

ZASADA PROPORCJONALNOŚCI W PRAWIE AUTORSKIM W UNII EUROPEJSKIEJ

Ryszard Markiewicz

Polecamy w serii:

Zgłoszenie znaku towarowego w złej wierze
Joanna Adamczyk

Pojęcie utworu w prawie autorskim
Ewa Laskowska-Litak

Prawnoautorska ochrona programów komputerowych
Zbigniew Okoń

Kulinaria w polskim prawie własności intelektualnej
Piotr Ślęzak

Prawna ochrona treści cyfrowych
Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz

Media w erze cyfrowej. Wyzwania i zagrożenia
redakcja naukowa Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Monika Nowikowska, Krzysztof Wąsowski

Wpływ decyzji Urzędu Patentowego RP na postępowanie cywilne w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej
Arkadiusz Sadza

Ochrona wzorów użytkowych
Marcin Balicki

Tłumaczenie w prawie autorskim
Jakub Doliński

Test trójstopniowy w prawie autorskim. Paradygmaty prawa autorskiego
Piotr Niezgódka

Domeny internetowe. Teoria i praktyka
redakcja naukowa Ireneusz Matusiak

Ustalenie kwoty stosownego wynagrodzenia za naruszenie autorskich praw majątkowych
Łukasz Maryniak

Naukowe i krytyczne wydania tekstów jako przedmiot prawa autorskiego i praw pokrewnych
Bohdan Widła

Ograniczenia ochrony patentowej a naruszenie patentu
Justyna Ożegalska-Trybalska

Pośrednicy internetowi w prawie Unii Europejskiej. Rola i obowiązki wobec treści użytkowników
Magdalena Piech

Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym
Michał Wyrwiński

Swoboda wypowiedzi artystycznej. Standardy międzynarodowe i krajowe
Marcin Górski

Naruszenie prawa do znaku towarowego renomowanego. Studium prawnoporównawcze
Joanna Sitko

Zarząd wspólnym prawem autorskim
Michał Markiewicz

ZASADA PROPORCJONALNOŚCI W PRAWIE AUTORSKIM W UNII EUROPEJSKIEJ

Ryszard Markiewicz

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja w ramach projektu badawczego pt. „Naukowy model reformy prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym według Dyrektyw UE” (konkurs Opus 18, finansowany przez Narodowe Centrum Nauki, nr UMO-2019/35/B/HS5/03671)

Stan prawny na 1 lipca 2023 r.

Redakcja serii
Ryszard Markiewicz
Andrzej Matlak
Alicja Pollesch

Recenzentki
Prof. dr hab. Monika Florczak-Wątor
Dr hab. Katarzyna Kłafkowska-Waśniowska, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Wydawczyni
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne
Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2023

ISBN 978-83-8328-935-9
ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Wprowadzenie.....	13
Rozdział I	
Rozumienie zasady proporcjonalności	25
1.1. Zasada proporcjonalności w prawie Unii Europejskiej – uwagi ogólne.....	25
1.2. Jedna czy dwie proporcjonalności?	37
1.3. Zasada proporcjonalności w prawie unijnym, europejskim i polskiej Konstytucji	42
Rozdział II	
Funkcje i reguły stosowania zasady proporcjonalności	51
2.1. Funkcje i sfery stosowania zasady proporcjonalności	51
2.1.1. Sposoby wykorzystywania zasady proporcjonalności	51
2.1.2. Funkcje zasady proporcjonalności	55
2.1.3. Schemat stosowania zasady proporcjonalności w prawie autorskim w Unii Europejskiej.....	58
2.1.3.1. Tworzenie przepisów prawa Unii Europejskiej i transponujących je do prawa krajowego	58
2.1.3.2. Weryfikacja przez Trybunał Sprawiedliwości zgodności prawa Unii Europejskiej z zasadą proporcjonalności....	59

2.1.3.3. Interpretacja przez Trybunał Sprawiedliwości przepisów prawa Unii Europejskiej	62
2.1.3.4. Badanie zgodności prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej przez Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe	63
2.1.3.5. Interpretacja prawa krajowego przez sądy krajowe	64
2.2. Pełna i minimalna harmonizacja przewidziana w dyrektywach a zasada proporcjonalności	64
2.3. Obowiązek poszanowania „istoty praw podstawowych”	70
2.4. Znaczenie „wymienienia” zasady proporcjonalności w dyrektywie	74
2.5. Zasada proporcjonalności i autonomiczne pojęcie prawa Unii Europejskiej	79
2.6. Zasada proporcjonalności i test trójstopniowy	82
2.7. Zasada proporcjonalności i nadużycie prawa	84
2.8. Zasady stosowania zasady proporcjonalności w stosunkach horyzontalnych	94
2.8.1. Uwagi ogólne	94
2.8.2. Zasada proporcjonalności w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości	103
2.8.3. Unijna zasada proporcjonalności w krajowych orzeczeniach sądowych	114
2.9. Prawotwórcze skutki stosowania zasady proporcjonalności	119

