



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 8. veljače 2017.¹

Predmet C-610/15

Stichting Brein
protiv
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

(zahtjev za prethodnu odluku koji je sastavio Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud, Nizozemska))

„Autorsko pravo i srodna prava – Direktiva 2001/29/EZ – Članak 3. stavak 1. – Priopćavanje javnosti – Pojam – Stranica za indeksiranje koja omogućuje dijeljenje zaštićenih djela bez ovlaštenja nositelja prava – Članak 8. stavak 3. – Korištenje usluga posrednika za povredu autorskog prava koje obavlja treća strana – Sudski nalog“

Uvod

1. „[...] the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the .torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map”.²

2. Ovom analogijom, koja je i sama dostojna da bude zaštićena autorskim pravom, australski sudac *Justice Cowdroy* objasnio je kako funkcionira dijeljenje datoteka koje predstavlja povredu autorskih prava s pomoću protokola *bittorrent*³. U ovom predmetu Sud je pozvan definirati pravne osnove i opseg eventualne odgovornosti za te povrede koje su počinili „dobavljači karata”, odnosno stranica poput The Pirate Bay (u dalnjem tekstu: TPB). TPB u stvari je jedna od stranica za dijeljenje datoteka koja sadržava najveća i najpoznatija glazbena i filmska djela. To dijeljenje obavlja se besplatno i, za veliku većinu tih djela, povredom autorskih prava.

3. Europska komisija, čije mišljenje, čini mi se, dijeli Ujedinjena Kraljevina Velike Britanije i Sjeverne Irske, tvrdi da je odgovornost internetskih mjesta te vrste pitanje primjene autorskog prava koje se može riješiti ne na razini Unije, nego u okviru nacionalnih pravnih sustava država članica. Međutim, takav pristup doveo bi do toga da ta odgovornost, i u konačnici opseg prava koja pripadaju nositeljima, ovisi o vrlo različitim rješenjima prihvaćenim u pojedinim nacionalnim pravnim

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — „[...] dijeljena je datoteka blago, *bittorrent* klijent je brod, *torrent* datoteka je karta na kojoj je označeno gdje se nalazi blago, The Pirate Bay besplatno osigurava karte, a *tracker* je stari mudrac čiji nam je savjet potreban kako bismo razumjeli kartu.“ (moj prijevod).

3 — Presuda Federal Court of Australia (Savezni sud Australije) od 4. veljače 2010., Roadshow Films Pty Ltd protiv iiNet Limited (br. 3) (2010). FCA 24, t. 70. Taj odlomak citira je i R. van Peursem, nezavisni odvjetnik pri Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud, Nizozemska) u glavnom predmetu.

sustavima. Nadalje, time bi se ugrozio cilj zakonodavstva Unije u području autorskog prava, koje je relativno brojno, a odnosi se na usklađivanje opsega prava koja uživaju autori i ostali nositelji na jedinstvenom tržištu. Zbog toga smatram da odgovor na probleme iznesene u ovom predmetu treba tražiti u okviru prava Unije.

4. Htio bih također uvodno istaknuti da smatram da se problematika ovog predmeta znatno razlikuje od problematike u dvama posljednjim predmetima koji se odnose na pravo priopćavanja djela javnosti na internetu, odnosno u predmetima u kojima su donesene presude Svensson i dr.⁴ i GS Media⁵. Naime, ti su se predmeti odnosili na posredno priopćavanje djela koja su već dostupna na internetu koje je učinio sam producent sadržaja na mreži, dok se ovaj predmet odnosi se na izvorno priopćavanje koje se obavlja u okviru mreže ravnopravnih članova (*peer-to-peer*). Stoga ne smatram da se zaključci koje je Sud donio u tim predmetima mogu izravno primijeniti na predmet u glavnom postupku.

Pravni okvir

5. U skladu s člankom 12 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), naslovlenim „Samo prijenosnik informacija“⁶:

„1. Kad se pružena usluga informacijskog društva sastoji od prijenosa komunikacijskom mrežom informacija dobivenih od primatelja usluge ili kad se ta usluga sastoji od omogućavanja pristupa komunikacijskoj mreži, države članice moraju osigurati da davatelj usluge nije odgovoran za informacije koje se prenose [...]”

[...]

3. Ovaj članak ne utječe na mogućnost suda ili upravne vlasti da u skladu s pravnim sustavom države članice od davatelja usluga zahtjeva okončanje ili sprečavanje prekršaja.“

6. Na temelju članka 14. te direktive, naslovленog „Smještaj informacija na poslužitelju (‘hosting’):“

„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.

[...]

4 — Presuda od 13. veljače 2014., C-466/12, EU:C:2014:76

5 — Presuda od 8. rujna 2016., C-160/15, EU:C:2016:644

6 — SL 2000., L 178, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svežak 39., str. 58.)

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

7. Članak 3. Direktive 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu⁷, naslovjen „Pravo priopćavanja autorskog djela javnosti i pravo stavljanja drugih predmeta zaštite na raspolaganje javnosti”, u svojem stavku 1. određuje:

„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 mesta i u vrijeme koje sami odaberu.”

8. Članak 8. te direktive, naslovjen „Sankcije i pravna sredstva”, u svojem stavku 3. propisuje:

„Države članice osiguravaju nositeljima prava mogućnost podnošenja zahtjeva za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu autorskog prava ili srodnog prava.”

9. Članak 2. Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva⁸, naslovjen „Područje primjene”, u svojem stavku 2. propisuje:

„Ova Direktiva ne dovodi u pitanje posebne odredbe o provedbi prava i o izuzecima sadržanim u zakonodavstvu Zajednice koji se tiču autorskog prava i autorskom pravu srodnih prava, a osobito na ona utvrđena [...] Direktivom 2001/29/EZ i posebno njezinim [...] člankom 8.”

10. Člankom 11. te direktive, naslovljenim „Sudski nalozi”, određuje se:

„[...] Države članice također osiguravaju da nositelji prava mogu zatražiti sudski nalog protiv posrednika čije usluge koristi treća stranka za povredu prava intelektualnog vlasništva, ne dovodeći u pitanje članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29/EZ.”

Činjenice, postupak i prethodna pitanja

11. Tužitelj u glavnom postupku, Stichting Brein, zaklada je nizozemskog prava čiji je osnovni cilj borba protiv nezakonitog iskorištavanja predmeta koji su zaštićeni autorskim pravom i srodnim pravima kao i zaštita interesa nositelja tih prava u tom području.

