



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 16. srpnja 2020.¹

Spojeni predmeti C-682/18 i C-683/18

Frank Peterson
protiv
Google LLC,
YouTube LLC,
YouTube Inc.,
Google Germany GmbH (C-682/18)
i
Elsevier Inc.
protiv
Cyando AG (C-683/18)

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Intelktualno vlasništvo – Autorsko pravo i srodna prava – Direktiva 2001/29/EZ – Članak 3. – Priopćavanje javnosti – Pojam – Objavljivanje zaštićenih djela na internetskim platformama koje izvršavaju korisnici tih platformi bez prethodnog odobrenja nositelja prava – Nepostojanje primarne odgovornosti operatera tih platformi – Sekundarna odgovornost tih operatera za povrede autorskog prava koje su počinili korisnici njihovih platformi – Pitanje koje ne spada u područje primjene članka 3. Direktive 2001/29 – Direktiva 2000/31/EZ – Članak 14. – Oslobodenje od odgovornosti za davatelje koji pružaju ‚uslugu informacijskog društva [koja se] sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge’ – Pojam – Mogućnost navedenih operatera da ih se oslobodi od odgovornosti koja može proizlaziti iz informacija koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi – Uvjeti za ostvarenje prava na to oslobodenje od odgovornosti – Članak 14. stavak 1. točka (a) – Pojmovi ‚stvarn[o] znanj[e] o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji’ i ‚[znanje o] činjenic[ama] ili okolnost[ima] iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija’ – Konkretna nezakonita informacije – Članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29/EZ – Sudski nalozi protiv posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava – Uvjeti za podnošenje zahtjeva za izdavanje takvog sudskog naloga”

Sadržaj

I. Uvod	3
II. Pravni okvir	4

¹ Izvorni jezik: francuski

A. Direktiva 2000/31	4
B. Direktiva 2001/29	4
III. Glavni postupci	5
A. Predmet C-682/18.....	5
1. YouTube	5
2. Tužba F. Petersona	7
B. Predmet C-683/18.....	8
1. Uploaded.....	8
2. Elsevierova tužba	8
IV. Prethodna pitanja i postupak pred Sudom	9
V. Analiza	11
A. Pojam „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 (prva pitanja)	14
1. Činjenica da operateri platformi kao što su YouTube i Cyando načelno ne obavljaju radnje „priopćavanja javnosti”	16
2. Činjenica da se člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 ne uređuje sekundarna odgovornost osoba kojom se trećim stranama olakšava obavljanje nezakonitih radnji „priopćavanja javnosti”	23
3. Podredno, olakšavaju li namjerno operateri kao što su YouTube i Cyando obavljanje nezakonitih radnji trećim stranama	26
B. Područje primjene oslobođenja od odgovornosti predviđenog člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31 (druga pitanja)	31
C. Uvjet oslobođenja koji se odnosi na nepostojanje znanja ili svjesnosti o nezakonitoj informaciji iz članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31 (treća pitanja)	39
D. Uvjeti za podnošenje zahtjeva za izdavanje sudske naloga protiv posrednika u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 (četvrta pitanja)	44
E. Podredno, pojam „počinitelj povrede” u smislu članka 13. Direktive 2004/48 (peta i šesta pitanja)	49
F. Činjenica da se ciljem visoke razine zaštite autorskog prava ne opravdava različito tumačenje direktiva 2000/31 i 2001/29	50
VI. Zaključak	56

I. Uvod

1. Ove zahtjeve za prethodnu odluku uputio je Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka). Odnose se na tumačenje Direktive 2000/31/EZ o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini)², Direktive 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu³ i Direktive 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva⁴.

2. Ti su zahtjevi podneseni u okviru dvaju sporova. U prvom sporu, Frank Peterson, glazbeni producent, podnosi tužbu protiv društva YouTube LLC i njegova društva majke Google LLC u pogledu objave, na platformi za razmjenu videozapisa YouTube, nekoliko fonograma za koje tvrdi da na njih ima prava, što su učinili korisnici te platforme bez odobrenja F. Petersona. U drugom sporu, Elsevier Inc., izdavačka grupacija, podnosi tužbu protiv društva Cyando AG u pogledu objave, na platformi za smještaj informacija i dijeljenje datoteka Uploaded, kojom upravlja potonje društvo, različitih djela na koje Elsevier ima isključiva prava, što su učinili korisnici te platforme bez njegova odobrenja.

3. Šest pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev u svakom od svojih zahtjeva za prethodnu odluku odnose se na izrazito osjetljivo pitanje odgovornosti operatera internetskih platformi u pogledu djela zaštićenih autorskim pravom koja su na tim platformama nezakonito objavili njihovi korisnici.

4. Priroda i opseg te odgovornosti ovisi, među ostalim, o tumačenju članka 3. Direktive 2001/29, kojim se autorima priznaje isključivo pravo priopćavanja svojih djela javnosti i članka 14. Direktive 2000/31, na temelju kojeg se posredni davatelji usluga mogu osloboditi od odgovornosti u pogledu informacija koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih usluga. U ovim se predmetima stoga poziva Sud da osobito pojašni primjenjuje li se prva odredba na te operatore platformi, mogu li se oni pozvati na drugu odredbu te međusoban odnos tih odredbi.

5. U pogledu tog pitanja postoje velike razlike u mišljenjima. Neki smatraju da internetske platforme omogućuju povrede velikih razmjera, od kojih njihovi operateri ostvaruju dobit na štetu nositelja prava, čime bi se opravdalo nalaganje značajnih obveza da nadziru sadržaj koji korisnici njihovih platformi na njima objavljuju. Drugi smatraju da bi nalaganje tim operaterima sličnih obveza nadzora znatno utjecalo na njihovu djelatnost, kao i na prava tih korisnika te bi ograničilo slobodu izražavanja i stvaralaštva na internetu.

6. Te su razlike dosegnele vrhunac na raspravama u pogledu Direktive (EU) 2019/790 o autorskom pravu i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ⁵, koju je donio zakonodavac Unije. Člankom 17. te nove direktive predviđa se, u pogledu operatera kao što je YouTube, poseban sustav odgovornosti za djela koja su korisnici njihovih platformi nezakonito objavili. Pojašnjavam ipak da ta direktiva, koja je stupila na snagu tijekom ovih prethodnih postupaka, nije primjenjiva na glavne postupke. Stoga o tim predmetima treba odlučiti s obzirom na pravni okvir koji prethodi toj direktivi, neovisno o rješenjima koja je zakonodavac Unije upravo donio.

2 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. (SL 2000., L 178, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 39., str. 58.)

3 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. (SL 2001., L 167, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 119.)

4 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. (SL 2004., L 157, str. 45.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 2., str. 74.)

5 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. (SL 2019., L 130, str. 92. i ispravak SL 2019., L 134, str. 25.)

7. U ovom mišljenju predložit ću Sudu da odluči da operateri platformi kao što su YouTube i Cyando načelno ne obavljaju radnje „priopćavanja javnosti”, u smislu članka 3. Direktive 2001/29, te stoga nisu izravno odgovorni za povredu te odredbe kad njihovi korisnici nezakonito objavljuju zaštićena djela. Objasniti ću i zašto se te operatore načelno može osloboditi od odgovornosti kako je predviđeno u članku 14. Direktive 2000/31, pod uvjetima koje ću pojasniti. Naposljetku, objasniti ću da nositelji prava mogu ishoditi, na temelju prava Unije, sudske naloge protiv navedenih operatera, na temelju kojih im se mogu naložiti nove obveze, čije ću uvjete pojasniti.

II. Pravni okvir

A. Direktiva 2000/31

8. Odjeljak 4. Direktive 2000/31, naslovljen „Odgovornost posrednih davatelja usluga”, uključuje članke 12. do 15. te direktive.

9. Člankom 14. navedene direktive, naslovljenim „Smještaj informacija na poslužitelju („hosting”)”, određuje se:

„1. Kad se pružena usluga informacijskog društva sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge, države članice moraju osigurati da davatelj usluge nije odgovoran za informacije pohranjene na zahtjev primatelja usluge, pod uvjetom:

(a) da davatelj nema stvarnog znanja o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji i, u pogledu zahtjeva za naknadu štete, ne zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija;

ili

(b) da davatelj, odmah po dobivanju takvog saznanja ili spoznaje žurno djeluje kako bi uklonio te informacije ili onemogućio pristup informacijama.

2. Stavak 1. se ne primjenjuje kada primatelj usluge djeluje pod nadležnošću ili kontrolom davatelja usluga.

3. Ovaj članak ne utječe na mogućnost da sud ili upravno tijelo, u skladu s pravnim sustavom države članice, od davatelja usluge zahtijeva okončanje ili sprečavanje prekršaja i ne utječe na mogućnost da država članica utvrdi postupke kojima se uređuje uklanjanje ili onemogućavanje pristupa informacijama.”

10. Člankom 15. te direktive, naslovljenim „Nepostojanje obveze praćenja”, u njegovu stavku 1., predviđa se:

„Države članice ne mogu uvesti opću obvezu za davatelje usluga da pri pružanju usluga iz članaka 12., 13., i 14. prate informacije koje prenose ili pohranjuju niti opću obvezu da aktivno traže činjenice ili okolnosti koje bi ukazivale na protuzakonite aktivnosti.”

B. Direktiva 2001/29

11. U uvodnoj izjavi 27. Direktive 2001/29 određuje se da „[s]amo opskrba materijalnim uređajem za priopćavanje nije sama po sebi priopćavanje u smislu ove Direktive.”

12. U članku 3. te direktive, naslovljenom „Pravo priopćavanja autorskog djela javnosti i pravo stavljanja drugih predmeta zaštite na raspolaganje javnosti”, određuje se:

„1. Države članice moraju predvidjeti autorima isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za svako priopćavanje njihovih djela javnosti, žicom ili bežičnim putem, uključujući stavljanje njihovih djela na raspolaganje javnosti tako da im pripadnici javnosti mogu pristupiti s mjesta i u vrijeme koje sami odaberu.

2. Države članice moraju predvidjeti isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za stavljanje na raspolaganje javnosti, žicom ili bežičnim putem, tako da im pripadnici javnosti mogu pristupiti s mjesta i u vrijeme koje sami odaberu:

(a) umjetnicima izvođačima, fiksacija njihovih izvedbi;

(b) proizvođačima fonograma, njihovih fonograma;

[...]

3. Prava iz stavaka 1. i 2. ne iscrpljuju se bilo kojom radnjom priopćavanja javnosti ili stavljanja na raspolaganje javnosti određenom ovim člankom.”

13. Člankom 8. navedene direktive, naslovljenim „Sankcije i pravna sredstva”, u njegovu stavku 3., predviđa se da „[d]ržave članice osiguravaju nositeljima prava mogućnost podnošenja zahtjeva za izdavanje sudske nagode protiv posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava”.

III. Glavni postupci

A. Predmet C-682/18

1. YouTube

14. YouTube je internetska platforma kojom upravlja istoimeno društvo, čiji je Google jedini član i zakonski zastupnik. Ta platforma, koja se sastoji od različitih internetskih stranica i aplikacija za pametne uređaje, omogućuje svojim korisnicima razmjenu videozapisa na internetu.

15. Za objavljivanje videozapisa na YouTubeu, potrebno je napraviti račun, s korisničkim imenom i lozinkom, te prihvatiti opće uvjete korištenja tom platformom. Korisnik koji nakon što se na taj način registrirao objavi videozapis može odabrati hoće li ga staviti u „privatni” način rada ili ga objaviti na platformi. U drugom slučaju predmetni videozapis može se pregledavati u kontinuiranom prijenosu (*streaming*) na navedenoj platformi i svaki korisnik interneta može ga dijeliti te ga drugi registrirani korisnici mogu komentirati. Registrirani korisnici mogu i stvarati „kanale” koji objedinjuju njihove videozapise.

16. Objavljivanje videozapisa na toj platformi provodi se automatski bez prethodnog pregledavanja ili kontrole Googlea ili YouTubea. Na taj se način na toj platformi objavljuje gotovo 35 sati videozapisa u minuti⁶, što predstavlja nekoliko stotina tisuća videozapisa dnevno.

⁶ Tu je brojku žalbeni sud utvrdio u glavnom predmetu. Google pak navodi brojku od 400 sati videozapisa u minuti.

17. YouTube ima funkciju pretraživanja i priprema rezultate pretraživanja u obliku, među ostalim, procjene relevantnosti videozapisa, koja je svojstvena korisnikovoj regiji. Rezultat te procjene sažima se na početnoj stranici u obliku rubrika „videozapisi koji se trenutačno gledaju”, „preporučeni videozapisi” i „videozapisi u trendu”. YouTube indeksira dostupne videozapise i kanale u rubrike kao što su „zabava”, „glazba” ili „filmovi i animirani filmovi”. Osim toga, ako se registrirani korisnik koristi platformom, prikazuje mu se pregled „preporučenih videozapisa”, koji osobito ovisi o videozapisima koje je potonji korisnik prethodno pogledao.

18. YouTube svojom platformom ostvaruje, posebice, prihode od oglašavanja. Mrežni oglasi trećih oglašivača tako se pojavljuju na margini početne stranice te platforme. K tomu, oglasi se prikazuju u određenim videozapisima, što pretpostavlja sklapanje posebnog sporazuma između dotičnih korisnika i YouTube-a.

19. U skladu s YouTubeovim općim uvjetima korištenja svaki korisnik daje toj platformi svjetsku, neisključivu i besplatnu licenciju na videozapise koje objavljuje, sve dok ih se ne ukloni s platforme, za korištenje, reproduciranje, distribuciju, izradu izvedenih djela, izlaganje i izvođenje u pogledu stavljanja na raspolaganje platforme i aktivnosti YouTubea, uključujući oglašavanje.

20. Prihvaćanjem tih općih uvjeta korisnik potvrđuje da ima sva prava, sporazume, odobrenja i licencije koji su potrebni za videozapise koje objavljuje. Osim toga, YouTube poziva korisnike svoje platforme, u rubrici „Smjernice zajednice”, da poštuju autorsko pravo. K tomu, te se korisnike prilikom svakog objavljivanja obavještava da se na platformi ne može objaviti nijedan videozapis kojim se povređuje to pravo.

21. YouTube je uveo različite tehničke mjere kako bi zaustavio i spriječio povrede na svojoj platformi. Svatko mu može prijaviti nezakoniti videozapis u pisanom obliku, telefaksom, porukom elektroničke pošte ili ispunjavanjem mrežnog obrasca. Napravljen je gumb za prijavu s pomoću kojeg se neprimjereni sadržaji ili sadržaji kojima se nanosi povreda mogu prijaviti. Nositelji prava imaju i mogućnost, primjenom posebnog postupka upozorenja, ukloniti s platforme do deset videozapisa koji se konkretno osporavaju, navođenjem odgovarajućih internetskih adresa (URL).

22. K tomu, YouTube je uspostavio program za provjeru sadržaja (*Content Verification Program*). Taj je program namijenjen poduzetnicima koji su se registrirali u tu svrhu, a ne pojedincima. Navedeni program nudi dotičnim nositeljima prava različita sredstva koja im omogućuju da lakše nadziru korištenje njihovim djelima na platformi. Ti nositelji prava osobito mogu izravno na popisu videozapisa označiti one videozapise koji, prema njihovu mišljenju, povređuju njihova prava. Ako je onemogućen pristup videozapisu zbog takve prijave, korisnika koji ga je objavio upozorava se da će se njegov račun blokirati u slučaju ponovne prijave. YouTube nositeljima prava koji sudjeluju u tom programu stavlja na raspolaganje i softver za prepoznavanje sadržaja, koji se naziva „Content ID” i koji je razvio Google, a koji je namijenjen automatskom otkrivanju videozapisa u kojima se koristi njihovim djelima. U tom pogledu, u skladu s Googleovim objašnjenjima, nositelji prava trebaju dostaviti YouTubeu referentne audiodatoteke ili videodatoteke kako bi se utvrdila predmetna djela. Content ID stvara „digitalne otiske” od tih datoteka, koji se čuvaju u bazi podataka. Content ID automatski skenira svaki videozapis objavljen na YouTubeu i uspoređuje ga s tim „otiscima”. Taj softver u tom okviru može prepoznati videozapis i audiozapis, uključujući i melodije kad su preuzete ili ih se imitira. Kad se otkrije podudarnost, dotični nositelji prava automatski se obavještavaju. Potonji nositelji prava mogu onemogućiti pristup predmetnim videozapisima. Podredno, mogu odlučiti pratiti korištenje tim videozapisima na YouTubeu s pomoću statistike posjećenosti. Mogu i odabrati da unovče navedene videozapise prikazivanjem oglasa u njima ili ostvariti dio prihoda od oglasa koji su prethodno uneseni u te videozapise na zahtjev korisnika koji su ih objavili.

2. Tužba F. Petersona

23. Pjesme s albuma *A Winter Symphony* umjetnice Sarah Brightman, kao i privatni tonski zapisi koji su snimljeni tijekom koncerata na njezinoj turneji „Symphony Tour”, popraćeni nepomičnim ili pomičnim slikama, na YouTubeu je 6. i 7. studenoga 2008. objavilo nekoliko korisnika te platforme.

24. F. Peterson, koji se poziva na autorsko pravo i srodna prava koja ima na predmetne pjesme i zapise⁷, uputio je 7. studenoga 2008. dopis društvu Google Germany GmbH te je u biti naložio tom društvu, kao i Googleu da uklone sporne videozapise pod prijetnjom sankcija. U tu je svrhu F. Peterson dostavio snimke zaslona tih videozapisa. YouTube je na temelju tih snimaka zaslona ručno utvrdio internetske adrese (URL-ove) navedenih videozapisa te im je onemogućio pristup. Stranke glavnog postupka ipak se ne slažu u pogledu opsega tih mjera kojima se onemogućuje pristup.

25. Tonski zapisi koncerata Sare Brightman, popraćeni nepomičnim ili pomičnim slikama, 19. studenoga 2008. ponovno su bili dostupni na YouTubeu.

26. F. Peterson zatim je podnio tužbu, među ostalim⁸ protiv Googlea i YouTubea, Landgerichtu Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka). U tom okviru F. Peterson u biti je podnio zahtjev za izdavanje naloga za prestanak povrede kojim se tim društvima zabranjuje da javnosti na raspolaganje stavljaju 12 tonskih zapisa ili izvedbi preuzetih s albuma *A Winter Symphony* i 12 djela ili izvedbi preuzetih s koncerata na turneji „Symphony Tour” ili, podredno, da omogućuju trećim stranama da to čine. F. Peterson zatražio je i da mu se dostave podaci o predmetnim aktivnostima kojima se nanosi povreda i o prihodu ili dobiti koju je YouTube ostvario zahvaljujući tim aktivnostima. K tomu, tražio je da se na temelju sudske odluke utvrdi, među ostalim, obveza tog društva da mu isplati naknadu štete za stavljanje spornih videozapisa na raspolaganje javnosti. Naposljetku, F. Peterson podredno je zatražio da mu se dostave podaci o korisnicima koji su objavili te videozapise.

27. Presudom od 3. rujna 2010. Landgericht Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu) prihvatio je tužbu u pogledu triju pjesama te ju je odbio u preostalom dijelu. F. Peterson, YouTube i Google podnijeli su žalbu protiv te odluke.

28. Presudom od 1. srpnja 2015. Oberlandesgericht Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka) djelomično je izmijenio prvostupanjsku presudu. Taj je sud zabranio YouTubeu i Googleu, pod prijetnjom izricanja novčane kazne, da omogućuju trećim stranama da javnosti na raspolaganje stavljaju tonske zapise ili izvedbe sedam pjesama s albuma *A Winter Symphony*. Osim toga, navedeni sud naložio je tim društvima da F. Petersonu dostave različite podatke o korisnicima koji su objavili sporne videozapise. Taj je sud odbio tužbu F. Petersona u preostalom dijelu.

29. F. Peterson podnio je reviziju Bundesgerichtshofu (Savezni vrhovni sud). U tim je okolnostima odlukom od 13. rujna 2018., koju je Sud zaprimio 6. studenoga 2018., taj sud odlučio prekinuti postupak i pokrenuti postupak pred Sudom.

⁷ Konkretnije, F. Peterson poziva se na vlastita prava kao producent albuma *A Winter Symphony*, kao i na vlastita prava i prava izvedena iz prava umjetnice u pogledu izvođenja pjesama s tog albuma koje su snimljene uz njegovo umjetničko sudjelovanje kao producenta i zorskog pjevača. Osim toga, tvrdi da je, što se tiče snimaka koncerata s turneje „Symphony Tour”, skladatelj i autor tekstova različitih pjesama s navedenog albuma. K tomu, kao izdavač ima prava izvedena iz autorskih prava u pogledu nekoliko od tih pjesama.

⁸ K tomu, iako je F. Peterson podnio tužbu protiv društava YouTube Inc. i Google Germany, sud koji je uputio zahtjev naveo je da ta društva više nisu stranke glavnog postupka.

B. Predmet C-683/18

1. Uploaded

30. Uploaded je platforma za smještaj informacija i dijeljenje datoteka, obično poznata pod nazivom *Sharehoster* ili pak *Cyberlocker*, kojom upravlja Cyando. Ta platforma, kojoj se može pristupiti preko različitih internetskih stranica, svakom besplatno nudi mjesto za pohranu objavljenih datoteka bilo kakvog sadržaja. Kako bi se Uploadedom moglo koristiti, potrebno je napraviti račun, s korisničkim imenom i lozinkom, te navesti adresu elektroničke pošte. Objavljivanje datoteke provodi se automatski i bez prethodnog nadzora ili kontrole Cyanda. Svaki put kad korisnik prenese neku datoteku hiperpoveznica koja omogućuje da se tu datoteku preuzme, takozvani *download link*, automatski se stvara i priopćava tom korisniku. Uploaded nema ni indeks ni funkciju pretraživanja pohranjenih datoteka. Korisnici ipak mogu slobodno dijeliti te *download linkove* na internetu, na primjer na blogovima, forumima ili pak u „zбирkama linkova”, odnosno na stranicama koje indeksiraju te *linkove*, pružaju informacije o datotekama na koje navedeni *linkovi* upućuju i omogućuju korisnicima interneta da pretražuju datoteke koje žele preuzeti.

31. Tko raspolaže računom i odgovarajućim *linkovima*, datoteke pohranjene na Uploadedu može preuzeti besplatno. Međutim, za korisnike koji imaju samo besplatan pristup platformi, mogućnosti preuzimanja su ograničene (među ostalim u pogledu maksimalne količine podataka koji se mogu preuzeti, brzine preuzimanja, broja istodobnih preuzimanja itd.). Suprotno tomu, korisnici se mogu pretplatiti kako bi svakodnevno mogli preuzimati znatno veću količinu podataka bez ograničenja brzine ili broja istodobnih preuzimanja i vremena čekanja između preuzimanja. Osim toga, Cyando je uspostavio program „partnerstva” u okviru kojeg određenim korisnicima koji objavljuju datoteke na Uploadedu plaća naknadu ovisno o broju preuzimanja predmetnih datoteka.

32. Uploadedovim općim uvjetima korištenja određuje se da se tom platformom ne može koristiti za povredu autorskog prava. Međutim, utvrđeno je da se navedenom platformom u praksi koristi za zakonite primjene, kao i, „u velikoj mjeri”⁹, za primjene kojima se povređuje autorsko pravo, čega je Cyando svjestan. U tom je pogledu Cyando znao da na njegovim poslužiteljima postoji više od 9500 zaštićenih djela, koja su objavljena bez prethodnog odobrenja nositelja prava, za koja su *download linkovi* podijeljeni na oko 800 njemu poznatih internetskih stranica (zbirke linkova, blogovi, forumi).

2. Elsevierova tužba

33. Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku u predmetu C-683/18 proizlazi da je određen broj zaštićenih djela, na koja Elsevier ima isključiva prava korištenja, pohranjen na platformi Uploaded i stavljen na raspolaganje javnosti bez odobrenja tog društva posredstvom zbirke linkova, blogova i drugih foruma. Konkretno, na temelju pretraga izvršenih od 11. do 13. prosinca 2013., to je društvo prijavilo Cyandu, dvama dopisima poslanim 10. i 17. siječnja 2014., da su datoteke koje sadržavaju tri od tih djela, odnosno *Gray's Anatomy for Students*, *Atlas of Human Anatomy* i *Campbell-Walsh Urology*, pohranjene na njegovim poslužiteljima i da im se može slobodno pristupiti putem zbirke linkova rehabgate.com, avaxhome.ws i bookarchive.ws.

34. Elsevier je podnio tužbu protiv Cyanda, koja je dostavljena 17. srpnja 2014., Landgerichtu München (Zemaljski sud u Münchenu, Njemačka). U tom okviru Elsevier je zatražio i da se Cyandu naloži prestanak povrede, najprije, kao počinitelju povrede autorskog prava u pogledu spornih djela, podredno, kao sudioniku tih povreda i, krajnje podredno, kao „neizravnom počinitelju”. Elsevier je zatražio i da se Cyandu naloži da mu dostavi određene podatke. K tomu, prvo društvo tražilo je od tog suda da utvrdi obvezu drugog društva mu plati naknadu štete za te povrede.

⁹ Stranke glavnog postupka ne slažu se u kolikoj mjeri točno, a nacionalni sudovi nisu to utvrdili.

35. Presudom od 18. ožujka 2016. Landgericht München (Zemaljski sud u Münchenu) naložio je Cyandu prestanak povrede zbog njegova sudjelovanja u povredama autorskog prava u pogledu triju djela navedenih u dopisima od 10. i 17. siječnja 2014. te je prihvatio zahtjeve koje je Elsevier podredno podnio. Navedeni sud odbio je tužbu u preostalom dijelu.

36. I Elsevier i Cyando su podnijeli žalbu protiv te odluke. Presudom od 2. ožujka 2017. Oberlandesgericht München (Visoki zemaljski sud u Münchenu, Njemačka) izmijenio je prvostupanjsku presudu. Taj je sud naložio Cyandu prestanak povrede kao „neizravnom počinitelju” u pogledu povreda koje se odnose na tri djela navedena u dopisima od 10. i 17. siječnja 2014., u skladu sa zahtjevom koji je Elsevier podnio krajnje podredno. Žalbeni sud odbio je žalbu u preostalom dijelu.

37. Elsevier je podnio reviziju Bundesgerichtshofu (Savezni vrhovni sud). U tim je okolnostima odlukom od 20. rujna 2018., koju je Sud zaprimio 6. studenoga 2018., taj sud odlučio prekinuti postupak i pokrenuti postupak pred Sudom.

IV. Prethodna pitanja i postupak pred Sudom

38. U predmetu C-682/18 Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) odlučio je Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Poduzima li operater internetske platforme za videozapise, na kojoj korisnici bez odobrenja nositelja prava javnosti na raspolaganje stavljaju sadržaje zaštićene autorskim pravom, radnju priopćavanja javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive [2001/29], ako

- platformom ostvaruje prihode od oglašavanja,
- ako je postupak prijenosa automatski i provodi se bez prethodnog nadzora ili kontrole operatera,
- ako operater, u skladu s uvjetima korištenja dobiva svjetsku, neisključivu i besplatnu licenciju na videozapise za razdoblje postavljanja videozapisa,
- ako operater u uvjetima korištenja i u okviru postupka prijenosa upućuje na to da se ne smiju unositi sadržaji kojima se povređuje autorsko pravo,
- ako operater na raspolaganje stavlja pomoćna sredstva kojima nositelji prava mogu pokrenuti onemogućavanje pristupa videozapisima kojima se povređuje autorsko pravo,
- ako operater na platformi priprema rezultate pretraživanja u obliku rang lista i sadržajnih rubrika i registriranim korisnicima prikazuje pregled preporučenih videozapisa koji se temelji na već pregledanim videozapisima,

ako nema konkretnog znanja o dostupnosti sadržaja kojima se povređuje autorsko pravo ili ako nakon što je to saznao te sadržaje odmah ukloni ili odmah tim sadržajima onemogućuje pristup?

2. U slučaju negativnog odgovora na prvo pitanje:

je li djelatnost operatera internetskih platformi za razmjenu video sadržaja u okolnostima koje su navedene u prvom pitanju obuhvaćena područjem primjene članka 14. stavka 1. Direktive [2000/31]?

3. U slučaju potvrdnog odgovora na drugo pitanje:

mora li se stvarno znanje o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji i o činjenicama ili okolnostima iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija u skladu s člankom 14. stavkom 1. Direktive [2000/31] odnositi na konkretne protuzakonite aktivnosti ili informacije?

4. Nadalje, u slučaju potvrdnog odgovora na drugo pitanje:

je li spojivo s člankom 8. stavkom 3. Direktive [2001/29] ako nositelj prava protiv davatelja usluge, čija se usluga sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge i kojom se primatelj usluge služi za povredu autorskog prava ili srodnih prava, može sudski nalog ishoditi samo ako je nakon ukazivanja na očitu povredu ponovno došlo do takve povrede?

5. U slučaju negativnog odgovora na prvo i drugo pitanje:

treba li operatera internetske platforme za videozapise u okolnostima navedenima u prvom pitanju smatrati počiniteljem povrede u smislu članka 11. prve rečenice i članka 13. Direktive [2004/48]?

6. U slučaju potvrdnog odgovora na peto pitanje:

smije li se obveza naknade štete takvog počinitelja povrede u skladu s člankom 13. stavkom 1. Direktive [2004/48] uvjetovati time da je počinitelj povrede postupao namjerno i u odnosu na svoju vlastitu povredu, kao i u odnosu na povredu treće osobe te da je znao ili je osnovano pretpostaviti da je morao znati da korisnici platformu koriste za konkretne povrede?"

39. U predmetu C-683/18 taj je sud također postavio šest prethodnih pitanja Sudu, pri čemu su drugo, treće, četvrto, peto i šesto pitanje u biti jednaka pitanjima postavljenim u predmetu C-682/18. Razlikuje se samo prvo pitanje, koje se navodi u nastavku:

„1. (a) Poduzima li operater servisa za [smještaj informacija i dijeljenje datoteka] na kojem korisnici bez odobrenja nositelja prava na raspolaganje javnosti stavljaju sadržaje zaštićene autorskim pravom, radnju priopćavanja javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive [2001/29], ako:

- ako je postupak [objave datoteke] automatski i provodi se bez prethodnog nadzora ili kontrole operatera,
- operater u uvjetima korištenja upućuje na to da se ne smiju unositi sadržaji kojima se povređuje autorsko pravo,
- radom servisa ostvaruje prihode,
- se servis koristi za zakonite primjene, ali operater ima saznanja da je dostupna i znatna količina sadržaja kojima se povređuje autorsko pravo (više od 9500 djela),
- operater ne nudi pregled sadržaja ni funkciju pretraživanja, ali neograničeni *download linkovi* koje on stavlja na raspolaganje treće osobe stavljaju u zbirke linkova na internetu koje sadržavaju informacije o sadržaju datoteka te omogućavaju pretraživanje određenih sadržaja,
- on uspostavom naknade za *download* koju isplaćuje ovisno o potražnji stvara poticaj za prijenos sadržaja zaštićenih autorskim pravom, a koja u suprotnome korisnici mogu pribaviti samo naplatno

te

- ako se omogućavanjem anonimnog prijenosa podataka povećava vjerojatnost da korisnici neće odgovarati za povrede autorskih prava?

(b) Mijenja li se ta ocjena ako 90 do 96 % ukupne uporabe servisa za dijeljeni smještaj informacija na poslužitelju (*shared hosting*) čini stavljanje na raspolaganje ponuda kojima se povređuje autorska prava?”

40. Odlukom predsjednika Suda od 18. prosinca 2018. predmeti C-682/18 i C-683/18 spojeni su, s obzirom na njihovu povezanost, u svrhu pisanog i usmenog dijela postupka, kao i donošenja presude.

41. F. Peterson, Elsevier, Google, Cyando, njemačka, francuska i finska vlada te Europska komisija podnijeli su Sudu pisana očitovanja. Te stranke i zainteresirane osobe, osim finske vlade, bile su zastupane na raspravi održanoj 26. studenoga 2019.

