

Sygn. akt IA Cz 723/16

POSTANOWIENIE

Dnia 21 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Marzena Konsek-Bitkowska (spr.)

SSA Maciej Dobrzyński

SSO (del.) Bernard Chazan

po rozpoznaniu w dniu 21 czerwca 2016 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

z udziałem Grupy (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

o udzielenie zabezpieczenia

na skutek zażalenia uczestnika

na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. akt XVI GCo 364/15

postanawia:

oddalić zażalenie.

SSA Maciej Dobrzyński SSA Marzena Konsek-Bitkowska SSO Bernard Chazan

Sygn. akt IA Cz 723/16

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 30 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy zabezpieczył roszczenie (...) S.A. przeciwko Grupie (...) S.A. o zaniechanie naruszania praw uprawnionego do programu telewizyjnego (...) oraz o zaniechanie niedozwolonych działań z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji tj. roszczenia o nakazanie Grupie (...) S.A. zaniechania rozpowszechniania bez zgody programu (...), a także utworów i przedmiotów praw pokrewnych zawartych w tym programie, na stronie internetowej obowiązanego dostępnej pod adresem internetowym (...) oraz jego podstronach poprzez rozpowszechnianie w serwisie (...) programu (...) w tym z wykorzystaniem aplikacji „videostar”, jak również linków, łączy lub przekierowań umożliwiających dostęp do tego programu, poprzez nakazanie Grupie (...) S.A. zaniechania rozpowszechniania programu (...) w serwisie (...) w jakikolwiek sposób, w tym z wykorzystaniem aplikacji „videostar”, jak również linków, łączy lub przekierowań umożliwiających dostęp do programu (...) przez okres sześciu miesięcy licząc od daty wydania postanowienia.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd wskazał, że (...) S.A. prowadzi działalność na rynku mediów, polegającą na tworzeniu i nadawaniu programów telewizyjnych, produkcji filmów i seriali, w związku z którą to działalnością

ponosi duże koszty nabywania praw autorskich i licencji. Głównym programem telewizyjnym uprawnionego jest (...), do którego nadań uprawniony posiada wyłączne prawa, jak również prawa pokrewne do artystycznych wykonań, fonogramów i wideogramów oraz prawa autorskie do własnych utworów emitowanych w ramach programu (...). W konsekwencji uprawniony posiada wyłączne prawo do korzystania z nadań programu (...) i przysługujących mu praw autorskich na wszelkich polach eksploatacji, jest również uprawniony do zakazania innym podmiotom korzystania z przedmiotów tych praw bez uiszczenia odpowiedniego wynagrodzenia na rzecz wnioskodawcy. Grupa (...) S.A. prowadzi natomiast działalność w obszarze mediów internetowych. Jest między innymi właścicielem serwisu internetowego (...), w ramach którego od dnia 1 października 2015 r. udostępnia – bez zgody uprawnionego – program (...) poprzez aplikację o nazwie „videostar”. Po uruchomieniu tej aplikacji i zalogowaniu się do konta (...) możliwe jest oglądanie programu (...) bez ograniczeń czasowych i bezpośrednio w serwisie (...) Rozpowszechniając ten program obowiązanemu uzyskuje korzyści kosztem uprawnionego, zwiększa bowiem liczbę użytkowników serwisu (...), co bezpośrednio przekłada się na wzrost wpływów z reklam. W ocenie Sądu wnioskodawca w dostatecznym stopniu uprawdopodobnił więc swe roszczenie, uwiarygodnił bowiem, że obowiązanemu w sposób bezprawny udostępnia program (...), pomimo iż podmiotem świadczącym samą usługę o nazwie „videostar” jest (...) sp. z o.o. Sąd miał na uwadze, że swobodny dostęp do reemitowanego w ramach tej usługi programu (...) uzyskać można bezpośrednio na w serwisie (...), po zalogowaniu się do konta w tym serwisie. Obowiązanemu wkracza tym samym w monopol uprawnionego, korzysta bowiem

z nadania programu (...) i emitowanych w jego ramach utworów poprzez publiczne udostępnianie programu (...) (rozpowszechnianie) w ramach serwisu(...). Bezprawne działanie obowiązanego może ponadto naruszać interes wnioskodawcy w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., wpływa bowiem na zmniejszenie liczby widzów programu (...) emitowanego tradycyjnym sposobem, skutkując tym samym zmniejszeniem dochodu uprawnionego z reklam. Wykazany został również interes prawny w uzyskaniu zabezpieczenia, okoliczności sprawy dają bowiem podstawę do przypuszczenia, że obowiązanemu będzie w dalszym ciągu udostępniał program (...), narażając tym samym uprawnionego na szkody praktycznie niemożliwe do powetowania. Sąd uznał jednak, że zabezpieczenie należało ograniczyć do okresu 6 miesięcy, gdyż bezterminowy zakaz stanowiłby nadmierne obciążenie dla obowiązanego

