

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PEDRA CRUZA VILLALÓNA,
predstavljeni 14. aprila 2011¹

Kazalo

I – Uvod	I - 11964
II – Pravni okvir	I - 11967
A – Pravo Unije	I - 11967
1. Predpisi o varstvu intelektualne lastnine	I - 11967
a) Direktiva 2001/29 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi	I - 11967
b) Direktiva 2004/48 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine	I - 11968
2. Predpisi o varstvu osebnih podatkov	I - 11969
a) Direktiva 95/46 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov	I - 11969
b) Direktiva 2002/58 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij	I - 11969
3. Predpisi o elektronskem poslovanju: Direktiva 2000/31	I - 11970
B – Nacionalno pravo	I - 11970

1 – Jezik izvirnika: francoščina.

III – Dejansko stanje v sporu o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje	I - 11971
A – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari	I - 11971
B – Vprašanji za predhodno odločanje	I - 11974
C – Postopek pred Sodiščem	I - 11974
IV – Analiza	I - 11975
A – Uvodne ugotovitve	I - 11975
1. Preoblikovanje prvega vprašanja: EKČP in Listina	I - 11975
2. Struktura odgovora	I - 11977
3. Štirifazni pristop	I - 11978
B – Zahtevani ukrep (odredba o prenehanju kršitev) in zahtevani „sistem“ (filtriranje in blokiranje)	I - 11979
1. Sistem filtriranja in blokiranja	I - 11980
i) a) Mehanizem „filtriranja“	I - 11980
ii) b) Mehanizem „blokiranja“	I - 11982
2. Značilnosti ukrepa v obliki odredbe	I - 11982
a) „Časovno neomejeno“: področje uporabe ratione temporis ukrepa ..	I - 11983
b) „Vse vstopne in izstopne elektronske komunikacije“: področje uporabe ratione materiae ukrepa	I - 11983
c) „Za vse svoje stranke“: področje uporabe ratione personae ukrepa ..	I - 11984
d) „In abstracto in preventivno“: preventivna in odvračilna funkcija zahtevanega ukrepa	I - 11985
e) „Na svoje stroške“: stroški, povezani z izvedbo zahtevanega ukrepa ..	I - 11985
3. Vmesna ugotovitev	I - 11986
	I - 11963

C –	Opredelitev ukrepa z vidika direktiv ter členov 7, 8 in 11 Listine: „omejevanje“ v smislu člena 52(1) Listine	I - 11988
1.	„Razlagani zlasti glede na člena 7 in 8 Listine“: spoštovanje zasebnega in družinskega življenja ter pravica do varstva osebnih podatkov	I - 11989
a)	Varstvo osebnih podatkov (člen 8 Listine)	I - 11990
b)	Zaupnost elektronskih komunikacij (člen 7 Listine)	I - 11992
2.	„Razlagani zlasti glede na člen 11 Listine“: zagotovitev svobode izražanja in pravice do obveščanja	I - 11993
3.	Vmesna ugotovitev	I - 11995
D –	Pogoji za omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, ter še zlasti pogoj, povezan s „kakovostjo zakona“ (člen 52(1) Listine)	I - 11995
E –	„Na podlagi ene same zakonske določbe“: preučitev nacionalne zakonodaje z vidika pogoja glede „kakovosti zakona“ (člen 52(1) Listine)	I - 12000
V –	Predlog	I - 12004

I – Uvod

1. Sodišče je s to zadevo dobilo priložnost, da še samo odloči o vprašanju kršenja avtorske

in sorodnih pravic na internetu ter nezakonitega prenosa zavarovanih del – torej pojava, splošno znanega kot „piratstvo“ glasbenih, kinematografskih, avdiovizualnih ali literarnih del –, ter tako pokaže zanimanje za boj imetnikov teh pravic ali njihovih pravnih naslednikov zoper zadevno nadlogo svetovnih

razsežnosti.² Natančneje, izreči se mora o popolnoma novem vprašanju, ki se nanaša na to, ali so nekateri tehnični ukrepi za boj proti piratstvu, ki so predstavljeni kot morda ustrezen odgovor na kršitve pravic intelektualne lastnine, s katerimi se dan za dnem srečujemo v „medmrežju“, sprejemljivi z vidika prava Unije, čeprav njihova zanesljivost ni popolnoma dokazana in se nenehno tehnično

izpopolnjujejo, razvijajo pa se tudi z njimi povezane prakse.