Rozdział III

Zasada proporcjonalności w dyrektywie 2019/790	127
3.1. Uwagi ogólne	127
3.2. Prawo pokrewne wydawców prasy	132
3.3. Art. 17 dyrektywy 2019/790 a zasada proporcjonalności	137
3.3.1. Uwagi ogólne	137

3.3.2. Wytyczne dotyczące art. 17 dyrektywy 2019/790 (Wytyczne)	141
3.3.3. Opinia Rzecznika Generalnego Henrika Saugmandsgaarda Øe w sprawie C-401/19 (opinia)	144
3.3.4. Wyrok TS w sprawie C-401/19	149
3.3.4.1. Treść wyroku	149
3.3.4.2. Prawa podstawowe uwzględniane przy stosowaniu zasady proporcjonalności	150
3.3.4.3. Proporcjonalne czy nieproporcjonalne ograniczenie praw użytkowników internetu w art. 17?	151
3.3.4.4. Wykładnia interpretacyjno-weryfikująca o charakterze modyfikującym	155
3.3.4.5. Poprawna lokalizacja ograniczeń praw podstawowych w aktach normatywnych w świetle zasady proporcjonalności	158
3.3.4.6. Istotny mankament rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości	165
3.3.4.7. Ogólne znaczenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości	167
3.3.4.8. Art. 17 i zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej	170
3.3.4.9. Zasada proporcjonalności jako podstawa tworzenia nowej postaci dozwolonego użytku lub zbliżonego mechanizmu	175
3.3.4.10. Podsumowanie i uwagi końcowe	178
3.3.5. Polska transpozycja art. 17	181
3.3.5.1. Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw z 6.06.2022 r. (projekt I)	181
3.3.5.2. Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw z 7.11.2022 r. (projekt II)	186

3.4. Prawo do godziwego wynagrodzenia twórców w ramach umów o eksploatację	189
3.4.1. Uwagi ogólne	189
3.4.2. Prawo do proporcjonalnego wynagrodzenia	191
3.4.3. Transpozycja prawa do proporcjonalnego wynagrodzenia do prawa polskiego	192

Rozdział IV

Zasada proporcjonalności wobec pozaunijnych elementów polskiego prawa autorskiego – aneks	197
--	------------

Wnioski	201
----------------------	------------

Bibliografia	209
---------------------------	------------

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 92/100 – dyrektywa Rady 92/100/EWG z 19.11.1992 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (Dz.Urz. WE L 346, s. 61, ze zm.)
– akt utracił moc
- dyrektywa 2000/31 – dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. WE L 178, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa 2001/29 – dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. WE L 167, s. 10, ze zm.)
- dyrektywa 2004/48 – dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.04.2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.Urz. UE L 157, s. 45)
- dyrektywa 2010/13 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz.Urz. UE L 95, s. 1, ze zm.)

dyrektywa 2019/790	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z 17.04.2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz.Urz. UE L 130, s. 92)
EKPC	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
KPP, Karta	– Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 389)
pr. aut.	– ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2509)
RODO	– rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1, ze sprost.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 47, ze zm.)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 13, ze zm.)

Czasopisma

EIPR	– European Intellectual Property Review
GRUR Int.	– Journal of European and International IP Law
IIC	– International Review of Intellectual Property and Competition Law
JIPITEC	– Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
NJW	– Neue Juristische Wochenschrift

OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
PiP	– Państwo i Prawo
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RIDA	– Revue Internationale du Droit d'Auteur
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
ZNUJ, PPWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej
ZUM	– Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Inne

BVerfG	– Bundesverfassungsgericht
BGH	– Bundesgerichtshof
DUUTO	– dostawca usług udostępniania treści online
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
SN	– Sąd Najwyższy
TS	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej/Europejski Trybunał Sprawiedliwości

WPROWADZENIE

Opracowanie przedstawia zasadę proporcjonalności na tle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z 17.04.2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (dalej – dyrektywa 2019/790). Wcześniej generalnie omówiono tę zasadę i reguły jej stosowania w prawie Unii Europejskiej, zwłaszcza w sferze prawa autorskiego. Koncentruję się na problematyce stosowania zasady proporcjonalności w przypadkach rozwiązań prawnoautorskich wpływających na ograniczanie korzystania z podstawowych praw i wolności. Inaczej ujmując: **rozważam tu przede wszystkim stosowanie zasady proporcjonalności w kontekście poszanowania Karty praw podstawowych¹ w przypadkach rozwiązań prawnoautorskich wpływających na ograniczanie korzystania z podstawowych praw i wolności.** Niniejszy tekst to nie tylko analiza proporcjonalności w autorskim prawie UE, ale również przybliżenie możliwości wykorzystania tej instytucji dla wykładni polskiego prawa autorskiego, także w krajowych procesach sądowych.