V. Analiza

42. U pozadini ovih predmeta su usluge „web 2.0”. Podsjećam da su od sredine 2000-ih različite tehnološke (od povećanja svjetske širine pojasa do demokratizacije širokopojsnih veza) i društvene promjene (neovisno o tome je li riječ o promjeni ponašanja korisnika interneta u pogledu privatnog života ili želje da dijele i stvaraju internetske zajednice te im pridonose) dovele do razvoja dinamičkih i interaktivnih usluga na internetu, kao što su blogovi, društvene mreže i platforme za razmjenu, što su sve sredstva koja svojim korisnicima omogućuju da na internetu dijele sve vrste sadržaja, koja se stoga nazivaju *user-created content* ili *user-generated content*. Davatelji tih usluga tvrde da korisnicima interneta omogućuju da ne budu samo pasivni promatrači zabavnih sadržaja, mišljenja ili informacija, nego da aktivno sudjeluju u stvaranju i razmjeni tih sadržaja na internetu. Mrežni učinak svojstven uspjehu takve usluge brzo je omogućio malom broju tih davatelja usluga da prijeđu iz statusa razvojnog poduzetnika u status vladajućeg poduzetnika¹⁰.

43. Platforma YouTube, o kojoj je riječ u predmetu C-682/18, reprezentativna je u tom pogledu. Ta platforma svojim korisnicima (kojih ima više od 1,9 milijardi prema Googleu) pruža mogućnost da na internetu dijele svoje sadržaje i konkretno svoja djela. Stoga se brojni videozapisi objavljuju na toj platformi svakog dana, među kojima se nalaze kulturni i zabavni sadržaji, kao što su glazbene skladbe koje objavljuju umjetnici u sponu koji mogu pronaći široku publiku, informativni sadržaji o različitim temama kao što su sport i religija ili pak „tutorijali” koji omogućuju svakom da nauči kuhati, svirati gitaru, popraviti bicikl itd. Sadržaje na YouTubeu ne objavljuju samo pojedinci, nego i javna tijela te stručnjaci, među kojima su renomirane medijske kuće kao što su televizijski kanali ili diskografske kuće. YouTube se temelji na složenom poslovnom modelu, koji uključuje osobito prodaju oglasnih prostora na njegovoj platformi¹¹. K tomu, YouTube je uspostavio sustav s pomoću kojega dijeli postotak svojih prihoda od oglašavanja s određenim korisnicima koji isporučuju sadržaje, što tim korisnicima omogućuje da ostvare dohodak od platforme¹².

44. Platforma Uploaded, o kojoj je riječ u predmetu C-683/18, odražava stvarnost koja je zaista povezana, ali se ipak razlikuje. *Cyberlocker* općenito nudi svojim korisnicima prostor za pohranu podataka na internetu, koji potonjim korisnicima omogućuje, među ostalim, da pohrane „u oblaku” sve vrste datoteka kako bi im mogli pristupiti u bilo kojem trenutku, s mjesta kojeg žele i s pomoću

10 Za više detalja vidjeti Organizaciju za gospodarsku suradnju i razvoj (OECD), „Participative Web: User-Created Content”, Working Party on the Information Economy, DSTI/ICCP/IE(2006)7/Final, 12. travnja 2007.

11 Kao što je to naglasila njemačka vlada, YouTube prikuplja znatnu količinu osobnih podataka o korisnicima interneta koji posjećuju njegovu platformu, načinu na koji se njome koriste, njihovim sklonostima u pogledu sadržaja itd., i to osobito kako bi na toj platformi prikazivali ciljane oglase ovisno o korisniku. Pitanja koja se postavljaju u pogledu tog općenitog prikupljanja podataka i njihove obrade ipak nadilaze predmet ovog mišljenja.

12 Vidjeti za više detalja Fontaine, G., Grece, C., Jimenez Pumares, M., „Online video sharing: Offerings, audiences, economic aspects”, *European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2018.

bilo kojeg uređaja. Kao i *Sharehoster*, Uploaded također ima funkciju dijeljenja pohranjenih datoteka. Korisnici tako mogu proslijediti trećim stranama *download linkove* koji se stvaraju za svaku objavljenu datoteku. Ta funkcija, prema Cyandovu mišljenju, omogućuje svakom da lako prenosi opsežne datoteke članovima svoje obitelji, prijateljima ili pak poslovnim partnerima. K tomu, korisnici zahvaljujući navedenoj funkciji mogu dijeliti na internetu sadržaje koji nisu zaštićeni autorskim pravom ili vlastita djela. Korisnici *Cyberlockera* primjenjuju različite poslovne modele. Uploaded se pak naplaćuje zahvaljujući prodaji pretplata koje utječu osobito na mogućnosti preuzimanja pohranjenih datoteka.

45. Ako se platformama kao što su YouTube i Uploaded stoga mogu koristiti za različite zakonite primjene, njima se koristi i na nezakonit način. Posebice, videozapisi koji se dijele na YouTubeu mogu sadržavati zaštićena djela i povređivati prava njihovih autora. Osim toga, *Sharehoster* kao što je Uploaded, zbog same mogućnosti pohrane i prijenosa opsežnih datoteka jest praktično sredstvo za nezakonitu razmjenu primjeraka djela, osobito filmskih i glazbenih djela.

46. Nositelji prava kao što su F. Peterson i Elsevier, koje u ovom slučaju podupire francuska vlada, tako daju stvarnu sliku o predmetnim platformama i njihovim operaterima. Time što u okviru tih platformi omogućuju da bilo koji korisnik interneta decentralizirano i nekontrolirano isporučuje sadržaj, ti operateri stvaraju znatan rizik od povrede autorskog prava. Taj se rizik povećava uzimajući u obzir sveprisutan značaj sadržaja koji se objavljuju na navedenim platformama, kojima svakog trenutka može pristupiti neodređen broj korisnika interneta u cijelom svijetu¹³. Nositelji prava pozivaju se i na poteškoće koje imaju u pokretanju tužbi protiv korisnika koji čine takve povrede preko tih platforma zbog njihove nesolventnosti, anonimnosti ili pak lokacije.

47. Argumenti nositeljâ prava ne odnose se samo na rizik od povrede koja nastaje djelatnošću operatera kao što su YouTube ili Cyando. Općenitije prigovaraju tim operaterima, i osobito YouTubeu, da su o njihovu trošku znatno izmijenili lanac vrijednosti kulture u gospodarskom sektoru. Nositelji prava u biti ističu da potiču korisnike svojih platformi da objavljuju zanimljive sadržaje koji su u većini slučajeva zaštićeni autorskim pravom. Ti operateri unovčuju te sadržaje za vlastiti račun osobito oglašavanjem (model „YouTube”) ili pretplatama (model „Cyando”) i od toga ostvaruju znatnu dobit a da pritom ne stječu licencije od nositelja prava niti im stoga plaćaju naknadu. Operateri platformi stoga prisvajaju velik dio vrijednosti koju stvaraju navedeni sadržaji na štetu nositeljâ prava, pri čemu je riječ o argumentu *value gap* (jaz vrijednosti), o kojem se raspravlja u kontekstu donošenja Direktive 2019/790. K tomu, platforme kao što je YouTube onemogućavaju nositeljima prava da normalno iskorištavaju svoja djela. Naime, te platforme nepošteno konkuriraju tradicionalnim medijima (radijski i televizijski kanali itd.) i pružateljima digitalnih sadržaja (Spotify, Netflix itd.) koji pak sadržaje koje emitiraju stječu od nositelja prava uz naknadu i koji zbog tog nepoštenog tržišnog natjecanja tim nositeljima prava plaćaju manju naknadu kako bi ostali konkurentni¹⁴. Stoga kako bi ostvarili viši stupanj zaštite svojeg intelektualnog vlasništva koji im se nastoji osigurati pravom Unije i dobili odgovarajuću naknadu za korištenje njihovim djelima¹⁵, nositelji prava trebaju se moći obratiti izravno operaterima platformi.

13 Vidjeti po analogiji presudu od 13. svibnja 2014., Google Spain i Google (C-131/12, EU:C:2014:317, t. 80. i navedena sudska praksa).

14 Vidjeti za više detalja Međunarodnu federaciju za fonografsku industriju, „Rewarding creativity: Fixing the value gap”, *Global music report 2017*, te Bensamoun, A., „Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique”, *Entertainment*, Bruylant, br. 2018-4, str. 278-287.

15 Vidjeti uvodne izjave 4., 9. i 10. Direktive 2001/29.

48. U ovoj je fazi korisno podsjetiti da se člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 predviđa da autori imaju isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za svako „priopćavanje” njihovih djela „javnosti”, uključujući stavljanje tih djela na raspolaganje javnosti tako da im pripadnici javnosti mogu pristupiti s mjesta i u vrijeme koje sami odaberu¹⁶. To je isključivo pravo povrijeđeno čim treća strana priopći zaštićeno djelo javnosti bez prethodnog odobrenja njegova autora¹⁷, osim ako je to priopćavanje obuhvaćeno jednom od iznimaka i ograničenja koji su iscrpno predviđeni u članku 5. te direktive¹⁸.

49. Međutim, nositelji prava smatraju da operateri kao što su YouTube i Cyando, zajedno s korisnicima svojih platformi, obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koje su ti korisnici objavili. Slijedom toga, ti operateri trebaju za sve datoteke koje ti korisnici namjeravaju podijeliti prije njihove objave provjeriti sadržavaju li zaštićena djela, utvrditi postojeća prava na ta djela i sami steći, obično uz naknadu, licenciju od nositelja tih prava ili ako ne dobiju licenciju, spriječiti tu objavu. Svaki put kad navedeni operateri ne ispune te obveze i kad se slijedom toga djela nezakonito objave na njihovim platformama, oni su *izravno odgovorni*, u skladu s člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29. U tu su svrhu isti operateri osobito dužni, na temelju članka 13. Direktive 2004/48, platiti dotičnim nositeljima prava naknadu štete.

50. YouTube i Cyando, koje u ovom slučaju podupiru francuska vlada i Komisija, odgovaraju da su oni samo *posrednici* koji korisnicima svojih platformi osiguravaju sredstva da priopćavaju djela javnosti. Stoga navedeni korisnici, a ne ti operateri, obavljaju „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 kad preko tih platformi na internetu dijele datoteke koje sadržavaju zaštićena djela. Ti operateri stoga snose izravnu odgovornost u slučaju nezakonitog „priopćavanja”. U svakom slučaju, navedeni operateri smatraju da imaju pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31. Ta ih odredba oslobađa od svake odgovornosti koja može proizlaziti iz nezakonitih datoteka koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi, pod uvjetom da u biti ne znaju za te datoteke ili, ovisno o slučaju, da ih žurno uklone. K tomu, tim se operaterima, u skladu s člankom 15. stavkom 1. te direktive, nalaže opća obveza da prate datoteke koje pohranjuju ili da aktivno traže činjenice ili okolnosti koje bi ukazivale na protuzakonite aktivnosti. YouTube i Cyando stoga smatraju da u skladu s tim odredbama nisu dužni kontrolirati sve datoteke koje postavljaju korisnici njihovih platformi prije njihova objavljivanja, nego da su u biti dužni dovoljno žurno odgovarati na prijave nositelja prava koje upućuju na to da su neke od tih datoteka nezakonite.

51. U tom kontekstu, *prvim pitanjima* koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) nastoji se utvrditi je li djelatnost operatera platformi kao što su Youtube i Cyando obuhvaćena pojmom „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. *Drugim pitanjima* tog suda nastoji se utvrditi može li se te operatere osloboditi od odgovornosti predviđene u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 u pogledu datoteka koje pohranjuju na zahtjev svojih korisnika. Ta su pitanja usko povezana. Naime, zakonodavac Unije želio je, na temelju direktiva 2000/31 i 2001/29, uspostaviti jasan okvir pravila vezanih za pitanja odgovornosti posrednika za povredu autorskog prava na razini Unije¹⁹. Stoga članak 3. stavak 1. prve direktive i članak 14. stavak 1. druge direktive treba tumačiti dosljedno²⁰.

16 Upotrebljavat ću izraz „priopćavanje javnosti” općenito za radnje priopćavanja javnosti u strogom smislu i radnje stavljanja na raspolaganje javnosti. Uputit ću konkretnije na jednu od tih kategorija kad to bude potrebno. Osim toga, člankom 3. Direktive 2001/29, u njegovu stavku 2. točkama (a) i (b), pravo stavljanja na raspolaganje javnosti, ali ne i pravo priopćavanja javnosti u strogom smislu, predviđa se kao pravo srodno autorskom pravu redom umjetnicima izvođačima u pogledu fiksacija njihovih izvedbi i proizvođačima fonograma u pogledu njihovih fonograma. Ta je odredba relevantna i u predmetu C-682/18 jer F. Peterson u pogledu određenih fonograma koji su objavljeni bez njegova odobrenja ima srodna prava kao umjetnik izvođač i/ili proizvođač (vidjeti bilješku 7. ovog mišljenja). S obzirom na navedeno, budući se da glavni predmeti odnose, kao što ću to objasniti u nastavku, na radnje „stavljanja na raspolaganje javnosti” i da taj pojam ima isto značenje u tom članku 3. stavcima 1. i 2., navest ću radi praktičnosti samo autorsko pravo iz stavka 1. s obzirom na to da se moja analiza ipak može primijeniti na srodna prava iz stavka 2.

17 Ili općenitije nositelja autorskog prava predmetnog djela koji nije nužno njegov autor. Upotrebljavam pojmove „autor” i „nositelj prava” kao međusobno zamjenjive u ovom mišljenju.

18 Vidjeti osobito presudu od 14. studenoga 2019., Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, t. 38. i navedena sudska praksa).

19 Vidjeti uvodnu izjavu 50. Direktive 2000/31 i uvodnu izjavu 16. Direktive 2001/29.

20 Nastoji se osobito izbjeći, koliko je god to moguće, situacija u kojoj je davatelj usluga odgovoran, na temelju članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, dok ga se istodobno oslobađa od te odgovornosti na temelju članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31. Vidjeti za više detalja točke 137. do 139. ovog mišljenja.

52. U odjeljcima A i B ovog mišljenja zasebno ću ispitati te dvije odredbe²¹.

A. Pojam „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 (prva pitanja)

53. Svojim prvim pitanjima sud koji je uputio zahtjev u biti pita obavljaju li operater platforme za razmjenu videozapisa i operater platforme za smještaj informacija i dijeljenje datoteka radnju „priopćavanja javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, kad korisnik njihovih platformi na njima objavljuje zaštićeno djelo.

54. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, pojam „priopćavanje javnosti” predviđen u članku 3. stavku 1. Direktive 2001/29 autonoman je pojam prava Unije čiji smisao i doseg treba odrediti s obzirom na tekst te odredbe, kontekst kojeg je dio i ciljeve koji se žele ostvariti tom direktivom²². K tomu, taj pojam treba tumačiti, u najvećoj mogućoj mjeri, s obzirom na istovrijedne pojmove sadržane u dokumentima međunarodnog prava koji obvezuju Uniju²³.

55. Prema toj sudskoj praksi, pojam „priopćavanje javnosti” ujedinijuje dva kumulativna uvjeta, točnije „radnju priopćavanja” nekog djela i „javnost”²⁴.

56. U tom se pogledu, s jedne strane, pojam „priopćavanje” odnosi, kao što se to pojašnjava u uvodnoj izjavi 23. Direktive 2001/29, na svaki *prijenos* (ili reemitiranje) djela javnosti koja nije prisutna na mjestu na kojem se priopćavanje obavlja, neovisno o tome koji se tehnološki postupak primjenjuje²⁵. Drugim riječima, osoba obavlja radnju „priopćavanja” kad prenosi djelo²⁶ i stoga ga čini dostupnim na daljinu²⁷. Tipičan primjer takvog prijenosa jest, kao što se to navodi u toj uvodnoj izjavi, radiodifuzijsko emitiranje djela, dok se izraz „reemitiranje” odnosi konkretno na istodobno kabelsko, satelitsko ili pak internetsko reemitiranje radiodifuzijskog emitiranja.

57. Osim toga, pojam „priopćavanje” uključuje, kao što sam na to podsjetio u točki 48. ovog mišljenja, pojam „stavljanje na raspolaganje”. Potonja kategorija odnosi se, kao što se to pojašnjava u uvodnoj izjavi 25. i članku 3. stavku 1. Direktive 2001/29, na *interaktivne prijenose na zahtjev* koje karakterizira činjenica da svatko može pristupiti djelu s mjesta i u vrijeme koje sâm odabere. Pojam „stavljanje na raspolaganje” stoga obuhvaća činjenicu da osoba „javnosti” daje mogućnost da joj se prenese djelo u tim uvjetima, obično objavljivanjem tog djela na internetskoj stranici²⁸.

21 U ovom mišljenju neću razmotriti pitanje primjeraka koji nastaju kad se djela objave na platformama kao što su YouTube ili Uploaded i kad im javnost pristupa i preuzima ih. Naime, to je pitanje obuhvaćeno tumačenjem prava reproduciranja predviđenog u članku 2. Direktive 2001/29, kao i iznimkama i ograničenjima tog prava predviđenim u članku 5. te direktive, koje Sudu nije postavljeno. Usto, uz iznimku Cyanda, koji se pozvao na iznimku u privatnom reproduciranju predviđenu u članku 5. stavku 2. točki (b) navedene direktive, o tom se pitanju nije raspravljalo pred Sudom.

22 Vidjeti osobito presudu od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, t. 17. i navedena sudska praksa).

23 Vidjeti osobito presudu od 2. travnja 2020., Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:268, t. 29. i navedena sudska praksa). Konkretno, članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 treba tumačiti s obzirom na članak 8. Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, potpisanog 20. prosinca 1996. u Ženevi i odobrenog u ime Europske unije Odlukom Vijeća 2000/278/EZ od 16. ožujka 2000. (SL 2000., L 89, str. 6.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 122., str. 77.) (u daljnjem tekstu: WCT), za čiju provedbu služi prva odredba (vidjeti uvodnu izjavu 15. Direktive 2001/29).

24 Vidjeti osobito presudu od 19. prosinca 2019., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 61. i navedena sudska praksa).

25 Vidjeti osobito presudu od 19. prosinca 2019., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 49. i 62. te navedena sudska praksa).

26 Konkretnije, riječ je o tome da se primateljima omogućiti, na sve prikladne načine (zvučno za fonogram itd.), da su im dostupni svi elementi ili dio elemenata od kojih se to djelo sastoji i koji su izraz intelektualnog stvaralaštva svojstvenog njegovu autoru. Vidjeti po analogiji presudu od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 47.).

27 „Tradicionalni” načini priopćavanja javnosti koje čine nastupi i izravne izvedbe, na primjer predstave uživo pred publikom koja je u fizičkom kontaktu s izvođačem djela, nisu obuhvaćeni člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29. Vidjeti osobito presudu od 24. studenoga 2011., Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, t. 35. do 41.).

28 Vidjeti presudu od 19. prosinca 2019., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 41. do 44. i 63.).

58. S druge strane, pojam „javnost” odnosi se na „neodređen” i „znatan” broj osoba. Taj se pojam stoga odnosi na osobe općenito, kao suprotnost određenom broju osoba koje pripadaju privatnoj skupini, te podrazumijeva određeni minimalni prag²⁹.

59. U ovom slučaju, s obzirom na prethodno navedeno, nije sporno da je, kad se zaštićeno djelo podijeli na internetu, na platformi kao što su YouTube ili Uploaded, to djelo „stavljeno na raspolaganje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29.

60. Naime, kad se videozapis koji sadržava zaštićeno djelo objavi na YouTubeu, svatko mu može pristupiti u *streamingu* s te platforme, s mjesta i u vrijeme koje sâm odabere. Isto vrijedi kad je datoteka koja sadržava djelo pohranjena na Uploadedu i kad se *download link* koji se odnosi na to djelo slobodno dijeli na internetu, u zbirkama linkova, na blogovima ili pak na forumima³⁰. U oba slučaja djelo je stavljeno na raspolaganje „javnosti”³¹, neovisno o činjenici da se tom djelu pristupa ili ga se preuzima na zahtjev pojedinaca u okviru prijenosa „jedan na jedan”. Naime, u tom pogledu treba uzeti u obzir broj osoba koje istodobno i uzastopno mogu pristupiti tom djelu³². U navedenom slučaju djelu mogu pristupiti ili ga mogu preuzeti, po potrebi, svi postojeći i mogući posjetitelji YouTubea ili internetske stranice na kojoj je taj *link* podijeljen, što je očito „neodređen” i „znatan” broj osoba³³.

61. Slijedom toga, kad treća strana objavi zaštićeno djelo na internetu, s platforme kao što su YouTube ili Uploaded, bez prethodnog odobrenja njegova autora, i kad to objavljivanje nije obuhvaćeno iznimkama i ograničenjima predviđenim u članku 5. Direktive 2001/29, dolazi do povrede isključivog prava „priopćavanja javnosti” koje se člankom 3. stavkom 1. te direktive priznaje potonjem autoru.

62. S obzirom na navedeno, glavno je pitanje tko obavlja to „priopćavanje” i za to snosi moguću odgovornost, korisnik koji objavljuje predmetno djelo, operater platforme ili te dvije osobe zajedno.

63. U ovoj fazi valja pojasniti da su F. Peterson i Elsevier u pogledu tog pitanja iznijeli argumentaciju koja se temelji na različitim logikama. Prema njihovu mišljenju, operateri kao što su YouTube i Cyando odgovorni su na temelju članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 jer su, najprije, *aktivno sudjelovali* u „priopćavanju javnosti” djela koja su objavili korisnici njihovih platformi, tako da su sami obavljali to „priopćavanje”, zatim jer su *znali* da ti korisnici nezakonito dijele zaštićena djela i usto su ih *namjerno poticali* da to čine te, naposljetku, jer su pokazali *nemar* u tom pogledu, time što nisu poštovali određene obveze dužne pažnje koje imaju u zamjenu za rizik od povrede koji stvara njihova djelatnost³⁴.

29 Vidjeti presudu od 19. prosinca 2019., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 66. i navedena sudska praksa).

30 Činjenica da se djelu s platforme kao što je YouTube pristupa u *streamingu* i da stoga nema za posljedicu da dotični pripadnik javnosti ne posjeduje stalni primjerak nije relevantna u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 (vidjeti osobito Walter, M. M., i von Lewinski, S., *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010., str. 983.). Osim toga, činjenica da se djelo može preuzeti s Uploadeda i da pripadnici javnosti tako mogu, u obrnutom slučaju, dobiti jednak primjerak ne isključuje primjenu te odredbe u korist prava distribucije predviđenog u članku 4. stavku 1. te direktive (vidjeti presudu od 19. prosinca 2019., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 40. do 45. i 51.)).

31 Suprotno tomu, „stavljanje na raspolaganje javnosti” ne postoji kad korisnik objavljuje djelo na YouTubeu, neovisno o tome je li ga stavio u „privatni” način rada i, ovisno o slučaju, dijeli li ga samo sa svojom obitelji ili prijateljima. Isto vrijedi kad korisnik Uploadeda ondje objavi djelo i ne podijeli svoj *download link* ili ga dijeli samo s tim osobama. Naime, u tom slučaju nije riječ o „javnosti” nego o privatnoj skupini (vidjeti točku 58. ovog mišljenja).

32 Vidjeti osobito presudu od 19. prosinca 2019., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 44., 67. i 68. te navedena sudska praksa).

33 Vidjeti po analogiji presudu od 7. kolovoza 2018., *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634, t. 45.). Podrazumijeva se da u oba slučaja „javnost” nije prisutna na mjestu na kojem se priopćavanje obavlja. Osim toga, nije relevantno pristupa li ta „javnost” stvarno tom djelu ili ga preuzima. Naime, relevantna radnja je ona radnja koja se sastoji od provedbe stavljanja djela na raspolaganje javnosti i stoga njegova pružanja na stranici dostupnoj javnosti (vidjeti osobito presudu od 19. prosinca 2019., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 63. i 64.)).

34 Vidjeti točke 46. i 47. ovog mišljenja.

64. Prema mojem mišljenju, ta argumentacija objedinjuje dvije problematike. S jedne strane, u slučaju kad operatori kao što su YouTube i Cyando obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koje objavljuju korisnici njihovih platformi, ti operatori potencijalno snose izravnu (ili „primarnu”) odgovornost na temelju članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. Pitanje je li to slučaj jest objektivno pitanje, osim razmatranja koja se odnose na znanje ili nemar. Naime, odgovor na to pitanje načelno ovisi samo o tome jesu li navedeni operatori obavljali te radnje „priopćavanja” i jesu li te radnje provedene bez odobrenja autora predmetnih djela. U odjeljku 1. iznijet ću, u skladu s tim okvirom analize, te ispitivanjem samo relevantnih argumenata, razloge zbog kojih načelno samo korisnici koji objavljuju zaštićena djela obavljaju „priopćavanje javnosti” tih djela. Primarnu odgovornost koja može proizaći iz tog „priopćavanja” stoga u pravilu snose samo ti korisnici.

65. S druge strane, pitanje jesu li operatori kao što su YouTube i Cyando odgovorni za povrede autorskog prava koje su počinili korisnici njihovih platformi jer su, na primjer, ti operatori znali za to i namjerno nisu djelovali, jer su poticali te korisnike da počine slične povrede ili jer su pak bili nemarni u tom pogledu, prema mojem mišljenju, nije obuhvaćeno člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29. Kao što sam to objasnio u odjeljku 2., iako se čini da je Sud tumačio tu odredbu, u presudama *GS Media*³⁵, *Stichting Brein I („Filmspeler”)*³⁶ i *Stichting Brein II („The Pirate Bay”)*³⁷, na način da može obuhvaćati odgovornost za radnju trećih strana (takozvanu „sporednu”, „podrednu”, „sekundarnu” ili pak „neizravnu”), smatram da ta odgovornost zapravo nije u skladu s pravom Unije. Stoga je obuhvaćena pravilima u području građanskopravne odgovornosti koja se predviđaju pravom država članica. Podredno, ispitat ću u odjeljku 3. djelatnost navedenih operatera s obzirom na okvir analize koji proizlazi iz tih presuda i argumente koji se na njih odnose.

1. Činjenica da operatori platformi kao što su YouTube i Cyando načelno ne obavljaju radnje „priopćavanja javnosti”

66. Kao što sam to objasnio u točkama 55. do 58. ovog mišljenja, radnja „priopćavanja javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, jednaka je prijenosu zaštićenog djela javnosti. U tom okviru, radnja „stavljanja na raspolaganje” sastoji se od toga da se pripadnicima javnosti omogući takav prijenos, koji se može izvršiti na njihov zahtjev, s mjesta i u vrijeme koje sami odaberu.

67. S obzirom na navedeno, za svaki prijenos djela javnosti u pravilu je potreban niz intervencija koje provodi nekoliko osoba, koje su uključene u taj prijenos na drukčije načine i u različitim mjerama. Na primjer, mogućnost da televizijski gledatelji gledaju djelo koje se radiodifuzijski emitira na njihovim televizijskim prijamnicima rezultat je zajedničkih napora, među ostalim, organizacije za radiodifuziju, jedne ili više televizijskih kuća, operatera radijske mreže, kao i osoba koje su osigurale antene i televizijske prijamnike tih gledatelja.

68. Sve te intervencije ne mogu se smatrati radnjama „priopćavanja javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. U protivnom bi bilo koji dio niza bio odgovoran autorima, neovisno o prirodi svoje djelatnosti. Kako bi se spriječilo takvo široko tumačenje, zakonodavac Unije pojasnio je, u uvodnoj izjavi 27. te direktive, da „[s]amo opskrba materijalnim uređajem za priopćavanje nije sama po sebi priopćavanje u smislu [te direktive]”³⁸.

35 Presuda od 8. rujna 2016. (C-160/15, u daljnjem tekstu: presuda *GS Media*, EU:C:2016:644)

36 Presuda od 26. travnja 2017. (C-527/15, u daljnjem tekstu: presuda I („filmspeler”), EU:C:2017:300)

37 Presuda od 14. lipnja 2017. (C-610/15, u daljnjem tekstu: presuda *Stichting Brein II („The Pirate Bay”)*, EU:C:2017:456)

38 U toj uvodnoj izjavi preuzima se zajednička izjava koja se odnosi na članak 8. WCT-a, donesena na diplomatskoj konferenciji 20. prosinca 1996.

69. Stoga je važno razlikovati, unutar niza intervencija svojstvenih svakom prijenosu djela javnosti, osobu³⁹ koja obavlja radnju „priopćavanja javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, od davatelja usluga koji opskrbljivanjem „materijalnim uređajem” koji omogućuje izvršavanje tog prijenosa služe kao *posrednici* između te osobe i javnosti⁴⁰.

70. U ovom slučaju smatram, kao i Google, Cyando, finska vlada i Komisija, da je uloga koju imaju operateri kao što su YouTube i Cyando u „priopćavanju javnosti” djela koja su objavili korisnici njihovih platformi načelno uloga takvog *posrednika*. Prigovor F. Petersona, Elseviera te njemačke i francuske vlade prema kojem ti operateri prekoračuju tu ulogu odražava, prema mojem mišljenju, pogrešno razumijevanje onoga što razlikuje „samo opskrbu materijalnim uređajem” od radnje „priopćavanja”.

71. Podsjećam da su načela kojima se uređuje ta razlika uspostavljena već u prvoj odluci koju je Sud donio u pogledu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 odnosno u presudi SGAE⁴¹. U toj je presudi Sud presudio da je činjenica da upravitelj hotela prima radiodifuzijsko emitiranje i distribuira ga televizijskim prijamnicima gostima koji su odsjeli u sobama njegova hotela radnja „priopćavanja javnosti” djela sadržanih u tom emitiranju. Iako je postavljanje tih televizijskih prijamnika u sobama samo po sebi „opskrba materijalnim uređajem”, intervencija upravitelja hotela nije bila ograničena samo na tu opskrbu. Naime, distribucijom radiodifuzijskog emitiranja navedenim prijamnicima upravitelj hotela svjesno⁴² je prenosio djela koja je to emitiranje sadržavalo svojim gostima, koji nisu samo „javnost”, nego i „nova javnost”, odnosno osobama koje autori tih djela nisu uzeli u obzir kad su odobrili njihovo radiodifuzijsko emitiranje⁴³, koji, iako se nalaze unutar područja prijema emitiranja načelno ne bi mogle uživati u navedenim djelima bez njegove intervencije⁴⁴.

72. Iz te presude proizlazi da kad se djelo prenese javnosti, osoba koja obavlja radnju „priopćavanja”, za razliku od davatelja usluga koji osiguravaju „opskrbu materijalnim uređajem”, jest osoba koja svjesno intervenira kako bi prenijela to djelo javnosti tako da, da ona ne intervenira, ta javnost ne bi mogla uživati u tom djelu. Takvim postupanjem ta osoba ima „nezaobilaznu ulogu”⁴⁵ u tom prijenosu, pri čemu preuzimam pojam koji je Sud utvrdio u svojoj kasnijoj sudskoj praksi.

73. To bi se objašnjenje moglo pogrešno shvatiti. U svakom slučaju, bilo koji posrednik ima važnu ili čak ključnu ulogu u takvom prijenosu jer je on jedan od dijelova niza koji omogućuju izvršenje tog prijenosa. Međutim, važnija je uloga koju ima dotična osoba. Njezina je uloga „nezaobilazna” jer ona odlučuje o prijenosu određenog djela javnosti i aktivno započinje to „priopćavanje”.

39 Može biti riječ o jednoj osobi ili više njih. Upotrebljavam jedninu radi praktičnosti.

40 U članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 slijedi se ta logika kad se upućuje na mogućnost nositelja prava da ishode nalog protiv „posrednika” čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava”. Vidjeti i uvodnu izjavu 59. te direktive.

41 Presuda od 7. prosinca 2006. (C-306/05, EU:C:2006:764)

42 Konkretnije, Sud je naveo da je upravitelj hotela intervenirao „s punim poznavanjem posljedica svojeg ponašanja” (vidjeti presudu od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, t. 42.). Taj je izraz, prema mojem mišljenju, sinonim za svjesnu intervenciju (vidjeti točku 100. ovog mišljenja).

43 Naime, prema mišljenju Suda, autori, kad odobravaju radiodifuzijsko emitiranje svojih djela, uzimaju u obzir samo posjednike televizijskih uređaja koji, pojedinačno ili u privatnom ili obiteljskom okruženju, primaju signale emitiranja. Vidjeti presudu od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, t. 41.).