2 – Verjetno ni treba posebej poudarjati, da ima problematika internetnega piratstva svetovne razsežnosti in je v različnih državah sprožila različne odgovore – največkrat pravosodne (ki so lahko uperjeni proti samim internetnim uporabnikom, ponudnikom storitev, ponudnikom internetnega dostopa ali gostovanja ali pa založnikom programske opreme „peer to peer“ ali storitev) (glej zlasti zadevi Napster (A&M Records proti Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) in Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios proti Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) v Združenih državah Amerike, zadevo Kazaa (Kazaa (2005) F. C. A. 1242) v Avstraliji ali zadevo PirateBay (sodba Svea hovrätt z dne 26. novembra 2010 v zadevi B 4041-09) na Švedskem), včasih zakonodajne (na primer t. i. „zakon Hadopi“ v Franciji, s katerim je bil ustanovljen „vrhovni organ za razširjanje del in varstvo pravic na internetu“ („Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet“), po katerem je zakon dobil ime (loi n° 2009-669, du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (zakon št. 2009-669 z dne 12. junija 2009 o spodbujanju razširjanja in varstva ustvarjanja na internetu), JÖRF št. 135 z dne 13. junija 2009, str. 9666), v Španiji pa Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE z dne 5. marca 2011, str. 25033)), včasih pa *sui generis* (glej na primer *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, ki so ga glavni ponudniki internetnega dostopa v Združenem kraljestvu leta 2008 podpisali s predstavniki ustvarjalnih industrij) –, ki so bili obširno komentirani in jih tukaj seveda ne moremo niti na kratko povzeti, prav tako pa ima svetovne razsežnosti tudi s tem povezana razprava, ki vključuje številne nasprotujoče si vidike; za pregled francoskega pristopa k tej problematiki glej zlasti Derieux, E., in Granchet, A., *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy Axe Droit, 2010; za pregled pristopa, ki ga zagovarja Komisija, glej njeno prvo poročilo z dne 21. novembra 2003 o uporabi Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (COM(2003) 702 konč., točka 4.7); njeno poročilo z dne 22. decembra 2010 o uporabi Direktive 2004/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine (COM(2010) 779 konč., točka 3.3) ter njeno sporočilo z dne 16. julija 2008, naslovljeno „Strategija pravic industrijske lastnine za Evropo“ (COM(2008) 465 konč., točka 5.3). Med dokumenti Sveta Evrope si bomo pomagali tudi s priporočilom CM/Rec(2008)6 Odbora ministrov državam članicam z dne 26. marca 2008 o ukrepih za spodbujanje spoštovanja svobode izražanja in informacij v zvezi z internetnimi filtri ter smernicami o pomoči ponudnikom internetnih storitev iz julija 2008; glej tudi poročilo OECD, ki je bilo 13. decembra 2005 predstavljeno delovni skupini za informacijsko gospodarstvo (Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL).

2. Vprašnji za predhodno odločanje, ki sta bili postavljeni Sodišču v tej zadevi, zahtevata razlago zapletenega sklopa določb aktov sekundarne zakonodaje in določb primarne zakonodaje – ali, natančneje, Listine Evropske unije o temeljnih pravicah³ – z vidika Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin⁴. Vendar je treba že takoj na začetku opozoriti, da v teh sklepnih predlogih ne bo mogoče obravnavati vseh pravnih vprašanj in tehničnih težav⁵, ki so posledica zadevnih ukrepov. Oprl se bom na samo besedilo vprašanj, ki jih je postavilo predložitevno sodišče, in izrazje, s katerim je predstavilo pravni in dejanski položaj zadeve v glavni stvari, ter mu na podlagi tega

3 – V nadaljevanju: Listina.

4 – V nadaljevanju: EKČP.

5 – Tako s pravnega vidika ne bosta preučena pravna opredelitve zadevnih dejanj ponarejanja in vpliv izjem kopiranja za zasebno uporabo, s tehničnega vidika pa ne bo mogoče preučiti niti tehnik nezakonitega prenosa niti mogočih sredstev za preprečevanje takega prenosa. Na splošno se bom glede tega skliceval na obsežno doktrino, ki nastaja zaradi želje po pravnem zaobjetju zadevnega pojava.

poskusil koristno odgovoriti, tako da se bom osredotočil na najbolj temeljne vidike.

3. Predložitveno sodišče glede tega zlasti predlaga, naj Sodišče konkretno navede, ali je z vidika prava Unije nacionalnemu sodišču dovoljeno, da sprejme ukrep, kot je tisti, ki se zahteva v zadevi v glavni stvari, s katerim se ponudniku internetnega dostopa⁶ naloži, da mora vzpostaviti sistem filtriranja in blokiranja elektronskih komunikacij. Ker pa ima ta ukrep popolnoma drugačen vpliv na zadevnega PID na eni strani ter uporabnike njegovih storitev in širše internetne uporabnike na drugi strani, bo treba upoštevati to dvojnost, čeprav postavljeno vprašanje zadeva predvsem pravice uporabnikov.