Zasada proporcjonalności w prawie UE zyskuje coraz większe znaczenie. Twierdzi się nawet, że jest bardziej wpływowa niż inne zasady generalne² w prawie UE³. Obejmuje ona przede wszystkim nakaz uwzględniania stosownie wyważanych praw podstawowych, gdyż bardzo często

¹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 389), cytowana dalej jako „KPP”.

² Takie jak np.: lojalna współpraca między instytucjami i państwami członkowskimi, bezpieczeństwo prawne, uzasadnione oczekiwania, ochrona praw nabytych.

³ Tak np. T. Tridimas [w:] *Oxford Principles of European Union Law: The European Union Legal Order*, Vol. I, ed. by R. Schütze, T. Tridimas, Oxford 2018, s. 244.

(z reguły) wykonywanie tych praw – przysługujących różnym podmiotom – wzajemnie „nachodzi” na siebie. Rozwiązywanie tego konfliktu jest realizowane właśnie przez tę zasadę. Wykorzystywana jest ona także przy analizie restrykcji krajowych dotyczących czterech wolności rynku wewnętrznego w UE, stanowiących podstawę funkcjonowania jednolitego rynku (wolność przepływu towarów, wolność przepływu usług, wolność przepływu kapitału, wolność ruchu osobowego)⁴, oraz ustalaniu dopuszczalnego zakresu i intensywności działań UE. Ma to zasadniczy wpływ na tworzenie i wykładnię prawa.

Już na początku należy zastrzec, że w zasadzie pomijam w tym opracowaniu sferę stosowania zasady proporcjonalności związaną z oceną, czy Unia Europejska działa w granicach kompetencji przyznanych w Traktatach, a zatem – w uproszczeniu – czy dopuszczalne było określone działanie organu UE, a więc także wydanie unijnego aktu normatywnego. Chodzi tu o **zasadę proporcjonalności rozumianą jako zasadę ustrojową (zasada instytucjonalna), przeciwstawianą tej zasadzie rozumianej jako zasada ogólna prawa unijnego**⁵. Z art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej wynika, że wykonywanie tych kompetencji podlega zasadom pomocniczości i proporcjonalności. W szczególności art. 5 ust. 4 TUE przewiduje, że: „Zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów. Instytucje Unii stosują zasadę proporcjonalności zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności”⁶. Są to zatem, jak pisze Rzecznik Generalny

⁴ Pogląd ten potwierdza motyw 3 dyrektywy 2001/29, według którego: „Planowana harmonizacja przyczyni się do wprowadzenia w życie czterech wolności rynku wewnętrznego i dotyczy zgodności z podstawowymi zasadami prawa, a w szczególności prawa własności, włączając własność intelektualną oraz wolność słowa i interes publiczny”. Por. też T. Tridimas [w:] *Oxford...*, Vol. I, ed. by R. Schütze, T. Tridimas, s. 244.

⁵ Por. D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe* [w:] *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 2, red. nacz. A. Wróbel, Warszawa 2022, s. 538–540.

⁶ Por. też protokół (nr 2) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności do tego traktatu. Regulacja ta dotyczy kontroli tworzenia aktów ustawodawczych UE, a zatem – „czy zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”. Przykładem wykorzystania testu proporcjonalności w zasadzie w pomijanym tu zakresie (a więc oceny, czy dane unormowanie UE działa, jest objęte traktatowymi kompetencjami) jest analiza, czy należałoby ustanowić autorską