Wskazane postanowienie zostało zaskarżone przez obowiązanego w całości. Skarżący zarzucił Sądowi Okręgowemu:

- naruszenie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym przez błędne uznanie, że zamieszczenie w portalu (...) wirtualnego odnośnika do usługi videostar świadczonej przez (...) sp. z o. o. w W. może stanowić „publiczne udostępnianie” w rozumieniu dyrektywy, podczas gdy zamieszczenie takiego odnośnika nie powoduje powstania tzw. „nowej publiczności”,

- naruszenie art. 17 w zw. z art. 41 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 50 pkt 3), art. 86 ust. 1 pkt 2 lit. c) i ust. 3 i art. 92 w zw. z art. 41 ust. 1 pkt. 1) i art. 94 ust. 4 pkt. 4) i ust. 5 i art. 97 pkt. 3), pkt. 4), pkt. 7) oraz art. 79 ust. 1 pkt. 1) i art. 101 w zw. z art. 79 ust. 1 pkt. 1) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przez uznanie, że zamieszczenie w portalu (...) wirtualnego odnośnika do usługi videostar świadczonej przez (...) sp. z o. o. może stanowić naruszenie praw wyłącznych uprawnionego opisanych w tych przepisach, podczas gdy zamieszczenie (...) nie stanowi korzystania z utworu (czy też przedmiotu praw pokrewnych);

- naruszenie art. 3 i art. 18 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne uznanie, że zamieszczenie w portalu (...) wirtualnego odnośnika do usługi videostar świadczonej przez (...) sp. z o. o. może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy działanie polegające na zamieszczaniu odnośników do treści dostępnych na stronach osób trzecich nie jest działaniem bezprawnym ani naruszającym dobre obyczaje, a ogólnie przyjętą praktyką w sieci Internet,

- naruszenie art. 730¹ § 1, 2 i 3 kpc przez udzielenie zabezpieczenia w sytuacji, gdy uprawniony nie uprawdopodobnił roszczenia ani interesu prawnego, błędne uznanie, że niudzielenie zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu

postępowania w sprawie, udzielenie zabezpieczenia nieuwzględniającego interesów obowiązanego i obciążającego go ponad potrzebę,

- naruszenie art. 731 kpc przez udzielenie zabezpieczenia stanowiącego zaspokojenie roszczenia uprawnionego.

Obowiązany wniósł o zmianę postanowienia przez oddalenie wniosku o udzielenie zabezpieczenia, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie wniosku sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zażalenie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przedstawiony Sądowi materiał dowodowy daje bowiem dostateczne podstawy do uznania, że uprawdopodobnione zostało roszczenie wnioskodawcy zarówno na podstawie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: pr. aut.), jak i na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.).

Nie jest sporne, że uprawniona spółka zgodnie z przyjętą przez siebie strategią prowadzenia działalności nadawcy telewizyjnego nie transmituje programu o nazwie (...) w sieciach teleinformatycznych. Jako organizacji telewizyjnej, wnioskodawcy przysługuje wyłączne prawo do rozporządzania i korzystania ze swoich nagrań programów, m.in. w zakresie nadawania przez inną organizację radiową i telewizyjną, reemitowania i udostępniania ich utrwałeń w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (art. 97 pkt 3, 4 i 7 pr. aut.). Wydaje się, że obowiązany prawa tego nie neguje. Jego obrona przeciwko roszczeniom uprawnionego zasadza się zaś na następujących argumentach:

Po pierwsze, obowiązany dowodzi, że nie jest legitymowany biernie, gdyż nie administruje samodzielnie domeną (...), lecz administrowanie nią powierzył innej spółce, z którą jest powiązany kapitałowo.