4. Takoj je treba tudi poudariti, da se ta zadeva razlikuje od zadeve, v kateri je bila izrečena sodba *Promusicae*⁷, četudi je mogoče med

njunima pravnima in splošnima okviroma potegniti očitne vzporednice. Čeprav je treba v tej zadevi podobno kot v zgoraj navedeni sodbi *Promusicae* uskladiti zahteve, povezane z varstvom različnih temeljnih pravic, se zadevi med seboj tudi razlikujeta, zato – kot poudarja tudi samo predložitveno sodišče – sklepi iz sodbe *Promusicae* in zlasti v njej opredeljeno načelo pravičnega ravnovesja ne zadostujejo za odločanje. V zadevi *Promusicae* se je namreč od PID zahtevalo, naj v sodnem postopku razkrije identiteto in fizični naslov oseb, identificiranih z naslovom IP⁸ ter datumom in uro vzpostavitve povezave. Torej je šlo za predložitev znanih in opredeljenih podatkov v sodnem postopku. Nasprotno pa se v zadevi v glavni stvari od ponudnika internetnega dostopa zahteva, naj vzpostavi sistem za filtriranje elektronskih komunikacij in blokiranje elektronskih datotek, s katerimi naj bi bila kršena pravica intelektualne lastnine. Torej se ne zahteva naknadno ukrepanje, ko je bila že ugotovljena kršitev avtorskih ali sorodnih pravic, temveč se zahteva ukrepanje *a priori*, da bi preprečili tako kršitev in, natančneje, vzpostavili sistem, s katerim bi preventivno preprečevali kakršno koli prihodnjo kršitev pravic intelektualne lastnine⁹, in sicer

6 – V nadaljevanju: PID.

7 – Sodba z dne 29. januarja 2008 (C-275/06, ZOdl., str. I-271); sklepi predlogi generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljeni 18. julija 2007.

8 – Naslov IP je edinstveni naslov, ki ga naprave, ki komunicirajo prek „internetnega protokola“, uporabljajo za identifikacijo in medsebojno komunikacijo v informacijskem omrežju; glej zlasti Jon Postel (urednik), Internet Protocol, RFC 791, september 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi *Promusicae* (točki 30 in 31).

9 – Kot bomo videli v nadaljevanju, se od zadevnega PID sicer res zahteva, naj vzpostavi „preventivni“ sistem boja proti kršitvam pravic intelektualne lastnine, vendar je treba kljub temu poudariti, da je bila v obravnavanem primeru na tega ponudnika naslovljena odredba, ki je bila sprejeta kot odgovor na kršitve pravic intelektualne lastnine, ugotovljene v civilnem postopku.

pod pogoji, ki jih – kot bomo videli v nadaljevanju – zaznamujejo številne negotovosti.

5. Po tem uvodnem pojasnilu lahko nadaljujem z ugotovitvijo, da je precej očitno, da je treba okoliščine iz zadeve v glavni stvari kljub vsemu preučiti predvsem z vidika temeljnih pravic.

seboj zapleteno povezane. Prav zaradi te zapletenosti bodo v predstavitvi pravnega okvira obravnavane zadeve povzete le določbe, ki so nujno potrebne za razumevanje spora o glavni stvari.

1. Predpisi o varstvu intelektualne lastnine

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

6. Predložitveno sodišče sprašuje Sodišče predvsem o razlagi direktiv 2001/29/ES¹⁰ in 2004/48/ES¹¹ o varstvu intelektualne lastnine, direktiv 95/46/ES¹² in 2002/58/ES¹³ o varstvu osebnih podatkov ter Direktive 2000/31/ES¹⁴ o elektronskem poslovanju, ki so med

a) Direktiva 2001/29 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi

7. Člen 8 Direktive 2001/29, naslovljen „Sankcije in pravna sredstva“, določa:

- 10 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi (UL L 167, str. 10).
- 11 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine (UL L 157, str. 45, ter popravka v UL 2004, L 195, str. 16, in UL 2007, L 204, str. 27).
- 12 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov (UL L 281, str. 31).
- 13 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (UL L 201, str. 37).
- 14 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju) (UL L 178, str. 1).

„1. Države članice predvidijo ustrezne sankcije in pravna sredstva v zvezi s kršitvami pravic in obveznosti, ki jih določa ta direktiva, in sprejmejo vse potrebne ukrepe za zagotovitev, da se te sankcije in pravna sredstva uporabljajo. Takšne sankcije so učinkovite, sorazmerne in odvračilne.“

2. Vsaka država članica sprejme potrebne ukrepe za zagotovitev, da lahko imetniki pravic, katerih interesi so prizadeti s kršitvijo na njenem območju, vložijo odškodninsko tožbo in/ali zahtevajo sodno odredbo ter, kjer je to potrebno, zaplembo gradiva, ki je predmet kršitve, pa tudi naprav, izdelkov ali komponent iz člena 6(2).