12. Tuženici u glavnom postupku, Ziggo BV i XS4ALL Internet BV (u dalnjem tekstu: XS4ALL), društva su nizozemskog prava čija djelatnost obuhvaća, među ostalim, pružanje usluge pristupa internetu potrošačima. Prema informacijama sadržanim u pisanim očitovanjima Stichting Breina, riječ je o dvama najvećim pružateljima pristupa internetu na nizozemskom tržištu.

7 — SL 2001., L 167, str. 10. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavje 17., svežak 1., str. 119.)

8 — SL 2004., L 157, str. 45. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavje 17., svežak 2., str. 74.)

13. Stichting Brein traži da se društvima Ziggo i XS4ALL, na osnovi odredaba nizozemskog prava kojima se prenosi članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29⁹, naloži da zabrane pristup primateljima njihovih usluga na internetskim adresama stranice TPB, servisa za dijeljenje datoteka u mreži ravnopravnih članova. Zahtjev se temelji na činjenici da s pomoću tog servisa za dijeljenje primatelji usluga tuženika u glavnom postupku, koristeći se navedenim uslugama, čine opsežnu povredu autorskih prava dijeljenjem datoteka koje sadržavaju zaštićene predmete (uglavnom glazbena i filmska djela) bez ovlaštenja nositelja tih prava.

14. Taj je zahtjev prihvaćen u prvom stupnju, a zatim odbijen u žalbenom postupku, u biti jer su, kao prvo, primatelji usluga tuženika u glavnom postupku, a ne TPB, doveli do povreda autorskih prava i, kao drugo, jer tražena zabrana pristupa nije proporcionalna traženom cilju, odnosno učinkovitoj zaštiti autorskih prava. Stichting Brein podnio je žalbu u kasacijskom postupku protiv potonje odluke pred sudom koji je uputio zahtjev.

15. U tim je okolnostima Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud, Nizozemska) odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Obavlja li administrator internetske stranice priopćavanje javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 ako se nijedno zaštićeno djelo ne nalazi na toj stranici, ali postoji sustav [...] u kojem se za korisnike indeksiraju i klasificiraju metapodaci koji se odnose na zaštićena djela koja se nalaze na računalima korisnika na način da oni mogu pronaći zaštićena djela i učitati ih i preuzeti?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje niječan:

omogućuju li članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 i članak 11. Direktive 2004/48 izdavanje sudskog naloga protiv posrednika u smislu navedenih odredbi kada taj posrednik olakšava trećim osobama da počine povrede na način opisan u prvom pitanju?”

16. Odluku kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku Sud je zaprimio 18. studenoga 2015. Stranke glavnog postupka, španjolska, talijanska i portugalska vlada, vlada Ujedinjene Kraljevine kao i Komisija, podnijele su pisana očitovanja. Stranke glavnog postupka, španjolska i francuska vlada, kao i Komisija sudjelovale su na raspravi održanoj 27. listopada 2016.

Analiza

17. Svojim dvama prethodnim pitanjima u ovom postupku, sud koji je uputio zahtjev u stvarnosti postavlja pitanje odgovornosti operatora stranica za indeksiranje unutar mreža ravnopravnih članova za povrede autorskih prava počinjene upotrebom tih mreža. Može li se smatrati da su ti operatori sami doveli do tih povreda, što bi podrazumijevalo njihovu neposrednu odgovornost (prvo pitanje)? Ili, čak i ako nisu izravno odgovorni, može li se naložiti zabrana pristupa njihovim internetskim stranicama, što, kao što ću objasniti u nastavku, zahtjeva oblik neizravne odgovornosti (drugo pitanje)?

18. Započet ću analizu kratkim pregledom načina funkcioniranja mreža ravnopravnih članova i njihove uloge u povredi autorskih prava.

9 — Odnosno, članak 26.d Auteursweta (nizozemski zakon o autorskom pravu) i članak 15. Wet op de naburige rechten (zakon o srodnim pravima).

Uvodne napomene – mreže ravnopravnih članova

19. Iako je internet osmišljen kao mreža računala koja rade neovisno, najdojmljiviji oblik interneta, *World Wide Web*, funkcionira po drugačijem modelu, odnosno centraliziranoj strukturi nazvoj „poslužitelj-klijent“. U tom modelu, sadržaj (obično internetska stranica) pohranjen je na poslužitelju i korisnici ga mogu pregledati putem svojih računala nazvanih „klijentima“ i klijentskog programa (internetski preglednik). Lako je zamisliti da takva struktura *World Wide Weba* omogućuje relativno jednostavnu kontrolu zakonitosti sadržaja i borbu protiv nezakonitih sadržaja: dovoljno je obratiti se poslužitelju ili od njegovog administratora zatražiti da ukloni inkriminirani sadržaj. Također valja napomenuti da je zakonodavstvo koje se odnosi na usluge informacijskog društva, odnosno uglavnom na internet, posebno prilagođeno tom modelu funkciranja, s obzirom na to da se njime predviđa da davatelji usluga koji djeluju kao posrednici nisu odgovorni za sadržaj, ali im se nameću određene obveze u pogledu suradnje u borbi protiv nezakonitih sadržaja.

20. Mreže ravnopravnih članova organizirane su po drugačijem načelu. U tom modelu, računalo svakog korisnika, odnosno svakog ravnopravnog člana (*peer*) nije samo klijent koji prima informacije nego i poslužitelj koji ih pohranjuje i stavlja na raspolaganje drugim ravnopravnim članovima. Dakle, mreža je decentralizirana (nema središnjih poslužitelja) i odlikuje se „varijabilnom geometrijom“ jer u određenom trenutku samo ravnopravni poslužitelji čine mrežu (za razliku od „tradicionalne“ mreže u kojoj su poslužitelji obično neprekidno povezani, a klijenti se samo privremeno spajaju i isključuju). Takva konfiguracija mreže odlikuje se brojnim prednostima, osobito one koje se odnose na optimizaciju uporabe kapaciteta za pohranu i prijenos podataka. Zahvaljujući svojoj decentraliziranoj strukturi, takva mreža također je otporna na napade kao i na intervencije policije ili nositelja autorskih prava. Osobito je teško ukloniti sadržaj na mreži ravnopravnih članova s obzirom na to da se on nalazi na različitim poslužiteljima koji pripadaju različitim fizičkim osobama u različitim zemljama.