Po drugie, podnosi, że jego działalność ogranicza się wyłącznie do zamieszczenia odnośnika do usługi (...), świadczonej przez podmiot trzeci (...) sp. z o.o., przy czym obowiązany zamieszcza tzw. embeda na stronie (...).pl na podstawie umowy o współpracy, którą zawarł z N.. Jego działalność nie stanowi zatem, zdaniem skarżącego, publicznego udostępniania nowej publiczności w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy.

Po trzecie, skarżący utrzymuje, że działalność spółki (...), polegająca na przesyłaniu programu (...) w sieciach teleinformatycznych jest zgodna z prawem, a to z uwagi na treść art. 43 i 43a ustawy o radiofonii i telewizji.

Wskazuje również, że wobec zgodności jego działalności z przepisami prawa autorskiego, nie zachodzi przesłanka bezprawności wymagana przez art. 3 u.z.n.k.

Odnosząc się do pierwszego z tych zarzutów trzeba podkreślić, że domena internetowa (...) została bezspornie zarejestrowana na rzecz obowiązanego. Fakt ten został udokumentowany wydrukiem z Krajowego Rejestru D.. Jako abonent domeny internetowej, obowiązany ma prawo do korzystania z niej zgodnie ze swoją wolą. W tym zakresie może zlecać poszczególne czynności, a nawet ogół zadań swoim pracownikom, a także podmiotom trzecim, dzieje się tak jednak każdorazowo z jego woli i na skutek jego własnych wyborów. Słusznie podnosi wnioskodawca, że to obowiązany, jako abonent domeny, ma uprawnienia i środki techniczne niezbędne do tego, aby zarządzać treściami umieszczanymi w domenie. Obowiązany nie zaprzeczył ponadto, że to on nadal administruje kontami pocztowymi w tej domenie, a więc w szczególności nadaje poszczególnym abonentom uprawnienia, które umożliwiają im nie tylko korzystanie z poczty w domenie (...).pl, ale także warunkują uzyskanie nieograniczonego czasowo dostępu do programu (...) w ramach usługi (...). To jemu, a nie spółce http sp. z o.o., przypadają zyski z prowadzenia domeny (...).pl. (...) to do wniosku, że usługodawcą w rozumieniu przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną pozostaje obowiązany, a nie podmiot, któremu na mocy dwustronnej umowy zlecił on część zadań. Spółce (...) nie przysługują żadne prawa z tytułu rejestracji domeny, w tym w szczególności uprawnienia skuteczne erga omnes, a jedynie w relacji dwustronnej z obowiązaną przysługują jej określone uprawnienia kontraktowe, które jednak

nie mogą prowadzić do ograniczenia odpowiedzialności obowiązanej za naruszenie praw osób trzecich działaniami podejmowanymi w tej domenie.

Reasumując, przyjęć należy, że została wykazana legitymacja bierna obowiązanej w tej sprawie.

Sąd Apelacyjny uznał także, iż roszczenie wnioskodawcy zostało uprawdopodobnione w stopniu wymaganym w postępowaniu zabezpieczającym.

Ostateczne przesądzenie, czy dochodzi do publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE wymaga przeprowadzenia dalszego postępowania dowodowego już w postępowaniu rozpoznawczym. Niewykluczone, że po ustaleniu, jak technicznie przebiega udostępnianie programu (...) przez obowiązane w systemach teleinformatycznych, zajdzie potrzeba zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym o wykładnię art. 3 ust. 1 i ust. 2 dyrektywy, w szczególności oceny, czy mieści się w definicji publicznego udostępniania udostępnianie takie, jak oferowane przez pozwanego, który nie tylko obrał określone rozwiązanie techniczne, ale uzależnia dostęp do programu (...) od zarejestrowania się użytkownika w poczcie domeny (...). Zarówno konieczność zarejestrowania się w poczcie domeny (co tworzy dla pozwanego bazę osób, do których kierowane są następnie reklamy zlecane pozwanemu odpłatnie przez inne podmioty), jak i fakt, że transmisja poprzedzana jest reklamami nie pochodzącymi od (...) nakazują rozważyć, czy mamy tu do czynienia z prostym „linkowaniem”, czy też w rzeczywistości z bezprawnym, naruszającym prawa autorskie lub pokrewne uprawnionego oferowaniem płatnej usługi (co do rozumienia pojęcia „płatnej usługi” por. wyrok TSUE z 11.09.2014 r., C-291/13).