44 Vidjeti presudu od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, t. 36. do 44.). Sud je primijenio isto rasuđivanje u sličnim kontekstima. Vidjeti osobito presude od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, t. 183. do 207.); od 27. veljače 2014., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, t. 22. do 36.), kao i od 31. svibnja 2016., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, t. 35. do 65.).

45 Vidjeti osobito presudu od 31. svibnja 2016., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, t. 46.). U određenim presudama to rasuđivanje izražava se u dvama kriterijima: „nezaobilaznoj ulozi” koju ima osoba koja obavlja radnju priopćavanja i „namjernosti njezine intervencije” (vidjeti osobito presudu Stichting Brein II („The Pirate Bay”), t. 26.). Kao što ću to objasniti u nastavku, ti su kriteriji zapravo neodvojivo povezani (vidjeti bilješku 88. ovog mišljenja).

74. U obrnutom slučaju, posredni davatelji usluga čijim se uslugama koristi kako bi se omogućilo ili obavilo „priopćavanje” ne odlučuju na vlastitu inicijativu o prijenosu djela javnosti. U tom pogledu slijede upute koje su dali korisnici njihovih usluga. Potonji korisnici odlučuju o prijenosu određenih sadržaja i aktivno započinju njihovo „priopćavanje”, pri čemu te sadržaje isporučuju posrednicima i na taj ih način uključuju u postupak koji dovodi do njihova prijenosa „javnosti”⁴⁶. Stoga načelno ti korisnici sami imaju „nezaobilaznu ulogu” koju je predvidio Sud i obavljaju radnje „priopćavanja javnosti”. Da oni ne interveniraju, posrednici ne bi imali što prenositi i „javnost” ne bi mogla uživati u predmetnim djelima⁴⁷.

75. Suprotno tomu, davatelj usluga prekoračuje ulogu posrednika kad *aktivno intervenira u „priopćavanje [djela] javnosti”*⁴⁸. To je slučaj, s jedne strane, ako taj davatelj odabire preneseni sadržaj, određuje ga na neki drugi način ili ga pak prikazuje javnosti na takav način da proizlazi da je djelo njegovo⁴⁹. U tim situacijama navedeni davatelj, zajedno s trećom stranom koja je prvotno isporučila sadržaj, obavlja „priopćavanje”⁵⁰. To je slučaj, s druge strane, ako taj davatelj na vlastitu inicijativu naknadno upotrebljava navedeno „priopćavanje”, tako da ga reemitira „novoj javnosti” ili na „različit tehnološki način”⁵¹. U svim tim slučajevima davatelj usluga ne osigurava samo „opskrbu materijalnim uređajem”, u smislu uvodne izjave 27. Direktive 2001/29. On zapravo ima „nezaobilaznu ulogu”⁵² kad svjesno odlučuje o priopćavanju određenog djela javnosti⁵³.

46 Vidjeti bilješke priložene prijedlogu WCT-a, br. 10.10, u kojima se u pogledu „stavljanja na raspolaganje” objašnjava da je odlučujuća *prvotna radnja stavljanja na raspolaganje*, a ne nudište prostora za pohranu ili pružanje usluge elektroničke komunikacije. Vidjeti i Koo, J., *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*, Hart publishing, Oxford, 2019., str. 161. – 162.

47 Na primjer, u pogledu radiodifuzijskog emitiranja, „priopćavanje javnosti” obavlja organizacija za radiodifuziju koja odlučuje o prijenosu djela i aktivno započinje njihovo „priopćavanje”, pri čemu ih uključuje u tehnološki postupak koji omogućuje da se prenesu „javnosti” (vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, t. 23.) i članak 1. stavak 2. točku (a) Direktive Vijeća 93/83/EEZ od 27. rujna 1993. o koordinaciji određenih pravila s obzirom na autorsko pravo i srodna prava koja se odnose na satelitsko emitiranje i kabelsko reemitiranje (SL 1993., L 248, str. 15.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 77.). Suprotno tomu, televizijske kuće, koje slijede upute te organizacije, osiguravaju „samo opskrbu materijalnim uređajem”.

48 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, t. 32. do 37.).

49 Vidjeti u Njemačkoj sudsku praksu Bundesgerichtshofa (Savezni vrhovni sud, Njemačka), u području medijskog prava prema kojem davatelj prihvaća tvrdnju treće strane kad se poistovjećuje s njom i kad je uključuje u vlastiti tok misli na takav način da proizlazi da je tvrdnja njegova (vidjeti osobito Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud), 17. prosinca 2013., VI ZR 211/12, t. 19.). Taj se pristup predviđa u području intelektualnog vlasništva (vidjeti Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud), 30. travnja 2008., I ZR 73/05)).

50 Vidjeti po analogiji u Ujedinjenoj Kraljevini članak 6. stavak 3. Copyright, Designs and Patents Acta (Zakon o autorskom pravu, dizajnim i patentima iz 1988.), u kojem se u pogledu radiodifuzijskog emitiranja navodi da su osoba ili osobe koje obavljaju radnju „priopćavanja javnosti” „(a) [...] the person transmitting the programme, if he has responsibility to any extent for its contents, and (b) [...] any person providing the programme who makes with the person transmitting it the arrangements necessary for its transmission”.

51 Vidjeti presudu od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147). U toj je presudi Sud odlučio da je činjenica da organizacija prima radiodifuzijsko emitiranje i istodobno ga neizmijenjeno i cjelovito reemitira u *live streamingu* na internetu čini naknadnu upotrebu tog emitiranja koja je jednaka samostalnoj radnji „priopćavanja javnosti” jer se tim reemitiranjem primijenio „poseban tehnološki način”, koji se razlikuje od radiodifuzijskog emitiranja.

52 Kao što ću to pojasniti u svojoj analizi drugih prethodnih pitanja, Sud tumači članke 12. do 14. Direktive 2000/31 na način da se posredni davatelj usluga ne može pozvati na oslobođenja od odgovornosti koja su u toj direktivi predviđena kad ima „aktivnu ulogu na temelju koje može steći znanje ili nadzor” nad informacijama dobivenim od korisnika svoje usluge (vidjeti presude od 23. ožujka 2010. (C-236/08 do C-238/08, u daljnjem tekstu: presuda Google France, EU:C:2010:159, t. 112. do 114.), kao i od 12. srpnja 2011. (C-324/09, u daljnjem tekstu: presuda L'Oréal/eBay, EU:C:2011:474, t. 113.)). Pristup koji predlažem za razlikovanje izraza „radnja priopćavanja” i „samo opskrba materijalnim uređajem” sličan je tom rasuđivanju i omogućuje da se dosljedno tumače članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 i članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31. Vidjeti u tom smislu Husovec, M., *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017., str. 55. do 57.

53 Na primjer, u predmetu u kojem je donesena presuda od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), upravitelj hotela nije samo pasivno intervenirao u prijenos o kojem je odlučila organizacija za radiodifuziju. Odlučio je na vlastitu inicijativu naknadno upotrijebiti radiodifuzijsko emitiranje, što ta organizacija nije predvidjela, tako da ga reemitira svojim gostima. Jednako tako, kao što je to Sud odlučio u presudi od 13. listopada 2011., Airfield i Canal Digitaal (C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, t. 74. do 82.), davatelj usluge satelitskog paketa koji objedinjuje nekoliko emitiranja koja dolaze od različitih organizacija za radiodifuziju u korist svojih klijenata ne osigurava samo „opskrbu materijalnim uređajem” jer aktivno sudjeluje kako bi javnosti koju je sam odredio ponudio katalog televizijskih kanala koje je sam odabrao. K tomu, kao što je to Sud odlučio u presudi od 29. studenoga 2017., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, t. 37. do 51.), ni davatelj usluga koji prima radiodifuzijska emitiranja i omogućuje korisnicima svoje usluge da snime emisije koja žele „u oblaku” ne osigurava samo takvu „opskrbu”. Naime, taj davatelj aktivno intervenira u „priopćavanje” jer, među ostalim, odabire kanale koje obuhvaća njegova usluga.

76. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da, suprotno onomu što tvrde F. Peterson i njemačka vlada, sama činjenica da platforme kao što su YouTube ili Uploaded omogućuju javnosti da pristupi zaštićenim djelima ne znači da njihovi operateri obavljaju „priopćavanje javnosti” tih djela, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29⁵⁴.

77. Naime, *najprije*, kao što to tvrde Google i finska vlada, s obzirom na to da su predmetna djela objavili korisnici tih platformi⁵⁵, potonji korisnici imaju „nezaobilaznu ulogu” u stavljanju tih djela na raspolaganje javnosti. Ti korisnici odlučili su priopćiti ta djela javnosti preko navedenih platformi, time što su odabrali primjerenu opciju u YouTubeovu slučaju i podijelili odgovarajuće *download linkove* na internetu u Uploadedovu slučaju⁵⁶. Da oni nisu intervenirali, operateri tih platformi ne bi imali što prenositi i javnost ne bi mogla uživati u predmetnim djelima.

78. *Nadalje*, podsjećam da se postupak objave datoteke na platformi kao što su YouTube ili Uploaded, nakon što je korisnik započne, provodi automatski⁵⁷ a da operater te platforme ne odabire ili na drugi način određuje sadržaje koji se na toj platformi objavljuju. Pojašnjavam da moguća prethodna kontrola koju je proveo taj operater, ovisno o slučaju, automatski, prema mojem mišljenju, nije odabir⁵⁸ jer se tom kontrolom samo otkrivaju nezakoniti sadržaji i ona stoga ne odražava želju navedenog operatera da priopći javnosti određene sadržaje (a ne neke druge)⁵⁹.

79. *Naposljetku*, ti operateri ne upotrebljavaju naknadno „priopćavanja javnosti” koja su započeli njihovi korisnici s obzirom na to da ne reemitiraju predmetna djela „novoj javnosti” ili na „različit tehnološki način”⁶⁰. Načelno postoji samo jedno „priopćavanje”, a to je ono o kojem odlučuju dotični korisnici.

80. Prema mojem mišljenju, iz toga slijedi da operateri kao što su YouTube i Cyando načelno samo osiguravaju opskrbu „materijalnim uređajem”, kako se predviđa u uvodnoj izjavi 27. Direktive 2001/29, čime korisnicima svojih platformi omogućuju da obavljaju „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. te direktive, djela koja su oni odredili. Smatram da se nijednim od argumenata iznesenih pred Sudom ne dovodi u pitanje to tumačenje.

54. Jednako tako, nije odlučujuća činjenica da operateri kao što su YouTube i Cyando na svojim poslužiteljima pohranjuju zaštićena djela i da ih prenose kad prime zahtjev u tom smislu od pripadnika javnosti.

55. YouTube ima i kanal na kojem emitira „vlastite” sadržaje. Međutim, taj operater obavlja „priopćavanje javnosti” tih sadržaja čim ih stvori i/ili odabere.

56. Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, t. 27.).

57. Vidjeti točke 16. i 30. ovog mišljenja.

58. Kontrola koju ti operateri provode *a posteriori*, među ostalim, kako bi žurno odgovorili na prijave koje prime od nositelja prava ne može se *a fortiori* smatrati takvim odabirom.

59. YouTube provodi takvu kontrolu s pomoću softvera Content ID (vidjeti točku 22. ovog mišljenja). Naglašavam da, prema mojem mišljenju, činjenica da se prethodna kontrola provodi *automatski* nije odlučujući element. Naime, u svakom je slučaju moguće zamisliti postupak odabira sadržaja koji se provodi s pomoću softvera koji algoritamski određuje sadržaje koji najbolje odgovaraju onomu što operater želi imati na svojoj platformi. Međutim, to nije slučaj s običnim nadzorom zakonitosti.

60. Želim naglasiti da su kriteriji „nova javnost” i „poseban tehnološki način” relevantni samo u pogledu naknadnih upotreba prvotnog priopćavanja. Ti kriteriji omogućuju da se među tim naknadnim upotrebama utvrde one koje treba smatrati „sekundarnim priopćavanjem” (ili „reemitiranjem”) za koje je potrebno posebno odobrenje (na primjer kabelsko reemitiranje radiodifuzijskog emitiranja). Te slučajeve treba razlikovati od onih u kojima djelo, koje je u prošlosti bilo priopćeno javnosti, dovodi do novog priopćavanja javnosti koje je neovisno o prethodnom priopćavanju. U tom pogledu, u skladu s člankom 3. stavcima 1. i 3. Direktive 2001/29, svako od tih priopćavanja javnosti mora biti odobreno, čak i ako se oba odnose na istu javnost ili primjenjuju jednak tehnološki način. Slijedom toga, nije važno jesu li djela koja su objavljena na YouTubeu ili Uploadedu zakonito dostupna na drugoj internetskoj stranici. Te su dvije objave neovisne i svaka od njih mora biti odobrena. Vidjeti u tom smislu presudu od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634).

81. *Kao prvo*, suprotno mišljenjima F. Petersona, Elseviera te njemačke i francuske vlade, smatram da nisu relevantne ni činjenica da operator kao što je YouTube uređuje način na koji se videozapisi koje objavljuju korisnici prikazuju na platformi, tako da ih uključuje u standardno sučelje za vizualizaciju i indeksira ih u različite rubrike ni činjenica da taj operator nudi funkciju pretraživanja i priprema rezultate pretraživanja koji su sažeti na početnoj stranici razvrstani u različite kategorije videozapisa⁶¹.

82. U tom pogledu napominjem da je svrha te strukture prikazivanja i tih različitih funkcija da se racionalizira organizacija platforme, olakša njezino korištenje i time optimizira pristup pohranjenim videozapisima. Međutim, zahtjev iz uvodne izjave 27. Direktive 2001/29 prema kojem davatelj usluga ne obavlja radnju „priopćavanja javnosti” ako „samo” osigurava opskrbu materijalnim uređajem ne znači, prema mojem mišljenju, da taj davatelj ne može optimizirati pristup sadržaju koji se prenosi tako da organizira svoju uslugu⁶². Naime, ne zahtijeva se da to bude samo „opskrba” sama po sebi. Prema mojem mišljenju, stoga nije važna okolnost da ta internetska platforma bude do određene mjere sofisticirana kako bi se olakšalo njezino korištenje. Smatram da ograničenje koje davatelj ne može prekoračiti jest ograničenje aktivnog interveniranja u priopćavanje djela javnosti, kako se predviđa u točki 75. ovog mišljenja.

83. Međutim, na temelju strukture prikazivanja i takvih funkcija ne može se dokazati, prema mojem mišljenju, da je operator prekoračio to ograničenje. Njima se ne upućuje na to da operator određuje sadržaje koje korisnici objavljuju na platformi. Konkretno, činjenicu da se optimizira pristup sadržajima treba razlikovati od činjenice da se optimiziraju sami sadržaji. Operator određuje sadržaj samo u drugom slučaju⁶³. K tomu, činjenica da platforma kao što je YouTube ima standardno sučelje za vizualizaciju ne omogućuje, prema mojem mišljenju, da se zaključi da njezin operator prikazuje sadržaj javnosti na takav način da proizlazi da je taj sadržaj njegov, pod uvjetom da je na tom sučelju za svaki videozapis navedeno koji ga je korisnik objavio.

84. *Kao drugo*, prema mojem mišljenju, nije odlučujuća ni okolnost prema kojoj se na platformi kao što je YouTube registriranim korisnicima prikazuje pregled „preporučenih videozapisa”. Nitko ne osporava činjenicu da te preporuke utječu na sadržaje kojima ti korisnici pristupaju. Međutim, s obzirom na to da se navedene preporuke stvaraju automatski, na temelju videozapisa koje je dotični korisnik prethodno pogledao, i da im je jedini cilj olakšati tom korisniku pristup sličnim videozapisima, te preporuke ne odražavaju odluku operatera da priopći određeno djelo javnosti. U svakom slučaju, taj operator ipak ne određuje unaprijed koja su djela dostupna na njegovoj platformi.

85. *Kao treće*, suprotno onomu što tvrde F. Peterson i Elsevier, činjenica da operator kao što je YouTube u općim uvjetima korištenja njegovom platformom određuje da mu svaki korisnik daje svjetsku, neisključivu i besplatnu licenciju na videozapise koje objavljuje ne dovodi u pitanje tumačenje koje predlažem. Naime, ta vrsta odredbe⁶⁴, kojom se operateru platforme dopušta da emitira sadržaje koje su objavili njegovi korisnici i na temelju koje operator usto tvrdi da automatski i

61 To se pitanje ne postavlja u pogledu platformi kao što je Uploaded koja nema funkcije pretraživanja ili indeksacije pohranjenih datoteka. U tom kontekstu smatram da nije uvjerljiv argument koji su iznijeli Elsevier i njemačka vlada prema kojem nepostojanje tih funkcija nije odlučujuće jer stranice trećih strana, koje služe kao zbirke linkova, omogućuju pripadnicima javnosti da među sadržajem koji je tako pohranjen pronadu djela koja žele preuzeti. U svakom slučaju, osim što navedene funkcije, prema mojem mišljenju, nisu relevantne kako bi se odgovorilo na pitanje obavlja li davatelj usluga „priopćavanje javnosti”, čini mi se da u tom pogledu valja uzeti u obzir radnje tog davatelja, a ne radnje trećih strana s kojima nije ni u kakvim odnosima.

62 Naprotiv, posrednik ima zadaću olakšati susret između trećih strana koje žele priopćavati sadržaj i javnosti. Vidjeti OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, travanj 2010., str. 15.

63 Osim toga, suprotno onomu što tvrdi Elsevier, činjenica da operator kao što je YouTube pretvara u nekoliko formata objavljene videozapise kako bi ih prilagodio različitim preglednicima i brzinama internetske veze, prema mojem mišljenju, nije relevantna. Naime, u tom je slučaju riječ o tehnološkim postupcima kojima se omogućuje i olakšava prijenos podataka i stoga to da pripadnici javnosti pregledavaju te videozapise na svojim preglednicima (ili u namjenskoj aplikaciji). Takvi tehnološki postupci ne mogu se usporediti s promjenom sadržaja koju provodi davatelj. Vidjeti po analogiji presudu od 13. listopada 2011., *Airfield i Canal Digitaal* (C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, t. 60. i 61.).

64 U skladu s mojim istraživanjima, slična odredba često se nalazi u općim uvjetima korištenja internetskim platformama. Vidjeti osobito opće uvjete korištenja Facebookom (verzija od 31. srpnja 2019., t. 3.3, „Dopuštenja koja nam dajete”, dostupne na adresi https://m.facebook.com/terms?locale=hr_HR).

sustavno stječe prava na sve te sadržaje⁶⁵, ne dokazuje sama po sebi da taj operater aktivno intervenira u „priopćavanje javnosti” djela, kako se predviđa u točki 75. ovog mišljenja. Naime, budući da se ta odredba upravo sustavno i automatski primjenjuje na bilo koji objavljeni sadržaj, njome se ne upućuje na to da navedeni operater odlučuje o sadržaju koji se prenosi. Suprotno tomu, kad taj operater, u skladu s navedenom licencijom, ponovno upotrebljava sadržaje koje su objavili korisnici njegove platforme⁶⁶, on u tom smislu obavlja radnje „priopćavanja javnosti”.

86. Kao četvrto, smatram da nije uvjerljiv ni argument F. Petersona i Elseviera prema kojem gospodarski model koji su primijenili operateri kao što su YouTube ili Cyando dokazuje da potonji operateri ne osiguravaju samo „opskrbu materijalnim uređajem”, u smislu uvodne izjave 27. Direktive 2001/29, nego obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koje su objavili korisnici njihovih platformi. U tom pogledu, tužitelji u glavnom postupku tvrde da naknada koju primaju ti operateri, koja se ostvaruje osobito prodajom oglasnih prostora (model „YouTube”) ili pretplata (model „Cyando”), nije protučinidba za tehnološku uslugu, s obzirom na to da potonji operateri konkretno ne naplaćuju korisnicima prostor za pohranu kao takav, nego ovisi o privlačnosti sadržaja objavljenih na njihovim platformama. Naime, u YouTubeovu slučaju, prihodi od oglašavanja koje ostvaruje to su veći što je platforma posjećenija, a u Cyandovu slučaju, mogućnost da se lako izvrši nekoliko preuzimanja atraktivnih sadržaja potiče korisnike interneta da se pretplate.

87. Općenito cilj stjecanja dobiti kojim se vodi davatelj usluga, prema mojem mišljenju, nije koristan element za razlikovanje radnji „priopćavanja javnosti” od takve „opskrbe”. S jedne strane, podsjećam da je nakon razmatranja⁶⁷ Sud odlučio u presudi Reha Training⁶⁸, prema mojem mišljenju pravilno, da lukrativnost *nije kriterij* koji se primjenjuje na pojam „priopćavanje javnosti”, ali se može uzeti u obzir pri izračunu moguće naknade ili naknade štete koju treba platiti autoru zbog takvog „priopćavanja”⁶⁹. Stoga lukrativnost u najboljem slučaju može biti *naznaka* o postojanju takvog „priopćavanja”⁷⁰. Međutim, cilj stjecanja dobiti kojim se vodi davatelj usluga još je manje korisna naznaka za takvo razlikovanje jer se, s druge strane, opskrba „materijalnim uređajem” koja omogućuje da se obavi „priopćavanje javnosti” u pravilu provodi s takvim ciljem⁷¹. Konkretno, velika većina internetskih posrednika pruža svoje usluge uz naknadu.

65 Može se postaviti pitanje o usklađenosti takve odredbe i široke licencije za korištenje koja se tom odredbom predviđa s drugim odredbama prava intelektualnog vlasništva ili pak, kad je riječ o neprofesionalnim korisnicima, s potrošačkim pravom Unije. Međutim, to pitanje nadilazi predmet ovog mišljenja. Navest ću samo da se, što se tiče profesionalnih korisnika, pravila u tom području sada predviđaju u članku 3. stavku 1. točki (e) Uredbe (EU) 2019/1150 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o promicanju pravednosti i transparentnosti za poslovne korisnike usluga internetskog posredovanja (SL 2019., L 186, str. 57.).

66 Mislim osobito na kompilacije kao što je „YouTube Rewind”.

67 Sud je redom, kao prvo, razmotrio pitanje ovisi li postojanje „priopćavanja javnosti” o njegovoj lukrativnosti (vidjeti presudu od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, t. 44.)); kao drugo, razborito presudio da je riječ o elementu koji „je relevantan” (vidjeti presudu od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, t. 204. do 206.)); kao treće, jasno smatrao da je lukrativnost „kriterij” za pojam „priopćavanje javnosti”, pri čemu se nepostojanjem tog kriterija isključuje postojanje takvog „priopćavanja” (vidjeti u tom smislu presudu od 15. ožujka 2012., SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, t. 97. do 99.)), prije nego što je, kao četvrto, potvrdio da lukrativnost „nije nužno neophodan uvjet” i da „nije odlučujuća” u tom pogledu (presuda od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147, t. 42. i 43.)).

68 Presuda od 31. svibnja 2016. (C-117/15, EU:C:2016:379, t. 49. i 62. do 64.)

69 Naime, članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 nije važan za činjenicu je li „priopćavanje javnosti” lukrativno. Kao što sam to naveo, postojanje takvog priopćavanja objektivna je činjenica. Osim toga, budući da se tom odredbom autoru priznaje isključivo pravo, svako „priopćavanje javnosti” djela koje obavi treća strana bez njegova odobrenja načelno povređuje to pravo, neovisno o tome je li cilj te treće strane stjecanje dobiti. Člankom 5. stavkom 3. točkama (a), (b) i (j) te direktive državama članicama ipak se daje mogućnost da predvide iznimke za određena „priopćavanja” koja se obavljaju a da pritom cilj nije stjecanje dobiti.

70 Na primjer, činjenica da osoba emitira djela s ciljem stjecanja dobiti upućuje na to da to ne čini za privatnu skupinu, nego općenito za osobe odnosno „javnost”. Tim se statusom kao jednostavnom naznakom objašnjava, prema mojem mišljenju, činjenica da je Sud u nekoliko presuda utvrdio da su određene radnje „priopćavanja javnosti” a da nije razmotrio pitanje lukrativnosti. Vidjeti presude od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76); od 27. veljače 2014., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110); od 29. studenoga 2017., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913); od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), kao i od 19. prosinca 2019., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

71 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stim i SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4, t. 43. do 44.).

88. Konkretnije, na temelju činjenice da naknada koju primaju operateri kao što su YouTube i Cyando ovisi o privlačnosti sadržaja koje su na njihovim platformama objavili korisnici tih platformi ne može se zaključiti da ti operateri sami obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koja se ondje mogu nalaziti. Podsjećam da je odlučujući kriterij, prema mojem mišljenju, pitanje intervenira li aktivno davatelj usluga u to „priopćavanje”, kao što je objašnjeno u točki 75. ovog mišljenja. Međutim, smatram da se to na temelju same te okolnosti ne može dokazati⁷².

89. Tumačenje koje predlažem potvrđuje, prema mojem mišljenju, sudska praksa Suda u području prava žiga. U tom pogledu podsjećam da je Sud u presudi Google France odlučio, u velikom vijeću, da je upotreba znakova istovjetnih ili sličnih žigovima, kao ključnih riječi u okviru usluge internetskog referenciranja, kao što je usluga AdWords koju pruža Google, bez odobrenja njihovih nositelja, zabranjena upotreba tih žigova u smislu prava Unije. Međutim, tu upotrebu primjenjuje korisnik usluge referenciranja koji je odabrao te znakove kao ključne riječi, a ne davatelj usluge koji mu samo osigurava sredstva da to čini. Činjenica da tom davatelju usluga njegovi klijenti plaćaju naknadu za upotrebu takvih znakova nije relevantna. Naime, Sud smatra da „stvaranje tehničkih uvjeta potrebnih za uporabu znaka i dobivanje naknade za tu uslugu ne znači da onaj tko je pružio tu uslugu sam rabi navedeni znak”⁷³.

90. Slično tomu, Sud je u presudi L’Oréal/eBay odlučio, ponovno u velikom vijeću, da je upotreba znakova koji odgovaraju žigovima, u prodajnim ponudama objavljenim na internetskom tržištu, bez odobrenja njihovih nositelja, zabranjena upotreba tih žigova. Međutim, i u tom slučaju tu upotrebu ne primjenjuje operater tržišta, nego korisnici koji su objavili te prodajne ponude. Naime, budući da taj operater korisnicima svoje usluge samo omogućuje da objavljuju takve prodajne ponude i, po potrebi, upotrebljavaju takve znakove na tom tržištu, on sam ne upotrebljava te znakove⁷⁴.

91. Međutim, nije sporno da konkretno eBay uređuje opći prikaz oglasa svojih korisnika prodavača, indeksira ih u različite rubrike i da je uspostavio funkciju pretraživanja. Taj operater korisnicima kupcima automatski preporuča ponude slične onima koje su prethodno pogledali. Osim toga, naknada operatera o kojima je riječ u predmetima u kojima su donesene presude Google France i L’Oréal/eBay ovisi o privlačnosti sadržaja koji objavljuju korisnici njihovih usluga. Google, u okviru usluge AdWords, prima naknadu ovisno o broju klikova na *linkove* oglasa u kojima se upotrebljavaju ključne riječi koje su odabrali korisnici oglašivači⁷⁵. eBay naplaćuje postotak na transakcije izvršene iz prodajnih ponuda objavljenih na njegovu tržištu⁷⁶. Te različite okolnosti Sudu se očito nisu činile odlučujućima ili čak relevantnima jer ih nije niti naveo u svojem rasuđivanju. Stoga se pitam zašto bi te okolnosti u ovim predmetima trebale imati važnost na koju upućuju tužitelji u glavnom postupku⁷⁷.

92. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prva pitanja odgovori da operater platforme za razmjenu videozapisa i operater platforme za smještaj informacija i dijeljenje datoteka ne obavljaju radnju „priopćavanja javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, kad korisnik njihovih platformi na njima objavljuje zaštićeno djelo.

72 Uostalom, prihodi od oglašavanja koje ostvaruje platforma kao što je YouTube odraz su popularnosti platforme u svim njezinim mogućim primjenama. Jednako tako, pretplate kao što su one koje nudi Cyando pružaju različite pogodnosti u pogledu preuzimanja sadržaja, ali i, čini se, kad je riječ o mogućnostima pohrane. Čini mi se da je u takvom kontekstu granica između „protučinidbe za uslugu” i „protučinidbe za sadržaj” nejasna. U obrnutom slučaju, kao što je to Sud odlučio u presudi od 13. listopada 2011., Airfield i Canal Digitaal (C-431/09 i C-432/09, EU:C:2011:648, t. 80.), cijena pretplate koju javnost plaća davatelju usluge satelitskog paketa (nedvojbeno) je protučinidba za pristup djelima koja se priopćavaju satelitski.

73 Vidjeti presudu Google France, t. 50. do 57., kao i t. 104.

74 Vidjeti presudu L’Oréal/eBay, t. 98. do 105. Vidjeti u istom smislu i presudu od 2. travnja 2020., Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, t. 34. do 48.).

75 Vidjeti presudu Google France, t. 25.

76 Vidjeti presudu L’Oréal/eBay, t. 28. i 110.

77 Uostalom, u presudi od 16. veljače 2012., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, osobito t. 27. i 40.), Sud je po analogiji pošao od pretpostavke prema kojoj operater platforme društvene mreže samo pruža uslugu koja njegovim korisnicima omogućuje da priopćavaju djela javnosti, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. Ne vidim zašto bi se u ovom slučaju odstupilo od tog pristupa.

93. Slijedom toga, ne može se smatrati da su ti operateri *izravno odgovorni*, u skladu s člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29, kad treće strane stavljaju zaštićena djela na raspolaganje javnosti preko njihovih platformi, bez prethodnog odobrenja nositelja prava i mogućnosti primjene iznimke ili ograničenja. Tim se zaključkom ne isključuje da za navedene operatere iz toga može proizlaziti oblik *sekundarne odgovornosti*. To pitanje ipak treba ispitati s obzirom na pravila u području građanskopravne odgovornosti koja predviđaju države članice, kojima se trebaju poštovati ograničenja utvrđena u člancima 14. i 15. Direktive 2000/31⁷⁸.

2. Činjenica da se člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 ne uređuje sekundarna odgovornost osoba kojom se trećim stranama olakšava obavljanje nezakonitih radnji „priopćavanja javnosti”

94. Uvodno valja podsjetiti, najprije, da je Sud u presudi GS Media odlučio, u skladu sa svojom presudom Svensson i dr.⁷⁹, da činjenica da stavljanje na internetsku stranicu hiperpoveznica koje upućuju na nezakonito objavljena djela na drugoj internetskoj stranici može biti „priopćavanje javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. Sud je u biti smatrao da stavljanjem takvih poveznica osoba ima „nezaobilaznu ulogu” jer javnosti daje „izravan pristup” predmetnim djelima. Međutim, takvo postavljanje poveznica je „priopćavanje javnosti” samo pod uvjetom da se dokaže da je osoba koja ih je postavila *znala ili trebala znati* da te poveznice daju pristup nezakonito objavljenim djelima, pri čemu se mora pretpostaviti da je ta osoba za to znala ako joj cilj stjecanje dobiti⁸⁰.

95. Nadalje, u presudi Stichting Brein I („Filmspeler”), Sud je odlučio da prodaja multimedijuskog preglednika u koji su prethodno instalirani *add-on* programi koji sadržavaju hiperpoveznice na internetske stranice koje nezakonito emitiraju u *streamingu* zaštićena djela jest „priopćavanje javnosti”. U tom je predmetu Sud smatrao da prodavač tog preglednika ne osigurava samo „opskrbu materijalnim uređajem”, nego da naprotiv ima „nezaobilaznu ulogu” u priopćavanju djela zato što bi, da on prethodno nije instalirao *add-on* programe u navedeni preglednik, kupci tog preglednika „mogli samo uz poteškoće uživati u zaštićenim djelima” jer javnost ne može jednostavno doći do internetskih stranica sa *streamingom*. K tomu, Sud se usredotočio na činjenicu da je prodavač navedenog preglednika *znao* za činjenicu da ti *add-on* programi omogućuju pristup djelima koja se *nezakonito* emitiraju na internetu⁸¹.

