Ewa Laskowska-Litak*

**CZY JEST MIEJSCE NA HARMONIZACJĘ POJĘCIA
UTWORU? PARĘ SŁÓW O ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ**

Streszczenie

Opracowanie przedstawia rozważania na temat pojęcia utworu w prawie autorskim, aczkolwiek – dla ograniczenia tematyki – z perspektywy prawa unijnego: orzecznictwa TS UE oraz planowanych zmian, w tym wprowadzanych w projekcie dyrektywy w sprawie Jednolitego Rynku Cyfrowego. Rozważania poświęcone są, po pierwsze, różnicom w rozumieniu pojęcia utworu w systemie prawnym UE oraz w państwach członkowskich; po drugie, poszukiwana jest odpowiedź na pytanie o dopuszczalność oraz zakres harmonizacji pojęcia utworu; po trzecie, podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, w jakim kierunku zmierza prawodawca unijny w odniesieniu do konstrukcji utworu.

Słowa kluczowe: prawo autorskie, utwór, prawo Unii Europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości UE

Wprowadzenie

Pojęcie i dookreślenie tego, co stanowi przedmiot ochrony prawnoautorskiej, jest elementem kluczowym i niezbędnym, niezależnie od dalej przyjmo-

* Ewa Laskowska-Litak, doktor nauk prawnych, LL.M., Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

wanych koncepcji aksjologicznych każdego systemu normatywnego. Dlatego tak wiele wątpliwości i pytań budzi dopuszczalność sformułowania przesłanek koniecznych dla uzyskania ochrony autorskiej na płaszczyźnie unijnej¹. W dłuższej perspektywie postępującej integracji europejskiej, jak i ze względu na stały, dynamiczny rozwój współczesnych technologii, pytanie o definicję utworu staje się relewantnym punktem dyskusji, nad którym warto się zastanowić przy okazji oceny kolejnych projektów legislacyjnych.

Oryginalność czy twórczość? – problem prawodawcy unijnego

Konstytutywną przesłanką objęcia ochroną prawnoautorską dzieła ustalonego przez człowieka jest wykazanie, że rezultat prac ma charakter twórczy². Samo to stwierdzenie sięga początków prawa autorskiego i dyskusji, jakim poziomem „twórczości” charakteryzować się powinno dzieło, aby można było przyznać mu ochronę normatywną, bez ryzyka „rozmycia się” dziedzin sztuki³. To enigmatyczne stwierdzenie „twórczości” stanowić miało niejako „barierę ochronną” przed nadmiernym rozszerzaniem monopolu prawnego, z drugiej zaś jest też do dziś jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień prawa autorskiego, które – obok stałego zaniżania jego poziomu – prowadzi do coraz częściej stawianego pytania o jego zasadność⁴. Samo kryterium twórczości różni się też zależnie od funkcji systemu prawnoautorskiego, jakie ustawodawca mu wyznacza. Z punktu widzenia prawa kontynentalnego autorskiego jako twórcze oznacza się dzieła charakteryzujące się nie tylko odpowiednim poziomem kreatywności po stronie autora, ale również przejawiające wynik jego indywidualnej percepcji i decyzji artystycznych. Nie bez znaczenia sformułowania normatywne ustaw kontynentalnego podejścia do prawa autorskiego są tak bardzo ze sobą zbieżne: w prawie

¹ A. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonisation*, Maastricht 2016, s. 9–10; E. Traple, *Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2014, z. 126, s. 200–201.

² Na marginesie rozważań pozostawiam kwestię ustalenia utworu i wykonania go przez człowieka. Por. art. 1 ust. 1 pr. aut.

³ Por. wczesne dyskusje na temat prawa autorskiego: A. Troller, *Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht, Muster- und Modelrecht, Wettbewerbsrecht)*, Bd. 1, Basel–Stuttgart 1968, s. 60–64, 425 i n.; F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie. Prawo rzeczowe*, t. 2, z. 2, Kraków 1947, s. 131–135; S. Ritterman, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937, s. 10.

⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 48 i n.

francuskim chroniony jest „wynik działalności kreacyjnej umysłu ludzkiego”⁵, w prawie niemieckim: „wynik indywidualnej twórczej działalności”⁶, w prawie polskim: „wynik działalności twórczej człowieka o indywidualnym charakterze”. Podkreślenie indywidualnego charakteru dzieła oraz pewnego poziomu twórczości odpowiada funkcji systemu prawnoautorskiego, jakim ma być nie tylko ochrona interesów ekonomicznych autora, ale również jego osobistego zaangażowania się w proces twórczy i przedstawienia publiczności rezultatu jego personalnego, często emocjonalnego, wkładu w określone dzieło artystyczne. Śledząc historię powstawania systemu prawnoautorskiego, można odnieść wrażenie, że chodzi tu właśnie o nieco „romantyczne podejście do autorstwa utworu”⁷, które ze względu na swój szczególnie osobisty wkład autora wymaga odpowiedniego zabezpieczenia ze strony prawnej przed nadmierną ingerencją osób trzecich. Wydaje się natomiast, że na drugim końcu znajduje się podejście do utworu jako przedmiotu ochrony w systemie angloamerykańskim. Tutaj dzieła uznawane są jako „oryginalne” nie w celu ochrony osobistego, emocjonalnego zaangażowania autora w utwór, ale ze względu na pewne istotne nakłady organizacyjne, czasowe czy intelektualne, które poniósł on w celu jego stworzenia.