Na tym etapie strony spierają się jednak zarówno co do samej definicji embeddingu, jak i co do tego, czy działania pozwanej w tym pojęciu się mieszczą. Wyjaśnienie tej kwestii wykracza poza ramy postępowania zabezpieczającego. Nie jest też możliwe ustalenie w ramach postępowania zabezpieczającego, w którym zasadą jest orzekanie na podstawie już zgromadzonych dowodów, różnic i podobieństw między technicznym rozwiązaniem stosowanym przez obowiązane a framingiem i innymi typami tzw. linków (hiperłączy), do których odnosi się dotychczasowe orzecznictwo TSUE. Ustalenie tych różnic, szczególnie wobec sprzecznych stanowisk stron, może wymagać wiadomości specjalnych i uzasadniać powołanie biegłego z zakresu informatyki.

Na tym etapie można jedynie wskazać, że dotychczasowe wypowiedzi TSUE w powołanych przez obowiązane orzeczeniach S. (C-466/12) i BestWater (C-348/13), a także opinia rzecznika generalnego w oczekującej na rozstrzygnięcie sprawie GS M. (C-160/15), wskazujące na to, że link nie wypełnia definicji czynności publicznego udostępnienia, dotyczyły spraw, w których uzyskanie dostępu do treści znajdujących się w innej domenie wymagało wyłącznie „kliknięcia” na link. Ani domena docelowa, ani domena, na której zamieszczono link, nie wymagały od internauty zalogowania się w celu uzyskania pełnego dostępu do „zlinkowanych” treści.

Inaczej już oceniona została sprawa, w której link pozwalał obejść obowiązek zapłaty za transmisję internetową rozgrywek sportowych. Taki stan faktyczny był przedmiotem oceny Trybunału w sprawie C-279/13, C-More Entertainment, wyrok z 26 marca 2015 r. W tym orzeczeniu TS stwierdził, że: „Dyrektywa 2006/115 przyznaje państwom członkowskim możliwość ustanowienia w odniesieniu do nadawania oraz udostępniania publicznego programów dokonywanego przez organizacje nadawcze dalej sięgającej ochrony niż ta, która powinna zostać wprowadzona zgodnie z art. 8 ust. 3 tej dyrektywy. Możliwość taka oznacza, że państwa członkowskie mogą przyznać organizacjom nadawczym wyłączne prawo zezwalania lub zakazywania czynności publicznego udostępniania ich programów dokonywanych na warunkach, które różnią się od przewidzianych w tym art. 8 ust. 3, a w szczególności programów, do których osoby postronne mają dostęp w wybranym przez siebie miejscu, przy czym prawo takie - jak przewiduje to art. 12 dyrektywy 2006/115 - nie może naruszać w żaden sposób ochrony prawa autorskiego.

Wynika z tego, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że nie narusza on tej - uznanej w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2006/115 w związku z motywem 16 tejże dyrektywy - możliwości przyznawania organizacjom nadawczym wyłączonego prawa zezwalania lub zakazywania czynności publicznego udostępniania ich programów, pod warunkiem że taka ochrona nie narusza ochrony prawa autorskiego.” (motyw 35 i 36 wyroku)

Jak wynika z materiału przedstawionego w postępowaniu zabezpieczającym, w tej sprawie pełny dostęp do treści oferowanych przez aplikację „videostar” wymaga nie tylko użycia linka, ale także dokonania rejestracji użytkownika w poczcie domeny(...) Według zgodnych twierdzeń stron, także N. w przypadku bezpośredniego wejścia na stronę (...), wymaga zalogowania się w celu uzyskania nieograniczonego czasowo dostępu do programu (...). Bez rejestracji program dostępny jest tylko przez kilka minut.

Kolejną różnicą jest to, że w powołanych przez obowiązanego postępowaniach prejudycjalnych pozwani zamieszczali na swoich stronach linki do domen prowadzonych przez podmioty trzecie, z którymi nie wiązały ich relacje zobowiązaniowe. W tej sprawie spółkę obowiązaną i N. łączy umowa o współpracy, dotycząca działań gospodarczych podejmowanych przez obowiązaną w celu oferowania za pośrednictwem domeny (...).pl (...) spółki (...), tj. aplikacji „videostar” udostępniającej program (...). Powstaje zatem potrzeba oceny, czy nie zachodzi w rzeczywistości współsprawstwo obu podmiotów.