3. Države članice zagotovijo, da imetniki pravic lahko zahtevajo sodno odredbo proti posrednikom, katerih storitve uporablja tretja stranka in s tem krši avtorske ali sorodne pravice.“

kakršne koli neposredne kršitve pravice intelektualne lastnine, ali začasno preprečijo, po potrebi s ponavljajočimi se [periodičnimi] denarnimi kaznimi, kadar je to predvideno z nacionalno zakonodajo, nadaljevanje domnevnih kršitev navedene pravice ali za tako nadaljevanje predvidijo predložitev garancij, namenjenih zagotovitvi odškodnine imetniku pravice; začasna odredba se lahko po enakih pogojih izda tudi proti posredniku, katerega storitve tretja stranka uporablja za kršitev pravice intelektualne lastnine; odredbe proti posrednikom, katerih storitve uporablja tretja stranka za kršitev avtorske ali sorodne pravice, so zajete v Direktivi 2001/29/ES [...]“

b) Direktiva 2004/48 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine

9. Člen 11 Direktive 2004/48, naslovljen „Sodne odredbe“, določa:

8. Člen 9(1)(a) Direktive 2004/48 določa:

„Države članice zagotovijo, da lahko sodni organi na zahtevo vlagatelja:

(a) izdajo proti domnevnemu kršitelju začasno odredbo, namenjeno preprečitvi

„Države članice zagotovijo, da lahko sodni organi, kadar je sprejeta sodna odločba, s katero je ugotovljena kršitev pravice intelektualne lastnine, izdajo proti kršitelju sodno odredbo, namenjeno prepovedi nadaljevanja kršitve. Kadar je tako predvideno z nacionalno zakonodajo, se za neupoštevanje sodne prepovedi, kadar je to primerno, odredijo [periodične] denarne kazni z namenom zagotavljanja upoštevanja prepovedi. Države članice zagotovijo tudi, da imajo imetniki pravic

možnost vložitve zahteve za sodno odredbo proti posrednikom, katerih storitve uporablja tretja stranka za kršitev pravice intelektualne lastnine, brez poseganja v člen 8(3) Direktive 2001/29/ES.“

b) Direktiva 2002/58 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij

11. Odstavek 1 člena 5 Direktive 2002/58, ki zadeva zaupnost sporočil, določa:

2. Predpisi o varstvu osebnih podatkov

a) Direktiva 95/46 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov

10. Člen 13(1)(g) Direktive 95/46 določa:

„Države članice lahko sprejmejo predpise za omejitev obsega obveznosti in pravic, opredeljenih v členih 6(1), 10, 11(1), 12 in 21, kadar taka omejitev predstavlja potreben ukrep za zaščito:

[...]

(g) posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, ali pravic in svoboščin drugih.“

„Države članice s svojo nacionalno zakonodajo zagotovijo zaupnost sporočil in s tem povezanih podatkov o prometu, ki se pošiljajo prek javnega komunikacijskega omrežja in javno razpoložljivih elektronskih komunikacijskih storitev. Zlasti prepovejo vsem osebam razen uporabnikom, da poslušajo, prisluškujejo, shranjujejo ali na druge načine prestrezajo ali nadzirajo komunikacije (sporočila) in z njimi povezane podatke o prometu, brez privolitve zadevnih uporabnikov, razen kadar je to zakonsko dovoljeno v skladu s členom 15(1). Ta odstavek ne preprečuje tehničnega shranjevanja, ki je potrebno za prenos sporočila, brez vpliva na načelo zaupnosti.“

12. Člen 15(1) Direktive 2002/58, s katerim je predvidena uporaba nekaterih določb Direktive 95/46/ES, določa:

„Države članice lahko sprejmejo zakonske ukrepe, s katerimi omejijo obseg pravic in

obveznosti, določenih v členu 5, členu 6, členu 8(1), (2), (3) in (4) ter členu 9 te direktive, kadar takšna omejitev pomeni potreben, primeren in ustrezen ukrep znotraj demokratične družbe za zaščito državne varnosti [...], obrambe, javne varnosti in preprečevanje, preiskovanje, odkrivanje in pregon kriminalnih dejanj ali nedovoljene uporabe elektronskega komunikacijskega sistema iz člena 13(1) Direktive 95/46/ES. V ta namen lahko države članice med drugim sprejmejo zakonske ukrepe, ki določajo zadrževanje podatkov za določeno obdobje, upravičeno iz razlogov iz tega odstavka. Vsi ukrepi iz tega odstavka so v skladu s splošnimi načeli zakonodaje Skupnosti, vključno s tistimi iz člena 6(1) in (2) Pogodbe o Evropski uniji.“

določa načelo neobstoja splošne obveznosti za nadzor:

„1. Države članice ponudnikom glede opravljanja storitev iz členov 12, 13 in 14 ne predpišejo splošne obveznosti za nadzor podatkov pri njihovem prenosu ali shranjevanju, pa tudi ne za dejavno raziskovanje okoliščin, na podlagi katerih se domneva, da gre za nezakonito dejavnost.