Dobrym przykładem unaoczniającym różnice w spojrzeniu na przedmiot ochrony widać w decyzji sądu angielskiego w sprawie *University London Press v. University Tutorial Press* z 1916 r.: spór dotyczył wykorzystania fotografii czerwonego autobusu na ulicach Londynu, zrobionej w charakterystycznej sepii i przy zachowaniu oryginalnego koloru pojazdu⁸. Sąd stwierdził w wyroku, że „oryginalność polega na tym, że jedno dzieło nie jest kopią innego dzieła, tylko pochodzi od (niezależnego) autora”⁹. Z punktu widzenia systemu angloamery-

⁵ Art. L 111-1 Code de la propriété intellectuelle.

⁶ § 2 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

⁷ Chodzi o określenie „romantic authorship”. Por. M. Rose, *Authors and Owners*, Cambridge 1993, s. 7–8; E. Rosati, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham 2013, s. 69–75 i 102; A. Rahmatian, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, Cheltenham 2011, s. 47.

⁸ Chodzi o wyrok sądu angielskiego w sprawie *University London Press v. University Tutorial Press* z 1916 r., w której stwierdzono, że oryginalność polega na tym, że jedno dzieło nie jest kopią innego dzieła, tylko pochodzi od (niezależnego) autora („[...] the expression must be an original or novel form, [...] the work must not be copied from another work – [...] it should originate from the author”). Por. T.-E. Synodinou, *The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law*, w: *Codification of European Copyright Law*, red. *idem*, s. 95.

⁹ W oryginale: „[...] the expression must be an original or novel form, [...] the work must not be copied from another work – [...] it should originate from the author”.

kańskiego ochronie podlegają pewne powiązane z dziełem interesy ekonomiczne uprawnionego, stąd też mniejszą uwagę przykładą się do poziomu twórczości spornego utworu. W prawie amerykańskim określa się wręcz oryginalność jako „niemechaniczne i niebanalne wykorzystanie talentu i decyzji artystycznych”¹⁰ twórcy. Nie bez znaczenia jest tutaj dość długo dominująca w systemie amerykańskim koncepcja *sweat of the brow* jako wskazująca na spełnienie kryterium oryginalności, wystarczająca dla przyznania ochrony normatywnej¹¹. Te istotne, skrótowo zarysowane, różnice między systemami kontynentalnym a systemem *common law* wynikają z odmiennych funkcji, jakie pełnić ma prawo autorskie: w tym pierwszym przypadku ochrona obejmuje wartości pozamajątkowe, takie jak więź twórcy z utworem, w tym drugim zaś – prawo autorskie i jego konstrukcja, jako pochodna prawa własności, nawiązuje do wartości ekonomicznych i ochrania poniesione nakłady inwestycyjne na stworzenie „produktu” i wprowadzenie go do obrotu. Innymi słowy, system kontynentalny i system angloamerykański wychodzą z innych (o ile w ogóle, to tylko częściowo zbieżnych) założeń co do wartości, na jakich zbudowana ma być ochrona prawnoautorska. Do tej pory jednak te różnice nie stanowiły większej przeszkody w funkcjonowaniu systemu prawa autorskiego.

Na tym tle pojawia się jednak prawodawca unijny, którego dotychczasowa działalność zmierzała do uzyskania jednolitych ram prawnych dla osiągnięcia warunków powstania i funkcjonowania rynku wewnętrznego. W odniesieniu do prawa autorskiego jest to szczególnie wrażliwy i dyskusyjny obszar dla harmonizacji, ponieważ traktat o funkcjonowaniu UE¹² nie przewiduje samodzielnej i niewymagającej dodatkowego uzasadnienia podstawy prawnej dla ustanawiania aktów normatywnych z zakresu prawa autorskiego. Wydawałoby się, że art. 118 TfUE mógłby przyjść tu z pomocą, jednak lektura tego przepisu prowadzi do wniosku, że stanowi on tylko podstawę aktów „paneuropejskich” z zakresu własności intelektualnej, tj. jednolitych dla całej UE, ale jednak subsydiarnych regulacji odnoszących się do prawa własności intelektualnej¹³. Z drugiej strony, w Karcie praw podstawowo-

¹⁰ Zob. E. Judge, D. Gervais, *Of silos and constellations: comparing notions of originality in copyright law*, „Cardozo Arts and Entertainment Law Journal” 2009, nr 27, s. 377–378 (w oryginale: „non-mechanical and nontrivial exercise of skill and judgment”).

¹¹ T.-E. Synodinou, *The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law*, w: *Codification of European Copyright Law*, red. T. Synodineu, Netherlands 2012, s. 95.

¹² Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TfUE.

¹³ T. Georgopoulos, *The Legal Foundations of European Copyright Laws*, w: *Codification...*, red. T.-E. Synodinou, s. 33–35.

wych prawodawca unijny wprost wskazał na konieczność przyjęcia pewnych ram prawnych dla ochrony własności intelektualnej (art. 17 ust. 2 KPP¹⁴).

Dopuszczalność wprowadzania aktów harmonizacyjnych przez prawodawcę unijnego została dopiero potwierdzona wyrokiem TS w sprawie C-78/70 *Deutsche Grammophon*¹⁵. Jako uzasadnienie swojej decyzji Trybunał przyjął (co znamienne przejawiać się będzie jeszcze w jego późniejszym orzecznictwie), że brak kompetencji prawodawcy unijnego w zakresie prawa autorskiego prowadziłby do nieuzasadnionego zróżnicowania regulacji prawnoautorskich w ramach jednolitego konstruktu Unii Europejskiej¹⁶. Co znamienne, o ile takie podejście do harmonizacji prawnoautorskiej wówczas nie było krytykowane, a wręcz spotkało się z aprobatą doktryny, o tyle powoływanie się na podobny argument w aktualnym orzecznictwie TS budzi już wątpliwości¹⁷.

