻYTKU W PRAWIE AUTORSKIM

Streszczenie

Dozwolony użytek utworów w prawie autorskim to skonstruowany przez ustawodawcę katalog przepisów, których istotą jest zezwolenie na korzystanie z utworów chronionych autorskimi prawami majątkowymi bez zgody uprawnionych podmiotów. Jednym z ograniczeń ich stosowania jest zakaz naruszania normalnego korzystania z utworu lub godzenia w słuszne interesy twórcy. Regulacja, transponowana przed laty do polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z prawa międzynarodowego („test trójstopniowy”), posługuje się nieo określonymi pojęciami, które budzą wątpliwości ze względu na niejednolite stanowiska doktryny i brak jednoznacznych wytycznych ze strony orzecznictwa, w tym też orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Problematyka jest tym bardziej aktualna, ponieważ przepisy te stosuje się do oceny dopuszczalności indywidualnych przypadków eksploatacji utworów, a te, ze względu na postęp technologiczny, nie pozostają bez wpływu na przyjęte interpretacje.

NORMAL USE OF A WORK SUBJECT TO COPYRIGHT AND ITS CREATOR'S LEGITIMATE INTEREST AS RESTRICTIONS FOR PERMITTED USE IN COPYRIGHT LAW

Summary

The permitted use of works subject to copyright make up a catalogue of provisions defining the conditions under which copyrighted works protected by an author's proprietary rights may be used without the consent of the authorised entities. One of the restrictions on their use is a ban on violations of the normal use of the work or harm to the legitimate interests of its creator. The regulation which was transposed several years ago from international law into the Polish act on copyright and related rights and which is known as the three-step test, uses vague

terms that raise doubts due to the heterogeneous positions of the doctrine and the lack of clear guidelines from the case-law, including the case-law of the EU Court of Justice. What makes the issues involved all the more topical is the fact that these provisions are used to assess the admissibility of individual cases of the use of copyrighted works, while nowadays new technologies are having an impact on the way users interpret copyrighted works.

Słowa kluczowe: prawo autorskie; dozwolony użytek; ograniczenia dozwolonego użytku.

Keywords: copyright; permitted use; limits of permitted use.

Literatura

- ARNOLD R., ROSATI E., *Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, «Journal of Intellectual Property Law & Practices» 10.10/2015, s. 1-14.
- BARTA J., MARKIEWICZ R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2013.
- BARTA J., MARKIEWICZ R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2019.
- BŁESZYŃSKI J., *Konwencja berneńska a polskie prawo autorskie*, Warszawa 1979.
- EDWALD J., *The Three Step Test of International Copyright Law: Is Fair Use the Key to Balancing Interests in the Digital Age?*, Reykjavik 2016.
- GERVAIS D., *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, «Marquette Intellectual Property Law Review» 9/2005, s. 1-35.
- GEIGER C., *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, «Copyright Bulletin», January-March/2007, s. 1-21.
- GEIGER C., GRIFFITHS J., HILTY R.M., *Towards a balanced interpretation of the “Three-step test” in Copyright Law*, «EIPR» 30.12/2008, s. 489-496.
- GINSBURG J., *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, «RIDA» 187/2005, s. 1-16.
- GOLAT R., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Warszawa 2002.
- GRIFFITHS J., *The “Three-step test” in European Copyright Law – problems and solutions*, «Queen Mary University, School of Law Legal Studies Research Paper» 31/2009, s. 1-22.
- KOELMAN K., *Fixing the Three-Step Test*, «EIPR» 28.8/2006, s. 407-412.
- KOSCIK M., MYSKA M., *Copyright law challenges of preservation of “born-digital” digital content as cultural heritage*, «European Journal of Law and Technology» 10.1/2019, s. 1-21, <http://ejlt.org/article/view/664>.

- MACHAŁA W., *Dozwolony użytek prywatny w polskim prawie autorskim*, Warszawa 2003.
- MARCINKOWSKA J., *Dozwolony użytek w prawie autorskim*, Kraków 2004.
- MARKIEWICZ R., *Internet i prawo autorskie – wykaz problemów i propozycje ich rozwiązań*, «Prace z Prawa Własności Intelektualnej» 121/2013, s. 5-19.
- MAY B., *Private Copies, One Test To Rule Them All*, «Economag» z 13 kwietnia 2006 r., <http://economag.com/en/archives/26> [nieдоступny].
- OKOŃ Z., PODRECKI P., [w:] *Prawo Internetu*, red. P. PODRECKI, Warszawa 2007.
- PACEK G., [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. MICHAŁAK, Warszawa 2019, s. 230-292.
- PÓŹNIAK-NIEDZIELSKA M., SZCZOTKA J., MOZGAWA M., *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz-Warszawa-Lublin 2006.
- PREUSSNER-ZAMORSKA J., MARCINKOWSKA J., LASKOWSKA E., [w:] *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, XIII, red. J. BARTA, Warszawa 2017, s. 565-693.
- RENDAS T., *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, «IIC» 49/2018, s. 153-184.
- RICKETSON S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London 1987.
- ROSATI E., *Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?*, «JIPITEC» 8/2017, s. 311-321, https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4639/JIPITEC_8_4_2017_311_Rosati.
- SENFTEL BEN M., *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use legislation*, «JIPITEC» 1.67/2010, s. 67-82, <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2605>.
- STANISŁAWSKA-KLOC S., [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. FLISAK, «Lex/el.», Warszawa 2015.
- TRAPLE E., [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*⁵, red. J. BARTA, R. MARKIEWICZ, Warszawa 2011.
- TUŁODZIECKI O., *Prywatne kopiowanie utworów*, «Rzeczpospolita» z 3 lipca 2014 r., <https://www.rp.pl/arttykul/1122925-Prywatne-kopiowanie-utworow.html>.