Pedro Cruz Villalón⁷, dwie różne zasady. „Proporcjonalność w rozumieniu art. 5 ust. 4 TUE jest w połączeniu z zasadą pomocniczości zasadą ogólną, regulującą działania Unii i warunkującą wydawanie wszystkich aktów instytucji. W szczególności służy ona ukierunkowaniu angażowania się przez Unię z poszanowaniem kompetencji państw członkowskich. Proporcjonalność zaś w rozumieniu art. 52 ust. 1 KPP jest przesłanką legalności każdego ograniczenia w korzystaniu z praw podstawowych. Wprawdzie kontrole przeprowadzane z tytułu tych dwóch przepisów mogą mieć taki sam przebieg, jednakże nie są wykonywane z takimi samymi obostrzeniami [...] Artykuł 52 ust. 1 karty wymaga nie tylko, by każde ograniczenie w korzystaniu z praw podstawowych było «przewidziane ustawą», lecz także, by odbywało się z poszanowaniem w sposób ścisły zasady proporcjonalności. Ten wymóg proporcjonalności [...] nabiera w kontekście karty szczególnej mocy, jakiej nie ma w ramach art. 5 ust. 4 TUE. W istocie bowiem [...] nie chodzi tu o proporcjonalność jako zasadę ogólną działania Unii, lecz [...] właśnie o proporcjonalność jako przesłankę konstytutywną każdego ograniczenia praw podstawowych”. Zwróćmy uwagę na istotne konsekwencje tego rozumowania. Otóż może się okazać, że zasada proporcjonalności w odniesieniu do konkretnej regulacji zostanie uznana za spełnioną w świetle art. 5 ust. 4 TUE, ale (ze skutkiem – wobec spełnienia innych wymogów – nienaruszania warunków z tego przepisu) równocześnie ta sama zasada jako zasada ogólna dla tej samej regulacji ocenianej w świetle art. 52 ust. 1 KPP może być przyczyną zakwestionowania jej ważności. W recenzji do tej książki Pani Prof. Katarzyna Kłafkowska-Waśniowska wskazała na możliwość innego podejścia do ujmowania zasady proporcjonalności, jako zasady ustrojowej, przeciwstawianej zasadzie ogólnej. Autorka proponuje, by oba te ujęcia „traktować jako komplementarne i jednocześnie trudne *de facto* do rozróżnienia”. Wynika to przede wszystkim stąd, że także przy proporcjonalności ujmowanej jako zasada ustrojowa badane jest nie tylko to, czy został dokonany właściwy wybór aktu prawa wtórnego,

ochronę wytworów sztucznej inteligencji. Za odpowiedź negatywną – z którą się zgadzam – opowiada się A. Trapova, *Copyright for AI-generated works: a task for the internal market?*, „European Law Review” 2023/2, s. 187–205. Por. jednak też punkt 3.2. – gdzie zasygnalizowano ten problem w odniesieniu do prawa pokrewnego wydawców prasy.

⁷ W opinii z 12.12.2013 r. do sprawy C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2013:845, w pkt 89 i 133.

ale także odpowiedniość „środków” przyjętych na przykład w danej dyrektywie. Z kolei po jej przyjęciu „nadal przedmiotem badania, przynajmniej domyślnie, jest poszanowanie zasady proporcjonalności jako zasady ogólnej, w tym poszanowanie art. 5 ust. 4 zobowiązującego do wyboru proporcjonalnego środka”. W istocie takie podejście prowadzi do uznania, że zasada proporcjonalności jest zasadą ogólną prawa Unii, która odnosi się zarówno do zasady ustrojowej (granice regulacji unijnych z perspektywy państw członkowskich), jak i poza nią, wyznaczając granice ingerencji unijnych i krajowych władz publicznych w sferę wolności jednostek⁸. W obu przypadkach jest to zatem ta sama zasada, ale występuje w różnych funkcjach, przy czym w „roli” ustrojowej jest mniej intensywna (słabiej nastawiona na ochronę praw podstawowych) i stanowi jeden z warunków oceny w sprawie dopuszczalności wydania aktu normatywnego przez organy UE. Sygnalizowany wyżej różny stopień intensywności stosowania tej zasady wiąże się z tym, że proporcjonalność jako element zasady ustrojowej (art. 5 ust. 4 TUE) dotyczy tylko kompetencji regulacji danej kwestii w prawie UE, zaś na gruncie art. 52 ust. 1 KPP rozważana jest poprawność regulacji w aspekcie spełnienia zasady proporcjonalności.

Wracając do zasady proporcjonalności poza jej funkcją ustrojową, należy stwierdzić, że oczywiście odnosi się ona także do szeroko rozumianego prawa autorskiego⁹. Nakaz odwoływania się do tych praw przy stosowaniu i wyznaczaniu zakresu praw własności intelektualnej jest niekiedy określany jako „konstytucjonalizacja” tych praw¹⁰. Chodzi tu

⁸ Tak D. Miąsik, *Zasady...*, s. 183.

⁹ Na gruncie prawa patentowego zasada ta jest rozważana głównie ze względu na roszczenie o zaniechanie. Por. ważny artykuł R. Sikorskiego, *Towards a More Orderly Application of Proportionality to Patent Injunctions in the European Union*, IIC 2022/53, s. 31–61.

¹⁰ Pierwszym orzeczeniem TS, które potwierdziło możliwość stosowania praw podstawowych i zasady proporcjonalności w prawie autorskim, był wyrok z 29.01.2008 r. w sprawie C-275/06 (*Promusicae*), ECLI:EU:C:2008:54, pkt 68, w którym stwierdzono, że: „Prawo wspólnotowe wymaga [...], by przy transpozycji tych dyrektyw [państwa członkowskie] oparły się [...] na takiej wykładni tych dyrektyw, która pozwoli na zapewnienie odpowiedniej równowagi między poszczególnymi prawami podstawowymi chronionymi przez wspólnotowy porządek prawny. Ponadto przy przyjmowaniu środków mających na celu transpozycję tych dyrektyw władze i sądy państw członkowskich są zobowiązane