21. Mreže ravnopravnih članova upotrebljavaju se za razne potrebe poput razmjene poruka na mreži, telefonije, distribucije softvera, odnosno u vojne svrhe. Međutim, najčešće se upotrebljavaju za dijeljenje datoteka.

22. Je li riječ samo o datotekama koje sadržavaju nezakonite podatke, poput djela podijeljenih povredom autorskih prava? Ne. Na mrežama ravnopravnih članova mogu se dijeliti različite vrste datoteka, među ostalim one koje sadržavaju podatke koji nisu zaštićeni autorskim pravom, djela diseminirana uz suglasnost nositelja prava, odnosno koja diseminiraju sami autori, djela čija je zaštita (u svakom slučaju što se tiče materijalnih prava) istekla ili djela pod slobodnom licencom.

23. Međutim, na temelju podataka koje je iznio Stichting Brein i koji nisu osporavani, ako dobro razumijem, u glavnom postupku, od 90 do 95 % datoteka podijeljenih na mreži TPB-a sadržava zaštićena djela koja se distribuiraju bez suglasnosti nositelja prava. Čini se da ta brojka vrijedi za većinu popularnih mreža ravnopravnih članova. Razlog tomu jest činjenica da zakoniti sadržaji imaju vlastite distribucijske kanale bez obzira na to jesu li oni profesionalni ili amaterski (klasične internetske stranice, časopisi na mreži, društvene mreže i tako dalje). S druge strane, mreže ravnopravnih članova često se upotrebljavaju za dijeljenje sadržaja koji u protivnom ne bi bili besplatno dostupni javnosti. Administratori tih mreža često čak ni ne skrivaju taj cilj, a neke od tih mreža provjereno su uspostavili kako bi zaobišli autorska prava jer ih smatraju nepravednima¹⁰. Zbog toga su mreže ravnopravnih članova već od njihove pojave bile predmet borbe protiv piratstva, posebno u Sjedinjenim Američkim Državama gdje su te mreže brzo postale popularne. Servis Napster prva je velika mreža ravnopravnih članova koja je ugašena zbog povreda autorskih prava¹¹.

10 — Primjerice TPB osnovali su članovi Piratbyråna, švedske organizacije koja se bori protiv autorskog prava.

11 — Presuda United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (Prizivni sud Sjedinjenih Država za deveti okrug) od 12. veljače 2001., A&M Records, Inc. protiv Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

24. Poslije Napstera pojavile su se nove generacije mreža ravnopravnih članova. Sada su, u svakom slučaju na europskom tržištu, najpopularnije mreže temeljene na protokolu BitTorrent. S pomoću programa koji je slobodno dostupan na mreži (tako zvani „*bittorrent* klijent”), ta tehnologija omogućuje preuzimanje iste datoteke podijeljene u male dijelove s više ravnopravnih računala. Zahvaljujući toj fragmentaciji preuzete datoteke, ni ravnopravna računala koja su izvor preuzimanja (nazvana „*seeders*”), a djeluju kao poslužitelji, ni njihove internetske veze nisu prezasićeni što omogućuje brzo preuzimanje relativno velikih datoteka. Budući da je broj ravnopravnih računala koja posjeduju i dijele istu datoteku ključan za brzinu preuzimanja, u tehnologiji *bittorrent* svaki preuzeti fragment datoteke istovremeno je ponuđen na preuzimanje drugim ravnopravnim računalima koja traže istu datoteku („*leechers*”). Drugim riječima, svako računalo klijent koje preuzima datoteku automatski postaje poslužitelj koji je stavlja na raspolaganje drugim ravnopravnim računalima.

25. Neću ulaziti u pojedinosti tehničkog funkcioniranja mreža ravnopravnih članova, o čemu je lako pronaći detaljne opise¹². Naime, kao u svim predmetima koji se odnose na informacijske tehnologije, tehnički razvoj lako prestiže zakonodavne ili sudske postupke, uz opasnost da pravna rješenja koja se temelje na određenom trenutnom tehnološkom stanju postanu zastarjela čak i prije njihova donošenja¹³. Za rješavanje predmeta kao što je onaj u glavnom postupku, smatram da treba tražiti pravnu bit određenih akata bez obzira na tehničke pojedinosti na koje se ti akti odnose. Nadalje, u tom je smislu važna uloga stranica poput TPB-a u dijeljenju datoteka na mrežama ravnopravnih članova.

26. Ta je uloga, naime, ključna. Upotreba svih mreža ravnopravnih članova počiva na mogućnosti pronalaska ravnopravnih računala raspoloživih za dijeljenje željene datoteke. Te informacije, bez obzira na to jesu li one u tehničkom smislu u obliku *torrent* datoteka, „magnetna poveznica” ili u nekom drugom obliku, nalaze se na stranicama poput TPB-a. Na tim stranicama nudi se ne samo pretraživač, nego se često nude, kao u slučaju TPB-a, indeksi djela sadržanih u tim datotekama, složenih u različite kategorije, primjerice „100 najboljih” ili „najnovije”. Stoga nije čak potrebno tražiti neko konkretno djelo nego je dovoljno odabrati među ponuđenim djelima, kao u katalogu knjižnice (ili, bolje rečeno, audioteka ili videoteka jer je prvenstveno riječ o glazbenim i filmskim djelima). Te stranice često pružaju dodatne informacije, posebno one koje se odnose na procjenu trajanja preuzimanja, kao i broj aktivnih računala koja služe kao *seeders* i *leechers*.

27. Ako je, kao što tvrde tuženici u glavnom postupku, stoga teoretski moguće pronaći datoteke ponuđene za dijeljenje u mreži ravnopravnih članova bez upotrebe stranice kao što je TPB, u praksi potraga za takvim datotekama obično završava na takvoj stranici ili na stranici koja obuhvaća podatke više mreža ravnopravnih članova. Uloga stranica poput TPB-a stoga je gotovo nezaobilazna u funkcioniranju tih mreža, u svakom slučaju za prosječnog korisnika interneta.

Prvo prethodno pitanje

28. U svojem prvom prethodnom pitanju sud koji je uputio zahtjev nastoji utvrditi u bitnome predstavlja li činjenica da operator internetske stranice omogućuje pronalaženje datoteka koje sadržavaju djela zaštićena autorskim pravom, koja su ponuđena za dijeljenje u mreži ravnopravnih članova, indeksiranjem metapodataka povezanih s tim datotekama i osiguravanjem pretraživača, priopćavanje javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29.