Przyjmując więc, że prawodawca unijny uprawniony jest do harmonizowania pojęć prawnoautorskich, należy zadać pytanie, w jakim zakresie odnosić się on może do kluczowych elementów tego systemu. W istocie natomiast sprowadza się to do rozważenia problemu, czy regulacja unijna może objąć definicję utworu lub przesłanek dla objęcia ochroną prawnoautorską. Z punktu widzenia prawa krajowego może stanowić to istotny punkt zapalny, skoro już na tym etapie widoczne są różnice w podejściu do funkcji, jaką prawo autorskie pełnić ma w kontekście całego systemu prawnego. Kontrowersyjność tego zagadnienia zauważyła Komisja Europejska już w 2003 r., w czasie dyskusji nad oceną dalszej harmonizacji prawa autorskiego. Wskazano m.in., że istotne różnice w podejściu do pojęcia twórczości i oryginalności w ustawodawstwach systemu kontynentalnego i angloamerykańskiego mogą mieć w teorii potencjalny wpływ na obrót handlowy w ramach rynku wewnętrznego, z uwagi jednak na brak jednoznacznych dowodów na to w praktyce ingerencja legislacyjna na tym etapie nie wydaje się konieczna¹⁸.

¹⁴ Zob. Ch. Geiger, *Intellectual Property Shall be Protected!?* – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope, EIPR 2009, nr 3 (31), s. 115; I. Sirvinskaite, *Toward Copyright „Europeanification”*. *European Union Moral Rights*, „Journal of International Law Media & Entertainment Law” 2010–2011, vol. 3, no 2, s. 266.

¹⁵ Wyrok TS UE z 8.06.1971 r. w sprawie C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH przeciwko Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EU:C: 1971: 59.

¹⁶ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 589.

¹⁷ K. Adler, *Who are the “Masters of the Treaty”? European Governments and the European Court of Justice*, „International Organisation” 1998, nr 52/1, s. 121–147; zob. też referat L. Bently’ego, *Harmonisation by Stealth: Copyright and the ECJ*, wygłoszony w ramach Fordham IP Conference w 2010 r.

¹⁸ Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, 19.07.2004, SEC (2004) 995, § 3.1, pkt 14.

Do tego momentu problem harmonizacji pojęcia utworu wydaje się sprawą czysto teoretycznych rozważań akademickich: prawodawca unijny zauważa potencjalne ryzyko wpływu na rynek wewnętrzny, ale nie przekonuje go to jeszcze do podjęcia interwencji legislacyjnej. Przynajmniej teoretycznie. Uważna lektura aktów unijnych prowadzi jednak do zupełnie odmiennego wniosku. Już w dyrektywie poświęconej programom komputerowym¹⁹ wskazano bowiem, że program komputerowy podlega ochronie, „jeżeli jest oryginalny w takim rozumieniu, że jest własną twórczością jego autora [...]”. Podobnie w dyrektywie o ochronie prawnej baz danych z 1996 r.²⁰: „bazy danych, które z powodu wyboru lub uporządkowania ich zawartości stanowią własną intelektualną twórczość ich autora, podlegają jako takie ochronie prawa autorskiego”. Dalej, w 2006 r., w dyrektywie o czasie ochrony²¹ niemal identyczne sformułowanie znaleźć można w odniesieniu do utworów fotograficznych: „Fotografie, które są oryginalne w tym sensie, że stanowią własną intelektualną twórczość autora [...]”.

Rekapitulując, warto podkreślić, że w odniesieniu do trzech kategorii utworów: programów komputerowych, baz danych i fotografii, prawodawca unijny stwierdził, że są „oryginalne”, o ile stanowią przejaw „własnej intelektualnej twórczości ich autora”²². Z jednej strony nie oznacza to całkowitej harmonizacji pojęcia „twórczości” w prawie autorskim (odnosi się tylko do trzech kategorii utworów), z drugiej jednak – kryterium to należy wyciągnąć przed nawias i nie różnicować, przynajmniej w założeniu, do poszczególnych rodzajów twórczości. Budzi to poważne wątpliwości co do prawdziwości stwierdzeń zawartych w materiałach legislacyjnych Komisji Europejskiej, jak i powoduje konieczność przemyślenia, czy na gruncie unijnym rzeczywiście nie dochodzi do harmonizacji kryterium twórczości.

Niezależnie jednak od intencji prawodawcy unijnego ciekawe podejście do takiego sformułowania kryterium oryginalności wypracowano na tej podstawie w doktrynie angielskiej²³. Oparta na konstrukcji *common law*, idea oryginalno-

¹⁹ Dyrektywa Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, Dz. Urz. UE L 122, 17/05/1991, s. 41–46.

²⁰ Dyrektywa 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych, Dz. Urz. L 077, 27/03/1996, s. 20–28.

²¹ Dyrektywa 2006/116/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych, Dz. Urz. UE L 373/12, s. 12–18.

²² E. Rosati, *Originality...*, s. 127–128.

²³ *Ibidem*, s. 110–112 i cyt. tam fragmenty wypowiedzi przedstawicieli literatury angielskiej.

ści utworu przekładała się bowiem w określenie – jako miarodajnych kryteriów objęcia ochroną – czy twórca rzeczywiście samodzielnie doprowadził do stworzenia takiego dzieła²⁴. Sformułowania, jakie przyjął więc prawodawca unijny w odniesieniu do dyrektyw w sprawie programów komputerowych, baz danych i czasu ochrony mogły budzić pewne obawy w literaturze angielskiej. Przyjęto jednak, że wyrażenia te nie uchylają przyjętych w prawie angielskim wyznaczników ochrony prawnoautorskiej (a więc też: nie są przedmiotem harmonizacji) ani też nie wyjaśniają w istocie, na czym pojęcie twórczości ma polegać²⁵.