o ich wpływ na ustawodawcę oraz o horyzontalne oddziaływanie praw podstawowych (a więc praw ze sfery publicznej) na stosunki z zakresu prawa prywatnego¹¹ – w tym znaczeniu, że „zasada proporcjonalności wyznacza zakres horyzontalnego działania praw konstytucyjnych”¹². Paradoksalnie zatem zasada ta zawsze związana jest z ograniczaniem ochrony praw podstawowych ze względu na inne prawa o takim charakterze. Choć równocześnie – jak trafnie zwróciła uwagę Pani Prof. Monika Florczak-Wątor w recenzji tej pracy – „zasada proporcjonalności służy również poszerzaniu ochrony praw i wolności jednostki. Proporcjonalność stosowana w sytuacji kolizji dwóch praw lub wolności ma

nie tylko dokonywać wykładni swojego prawa krajowego w sposób zgodny ze wspomnianymi dyrektywami, lecz również nie opierać się na takiej wykładni tych dyrektyw, która pozostawałaby w konflikcie ze wspomnianymi prawami podstawowymi lub z innymi ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego, takimi jak zasada proporcjonalności”. Ale można dopatrywać się zastosowania zasady proporcjonalności już w orzeczeniu TS z 28.04.1998 r. w sprawie C-200/96, *Metronome Musik GmbH*, ECLI:EU:C:1998:172, pkt 21, dotyczącym art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 92/100/EWG z 19.11.1992 r. w sprawie prawa najmu i użytkowania oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (Dz.Urz. WE L 346, s. 61), w którym stwierdzono, że „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem swoboda wykonywania zawodu, jak również prawo własności, stanowią część ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Jednakże zasady te nie są absolutne, lecz muszą być postrzegane w odniesieniu do ich funkcji społecznej. W konsekwencji, wykonywanie prawa własności i swobody wykonywania zawodu lub handlu może być ograniczone, pod warunkiem że ograniczenia te rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego, realizowanym przez Wspólnotę Europejską, i nie stanowią w stosunku do zamierzonego celu nieproporcjonalnej i niemożliwej do zaakceptowania ingerencji, naruszającej istotę gwarantowanych praw”. Poza prawem autorskim wskazuje się, że TS nawiązał do proporcjonalności już w 1956 r. (w wyroku z 16.07.1956 r., C-8/55, *Fédération Charbonnière*, ECLI:EU:C:1956:11), a po raz pierwszy zastosował (wykorzystał do interpretacji prawa) to pojęcie w wyroku z 17.12.1970 r., C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114. Trybunał uznał, że w prawie UE ma ona zastosowanie na podstawie istnienia w tym zakresie wspólnej tradycji konstytucyjnej. Por. D. Jongsma, *Creating EU Copyright Law: Striking a Fair Balance*, Helsinki 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3547904, s. 104. Wskazuje się, że to właśnie wspólne tradycje konstytucyjne do czasu uchwalenia KPP były podstawą „unijnej” ochrony praw jednostki. Por. M. Florczak-Wątor, *Wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich Unii Europejskiej a koncepcja wspólnej unijnej tożsamości konstytucyjnej* [w:] *Interdyscyplinarny wymiar tożsamości konstytucyjnej*, red. M. Florczak-Wątor, M. Krzemiński, Kraków 2022, s. 169.

¹¹ Por. w tej kwestii przede wszystkim M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014.

¹² Tak M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 222.

bowiem za zadanie ograniczenie jednego prawa (wolności) dla zapewnienia ochrony drugiemu. Przydatność, która jest elementem zasady proporcjonalności, wymaga, by ograniczenia były skuteczne, a zatem jeśli są wprowadzane dla ochrony praw i wolności określonych osób, to rolą zasady proporcjonalności jest wyznaczenie właściwego (optymalnego) zakresu tej ochrony i w konsekwencji koniecznego ograniczenia ochrony innego prawa i wolności. To oznacza, że w istotę stosowania zasady proporcjonalności wpisane jest «zwrotne sprzężenie» między ochroną i ograniczeniem”.

Przy tym, już tu zasygnalizujemy, że także prawa własności intelektualnej są lokowane w konstytucjach w ramach praw podstawowych – z koniecznością wprowadzenia ich ograniczeń ze względu na inne tego rodzaju prawa¹³. Należy też mieć świadomość, że stosowanie zasady proporcjonalności przez Trybunał Sprawiedliwości przyczynia się także do harmonizacji prawa autorskiego w Unii Europejskiej.

Potrzeba zastosowania zasady proporcjonalności pojawia się, gdy dana regulacja ingeruje w zakres ochrony praw lub wolności jednostki¹⁴. Badanie spełniania tej zasady (testu) jest realizowane w trzech etapach¹⁵; są one niekiedy określane jako subtesty (podzasady)¹⁶, ale w pracy używam tu określeń: elementy zasady, jej komponenty. Po pierwsze, chodzi o „przydatność” (*suitability*), która jest rozumiana jako zdatność

¹³ Por. np. Ch. Geiger, *"Constitutionalising" intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*, IIC 2006/37(4), s. 371 i n.