12 — Kao prvu referencu možemo navesti Wikipediju, sasvim relevantan izvor kada se govori o internetu (unosi „*peer-to-peer*”, „*bittorrent*”, „The Pirate Bay”). Vidjeti i odluku australskog suda navedenu u bilješci 3., t. 43. do 78., kao i L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, dokument pripremljen za Svjetsku organizaciju za intelektualno vlasništvo, dostupan na njezinim internetskim stranicama pod brojem^o WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Od podnošenja zahtjeva za prethodnu odluku u ovom predmetu, stranica TPB, osim mogućnosti preuzimanja datoteka, posjeduje i opciju internetskog prijenosa („*streaming*”) djela podijeljenih na mreži ravnopravnih članova s pomoću novog programa. Tu mogućnost na raspravi je predstavio zastupnik Stichting Breina.

29. Započet će svoju analizu tog pitanja kratkim pregledom zakonskih odredbi i sudske prakse koji se odnose na pravo priopćavanja javnosti.

Pravo priopćavanja javnosti

30. Tradicionalno, u pogledu emitiranja svojih djela, autori su imali isključivo pravo odobriti ili zabraniti, s jedne strane, distribuciju primjeraka tih djela i, s druge, prikazivanje publici koja je prisutna na mjestu prikazivanja. Tipični su primjeri koncerti i kazališne predstave.

31. Pojavom tehničkih sredstava komunikacije, od kojih je prvi bio zvuk posredstvom radiodifuzijskog emitiranja, bilo je potrebno zaštитiti autorska prava s obzirom na tu mogućnost iskorištavanja njihovih djela. To je pravo prvi put u međunarodnom pravu uvedeno u članku 11.a revidirane Bernske konvencije o zaštiti književnih i umjetničkih djela (u dalnjem tekstu: Bernska konvencija)¹⁴. Trenutačno članak 11.a Bernske konvencije, u verziji koja se temelji na Pariškom aktu od 24. srpnja 1971., izmijenjenom 28. rujna 1979., predviđa autorima isključivo pravo davanja dopuštenja za emitiranje svojih djela ili priopćavanje javnosti bilo kojim sredstvom bežičnog prijenosa kao i „sekundarno“ priopćavanje emitiranog djela ako to čini neka druga, a ne izvorna organizacija¹⁵.

32. Taj propis o pravu priopćavanja javnosti osmišljen je i posebno prilagođen „linearnoj“ komunikaciji, da preuzmemo terminologiju iz Direktive 2010/13/EU¹⁶. U tom modelu komunikacije, signal se „gura“ prema primatelju (otuda i engleski termin *push*) koji ga može samo primiti (ili ne primiti) u trenutku kad ga se emitira. Stoga je relativno lako utvrditi kad je došlo do komunikacije, tko je započeo komunikaciju, a tko su primatelji, odnosno javnost. To je klasični model rada radijskog i televizijskog emitiranja.

33. Dolaskom televizije na zahtjev (*video on demand*), a zatim posebno interneta, pojavio se novi način komunikacije u kojem se sadržaj komunikacije samo stavlja na raspolaganje potencijalnim korisnicima, a oni se mogu njime koristiti kada i gdje žele. U tom modelu, korisniku se prenosi signal (*pull*) tek u trenutku kad on odluči primiti sadržaj. Postojala je sumnja u pitanje odgovara li takav način postupanja pojmu „priopćavanja javnosti“ u smislu Bernske konvencije¹⁷.

34. Bernska konvencija dopunjena je Ugovorom o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, donesenim u Ženevi 20. prosinca 1996. kako bi se odredbe te konvencije prilagodile tehničkom napretku (u dalnjem tekstu: TDA)¹⁸. Ondje je izričito uveden pojam „stavljanje na raspolaganje javnosti“. Naime, člankom 8. TDA-a propisuje se isključivo pravo autora da daju ovlaštenje 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“. Ta odredba stoga nije ograničena na radijsko ili televizijsko emitiranje, nego uključuje sva druga tehnička sredstva komunikacije. Nije ograničena ni na linearu komunikaciju, nego obuhvaća stavljanje na raspolaganje sadržaja za primanje s vremenskom odgodom. Upravo potonja vrsta priopćavanja javnosti posebno je relevantna u slučaju interneta, osobito mreže ravnopravnih članova.

14 — Berlinski akt iz 1908.

15 — Trenutačna formulacija članka 11.a Bernske konvencije temelji se na Bruxelleskom aktu od 26. lipnja 1948.

16 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 10. ožujka 2010. o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pružanju audiovizualnih medija usluga (SL 2010., L 95, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavje 6., svezak 7., str. 160.). Riječ je o linearnej komunikaciji u vremenu, odnosno onoj koju se može primiti samo u trenutku emitiranja (vidjeti članak 1. stavak 1. točku (e) Direktive 2010/13).

17 — Vidjeti osobito von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010., str. 973. do 980.

18 — Ugovor je u ime Europske zajednice odobren Odlukom Vijeća 2000/278/EZ od 16. ožujka 2000. (SL 2000., L 89, str. 6.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavje 11., svezak 122., str. 77.).

35. Članak 8. TDA-a prenesen je u pravo Unije člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29, a to je odredba čije se tumačenje zahtijeva u okviru ovog predmeta. U toj je odredbi gotovo u potpunosti preuzeta formulacija iz TDA-a.

36. Direktiva 2001/29, međutim, ne sadržava nijednu definiciju pojma „priopćavanje javnosti” ni „stavljanje na raspolaganje javnosti”. Stoga je Sud imao zadatak skicirati obrise te definicije. Prema sudskej praksi, dva su elementa neophodna kako bi se utvrdilo da je riječ o priopćavanju javnosti: radnja priopćavanja i postojanje javnosti¹⁹.

37. Što se tiče prvog elementa, Sud naglašava nezaobilaznu ulogu sudionika koji je započeo priopćavanje i činjenicu da je njegovo sudjelovanje namjerno. Naime, taj sudionik poduzima radnju priopćavanja kada djeluje, i pritom je u potpunosti svjestan posljedica svojeg postupanja, kako bi omogućio svojim klijentima pristup zaštićenom djelu i to osobito kada, kad ne bi bilo takvog djelovanja, ti klijenti, načelno, ne bi, mogli uživati emitirano djelo²⁰.