Tę ciekawą sprzeczność między zapewnieniami Komisji Europejskiej i treścią dyrektyw wykorzystał Trybunał Sprawiedliwości UE. Studiując pojawiające się coraz częściej judykaty TS, można odnieść wrażenie, że koncepcję twórczości przyjął i – co więcej – zaczął samodzielnie rozwijać w swoim orzecznictwie. Najbardziej chyba dyskutowanym wyrokiem TS, od którego rozpoczyna się dyskusja nad harmonizacją pojęcia utworu w prawie unijnym, jest sprawa Infopaq²⁶. Trybunał stwierdził w niej m.in., że „[...] nie można wykluczyć, że niektóre z odebranych zdań czy też nawet niektóre części zdań zawartych w danym tekście będą w stanie oddać oryginalność publikacji takiej jak artykuł prasowy, ukazując czytelnikowi element artykułu, który sam w sobie stanowi wyraz własnej twórczości intelektualnej [podkr. E.L.-L.] jego autora [...]”²⁷. Podobnie przyjął też w wyroku w sprawie Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09 w odniesieniu do interfejsów graficznych użytkownika: „[...] jeśli taki interfejs stanowi wyraz własnej twórczości intelektualnej [podkr. E.L.-L.] swego autora, może on korzystać z przewidzianej w prawie autorskim ochrony jako utwór [...]”²⁸. Literalne nawiązanie do sformułowań użytych w dyrekty-

²⁴ Zob. w szczególności E. Derclaye, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, EIPR 2010, nr 32 (5), s. 247–248.

²⁵ D. Garrett, *Harbottle, Copinder and Skone James on copyright*, cyt. za: E. Rosati, *Originality...*, s. 68.

²⁶ Wyrok TS z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08 Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening, EU: C: 2009: 465 (dalej sprawa Infopaq), którą starałam się skrótkowo omówić w innej publikacji. Por. E. Laskowska, *Przedmiot prawa autorskiego – utwór a pojęcie oryginalności w prawie UE – wprowadzenie i wyrok TS z 16.07.2009 r. w sprawie C-5/08 Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 1, s. 46 i n.

²⁷ Pkt 47 uzasadnienia wyroku TS w sprawie Infopaq.

²⁸ Wyrok TS z dnia 22 grudnia 2010 r. Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany przeciwko Ministerstvo kultury, EU: C: 2010: 816.

wach dotyczących programów komputerowych, baz danych i fotografii Trybunał odniósł więc do dzieła literackiego (sprawa Infopaq) i utworu graficznego (sprawa Bezpečnostní softwarová asociace).

Prześledzenie dalszego rozwoju orzecznictwa Trybunału dostarcza kolejnych ciekawych spostrzeżeń. W sprawie Football Association Premier League chodziło o publiczne udostępnianie transmisji rozgrywek sportowych. Rozważano tam w pierwszej kolejności, czy rzeczywiście mamy do czynienia z utworem, który miałby być w ten sposób udostępniany publicznie: „Tymczasem spotkań sportowych nie sposób uważać za twórczość intelektualną, którą można zakwalifikować jako utwór w rozumieniu dyrektywy o prawie autorskim. Uwaga ta zachowuje ważność zwłaszcza w przypadku meczów piłkarskich podlegających regułom gry, niepozostawiającym miejsca na swobodę twórczą w rozumieniu prawa autorskiego”²⁹. Można na tej podstawie argumentować, że własna twórczość intelektualna autora zakłada istnienie po jego stronie pewnej swobody decyzyjnej co do tego, jak utwór w istocie ma wyglądać, czego – zdaniem Trybunału – nie można odnieść do retransmisji spotkania sportowego, które podlega pewnym, z góry narzuconym, zasadom. Warto jednak odnotować na marginesie, że wyrok zapadł już po dość kontrowersyjnej decyzji w sprawie Infopaq i na dodatek jeszcze nieco ją uzupełniając (poprzez odniesienie się do konieczności istnienia swobody twórczej). Z punktu widzenia systemu *common law* jest to już dość daleko idące zawężenie tego, co dotychczas przyjmowano za objęte ochroną prawnoautorską, skoro do tej pory wymóg oryginalności sprowadzał się do weryfikacji tego, czy autor czerpał z dzieł innego twórcy, czy też był samodzielny w doborze swoich środków wyrazu i treści. Sądy nie badały natomiast, czy autorowi przysługiwał jakikolwiek margines swobody twórczej, czy też nie³⁰.

Dość istotnym zwrotem w ewolucji orzecznictwa Trybunału jest wyrok w sprawie Eva-Maria Painer, C-145/10. Spór odnosił się do fotografii reporterskiej zdjęcia paszportowego poszukiwanej Natashy Kampus. I w tym przypadku Trybunał rozważał w pierwszej kolejności, czy wykonana fotografia podlegać może ochronie prawnoautorskiej: „Jak wynika z motywu 17 dyrektywy 93/98 oraz motywu 16 dyrektywy 2006/116/WE, które nawiązują do zmienionej konwencji berneńskiej, utwór fotograficzny uważany jest za oryginalny, jeśli stanowi

²⁹ Pkt 88 uzasadnienia wyroku TS z dnia 4 października 2011 r. Football Association Premier League Ltd i inni przeciwko QC Leisure i inni (C-403/08) i Karen Murphy przeciwko Media Protection Services Ltd (C-429/08), EU: C: 2011: 631.