¹⁴ Por. A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019, s. 31–32, <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/102713/edition/95617>

¹⁵ Por.: A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012 oraz Ch. Geiger, B.J. Jütte, *Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, GRUR Int. 2021/70(6), s. 517 i n.

¹⁶ Rezygnuję jednak z stosowania tego terminu, gdyż – jak wskazała recenzentka tej pracy Monika Florczak-Wątor – sugeruje on pewną samodzielność (autonomię) poszczególnych komponentów zasady proporcjonalności, gdy tymczasem zasada ta stanowi pewną całość z koniecznymi związkami między poszczególnymi elementami proporcjonalności.

(odpowiedniość) danego środka do osiągnięcia zamierzonego celu. Inaczej ujmując: badane jest istnienie związku przyczynowego między takim środkiem a celem jego ustanowienia. Stwierdzenie „niezdatności” wyklucza przejście do dalszych etapów badania proporcjonalności i przesądza o niespełnieniu wymogów testu. Po drugie, uwzględnia się **„konieczność”** (*necessity*)¹⁷. Przedmiotem oceny jest wówczas istnienie innych środków, mniej inwazyjnych wobec innych praw lub lepiej realizujących dany cel. Wymóg ten nie ma jednak charakteru bezwzględnego w tym znaczeniu, że zawsze należy wybrać środek mniej restrykcyjny (zwłaszcza gdy jest on mniej efektywny niż inne)¹⁸. Po trzecie, wyróżnia się **proporcjonalność *sensu stricto* (balancing)**. Tu wyważane są (negatywne) skutki zastosowania danego środka z celami (korzyściami), które mają być osiągnięte. Zasada proporcjonalności jest naruszona, gdy negatywne skutki przewyższają uzyskane w ten sposób korzyści. Każdy z elementów tej zasady pozostawia szerokie granice swobody oceny¹⁹. Przy czym jest ona węższa w przypadku pierwszych dwóch (dotyczących relacji środków i celów), umożliwiając obiektywną kontrolę sądową, niż przy balansowaniu, które jest niekiedy złośliwie traktowane jako

¹⁷ Por. w tym względzie wyrok TS z 29.07.2019 r. w sprawie C-469/17, Funke, ECLI:EU:C:2019:623, pkt 49, w którym stwierdzono, że „państwa członkowskie zobowiązane są także do przestrzegania zasad ogólnych prawa Unii, w tym zasady proporcjonalności, z której wynika, że przyjęte środki powinny być odpowiednie do osiągnięcia określonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (wyrok z 1 grudnia 2011 r., Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, pkt 105, 106)”. Tak też w wyroku TS z 29.07.2019 r. w sprawie C-516/17, Spiegel, ECLI:EU:C:2019:625, pkt 34.

¹⁸ Monika Florczak-Wątor w recenzji tej pracy wskazała, że teza ta nie jest prawdziwa dla przypadku stosowania testu proporcjonalności w warunkach stanu nadzwyczajnego. Wówczas „przydatność” ma pierwszeństwo przed „koniecznością”, co oznacza niekiedy użycie ograniczeń najbardziej dolegliwych, gdyż będą równocześnie najbardziej skuteczne. Na gruncie prawa polskiego art. 228 ust. 5 Konstytucji ustanawia wówczas preferencje dla zasady przydatności. Recenzentka pisze, „że również unijna zasada proporcjonalności powinna ten szczególnie kontekst stanu nadzwyczajnego uwzględniać, w razie jego wprowadzenia w państwie członkowskim UE”.

¹⁹ Oprócz tych trzech komponentów zasady proporcjonalności niekiedy – w powołaniu na art. 52 KPP – powoływany jest także czwarty: uzasadniony cel (właściwy cel – *legitimacy*) danego środka w znaczeniu, czy odpowiada celom interesu ogólnego uznanym przez UE lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. Tak np. C. Sganga, *A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, EIPR 2019/11, s. 685–686.

„zaproszenie do mniej lub bardziej arbitralnego podejmowania decyzji sądowych”²⁰.

Warto zwrócić uwagę, że w teście przydatności i konieczności chodzi o oceny z perspektywy racjonalności. W przypadku proporcjonalności *sensu stricto* chodzi o wartości dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, jak interesy (prawa) jednostki powinny być wyważone w stosunku do interesów zbiorowych oraz, po drugie, czy nie dochodzi do nadmiernego obciążenia danego podmiotu przez określony środek²¹.