38. Valja dodati, kao što sam naveo ranije u tekstu, da u slučaju stavljanja djela na raspolaganje javnosti za primanje u trenutku u kojem to primatelj želi, radnju priopćavanja treba ocijeniti uzimajući u obzir posebnost tog načina priopćavanja. Za razliku od priopćavanja do kojeg dolazi na inicijativu sudionika koji je započeo to priopćavanje, u slučaju stavljanja na raspolaganje do samog priopćavanja djela dolazi samo potencijalno i na inicijativu primatelja. Međutim, mogućnost nositelja autorskih prava da se protivi takvom priopćavanju nastaje u samom trenutku stavljanja na raspolaganje, neovisno o tome dolazi li i kada dolazi do stvarnog prijenosa²¹.

39. Što se tiče drugog elementa, koji se odnosi na postojanje javnosti, prema sudskej praksi Suda on sadržava dva zahtjeva. Prvim zahtjevom nalaže se da priopćavanje mora biti namijenjeno neodređenom, ali velikom broju potencijalnih primatelja. Taj kriterij obično je ispunjen kad je riječ o stranici koja je načelno dostupna svim korisnicima interneta²².

40. Prema drugom zahtjevu, javnost kojoj je upućeno dotično priopćavanje treba biti „nova javnost”. Prema mišljenju Suda, što se tiče stavljanja na raspolaganje na internet, priopćavanje se nije upućeno novoj javnosti ako se odnosi na djelo koje je već javnosti stavljen na raspolaganje na drugoj internetskoj stranici na koju je pristup slobodan. Naime, u takvoj situaciji, priopćavanje je upućeno, bar potencijalno, istoj javnosti kao i onoj kojoj je upućeno prvotno stavljanje na raspolaganje, odnosno svim korisnicima interneta²³.

41. Međutim, za tu slobodu korisnika interneta postoji ograničenje. Naime, Sud smatra da kod primjene kriterija nove javnosti ne treba uzeti u obzir javnost koja stvarno ima pristup djelu, nego samo javnost koju je nositelj autorskih prava uzeo u obzir kod prvotnog priopćavanja. S druge strane, ako je djelo stavljen na raspolaganje, ali bez suglasnosti nositelja prava, on nije uzeo u obzir nijednu javnost, pa se svako novo stavljanje na raspolaganje odnosi na novu javnost i od tog trenutka treba ga se smatrati priopćavanjem javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29²⁴.

42. Međutim, ne treba analizirati je li priopćavanje namijenjeno novoj javnosti ako je ono učinjeno posebnim tehničkim načinom, odnosno različitim tehničkim sredstvom od sredstva upotrijebljenog za prvotno priopćavanje²⁵. U takvom slučaju i dalje postoji priopćavanje javnosti u smislu Direktive 2001/29.

19 — Vidjeti nedavnu presudu od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 32. i navedenu sudskej praksi).

20 — Presuda od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 35.)

21 — Vidjeti u tom smislu presudu od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76, t. 19.).

22 — Vidjeti u tom smislu presudu od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76, t. 22.).

23 — Vidjeti presudu od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76, t. 24. do 27.).

24 — Presuda od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 43.)

25 — Presuda od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147, t. 39.)

43. Sada treba ocijeniti te elemente u kontekstu mreža ravnopravnih članova.

Priopćavanje javnosti u mrežama ravnopravnih članova

44. Prema mojem mišljenju, nesporno je da, kad se djela zaštićena autorskim pravom dijele na mreži ravnopravnih članova, dolazi do stavljanja na raspolaganje tih djela javnosti.

45. Kao prvo, djela su stavljena na raspolaganje na računalima korisnika mreže tako da ih svaki drugi korisnik može preuzeti. Cinjenica da su u sustavu *bittorrent* datoteke koje sadržavaju ta djela fragmentirane te da ih se preuzima u dijelovima s različitim računala tehnička je pojedinost koja nije važna. Naime, zaštita autorskim pravom odnosi se na djelo, a ne datoteku. Međutim, djela se stavljaju na raspolaganje u cijelosti i prenose se korisnicima koji ih preuzimaju također u cijelosti, osim u slučaju tehničkih nezgoda.

46. Kao drugo, potencijalni korisnici otvorene mreže ravnopravnih članova, kao što je TPB, bez sumnje predstavljaju neodređen i velik broj osoba.

47. Nапослјетку, као треће, неовисно о чинjenici да је ријеч о посебном техничком средству, критериј нове јавности također је испуњен, у сваком случају што се тиче дјела која се дијеле без сугласности аутора. Наиме, како сам већ podsjetio у точи 41. ovog mišljenja, критериј нове јавности треба ocijeniti u odnosu na јавност коју је аутор узео у обзир када је dao svoju suglasnost²⁶. Надалje, ако аутор дјела nije pristao да се он дјели на мрежи ravnopravnih članova, корисници наведене мреже predstavljaju po definiciji novu јавност²⁷.

48. Još je potrebno utvrditi koje су особе u mreži ravnopravnih članova uzrokovale stavljanje na raspolaganje dјela koja se ondje dijele: jesu li то njegovi korisnici ili operator stranice за indeksiranje poput TPB-a.

49. Instaliranjem programa за dijeljenje (*BitTorrent client*) na svoja računala i njegovim pokretanjem, osiguravanjem *torrenta* TPB-u koji omogućuju pronalaženje datoteka koje se nalaze na njihovim računalima te ostavljanjem tih računala da rade kako bi mogla biti aktivna u mreži, namjerno stavljaju na raspolaganje drugim korisnicima mreže dјela koja posjeduju.

50. Međutim, ta dјela ne bi bila dostupna i funkcioniranje mreže ne bi bilo moguće ili bi u svakom случају bilo mnogo složenije i manje učinkovito za uporabu bez stranica poput TPB-a koje omogućuju pronalaženje tih dјela i pristup njima. Dakle, operatori tih stranica organiziraju sustav koji korisnicima omogućuje pristup djelima koja su drugi korisnici stavili na raspolaganje. Može se smatrati da je njihova uloga neophodna²⁸.