96. Naposljetku, u presudi Stichting Brein II („The Pirate Bay”), Sud je odlučio da je „priopćavanje javnosti” stavljanje na raspolaganje internetske platforme i upravljanje tom platformom koja skladišti i indeksira *torrent* datoteke koje objavljuju njezini korisnici, što im omogućuje da dijele i preuzimaju zaštićena djela u okviru mreže ravnopravnih članova (*peer-to-peer*). Prema mišljenju Suda, administratori te platforme ne osiguravaju „samo opskrbu materijalnim uređajem”, nego imaju „nezaobilaznu ulogu” u stavljanju na raspolaganje djela jer na platformi za to nude različite načine, među kojima su funkcija pretraživanja i indeksacije pohranjenih *torrent* datoteka, koji olakšavaju lokalizaciju tih datoteka. Stoga, da administratori ne interveniraju, „korisnici ne bi mogli dijeliti navedena djela, ili bi im barem njihovo dijeljenje na internetu bilo složenije”. U tom je pogledu Sud naglasio činjenicu da su administratori navedene platforme *znali* za činjenicu da se djela koja se dijele preko te platforme uglavnom dijele *nezakonito*⁸².

78 Vidjeti po analogiji presudu Google France, t. 57.; presudu L'Oréal/eBay, t. 104., kao i presudu od 2. travnja 2020., Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, t. 49.).

79 Presuda od 13. veljače 2014. (C-466/12, EU:C:2014:76)

80 Vidjeti presudu GS Media (t. 40. do 51.).

81 Vidjeti presudu Stichting Brein I („filmspeler”), t. 41. do 51.

82 Vidjeti presudu Stichting Brein II („The Pirate Bay”), t. 35. do 46.

97. Načelno, kao što sam to objasnio u točki 56. ovog mišljenja, kao što je to navedeno u uvodnoj izjavi 23. Direktive 2001/29 i kao što je to Sud presudio u nekoliko navrata⁸³, „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. te direktive, jednako je prijenosu djela javnosti. K tomu, u toj se uvodnoj izjavi pojašnjava da ta odredba „ne bi trebal[a] obuhvaćati nikakve druge radnje”. Ako je u slučaju stavljanja na raspolaganje dovoljno da dotična osoba dâ javnosti pristup djelu, taj pristup mora podrazumijevati, kao što sam to pojasnio u točki 57. ovog mišljenja, *moгуćnost prijenosa* tog djela koji se provodi na zahtjev pripadnika javnosti.

98. Međutim, nijedna od radnji o kojima je riječ u trima presudama koje se ispituju u ovom odjeljku ne odnosi se, prema mojem mišljenju, na stvarni ili moguć prijenos djela javnosti. Presuda Stichting Brein II („The Pirate Bay”) u tom je pogledu najreprezentativniji primjer. Budući da djela podijeljena na mreži *peer-to-peer* nisu objavljena na spornoj platformi, njezini administratori nisu ih stvarno mogli prenijeti javnosti. Tom su se platformom zapravo samo *olakšavali* prijenosi koje su njezini korisnici provodili na toj mreži⁸⁴. Isto je vrijedilo u presudama GS Media i Stichting Brein I („Filmspeler”). Postavljanje hiperpoveznica i prodaja spornog multimedijskog preglednika o kojem je riječ u tim presudama *olakšavali* su pristup djelima koja su nezakonito stavljena na raspolaganje javnosti na predmetnim internetskim stranicama⁸⁵.

99. Ukratko, u tim je presudama Sud, prema mojem mišljenju, u područje primjene članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 uključio radnje koje u pravom smislu riječi nisu stvarni ili moguć prijenosi djela, nego koje *olakšavaju* trećim stranama provođenje takvih nezakonitih prijenosa⁸⁶.

100. Usto, Sud je u tim presudama u pojam „priopćavanje javnosti” uključio kriterij koji se odnosi na *znanje o nezakonitosti*. Međutim, kao što su to tvrdili Elsevier i francuska vlada, taj pojam načelno ne sadržava takav kriterij. Iako je Sud u nekoliko navrata presudio da postojanje takvog „priopćavanja” pretpostavlja da dotična osoba intervenira „s punim poznavanjem posljedica svojeg ponašanja”, „namjerno”, „svjesno” ili pak „ciljano”⁸⁷, tim različitim izrazima načelno se, prema mojem mišljenju, nastoji uputiti na to da, kao što sam to objasnio u točki 72. ovog mišljenja, navedeni pojam podrazumijeva *želju* da se djelo *prenese* javnosti⁸⁸. To se pitanje *a priori* razlikuje od pitanja je li osoba koja obavlja „priopćavanje javnosti” djela bez autorova odobrenja znala za činjenicu da je takvo „priopćavanje” načelno nezakonito.

83 Vidjeti osobito presude od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, t. 193.); od 31. svibnja 2016., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, t. 38.), kao i od 19. prosinca 2019., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, t. 49. i 62.). U presudi od 24. studenoga 2011., Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, t. 40.), Sud je presudio i da članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 ne obuhvaća radnje koje ne uključuju „prijenos” ili „reemitiranje” djela.

84 Pojašnjavam da je odgovornost korisnika mreže *peer-to-peer* na temelju članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 predmet postupka koji je u tijeku, C-597/19, M. I. C. M.

85 Pitanje hiperpoveznica nadilazi predmet ovog mišljenja. Sud će imati priliku ponovno ispitati to pitanje u predmetu koji je u tijeku C-392/19, VG Bild-Kunst.

86 Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu GS Media (C-160/15, EU:C:2016:221, t. 54. do 61.). Uostalom, u točki 26. presude Stichting Brein II („The Pirate Bay”), Sud je izmijenio prvotnu definiciju „nezaobilazne uloge”, koju sada treba shvatiti na način da je osoba „[...] u potpunosti svjes[na] posljedica svojeg postupanja, kako bi omoguć[ila] svojim klijentima pristup zaštićenom djelu, i to osobito kada, kad ne bi bilo takvog djelovanja, ti klijenti ne bi mogli, *ili ne bi mogli bez teškoća*, uživati u emitiranom djelu” (moje isticanje).

87 Vidjeti osobito presude od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, t. 42.); od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, t. 194.); od 15. ožujka 2012., SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, t. 91. i 94.), kao i od 27. veljače 2014., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, t. 26.).

88 Slučajni prijenos djela javnosti, na primjer glazba koja se u privatnom domu emitira preko zvučnika koji su postavljeni na visoku glasnoću, koju prolaznici čuju s ulice, stoga nije „priopćavanje javnosti”. Svjesnost priopćavanja proizlazi iz objektivnih elemenata koji se odnose na samu prirodu intervencije dotične osobe. Time se objašnjava da, osim u presudama GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler”) i Stichting Brein II („The Pirate Bay”), Sud nikada nije zasebno ispitao to pitanje te ga je pravilno razmatrao kao pitanje koje je neodvojivo povezano s pitanjem „nezaobilazne uloge” dotične osobe.

101. U tom se pogledu, kao što sam to objasnio u točki 64. ovog mišljenja, u skladu s člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29, postojanje „priopćavanja javnosti”, podložno različitim izrazima navedenim u prethodnoj točki, općenito smatra *objektivnom činjenicom*. Zakonitost ili nezakonitost tog „priopćavanja” načelno ne ovisi ni o znanju osobe koja ga obavlja, nego u biti o tome je li autor dopustio navedeno „priopćavanje”⁸⁹. Suprotno tomu, znanje te osobe uzima se u obzir u fazi sankcija i naknada štete koje se toj osobi mogu naložiti. Konkretno, iz članka 13. Direktive 2004/48 proizlazi da osoba koja je povrijedila pravo intelektualnog vlasništva, *koja je znala ili za koju je osnovano pretpostaviti da je morala znati da sudjeluje u vršenju povrede*, ima obvezu nositelju prava platiti naknadu primjerenu stvarnoj šteti koju je pretrpio kao posljedicu povrede. U obrnutom slučaju, kad osoba počini takvu povredu *a da nije znala ili nije imala osnovanih razloga znati da sudjeluje u vršenju povrede*, može se izreći blaža kazna, u obliku povrata dobiti koju je ostvarila ili isplate unaprijed utvrđene naknade štete⁹⁰.

102. S obzirom na navedeno, činjenica da osoba, konkretno posredni davatelj usluga, svjesno olakšava trećim stranama obavljanje nezakonitih radnji „priopćavanja javnosti” očito je kažnjivo ponašanje. Međutim, općenito je prihvaćeno da je u tom slučaju riječ o pitanju *sekundarne odgovornosti*, koje je obuhvaćeno pravilima o građanskopravnoj odgovornosti koja predviđaju države članice⁹¹. Uostalom, ta sekundarna odgovornost za povrede autorskog prava koje su počinile treće strane obično podrazumijeva moralni element kao što su znanje o nezakonitosti ili namjera⁹².

103. Međutim, prema mojem mišljenju, budući da se člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 usklađuje materijalni sadržaj prava „priopćavanja javnosti”, tim se člankom određuju radnje koje su obuhvaćene tim isključivim pravom i u tom smislu *primarna odgovornost* koju snose oni koji nezakonito čine takve radnje. Suprotno tomu, nijedan element u tekstu te odredbe ili u drugim odredbama te direktive ne upućuje na to da je svrha te direktive urediti pitanja *sekundarne odgovornosti*⁹³. To je još značajnije jer zakonodavac Unije jasno navodi kad želi da su određena pitanja obuhvaćena aktima koje donosi⁹⁴.

89 Vidjeti po analogiji mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Camposa Sánchez-Bordone u predmetu Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2016:938, t. 71.).

90 Osim toga, neke od mjera predviđenih Direktivom 2004/48 primjenjuju se samo na djela počinjena u komercijalne svrhe, osim radnji koje su poduzeli krajnji korisnici postupajući u dobroj vjeri. Vidjeti uvodnu izjavu 14., kao i članak 6. stavak 2., članak 8. stavak 1. i članak 9. stavak 2. te direktive.

91 U Njemačkoj se odgovornost za sudioništvo predviđa člankom 830. Bürgerliches Gesetzbuch (Građanski zakonik, u daljnjem tekstu: BGB) (vidjeti u tom pogledu moju analizu petih i šestih prethodnih pitanja). U Ujedinjenoj Kraljevini je činjenica odobravanja, osiguravanja sredstava ili poticanja na povredu delikt (*tort*) (vidjeti Arnold, R. i Davies, P. S., „Accessory liability for intellectual property infringement: the case of authorisation”, *Law Quarterly Review*, br. 133, 2017., str. 442. – 468.). Vidjeti po analogiji također u Sjedinjenim Američkim Državama pravila o *contributory infringementu* (vidjeti Ginsburg, J. C., „Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs”, *Arizona Law Review*, sv. 50., 2008., str. 577. – 609.).

92 Vidjeti osobito Leistner, M., „Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017., sv. 12., br. 2, str. 136. – 149.; Angelopoulos, C., „Communication to the public and accessory copyright infringement”, *Cambridge Law Journal*, 2017., sv. 76., br. 3, str. 496. – 499.; Koo, J., *op. cit.*, str. 117., kao i Ohly, A., „The broad concept of ‚communication to the public’ in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018., sv. 13., br. 8, str. 664. – 675.

93 Međutim, iznimka su pravila o sudskim nalogima protiv posrednika predviđena u članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 (vidjeti moju analizu četvrtih prethodnih pitanja).

94 Brojne direktive sadržavaju članak kojim se države članice obvezuju da osiguraju da su kao kazneno djelo kažnjivi poticanje na počinjenje, pomaganje ili podupiranje u počinjenju djela koja se tim direktivama najprije kažnjavaju. Vidjeti osobito članak 7. Direktive 2011/93/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o suzbijanju seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije, te o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2004/68/PUP (SL 2011., L 335, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 16., str. 261. i ispravak SL 2018., L 128, str. 22.); članak 8. Direktive 2013/40/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 12. kolovoza 2013. o napadima na informacijske sustave i o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2005/222/PUP (SL 2013., L 218, str. 8.); članak 6. Direktive 2014/57/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o kaznenopravnim sankcijama za zlouporabu tržišta (Direktiva o zlouporabi tržišta) (SL 2014., L 173, str. 179.); članak 5. Direktive (EU) 2017/1371 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2017. o suzbijanju prijevara počinjenih protiv financijskih interesa Unije kaznenopravnim sredstvima (SL 2017., L 198, str. 29.); članak 4. Direktive (EU) 2018/1673 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2018. o borbi protiv pranja novca kaznenopravnim sredstvima (SL 2018., L 284, str. 22.).

104. Iz tih razloga dvojim o rasuđivanju koje je Sud primijenio u presudama GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler”) i Stichting Brein II („The Pirate Bay”). Neovisno o tome bi li bilo poželjno da na razini Unije postoji ujednačeno rješenje za djelovanja osoba koja namjerno olakšavaju trećim stranama obavljanje nezakonitih radnji i iako bi takva ujednačenost pridonijela osiguravanju visoke razine zaštite autorskog prava, ipak se, prema mojem mišljenju, pravom Unije u njegovu trenutačnom stanju to ne predviđa⁹⁵. Na zakonodavcu Unije je da sustav sekundarne odgovornosti uključi u pravo Unije.

105. Ustrajem na činjenici da postavljanje hiperpoveznica koje upućuju na nezakonito objavljena djela na internetskoj stranici, koje je učinjeno s punim poznavanjem te nezakonitosti, prodaja preglednika kao što je „Filmspeler” i upravljanje platformom kao što je „The Pirate Bay” svakako treba kazniti. Međutim, nije potrebno da se takva djelovanja uključe u područje primjene članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 kako bi se postigao taj rezultat. Prema mojem mišljenju, odgovor na ta djelovanja može se i treba pronaći u građanskom pravu država članica ili čak u njihovu kaznenom pravu. Tumačenje koje predlažem stoga ne ostavlja autore nezaštićenima u tom pogledu.

106. Usto, podsjećam da je Sud u presudama Google France i L'Oréal/eBay odlučio u području prava žiga da neće proširiti područje primarne odgovornosti na djelovanja posrednika koja mogu pridonijeti povredama žigova koje su počinili korisnici njihovih usluga. Sud je pri razmatranju tog pitanja pravilno uputio na pravila u području građanskopravne odgovornosti koja predviđaju države članice i ograničenja utvrđena Direktivom 2000/31⁹⁶. Stoga se pitam je li potrebno odstupiti od takvog pristupa u području autorskog prava s obzirom na to da je zakonodavstvo Unije u tim dvama područjima do slične razine usklađeno i teži istom cilju visoke razine zaštite intelektualnog vlasništva.

3. Podredno, olakšavaju li namjerno operateri kao što su YouTube i Cyando obavljanje nezakonitih radnji trećim stranama

107. U slučaju da Sud smatra prikladnim da se u ovim predmetima primijeni okvir analize iz presuda GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler”) i Stichting Brein II („The Pirate Bay”), unatoč dvojbama koje sam iznio u prethodnom odjeljku, podredno ću ispitati ove predmete s obzirom na taj okvir analize.

108. Prema mojem razumijevanju tih presuda, intervenciju osobe u prijenos djela javnosti, osim osobe koja, time što je odlučila o tom prijenosu, obavlja radnju „priopćavanja javnosti” u pravom smislu riječi, treba izjednačiti s takvom radnjom „priopćavanja” ako su ispunjena dva kriterija.

109. *S jedne strane*, dotična osoba mora imati „nezaobilaznu ulogu” u navedenom prijenosu. U skladu s pristupom koji se primijenio u navedenim presudama, ta „uloga” postoji kad ta osoba olakšava taj prijenos⁹⁷. U ovom je slučaju taj kriterij očito ispunjen u pogledu operatera kao što su YouTube i Cyando.

110. *S druge strane*, intervencija navedene osobe mora biti „namjerna”, što se tumači na način da osoba mora znati o nezakonitosti priopćavanja koje olakšava. Način na koji taj kriterij treba tumačiti u ovim predmetima znatno je manje očit. Cjelokupna problematika temelji se na tome da u pravu Unije ne postoji okvir koji se odnosi na taj moralni element. Stoga mogu samo nagađati, na temelju naznaka

⁹⁵ Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Poiaresa Madura u spojenim predmetima Google France i Google (C-236/08 do C-238/08, EU:C:2009:569, t. 48.); mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu L'Oréal i dr. (C-324/09, EU:C:2010:757, t. 55. i 56.), kao i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, t. 3.).

⁹⁶ Vidjeti presudu Google France, t. 57. i presudu L'Oréal/eBay, t. 104.

⁹⁷ Vidjeti u tom smislu presudu Stichting Brein I („Filmspeler”), t. 41. i 42., kao i presudu Stichting Brein II („The Pirate Bay”), t. 26., 34., 36. i 37. Vidjeti za pojam „nezaobilazne uloge”, kako se tumači, prema mojem mišljenju, u drugim presudama Suda, točku 72. ovog mišljenja.

koje proizlaze iz presuda GS Media, Stichting Brein I („Filmspeler”) i Stichting Brein II („The Pirate Bay”), o nacionalnim sudskim praksama u području sekundarne odgovornosti i logici koja proizlazi iz uvjeta koje moraju ispuniti posredni davatelji usluga, u skladu s člankom 14. stavkom 1. točkama (a) i (b) Direktive 2000/31, kako bi ih se oslobodilo od odgovornosti predviđene u toj odredbi⁹⁸.

111. U tom pogledu, čini mi se da se može smatrati, bez previše poteškoća, kao što to tvrde sud koji je uputio zahtjev i Komisija, da operater kao što je YouTube ili Cyando „namjerno” intervenira u nezakonito „priopćavanje javnosti” određenog djela koje se obavlja preko njegove platforme kad je znao ili bio svjestan da postoji datoteka koja sadržava predmetno djelo, osobito ako mu je bila prijavljena, i kad taj operater nije žurno djelovao, čim je to saznao ili toga postao svjestan, kako bi uklonio tu datoteku ili joj onemogućio pristup⁹⁹. Naime, u takvom slučaju može se razumno smatrati da operater, time što nije djelovao kad je to mogao učiniti, odobrava to nezakonito „priopćavanje” ili pokazuje očiti nemar u pogledu tog priopćavanja. Pitanja u kojim okolnostima operater to saznaje ili toga postaje svjestan i, po potrebi, je li „žurno” djelovao treba, prema mojem mišljenju, ispitati s obzirom na ista načela kao što su ona koja se primjenjuju u okviru uvjeta predviđenih u članku 14. stavku 1. točkama (a) i (b) Direktive 2000/31¹⁰⁰.

112. Suprotno tomu, poput Komisije, i suprotno mišljenjima F. Petersona, Elseviera te njemačke i francuske vlade, smatram da se znanje o nezakonnosti ne može *pretpostaviti* zato što je cilj predmetnog operatera stjecanje dobiti.

113. Točno je da je Sud u presudi GS Media odlučio da, kad osoba koja na internetsku stranicu postavlja hiperpoveznice koje upućuju na zaštićena djela, koja su bez odobrenja njihova autora objavljena na drugoj internetskoj stranici, to čini s ciljem stjecanja dobiti, valja (kao oborivu pretpostavku) pretpostaviti da je to izvršila sa svijesti o tome da su ta djela zaštićena i da ne postoji to odobrenje¹⁰¹. Osim što mi se čini da je Sud, u svojoj kasnijoj sudskoj praksi, ipak ograničio to rješenje na pitanje hiperpoveznica¹⁰², smatram da se takva pretpostavka u svakom slučaju ne može primijeniti u ovom predmetu.

114. U predmetu u kojem je donesena presuda GS Media operater predmetne internetske stranice sâm je postavio sporne poveznice. Stoga je znao na koje sadržaje te poveznice upućuju. Kao što to tvrdi Cyando, ta je okolnost bila osnova za činjeničnu pretpostavku. Na temelju toga Sud je mogao od tog operatera očekivati da prije tog postavljanja izvrši „potrebne provjere” kako bi se uvjerio da nije riječ o zaštićenim djelima koja su nezakonito objavljena na stranici na koju upućuju te poveznice¹⁰³.

115. Suprotno tomu, podsjećam da sadržaj načelno ne objavljuje operater platforme. Primjena rješenja iz presude GS Media u tom kontekstu značila bi da se pretpostavlja da taj operater, s obzirom na to da mu je općenito cilj stjecanje dobiti, nije samo znao za sve datoteke koje se nalaze na njegovim poslužiteljima, nego je znao i za njihovu moguću nezakonnost, pri čemu je dužan oboriti tu

98 Naime, ako Sud želi zadržati kriterij znanja o nezakonnosti u okviru pojma „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, trebat će slijediti načela koja proizlaze iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31, osim ako ne preuzme rizik da dode do situacije, navedene u bilješci 20. ovog mišljenja, u kojoj je davatelj usluga odgovoran na temelju prve odredbe, ali ga se oslobađa na temelju druge odredbe.

99 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, t. 51. i 52.) i po analogiji presudu GS Media, t. 49.

100 Stoga u pogledu tih pitanja upućujem na svoju analizu trećih prethodnih pitanja. Pojašnjavam ipak da je ideja „svjesnosti” (koja upućuje na rečenicu iz članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31, prema kojoj „davatelj [...] zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija”) u skladu s idejom, navedenom u točki 49. presude GS Media, prema kojoj je osoba odgovorna kad je „trebala znati” da olakšava nezakonito priopćavanje.

101 Vidjeti presudu GS Media, t. 51.

102 U točki 49. presude Stichting Brein I („Filmspeler”), Sud je uputio na pretpostavku iznesenu u presudi GS Media. Međutim, iako je predmetni multimedijски preglednik prodavan s ciljem stjecanja dobiti, Sud nije stvarno primijenio tu pretpostavku. Štoviše, u presudi Stichting Brein II („The Pirate Bay”) Sud nije ni uputio na navedenu pretpostavku.

103 Vidjeti presudu GS Media, t. 51.

pretpostavku tako da dokaže da je izvršio „potrebne provjere”. Međutim, takvo bi rješenje, prema mojem mišljenju, dovelo do toga da se takvom operateru naloži opća obveza da prati informacije koje pohranjuje ili da aktivno traži činjenice ili okolnosti koje bi ukazivale na protuzakonite aktivnosti, protivno zabrani koja je u tom pogledu propisana u članku 15. stavku 1. Direktive 2000/31¹⁰⁴.

116. Preostaje još ispitati mogu li se, kao što to tvrde F. Peterson, Elsevier i francuska vlada, operateri kao što su YouTube i Cyando smatrati odgovornima *jer su općenito i apstraktno znali* za činjenicu da se njihovim platformama (osobito) koriste treće strane za nezakonito dijeljenje zaštićenih djela na internetu.

117. To je pitanje izrazito složeno. Velikim brojem proizvoda ili usluga može se, poput platformi YouTube i Uploaded, koristiti u zakonite svrhe ili čak društveno poželjne svrhe, kao i u nezakonite svrhe. Prema mojem mišljenju, pružatelj takvog proizvoda ili usluge ne može se smatrati odgovornim za to što se treće strane njime nezakonito koriste zbog toga što je znao za takve upotrebe ili sumnjao da postoje. Tako niska razina odgovornosti može biti prepreka proizvodnji i stavljanju na tržište takvih proizvoda ili usluga na štetu njihovih zakonitih primjena i stoga usporiti razvoj sličnih ili inovativnih proizvoda ili usluga¹⁰⁵.

118. Sama činjenica da pružatelj ostvaruje dobit od tih nezakonitih primjena također ne može biti odlučujuća. U tom su pogledu F. Peterson, Elsevier i francuska vlada istaknuli da se YouTube financira osobito oglašavanjem na platformi, da su prihodi od oglašavanja koje ostvaruje to veći, što su sadržaji koji se na njoj objavljuju privlačniji te da je „općepriznato” da je „u velikoj većini slučajeva” riječ o zaštićenim djelima koja su objavljena bez odobrenja njihovih autora. Osim što mi se čini da je ta logika previše pojednostavnjena u pogledu platforme kao što je YouTube¹⁰⁶, napominjem da prihodi koji se ostvaruju nasumičnim oglašavanjem na toj platformi ovise o njezinoj općenitoj posjećenosti i stoga su odraz njezinih zakonitih i nezakonitih primjena. Međutim, bilo koji pružatelj proizvoda ili usluge kojim se može koristiti za te dvije primjene neizbježno ostvaruje dio svoje dobiti od korisnika koji ga kupuju ili se njime koriste u nezakonite svrhe. Stoga treba dokazati druge okolnosti.

119. U tom pogledu ne treba zanemariti svrhu sustava sekundarne odgovornosti. Kao što proizlazi iz točke 117. ovog mišljenja, prema mojem mišljenju, takav sustav treba težiti odvraćanju od ponašanja koja olakšavaju povrede autorskog prava a da se pritom ne stvori prepreka inovaciji ili spriječi moguća zakonita primjena proizvoda ili usluga koje se može koristiti i u nezakonite svrhe.

120. U tom okviru, kao što to tvrdi finska vlada, odgovornost davatelja usluga može se, prema mojem mišljenju, utvrditi a da nije potrebno dokazati da je potonji davatelj znao za konkretne povrede autorskog prava ili ih bio svjestan ako se dokaže da je taj davatelj pružanjem svoje usluge *namjeravao* trećim stranama olakšati počinjenje takvih povreda. Presude Stichting Brein I („Filmspeler”) i Stichting Brein II („The Pirate Bay”) treba, prema mojem mišljenju, shvatiti na taj način. U prvoj presudi Sud je

¹⁰⁴ Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, t. 52.). Sud je dosad pojasnio ograničenja koja se propisuju člankom 15. stavkom 1. Direktive 2000/31 u pogledu sudskih naloga koji se mogu izdati protiv davatelja koji pohranjuju informacije dobivene od korisnika njihovih usluga (vidjeti osobito presudu L’Oréal/eBay, t. 139.). Prema mojem mišljenju, tu odredbu treba uzeti u obzir neovisno o pitanju tih sudskih naloga. Naime, ne može se prihvatiti tumačenje prava Unije čiji je učinak *nalaganje ex ante* takve obveze takvom davatelju. Osim toga, čak i ako se pretpostavi da je Sud u okviru drugih prethodnih pitanja odlučio da operateri kao što su YouTube ili Cyando nisu obuhvaćeni područjem primjene članaka 14. i 15. te direktive, opća obveza praćenja i aktivnog traženja ne bi bila u skladu s drugim odredbama prava Unije (vidjeti odjeljak F ovog mišljenja).

¹⁰⁵ Vidjeti Supreme Court of the United States (Vrhovni sud, Sjedinjene Američke Države), *Sony Corp. of America protiv Universal City Studios Inc.*, 464 U. S. 417 (1984.). U predmetu u kojem je donesena ta presuda nositelji prava tražili su da se utvrdi sekundarna odgovornost Sonyja za proizvodnju i stavljanje na tržište videorekordera „Betamax” jer je to društvo trećim stranama tim videorekorderom omogućilo sredstva da počine povrede autorskog prava (osobito nezakoniti primjerak televizijskih programa) i jer je to društvo razumno moglo znati da će doći do takvih povreda. Međutim, njihova je tužba odbijena uz obrazloženje da se navedenim videorekorderom, iako se može koristiti nezakonito, može koristiti i za brojne zakonite primjene.

¹⁰⁶ U tom pogledu napominjem da iako YouTube nedvojbeno ima koristi od činjenice da se na njegovoj platformi pohranjuju popularna djela, kao što su televizijske serije, filmovi ili glazbeni spotovi velikih umjetnika, njihova prisutnost na toj platformi često nije nezakonita. Naime, kao što je to Google tvrdio a da mu nitko nije proturječio, velik broj pružatelja sadržaja i nositelja prava objavljuju sadržaje na YouTubeu. Osim toga, Google je tvrdio, a da mu ponovo nitko nije proturječio, da YouTube omogućuje pristup kulturnim, informativnim i obrazovnim sadržajima koje stvaraju korisnici, koji su sami po sebi privlačni (vidjeti točku 43. ovog mišljenja).

istaknuo da je prodavač „Filmspelera” općenito znao da se tim preglednikom može koristiti u nezakonite svrhe¹⁰⁷. U drugoj presudi Sud je istaknuo da administratori platforme „The Pirate Bay” općenito znaju da ta platforma olakšava pristup djelima koja su podijeljena bez prethodnog odobrenja njihovih autora i da, u svakom slučaju, nisu mogli to ne znati, s obzirom na okolnost da veliki broj *torrent* datoteka koje se nalaze na toj platformi upućuje na takva djela¹⁰⁸. Međutim, u predmetima u kojima su donesene te presude, te su osobe *otvoreno izrazile namjeru* da preko svojeg preglednika ili platforme olakšaju trećim stranama obavljanje nezakonitih radnji „priopćavanja javnosti”¹⁰⁹.

121. U ovom slučaju ni YouTube ni Cyando ne promiču otvoreno nezakonite primjene svojih platformi. F. Peterson i Elsevier ipak tvrde da se te operatore treba smatrati odgovornima *s obzirom na način na koji su organizirali svoje usluge*. Podsjećam da se u tom pogledu tužitelji u glavnom postupku pozivaju na nekoliko logičnih argumenata: kao prvo, navedeni operateri dokazali su da svjesno zanemaruju nezakonite primjene svojih platformi (time što omogućuju svojim korisnicima da na tim platformama objavljuju sadržaje automatski i bez prethodne kontrole), kao drugo, potiču ih na takve nezakonite primjene i, kao treće, nemarni su u pogledu tih primjena (s obzirom na to da su povrijedili obveze dužne pažnje time što ni u tom slučaju nisu proveli prethodnu kontrolu objavljenih sadržaja)¹¹⁰.

122. Najprije su potrebna određena pojašnjenja. Prema mojem mišljenju, operater se ne može smatrati odgovornim, na temelju svjesnog zanemarivanja ili kažnjivog nemara, samo zato što omogućuje korisnicima svoje platforme da na njoj automatski objavljuju sadržaje i jer ih općenito ne kontrolira prije njihove objave. S jedne strane, ne može se razumno tvrditi, kao što to ipak čini Elsevier, da taj operater time što je organizirao svoju platformu na taj način samo nastoji izbjeći svaku odgovornost¹¹¹. S druge strane, člankom 15. Direktive 2000/31 sprečava se da se od takvog davatelja može očekivati da općenito i apstraktno prati informacije koje pohranjuje i da aktivno traži protuzakonite aktivnosti na svojim poslužiteljima. Stoga se činjenica da ne izvršava takvo opće praćenje ne može smatrati svjesnim zanemarivanjem ili nemarom¹¹². Osim toga i općenitije, sam nemar davatelja ne bi trebao biti dovoljan, osim situacije predviđene u točki 111. ovog mišljenja, da se dokaže da „namjerno” intervenira kako bi olakšao povrede autorskog prava koje su počinili korisnici njegove usluge.

123. S obzirom na navedeno, prema mojem mišljenju, načinom na koji davatelj organizira svoju uslugu doista se u određenim okolnostima može dokazati „namjernost” njegove intervencije u nezakonite radnje „priopćavanja javnosti” koje su obavili korisnici te usluge, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, kako ga je Sud protumačio u presudama *GS Media*, *Stichting Brein I* („Filmspeler”) i *Stichting Brein II* („The Pirate Bay”). To je slučaj kad su obilježja te usluge odraz zle vjere predmetnog davatelja, što može dovesti do želje za poticanjem ili svjesnog zanemarivanja u pogledu takvih povreda autorskog prava¹¹³.

107 Vidjeti u tom smislu presudu *Stichting Brein I* („Filmspeler”), t. 50.

108 Vidjeti presudu *Stichting Brein II* („The Pirate Bay”), t. 45.

109 Vidjeti presudu *Stichting Brein I* („Filmspeler”), t. 18. i 50., kao i presudu *Stichting Brein II* („The Pirate Bay”), t. 45. Kao što ću to objasniti u okviru svoje analize trećih prethodnih pitanja, davatelj internetskih usluga koji pokazuje takvu namjeru gubi, prema mojem mišljenju, i pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u člancima 12. do 14. Direktive 2000/31. Vidjeti po analogiji *Supreme Court of the United States* (Vrhovni Sud), *MGM Studios Inc. protiv Grokster Ltd.*, 545 U. S. 913, 2005. U toj su se presudi dva društva, pružatelji softvera koji omogućuju dijeljenje datoteka na mreži *peer-to-peer* smatrala odgovornima za povrede autorskog prava koje su počinili korisnici tih softvera jer su otvoreno promovirala njihove moguće nezakonite primjene.