³⁰ E. Rosati, *Originality...*, s. 148 i n.

własną intelektualną twórczość autora, odzwierciedlającą jego osobowość [...]. Fotografia musi stanowić rezultat indywidualnej twórczości [podkr. E.L.-L.]. W przypadku fotografii polega to na wykorzystaniu istniejących możliwości wykazania inwencji twórczej i nadania jej oryginalnej charakterystyki”³¹. Już nie jest to więc „tylko” wyraz własnej twórczości intelektualnej autora, przy założeniu istnienia swobody twórczej w trakcie ustalania utworu. W wyroku w sprawie Painer wydaje się on rozszerzać to kryterium, dodając, że chodzi o taki rezultat prac, który odzwierciedla osobowość autora. O ile nie budzi to zasadniczych wątpliwości polskiej doktryny prawa autorskiego, w której przyjęto dość jednoznacznie, że utwór ma być nie tylko wynikiem działalności twórczej człowieka, ale jeszcze powinien odzwierciedlać w sobie jego indywidualne piętno³², o tyle w przypadku badania zgodności prawa systemu *common law* z tak zdefiniowanym kryterium twórczości budzi to pewne poważne wątpliwości³³. Co więcej, warto też już na tym etapie rozważyć odnotować, że sformułowanie przyjęte przez Trybunał nie nawiązuje tylko literalnie do treści dyrektyw unijnych, ale wykracza poza nie, przynajmniej w zakresie, w jakim odwołuje się do wymogu „odzwierciedlenia osobowości” twórcy w dziele.

Bardzo ciekawym, ale jednocześnie dość kontrowersyjnym wyrokiem w tym kontekście jest sprawa dotycząca baz danych rozpatrywana przez Trybunał. W orzeczeniu w sprawie Football Dataco, C-604/10 TS przyjął, że „co się tyczy tworzenia baz danych, to kryterium oryginalności jest spełnione, jeżeli poprzez wybór lub uporządkowanie zawartych w niej danych jej autor w sposób oryginalny wyraża swe możliwości twórcze poprzez dokonywanie swobodnych i twórczych wyborów [...] i zaznacza w ten sposób swój «osobisty charakter» [podkr. E.L.-L.]”³⁴. Bardzo ważne jest w tym miejscu prześledzenie literalnego odniesienia się do dyrektywy w sprawie baz danych – nie należy bowiem zapomnieć, że jest to jeden z niewielu aktów unijnych, który posługuje się kryterium twórczości jako „własnej intelektualnej twórczości

³¹ Pkt 119–122 uzasadnienia postanowienia TS z dnia 7 marca 2013 r. Eva-Maria Painer przeciwko Standard VerlagsGmbH i inni, EU: C: 2013: 138.

³² Zob. przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., II CKN 1289/00, OSNC 2004, nr 3, poz. 44, czy też wcześniejszy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – z 5 lipca 1995 r., I ACr 453/95, LEX nr 62609.

³³ E. Rosati, *Originality...*, s. 155 i n.; A. Rahmatian, *Originality in UK copyright law: the old ‘skill and labour’ doctrine under pressure*, II C 2013, nr 44, s. 4.

³⁴ Pkt 38 uzasadnienia wyroku TS z dnia 1 marca 2012 r. Football Dataco Ltd i in. przeciwko Yahoo! UK Ltd i in., EU: C: 2012: 115

autora”. W samej dyrektywie prawodawca unijny założył, że baza danych może czerpać z ochrony prawnoautorskiej ze względu na wybór lub uporządkowanie jej zawartości, o ile można przyjąć, że dokonano tego w sposób twórczy. Trybunał dodaje natomiast, że oprócz „indywidualnej twórczości” konieczny jest jeszcze taki dobór lub uporządkowanie zawartości bazy danych, który odzwierciedla „osobisty charakter” autora. To sformułowanie nie odpowiada treści dyrektywy w sprawie baz danych, mimo to jako wiążące kryterium przyjęte zostało przez TS.

W niedawnym wyroku w sprawie SAS Institute, C-406/10 Trybunał zajmował się kwestią kwalifikacji prawnej programu komputerowego jako m.in. przedmiotu ochrony prawnoautorskiej. W tym kontekście wskazał, że „[...] podstawową zaletą ochrony programów komputerowych przez prawo autorskie jest objęcie ochroną wyłącznie indywidualnego wyrażenia utworu i pozostawienie innym autorom zamierzonej swobody tworzenia podobnych, a nawet identycznych programów, o ile nie są one wynikiem powielenia [...]”³⁵.

Podsumowując zestawienie orzecznictwa Trybunału, nasuwa się spostrzeżenie co do zakresu harmonizacji pojęcia utworu. Początkowo, jeszcze nie tak kontrowersyjnym zabiegiem (przynajmniej z punktu widzenia prawa kontynentalnego), TS niejako „rozciągnął” wymóg „własnej twórczości indywidualnej” autora na wszystkie rodzaje utworów, mimo że sformułowanie takie – i to nawet nie w kontekście wymogu harmonizacyjnego – pojawiło się w odniesieniu do trzech kategorii dzieł: programów komputerowych, baz danych i fotografii. W wyrokach w sprawie Infopaq i Bezpečnostní softwarová asociace kolejno wymóg ten odniesiono do utworu literackiego i graficznego. Dalej, uzupełniono go w sprawie Premier League o wymóg swobody twórczej, który mimo że niewyrażony wprost we wspomnianych dyrektywach, nadal jeszcze nie budził aż tyle kontrowersji. Niemniej jednak kolejnym zabiegiem Trybunał przyjął (i to w niewielkim odstępie czasu) jeszcze, że dzieło ma odzwierciedlać osobowość twórcy, jego charakter (sprawa Painer i Football Dataco), w ostateczności ma być bowiem wynikiem wyłącznie „indywidualnego wyrażenia utworu” (sprawa SAS Institute). Wyroki te odnosiły się kolejno do utworów reporterskich (Painer), bazy danych (Football Dataco) i programu komputerowego (SAS Institute).