Należy mieć na uwadze to, że zasada proporcjonalności rozpatrywana jako zasada ogólna prawa UE – jak pisze Agnieszka Frąckowiak-Adamska – ani nie jest prawem podmiotowym, ani nie wyraża żadnych wartości, lecz jest mechanizmem, który chroni zasadniczy rdzeń praw podstawowych poprzez równoważenie innych zasad²². Test proporcjonalności, opisany wyżej, stanowi procedurę wyważania tych zasad. Można powiedzieć, że „instytucja proporcjonalności” służy osiągnięciu pożądanego równowagi (wyważenia) między różnymi wartościami (prawami, interesami)²³, wówczas gdy jednoczesne pełne ich zaspokojenie nie jest możliwe. Wyznacza ona zatem ograniczenia zakresu ochrony jednych dóbr dla umożliwienia ochrony innych, kolidujących dóbr²⁴. Chodzi tu o „ważenie kolidujących wartości w celu ich maksymalizacji”²⁵, które ma na celu nie tyle wypracowanie rozwiązania kompromisowego, ile

²⁰ G. Scaccia, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, federalismi.it 2019/4, s. 8, <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Proportionality-and-the-Balancing-of-Rights-in-the-Case-law-of-European-Courts.pdf>

²¹ Por. T.J. Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden–Boston 2015, s. 198.

²² Por. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 27. Zasada ta z reguły nie ma charakteru prawa podstawowego, ale tak należy ją oceniać w kontekście art. 49 ust. 3 KPP, który wyznacza standard ochrony przed zbyt surową karą. Por. też D. Miąsik, *Zasady...*, s. 186.

²³ „Przejsięcie” do tak rozumianego wyważania z wyjściowej analizy balansowania negatywnych skutków regulacji z korzyściami, które mają być osiągnięte, ma swoją podstawę w tym, że negatywne skutki regulacji odnoszą się przede wszystkim do naruszania innych praw.

²⁴ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, RPEiS 1989/1, s. 2.

²⁵ Por. A. Śledzińska-Simon, *Analiza...*, s. 33.

raczej takie ukształtowanie ochrony autorskiej, by nie naruszała innych praw²⁶. Proporcjonalność jest też ujmowana jako sposób ustalania równowagi między ograniczeniem praw podstawowych a uzasadnieniami podnoszonymi dla takiego ograniczenia²⁷.

Bezpośrednio odwołano się do konieczności stosowania analizowanego testu na przykład w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Sky Österreich GmbH²⁸, w którym zaznaczono: „Jeśli chodzi o proporcjonalność stwierdzonej ingerencji, należy przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada proporcjonalności wymaga, by akty instytucji Unii nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów, którym mają służyć, przy czym gdy istnieje możliwość wyboru spośród większej liczby odpowiednich rozwiązań, należy stosować te najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów”.

Zasada proporcjonalności jest regulowana i rozumiana w sposób jednolity dla całości prawa unijnego. Jednak niewątpliwie istnieje jej specyfika „polegająca na różnicach praktycznych w efektach aplikowania wynikającego z niej testu w różnych dziedzinach prawa”²⁹. Uzasadnia to skoncentrowanie się w tych rozważaniach na prawie autorskim, gdyż – jak się wydaje – nawet uogólnione oceny na gruncie prawa patentowego nie mogą być wprost przenoszone do prawa autorskiego.

Wydaje się, że rola zasady proporcjonalności obecnie, zwłaszcza w Polsce, jest niedoceniana, w każdym razie w odniesieniu do własności intelektualnej. Tymczasem ma ona nie tylko coraz istotniejsze znaczenie przy wykładni prawa przez Trybunał Sprawiedliwości, lecz także w coraz

²⁶ Por. O.F. Afori, *Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law*, IIC 2014/8, s. 909–110.

²⁷ Tak por. N. Attard, *The Principle of Proportionality in European and Comparative Perspective*, 2020, niepublikowana praca doktorska, <https://ethos.bl.uk/SearchResults.do>, s. 42.

²⁸ Por. pkt 50 wyroku TS z 22.01.2013 r. w sprawie C-283/11, Sky Österreich GmbH, ECLI:EU:C:2013:28.

²⁹ Tak D. Miąsik, *Zasady...*, s. 188.

większym stopniu wpływa na sposób myślenia i interpretacji prawa w sądach krajowych, i to nie tylko w zakresie implementowania prawa UE. Z tych względów uważam, że należało zająć się tą problematyką bardziej szczegółowo, wskazać na niekonsekwencje stosowania zasady proporcjonalności, ale także na wynikające z niej nowe perspektywy dla tworzenia i interpretowania prawa.