110 Vidjeti točku 63. ovog mišljenja.

111 Elsevier time zapravo upućuje na odgovornost koju imaju pružatelji „tradicionalnih” sadržaja, koji odabiru sadržaje koje prenose. Međutim, kao što sam to pokušao dokazati, platforme nemaju istu ulogu.

112 Ponavljam da bi, čak i kad bi Sud smatrao da operateri kao što su YouTube ili Cyando nisu obuhvaćeni područjem primjene članaka 14. i 15. Direktive 2000/31, takvo rješenje bilo protivno drugim odredbama prava Unije.

113 Time što je djelovao na taj način, davatelj usluga usto gubi, prema mojem mišljenju, pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31.

124. U tom pogledu, valja provjeriti, prema mojem mišljenju, s jedne strane, postoji li za obilježja predmetne usluge objektivno objašnjenje i pružaju li ta obilježja dodanu vrijednost za zakonite primjene te usluge te, s druge strane, je li davatelj poduzeo razumne mjere kako bi spriječio nezakonite primjene navedene usluge¹¹⁴. S obzirom na prethodno navedeno, ne može se ponovno očekivati od davatelja da općenito kontrolira sve datoteke koje korisnici njegove usluge namjeravaju objaviti prije nego što to učine, u skladu s člankom 15. stavkom 1. Direktive 2000/31. Drugi dio provjere treba, prema mojem mišljenju, više biti obrana za davatelje usluga. U tom smislu, činjenica da davatelj općenito savjesno ispunjava obvezu uklanjanja koja proizlazi iz članka 14. stavka 1. točke (b) te direktive ili moguće obveze koje su mu, po potrebi, naložene sudskim nalogom ili pak činjenica da je taj davatelj svjesno poduzeo druge mjere dokazat će njegovu dobru vjeru.

125. U ovom je slučaju na nacionalnom sudu da primijeni tu provjeru na operatere kao što su YouTube i Cyando. Međutim, čini mi se korisnim da mu se daju određene naznake u tom pogledu.

126. *Kao prvo*, čini mi se da se teško može smatrati, uzimajući u obzir obilježja platforme kao što je YouTube, da njezin operater namjerava olakšati nezakonite primjene te platforme. Konkretno, činjenica da funkcije pretraživanja i indeksacije navedene platforme olakšavaju, ovisno o slučaju, pristup nezakonitim sadržajima ne može biti naznaka u tom pogledu. Za te funkcije postoji objektivno objašnjenje i one pružaju dodanu vrijednost za zakonite primjene navedene platforme. Iako je Sud u presudi Stichting Brein II („The Pirate Bay”) iznio činjenicu da su administratori sporne platforme uspostavili tražilicu i indeksirali pohranjene datoteke kao naznaku „namjernosti” svoje intervencije u nezakonito dijeljenje zaštićenih djela¹¹⁵, ta se ocjena ne može odvojiti od posebnog konteksta tog predmeta, koji obilježava namjera tih administratora da olakšaju povrede autorskog prava.

127. Osim toga, suprotno onomu što tvrdi Elsevier, smatram da činjenica da operater platforme kao što je YouTube omogućuje nekim od korisnika da prikazuju oglase u svojim videozapisima i isplaćuje im dio ostvarenih prihoda¹¹⁶ nije dovoljna kako bi se dokazalo da taj operater želi potaknuti potonje korisnike da objavljuju zaštićena djela bez odobrenja njihovih autora. Naprotiv, nije sporno da se, što se tiče YouTubea, prikazivanje tih oglasa provodi s pomoću softvera Content ID, čiji je cilj osigurati da tu mogućnost imaju samo nositelji prava jer automatski otkriva videozapise koji sadržavaju zaštićena djela i koje su objavile treće strane i, po potrebi, omogućuje navedenim nositeljima da sami prikazuju oglase u predmetnom videozapisu i da ostvaruju prihode od oglašavanja¹¹⁷.

128. Na temelju toga utvrđujem da je YouTube usto uspostavio različita sredstva, konkretno taj softver, kako bi suzbio povrede autorskog prava na svojoj platformi¹¹⁸. Ta okolnost pomaže da se dokaže, kao što sam to naveo u točki 124. ovog mišljenja, dobra vjera operatera u pogledu nezakonitih primjena njegove platforme¹¹⁹.

129. *Kao drugo*, suprotno tomu, smatram da je situacija manje jasna u pogledu Uploadeda. U tom pogledu, s jedne strane, suprotno Elsevierovu mišljenju, smatram da činjenica da operater omogućuje korisnicima svoje platforme da na njoj „anonimno” objavljuju datoteke dokazuje njegovu namjeru da olakša povredu. Pojašnjavam da iz spisa kojim raspolaže Sud proizlazi da je za objavu datoteke na Uploadedu potrebno napraviti račun unošenjem prezimena, imena i adrese elektroničke pošte. Elsevier

¹¹⁴ Vidjeti u tom smislu Stallings, E., „Improving Secondary Liability Standards in Copyrights by Examining Intent: Why Courts Should Consider Creating a Good-Faith Standard for Secondary Liability”, *Journal of the Copyright Society of the U. S. A.*, sv. 57, br. 4, 2010., str. 1017. do 1038.

¹¹⁵ Vidjeti presudu Stichting Brein II („The Pirate Bay”), t. 36. i 38.

¹¹⁶ Podsjećam da, u skladu s naznakama suda koji je uputio zahtjev, videozapisi o kojima je riječ u predmetu C-682/18 ne sadržavaju *a priori* takve oglase.

¹¹⁷ Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

¹¹⁸ Vidjeti točke 21. i 22. ovog mišljenja.

¹¹⁹ Naglašavam da to tumačenje ne znači da se bilo koji davatelj usluga treba koristiti sličnim softverom i da mu se, ako ga nema, može pripisati svjesno zanemarivanje. U trenutačnom stanju prava Unije ništa ga na to ne obvezuje, pri čemu se ipak ne dovodi u pitanje da se sudskim nalogom davatelju usluga u točno određenim uvjetima, ovisno o njegovim sredstvima, može naložiti korištenje alatom za filtriranje (vidjeti moju analizu četvrtih prethodnih pitanja).

stoga kritizira činjenicu da Cyando ne kontrolira točnost informacija dobivenih od korisnika s pomoću sustava identifikacije ili autentifikacije. Međutim, iako mogućnost svakog pojedinca da se koristi internetom i internetskim uslugama a da se ne provjeri njegov identitet doista mogu zloupotrijebiti pojedinci s lošim namjerama za kažnjive aktivnosti, smatram da je ta mogućnost ipak zaštićena pravnim pravilima koja su jednako temeljna, kao i pravo na privatnost, sloboda izražavanja i savjesti ili pak zaštita podataka, osobito u pravu Unije¹²⁰ i međunarodnom pravu¹²¹. Sustavi identifikacije ili autentifikacije stoga se mogu uspostaviti, prema mojem mišljenju, samo za posebne usluge, u uvjetima predviđenim zakonom.

130. Sama činjenica da *Sharehoster* kao što je Uploaded stvara *download linkove* za pohranjene datoteke i omogućuje korisnicima da ih slobodno dijele također ne dokazuje, prema mojem mišljenju, namjeru da se olakšaju povrede autorskog prava. Za te *linkove* postoji objektivno objašnjenje i oni pružaju dodanu vrijednost za zakonite primjene usluge. Čak se ni na temelju samog broja nezakonitih primjena Uploadeda, za koje stranke u glavnom postupku daju procjene koje su u najmanju ruku oprečne¹²², ne može, prema mojem mišljenju, dokazati takva namjera njegova operatera, *a fortiori* ako je potonji operater poduzeo razumne mjere kako bi suzbio navedene primjene.

131. Međutim, *s druge strane*, dvojim o programu „partnerstva” kao što je onaj koji je uspostavio Cyando. Podsjećam da u okviru tog programa Cyando isplaćuje naknadu određenim korisnicima ovisno o broju preuzimanja datoteka koje su objavili¹²³. Dvojim o objektivnom objašnjenju i dodanoj vrijednosti takvog programa za zakonite primjene usluge. Suprotno tomu, pred nacionalnim sudovima utvrdilo se da je cilj tog programa poticanje korisnika da objavljuju popularna djela radi njihova nezakonitog preuzimanja. Stoga ne isključujem da „namjernost” intervencije davatelja u nezakonite radnje koje su počinili korisnici može proizlaziti iz uspostave tog programa¹²⁴. Po potrebi je na nacionalnom sudu da to provjeri.

B. Područje primjene oslobođenja od odgovornosti predviđenog člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31 (druga pitanja)

132. Kao što sam to naveo, odjeljak 4. Direktive 2000/31 sadržava nekoliko odredbi koje se odnose na odgovornost posrednih davatelja usluga. Unutar tog odjeljka članci 12., 13. i 14. te direktive svi predviđaju, u svojem stavku 1., „sigurnu luku” (*safe harbour*), redom za aktivnosti „samo prijenosnika informacija”, „privremenog smještaja informacija” i „smještaja informacija na poslužitelju (hosting)”¹²⁵.

120 Osim odredbi Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) koje se odnose na predmetna prava, vidjeti u povezanom području uvodne izjave 9., 33., 34., članak 6. stavak 1. i članak 9. stavak 1. Direktive 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama) (SL 2002., L 201, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 52., str. 111.).

121 Vidjeti Vijeće Europe, Deklaracija o slobodi komunikacije na internetu koju je Odbor ministara donio 28. svibnja 2003., na 840. sastanku zamjenika ministara, načelo 7; Ured posebnog izvijestitelja za slobodu izražavanja, Međuamerička komisija za ljudska prava (Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter-American Commission on Human Rights), *Freedom of expression and the Internet*, t. 130. do 136., kao i Ujedinjene narode, Opća skupština, izvješće posebnog izvijestitelja o promicanju zaštite prava na slobodu mišljenja i izražavanja, A/HRC/29/32, 29. svibnja 2015., str. 12., 16. i 56.

122 Elsevier tvrdi da sadržaje kojima se povređuje autorsko pravo čini između 90 i 96 % datoteka pohranjenih na Uploadedu, zbog čega Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) svojim prvim pitanjem točkom (b) pita Sud, u predmetu C-683/18, o relevantnosti takve okolnosti. Osim toga, taj sud objašnjava da, u slučaju da je doista riječ o relevantnom elementu, tu tvrdnju treba dokazati Elsevier u okviru ponovnog pokretanja žalbenog postupka. Cyando pak ističe da se samo vrlo mali postotak (oko 1,1 %) svih datoteka kojima se stvarno pristupi odnosi na stavljanje javnosti na raspolaganje sadržaja zaštićenih autorskim pravom, što odgovara 0,3 % ukupne količine pohranjenih podataka.

123 Otprilike nekoliko desetaka eura za tisuću preuzimanja. Vidjeti točku 31. ovog mišljenja.

124 Vidjeti po analogiji Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud), 15. kolovoza 2013., I ZR 80/12 (*File-Hosting Service*), GRUR 1030, § 38. Takav se program znatno razlikuje od raspodjele prihoda od oglašavanja preko platforme za razmjenu videozapisa kao što je YouTube. S jedne strane, ako se raspodjela prihoda može objasniti u okviru takve platforme, program „partnerstva” čini se zanimljivijim u okviru platforme koja je namijenjena pohrani datoteka. S druge strane, podsjećam da se u okviru YouTubea ta raspodjela prihoda provodi na siguran način.

125 Članci 12. do 15. Direktive 2000/31 temelje se na Digital Millennium Copyright Actu (DMCA) (Zakon o zaštiti autorskih prava u digitalnom tisućljeću), koji je 1998. donio američki savezni zakonodavac, kojim su uspostavljena slična oslobođenja od odgovornosti koja se posebno odnose na autorsko pravo (iz glave 17. poglavlja 5. odjeljka 512. United States Codea (Zakonik Sjedinjenih Američkih Država)).

133. Članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 primjenjuje se konkretnije kad se „pružena usluga informacijskog društva sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge”. Tom se odredbom u biti predviđa da se davatelj takve usluge *ne može smatrati odgovornim* za informacije koje pohranjuje na zahtjev svojih korisnika, osim ako ih taj davatelj, nakon što je saznao za nezakonitost tih informacija ili postao toga svjestan, nije žurno uklonio ili im onemogućio pristup.

134. Naglašavam da cilj te odredbe nije da se odgovornost takvog davatelja *pozitivno* utvrdi. Njome se samo *negativno* ograničavaju slučajevi u kojima se može utvrditi njegova odgovornost. K tomu, oslobođenje predviđeno u navedenoj odredbi odnosi se *samo na odgovornost koja može proizlaziti iz informacija* dobivenih od korisnika njegove usluge. Tim oslobođenjem ne obuhvaća se *nijedan drugi aspekt* djelatnosti tog davatelja¹²⁶.

135. Svojim drugim pitanjima Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) u biti želi znati mogu li operateri kao što su YouTube i Cyando ostvariti pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 u pogledu datoteka koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi.

136. Prema mojem mišljenju, obično to mogu. Međutim, smatram da je potrebno, prije nego što objasnim svoje stajalište, pojasniti pitanje o odnosu između te odredbe i članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29.

137. Naime, napominjem da je sud koji je uputio zahtjev sastavio svoja druga pitanja samo u slučaju da Sud odgovori, kao što mu predlažem da to učini, negativno na prva pitanja, na način da operateri kao što su YouTube i Cyando ne obavljaju „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, djela koja objavljuju, ovisno o slučaju nezakonito, korisnici njihovih platformi. Stoga se čini da polazi od pretpostavke prema kojoj se ti operateri u obrnutom slučaju, da su izravno odgovorni na temelju navedenog članka 3. stavka 1. za ta nezakonita „priopćavanja”, *načelno* ne bi mogli pozvati na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31¹²⁷.

138. Međutim, članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 primjenjuje se na horizontalan način na *svaku vrstu odgovornosti* koja za predmetne davatelje može proizlaziti iz bilo koje vrste informacija koje pohranjuju korisnici njihovih usluga, neovisno o izvoru te odgovornosti, predmetnom području prava i točnoj kvalifikaciji ili prirodi navedene odgovornosti. Stoga ta odredba, prema mojem mišljenju, obuhvaća *primarnu i sekundarnu* odgovornost za dobivene informacije i aktivnosti koje su započeli ti korisnici¹²⁸.

139. Stoga, prema mojem mišljenju, iako članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 načelno nije primjenjiv kad davatelj priopćava javnosti „vlastiti” sadržaj, ta se odredba, suprotno tomu, može primjenjivati kad su sadržaj koji se priopćava, kao što je to slučaj u ovom predmetu, isporučili korisnici njegove usluge¹²⁹. To je tumačenje, prema mojem mišljenju, potkrijepljeno činjenicom da se ni tom odredbom ni člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 ne predviđa iznimka za davatelje koji obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koja su isporučili korisnici njihovih usluga. Naprotiv, u uvodnoj izjavi 16. te direktive naglašava se da se ona primjenjuje a da se „ne dovodi u pitanje odredbe koje se odnose na odgovornost iz [Direktive 2000/31]”.

126 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu L'Oréal i dr. (C-324/09, EU:C:2010:757, t. 153.).

127 Napominjem da je to pitanje izričito upućeno Sudu u predmetima koji su u tijeku C-442/19, Stichting Brein i C-500/19, Puls 4 TV.

128 Vidjeti uvodnu izjavu 16. Direktive 2001/29; mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:170, t. 64.); Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim pravnim aspektima elektroničke trgovine na unutarnjem tržištu (COM(1998) 586 *final* (SL 1999., C 30, str. 4.)), str. 27. i 29., kao i izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru od 21. studenoga 2003., Prvo izvješće o primjeni [Direktive 2000/31] (COM(2003) 702 *final*), str. 13. Međutim, oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 primjenjuje se a da se pritom ne dovodi u pitanje mogućnost, iz stavka 3. tog članka, da se ishodi sudski nalog protiv davatelja usluga (vidjeti moju analizu četvrtih prethodnih pitanja).

129 Ta se odredba načelno ne može primjenjivati ni u slučaju kad korisnik od kojeg su dobivene predmetne informacije djeluje pod nadležnošću ili kontrolom davatelja usluga (vidjeti članak 14. stavak 2. Direktive 2000/31).

140. Iz toga slijedi da Sud, u slučaju da odgovori potvrdno na prva pitanja, suprotno onomu što mu predlažem, ipak treba odgovoriti na druga pitanja kako bi dao koristan odgovor sudu koji je uputio zahtjev. Međutim, kriteriji koji obilježavaju „priopćavanje javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 i uvjeti primjene članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 mogu se tumačiti dosljedno, kao što ću to dokazati, tako da se, u praksi, preklapanja tih dviju odredaba izbjegnu.

141. S obzirom na to, iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 proizlazi da područje primjene te odredbe ovisi o dvama kumulativnim uvjetima: s jedne strane, treba se pružiti „usluga informacijskog društva”; s druge strane, ta se usluga treba „sastoj[ati] od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge [...] na zahtjev” potonjeg primatelja.

142. Tumačenje *prvog uvjeta* ne uzrokuje poteškoće u ovim predmetima. U tom pogledu podsjećam da pojam „usluga informacijskog društva” znači „svaka usluga informacijskog društva, to jest svaka usluga koja se obično pruža uz naknadu, na daljinu, elektronskim sredstvima te na osobni zahtjev primatelja usluga”¹³⁰. Međutim, usluge koje pružaju operateri kao što su YouTube i Cyando očito se pružaju „na daljinu”, „elektronskim sredstvima” i „na osobni zahtjev primatelja usluga”¹³¹. K tomu, te se usluge pružaju „uz naknadu”. Činjenicom da se operater kao što je YouTube naplaćuje osobito oglašavanjem i da ne traži izravno plaćanje od korisnika svoje platforme¹³² ne dovodi se u pitanje to tumačenje¹³³.

143. Što se tiče *drugog uvjeta*, situacija je manje očita na prvi pogled. S jedne strane, čini se jasnim da operater kao što je Cyando u okviru Uploadeda pruža uslugu koja se „sastoji od pohrane” na njegovim poslužiteljima datoteka odnosno „informacija”¹³⁴ „dobivenih od primatelja usluge” odnosno korisnika koji ih objavljuje, i to „na zahtjev” potonjeg korisnika jer on odlučuje o predmetnim datotekama.

144. Međutim, s druge strane, iako nije sporno da operater kao što je YouTube pohranjuje videozapise koje su objavili korisnici njegove platforme, riječ je samo o jednom od brojnih aspekata njegove djelatnosti. Stoga je važno odrediti sprečava li ta okolnost tog operatera da ostvari pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31.

145. Smatram da ne. Naime, iako se tom odredbom zahtijeva da se usluga koju pruža davatelj „sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge”, njome se ne nalaže da je ta pohrana njegov *jedini ili čak glavni predmet*. Naprotiv, taj je uvjet široko definiran.

130 Konkretnije, u članku 2. točki (a) Direktive 2000/31 definira se pojam „usluge informacijskog društva” upućivanjem na članak 1. stavak 2. Direktive 98/34/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. lipnja 1998. o utvrđivanju postupka osiguravanja informacija u području tehničkih normi i propisa (SL 1998., L 204, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 42., str. 58.), kako je izmijenjena Direktivom 98/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. srpnja 1998. (SL 1998., L 217, str. 18.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 55., str. 11.). Direktiva 98/34 zamijenjena je Direktivom (EU) 2015/1535 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. rujna 2015. o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih propisa i pravila o uslugama informacijskog društva (SL 2015., L 241, str. 1.), u čijem se članku 1. stavku 1. točki (b) preuzima ista definicija.

131 Vidjeti po analogiji presudu od 19. prosinca 2019., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, t. 47. i 48. U tom je pogledu, u skladu s člankom 2. točkom (d) Direktive 2000/31, „korisnik usluge” „svaka fizička i pravna osoba koja, bilo u poslovne ili druge svrhe, koristi uslugu informacijskog društva, posebno s ciljem pronalaženja informacije ili omogućavanja dostupnosti informacije”. Taj pojam stoga obuhvaća korisnika koji objavljuje datoteku i korisnika koji joj pristupa ili je preuzima.

132 Međutim, nije riječ o „besplatnoj” usluzi za korisnike. Kao što sam to naveo u bilješci 11. ovog mišljenja, YouTube prikuplja znatnu količinu osobnih podataka o svojim korisnicima, koji sami po sebi čine cijenu. Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 24., članak 2. točku 7. i članak 3. Direktive (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (SL 2019., L 136, str. 1. i ispravak SL 2019., L 305, str. 60.).

133 Vidjeti uvodnu izjavu 18. Direktive 2000/31 i presudu od 11. rujna 2014., Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209, t. 26. do 30.).

134 Pojam „informacija” iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 treba shvatiti široko (vidjeti Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim pravnim aspektima elektroničke trgovine na unutarnjem tržištu, str. 27.).

146. Iz toga slijedi, prema mojem mišljenju, da članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 načelno može obuhvaćati svakog davatelja „usluge informacijskog društva” koji, poput YouTubea ili Cyanda, u okviru te usluge obavlja pohranu informacija dobivenih od svojih korisnika, na zahtjev potonjih korisnika¹³⁵. Međutim, ponavljam da je oslobođenje predviđeno u toj odredbi u svakom slučaju ograničeno na odgovornost koja može proizlaziti iz tih informacija i koja ne obuhvaća druge aspekte djelatnosti predmetnog davatelja.

147. U dosadašnjoj sudskoj praksi Suda slijedi se taj pristup. U tom je pogledu Sud u presudi Google France odlučio da davatelj usluge internetskog referenciranja, kao što je Google u pogledu usluge AdWords, može ostvariti pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31. Naime, Sud je smatrao da se ta usluga „sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge”, u smislu te odredbe, s obzirom na to da u okviru navedene usluge taj davatelj pohranjuje određene informacije, kao što su ključne riječi koje su odabrali korisnici oglašivači, *linkovi* oglasa i prateće komercijalne poruke, kao i adrese stranica tih oglašivača¹³⁶. Sud očito nije smatrao problematičnom činjenicu da je pohrana navedenih informacija dio šire djelatnosti.

148. Sud je ipak utvrdio ograničenje. Prema njegovu mišljenju, davatelj usluga može imati pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 za informacije koje pohranjuje na zahtjev svojih korisnika samo ako je njegovo ponašanje ograničeno na ponašanje „posrednog davatelja usluga” u skladu s namjerom zakonodavca Unije u okviru odjeljka 4. te direktive. S obzirom na uvodnu izjavu 42. navedene direktive, Sud je presudio da u tom pogledu valja ispitati „je li uloga koju obavlja navedeni davatelj neutralna, samo tehničke, automatske i pasivne naravi, što podrazumijeva da on nije upoznat s informacijama koje pohranjuje niti ima kontrolu nad njima” ili, naprotiv, ima li „aktivnu ulogu na temelju koje može steći znanje ili nadzor nad podacima koje pohranjuje”¹³⁷.

149. Slično tomu, Sud je u presudi L’Oréal/eBay odlučio da operater internetskog tržišta, kao što je eBay, može ostvariti pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31. U tom je slučaju Sud istaknuo, s jedne strane, da se usluga koju pruža taj operater sastoji osobito od pohrane informacija dobivenih od korisnika tržišta. Konkretno, riječ je o podacima iz njihovih prodajnih ponuda. S druge strane, podsjetio je da davatelj usluga može imati pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u toj odredbi za takve informacije samo kad je riječ o „posrednom davatelju usluga”. To nije slučaj kad taj davatelj, „umjesto da samo neutralno pruža [svoju uslugu] na način da isključivo tehnički i automatski postupi s podacima dobivenim od svojih klijenata, ima aktivnu ulogu na temelju koje može steći znanje ili nadzor nad tim podacima”¹³⁸.

150. Iz tih presuda proizlazi da operateri kao što su YouTube i Cyando, koji u okviru svoje djelatnosti pohranjuju informacije dobivene od korisnika svojih platformi, mogu imati pravo na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 u pogledu odgovornosti koja može proizlaziti iz nezakonitosti nekih od tih informacija ako nemaju „aktivnu ulogu” na temelju koje mogu steći „znanje ili nadzor” nad predmetnim informacijama.

¹³⁵ Vidjeti u tom smislu Montero, E., „Les responsabilités liées au web 2.0”, *Revue du droit des technologies de l’information*, 2008., br. 32, str. 368., i Van Eecke, P., „Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balances Approach”, *Common Market Law Review*, 2011., sv. 47, str. 1473. To je tumačenje potkrijepljeno izvješćem o primjeni te direktive, str. 13., koje se u širokom smislu odnosi na „različite slučajeve u kojima se pohranjuju sadržaji koji pripadaju trećim stranama”.

¹³⁶ Vidjeti presudu Google France, t. 110. i 111.

¹³⁷ Vidjeti presudu Google France, t. 112. do 114. i 120. (moje isticanje).

¹³⁸ Vidjeti presudu L’Oréal/eBay, t. 110., 112. i 113.

151. U tom pogledu pojašnjavam da, kao što to ističe Komisija, svaki davatelj usluga koji pohranjuje informacije dobivene od svojih korisnika nužno ima određenu kontrolu nad njima. Konkretno, on ima tehničku mogućnost da ih ukloni ili da im onemogući pristup. Upravo se iz tog razloga od njega očekuje da, na temelju članka 14. stavka 1. točaka (a) i (b) Direktive 2000/31, djeluje na taj način kad sazna za nezakonite informacije¹³⁹. Na temelju same te sposobnosti kontrole ne može se dokazati da davatelj usluga ima „aktivnu ulogu” a da se navedenom članku 14. stavku 1. oduzme svaki koristan učinak¹⁴⁰.

152. Zapravo se „aktivna uloga” koju je predvidio Sud pravilno odnosi na sâm *sadržaj* informacija dobivenih od korisnika. Sudsku praksu Suda shvaćam na način da davatelj ima takvu „aktivnu ulogu” na temelju koje može steći „znanje ili nadzor” nad informacijama koje pohranjuje na zahtjev korisnika svoje usluge kad *sadržaj* tih informacija ne obrađuje na neutralan način, nego kad se zbog prirode njegove djelatnosti smatra da on stječe *intelektualnu kontrolu nad tim sadržajem*. To je slučaj ako davatelj odabere pohranjene informacije¹⁴¹, ako je u njihov *sadržaj* aktivno uključen na neki drugi način ili pak ako te informacije prikazuje javnosti na takav način da proizlazi da su to njegove informacije. U takvim slučajevima davatelj više nije posrednik informacija dobivenih od korisnika svoje usluge, on ih prisvaja¹⁴².

153. Međutim, prema mojem mišljenju, operateri kao što su YouTube i Cyando načelno nemaju takvu „aktivnu ulogu” u pogledu informacija koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi.

154. Naime, *kao prvo*, podsjećam da se objavljivanje datoteka na takvim platformama provodi automatski, bez prethodnog nadzora ili kontrole njihovih operatera. Kao što to u biti tvrde finska vlada i Komisija, ti operateri stoga ne stječu kontrolu nad tim informacijama u trenutku njihova objavljivanja.

155. *Kao drugo*, suprotno onomu što tvrdi Elsevier, činjenicom da se pohranjenim informacijama može pristupiti ili da ih se može preuzeti izravno s tih platformi ne upućuje se na „aktivnu ulogu” njihovih operatera. U tom pogledu, nije važno da davatelj *ima kontrolu nad pristupom* informacijama koje pohranjuje na zahtjev korisnika svoje usluge. Na primjer, kako bi se pristupilo oglasima objavljenim posredstvom usluge AdWords, potrebno je koristiti se tražilicom Google¹⁴³. Jednako tako, prodajnim ponudama objavljenim na eBayu moguće je pristupiti na njegovu tržištu¹⁴⁴. Sud je pravilno smatrao da ta okolnost nije relevantna u presudama Google France i L'Oréal/eBay. Naime, važno je samo pitanje ima li davatelj *kontrolu nad sadržajem* pohranjenih informacija. Okolnošću da su potonje informacije dostupne na platformi ili internetskoj stranici davatelja ne upućuje se na to jer se pristup tim informacijama ili njihovo preuzimanje na osobni zahtjev korisnika provodi primjenom „isključivo tehničkog i automatskog” postupka.

139 Vidjeti presudu od 15. rujna 2016., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, t. 61. do 64.). To je utvrđenje navelo nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena da, u svojem mišljenju u predmetu L'Oréal i dr. (C-324/09, EU:C:2010:757, t. 139. do 142.), zaključi da se, prema njegovu mišljenju, uvodna izjava 42. Direktive 2000/31, na temelju koje je Sud u presudi Google France utvrdio zahtjev „neutralne uloge” davatelja u pogledu informacija dobivenih od korisnika njegove usluge, ne odnosi na djelatnost smještaja informacija na poslužitelju, nego samo na prijenos informacija i privremeni smještaj informacija.

140 Vidjeti u tom smislu presudu L'Oréal/eBay, t. 115.

141 U tom je smislu u presudi od 11. rujna 2014., Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209, t. 45. i 46.), Sud presudio da izdavač novina koji na svojoj internetskoj stranici objavljuje elektroničku verziju novina poznaje informacije koje objavljuje i ima nadzor nad njima jer ih odabire, tako da se taj izdavač ne može smatrati „posrednim davateljem usluga” u smislu članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31.

142 Vidjeti u tom smislu Husovec, *op. cit.*, str. 56. i 57.

143 Vidjeti presudu Google France, t. 117.

144 Elsevier tvrdi i da na internetskom tržištu kao što je eBay pristup proizvodima koji se prodaju ne daje operater, nego korisnik prodavač jer on isporučuje te proizvode kupcima. U obrnutom slučaju, što se tiče YouTubea, pristup videozapisima daje operater. Taj se argument, prema mojem mišljenju, temelji na zabuni. „Informacije” pohranjene na zahtjev korisnika tržišta nisu *proizvodi* za prodaju, nego same prodajne *ponude*. eBay daje pristup potonjim „informacijama” na jednak način kao što YouTube daje pristup „informacijama” u obliku videozapisa koje su objavili korisnici. U oba su slučaja te različite „informacije” dobivene od korisnika.

156. *Kao treće*, unatoč tomu što tvrdi Elsevier, nisam uvjeren da operater kao što je YouTube ili Cyando prikazuje trećim stranama informacije koje pohranjuje na zahtjev svojih korisnika i kojima daje pristup sa svoje platforme na takav način da proizlazi da su to njegove informacije. S jedne strane, to nije slučaj jer operater kao što je YouTube navodi, za svaki videozapis koji je objavljen na njegovoj platformi, koji korisnik ga je objavio. S druge strane, prosječni korisnik interneta koji je razumno obaviješten zna da datoteke pohranjene na platformi za smještaj informacija i dijeljenje datoteka kao što je Uploaded u pravilu ne potječu od njegova operatera.

157. *Kao četvrto*, smatram da se ni na temelju činjenice da operater platforme kao što je YouTube¹⁴⁵ uređuje način na koji se videozapisi koje objavljuju korisnici prikazuju na platformi, tako da ih uključuje u standardno sučelje za vizualizaciju i indeksira ih u različite rubrike ni činjenice da ta platforma uključuje funkciju pretraživanja i da operater priprema rezultate pretraživanja, koji su sažeti na početnoj stranici i razvrstani u različite kategorije videozapisa, ne može dokazati da taj operater ima „aktivnu ulogu” u pogledu tih videozapisa.

158. S jedne strane, smatram da nije relevantna činjenica da davatelj uređuje način na koji se informacije dobivene od korisnika njegove usluge prikazuju na platformi ili njegovoj internetskoj stranici kako bi olakšao njezino korištenje i stoga optimizirao pristup tim informacijama. Suprotni argument koji su osobito istaknuli F. Peterson i francuska vlada odraz je, prema mojem mišljenju, pogrešnog razumijevanja presude L'Oréal/eBay. Iako je Sud u toj presudi odlučio da davatelj kao što je eBay ima „aktivnu ulogu” kad određenim prodavačima, u pogledu predmetnih prodajnih ponuda, pomaže tako da „optimizira predstavljanje [tih] ponuda”¹⁴⁶, u tom je slučaju uputio na činjenicu da eBay ponekad pruža *pojedinačnu pomoć* na način da optimizira, istakne i uredi *sadržaj konkretnih ponuda*¹⁴⁷. Naime, pružanjem takve pomoći eBay je aktivno uključen u sadržaj predmetnih ponuda, kako se predviđa u točki 152. ovog mišljenja¹⁴⁸.