Jest bezsporne, że w każdym przypadku zarówno N., jak i obowiązana uzależniają możliwość uzyskania pełnego dostępu do programu (...) w aplikacji videostar od zalogowania się użytkownika albo do portalu videostar, albo do poczty w domenie (...).pl (...), że dostęp do oferty N. wymusza rejestrację użytkownika, wydaje się być istotny dla oceny, czy obowiązana jest podmiotem publicznie udostępniającym program (...) nowej publiczności w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy. Rozważyć bowiem trzeba, że obowiązana udostępnia program (...) m.in. tym internautom, którzy mogą nie być zainteresowani zalogowaniem się na portalu videostar, ale są skłonni założyć konto pocztowe w domenie obowiązanej w celu uzyskania możliwości oglądania programu telewizyjnego uprawnionej w Internecie.

Wydaje się tracić na znaczeniu, w okolicznościach tej sprawy, argument rzecznika generalnego w sprawie C-160/15, który wskazał, że co do zasady internauci nie wiedzą, czy pierwotne publiczne udostępnienie utworu zostało dokonane za zezwoleniem podmiotu praw autorskich i nie dysponują środkami dla zweryfikowania tej kwestii. Gdyby zatem byli narażeni na ryzyko związane z powództwem o naruszenie praw autorskich na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy za każdym razem, kiedy umieszczają hiperłącze do utworów ogólnie dostępnych na innej stronie internetowej, staliby się znacznie bardziej ostrożni z umieszczaniem tych hiperłączy, ze szkodą dla prawidłowego funkcjonowania i „architektury” tak Internetu, jak i rozwoju społeczeństwa informacyjnego (teza 78 opinii).

W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny zważył jednak, że skoro obowiązany podjął współpracę gospodarczą z N., której przedmiotem jest oferowanie w Internecie wskazanego programu telewizyjnego, to niewątpliwie miał możliwość uzyskania od swojego kontrahenta stosownych informacji i dokumentów, na podstawie których mógł i powinien, jako profesjonalista na rynku mediów, samodzielnie ocenić, czy podjęta współpraca nie łączy się z łamaniem praw własności intelektualnej nadawcy programu telewizyjnego.

Ponadto nie można zapominać, że wszystkie powołane przez obowiązaną orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości odnoszą się wprost do praw autorskich (przedmiotem ochrony w powołanych wyżej trzech sprawach były kolejno: artykuły prasowe, film reklamowy i fotografie), w niniejszej sprawie głównym przedmiotem ochrony jest zaś prawo pokrewne do nadań.

W sytuacji, gdy podmiotem zamieszczającym program uprawnionej w Internecie jest N. – osoba trzecia z punktu widzenia postępowania zabezpieczającego, uznać trzeba, że nie rozwiewa wszystkich wątpliwości w sprawie (...) przeciwko Wirtualnej Polsce powołane przez uprawnioną orzeczenie TS z 7 marca 2013 r., ITV Broadcasting przeciwko TV Catchup (C- 607/11). Ponieważ jednak odnosiło się ono do retransmisji w Internecie naziemnego przekazu telewizyjnego, może być pomocne dla dokonania prounijnej wykładni przepisów krajowych regulujących sytuację prawną stron tego sporu. W tym wyroku Trybunał Sprawiedliwości wskazał, co następuje:

„Zważywszy, że podanie utworów do wiadomości poprzez retransmisję w Internecie naziemnego przekazu telewizyjnego jest dokonywane stosownie do szczególnego technicznego sposobu przekazu, który różni się od sposobu przekazu pierwotnego udostępnienia, musi być ono zostać uznane za „udostępnienie” w rozumieniu art. 3 ust. 1

dyrektywy 2001/29. W konsekwencji taka retransmisja nie może być zwolniona z konieczności uzyskania zezwolenia autorów retransmitowanych utworów, ponieważ są one publicznie udostępniane.” (motyw 26)

Trybunał uznał, że każdy z dwóch rodzajów transmisji wymaga indywidualnego i odrębnego zezwolenia uprawnionych autorów, ponieważ każda z nich jest dokonywana w szczególnych warunkach technicznych, stosownie do odmiennego sposobu transmisji utworów chronionych i każda jej przeznaczona dla pewnej publiczności (motyw 39 wyroku).

Posługując się wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 15 marca 2016 r., w sprawie VI SA/Wa 22/16, dotyczącym udostępnienia w Internecie przez (...) sp. z o.o. programu telewizyjnego P., obowiązany dowodzi, że także nadawanie w Internecie programu (...) przez spółkę (...) jest legalne. Należy jednak podkreślić, że nie przedstawiono analogicznego orzeczenia, które zapadłoby w odniesieniu do spółek (...).