51. Točno je da se takva stranica ograničava na popisivanje sadržaja prisutnih na mreži ravnopravnih članova, odnosno metapodataka povezanih s djelima koja korisnici mreže nude za dijeljenje. Prema tome, operator internetske stranice u načelu nema nikakvog utjecaja na pojavljivanje određenog dјela na toj mreži. On je samo posrednik koji korisnicima omogućuje dijeljenje sadržaja na mreži ravnopravnih članova. Stoga mu se ne može pripisati ključna uloga u priopćavanju javnosti određenog dјela sve dok ne zna da je ono nezakonito stavljeno na raspolaganje ili sve dok, nakon što je obaviješten o toj nezakonitosti, pošteno djeluje kako bi to ispravio. Međutim, od trenutka kad taj operator sazna za

26 — Vidjeti osobito presude od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, t. 24.), i od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 37. i 42.).

27 — To implicitno proizlazi i iz točke 43. presude od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

28 — Vidjeti u tom pogledu i točke 26. i 27. ovog mišljenja.

činjenicu da je došlo do stavljanja na raspolaganje povredom autorskih prava i ne djeluje kako bi onemogućio pristup dotičnom djelu, njegovo ponašanje može se smatrati takvim da mu je cilj izričito omogućiti nastavak nezakonitog stavljanja na raspolaganje tog djela i, slijedom toga, da je ono namjerno.

52. Htio bih pojasniti da operator stranice stvarno mora imati saznanje o tim činjenicama. To je osobito slučaj u situaciji u kojoj je nositelj prava izričito upozorio operatora da su informacije iznesene na stranici nezakonite.²⁹ Stoga ne bi bilo prikladno na takvu stranicu primijeniti pretpostavku o poznavanju činjenica sličnu onoj koju je Sud iznio u presudi GS Media, koja se odnosi na osobe koje su postavile hiperpoveznice s ciljem stjecanja dobiti³⁰. Naime, takva pretpostavka dovela bi do toga da se operatorima stranica za indeksiranje mreža ravnopravnih članova, koje obično rade s ciljem stjecanja dobiti, nametne opća obveza nadzora nad indeksiranim sadržajem.

53. Dakle, djelovanje tih operatora ispunjava kriterije nužnosti i namjere koji su navedeni u sudskoj praksi Suda.³¹ Stoga prema mojoj mišljenju treba smatrati da su i ti operatori, istodobno i zajedno s korisnicima mreže, započeli stavljanje na raspolaganje javnosti djela koja se dijele u okviru mreže bez suglasnosti nositelja autorskih prava ako su svjesni te nezakonitosti i ne reagiraju kako bi onemogućili pristup tim djelima.

54. Stoga na prvo prethodno pitanje treba odgovoriti da činjenica da operator internetske stranice indeksiranjem i osiguravanjem pretraživača omogućuje pronalaženje datoteka koje sadržavaju djela zaštićena autorskim pravom koja su ponuđena za dijeljenje u mreži ravnopravnih članova predstavlja priopćavanje javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29 ako taj operator ima saznanje da je neko djelo stavljen na raspolaganje na mreži bez suglasnosti nositelja autorskih prava i ne reagira kako bi onemogućio pristup tom djelu.

Drugo prethodno pitanje

Uvodne napomene

55. Sud koji je uputio zahtjev postavio je drugo prethodno pitanje u slučaju da Sud negativno odgovori na prvo pitanje, na koje predlažem da se odgovori potvrđno. Međutim, za slučaj da se Sud ne složi s mojom analizom iznesenom u ovom mišljenju, potrebna je analiza drugog prethodnog pitanja. Stoga ću predložiti i odgovor na to drugo pitanje.

56. U drugom prethodnom pitanju navode se i članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 i članak 11. Direktive 2004/48. Međutim, u skladu s člankom 2. stavkom 2. Direktive 2004/48 kao i, još izravnije, u skladu s posljednjom rečenicom članka 11. te direktive, njezine odredbe primjenjuju se ne dovodeći u pitanje odredbe Direktive 2001/29, osobito njezin članak 8. Iz toga prema mojoj mišljenju proizlazi da je, što se tiče pitanja obuhvaćenih člankom 8. Direktive 2001/29, ta odredba nadređena članku 11. Direktive 2004/48. Iz toga slijedi da je samo članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 relevantan za davanje odgovora na drugo prethodno pitanje. U svakom slučaju, te dvije odredbe sličnog su sadržaja.

57. Tim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 tumačiti na način da omogućuje izdavanje sudskog naloga protiv pružatelja pristupa internetu kojim mu se nalaže da svojim korisnicima zabrani pristup stranici za indeksiranje mreže ravnopravnih članova putem koje su počinjene povrede autorskih prava iako operator te stranice sam ne obavlja priopćavanje javnosti djela koja su stavljeni na raspolaganje na navedenoj mreži.

29 — Prema podacima iz spisa, to je slučaj stranice TPB u glavnom predmetu.

30 — Presuda od 8. rujna 2016. (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 51.)

31 — Presuda od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 35. i navedena sudska praska)

Primjenjivost mjera na temelju članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29 na stranice poput TPB-a

58. Podjećam da u skladu s člankom 8. stavkom 3. Direktive 2001/29 nositelji autorskih prava moraju imati mogućnost podnošenja zahtjeva za izdavanje sudskog naloga protiv posrednika čije usluge koristi treća strana za povredu njihovih prava.

59. U glavnom postupku nesporno je da tuženici, kao pružatelji pristupa internetu imaju svojstvo posrednika u smislu navedene odredbe.

60. Smatram da je jasno i da se uslugama tih posrednika koriste treće strane za povredu autorskih prava. Naime, utvrđeno je da se neki korisnici tih usluga koriste mrežom ravnopravnih članova kako bi na njoj dijelili djela bez ovlaštenja nositelja autorskih prava. To dijeljenje predstavlja stavljanje na raspolaganje javnosti djela bez ovlaštenja nositelja autorskih prava i, posljedično, povredu tih prava.

61. Posebna okolnost glavnog predmeta jest da će tražena mjera, odnosno zabrana pristupa stranici TPB, utjecati ne samo na korisnike koji čine povredu autorskih prava, nego i na stranicu TPB, koja neće moći ponuditi svoje usluge korisnicima spojenima na internet putem tuženikâ u glavnom postupku.