Rekapitułując więc, można wysunąć wniosek, że po pierwsze, pojęcie twórczości (względnie: oryginalności) jest przyjęte jako tożsame dla wszystkich kategorii dzieł w prawie autorskim, niezależnie od tego, czy wskazano je w odnie-

³⁵ Pkt 41 uzasadnienia wyroku TS z dnia 2 maja 2012 r. SAS Institute Inc. przeciwko World Programming Ltd, EU: CL 2012: 259.

sieniu do wyłącznie jednego rodzaju działalności kreatywnej. Po drugie, nie może ulegać wątpliwości, że Trybunał w ten sposób doprowadził do rozszerzenia ponad treść dyrektywy kryterium twórczości, po trzecie zaś – to rozciągnięcie kryterium twórczości nastąpiło wbrew woli prawodawcy unijnego. Z ewolucji orzecznictwa wynika bowiem wniosek, że nie tylko utwór ma być rezultatem działalności twórczej człowieka, powinien jeszcze przejawiać cechy indywidualności, która o ile w prawie polskim znajduje swoje uzasadnienie, o tyle w prawie angielskim – budzi już poważne wątpliwości.

Harmonizacja „trybunalska”?

Działalność „harmonizacyjna” Trybunału w odniesieniu do pojęcia twórczości w prawie autorskim nie jest jedynym punktem zapalnym aktualnego, krytycznego podejścia doktryny do jego orzecznictwa. Podobne wnioski wysuwają się w kontekście stosowanego dość często zabiegu argumentacyjnego „autonomicznego pojęcia prawa UE”. Przykładowo, we wspomnianym już wyroku w sprawie *Football Association Premier League* Trybunał stosuje ten zabieg dla ustalenia zakresu prawa wyłącznego twórcy do publicznego udostępnienia utworu (w taki sposób, aby każdy miał dostęp do utworu w miejscu i w czasie przez siebie wybranym – art. 3 ust. 1 dyrektywy o społeczeństwie informacyjnym). Innym przykładem może być pojęcie parodii (sprawa *Deckmyn*) czy prawo do rozpowszechnienia utworu (sprawa *Dimensione Direct*). W każdym z tych przypadków Trybunał przyjmował, że o ile rozumienie pojęcia nie jest narzucone przez akty prawa międzynarodowego³⁶, dla zagwarantowania podstaw odpowiedniej harmonizacji, w ramach całej Unii Europejskiej należy nadać pojęciom użytym w dyrektywach jednolite znaczenie, autonomiczne od rozumienia przyjmowanego przez konstrukcje systemowe państw członkowskich³⁷. Kryterium twórczości nie było jak dotąd zagadnieniem harmonizowanym jednolicie (poza minimalnym stopniem przyjętym wymogami konwencji berneńskiej), stąd też otwarte pozostaje pytanie, czy mogłoby ono w przyszłości zostać uznane za takie „autonomiczne pojęcie prawa UE”.

³⁶ A nawet jeśli, to i tak zwykle nie w zakresie, w którym TS orzeka. Zob. wyrok TS z dnia 7 grudnia 2006 r. *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* przeciwko *Rafael Hoteles SA.*, EU: C: 2006: 764.

³⁷ Przykładowo wyrok w sprawie *Rafael Hoteles*: wyrok TS z dnia 7 grudnia 2006 r. *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* przeciwko *Rafael Hoteles SA.*, EU: C: 2006: 764.

Ponadto, krytykuje się również sam sposób prowadzenia interpretacji przez Trybunał: śledząc jego dotychczasową działalność orzeczniczą w zakresie prawa autorskiego, można było odnieść wrażenie coraz częstszej rezygnacji z opinii rzecznika generalnego³⁸ i modyfikowania pytań prejudycjalnych stawianych przez sądy państw członkowskich³⁹. Zestawiając powyższe stwierdzenie z różnicami, jakie widoczne są przy porównaniu materiałów Komisji Europejskiej z praktyczną „harmonizacją” kryterium twórczości, odnieść można wrażenie o prowadzeniu działalności „harmonizacyjnej” przez sam Trybunał. W samym TfUE nie sposób jednak znaleźć podstaw takich kompetencji Trybunału.

Ciekawego spostrzeżenia dokonuje R. Xalabarder, która wskazuje, że często w orzecznictwie TS prowadzona jest wykładnia teleologiczna, ale co do samej harmonizacji, a nie przepisu, do którego się odnosi pytanie prejudycjalne. Widać to zwłaszcza na przykładzie jednego z pierwszych wyroków dotyczących kompetencji prawodawcy unijnego co do harmonizacji prawa autorskiego: brak odpowiednich podstaw dla takiej ingerencji godziłby bowiem w cel całej UE stworzenia i ustabilizowania rynku wewnętrznego. Trybunał często używa tego argumentu: przeciwna niż wskazana w wyroku wykładnia naruszałaby zasady przyjmowane przez prawodawcę unijnego co do zakresu harmonizacji (czym innym jest bowiem zabieg „autonomicznego pojęcia prawa UE”). Nie jest to natomiast wykładnia teleologiczna samego przepisu⁴⁰. Warto o tym pamiętać przy okazji podejmowania nowej inicjatywy prawodawczej przez Komisję Europejską przy okazji dyrektywy w sprawie jednolitego rynku cyfrowego⁴¹. W przeciwieństwie do dotychczasowych aktów unijnych projekt ten wprost wskazuje, że

³⁸ Por. referat L. Bently’ego *Harmonisation by Stealth: Copyright and the ECJ*, wygłoszony na Fordham IP Conference w 2010 r.