159. Suprotno tomu, Sud nije uputio na činjenicu da eBay uređuje opće predstavljanje prodajnih ponuda objavljenih na njegovu tržištu¹⁴⁹. Činjenica da davatelj ima kontrolu nad uvjetima prikazivanja informacija koje pohranjuje na zahtjev korisnika svoje usluge ne dokazuje da ima kontrolu nad sadržajem tih informacija. Prema mojem mišljenju, u tom je pogledu relevantna samo pojedinačna pomoć koja se odnosi na konkretnu informaciju. Ukratko, ako operater kao što je YouTube ne pruža pomoć korisnicima svoje platforme pojedinačno na način da optimizira njihove videozapise¹⁵⁰, on nema „aktivnu ulogu” u pogledu pohranjenih videozapisa.

160. Što se tiče, s druge strane, funkcija pretraživanja i indeksacije, osim što su neophodne kako bi se korisnicima platforme omogućilo da pronađu informacije kojima žele pristupiti, podsjećam da se te funkcije izvršavaju automatski. Stoga se s pomoću tih funkcija informacije pohranjene na zahtjev korisnika podvrgavaju „isključivo tehničkoj i automatskoj obradi”, kako ju je Sud predvidio u svojoj sudskoj praksi¹⁵¹. Okolnost da je davatelj razvio alate i konkretno algoritam koji omogućuju te obrade i da stoga ima kontrolu osobito nad *uvjetima prikazivanja* rezultata pretraživanja ne dokazuje da ima kontrolu nad *sadržajem* informacija koje se pretražuju¹⁵².

¹⁴⁵ Podsjećam da to nije slučaj u pogledu platforme Uploaded.

¹⁴⁶ Vidjeti presudu L'Oréal/eBay, t. 114. i 116.

¹⁴⁷ Vidjeti presudu L'Oréal/eBay, t. 31.

¹⁴⁸ Vidjeti u tom smislu presudu Google France, t. 118., u kojoj je Sud smatrao relevantnom „ulogu koju je Google imao u izradi komercijalne poruke koja se nalazi pored poveznice oglasa, odnosno u stvaranju ili odabiru ključnih riječi”.

¹⁴⁹ Želim dokazati da se Sud usredotočio na ideju optimizacije „predstavljanja *predmetnih ponuda za prodaju*” (presuda L'Oréal/eBay, t. 116.) (moje isticanje). Da je Sud uzeo u obzir opću strukturu prodajnih ponuda predstavljenih na tržištu, ne bi dao takvo pojašnjenje i ne bi niti pozvao nacionalni sud da provjeri je li eBay imao „aktivnu ulogu” „u odnosu na ponude za prodaju o kojima je riječ u glavnom predmetu” (t. 117. te presude). Naime, eBay je imao „aktivnu ulogu” u pogledu bilo koje prodajne ponude jer su sve ponude dio te opće strukture.

¹⁵⁰ Na primjer, izmjenom određenih isječaka predmetnih videozapisa, odabirom bolje pozadinske glazbe, boljom montažom itd.

¹⁵¹ Vidjeti po analogiji presudu L'Oréal/eBay, t. 113.

¹⁵² Vidjeti po analogiji presudu Google France, t. 115. i 117.

161. *Kao peto*, suprotno onomu što tvrde F. Peterson i francuska vlada, ni na temelju činjenice da operater kao što je YouTube korisnicima registriranim na njegovoj platformi prikazuje pregled „preporučenih videozapisa” ne može se dokazati da navedeni operater ima „aktivnu ulogu”. Taj je argument i ovdje odraz pogrešnog razumijevanja presude L’Oréal/eBay. Time što je u toj presudi odlučio da davatelj kao što je eBay ima takvu „aktivnu ulogu” kad određenim prodavačima pruža pomoć u pogledu predmetnih prodajnih ponuda koja uključuje „promidžbu tih ponuda”¹⁵³, Sud je uputio na okolnost da eBay ponekad sam *promiče određene ponude izvan svojeg tržišta* na internetu, osobito s pomoću usluge referenciranja AdWords¹⁵⁴. eBay stječe intelektualnu kontrolu nad tim ponudama jer se njima koristi za oglašavanje svojeg tržišta, te ih, time, prisvaja..

162. Suprotno tomu, činjenica da operater kao što je YouTube automatski preporuča korisnicima svoje platforme videozapise slične onima koje su prethodno pogledali ne čini mi se odlučujućom. Nije sporno da i eBay na jednak način preporuča korisnicima svojeg tržišta ponude slične onima koje su pogledali u prošlosti. Sud ipak nije, prema mojem mišljenju, uzeo u obzir tu okolnost u presudi L’Oréal/eBay¹⁵⁵. U tom je slučaju riječ *a priori* o „isključivo tehničkoj i automatskoj obradi” pohranjenih informacija. Ponovno okolnost da je davatelj razvio alate i konkretno algoritam koji omogućuju tu obradu i da stoga ima kontrolu nad *uvjetima prikazivanja* preporučenih informacija ne dokazuje da ima kontrolu nad *sadržajem* potonjih informacija¹⁵⁶.

163. *Kao šesto*, suprotno onomu što tvrde F. Peterson i Elsevier, na temelju gospodarskog modela koji primjenjuju operateri kao što su YouTube ili Cyando ne može se dokazati da potonji operateri imaju „aktivnu ulogu” u pogledu informacija koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi.

164. U tom je pogledu činjenica da davatelj prima naknadu kao protučinidbu za svoju uslugu jedan od uvjeta koji obilježava „uslugu informacijskog društva”. Stoga je samim time riječ o preduvjetu da bi bio obuhvaćen člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31. Osim toga, činjenica da se ta naknada osobito sastoji od prihoda od oglašavanja, koji ne ovise o pruženom prostoru za pohranu, nego o privlačnosti informacija pohranjenih na zahtjev korisnika platforme, prema mojem mišljenju, nije relevantna¹⁵⁷. U tom pogledu podsjećam da je zakonodavac Unije htio uključiti u područje primjene te direktive davatelje usluga koji se osobito financiraju oglašavanjem¹⁵⁸. K tomu, ništa u tekstu članka 14. stavka 1. navedene direktive ne upućuje na to da takav davatelj ne može ostvariti pravo iz te odredbe jer se naplaćuje na taj način.

165. Uostalom, podsjećam da je Sud u presudama Google France i L’Oréal/eBay odlučio da se na temelju same činjenice da je usluga naplatna i da davatelj određuje modalitete naplate ne može dokazati da taj davatelj ima „aktivnu ulogu”¹⁵⁹. Međutim, Googleova naknada, u okviru usluge AdWords, ovisi o privlačnosti pohranjenih informacija jer se ta naknada osobito razlikuje ovisno o

153 Presuda L’Oréal/eBay, t. 116.

154 Vidjeti presudu L’Oréal/eBay, t. 38., 39. i 114.

155 U tom slučaju, da je Sud uzeo u obzir tu vrstu preporuke, ne bi pozvao nacionalni sud da provjeri je li eBay imao „aktivnu ulogu” „u odnosu na ponude za prodaju o kojima je riječ u glavnom predmetu” (presuda L’Oréal/eBay, t. 117.). Naime, ta „aktivna uloga” postojala je za sve ponude na tržištu jer se bilo koja od tih ponuda potencijalno može preporučiti dotičnom korisniku, ovisno o tome kako je algoritam programiran.

156 Vidjeti po analogiji presudu Google France, t. 115. Time se ne dovodi u pitanje mogućnost da se davatelj usluga, kad ima kontrolu nad takvim algoritmom, smatra odgovornim za *štetu koju je uzrokovao samim funkcioniranjem tog algoritma*. To osobito može biti slučaj ako se navedenim algoritmom nezakonito diskriminiraju određeni sadržaji ili određeni korisnici. Ponavljam da se oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 odnosi samo na odgovornost koja proizlazi iz pohranjenih informacija.

157 Vidjeti po analogiji Cour de cassation (Kasacijski sud, Francuska), prvo građansko vijeće, presuda br. 165 od 17. veljače 2011., Carion protiv Société Dailymotion, br. 09-67.896.

158 Vidjeti uvodnu izjavu 18. Direktive 2000/31.

159 Vidjeti presudu Google France, t. 116. i presudu L’Oréal/eBay, t. 115.

broju klikova na linkove oglasa u kojima se upotrebljavaju ključne riječi koje su odabrali korisnici oglašivači¹⁶⁰. Na sličan način eBayeva naknada također ovisi o pohranjenim informacijama jer eBay naplaćuje postotak na transakcije izvršene iz prodajnih ponuda¹⁶¹. Stoga je Sud u tim presudama implicitno, ali nužno priznao da takva okolnost nije relevantna¹⁶².

166. *Kao sedmo*, ne može se smatrati da davatelj ima „aktivnu ulogu” u pogledu informacija koje pohranjuje samo zbog toga što proaktivno provodi određene kontrole, kao što su one koje je YouTube proveo s pomoću softvera Content ID, kako bi otkrio prisutnost nezakonitih informacija na svojim poslužiteljima. Naime, kao što to ističe finska vlada, iz uvodne izjave 40. Direktive 2000/31 proizlazi da odredbe te direktive koje se odnose na odgovornost posrednih davatelja usluga „ne bi smjele onemogućiti [...] razvoj i učinkovit rad [...] instrumenata tehničkog nadzora koje omogućuje digitalna tehnologija”. Uostalom, prema mojem mišljenju, valja izbjeći tumačenje pojma „aktivna uloga” koje može dovesti do paradoksalnog rezultata prema kojem davatelj usluga koji na vlastitu inicijativu izvršava određene pretrage informacija koje pohranjuje kako bi suzbio osobito povrede autorskog prava u interesu nositelja prava gubi koristi od izuzeća od odgovornosti iz članka 14. stavka 1. navedene direktive i stoga se prema njemu postupa strože nego prema davatelju koji to ne čini¹⁶³.

167. *Naposljetku*, podsjećam da je Sud po analogiji u presudama SABAM¹⁶⁴ i Glawischnig-Piesczek¹⁶⁵ istaknuo da „je nesporno” da se operateri platformi društvene mreže mogu pozvati na članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 u pogledu informacija koje pohranjuju na zahtjev svojih korisnika. Iako se izrazom „nesporno je” naglašava, kao što je to napomenula francuska vlada na raspravi, da se Sud u tim presudama oslonio na pretpostavku koju stranke ili sudovi koji su uputili zahtjev nisu osporavali, ipak napominjem da Sud u okviru prethodnih odluka nije propustio dovesti u pitanje pretpostavke o tumačenju prava Unije koje mu se čine dvojbenima¹⁶⁶. Međutim, nije to učinio u ovom predmetu¹⁶⁷.

168. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na druga pitanja odgovori da operater platforme za razmjenu videozapisa, kao što je YouTube, i operater platforme za smještaj informacija i dijeljenje datoteka, kao što je Cyando, načelno mogu ostvariti pravo na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 u pogledu svake odgovornosti koja može proizlaziti iz datoteka koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi¹⁶⁸.

160 Vidjeti presudu Google France, t. 25.

161 Vidjeti presudu L'Oréal/eBay, t. 28. i 110.

162 To je još nevjerovatnije s obzirom na to da je nezavisni odvjetnik M. Poirares Maduro u svojem mišljenju u spojenim predmetima Google France i Google (C-236/08 do C-238/08, EU:C:2009:569, t. 144. i 145.) predložio Sudu suprotan pristup.

163 Vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 26. Preporuke Komisije (EU) 2018/334 od 1. ožujka 2018. o mjerama za suzbijanje nezakonitih internetskih sadržaja (SL 2018., L 63, str. 50.). Usto, iz presude L'Oréal/eBay implicitno, ali nužno proizlazi da davatelj usluga može izvršavati vlastite pretrage a da zbog toga ne izgubi svoju „neutralnu ulogu” (vidjeti t. 46. i 122. te presude).

164 Presuda od 16. veljače 2012. (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 27.)

165 Presuda od 3. listopada 2019. (C-18/18, EU:C:2019:821, t. 22.)

166 Vidjeti osobito presudu od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 16. do 26.).

167 Štoviše, čini se da sam zakonodavac Unije smatra da operater platforme kao što je YouTube može ostvariti pravo iz članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 jer se u različitim odredbama prava Unije predviđa primjena tog članka na takvog operatera. Vidjeti osobito članak 28.a stavak 5. Direktive (EU) 2018/1808 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. studenoga 2018. o izmjeni Direktive 2010/13/EU o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pružanju audiovizualnih medijskih usluga (Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama) u pogledu promjenjivog stanja na tržištu (SL 2018., L 303, str. 69.), u kojem se navodi da se „članci [...] 12. do 15. Direktive [2000/31] primjenjuju [...] na pružatelje usluga platformi za razmjenu videozapisa za koje se smatra da imaju poslovni nastan u državi članici” (vidjeti i članak 28.b te direktive).

168 Međutim, pritom se ne dovodi u pitanje ograničenje iz točke 146. ovog mišljenja.

C. Uvjet oslobođenja koji se odnosi na nepostojanje znanja ili svjesnosti o nezakonitoj informaciji iz članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31 (treća pitanja)

169. Kao što sam to objasnio u okviru svoje analize drugih prethodnih pitanja, operateri kao što su YouTube ili Cyando načelno se mogu pozvati na članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31. U skladu s tom odredbom, davatelj se ne može smatrati odgovornim za informacije koje pohranjuje na zahtjev korisnika svoje usluge ako (a) nema „stvarnog znanja o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji” i ako u pogledu zahtjeva za naknadu štete ne zna za „činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija”¹⁶⁹ i ako (b) po dobivanju takvog saznanja ili spoznaje „žurno djeluje kako bi uklonio te informacije ili onemogućio pristup informacijama”.

170. Svojim trećim pitanjima sud koji je uputio zahtjev pita Sud o tumačenju uvjeta iz navedenog članka 14. stavka 1. točke (a). U biti želi znati odnosi li se taj uvjet na konkretne nezakonite informacije.

171. Odgovor na to pitanje ima znatne posljedice za sve situacije u kojima se traži odgovornost davatelja usluga za nezakonite informacije koje pohranjuje. Taj sud u biti želi znati treba li tužitelj utvrditi, kako bi predmetni davatelj izgubio pravo na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31, da je taj davatelj „znao” *konkretno za te informacije* ili ih je bio „svjestan”, ili je pak dovoljno dokazati da je navedeni davatelj *općenito i apstraktno* „znao” ili je bio „svjestan” da pohranjuje nezakonite informacije i da se njegovim uslugama koristi za nezakonite aktivnosti.

172. Prema mojem mišljenju, slučajevi iz članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31 doista se odnose na konkretne nezakonite informacije.

173. Kao što to naglašava sud koji je uputio zahtjev i kao što to tvrde Google te njemačka i francuska vlada, to tumačenje proizlazi iz samog teksta članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31, u kojem se (u francuskom jeziku) upotrebljava određeni član („*l'activité ou [...] l'information illicites*” i „*l'activité ou l'information illicite*”) (moje isticanje)¹⁷⁰. Da je zakonodavac Unije htio uputiti na opće znanje ili svjesnost o tome da se nezakonite informacije nalaze na davateljevima poslužiteljima ili da se njegovim uslugama koristi za nezakonite aktivnosti, odabrao bi neodređeni član („*une activité ou une information illicites*” ili „*d'activités ou d'informations illicites*”). Ističem i da se u članku 14. stavku 1. točki (b) navedene direktive također upotrebljava određeni član („*retirer les informations ou l'accès à celles-ci impossible*”) (moje isticanje).

174. To se tumačenje nalaže i u pogledu općeg konteksta čiji je dio članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 i cilja koji se nastoji ostvariti tom odredbom.

175. U tom pogledu podsjećam da je zakonodavac Unije uvođenjem oslobođenja od odgovornosti predviđenih u odjeljku 4. Direktive 2000/31 namjeravao omogućiti posrednim davateljima usluga da pružaju svoje usluge a da se pritom ne izlažu neproporcionalnom riziku od odgovornosti za informacije koje obrađuju na zahtjev svojih korisnika. Konkretno, člankom 14. stavkom 1. te direktive nastoji se izbjeći da se ti davatelji općenito smatraju odgovornima zbog nezakonitosti informacija koje pohranjuju, koje su često vrlo brojne i nad kojima stoga načelno nemaju intelektualnu kontrolu. Navedeni je zakonodavac u tom pogledu namjeravao uspostaviti ravnotežu između različitih interesa. S jedne strane, za navedene davatelje, u skladu s člankom 15. stavkom 1. navedene direktive, ne može se uvesti opća obveza da prate informacije koje prenose ili pohranjuju niti opća obveza da aktivno traže

¹⁶⁹ U ovom mišljenju radi praktičnosti upotrebljavam pojam „stvarno znanje” kako bih uputio na slučaj iz prvog dijela rečenice članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31 i pojam „svjesnost” kako bih uputio na slučaj iz drugog dijela rečenice te odredbe.

¹⁷⁰ To je slučaj i u velikom broju drugih jezičnih verzija Direktive 2000/31. F. Peterson i Elsevier odgovaraju da engleska jezična verzija te direktive podupire suprotno tumačenje. Nisam u to uvjeren. Točno je da u toj verziji prvi dio rečenice članka 14. stavka 1. točke (a) te direktive ne sadržava određeni član („[...] the provider does not have actual knowledge of *illegal activity* or information [...]”). Međutim, u drugom se dijelu rečenice pak upotrebljava određeni član („[...] is not aware of facts or circumstances from which *the illegal activity* or information is apparent [...]”) (moje isticanje).

činjenice ili okolnosti koje bi ukazivale na protuzakonite aktivnosti. S druge strane, ti davatelji čim dobiju saznanje ili postanu svjesni nezakonite informacije trebaju žurno djelovati kako bi uklonili ili onemogućili pristup toj informaciji, uz uvažavanje načela slobode izražavanja i postupaka utvrđenih u tu svrhu na nacionalnoj razini¹⁷¹.

176. Članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 stoga može biti osnova za razvoj na razini država članica takozvanih postupaka „prijava i uklanjanja” (*notice and take down*)¹⁷², dok uvjeti predviđeni u njegovim točkama (a) i (b) prema tome odražavaju logiku tih postupaka: kad davatelj usluga sazna za *konkretnu nezakonitu informaciju*¹⁷³ mora je žurno ukloniti.

177. F. Peterson i Elsevier ipak odgovaraju da se platformama kao što su YouTube i Uploaded koristi za brojne nezakonite primjene, koje se redovito prijavljuju njihovim operaterima. Stoga tužitelji u glavnom postupku ponovno tvrde da ti operateri trebaju podlijeći obvezama dužne pažnje, što podrazumijeva sprečavanje i aktivno traženje povreda počinjenih na njihovim platformama. Slijedom toga, ne mogu se pozivati na to da nisu znali za konkretne nezakonite informacije na tim platformama. U tom se pogledu njihovo „znanje” ili „svjesnost” trebaju pretpostaviti.

178. Prema mojem mišljenju, tumačenje koje tako predlažu nositelji prava jednostavno nije u skladu s pravom Unije u njegovu trenutačnom stanju.

179. Takva argumentacija ponajprije nije u skladu s prvim dijelom rečenice članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31 koja se odnosi na „stvarno znanje”. Kako bi se dokazalo takvo „stvarno znanje”, ne treba se usredotočiti na ono što bi davatelj znao da je postupao s dužnom pažnjom, nego na ono što je stvarno znao¹⁷⁴.

180. Potrebno je dati daljnja objašnjenja što se tiče ideje „svjesnosti” iz drugog dijela rečenice članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31. Sud je dao različita pojašnjenja u tom pogledu u presudi L’Oréal/eBay. Podsjećam da se u predmetu u kojem je donesena ta presuda tražila odgovornost eBayja za određene prodajne ponude objavljene na njegovu tržištu koje su mogle povrijediti žigove L’Oréala. U tom je kontekstu Sud pojasnio da, kako bi se utvrdilo je li operater tržišta „svjestan” takvih ponuda, u smislu te odredbe, valja provjeriti „zna [li taj operater] za činjenice ili okolnosti na temelju kojih bi gospodarski subjekt koji postupa s dužnom pažnjom trebao utvrditi nezakonitost o kojoj je riječ i djelovati u skladu s [člankom 14. stavkom 1. točkom (b) te direktive]”. To može biti slučaj u „svakoj situaciji u kojoj predmetni davatelj na bilo koji način saznaje za takve činjenice ili okolnosti” i konkretno kad „otkrije da postoji nezakonita aktivnost ili informacija nakon ispitivanja koje je proveo na vlastitu inicijativu” ili pak ako „mu je prijavljeno da postoji takva aktivnost ili takva informacija”¹⁷⁵.

181. Iz te presude proizlazi da se određene obveze dužne pažnje zaista nalažu davatelju usluga na temelju članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31. Na tom temelju takav davatelj ponekad može izgubiti pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u toj odredbi zbog toga što je trebao znati da je određena informacija nezakonita i da je unatoč tomu nije uklonio.

171 Vidjeti uvodne izjave 40., 41. i 46. Direktive 2000/31.

172 Vidjeti uvodnu izjavu 40. i članak 14. stavak 3. Direktive 2000/31. Suprotno odjeljku 512. koji je uveden DMCA-om, Direktivom 2000/31 stoga se ne predviđa usklađeni postupak prijave i uklanjanja.

173 Pod time podrazumijevam obavješćavanje zaposlenika davatelja usluga. Ne može se smatrati da davatelj „zna” za nezakonitu informaciju koju pohranjuje ili da je toga „svjestan”, u smislu članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 zato što je, na primjer, automatski obradio tu informaciju. Takvim bi se tumačenjem toj odredbi oduzeo svaki koristan učinak jer svaki davatelj koji pohranjuje informacije nužno mora provesti takvu obradu.

174 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu L’Oréal i dr. (C-324/09, EU:C:2010:757, t. 162. i 163.).

175 Presuda L’Oréal/eBay, t. 120., 121. i 122.

182. Međutim, te su obveze dužne pažnje znatno preciznije nego što na to upućuju tužitelji u glavnom postupku. Prema mojem mišljenju, iz navedene presude ne može se zaključiti da bi davatelj usluga, kako bi se ponašao kao „gospodarski subjekt koji postupi s dužnom pažnjom” trebao, čim apstraktno zna da se nezakonite informacije nalaze na njegovim poslužiteljima, općenito aktivno tražiti takve nezakonite informacije i stoga bi se pretpostavilo da je „svjestan” svake od tih informacija.

183. U tom je pogledu očito da, s obzirom na broj prodajnih ponuda koje se svakodnevno objavljuju na tržištu kao što je eBay, operater tog tržišta zna da određeni broj tih ponuda može povrijediti prava intelektualnog vlasništva. Međutim, Sud u presudi L'Oréal/eBay nije odlučio da se smatra da je takav operater „svjestan” bilo koje od tih ponuda kojima se nanosi povreda. Naprotiv, smatrao je da valja provjeriti je li taj davatelj obaviješten o činjenicama ili okolnostima koje se odnose na predmetne prodajne ponude. Prema mišljenju Suda, valja osobito provjeriti je li navedeni davatelj primio dovoljno preciznu i potkrijepljenu prijavu u pogledu tih ponuda¹⁷⁶.

184. Iz toga proizlazi da se slučaj iz drugog dijela rečenice članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31, u kojoj davatelj usluga „zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija”, odnosi na slučaj u kojem davatelj (stvarno) zna za objektivne elemente koji se odnose na konkretnu informaciju na njegovim poslužiteljima, što bi trebalo biti dovoljno, pod uvjetom da dokaže da je postupio s potrebnom dužnom pažnjom, da shvati da je ta informacija nezakonita i da je ukloni u skladu s navedenim člankom 14. stavkom 1. točkom (b) te direktive.

185. Ukratko, davatelj usluga ima obvezu pažljivo razmotriti činjenice i okolnosti o kojima je obaviješten, osobito u okviru prijave koje se odnose na konkretne nezakonite informacije. Tu obvezu treba razlikovati od obveze da općenito aktivno traži takve činjenice i okolnosti. Takvo bi tumačenje bilo oprečno logici članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 i ono ne bi bilo u skladu s člankom 15. te direktive¹⁷⁷.

186. K tomu, ne treba zanemariti činjenicu da se logikom „prijave i uklanjanja” na kojoj se temelji navedeni članak 14. stavak 1. nastoji, kao što sam to naveo, uspostaviti ravnoteža između različitih interesa i konkretno zaštititi sloboda izražavanja korisnika.

187. U tom se okviru logika prijave ne odnosi samo na to da se davatelju usluge omogući da otkrije postojanje i lokaciju nezakonite informacije na svojim poslužiteljima. Cilj je prijave da se tom davatelju pruži dovoljno elemenata kako bi se uvjerio u nezakonitost te informacije. Naime, u skladu s tim člankom 14. stavkom 1. davatelj mora ukloniti takvu informaciju samo kad je „vidljivo” odnosno očito¹⁷⁸ da je nezakonita. Tim se zahtjevom, prema mojem mišljenju, nastoji izbjeći da davatelj mora sam rješavati složena pravna pitanja i da time postaje sudac za pitanja zakonitosti na internetu.

188. Međutim, iako je nezakonitost određenih informacija odmah očita¹⁷⁹, to u pravilu nije slučaj u pogledu autorskog prava. Kako bi se ocijenilo nanosi li se nekom datotekom povreda, nužno je nekoliko elemenata konteksta i može biti potrebna detaljna pravna analiza. Na primjer, kako bi se utvrdilo povređuje li se videozapisom objavljenim na platformi kao što je YouTube autorsko pravo načelno je potrebno provjeriti, kao prvo, sadržava li taj videozapis djelo, kao drugo, je li treća strana

¹⁷⁶ Vidjeti presudu L'Oréal/eBay, t. 122.

¹⁷⁷ Vidjeti u tom smislu Riordan, J., *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, Oxford, 2016., str. 407. i 408. Uostalom, Sud je pojasnio u točki 139. presude L'Oréal/eBay da se mjere koje se mogu zahtijevati od davatelja usluge kao što je eBay „ne mogu sastojati od aktivnog praćenja svih podataka svakog od njegovih klijenata kako bi se spriječila svaka buduća povreda prava intelektualnog vlasništva preko stranice davatelja”. Jednako tako, tvrdnjom Suda u točki 120. te presude, prema kojoj davatelj može otkriti činjenice i okolnosti na temelju kojih je nezakonitost očita u okviru vlastitih pretraga, samo se upućuje na to da se člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31 davatelju dopušta da izvršava takve pretrage. Naravno, taj davatelj po potrebi mora ukloniti nezakonite informacije koje otkrije. To ne može značiti da je općenito obavezan izvršavati takve pretrage.

¹⁷⁸ Vidjeti Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće, Francuska), odluka br. 2004-496 od 10. lipnja 2004.

¹⁷⁹ Ovdje mislim, na primjer, na slike dječje pornografije. Za tu vrstu informacija koje su same po sebi očito i nedvojbeno nezakonite, Direktivom 2000/31 ne zabranjuje se, prema mojem mišljenju, da se od davatelja zahtijeva proaktivnost u pogledu uklanjanja tih informacija. Vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 48. te direktive i što se tiče posebno dječje pornografije uvodnu izjavu 47. i članak 25. Direktive 2011/93.

koja u tom pogledu podnosi pritužbu nositelj prava na to djelo, kao treće, povređuju li se takvim korištenjem djelom njezina prava, pri čemu se potonjom točkom zahtijeva da se najprije procijeni je li se djelom koristilo uz odobrenje nositelja prava i zatim može li se primijeniti iznimka. K tomu, analiza je složenija zbog činjenice da se moguća prava i licencije na djelo mogu razlikovati u različitim državama članicama, što vrijedi i za iznimke, ovisno o primjenjivu pravu¹⁸⁰.

189. Ako davatelj usluga treba aktivno tražiti informacije kojima se nanosi povreda na svojim poslužiteljima, a da mu pritom ne pomažu nositelji prava, to bi ga obvezalo da, općenito i bez potrebnih elemenata konteksta, sâm ocijeni što čini povredu. Iako određene situacije ne ostavljaju mjesta dvojbi¹⁸¹, brojne druge su dvosmislene. Na primjer, često je teško utvrditi tko je nositelj prava za određeno djelo¹⁸². K tomu, kad je isječak zaštićenog djela uključen u videozapis koji je objavila treća strana, mogu se primijeniti određene iznimke, kao što su korištenje radi doslovnog navođenja ili parodije¹⁸³. Postoji rizik da je u svim tim dvosmislenim situacijama davatelj sklon sustavnom uklanjanju informacija sa svojih poslužitelja kako bi izbjegao svaki rizik od odgovornosti prema nositeljima pravima. Naime, često mu se čini da je jednostavnije ukloniti informaciju nego da sâm mora zahtijevati u okviru moguće tužbe za utvrđivanje odgovornosti, na primjer, primjenu takve iznimke. Takvo „prekomjerno uklanjanje” dovodi do očitog problema u području slobode izražavanja¹⁸⁴.

190. Iz tih razloga, kao što to tvrdi sud koji je uputio zahtjev, povređujuća priroda informacije može se smatrati „vidljivom”, u smislu članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31, samo ako je predmetni davatelj primio prijavu kojom mu se pružaju elementi koji omogućuju „gospodarskom subjektu koji postupi s dužnom pažnjom” u njegovoj situaciji da utvrdi tu prirodu bez poteškoća i provođenja detaljnog pravnog i materijalnog ispitivanja. Konkretno, u toj se prijavi mora utvrditi zaštićeno djelo, opisati povreda koja se stavlja na teret i pružiti dovoljno jasne indicije u pogledu prava koja žrtva tvrdi da ima na to djelo. Dodajem da, kad primjena iznimke nije odmah isključena, prijava mora sadržavati razumna objašnjenja o razlozima iz kojih bi primjena te iznimke trebala biti isključena. Samo se takvim tumačenjem, prema mojem mišljenju, može izbjeći rizik od toga da posredni davatelji usluga postanu suci za pitanja zakonitosti na internetu i rizik od „prekomjernog uklanjanja” koji su navedeni u prethodnim točkama¹⁸⁵.

191. S obzirom na navedeno, potrebno je iznijeti još dva konačna pojašnjenja. Kao prvo, prema mojem mišljenju, postoji slučaj u kojem se davatelj usluga ne može kriti iza činjenice da nije stvarno „znao” za konkretne nezakonite informacije za koje se traži njegova odgovornost ili ih nije bio „svjestan” te u kojem bi trebalo biti dovoljno općenito i apstraktno znanje o tome da pohranjuje nezakonite

180 Vidjeti osobito presudu od 16. veljače 2012., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 50.).

181 Na primjer, kad nepoznati korisnik objavi niskokvalitetan primjerak filma koji je nedavno izašao, koji je snimam videokamerom.

182 Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku u predmetu C-682/18 proizlazi da se velik dio presude protiv koje je podnesena žalba odnosi na pitanje je li i u kojoj mjeri F. Peterson nositelj prava na predmetna djela.

183 Vidjeti članak 5. Direktive 2001/29.

184 Osobito ističem da se Direktivom 2000/31 ne predviđa nikakvo jamstvo za korisnike, kao što je postupak „protuprijave” koji omogućuje da se osporava „prekomjerno uklanjanje” njihovih informacija. U uvodnoj izjavi 46. te direktive samo se navodi mogućnost država članica da „utvrde posebne zahtjeve koji se moraju žurno ispuniti prije uklanjanja ili onemogućavanja informacija”.

185 Vidjeti u tom smislu Riordan, J., *op. cit.*, str. 406. Općenito pitanje jesu li „činjenice i okolnosti” o kojima je obaviješten davatelj usluga dovoljne kako bi postao „svjestan” nezakonite informacije, u smislu članka 14. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/31, ovisi o svim okolnostima svakog predmeta, osobito o stupnju preciznosti prijave, složenosti analize koja je potrebna za razumijevanje nezakonitosti te informacije i sredstvima kojima raspolaže taj davatelj. Isto vrijedi u pogledu pitanja je li davatelj djelovao „žurno” u smislu članka 14. stavka 1. točke (b) te direktive.

informacije i da se njegovim uslugama koristi za nezakonite aktivnosti. Riječ je o slučaju u kojem taj davatelj *namjerno olakšava* korisnicima svoje usluge obavljanje nezakonitih radnji. Kad objektivni elementi dokazuju zlu vjeru navedenog davatelja¹⁸⁶, on gubi, prema mojem mišljenju, pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31¹⁸⁷.