62. Sud je dopustio mogućnost takve mjere u svojoj presudi UPC Telekabel Wien³². Međutim, u tom predmetu radilo se o zabrani pristupa internetskoj stranici za čijeg se operatera smatralo da je on izazvao povredu autorskih prava. Naime, djela koja su nezakonito stavljeni na raspolaganje javnosti nalazila su se na predmetnoj internetskoj stranici i korisnici su ih preuzimali s te stranice. U tim uvjetima Sud je mogao presuditi da se operator predmetne stranice, kako bi povrijedio autorska prava, koristio uslugama pružatelja pristupa internetu s pomoću kojeg su osobe pristupale stranici.

63. U ovom je predmetu situacija znatno drugačija jer, ako je utvrđeno da TPB sam ne obavlja priopćavanje javnosti djela bez suglasnosti nositelja autorskih prava, ne može se ni zaključiti da se koristi uslugama pružatelja pristupa internetu s pomoću kojeg korisnici pristupaju mreži ravnopravnih članova kako bi počinili povredu autorskih prava.

64. Nadalje, situacija iz članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29 pretpostavlja postojanje veze između predmeta sudskog naloga i povrede autorskih prava. Mjera zabrane pristupa internetskoj stranici podrazumijeva da je bila utvrđena odgovornost operatera navedene stranice za povredu autorskih prava korištenjem usluga posrednika kojem je upućen sudski nalog. Pod tim uvjetom taj operator ima status treće strane koja čini povredu autorskih prava u smislu članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29.

65. Ako predmetni operator sam ne obavlja radnju koja je obuhvaćena monopolom autora (primjerice priopćavanje javnosti), ta povreda može biti samo neizravna. S obzirom na činjenicu da odgovornost za tu vrstu povreda nije uskladena na razini Unije, mora biti izričito predviđena u nacionalnom pravu. Na nacionalnim je sudovima da provjere postoji li takva odgovornost u njihovom nacionalnom pravu.

66. Ako se u glavnom predmetu može utvrditi takva odgovornost operatera stranice za indeksiranje na mreži ravnopravnih članova na kojoj se zaštićena djela dijele bez ovlaštenja nositelja autorskih prava, treba smatrati da se taj operator koristi uslugama pružatelja pristupa internetu čiji klijenti dijele datoteke na toj mreži, prema analogiji s osobom koja sama izravno čini povredu autorskih prava.

32 — Presuda od 2. ožujka 2014. (C-314/12, EU:C:2014:192)

67. Činjenica da stranica poput TPB-a može ući u kategoriju pružatelja usluga smještaja informacija na poslužitelju (*hosting*) čija je odgovornost za pohranjene informacije u načelu isključena na temelju članka 14. stavka 1. Direktive 2000/31 ne dovodi u pitanje taj zaključak. Naime, taj je imunitet uvjetan. Odobrava se samo ako pružatelj nije imao saznanje da su pohranjene informacije ili aktivnost koja se obavlja s pomoću tih informacija nezakoniti pod uvjetom da, nakon upozorenja u pogledu te nezakonitosti, žurno djeluje kako bi uklonio te informacije ili onemogućio pristup informacijama.

68. Ako pružatelj usluga koji djeluje kao posrednik ne ispunи te uvjete, odnosno ako je imao saznanja o nezakonitosti pohranjenih informacija, ali nije djelovao kako bi ih uklonio ili onemogućio pristup njima, može ga se smatrati neizravno odgovornim za te informacije.

69. To je osobito slučaj operatora stranice za indeksiranje mreže ravnopravnih članova koji je imao saznanja ili su ga upozorili da *torrent* datoteke koje su osigurali korisnici mreže omogućuju dijeljenje djela stavljenih na raspolaganje u toj mreži bez ovlaštenja nositelja autorskih prava i nije djelovao kako bi uklonio te datoteke. Nadalje, nesporno je u glavnom postupku da je to slučaj TPB-a. Članak 14. Direktive 200/31 ne protivi se stoga njegovoj odgovornosti s obzirom na povredu autorskih prava koja proizlazi iz tog stavljanja na raspolaganje.

70. Valja još razmotriti usklađenost takve mjere s temeljnim pravima.

Usklađenost zabrane pristupa internetskoj stranici s temeljnim pravima

71. Mjere poduzete na osnovi članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29 moraju biti usklađene s primjenjivim temeljnim pravima³³. Sud je temeljito analizirao pitanje te usklađenosti u pogledu mjere kojom se nalaže da se korisnicima usluga pružatelja pristupa internetu ukine mogućnost pristupa stranici za koju je potvrđeno da je odgovorna za povredu autorskih prava u presudi UPC Telekabel Wien³⁴. Sud je dozvolio takvu mjeru s obzirom na temeljna prava postavljajući tri uvjeta³⁵.

72. Kao prvo, pružatelj usluga koji je adresat sudskog naloga mora moći izabrati tehnička sredstva koja primjenjuje za postupanje po sudskom nalogu i može se oslobođiti svojih obveza ako dokaze da je poduzeo sve razumne mjere u tu svrhu. Ti su uvjeti nametnuti nacionalnim pravom, a nacionalni sudovi nadziru njihovo poštovanje.

73. Kao drugo, poduzete mjere ne smiju nepotrebno lišavati korisnike interneta mogućnosti zakonitog pristupanja raspoloživim informacijama. Međutim, očito je da mjera zabrane pristupa određenoj stranici korisnicima interneta onemogućuje pristup informacijama koje su ondje dostupne, bez obzira na to jesu li zakonite.

74. Ocjenu zakonitosti takve mjere, prema mojem mišljenju, treba provesti od slučaja do slučaja, analizirajući proporcionalnost između, s jedne strane, mjere i zabrane pristupa informacijama koja iz toga proizlazi i, s druge strane, opsega i ozbiljnosti povreda autorskih prava počinjenih putem te stranice.

75. Što se tiče slučaja TPB-a, prema podacima koje je dostavio tužitelj u glavnom postupku, a koje svakako treba provjeriti sud koji je uputio zahtjev, više od 90 % datoteka kojima je omogućen pristup putem te stranice sadržavaju djela stavljeni na raspolaganje javnosti bez ovlaštenja nositelja autorskih prava. Usto, operatore TPB-a više se puta upozorilo da je sadržaj na njihovoj stranici nezakonit i naložilo im se da ga uklone, a oni su to izričito odbili učiniti.