³⁹ Dobitnym przykładem może służyć tu postanowienie TS z dnia 21 października 2014 r. BestWater International GmbH przeciwko Michael Mebes et Stefan Potsch, EU: C: 2014: 2315. Por. P. Mezei, *Enter the matrix: the effects of the CJEU’s case law on linking and streaming technologies*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2016, nr 11(10), s. 778–794; L. Bently, E. Derclaye, G.B. Dinwoodie, T. Dreier, S. Dussolier, Ch. Geiger, J. Griffiths, R. Hilty, P.B. Hugenholtz, M.Ch. Janssens, M. Kretschmer, A. Metzger, A. Peukert, M. Ricolfi, M. Senftleben, A. Strowel, R. Xalabarder, *The Reference to the CJEU in Case C-466/12*, Svensson (February 15, 2013), „University of Cambridge Faculty of Law Research Paper 2013” nr 6, <http://ssrn.com/abstract=2220326> (dostęp 11.08.2017).

⁴⁰ R. Xalabarder, *The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law*, IIC 2016, nr 47, s. 635–639.

⁴¹ Projekt Komisji Europejskiej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym z 14 września 2016 r., COM(2016) 593 final (aktualnie na etapie konsultacji i prac w komisjach w Parlamencie Europejskim).

różnice krajowe w rozumieniu pojęć prawa autorskiego uniemożliwiają osiągnięcie rynku wspólnego, i powołuje się na konieczność zapewnienia „klarowności” prawa (*clearance of copyright*), wprowadzając z góry zdefiniowane instytucje prawne⁴². Zdaniem Komisji wpływ nowych technologii na prawo autorskie wmusza wprowadzenie odpowiednich regulacji, m.in. wyjątku na rzecz *text and data mining* (eksploatacji tekstów i danych). Jest to o tyle interesujące zagadnienie, gdyż w dyskusji dość często pojawia się pytanie, czy przypadkiem konstrukcja taka pośrednio nie doprowadzi do objęcia ochroną normatywną informacji⁴³. Wydaje się, że nie bez znaczenia pozostanie na dalszy rozwój orzecznictwa finalne brzmienie tej dyrektywy.

Czy harmonizować pojęcie utworu

Współczesne prawo autorskie rzeczywiście stoi przed niezwykle trudnym wyzwaniem, wymuszonym przez dynamiczny rozwój nowych technologii, zupełną zmianę modelu dystrybucji utworów w Internecie i gwałtowny zwrot społeczeństwa w kierunku maksymalnego i bezpłatnego dostępu do treści cyfrowych. Nie jest to z pewnością łatwe zadanie, tym bardziej że wymaga też szczególnej wrażliwości i wyważonej oceny prawnej. Niemniej jednak z punktu widzenia prawodawczego kryterium twórczości nie było przedmiotem harmonizacji. Z przeglądu ewolucji orzecznictwa Trybunału nasuwa się jednak wniosek przeciwny: wprowadzenie jednolitego kryterium twórczości wydaje się elementem koniecznym, punktem wyjściowym do dalszej unifikacji systemu prawnoautorskiego.

Taka działalność Trybunału została niedawno określona przez L. Bently’ego jako *harmonisation by stealth*⁴⁴. Polega bowiem na stopniowym zawłaszczaniu sobie pola interpretacyjnego przez TS, nawet mimo że z treści dyrektywy nie wynika uzasadnienie dla tak daleko idącej ingerencji w rozumienie norm i instytucji prawnych w państwach członkowskich. Przyczyną takiej swoistej rozbieżności między prawodawstwem unijnym a działalnością Trybunału są

⁴² Zob. w szczególności projekty definicji legalnych w przedstawionym projekcie dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym.

⁴³ Por. A. Wiebe, *Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?*, GRUR Int. 2016, s. 877.

⁴⁴ Tak w wystąpieniu L. Bently’ego *Harmonisation by Stealth: Copyright and the ECJ*, wygłoszonym na Fordham IP Conference w 2010 r.

różnice w perspektywie oceny systemu prawnego: Trybunał podejmuje rolę spajania jego konstrukcji, nadawania mu jednolitego charakteru, nawet w dalszej przyszłości, natomiast prawodawca unijny ogranicza się tylko do chwilowych interwencji legislacyjnych, zapewniających stabilizację rynku wewnętrznego⁴⁵. W odniesieniu do prawa autorskiego podkreśla się, że z orzecznictwa TS wynika długodystansowy cel, jaki – wydawałoby się – miałby zostać w ten sposób osiągnięty – mimo jednak braku na to wyraźnej podstawy prawnej w TfUE⁴⁶.

W świetle rozwoju współczesnych technologii zdefiniowanie tego, co składa się na pojęcie utworu i jakie jego elementy podlegają ochronie, wydaje się kluczową, jeśli nie palącą, potrzebą prawa autorskiego. Przyjęcie wspólnego, zuniifikowanego wyznacznika poziomu twórczości może okazać się jednak zadaniem trudnym dla prawodawcy unijnego. Musi on bowiem uwzględnić nie tyle rozbieżności konstrukcyjne, ile przede wszystkim różnice narodowe w podejściu do funkcji systemu prawnoautorskiego. W tym względzie ograniczony jest również własnym zakresem kompetencji i zasadą subsydiarności. Jego działania nie mogą bowiem zastępować ustawodawstwa krajowego, jeśli w ten sposób dałoby się osiągnąć cel zbliżenia regulacji prawnych między poszczególnymi państwami członkowskimi. Wychodząc mu naprzeciw, Trybunał podejmuje działalność zbliżoną do działalności harmonizacyjnej poprzez narzucanie jednolitej interpretacji pojęć prawnych użytych w dyrektywach. Budzi jednak poważne wątpliwości podejmowanie przez TS działań interpretacyjnych (a więc i ujednolicających) w odniesieniu do konstrukcji, które – co prawda – wskazano w treści dyrektyw, ale nie miały stanowić przedmiotu harmonizacji. Wydaje mi się zasadne rozpoczęcie dyskusji na temat unifikacji prawa autorskiego w ramach Unii Europejskiej i tego, jaki mógłby być jego jednolity kształt, w szczególności w zakresie pojęcia utworu, kryterium twórczości czy zakresu praw wyłącznych, jednak mimo że taka debata jest potrzebna, nie powinna się odbyć w ramach judykatury, ale na płaszczyźnie prawodawczej.