2. Države članice lahko določijo, da morajo ponudniki storitev informacijske družbe nemudoma obvestiti pristojne organe o domnevnih nezakonitih dejavnostih ali podatkih prejemnikov njihove storitve ali da morajo pristojnim organom na zahtevo sporočiti podatke, na podlagi katerih je možno identificirati prejemnike njihove storitve, s katerimi so sklenili dogovore o shranjevanju.“

3. Predpisi o elektronskem poslovanju:
Direktiva 2000/31

B – Nacionalno pravo

13. Člen 15 Direktive 2000/31, s katerim se končuje oddelek 4, v katerem je obravnavana odgovornost posrednih ponudnikov storitev,

14. Člen 87(1) zakona z dne 30. junija 1994 o avtorski in sorodnih pravicah¹⁵, kakor je bil spremenjen z zakonom z dne 10. maja 2007 o zagotovitvi prenosa

¹⁵ – *Moniteur belge* z dne 27. julija 1994, str. 19297.

člena 8(3) Direktive 2001/29 in člena 11 Direktive 2004/48, določa:

z dne 30. junija 1994 o avtorski in sorodnih pravicah.

„Predsednik sodišča prve stopnje in predsednik gospodarskega sodišča [...] ugotovita obstoj in odredita prenehanje vsakršne kršitve avtorske ali sorodne pravice.

Izdati smeta tudi odredbo o prenehanju kršitve zoper posrednike, katerih storitve uporablja tretja oseba za kršitev avtorske ali sorodne pravice.“

16. Družba Sabam je menila, da je družba Scarlet kot PID v odličnem položaju za sprejetje ukrepov, s katerimi se doseže, da njene stranke – torej internetni uporabniki, ki s programsko opremo „peer to peer“ nezakonito nalagajo dela, ki so navedena v njenem katalogu, ne da bi plačali nadomestila – prenehajo kršiti avtorske pravice, in je hkrati trdila, da taka praksa koristi družbi Scarlet, ker se lahko s takim ravnanjem povečuje obseg njenega prometa in s tem povpraševanje po njenih storitvah.

III – Dejansko stanje v sporu o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

A – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

15. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) je 24. junija 2004 vložila tožbo proti družbi Scarlet Extended SA – ki deluje kot PID¹⁶ – pri predsedniku Tribunal de première instance de Bruxelles, ki je odločil v postopku izdaje začasne odredbe, v zvezi s prenehanjem kršitve na podlagi zakona

17. Glede tega je najprej predlagala, naj se ugotovi obstoj kršitev avtorske pravice v zvezi z glasbenimi deli iz njene zbirke ter, natančneje, kršitev pravice reproduciranja in pravice priobčitve javnosti zaradi nepooblaščne izmenjave elektronskih glasbenih datotek s programsko opremo „peer to peer“, pri čemer se te pravice kršijo ob uporabi storitev družbe Scarlet.

18. Nato je zahtevala, naj se družbi Scarlet naloži, da svojim strankam onemogoči brez dovoljenja imetnikov pravic s programsko opremo „peer to peer“ kakor koli pošiljati ali sprejemati datoteke z glasbenimi deli, in tako prepreči kršitve teh pravic, sicer naj se zadevni družbi zagrozi s periodično kaznijo.

16 – V nadaljevanju: Scarlet.

19. Nazadnje je še zahtevala, naj ji družba Scarlet v osmih dneh od vročitve sodbe sporoči opis sprejetih ukrepov, sicer se ji naloži periodična denarna kazen, naj bo na njeni vstopni spletni strani objavljeno besedilo in naj se ji naloži objava sodbe, ki bo izrečena, v dveh dnevnikih in enem tedniku po njeni izbiri.

20. Predsednik Tribunal de première instance de Bruxelles je s sodbo z dne 26. novembra 2004 ugotovil obstoj kršitve avtorske pravice. Vendar pa je pred nadaljnjim odločanjem o zahtevku za prenehanje kršitve imenoval izvedenca, da bi preučil, ali so tehnične rešitve, ki jih je predlagala družba Sabam, tehnično izvedljive, ali omogočajo filtriranje samo nezakonitih izmenjav elektronskih datotek in ali obstajajo druga sredstva, s katerimi bi se lahko nadzorovala uporaba programske opreme „peer to peer“, ter da bi določil stroške predvidenih sredstev.

21. Imenovani izvedenec je poročilo predložil 29. januarja 2007, njegove ugotovitve, ki so bile navedene tudi v predložitveni odločbi, pa so:

„1. Omrežje ‚peer to peer‘ je pregledno sredstvo za skupno uporabo vsebin, [ki je] samostojno, decentralizirano in opremljeno z naprednimi funkcijami iskanja in nalaganja.

2. Razen rešitve, ki jo je predlagala družba Audible Magic, vse rešitve poskušajo preprečiti uporabo omrežij ‚peer to peer‘, ne glede na vsebino, ki se prenaša.

3. Poleg tega trajnost rešitev filtriranja aplikacije ‚peer to peer‘ srednjeročno (2–3 leta) še zdaleč ni zagotovljena zaradi vse večje uporabe enkripcije v taki aplikaciji.