Układ książki jest następujący: na początku omawiam **rozumienie zasady proporcjonalności** (rozdział I). Tu ogólnie opisuję tę zasadę (podrozdział 1.1) i celowość jej zróżnicowania z perspektywy konstytucjonalności i sprawiedliwości (podrozdział 1.2), a także sposoby jej ujmowania w prawie unijnym, europejskim i polskiej Konstytucji RP (podrozdział 1.3). W następnej części (rozdział II) przedstawiam **funkcje zasady proporcjonalności oraz reguły jej stosowania**. Tu omawiam rolę i sfery stosowania zasady proporcjonalności (podrozdział 2.1), funkcje pełnione przez tę zasadę (podrozdział 2.1.2) oraz proponuję „schemat” jej stosowania w prawie autorskim w Unii Europejskiej (podrozdział 2.1.3). W wywodach tych uwypuklam zastrzeżenia co do wykorzystywania wymogu proporcjonalności jako narzędzia modyfikującego (lub „uzupełniającego”) treść przepisów prawnych, zwłaszcza gdy jest on stosowany w sporach sądowych. Na tym tle rozważam relację zasady proporcjonalności do **pełnej i minimalnej harmonizacji przewidzianej w dyrektywach** (podrozdział 2.2) i **do wymogu poszanowania istoty praw podstawowych** – podkreślając, że elastyczność tego kryterium w połączeniu z elastycznością proporcjonalności sprawiają, że oceniający dane rozwiązanie legislacyjne (lub wykładnię danego przepisu) mają szczególnie szerokie możliwości formułowania przeciwstawnych ocen i rozstrzygnięć (podrozdział 2.3). Następnie analizuję: znaczenie „wymienienia” zasady proporcjonalności w dyrektywie, sugerując, że wówczas istnieje szersza swoboda dla „twórczych” interpretacji przepisów (podrozdział 2.4); tzw. autonomiczne pojęcia prawa UE, które niekiedy służą do uzyskania zgodności prawa UE z zasadą proporcjonalności (podrozdział 2.5); instytucję testu trójstopniowego – wskazując na ich wspólny zakres i jego swoiste pierwszeństwo (choć nie bezwzględne) względem zasady proporcjonalności (podrozdział 2.6); oraz nadużycie prawa – dopatrując się między tymi instytucjami stosunku krzyżowania i sugerując, by w sporach krajowych, gdyby dla spełnienia wymogu wy-

kładni zgodnej powstała potrzeba sięgania do wykładni o charakterze modyfikującym, należałoby wykorzystywać, gdy to możliwe, instytucję nadużycia prawa (podrozdział 2.7). Te ogólne rozważania są podstawą analizy stosowania zasady proporcjonalności w stosunkach horyzontalnych zarówno w świetle ujęć teoretycznych, jak i orzeczeń sądowych. W tej części wskazano między innymi na dopuszczalne sfery i granice wykorzystywania zasady proporcjonalności w jej funkcji modyfikującej oraz pokazano, że zasada ta jest niekiedy wykorzystywana jako narzędzie uzasadniania własnych preferencji interpretującego przepisy. Jest to relatywnie łatwe ze względu na możliwość doboru przeciwstawnych praw podstawowych, podlegających wyważaniu, ograniczania się tylko do niektórych faz (elementów) testu, a przede wszystkim ze względu na naturalny brak wspólnej skali ocen dla wyważanych praw podstawowych (podrozdział 2.8). Dla tej pracy szczególne znaczenie ma wyznaczenie granic akceptowalnej wykładni o charakterze modyfikującym. Tu przyjmuję, że Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe mają szeroką swobodę, gdy zasada proporcjonalności jest wprost usytuowana w przepisach. W pozostałych przypadkach dopuszczam tego rodzaju wykładnię TS, gdy chodzi o konieczne uwzględnianie norm Karty praw podstawowych i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez tę zasadę. Sądy krajowe powinny być tu bardziej zachowawcze. Z wyłączeniem zaproponowanych przez TS znaczeń pojęć autonomicznych oraz interpretacji Karty praw podstawowych i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wykładnia modyfikująca powinna być stosowana przez sądy krajowe tylko w wyjątkowych przypadkach, w których rezygnacja z takiej wykładni prowadziłaby do szczególnie istotnej ingerencji w ochronę praw podstawowych, a powołanie się na nadużycie prawa nie rozwiązywałoby problemu ze względu na brak możliwości rekonstrukcji ogólnej normy na podstawie tej instytucji (podrozdział 2.9). Odrębną część pracy stanowi szczegółowa **charakterystyka zasady proporcjonalności na gruncie dyrektywy 2019/790**, w której w sposób najbardziej wyrazisty uwidoczniły się wady, zalety i problemy charakterystyczne dla ocen dokonywanych w świetle zasady proporcjonalności, i to zarówno w świetle badania spełniania cechy proporcjonalności przez dyrektywę, jak i sposobu jej transpozycji do prawa krajowego w świetle zasady proporcjonalności (rozdział III). W istocie ta część pracy stanowi implementację zaproponowanego rozumienia zasady proporcjonalności