Przewidziany w art. 43 i 43a ustawy o radiofonii i telewizji obowiązek rozprowadzania niektórych programów ma podstawy w art. 31 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej). Powstaje jednak, w ocenie Sądu Apelacyjnego, problem interpretacji przepisów krajowych implementujących tę dyrektywę, tak aby dokonywana wykładnia była zgodna nie tylko z dyrektywą o usłudze powszechnej, ale też nie naruszała unijnych dyrektyw z dziedziny prawa autorskiego.

Wykładnia art. 43 i 43a rodzi zatem pewne wątpliwości. W doktrynie wyrażono pogląd, że art. 43a ust. 2 wyraźnie wskazuje, że wniosek o udostępnienie programu w celu rozprowadzania przysługuje tylko operatorowi rozprowadzającemu programy w sieci telekomunikacyjnej, zaś nie dotyczy to operatorów rozprowadzających programy w systemie teleinformatycznym (Komentarz do ustawy o radiofonii i telewizji pod red. St. Piątka, Warszawa 2014). Odmiennie stanowisko zajmuje Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, natomiast brak jeszcze na tę chwilę wypowiedzi Naczelnego Sądu Administracyjnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego samo brzmienie obu artykułów nie wyklucza odmiennej interpretacji niż przyjęta przez WSA w powyższym wyroku. Rozważenia wymaga natomiast w tym przypadku kwestia, czy prywatny, komercyjny nadawca nadający ogólnodostępny program telewizyjny, który sam nie udostępnia swojego programu w Internecie, może być zmuszony na podstawie art. 43a ustawy o radiofonii i telewizji do wyrażenia zgody nieodpłatnie na reemisję tego programu w Internecie przez podmiot trzeci. Czy takie ograniczenie jego uprawnień rzeczywiście będzie proporcjonalne i uzasadnione celami art. 31 dyrektywy o usłudze powszechnej, a jednocześnie zgodne z dyrektywą 2001/29/WE.

Warto zauważyć, że pozostałe sposoby reemisji, których dotyczą art. 43 i 43a ustawy o radiofonii i telewizji, generalnie przeznaczone są dla widza oglądającego telewizję w sposób tradycyjny, a krąg tradycyjnych odbiorców telewizji nie pokrywa się w pełni z kręgiem odbiorców Internetu. Zauważyć też trzeba, że w przypadku tradycyjnych rodzajów reemisji program pochodzący od nadawcy przekazywany jest bez jakiegokolwiek ingerencji w jego treść, tymczasem w rozpoznawanej sprawie rozpoczęcie nadawania programu (...) poprzedzają reklamy nie pochodzące od tej stacji.

Wobec tego, zakładając nawet, że sama reemisja programu (...) przez N. mogłaby być legalna, to rozważyć trzeba, czy sposób, w jaki N. realizuje swoje uprawnienie nie pozbawia jego działań legalności. To rzutuje zaś także na ocenę działalności obowiązanego, który współpracuje z N. na podstawie zawartej umowy.

Nie wydaje się być zgodne z wolą ustawodawcy, aby operator dokonujący reemisji, niezobowiązany do jakichkolwiek opłat licencyjnych na rzecz nadawcy i bez uzgodnienia z nadawcą mógł zastosować takie rozwiązanie techniczne, dzięki któremu każda internetowa reemisja poprzedzona jest reklamami nadawanymi przez tego operatora.

Wątpliwe jest też, szczególnie w świetle wyżej powołanego wyroku w sprawie C- 607/11, stanowisko obowiązanego, że zasada „must carry - must offer” obliuguje (...) S.A., czyli komercyjnego, prywatnego nadawcę tradycyjnej telewizji, który podjął decyzję o tym, że jego program nie będzie dostępny w sieci, do znoszenia faktu reemitowania tego programu w Internecie przez inny podmiot.

Przede wszystkim jednak art. 43a ustawy o radiofonii i telewizji nie przewiduje samodzielnych działań operatora, gdy nadawca nie udostępnia mu sygnału. Nie legalizuje swoistej dozwolonej samopomocy operatora, lecz wskazuje określony tryb postępowania administracyjnego w przypadku, gdy podmiot określony w art. 43 ust. 1 nie wykonuje obowiązku nieodpłatnego udostępniania programu. Obowiązana nie twierdzi natomiast ani nie przedstawiła dowodu, że (...) S.A. udostępnia program (...) spółce (...); uprawdopodobniono zatem, że działania N. z tym zakresie są samowolne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, suma powyższych okoliczności nakazuje uznać, że wnioskodawca uprawdopodobnił, iż strona obowiązana, współpracując z N. w opisanym wyżej procederze, narusza jego prawa, w szczególności prawo do nadań.