4. Rešitev, ki jo predlaga družba Audible Magic, je torej edina, s katero se poskuša ta problematika razrešiti na poseben način. Vendar pa ta rešitev, ki je namenjena predvsem izobraževalnim krogom, v svojem bistvu ni tako zmogljiva, da bi ustrezala obsegu prometa PID. Uporaba te tehnike v okviru PID zato povzroči visok strošek nabave in uporabe, da bi se izravnala ta nezadostna zmogljivost.

5. Ta strošek je treba primerjati z obdobjem, v katerem bo ta rešitev učinkovita, saj je zaradi zgoraj navedene enkripcije tudi ta rešitev neučinkovita v okviru filtriranja med prenosom.

6. Uporaba notranjih preiskovalnih metod znotraj omrežja ‚peer to peer‘ je bolj zapletena, vendar prinese boljše rezultate. Te metode namreč *a priori* merijo samo na sporen del izmenjav in lahko upoštevajo okvir, v katerem te izmenjave potekajo.
7. Poleg tega te metode niso občutljive oziroma so precej manj občutljive na enkripcijo in so po mojem mnenju srednjeročno in dolgoročno najboljša naložba za zagotovitev upoštevanja avtorskih pravic in sočasno pravic vseh.“
22. Predsednik Tribunal de première instance de Bruxelles je na podlagi navedenega izvedenskega mnenja z drugo sodbo z dne 29. junija 2007 družbi Scarlet naložil, naj zagotovi prenehanje kršitve avtorske pravice, ugotovljene v sodbi z dne 26. novembra 2004, tako da svojim strankam onemogoči, da z uporabo programske opreme „peer to peer“ kakor koli pošiljajo ali sprejemajo elektronske datoteke z glasbenimi deli iz zbirke družbe Sabam, sicer se ji po izteku šestmesečnega roka naloži periodična denarna kazen v višini 2500 EUR na dan, če ne bo upoštevala sodbe.
23. Družba Scarlet je 6. septembra 2007 pri Cour d’appel de Bruxelles vložila pritožbo zoper to sodbo.
24. Poleg tega je 7. decembra 2007 začela postopek pred predsednikom Tribunal de première instance de Bruxelles, v katerem je predlagala odpravo ali vsaj začasno odložitev periodične denarne kazni, ki ji je bila naložena. Pri tem je navedla, da se zaradi materialne ali časovne nezmožnosti ne more ravnati v skladu z odredbo o prenehanju kršitev, ker sistem Audible Magic ne deluje, in da ni dokazano, da je za ponudnika internetnega dostopa tehnično izvedljivo, da učinkovito filtrira ali blokira promet „peer to peer“.
25. Predsednik Tribunal de première instance de Bruxelles je s sodbo z dne 22. oktobra 2008 zavrnil ta predlog, ker je menil, da devolutivnost pritožbe nasprotuje temu, da bi stranke ponovno zagovarjale zadevo pred tem sodiščem. Priznal je sicer, da rešitve družbe Audible Magic ni bilo mogoče uspešno izvesti, vendar je hkrati ugotovil, da družba Scarlet ni preizkusila drugih rešitev filtriranja ali blokiranja in da torej ni dokazala, da odredbe o prenehanju kršitev ni bilo mogoče upoštevati. Kljub temu je periodično denarno kazen odložil do 31. oktobra 2008, da bi družbi Scarlet omogočil, da razišče druge načine.

B – Vprašanja za predhodno odločanje

26. V takih okoliščinah je Cour d'appel de Bruxelles prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanja:

„1. Ali direktivi 2001/29 in 2004/48 v povezavi z direktivami 95/46, 2000/31 in 2002/58, razlagani zlasti glede na člena 8 in 10 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, dopuščata državam članicam, da nacionalnemu sodišču, ki odloča v postopku v glavni stvari na podlagi ene same zakonske določbe, po kateri lahko ‚nacionalno sodišče‘ izda odredbo o prenehanju kršitev tudi zoper posrednike, katerih storitve uporablja tretja oseba za kršitev avtorske ali sorodne pravice, dovolijo, da ponudniku internetnega dostopa (skrajšano PID) odredi, da za vse svoje stranke *in abstracto* in preventivno ter na izključne stroške tega PID in časovno neomejeno vzpostavi sistem filtriranja vseh vstopnih in izstopnih elektronskih komunikacij, ki se prenašajo z njenimi storitvami, zlasti z uporabo programske opreme ‚peer to peer‘, da bi v svojem omrežju ugotovil pretok elektronskih datotek, ki vsebujejo glasbena, kinematografska ali

avdiovizualna dela, v zvezi s katerimi tožeča stranka trdi, da ima pravice, in nato blokiral prenos teh datotek bodisi v fazi naročanja teh datotek bodisi v fazi njihovega pošiljanja?