192. Kao drugo, F. Peterson i Elsevier tvrde da se, kad davatelj usluga primi dovoljno preciznu i potkrijepljenu prijavu o nezakonitoj informaciji, člankom 14. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2000/31 od tog davatelja zahtijeva ne samo da ukloni informaciju ili da joj onemogući pristup, nego i da poduzme potrebne mjere kako bi „zabranio pristup” toj informaciji, odnosno spriječio da *je se ponovno objavi*. Drugim riječima, u slučaju da davatelj primi sličnu prijavu, smatralo bi se da je „svjestan” ne samo informacije koja se trenutačno nalazi na njegovim poslužiteljima, nego i svih mogućih budućih objava te informacije a da pritom nije potrebna nova prijava za svaku od tih informacija.

193. U tom pogledu, nositelji prava dosljedno tvrde da se informacije koje su predmet prijave i koje je davatelj usluga uklonio nedugo nakon toga često ponovno objave. Slijedom toga, obvezni su stalno pratiti sve internetske stranice na kojima se mogu pohraniti njihova djela i povećati broj prijava. Rješenje koje predlažu ti nositelji za uklanjanje problema jest tumačiti članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 na način da se na njemu temelji ne samo sustav „prijave i uklanjanja” (*notice and take down*), nego i sustav „prijave i zabrane pristupa” (*notice and stay down*).

194. Prema mojem mišljenju, uključivanje u članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 obveze *stay down* znatno bi izmijenilo doseg te odredbe. Uklanjanje informacije podrazumijeva da davatelj usluga treba (s dužnom pažnjom) odgovoriti na prijavu. Suprotno tomu, za zabranjivanje pristupa informaciji potrebno je uvesti tehnologiju filtriranja informacija koje pohranjuje. U tom okviru, trebalo bi spriječiti ne samo ponovnu objavu predmetne računalne datoteke, nego i svake datoteke *s jednakim sadržajem*. Neovisno o činjenici da određeni davatelji usluga, uključujući čini se YouTube, raspolažu tehnologijama koje omogućuju takav *stay down* i koje dobrovoljno primjenjuju, čini mi se da je teško uključiti takvu obvezu u tu odredbu na temelju „dinamičnog” tumačenja i stoga je naložiti svim davateljima usluga, uključujući onima koji nemaju sredstva potrebna za provedbu takve tehnologije¹⁸⁸.

195. Suprotno tomu, smatram da se obveza *stay down* može, u uvjetima koje ću pojasniti u okviru svoje analize četvrtih pitanja, naložiti određenim davateljima usluga u okviru sudskog naloga, osobito ovisno o njihovim mogućnostima, u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29.

196. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na treća pitanja odgovori da članak 14. stavak 1. točku (a) Direktive 2000/31 treba tumačiti na način da se slučajevi koji su navedeni u toj odredbi, odnosno slučaj u kojem davatelj usluga ima „stvarno znanje o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji” i slučaj u kojem takav davatelj „zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija”, načelno odnose na konkretne nezakonite informacije.

¹⁸⁶ U pogledu tog pitanja upućujem čitatelja na točke 120. do 131. ovog mišljenja.

¹⁸⁷ Naime, smatram da je nezamislivo da se, na primjer, administratori platforme „The Pirate Bay” mogu pozvati na članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 kako bi izbjegli svoju sekundarnu odgovornost na temelju nacionalnog prava za informacije pohranjene na toj platformi. Kao što to tvrdi francuska vlada, tom se odredbom nastoji zaštititi davatelje usluga koji u pravilu postupaju u dobroj vjeri, a ne davatelje čija je sâma namjera olakšati povrede autorskog prava.

¹⁸⁸ Suprotno tomu, obveza *stay down* navodi se u članku 17. stavku 4. Direktive 2019/790. Međutim, napominjem da je zakonodavac predvidio iznimku za „male” davatelje usluga koji nemaju sredstva ili tehnologiju koji su potrebni za provedbu takve obveze.

D. Uvjeti za podnošenje zahtjeva za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 (četvrta pitanja)

197. U slučaju da Sud odluči da se operateri platformi kao što su YouTube i Cyando mogu pozvati na članak 14. Direktive 2000/31, potomji operateri oslobođeni su od svake odgovornosti koja može proizlaziti iz datoteka koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi ako ispunjavaju uvjete predviđene u stavku 1. tog članka.

198. Međutim, kao što se to pojašnjava u njegovu stavku 3., navedenim se člankom „ne utječe na mogućnost da sud ili upravno tijelo, u skladu s pravnim sustavom države članice, od davatelja usluge zahtijeva okončanje ili sprečavanje prekršaja”. Drugim riječima, tim se člankom ne sprečava da davatelj usluga bude osobito adresat *sudskog naloga*, čak i kad ispunjava te uvjete¹⁸⁹.

199. U tom se pogledu člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 države članice obvezuje da osiguravaju „nositeljima prava mogućnost podnošenja zahtjeva za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava”¹⁹⁰.

200. Svojim *četvrtim pitanjima* Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) traži od Suda da pojasni uvjete koje moraju ispuniti nositelji prava kako bi mogli podnijeti zahtjev za takav sudski nalog, u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29.

201. Taj sud točnije pita je li njegova sudska praksa usklađena s pravom Unije. Prema toj sudskoj praksi, navedeni članak 8. stavak 3. uveden je u njemačko pravo putem „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi” (*Störerhaftung*), što je oblik neizravne odgovornosti koji je davno utvrđen. Tim se načelom predviđa da se u slučaju povrede apsolutnog prava, kao što je pravo intelektualnog vlasništva, protiv osobe koja nije počinitelj ili sudionik u toj povredi, ali joj namjerno pridonosi na bilo koji način, te ako se utvrdi odgovarajuća uzročna veza, može podnijeti tužba kao „osobe koja pridonosi povredi” (*Störer*). U tom kontekstu može biti dovoljno da dotična osoba podupire ili iskorištava ponašanje treće osobe koja je počinila tu povredu, time što je djelovala na vlastitu inicijativu, ako je ta osoba mogla pravno i u praksi spriječiti da se počinii povreda¹⁹¹.

202. Kao što to objašnjava sud koji je uputio zahtjev, kako se „odgovornost osobe koja pridonosi povredi” ne bi proširila na osobe koje nisu ni počinitelj povrede ni sudionik u povredi, ta odgovornost *podrazumijeva povredu obveza ponašanja*. Opseg tih obveza ovisi o tome može li se razumno očekivati od „osobe koja pridonosi povredi”, uzimajući u obzir okolnosti, i ovisno o slučaju u kojoj mjeri, da kontrolira ili nadzire treće strane kako bi spriječio takve povrede. To treba utvrditi u svakom pojedinom slučaju uzimajući u obzir funkciju i zadaće „osobe koja pridonosi povredi”, kao i osobnu odgovornost počinitelja tih povreda.

203. U tom se kontekstu protiv posrednog davatelja koji pohranjuje informacije dobivene od korisnika svoje usluge može podnijeti tužba kao „osobe koja pridonosi povredi” te mu na temelju toga izdati nalog za prestanak povrede ako je, *s jedne strane*, primio dovoljno preciznu i potkrijepljenu prijavu o konkretnoj nezakonitoj informaciji i, *s druge strane*, ako je došlo do „ponavljanja povrede” zato što taj

¹⁸⁹ Vidjeti i uvodnu izjavu 45. Direktive 2000/31.

¹⁹⁰ Ta se obveza navodi i u trećoj rečenici članka 11. Direktive 2004/48, koja se primjenjuje na povrede različitih prava intelektualnog vlasništva, uključujući i autorsko pravo (vidjeti članak 2. stavak 1. te direktive). Međutim, tom se odredbom, kao što se to u njoj pojašnjava, „ne dovodi u pitanje” članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29. U svakom slučaju, budući da su tekst članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29 i treće rečenice članka 11. Direktive 2004/48 gotovo jednaki i da te direktive imaju isti cilj osiguravanja visoke razine zaštite intelektualnog vlasništva (vidjeti uvodnu izjavu 9. prve direktive i uvodnu izjavu 10. druge direktive), te odredbe, prema mojem mišljenju, treba tumačiti jednako.

¹⁹¹ Na temelju „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi” može se ishoditi sudski nalog. Stoga ta odgovornost nije temelj za dodjelu naknade štete, za razliku od primarne odgovornosti počinitelja povrede i odgovornosti sudionika predviđene u članku 830. BGB-a.

davatelj nije žurno djelovao kako bi uklonio predmetnu informaciju ili joj onemogućio pristup ili zato što nije poduzeo potrebne mjere kako bi spriječio da se ta informacija ponovno objavi¹⁹². Slijedom toga, nositelji prava ne mogu podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika čim korisnik njihovih usluga povrijedi njihova prava.

204. U biti valja utvrditi protivi li se članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 da se mogućnost nositelja prava da podnesu zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika uvjetuje ponavljanjem takve povrede.

205. Sud koji je uputio zahtjev smatra da to nije slučaj. Google, Cyando te njemačka i finska vlada slažu se s tim mišljenjem. Ja sam pak sklon smatrati, kao F. Peterson, Elsevier, francuska vlada i Komisija, da se taj uvjet doista protivi članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29.

206. *Najprije*, podsjećam da se člankom 8. stavkom 3. nositeljima prava priznaje pravo da podnesu zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv „posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava”. Prema sudskoj praksi Suda, „posrednik” je u smislu te odredbe svaki davatelj koji pruža uslugu kojom se mogu koristiti druge osobe za povredu takvog prava intelektualnog vlasništva¹⁹³. To je nedvojbeno slučaj s YouTubeom i Cyandom. Njihovim se uslugama „koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava” svaki put kad jedan od njihovih korisnika na njihovim platformama nezakonito objavi zaštićeno djelo.

207. *Nadalje*, iako se u uvodnoj izjavi 59. Direktive 2001/29 navodi da se uvjeti i načini koji se odnose na takav sudski nalog načelno prepuštaju nacionalnom pravu država članica, iz toga samo slijedi da potonje države članice raspolažu marginom prosudbe u tom pogledu. Te uvjete i načine u svakom slučaju treba urediti tako da se ostvari cilj koji se nastoji postići člankom 8. stavkom 3. te direktive¹⁹⁴. Prema tome, ta margina prosudbe ne može omogućiti tim državama da izmijene opseg i stoga bit prava koje se tom odredbom priznaje nositeljima prava.

208. U tom kontekstu napominjem da mogućnost nositelja prava da ishode sudski nalog protiv posrednog davatelja usluga, u skladu s uvjetima za „odgovornost osobe koja pridonosi povredi”, ovisi o njegovu ponašanju. Kao što sam to naveo, nalog koji je izdan na temelju tog načela jest nalog za *prestanak povrede*. Njime se podrazumijeva da je taj davatelj povrijedio određene *obveze ponašanja*¹⁹⁵ te se omogućuje njihova izvršenje pred sudom.

209. Međutim, u članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 primjenjuje se drukčija logika. Za razliku od sudskih naloga protiv počinitelja, predviđenih u stavku 2. tog članka, *cilj* sudskih naloga protiv posrednika predviđenih u stavku 3. istog članka *nije (samo) spriječiti njihova određena kažnjiva ponašanja*. Ta se odredba odnosi čak i na „nevine” posrednike koji obično ispunjavaju sve obveze koje su im propisane zakonom. Njome se nositeljima prava omogućuje da od njih zahtijevaju da se više

192 Vidjeti osobito Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud), presude od 26. srpnja 2012., I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 – *Alone in the Dark*, kao i od 19. ožujka 2015., I ZR 94/13, GRUR 2015 1129 – *Hotelbewertungsportal*. Prema sudskoj praksi tog suda, operateri kao što su YouTube i Cyando u pravilu nisu izravno odgovorni za povrede autorskog prava koje je počinio posrednik njihovih platformi jer ne obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koja su na tim platformama objavljena. Ti se operateri načelno ne smatraju odgovornima ni kao sudionici u tim povredama, u smislu članka 830. BGB-a, jer je da bi ih se na temelju toga osudilo bilo bi potrebno dokazati namjeru i da su znali za konkretnu povredu (vidjeti moju analizu petih i šestih prethodnih pitanja). Stoga taj sud u biti uređuje ponašanje takvih operatera u okviru sudskih naloga koji se temelje na „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi”. U glavnim su predmetima žalbeni sudovi stoga osudili YouTube i Cyando kao „društva koja pridonose povredi” jer nisu poštovali obveze ponašanja.

193 Vidjeti po analogiji presudu od 7. srpnja 2016., Tommy Hilfiger Licensing i dr. (C-494/15, EU:C:2016:528, t. 23. i navedena sudska praksa).

194 Vidjeti presudu L'Oréal/eBay, t. 136.

195 Obveze ponašanja koje se temelje konkretno na tome da davatelji usluga koji obavljaju djelatnost koja se, među ostalim, sastoji od pohrane datoteka dobivenih od trećih strana, u skladu sa sudskom praksom Bundesgerichtshofa (Savezni vrhovni sud), odražavaju uvjet predviđen u članku 14. stavku 1. točki (b) Direktive 2000/31. Međutim, smatram da te obveze nadilaze tu odredbu: taj sud zahtijeva ne samo da davatelj usluga ukloni prijavljenu informaciju, nego i da zabrani pristup toj informaciji u skladu s logikom *stay down*.

uključuje u suzbijanje povreda autorskog prava koje su počinili korisnici njihovih usluga jer su obično u najboljem položaju da prekinu te povrede. U tom smislu navedena odredba omogućuje da se tim posrednicima nalože *nove obveze* na temelju sudskih naloga. Ukratko, riječ je o vrsti prisilne suradnje¹⁹⁶.

210. Ta razlika u logici možda ne bi bila problematična sama po sebi. Kao što sam to naveo, važan je samo rezultat koji su dobile države članice, a ne načini na koji primjenjuju članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29. U svakom slučaju, u tom je pogledu važna samo mogućnost nositelja prava da ishode sudski nalog kojim se posrednicima nalaže da se ponašaju na određen način koji štiti njihove interese. Nije važno je li taj nalog u teoriji podnesen kako bi se sankcionirale postojeće obveze ponašanja ili kako bi se naložile nove obveze.

211. Međutim, uvjetovanje izdavanja takvog naloga povredom postojećih obveza ponašanja koju je počinio posrednik ima za posljedicu *odgađanje ostvarivanja, a time i ograničavanje* prava koje se člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 priznaje nositeljima prava¹⁹⁷. U praksi, kao što to tvrdi F. Peterson, potonji nositelji prava mogu podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika samo kad je počinjena prva povreda koja se odnosi na nezakonitu informaciju i koja je tom posredniku uredno prijavljena (na temelju prijave kojom nastaju obveze ponašanja) i kad se usto povreda ponovila (što pokazuje da posrednik nije ispunio te obveze).

212. Međutim, prema mojem mišljenju, nositelj prava mora moći podnijeti zahtjev za takav sudski nalog čim se utvrdi da treće strane povređuju njegova prava preko usluge posrednika a da ne mora čekati da se povreda ponovi niti dokazati kažnjivo ponašanje tog posrednika¹⁹⁸. Pojašnjavam da se članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 ne protive, prema mojem mišljenju, sama pravila o „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi”. Tom se članku više protivi činjenica da nositelji prava u njemačkom pravu nemaju drugi pravni temelj koji im omogućuje da u tim uvjetima podnesu zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika.

213. To se tumačenje ne dovodi u pitanje, prema mojem mišljenju, argumentom koji je istaknuo sud koji je uputio zahtjev i koji su ponovili Google, Cyando i finska vlada, prema kojem bi se omogućavanjem nositeljima prava da podnesu zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika, u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29, čak i prije nego što se povreda ponovi, potonjem posredniku naložila opća obveza praćenja i aktivnog traženja koja je protivna članku 15. stavku 1. Direktive 2000/31. Prema njihovu mišljenju, priznavanje takve mogućnosti značilo bi da je posrednik trebao, čak i prije nego što je primio dovoljno preciznu i potkrijepljenu prijavu, ukloniti predmetnu informaciju i zabraniti njezinu ponovnu objavu, što bi podrazumijevalo da prati svoje poslužitelje i općenito aktivno traži nezakonite informacije koje se na tim serverima mogu nalaziti.

214. Međutim, takva posljedica ne proizlazi iz tumačenja koje predlažem. Činjenica da nositelji prava mogu podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika u određenom slučaju ne znači da je potonji posrednik nužno bio dužan djelovati na određeni način *prije* izdavanja tog naloga. Ponavljam da nalozi predviđeni u članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 načelno nisu namijenjeni sankcioniranju toga što posrednici nisu ispunili postojeće obveze dužne pažnje, nego tomu da im se nalože nove obveze koje vrijede u budućnosti.

¹⁹⁶ Vidjeti uvodnu izjavu 59. Direktive 2001/29 i Husovec, *op. cit.*, str. XV., XVI., 8. i 10. do 13. Prema mojem mišljenju, činjenica da posrednici u određenoj mjeri ostvaruju financijsku korist od nezakonitih primjena svojih usluga opravdava i to što podnose takve sudske naloge.

¹⁹⁷ Vidjeti u tom smislu Nordemann, J. B., „Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, sv. 2, br. 1, 2011., str. 40.

¹⁹⁸ Vidjeti u tom smislu Komunikaciju Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru od 29. studenoga 2017., Smjernice o određenim aspektima Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o provedbi prava intelektualnog vlasništva (COM(2017) 708 *final*), str. 19.: „nadležna sudska tijela ne mogu kao uvjet za izdavanje sudskog naloga od podnositelja zahtijevati da dokaže da je posrednik, čak i neizravno, odgovoran za (navodnu) povredu”.

215. *Naposljetku*, svjestan sam činjenice da je cilj uvjeta „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi” koji se odnosi na povredu obveza ponašanja koju je počinio posrednik, kao što je to naveo sud koji je uputio zahtjev, ograničiti krug osoba u odnosu na koje se može podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga. Međutim, tumačenje koje predlažem ne znači da nositelji prava trebaju moći podnijeti zahtjev za bilo kakav sudski nalog protiv bilo kojeg posrednog davatelja usluga. Prema mojem mišljenju, nacionalni sudovi trebaju primijeniti načelo proporcionalnosti kako bi utvrdili opseg obveza koje se razumno mogu naložiti predmetnom davatelju, uzimajući u obzir njegovu situaciju u pogledu povreda predmetnog autorskog prava. U određenim slučajevima davatelj može biti previše udaljen od tih povreda da bi bilo proporcionalno tražiti njegovo sudjelovanje. U svakom slučaju to se pitanje ovdje ne postavlja. Naime, operateri kao što su YouTube i Cyando blizu su povreda koje su počinili korisnici njihovih platformi jer na svojim poslužiteljima pohranjuju odgovarajuće datoteke.

216. Stranke glavnog postupka također su pred Sudom postavile pitanje opsega sudskih naloga koji se mogu izdati protiv posrednika, s obzirom na to da nositelji prava smatraju da sudska praksa Bundesgerichtshofa (Savezni vrhovni sud) u tom pogledu ne ide dovoljno daleko, dok operateri platformi smatraju, suprotno tomu, da ta sudska praksa prekoračuje ono što se dopušta pravom Unije. Budući da taj sud nije postavio Sudu to pitanje, nego je ono usko povezano s problemima koji su općenito istaknuti u ovim predmetima, iznijet ću nekoliko kratkih napomena u tom pogledu.

217. Sud je već pojasnio da se sudskim nalogom koji je izdan u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 posrednika može obvezati da poduzme mjere koje pridonose ne samo *prestanku* povreda autorskog prava koje su počinili korisnici njegove usluge, nego i *sprečavanju* novih povreda te prirode¹⁹⁹. Mjere koje mu se mogu naložiti u okviru takvog sudskog naloga moraju biti učinkovite, razmjerne i odvrćati od povrede, osigurati pravednu ravnotežu između različitih prava i interesa te izbjeći stvaranje prepreka zakonitoj primjeni usluge²⁰⁰.

218. Osim toga, te mjere trebaju poštovati ograničenja iz članka 15. stavka 1. Direktive 2000/31²⁰¹. U ovom slučaju riječ je osobito o pitanju može li se i u kojoj mjeri nalogom obvezati operatera da otkrije i zabrani nezakonitu objavu zaštićenih djela na svojoj platformi. Kao što sam to naveo²⁰², za to je obično potrebno da davatelj upotrebljava tehnologiju filtriranja informacija koje pohranjuje. Stoga je potrebno utvrditi treba li se za takav sudski nalog nužno smatrati da podrazumijeva opće obveze praćenja i aktivnog traženja, koje su tom odredbom zabranjene.

219. U tom pogledu napominjem da je, s jedne strane, u presudi SABAM²⁰³ Sud odlučio da se članku 15. stavku 1. Direktive 2000/31 protivi to da se operatera platforme društvene mreže obvezuje da uspostavi sustav filtriranja informacija pohranjenih na zahtjev korisnika njegove usluge, koji se preventivno jednako primjenjuje na sve te korisnike, isključivo o vlastitu trošku i bez vremenskog ograničenja, koji može utvrditi datoteke koje sadržavaju djela na koja podnositelj zahtjeva ima prava intelektualnog vlasništva kako bi zabranio stavljanje navedenih djela na raspolaganje javnosti. Sud se također usredotočio na činjenicu da takva mjera podrazumijeva da taj operater treba pratiti sve ili veliku većinu informacija koje pohranjuje, da se treba odnositi na sve buduće povrede i da treba zaštititi ne samo postojeća djela, nego i djela koja još nisu stvorena u trenutku uspostave navedenog sustava.

199 Vidjeti po analogiji presudu L'Oréal/eBay (t. 131.).

200 Vidjeti članak 3. Direktive 2004/48 i po analogiji presudu L'Oréal/eBay, t. 140. do 144. Podsjećam da se ta direktiva primjenjuje i u pogledu autorskog prava. Prema tome, zahtjeve utvrđene u njezinim općim odredbama treba poštovati u okviru naloga izdanog u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29.

201 Vidjeti presudu od 16. veljače 2012., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 31. do 33.).

202 Vidjeti točku 194. ovog mišljenja.

203 Presuda od 16. veljače 2012. (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 35. do 38.)

220. S druge strane, Sud je odlučio u presudi Glawischnig-Piesczek²⁰⁴, koja se pak odnosi na povrede časti osoba, da se nalogom može obvezati posrednog davatelja usluga da otkrije i zabrani pristup *konkretnoj informaciji* čiji je sadržaj analizirao i ocijenio sud koji ju je po završetku svoje ocjene proglasio nezakonitom. Sud stoga može zahtijevati od davatelja da zabrani pristup *istovjetnim informacijama*, neovisno o korisniku koji je zatražio njihovo pohranjivanje. Nalog može obuhvaćati i *istovrsne informacije* ako sadržavaju posebne elemente koji su odgovarajuće određeni u nalogu i ako davatelj nije obavezan samostalno ocijeniti njihovu klevetničku prirodu, nego naprotiv ako se može *koristiti tehničkim sredstvima i automatiziranim sredstvima za istraživanja*. Prema mišljenju Suda, takav nalog dovodi samo do *pojedinih* obveza praćenja i aktivnog traženja, koje su u skladu s člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31²⁰⁵.

221. Iz tih presuda proizlazi, prema mišljenju Suda, da se članku 15. stavku 1. Direktive 2000/31 ne protivi svaka obveza otkrivanja i zabrane pristupa. Iako se tom odredbom zabranjuje da se davatelju naloži da općenito filtrira informacije koje pohranjuje *u potrazi za bilo kakvom povredom*²⁰⁶, ne protivi joj se *a priori* to da se tog davatelja obveže da zabrani pristup *konkretnoj datoteci* u kojoj se koristi zaštićenim djelom i koju je sud proglasio nezakonitom. U skladu s mojim razumijevanjem sudske prakse Suda, navedenoj se odredbi u tom kontekstu ne protivi to da je davatelj dužan otkriti i zabraniti pristup ne samo istovjetnim primjercima te datoteke, nego i drugim istovrsnim datotekama odnosno, prema mojem mišljenju, onima u kojima se predmetnim djelom koristi na jednak način. U toj se mjeri toj odredbi stoga ne protivi to da se posrednom davatelju usluga naloži obveza *stay down*.

222. Međutim, podsjećam da mjere koje su poduzete protiv posrednog davatelja usluga u okviru naloga moraju biti proporcionalne. Stoga je važno uzeti u obzir sredstva tog davatelja. Konkretno, iako se čini da je relativno lako zabraniti pristup istovjetnom primjerku datoteke za koju se smatra da nanosi povredu²⁰⁷, znatno je teže otkriti druge datoteke u kojima se predmetnim djelom koristi na jednak način²⁰⁸. Iako YouTube tvrdi da može to učiniti²⁰⁹, svaki davatelj ne raspolaže potrebnom tehnologijom ili sredstvima da osigura tu tehnologiju²¹⁰. Podsjećam i da mjere koje se izriču sudskim nalogom moraju osigurati pravednu ravnotežu između različitih prava i interesa te izbjeći stvaranje prepreka zakonitoj primjeni usluge. Konkretno, obveza zabrane pristupa ne može, prema mojem mišljenju, imati za cilj ili učinak spriječiti korisnike platforme da na njoj objavljuju zakonite sadržaje i osobito da se zakonito koriste predmetnim djelom²¹¹. Na nacionalnim sudovima je da odrede što se može razumno očekivati od predmetnog davatelja.

223. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na četvrta pitanja odgovori na način da se članku 8. stavku 3. Direktive 2001/29 protivi to da nositelji prava protiv davatelja usluge, koja se sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge i kojom se treće strane služe za povredu autorskog prava ili srodnog prava, mogu podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga samo ako je nakon ukazivanja na očitu povredu ponovno došlo do takve povrede.

204 Presuda od 3. listopada 2019. (C-18/18, EU:C:2019:821, t. 33. do 47.)

205 Vidjeti uvodnu izjavu 47. Direktive 2000/31.

206 Vidjeti i presudu L'Oréal/eBay, t. 139.

207 U tom se pogledu primjerci iste datoteke mogu utvrditi s pomoću filtera MD5 (ili *hash* filtera), koji su, čini se, uobičajeni.

208 Na primjer, što se tiče kinematografskog djela, moguće su brojne verzije u pogledu formata ili kvalitete slike, trajanja itd.

209 U skladu s objašnjenjima koja je dao Google, kad se referentna datoteka za neko djelo unese u bazu podataka softvera Content ID, taj softver automatski prepoznaje (gotovo) sve datoteke koje sadržavaju to djelo prilikom njihove objave.

210 U skladu s informacijama koje je dao Google, to je društvo potrošilo više od 100 milijuna dolara (oko 88 milijuna eura) kako bi razvilo Content ID.

211 Vidjeti u tom smislu presudu od 16. veljače 2012., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 50.). Konkretno, nalog ne smije onemogućivati korisnicima platforme da se koriste zaštićenim djelima koja su obuhvaćena iznimkama i ograničenjima predviđenim u članku 5. Direktive 2001/29. Što se tiče platforme kao što je YouTube, osobito je potrebno korisnicima omogućiti dijeljenje videozapisa u kojima se djelima koristi u svrhu kritike, osvrta ili pak parodije, u uvjetima predviđenim u tom članku 5. stavku 3. točkama (d) i (k). Što se tiče Cyberlockera, potrebno je korisnicima ne oduzeti pravo na privatno reproduciranje iz članka 5. stavka 2. točke (b) te direktive (vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, t. 23. do 28.)).

E. Podredno, pojam „počinitelj povrede” u smislu članka 13. Direktive 2004/48 (peta i šesta pitanja)

224. Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) svoja je *peta i šesta pitanja* iznio samo u slučaju da Sud odgovori negativno na prva i druga pitanja. Sud koji je uputio zahtjev stoga upućuje na slučaj u kojem, s jedne strane, djelatnost operatera kao što su YouTube i Cyando nije obuhvaćena pojmom „priopćavanje javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 i, s druge strane, ti operateri ne mogu ostvariti pravo na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31 za odgovornost koja može proizlaziti iz informacija koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi²¹².

225. Svojim *petim pitanjima* taj sud pita trebaju li se u tom slučaju navedeni operateri smatrati „počiniteljima povrede”, osobito u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2004/48, jer su imali „aktivnu ulogu” u pogledu datoteka koje sadržavaju zaštićena djela koja su nezakonito objavili korisnici njihovih platformi.

226. Ako je odgovor potvrđan, navedeni sud svojim se *šestim pitanjima* pita o usklađenosti pravila o sudjelovanju predviđenih u članku 830. BGB-a s navedenim člankom 13. stavkom 1. Potonjom se odredbom, kojom se predviđa oblik sekundarne odgovornosti, omogućuje žrtvi povrede, za razliku od „odgovornosti osobe koja pridonosi povredi”, da ostvari naknadu štete od osobe koja je sudionik u toj povredi. Sudionikom se smatra osoba koja je namjerno poticala treću stranu da svjesno počini povredu ili koja joj je pomogla u tom pogledu. Međutim, odgovornost sudionika pretpostavlja, osim objektivnog sudjelovanja u konkretnoj povredi, barem djelomičnu namjeru u pogledu te povrede i mora obuhvaćati svijest o nezakonitosti. U praksi se posredni davatelj usluga stoga može smatrati odgovornim samo kao sudionik u *konkretnim povredama* autorskog prava, koje su počinili korisnici njegove usluge, za koje zna i koje je namjerno olakšao. Međutim, sud koji je uputio zahtjev pita se, na temelju tog članka 13. stavka 1., bi li trebalo biti dovoljno, kako bi se posrednom davatelju usluga naložilo da isplati naknadu štete nositeljima prava, da on *općenito i apstraktno* zna za činjenicu da se njegovom uslugom koristi za povredu autorskog prava ili je te činjenice svjestan.

227. Prema mojem mišljenju, članak 13. stavak 1. Direktive 2004/48 jednostavno nema za cilj urediti uvjete odgovornosti posrednih davatelja usluga za povrede autorskog prava koje su počinili korisnici njihovih usluga.

228. U tom pogledu podsjećam da se tom odredbom predviđa da „nadležna sudska tijela, na zahtjev oštećene stranke, počinitelju povrede koji je znao ili za kojeg je osnovano pretpostaviti da je morao znati da sudjeluje u vršenju povrede, nal[azu] da nositelju prava plati naknadu primjerenu stvarnoj šteti koju je pretrpio kao posljedicu povrede”. U smislu navedene odredbe, „počinitelj povrede” stoga je osoba koja sudjeluje u „vršenju povrede” ili, drugim riječima, osoba koja povređuje pravo intelektualnog vlasništva.

²¹² Podsjećam da se, prema mojem mišljenju, članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 i članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 trebaju tumačiti dosljedno. Konkretno, „nezaobilazna uloga”, u smislu sudske prakse Suda koja se odnosi na prvu odredbu, treba u praksi za posredne davatelje usluga koji pohranjuju informacije dobivene od korisnika svojih usluga odgovarati „aktivnoj ulozi” predviđenoj u toj sudskoj praksi koja se odnosi na drugu odredbu. Stoga ću na *peta i šesta* prethodna pitanja odgovoriti samo kratko i podredno.

229. Međutim, jedini je cilj članka 13. stavka 1. Direktive 2004/48 predvidjeti postupovna pravila koja se odnose na dodjelu i određivanje naknade štete kad je počinjena takva povreda. Ta odredba nema za cilj unaprijed utvrditi koja su prava intelektualnog vlasništva zaštićena, kojim se radnjama povređuju ta prava, tko je odgovoran za tu povredu i tko je „nositelj prava” kojem treba isplatiti naknadu štete. Sva su ta pitanja obuhvaćena materijalnim pravilima prava intelektualnog vlasništva²¹³. Podsjećam da se Direktivom 2004/48 općenito usklađuju samo određeni postupovni aspekti intelektualnog vlasništva, osim takvih materijalno-pravnih pitanja²¹⁴.