33 — Presuda od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 45. do 46. i navedena sudska praksa)

34 — Presuda od 27. ožujka 2014. (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 46. do 63.)

35 — Presuda od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 64.)

76. Smatram da je u tim okolnostima lišavanje korisnika interneta pristupa informacijama, koje proizlazi iz mjere zabrane pristupa stranici TPB, proporcionalno opsegu i ozbiljnosti povreda autorskih prava počinjenih na toj stranici. Moja ocjena temelji se na udjelu nezakonitih sadržaja i na držanju operatora spomenute stranice. To još više vrijedi ako se djela zakonito dijele na mreži ravnopravnih članova pa je vrlo vjerojatno da su također lako i besplatno dostupna drugim sredstvima ili da se mogu lako staviti na raspolaganje. Situacija bi bila sasvim drugačija da je riječ o internetskoj stranici na kojoj su nezakoniti sadržaji samo sporedni i čiji operatori pošteno surađuju da ih uklone.

77. Naravno, na nacionalnim je sudovima da obave konačnu analizu proporcionalnosti predviđene mjere.

78. Naposljeku, kao treće, učinak mjere treba biti sprečavanje ili barem otežavanje neovlaštenih pristupanja predmetima zaštite i ozbiljno obeshrabrenje korisnikâ interneta koji za pristupanje tim predmetima stavljenima im na raspolaganje uz povredu autorskih prava navedenog temeljnog prava koriste usluge adresata sudskog naloga. Drugim riječima, cilj mjere mora biti zaustavljanje i sprečavanje povrede autorskih prava te ona mora biti razumno učinkovita u ostvarivanju tog cilja.

79. U ovom predmetu, tuženici u glavnom postupku ozbiljno sumnjaju u učinkovitost mjere koja se sastoji u zabrani pristupa stranici TPB. Smatraju, s jedne strane, da je ta mjera neučinkovita jer se ista djela mogu pronaći i razmijeniti na internetu na drugi način, a ne samo uporabom TPB-a. S druge strane, mjeru koja se sastoji u zabrani pristupa nekoj internetskoj adresi svaki upućeni korisnik interneta može lako zaobići.

80. Međutim, treba napomenuti, kao prvo, da prema sudskoj praksi Suda, nije potrebno da se zaštita intelektualnog vlasništva osigura na apsolutan način, odnosno da predviđena mjera dovede do potpunog zaustavljanja povreda autorskih prava. Dovoljno je da ona ozbiljno obeshrabri korisnike interneta da čine takve povrede tako što će ih otežati³⁶. Međutim, s obzirom na ulogu internetskih stranica poput TPB-a u funkciranju mreža ravnopravnih članova, čini mi se nesporним da bi zabrana pristupa takvoj stranici većinu korisnika spriječila ili im otežala pronalazak djela stavljenih na raspolaganje na takvoj mreži i stoga njihovo preuzimanje povredom autorskih prava.

81. Kao drugo, činjenica da druge internetske stranice osim TPB-a mogu imati istu ulogu ne umanjuje učinkovitost mjere tražene u glavnom postupku jer se mogu zatražiti slične mjere za sprečavanje pristupa tim stranicama. Prihvatanje zaključaka tuženika u glavnom predmetu značilo bi prihvatiti da nijedna mjera usmjerena na sprečavanje povrede zakona nije učinkovita jer će druge osobe uvijek činiti nove povrede.

82. Naposljeku, kao treće, treba podsjetiti da je zasigurno mnogo učinkovitija mjera, koja se sastoji u nalogu za zabranu svakog internetskog prometa koji se odnosi na nezakonito dijeljenje djela na mrežama ravnopravnih članova, već bila predmetom ocjene Suda. Sud je odbio takvu mjeru smatravši je previše ograničavajućom za pružatelje pristupa internetu te da previše zadire u prava korisnika³⁷.

83. Kad bismo danas morali odbiti mjeru koja je manje ograničavajuća za pružatelje usluga i koja manje zadire u prava korisnika jer nije dovoljno učinkovita, pružatelji pristupa internetu bili bi u konačnici *de facto* oslobođeni zadaće da surađuju u borbi protiv povrede autorskih prava. Međutim, iznimke u pogledu odgovornosti posrednih davatelja usluga predviđene Direktivom 2000/31 predstavljaju jedan od elemenata ravnoteže između različitih interesa uspostavljene tom direktivom u

36 — Presuda od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 61. do 63.). Sud smatra da čak i mjeru koja izravno ne sprečava povrede autorskih prava, nego se njome samo traži od korisnika da se identificiraju kako bi pristupili internetu ispunjava te kriterije (presuda od 15. rujna 2016., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, t. 95. i 96.)).

37 — Presuda od 24. studenoga 2011., Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, t. 38. do 52.)

skladu s njezinom uvodnom izjavom 41. Protuteža tim iznimkama, u okviru te ravnoteže, nije samo odsutnost suučesništva posrednih davaljela usluga u povredama zakona, nego njihova suradnja u izbjegavanju i sprečavanju tih povreda. Oni ne mogu izbjegći tu obvezu pozivajući se, ovisno o okolnostima, na to da je mjera previše ograničavajuća ili neučinkovita.

84. Stoga, u slučaju da odgovor na prvo prethodno pitanje bude negativan, predlažem Sudu da na drugo pitanje odgovori da članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da omogućuje izdavanje sudskog naloga protiv posrednika kojim mu se nalaže da svojim korisnicima zabrani pristup stranici za indeksiranje mreže ravnopravnih članova ako se operator navedene stranice na temelju nacionalnog prava može smatrati odgovornim za povrede autorskih prava koju su počinili korisnici navedene mreže, pod uvjetom da je ta mjera proporcionalna opsegu i ozbiljnosti počinjenih povreda autorskih prava, a na nacionalnom je sudu da to provjeri.

Zaključak

85. S obzirom na sve prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud, Nizozemska) odgovori na sljedeći način:

Činjenica da operator internetske stranice indeksiranjem i osiguravanjem pretraživača omogućuje pronalaženje datoteka koje sadržavaju djela zaštićena autorskim pravom koja su ponuđena za dijeljenje u mreži ravnopravnih članova predstavlja priopćavanje javnosti u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu ako je taj operator imao saznanje da je neko djelo stavljen na raspolaganje na mreži bez suglasnosti nositelja autorskih prava i nije reagirao kako bi onemogućio pristup tom djelu.