2. Ali ob pritrdilnem odgovoru na prvo vprašanje ti direktivi nacionalnemu sodišču, ki odloča o predlogu za sprejetje odredbe zoper posrednika, čigar storitve uporablja tretja oseba za kršitev avtorske pravice, nalagata, da uporabi načelo sorazmernosti, kadar mora odločiti o učinkovitosti in odvrtačnem učinku predlaganega ukrepa?“

C – Postopek pred Sodiščem

27. Družba Scarlet, družba Sabam skupaj z združenjema Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) in Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), združenje Internet Service Provider Association (ISPA), Kraljevina Belgija, Češka republika, Kraljevina Nizozemska, Republika Poljska, Republika Finska in Evropska komisija so predložili pisna stališča.

28. Sodišče je na obravnavi 13. januarja 2011 zaslišalo predstavnike družbe Scarlet, družbe Sabam in združenja ISPA ter zastopnike

Kraljevine Belgije, Češke republike, Italijanske republike, Kraljevine Nizozemske, Republike Poljske in Evropske komisije.

30. Najprej je treba poudariti, da člen 6(1), prvi pododstavek, PEU določa, da ima Listina „enako pravno veljavnost kot Pogodbi“, kar je poudarilo tudi Sodišče v nedavni sodni praksi¹⁷. Ker imajo torej pravice, svoboščine in načela iz Listine že sami po sebi pravno vrednost najvišje stopnje, se ni treba več tako nujno sklicevati na ta splošna načela, če je mogoče prva poenačiti z drugimi. To je prvi dejavnik, ki govori bolj v prid preučitvi vprašanja *ceteris paribus* z vidika določb Listine kot z vidika določb EKČP.¹⁸

IV – Analiza

A – Uvodne ugotovitve

1. Preoblikovanje prvega vprašanja: EKČP in Listina

29. Predložitveno sodišče navaja, da prvo vprašanje za predhodno odločanje zadeva razlago več določb sekundarne zakonodaje Unije „glede na člena 8 in 10 EKČP“. Ob tem se lahko nedvomno opira na člen 6(3) PEU, ki določa, da so „[t]emeljne pravice, kakor jih zagotavlja [EKČP] [...], kot splošna načela del prava Unije“. Vendar je glede tega potrebnih nekaj uvodnih opomb, na podlagi katerih bom preoblikoval del vprašanja.

31. Dalje, člen 52(3) Listine določa, da „[k]olikor ta listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z [EKČP], sta vsebina in obseg teh pravic enaka kot vsebina in obseg pravic, ki ju določa navedena konvencija“, pri čemer je dodatno pojasnjeno, da „[t]a določba ne preprečuje širšega varstva

17 – Za najnovejšo sodno prakso glej zlasti sodbe z dne 14. oktobra 2010 v zadevi Fuß (C-243/09, točka 66); z dne 9. novembra 2010 v združenih zadevah Volker und Markus Schecke in Eifert (C-92/09 in C-93/09, točka 45 in naslednje) ter v združenih zadevah B in D (C-57/09 in C-101/09, točka 78); z dne 12. novembra 2010 v zadevi Asparuhov Estov (C-339/10, točka 12); z dne 23. novembra 2010 v zadevi Tsakouridis (C-145/09, točka 52); z dne 22. decembra 2010 v zadevi DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft (C-279/09, točka 30), v zadevi Sayn-Wittgenstein (C-208/09, točka 52), v združenih zadevah Gavieiro Gavieiro in Iglesias Torres (C-444/09 in C-456/09, točka 75) in v zadevi Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU) ter z dne 1. marca 2011 v zadevi Association Belge des Consommateurs Test-Achats in drugi (C-236/09, točka 16).

18 – Glej v tem smislu tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota, predstavljene 5. aprila 2011 v zadevi Scatolon (C-108/10).

po pravu Unije¹⁹. V okoliščinah iz zadeve v glavni stvari pravice, zagotovljene s členom 8 EKČP, „ustrezajo“ (v smislu člena 52(3) Listine) pravicam, zagotovljenim s členom 7 („Spoštovanje zasebnega in družinskega življenja“) in členom 8 („Varstvo osebnih podatkov“) Listine, pravice, zagotovljene s členom 10 EKČP, pa „ustrezajo“ pravicam iz člena 11 („Svoboda izražanja in obveščanja“) Listine, in sicer ne glede na razlike v besedilu zadevnih določb oziroma uporabljenih pojmov.²⁰

uresničevanja pravic in svoboščin“ izpolnjenih nekaj pogojev. Tudi sam izraz „omejevanje“ ustreza izrazoma „vmešavati se“ iz člena 8 EKČP in „omejitve“ iz člena 10 EKČP, saj so v teh določbah navedeni različni pogoji, ki prav tako večinoma ustrezajo pogojem iz člena 52(1) Listine, pri čemer bo moralo Sodišče upoštevati njihovo razlago, kot jo je podalo Evropsko sodišče za človekove pravice.²¹ Če pa bi se ti pogoji med seboj razlikovali, se mi zdi jasno, da je treba določbe Listine razložiti samostojno.²²

32. Nazadnje je treba še dodati, da imajo tudi določbe EKČP, s katerimi so pod določenimi pogoji dopuščeni ukrepi za omejitev tako zagotovljenih pravic in svoboščin – v tem primeru člena 8(2) in 10(2) –, ustreznico v določbi Listine, ki se uporablja za vse z njo zagotovljene pravice in svoboščine, to je v odstavku 1 člena 52, naslovljenega „Obseg pravic in načel ter njihova razlaga“, čeprav se besedila zadevnih določb med seboj nekoliko razlikujejo.