Zamiast podsumowania, a w odniesieniu do prawa polskiego, warto jeszcze zaryzykować tezę i poddać ją dalszej dyskusji n gruncie doktryny. O ile w odniesieniu do pojęcia utworu i kryterium twórczości orzecznictwo Trybunału nie wydaje się budzić większego oporu przedstawicieli polskiej nauki, o tyle takie same działania w odniesieniu do, przykładowo, dozwolonego użytku prywatnego (sprawa ACI Adam) czy zakresu prawa do publicznego udostępnienia utworu już taki opór budzą. Warto jednak odnotować, że zarówno w odniesieniu do sprawy

⁴⁵ K. Adler, *Who are the "Masters of the Treaty"?*..., s. 121–128.

⁴⁶ R. Xalabander, *The Role of the CJEU*..., s. 638–639.

Infopaq, Football Association czy SAS Institute droga, jaką przeszedł Trybunał (od przyjęcia relatywnie niekontrowersyjnego stanowiska, po stopniowe jego rozszerzanie znacznie poza treść literalną dyrektywy), nie różni się wcale od ewolucji pojęcia publicznego udostępniania utworu w Internecie⁴⁷. Warto więc mieć na względzie dalszy postęp orzecznictwa Trybunału, który krok po kroku, aczkolwiek bardzo konsekwentnie, prowadzi do szczególnie ciekawej harmonizacji prawa autorskiego.

Literatura

- Adler K., *Who are the "Masters of the Treaty"? European Governments and the European Court of Justice*, „International Organisation” 1998, nr 52(1), s. 121–147.
- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2016.
- Bently L., *Harmonisation by Stealth: Copyright and the ECJ*, referat wygłoszony na Fordham IP Conference w 2010 r.
- Bently L., Derclaye E., Dinwoodie G.B., Dreier T., Dussolier S., Geiger Ch., Griffiths J., Hilty R., Hugenholtz P.B., Janssens M.Ch., Kretschmer M., Metzger A., Peukert A., Ricolfi M., Senftleben M., Strowel A., Xalabander R., *The Reference to the CJEU in Case C-466/12, Svensson* (February 15, 2013), „University of Cambridge Faculty of Law Research Paper” 2013, nr 6.
- Codification of European Copyright Law*, ed. T.-E. Synodineu, Netherlands 2012.
- Derclaye E., *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, EIPR 2010, nr 32 (5).
- Geiger Ch., *Intellectual Property Shall be Protected!? – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope*, EIPR 2009, nr 3 (31).
- Judge E., Gervais D., *Of silos and constellations: comparing notions of originality in copyright law*, „Cardozo Arts and Entertainment Law Journal” 2009, nr 27.
- Laskowska E., *Przedmiot prawa autorskiego – utwór a pojęcie oryginalności w prawie UE – wprowadzenie i wyrok TS z 16.07.2009 r. w sprawie C-5/08 Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 1.
- Markiewicz R., *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2016, z. 4.

⁴⁷ R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2016, z. 4, s. 15–16 i n.

- Mezei P., *Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2016, nr 11 (10).
- Rahmatian A., *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, Cheltenham 2011.
- Rahmatian A., *Originality in UK copyright law: the old 'skill and labour' doctrine under pressure*, IIC 2013, nr 44.
- Ramalho A., *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonisation*, Maastricht 2016, s. 9–10.
- Rosati E., *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham 2013.
- Rose M., *Authors and Owners*, Cambridge 1993.
- Ritterman S., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937.
- Sirvinskaite I., *Toward Copyright „Europeanification”*. *European Union Moral Rights*, „Journal of International Law Media & Entertainment Law” 2010–2011, vol. 3, nr 2.
- Traple E., *Europeizacja prawa autorskiego w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2014, z. 126, s. 200–201.
- Troller A., *Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht, Muster- und Modelrecht, Wettbewerbsrecht)*, Bd 1, Basel–Stuttgart 1968.
- Wiebe A., *Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?*, GRUR Int. 2016.
- Xalabarder R., *The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law*, IIC 2016, nr 47.
- Zoll F., *Prawo cywilne w zarysie. Prawo rzeczowe*, t. 2, z. 2, Kraków 1947.

IS THERE A ROOM FOR HARMONISATION OF A WORK CONCEPT IN EU COPYRIGHT LAW? SOME THOUGHTS ABOUT THE CJEU'S JURISPRUDENCE

Summary

The above article presents considerations regarding notion of a work in copyright law, however – to limit the scope of the discussion – solely from the perspective of the EU law: in particular, against the background of the CJEU's jurisprudence and planned

amendments in copyright law, particularly on the basis of the Commission's project on digital single market. The article includes, firstly, the discrepancies in interpretation of work within the legal systems of the EU Member States and the EU legal framework itself, secondly, it also researches for an answer to the question on the legal basis of harmonisation the work concept in copyright law. Thirdly, the author attempts to answer question what is the direction of future legislation of the EU legislator in regard to the work concept in copyright law.

Keywords: copyright law, work, EU law, the Court of Justice of the European Union (the CJEU)