Zdaniem Sądu uprawdopodobnione są także roszczenia o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, na tym etapie sprawy uznać trzeba za uprawdopodobnione, że doszło do naruszenia praw pokrewnych, co jest działaniem bezprawnym. Po drugie, art. 3 u.z.n.k. wymaga sprzeczności z prawem lub zasadami współzycia społecznego. Gdyby zatem nawet dalsze rozważania w postępowaniu rozpoznawczym przedstawionych wyżej kwestii dotyczących prawa autorskiego oraz ustawy o radiofonii i telewizji, miały doprowadzić ostatecznie do wniosku o braku naruszenia art. 97 pr. aut. i pozostałych wskazanych przez wnioskodawcę przepisów tej ustawy, nie będzie to oznaczało automatycznie, że nie doszło także do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem również działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Należy uznać za uprawdopodobnione, że działania obowiązanej są sprzeczne z zasadą uczciwości w prowadzeniu działalności gospodarczej. Zmierzają one bowiem do osiągnięcia zysku z wysiłku finansowego poniesionego przez uprawnionego. Obowiązana bez zgody uprawnionego wykorzystuje jego program do tego, aby zwiększyć zainteresowanie własną domeną internetową, a także zwiększyć pulę osób, które założą konto pocztowe w tej domenie, co będzie miało wprost przełożenie na zyski obowiązanej uzyskiwane z reklam.

Przekonujące jest też stanowisko uprawnionego, że oferując program w Internecie obowiązana może uzyskać taki skutek, że część odbiorców programu (...) zrezygnuje z jego odbioru w sposób tradycyjny, co przełożyć się może na zyski uprawnionej z reklam telewizyjnych, gdyż spadek oglądalności znajdzie odzwierciedlenie w wynikach badań telemetrycznych. Obie spółki można uznać za przedsiębiorstwa konkurujące ze sobą na rynku usług medialnych. Musi być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego postępowanie obowiązanej, który zamiast zdobywać zainteresowanie internautów własnym wysiłkiem i nakładami finansowymi - poprzez poprawianie własnej oferty, tak aby internauci uznali ją za interesującą, wykorzystuje gotowy produkt uprawnionego bez jego zgody i bez jakiegokolwiek ekwiwalentu, po to, aby zwiększyć ilość „kliknięć” we własnej domenie oraz zyskać kolejnych abonentów usług poczty internetowej, przez co wzrasta jego własna atrakcyjność na rynku reklamowym.

Wobec tego uznać trzeba, że uprawniony uprawdopodobnił swoje roszczenie także w ramach drugiej ze wskazanych podstaw prawnych.

Uprawdopodobniony jest też interes prawny uprawnionego w zabezpieczeniu roszczenia. Trwający stan naruszenia praw może bowiem zwiększać jego szkodę, będącą wynikiem deliktu, tj. ograniczać wpływy z reklam, a w dłuższej perspektywie prowadzić nawet do trwałej zmiany zachowań części telewidzów, którzy do tej pory odbierali program (...) wyłącznie w tradycyjny sposób.

Bezpodstawne są także pozostałe zarzuty zażalenia. Zapewnienie uprawnionemu należytej ochrony niewątpliwie wymagało zastosowania środków orzeczonych przez Sąd Okręgowy, tylko one mogą bowiem skutecznie zapobiec narastaniu opisanej wyżej szkody. Nie mógł być także skutecznie podniesiony zarzut naruszenia art. 731 k.p.c., gdyż możliwość zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych przez uregulowanie praw i obowiązków stron na czas trwania postępowania wynika wprost z art. 755 § 1 pkt. 1 k.p.c.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. O kosztach postępowania orzeknie Sąd I instancji w orzeczeniu kończącym postępowanie rozpoznawcze, stosownie do art. 745 § 1 k.p.c.

SSA Maciej Dobrzyński SSA Marzena Konsek-Bitkowska SSO Bernard Chazan

Z.: odpis postanowienia wraz z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron (niezaskarżalne).