230. U području autorskog prava relevantna materijalna pravila osobito sadržava Direktiva 2001/29. Osoba sudjeluje u „vršenju povrede” i time postoje „počinitelj povrede” kad obavlja radnju koja je obuhvaćena isključivim pravom koje se tom direktivom priznaje autoru, koji je u tom kontekstu načelno „nositelj prava”, bez prethodnog odobrenja potonjeg nositelja prava i bez mogućnosti primjene iznimke ili ograničenja.

231. Međutim, podsjećam da se peta i šesta pitanja temelje na slučaju prema kojem operateri kao što su YouTube i Cyando ne obavljaju radnje „priopćavanja javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. U tom se slučaju te operatore ne može smatrati „počiniteljima povrede” koji sudjeluju u „vršenju povreda” u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2004/48.

232. S obzirom na navedeno, Direktivom 2004/48 provodi se samo minimalno usklađivanje²¹⁵. Kao što to napominje Komisija, države članice stoga mogu u svojem nacionalnom pravu predvidjeti pravo nositelja prava koji su žrtve „vršenja povreda” na ostvarivanje naknade štete od osoba koje nisu „počinitelji povrede” u smislu članka 13. te direktive, uključujući od posrednih davatelja usluga koji su olakšali takve povrede. U svakom slučaju, kao što sam to nekoliko puta naveo u ovom mišljenju, uvjeti takve sekundarne odgovornosti obuhvaćeni su nacionalnim pravom.

F. Činjenica da se ciljem visoke razine zaštite autorskog prava ne opravdava različito tumačenje direktiva 2000/31 i 2001/29

233. Suprotno mišljenju F. Petersona i Elseviera, ne smatram da zbog cilja Direktive 2001/29 koji se sastoji od osiguravanja visoke razine zaštite autorskog prava na tu direktivu i Direktivu 2000/31 treba primijeniti tumačenje različito od onog koje se predlaže u ovom mišljenju.

234. Najprije naglašavam da to tumačenje ne ostavlja nositelje prava nezaštićenima u pogledu nezakonitog objavljivanja njihovih djela na platformama kao što su YouTube i Uploaded.

235. Konkretno, nositelji prava *prije svega* mogu pokrenuti sudski postupak protiv korisnika koji su izvršili takve nezakonite objave. U tu se svrhu Direktivom 2004/48 tim nositeljima prava osobito priznaje pravo da od operatera kao što su YouTube i Cyando dobiju određene korisne informacije, uključujući imena i adrese tih korisnika²¹⁶. *Nadalje*, navedeni nositelji tim operaterima mogu prijaviti da se na njihovim platformama nalaze nezakonito objavljene datoteke koje sadržavaju njihova djela. U skladu s člankom 14. stavkom 1. Direktive 2000/31, navedeni nositelji dužni su žurno odgovoriti na takvu prijavu, tako da uklone predmetne datoteke ili im onemoguće pristup. Ako to ne učine, ti operateri gube pravo na oslobođenje od odgovornosti predviđeno u toj odredbi i može se, ovisno o slučaju, utvrditi da su odgovorni u skladu s primjenjivim nacionalnim pravom. K tomu, u slučaju kad

²¹³ Vidjeti osobito članak 4. Direktive 2004/48 u kojem se pojašnjava da „[k]ao osobe koje su ovlaštene zatražiti primjenu mjera, postupaka i pravnih sredstava iz ovog poglavlja države članice moraju priznati: (a) nositelje prava intelektualnog vlasništva, *u skladu s odredbama mjerodavnog prava*” (moje isticanje). Može biti riječ o materijalnim pravilima koja su predviđena u pravu Unije i nacionalnom pravu (vidjeti članak 2. stavak 1. te direktive).

²¹⁴ Vidjeti uvodnu izjavu 15. i članak 2. stavak 3. točku (a) Direktive 2004/48.

²¹⁵ Vidjeti članak 2. stavak 1. Direktive 2004/48.

²¹⁶ Vidjeti članak 8. stavak 1. točku (c) i članak 8. stavak 2. Direktive 2004/48. Vidjeti u tom pogledu i moje mišljenje u predmetu Constantin Film Verleih (C-264/19, EU:C:2020:261).

operater namjerno olakšava obavljanje nezakonitih radnji korisnicima svoje platforme, primjena te odredbe, prema mojem mišljenju, odmah je isključena. *Naposljetku*, nositelji prava u svakom slučaju mogu, na temelju članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29, ishoditi naloge protiv operatera platformi, kojima im se mogu naložiti dodatne obveze kako bi se prekinule povrede autorskoga prava koje su počinili korisnici njihovih platformi i spriječile takve povrede.

236. Nositelji prava pri ostvarivanju svojih prava i suzbijanju nezakonitog objavljivanja datoteka koje sadržavaju njihova djela na platformama kao što su YouTube i Uploaded stoga ne nailaze na poteškoće koje imaju u pogledu dijeljenja datoteka na mreži *peer-to-peer* na platformi kao što je „The Pirate Bay”. Naime, u potonjem slučaju, s obzirom na decentraliziranu organizaciju koja je svojstvena takvoj mreži²¹⁷, mjere predviđene u prethodnoj točki gube svoju učinkovitost. Suprotno tomu, u ovom se slučaju datoteke centralizirano pohranjuju na YouTubeovim i Cyandovim poslužiteljima, pri čemu potonji operateri tako imaju mogućnost ukloniti ih, kao što je to predvidio zakonodavac Unije u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31²¹⁸. Tumačenje pojma „priopćavanje javnosti” kao što je ono koje Sud dao u presudi Stichting Brein II („The Pirate Bay”) stoga je još manje opravdano u ovim predmetima.

237. Nositelji prava odgovaraju da se isključiva prava kojima raspolazu na svoja djela ne poštuju jer su predmetne mjere u biti *reaktivne*, a ne *proaktivne* jer ne sprečavaju *ex ante* svako objavljivanje nezakonitog sadržaja, nego prije svega omogućuju uklanjanje takvog sadržaja i – u određenim slučajevima – zabranu pristupa tom sadržaju *a posteriori*, te jer zahtijevaju njihovu suradnju. Prema njihovom mišljenju, visoka razina zaštite njihovih prava osigurala bi se samo ako bi operateri platformi predvidjeli sustav koji ne zahtijeva takvu suradnju i koji omogućuje da se provjeri zakonitost svih sadržaja prije njihove objave.

238. U tom pogledu podsjećam da Sud u svojoj sudskoj praksi općenito ne slijedi jednostavnu logiku prema kojoj se isključiva prava predviđena u člancima 2. do 4. Direktive 2001/29 nužno tumače široko (i neograničeno) niti nipošto strogo tumači iznimke i ograničenja predviđena u članku 5. te direktive. Prema mojem mišljenju, kad Sud pojašnjava opseg tih prava²¹⁹ i doseg navedenih iznimaka i ograničenja²²⁰, želi doći do *razumnog* tumačenja kojim se osigurava svrha koja se želi postići tim različitim odredbama i čuva „pravedna ravnoteža” koju je zakonodavac Unije namjeravao uspostaviti u navedenoj direktivi između različitih temeljnih prava i suprotstavljenih interesa. Stoga članak 3. stavak 1. te direktive ne treba nužno tumačiti na način da se osigura *maksimalna zaštita* nositelja prava²²¹.

239. Jednako tako, iako je autorsko pravo zaštićeno kao temeljno pravo, među ostalim člankom 17. stavkom 2. Povelje, to pravo nije apsolutno i obično ga treba odvagnuti s drugim temeljnim pravima i interesima.

240. Takvo je odvagivanje potrebno u ovom slučaju. S jedne strane, operateri platformi mogu se pozvati na slobodu poduzetništva zajamčenu člankom 16. Povelje, koje ih načelno štiti od obveza koje mogu značajno utjecati na njihovu djelatnost.

217 Podsjećam da se podijeljena djela pohranjuju na računalima različitih korisnika mreže, dok platforma kao što je „The Pirate Bay” samo pohranjuje *torrent* datoteke koje omogućuju pronalaženje tih djela na toj mreži.

218 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, t. 19. i 20.).

219 Vidjeti presude GS Media, t. 44. i 45., kao i od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, t. 41.).

220 Vidjeti osobito presude od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 22. do 27.); od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 51., 58. i 65. do 76.), kao i od 29. srpnja 2019., Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 36., 38. i 50. do 59.).

221 Konkretno, činjenica da nositelji prava nemaju *maksimalnu* zaštitu svojeg intelektualnog vlasništva podrazumijeva, prema mojem mišljenju, da se od njih može zahtijevati određeni oprez u pogledu korištenja njihovim djelima na internetu i suradnja s operaterima platformi. Vidjeti po analogiji u pogledu prava žiga mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Backaldrin Österreich The Kornspitz Company (C-409/12, EU:C:2013:563, t. 83.).

241. S druge strane, ne mogu se zanemariti temeljna prava korisnika tih platformi. Stoga isto vrijedi za slobodu izražavanja i informiranja, zajamčenu člankom 11. Povelje²²², koja, podsjećam, podrazumijeva slobodu mišljenja te primanja i širenja informacija i ideja. Iz sudske prakse Suda i sudske prakse Europskog suda za ljudska prava proizlazi da internet ima posebnu važnost u tom pogledu²²³. Konkretnije, potonji sud istaknuo je da je YouTube važan medij preko kojeg se ostvaruje ta sloboda²²⁴. Isto vrijedi i za slobodu umjetnosti, koja je zajamčena člankom 13. Povelje i usko povezana sa slobodom izražavanja, s obzirom na to da se brojne osobe koriste platformama kao što je YouTube kako bi dijelili svoja djela na internetu.

242. Međutim, zahtijevanje od operatera platformi da općenito i apstraktno kontroliraju sve datoteke koje njihovi korisnici namjeravaju objaviti prije njihove objave radi otkrivanja svake povrede autorskog prava dovelo bi do znatnog rizika od ugrožavanja tih različitih temeljnih prava. Naime, uzimajući u obzir potencijalno veliku količinu pohranjenih sadržaja, s jedne strane, bilo bi nemoguće ručno provesti takvu prethodnu kontrolu i, s druge strane, rizik za te operatere u pogledu odgovornosti bio bi prekomjeran. Najmanji od tih operatera u praksi vjerojatno ne bi opstali uz tu odgovornost, a oni koji raspolažu dovoljnim sredstvima bili bi obvezni općenito filtrirati sadržaje svojih korisnika bez sudskog nadzora, što bi dovelo do rizika od „prekomjernog uklanjanja” tih sadržaja.

243. U tom pogledu podsjećam da je Sud u presudi SABAM²²⁵ odlučio da nalaganje operateru platforme opće obveze filtriranja informacija koje pohranjuje ne samo da nije u skladu s člankom 15. stavkom 1. Direktive 2000/31, nego ne bi ni osiguralo „pravednu ravnotežu” između zaštite prava intelektualnog vlasništva koju uživaju nositelji prava i zaštite slobode poduzetništva koju uživaju davatelji usluga na temelju članka 16. Povelje. Naime, takav nalog doveo bi do bitne povrede te slobode jer bi se njime tog operatera obvezalo da isključivo o vlastitu trošku uspostavi složen, skup i trajan informatički sustav²²⁶. Osim toga, takvom općom obvezom filtriranja povrijedila bi se sloboda izražavanja korisnika te platforme u smislu članka 11. Povelje jer bi postojao rizik da alat za filtriranje ne bi dovoljno razlikovao nezakoniti sadržaj od zakonitog sadržaja, tako da bi njegovo uvođenje moglo dovesti do zabrane pristupa potonjoj kategoriji sadržaja²²⁷. Dodajem da bi takav rezultat doveo do rizika od narušavanja stvaranja sadržaja na internetu protivno članku 13. Povelje. U tom pogledu, opasnost je u tome da se maksimalna zaštita određenih intelektualnih tvorevina osigurava na štetu drugih oblika stvaranja koji su jednako društveno poželjni²²⁸.

222 Podsjećam da taj članak 11. sadržava prava koja odgovaraju pravima zajamčenima člankom 10. stavkom 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950., te da prvi članak stoga treba tumačiti s obzirom na sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava koja se odnosi na drugi članak. Vidjeti osobito presudu od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 73.).

223 Vidjeti osobito presudu GS Media, t. 45. i ESLJP, 18. prosinca 2012., Ahmet Yıldırım protiv Turske, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, t. 54.; ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 49. Vidjeti u tom smislu i ESLJP, 10. ožujka 2009., Times Newspapers Ltd protiv Ujedinjene Kraljevine (br. 1 i 2), CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, t. 27. i ESLJP, 10. siječnja 2013., Ashby Donald i drugi protiv Francuske, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, t. 34.

224 ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 51. i 52. Vidjeti u tom smislu i presudu od 14. veljače 2019., Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, t. 56. i 57.).

225 Presuda od 16. veljače 2012. (C-360/10, EU:C:2012:85)

226 U tom pogledu ponavljam da svi davatelji usluga ne raspolažu jednakim mogućnostima i sredstvima kao YouTube.

227 Vidjeti presudu od 16. veljače 2012., SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, t. 44. do 52.). Stoga, čak i ako se pretpostavi da operateri platformi nisu obuhvaćeni područjem primjene članaka 14. i 15. Direktive 2000/31, obveza da kontroliraju *ex ante* sve datoteke koje objave korisnici u svakom bi slučaju bila protivna temeljnom pravu zajamčenom Poveljom.

228 To je slučaj s videozapisima kao što su tutorijali na internetu i drugi videozapisi zabavne ili informativne svrhe u kojima se zaštićenim djelima načelno može koristiti u određenim uvjetima, u skladu s određenim iznimkama predviđenima u članku 5. Direktive 2001/29. U tom pogledu napominjem da se postavljaju pitanja o YouTubeovu softveru Content ID, koji je, čini se, već zamijenio bezopasne videozapise s nezakonito objavljenim zaštićenim djelima i zabranio pristup videozapisima jer se u njima koristilo isječcima od nekoliko sekundi iz takvog djela (vidjeti osobito Signoret, P., „Sur YouTube, la détection automatique des contenus soumis à droit d’auteur ne satisfait personne”, Le Monde, blog Pixels, 5. srpnja 2018.). U tom pogledu YouTube priznaje da Content ID ne otkriva moguće primjene iznimaka od autorskog prava (vidjeti videozapis YouTube Creators, „Content ID sur YouTube”, dostupan na adresi <https://youtu.be/9g2U12SsRns>).

244. Ukratko, čini mi se da je odvagivanje koje treba provesti znatno osjetljivije nego što to tvrde nositelji prava²²⁹.

245. U tom kontekstu direktive 2000/31 i 2001/29 odražavaju ravnotežu između tih različitih prava i interesa koju je zakonodavac Unije želio postići prilikom njihova donošenja. Direktivom 2000/31 zakonodavac Unije namjeravao je poduprijeti razvoj posrednih davatelja usluga kako bi općenito potaknuo rast elektroničke trgovine i „usluga informacijskog društva” na unutarnjem tržištu. Stoga nije bila namjera tim davateljima propisati odgovornost koja može ugroziti profitabilnost njihovih djelatnosti. Interese nositelja prava treba zaštititi i odvagnuti sa slobodom izražavanja korisnika navedenih usluga uglavnom u okviru postupaka „prijave i uklanjanja”²³⁰. Zakonodavac Unije zadržao je tu ravnotežu u Direktivi 2001/29, time što je smatrao da se interesi nositelja prava dovoljno štite mogućnošću da ishode sudske naloge protiv tih posrednih davatelja usluga²³¹.

246. Okolnosti su se nedvojbeno promijenile nakon donošenja tih direktiva. Posredni davatelji usluga više nisu isti, a ta ravnoteža možda više nije opravdana. U svakom slučaju, iako takve promjene okolnosti Sud može uzeti u obzir u određenoj mjeri kad izvršava marginu prosudbe koju ima na temelju tekstova prava Unije, prije svega je na zakonodavcu Unije da ih ocijeni i da, po potrebi, izmijeni te tekstove na način da novu ravnotežu zamijeni ravnotežom koju je prvotno uspostavio.

247. Međutim, podsjećam da je zakonodavac Unije upravo ponovno ocijenio tu ravnotežu između prava i interesa u pogledu autorskog prava u budućnosti. Naime, tijekom predmetnih prethodnih postupaka stupila je na snagu Direktiva 2019/790²³². Člankom 17. stavkom 1. te direktive sad se obvezuje države članice da predviđaju da „pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta”²³³ u svrhe ove Direktive obavlja radnju priopćavanja javnosti ili radnju stavljanja na raspolaganje javnosti kada javnosti daje pristup djelima zaštićenima autorskim pravom ili drugim predmetima zaštite koje učitavaju njegovi korisnici”. Slijedom toga, kao što je to pojašnjeno u stavku 2. tog članka, takav „pružatelj” mora sâm dobiti odobrenje nositelja prava, na primjer sklapanjem ugovora o licenciranju, za djela koja su objavili njegovi korisnici. K tomu, u stavku 3. navedenog članka pojašnjava se da, kad takav „pružatelj” obavlja radnju priopćavanja javnosti ili stavljanja na raspolaganje javnosti u skladu s uvjetima utvrđenima tom direktivom, ne primjenjuje se oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31.

248. Člankom 17. stavkom 4. Direktive 2019/790 određuje se i da su, ako takvo odobrenje nije dano, „pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” odgovorni za nezakonite radnje priopćavanja javnosti koje su obavljene preko njihove platforme. Tom se odredbom ipak predviđa da ti „pružatelji” nisu odgovorni ako dokažu da su (a) poduzeli „sve u svojoj moći” kako bi dobili odobrenje, (b) poduzeli „sve u svojoj moći, u skladu s visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje”, kako bi se osigurala nedostupnost određenih djela i drugih predmeta zaštite za koje su nositelji prava pružateljima usluga pružili relevantne i potrebne informacije, a u svakom slučaju (c) „djelovali žurno nakon što su od nositelja prava primili dovoljno obrazloženu obavijest, radi onemogućavanja pristupa prijavljenim djelima ili drugim predmetima zaštite na svojim internetskim stranicama ili njihova uklanjanja sa svojih internetskih stranica te usto učinili sve u svojoj moći kako bi spriječili njihova

229 K tomu, složenosti tog pitanja dodatno pridonosi, prema mojem mišljenju, dvojna priroda interneta, i konkretnije platforme kao što je YouTube, u pogledu povrede. Naime, iako YouTube nudi alate kojima se može koristiti za povredu autorskog prava, ti alati, osobito njegova tražilica, istodobno olakšavaju otkrivanje tih povreda.

230 Vidjeti uvodne izjave 40., 41., 45. do 49. Direktive 2000/31, kao i Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim pravnim aspektima elektroničke trgovine na unutarnjem tržištu, str. 4., 12., 16.

231 Vidjeti uvodne izjave 16. i 59., kao i članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29.

232 Vidjeti članak 31. Direktive 2019/790.

233 Člankom 2. točkom 6. Direktive 2019/790 određuje se, u svrhu te direktive, da „pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” znači „pružatelj usluge informacijskog društva čija je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha pohranjivanje velike količine djela zaštićenih autorskim pravima ili drugih predmeta zaštite koje su učitali njegovi korisnici i davanje pristupa javnosti tim djelima ili drugim predmetima zaštite, koje organizira i promovira u svrhu ostvarivanja dobiti”. Vidjeti i uvodne izjave 62. i 63. te direktive.

buduća učitavanja u skladu s točkom (b)”²³⁴. Stavcima 5. i 6. tog članka predviđa se da se intenzitet obveza poduzimanja mjera koje se tako propisuju navedenim „pružateljima” razlikuje ovisno o različitim parametrima, uključujući „tip, publiku i opseg usluge”, pri čemu „mali” pružatelji usto imaju manje obveze²³⁵.

249. Treba ispitati još jednu, posljednju točku. F. Peterson i francuska vlada istaknuli su na raspravi da je, kao što se to navodi u uvodnoj izjavi 64. Direktive 2019/790²³⁶, zakonodavac Unije samo namjeravao, time što je donio članak 17. te direktive, „pojasniti” način na koji je pojam „priopćavanje javnosti”, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, oduvijek trebalo shvaćati i primjenjivati u pogledu operatera platformi kao što je YouTube. Iz njihova argumenta zaključujem da se u navedenom članku 17. samo „pojašnjava” činjenica da članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 nikada nije bio primjenjiv na te operatore. Članak 17. Direktive 2019/790 stoga je vrsta „interpretativnog zakona” kojim se samo pojašnjava smisao koji su direktive 2000/31 i 2001/29 oduvijek trebale imati. Rješenja iz tog novog članka 17. stoga se trebaju primjenjivati retroaktivno, čak prije isteka roka za prenošenje Direktive 2019/790 utvrđenog na 7. lipnja 2021.²³⁷, uključujući u glavnim predmetima.

250. Ne mogu prihvatiti takav argument. Prema mojem mišljenju, protivno je načelu pravne sigurnosti da se takva retroaktivna primjena izvede iz jednostavne upotrebe dvosmislenog izraza u uvodnoj izjavi koja nema obvezujuću pravnu snagu²³⁸.

251. Usto, napominjem da se, osim u uvodnoj izjavi 64., ni u jednoj drugoj odredbi Direktive 2019/790 ne upućuje na to da je zakonodavac Unije namjeravao retroaktivno tumačiti članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 i članak 14. Direktive 2000/31, iako je usto pojasnio vremensku primjenu Direktive 2019/790 u pogledu djela i predmeta zaštite²³⁹ i predvidio prijelaznu odredbu za primjenu nekog drugog njezina članka²⁴⁰. Nadalje, u članku 17. Direktive 2019/790, u njegovim stavcima 1. i 3., pojašnjava se da se predviđeni pojam „priopćavanje javnosti” primjenjuje „u svrhe ove Direktive” i „u skladu s uvjetima utvrđenima ovom Direktivom”. Izravna odgovornost „pružatelja” koja se u toj odredbi navodi za radnje priopćavanja koje su obavili korisnici njihovih platformi, predviđena u navedenom članku 17., nije samo posljedica načina na koji je članak 3. Direktive 2001/29 oduvijek trebalo shvaćati, nego „proizlazi” iz tog članka 17.²⁴¹. Stoga, čak i ako se pretpostavi da zakonodavac Unije može direktivu tumačiti autentično gotovo 20 godina nakon njezina donošenja, smatram da se to pitanje ne postavlja u ovom slučaju.

234 Kao što sam to naveo, dok se člankom 14. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2000/31 predviđa, prema mojem mišljenju, obveza *take down*, člankom 17. stavkom 4. točkom (c) Direktive 2019/790 sad se općenito i *ex ante* propisuje obveza *stay down*.

235 Konkretnije, iz članka 17. stavka 6. Direktive 2019/790 u biti proizlazi da „pružatelji” čije su usluge na raspolaganju javnosti manje od tri godine i čiji je promet manji od 10 milijuna eura moraju samo dokazati da su poduzeli sve u svojoj moći kako bi dobili odobrenje nositelja prava i da imaju samo obvezu *take down*.

236 U skladu s tom uvodnom izjavom: „Primjereno je u ovoj Direktivi pojasniti da pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta obavljaju radnju priopćavanja javnosti ili stavljanja na raspolaganje javnosti kada javnosti daju pristup djelima zaštićenima autorskim pravom ili drugim predmetima zaštite koje učitaju njegovi korisnici. [...]”

237 Vidjeti članak 29. Direktive 2019/790.

238 Vidjeti osobito presudu od 11. lipnja 2015., Zh. i O. (C-554/13, EU:C:2015:377, t. 42. i navedena sudska praksa). Usto, iako se prema sudskoj praksi Suda u takvoj uvodnoj izjavi može pojasniti sadržaj *akta kojeg je dio*, u ovom slučaju ne treba razjasniti smisao odredbi Direktive 2019/790, nego direktiva 2000/31 i 2001/29.

239 Vidjeti članak 26. Direktive 2019/790 u kojem se pojašnjava da se ta direktiva primjenjuje na sva djela i druge predmete zaštite koji su zaštićeni nacionalnim pravom u području autorskog prava 7. lipnja 2021. ili nakon tog datuma te da se primjenjuje ne dovodeći u pitanje akte sklopljene i prava stečena prije 7. lipnja 2021.

240 Vidjeti članak 27. Direktive 2019/790 u kojem se pojašnjava da se na sporazume o licenciranju ili prijenosu prava autora i izvođača primjenjuje obveza transparentnosti utvrđena u članku 19. te direktive od 7. lipnja 2022.

241 Vidjeti uvodnu izjavu 65. Direktive 2019/790.

252. Kao što je to tvrdila Komisija na raspravi, zakonodavac Unije nije „pojasnio” pravo, kako ga je oduvijek trebalo shvaćati. Uspostavio je *novi sustav odgovornosti* za određene internetske posrednike u području autorskog prava. Ideja je bila da se „prilagod[i] i dopun[i]” postojeći okvir Unije u tom području²⁴². Kao što je to istaknula ta institucija, članak 17. Direktive 2019/790 odražava politički odabir zakonodavca Unije da podrži kreativne industrije²⁴³.

253. Taj je članak 17. također dio niza javnih savjetovanja²⁴⁴, komunikacija Komisije²⁴⁵ i novih sektorskih pravila²⁴⁶, kojima se u cilju da se pravo Unije „prilagodi” i „modernizira” u skladu s prethodno navedenim novim okolnostima zahtijeva proaktivnije sudjelovanje posrednika kako bi se izbjeglo širenje nezakonitih sadržaja na internetu²⁴⁷.

254. Nadalje, valja imati na umu posljedice koje proizlaze iz retroaktivne primjene koju predlažu F. Peterson i francuska vlada. Zbog „pojašnjenja” iz članka 17. stavaka 1. i 3. Direktive 2019/790 operateri platforma općenito su odgovorni za sve radnje priopćavanja javnosti koje obavljaju njihovi korisnici i ne mogu ostvariti pravo na oslobođenje predviđeno u članku 14. stavku 1. Direktive 2000/31. Suprotno tomu, stavak 4. i sljedeći stavci tog članka 17. kojima se predviđa, među ostalim, kao što sam to naveo, sustav oslobođenja za te operatere, ne primjenjuju se pak retroaktivno. Međutim, time što je predvidio potonje stavke, zakonodavac Unije želio je, prema mojem mišljenju, osigurati ravnotežu između različitih prava i interesa²⁴⁸.

255. Stoga ne samo da se retroaktivnom primjenom članka 17. stavka 1. Direktive 2019/790 u predmetima kao što su oni u glavnom postupku ne bi poštovala ravnoteža koju je zakonodavac Unije želio postići prilikom donošenja direktiva 2000/31 i 2001/29, nego se ne bi poštovala ni ravnoteža koju je taj zakonodavac želio postići prilikom donošenja Direktive 2019/790. To rješenje zapravo, prema mojem mišljenju, ne odražava *nikakvu ravnotežu*.

242 Vidjeti uvodne izjave 3. i 4. Direktive 2019/790.

243 Time što je predvidio da operateri kao što je YouTube obavljaju „priopćavanje javnosti” djela koja objavljuju korisnici njihovih platformi, zakonodavac Unije namjeravao je smanjiti *value gap* koji su istaknuli nositelji prava (vidjeti točku 47. ovog mišljenja). Vidjeti u tom pogledu uvodne izjave 3. i 61. Direktive 2019/790, kao i Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća od 14. rujna 2016. o autorskim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu (COM(2016) 593 *final*), str. 2. i 3.

244 Vidjeti osobito iz 2010. „Public Consultation on the Future of Electronic Commerce in the Internal Market and the Implementation of the Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC)”; iz 2012. „A Clean and Open Internet: Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries” i iz 2015. „Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy”. Jednako je tako u Sjedinjenim Američkim Državama United States Copyright Office (Ured za autorsko pravo SAD-a) nakon javnog savjetovanja održanog 2015. donio izvješće od 21. svibnja 2020. u kojem se United State Congressu (Kongres SAD-a) preporuča da modernizira odredbe odjeljka 512. uvedene DMCA-om (vidjeti Ured za autorsko pravo SAD-a, *Section 512 Study*, dostupan na adresi <https://www.copyright.gov/policy/section512/>).

245 Vidjeti Komunikaciju Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija od 11. siječnja 2012. „Skladan okvir za uspostavu povjerenja u jedinstveno digitalno tržište za elektroničku trgovinu i mrežne usluge” (COM(2011) 942 *final*), t. 13. do 16.; od 6. svibnja 2015., „Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu” (COM(2015) 192 *final*), t. 4., 8. i 12. do 14.; od 9. prosinca 2015., „Ususret modernom europskom okviru za autorska prava” (COM(2015) 626 *final*), t. 2., 3. i 10. do 12.; od 25. svibnja 2016., „Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište – Mogućnosti i izazovi za Europu” (COM(2016) 288 *final*), t. 8. do 10.

246 Vidjeti Direktivu 2018/1808 kojom se platforme za razmjenu videozapisa uključuju u regulatorno područje „audiovizualnih medijskih usluga”, a operatere takvih platformi obvezuje se da poduzmu odgovarajuće, izvedive i proporcionalne mjere za zaštitu maloljetnika od videozapisa kojima se može naštetiti njihovu razvoju i javnosti od videozapisa koji sadržavaju poticanje na nasilje, mržnju ili terorizam (vidjeti članak 1. stavak 1. točku (b) i članke 28.a i 28.b Direktive 2010/13, koji su dodani Direktivom 2018/1808). Vidjeti i Preporuku 2018/334 o mjerama za suzbijanje nezakonitih internetskih sadržaja. Vidjeti također Prijedlog uredbe Europskog parlamenta i Vijeća od 12. rujna 2018. o sprečavanju širenja terorističkih sadržaja na internetu (COM(2018) 640 *final*).

247 Vidjeti za objašnjenja u tom smislu i Vijeće Europe, Preporuka CM/Rec(2018)2 Odbora ministara državama članicama o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika (koju je Odbor ministara donio 7. ožujka 2018. na 1309. sastanku zamjenika ministara), kao i ESLJP, 16. lipnja 2015., Delfi AS protiv Estonije, CE:ECHR:2015:0616JUD0006456909.

248 Konkretno, cilj pravila predviđenih u stavku 4. i sljedećim stavcima članka 17. Direktive 2019/790 jest, čini se, pružiti određena jamstva predmetnim operaterima, kao i korisnicima njihovih platformi. Naglašavam ipak da detalji novog sustava odgovornosti predviđenog u navedenom članku 17. nadilaze predmet ovog mišljenja. U ovom se mišljenju ne namjeravam niti očitovati o usklađenosti tog novog sustava s temeljnim pravima zajamčenima Poveljom. U tom je pogledu Sudu podnesena tužba za poništenje (vidjeti predmet C-401/19, Poljska/Parlament i Vijeće) koja će mu pružiti priliku da odluči o tom pitanju.

VI. Zaključak

256. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanja koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) u predmetima C-682/18 i C-683/18 odgovori kako slijedi:

1. Članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu treba tumačiti na način da operater platforme za razmjenu videozapisa i operater platforme za smještaj informacija i dijeljenje datoteka ne obavljaju radnju „priopćavanja javnosti” u smislu te odredbe kad korisnik njihovih platformi na njima objavljuje zaštićeno djelo.
2. Članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini) treba tumačiti na način da operater platforme za razmjenu videozapisa i operater platforme za smještaj informacija i dijeljenje datoteka načelno mogu ostvariti pravo na oslobođenje predviđeno u toj odredbi u pogledu svake odgovornosti koja može proizlaziti iz datoteka koje pohranjuju na zahtjev korisnika svojih platformi.
3. Članak 14. stavak 1. točku (a) Direktive 2000/31 treba tumačiti na način da se slučajevi navedeni u toj odredbi, odnosno slučaj u kojem davatelj usluga ima „stvarno znanje o protuzakonitoj aktivnosti ili informaciji” i slučaj u kojem takav davatelj „zna za činjenice ili okolnosti iz kojih bi bila vidljiva protuzakonita aktivnost ili informacija”, načelno odnose na konkretne nezakonite informacije.
4. Članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da mu se protivi to da nositelji prava protiv davatelja usluge, koja se sastoji od pohrane informacija dobivenih od primatelja usluge i kojom se treće strane služe za povredu autorskog prava ili srodnog prava, mogu podnijeti zahtjev za izdavanje sudske naloga samo ako je nakon ukazivanja na očitu povredu ponovno došlo do takve povrede.