33. Na podlagi zadnjenevedene določbe mora biti za „[k]akršno koli omejevanje

34. Zato ob upoštevanju zgoraj navedenih pridržkov predlagam, naj se vprašanje predložitvenega sodišča spremeni tako, da se sklicevanje na člena 8 in 10 EKČP nadomesti s sklicevanjem na „člene 7, 8 in 11 Listine v povezavi s členom 52(1) Listine, ki se po potrebi razložijo ob upoštevanju členov 8 in 10 EKČP“.

19 – Glej sodbo z dne 5. oktobra 2010 v zadevi McB. (C-400/10 PPU, ZOdl., str. I-8965, točka 53) in zgoraj navedeno sodbo DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft (točka 35).

20 – V zvezi s tem glej tudi pojasnila, pripravljena kot vodilo za razlago Listine, na katera napotuje člen 52(7), in še zlasti pojasnila k členom 7, 8, 11 in 52 Listine.

21 – Kot je opozorilo Sodišče v točki 35 zgoraj navedene sodbe DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, „vsebinska in obseg zagotovljenih pravic nista določena le z besedilom EKČP, temveč tudi, med drugim, s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice“, in sicer v skladu s pojasnili, pripravljenimi kot vodilo za razlago Listine, na katera napotuje člen 52(7) Listine.

22 – V zvezi s tem glej moje sklepne predloge, predstavljene 1. marca 2011 v zadevi Samba Diouf, ki še poteka pred Sodiščem (C-69/10, točka 42).

2. Struktura odgovora

35. Družba Scarlet in združenje ISPA ter belgijska, češka, italijanska, nizozemska, poljska in finska vlada na splošno menijo, da pravo Unije nasprotuje sprejetju zahtevanega ukrepa, pri čemer so to vsi sklenili z vsebinsko analizo upoštevni določb, vendar z različnim pristopom k težavi. Komisija meni, da zadevne direktive sicer ne nasprotujejo vzpostavitvi zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja, vendar se konkretni pogoji njegove izvedbe ne skladajo z načelom sorazmernosti. Tako v bistvu meni, da nacionalno sodišče, ki je odločalo na prvi stopnji, ni upoštevalo zahtev, ki izhajajo iz načela sorazmernosti, pri čemer naj samim nacionalnim zakonskim določbam ne bi bilo mogoče ničesar očitati.

36. Glede tega je treba opozoriti, da se s členom 52(1) Listine res zahteva, naj se kakršna koli omejitev pravic in svoboščin med drugim izvede ob upoštevanju načela sorazmernosti. Nedvomno ga je treba upoštevati, takoj ko se postavi vprašanje omejitve v smislu te določbe: torej ne le v fazi, ko jo sodišče konkretno uporabi, temveč tudi – in prav na to se nanaša

drugo vprašanje – pred tem v fazi abstraktne opredelitve, to je zakonodajalčeve formulacije. Menim, da je Komisija pri svojih trditvah storila napako prav glede tega vidika težave.

37. Nedvomno drži, da je treba „zakon“ nadzirati na podlagi načela sorazmernosti, vendar je tak nadzor mogoč šele po tem, ko se – če je to primerno – ugotovi, da zadevni zakon sploh „obstaja“. Glede tega ni naključje, da je v členu 52(1) Listine kot prvi pogoj za kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, določeno, da je tako omejevanje „predpisano z zakonom“. Predložitevno sodišče z vprašanjem, ali je mogoče zadevni ukrep sprejeti „na podlagi ene same zakonske določbe“, ki jo navaja, predlaga predvsem prav to, naj se preuči upoštevanje tega prvega pogoja. Menim, da je ta vidik vprašanja neizogiben in da ga je treba preučiti pred vsem drugim.²³ Če „zakon“ v smislu člena 52(1) Listine ne bi obstajal, namreč ne bi bilo treba zaporedoma preučiti še vseh pogojev, postavljenih za kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, priznanih z Listino, predvsem pogoja sorazmernosti. Sodišče je imelo sicer

²³ – Prav to je bil smisel podrobnega vprašanja, ki sem ga med obravnavo postavil različnim intervenientom.

le redko priložnost preučiti ta pogoji²⁴, čeprav je skupen členoma 8 in 10 EKČP ter v zvezi z njim obstaja tudi obširna sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice, na katero se bom še posebej skliceval, da bi lahko predložitvenemu sodišču zagotovil popoln in še zlasti koristen odgovor.

vprašanja ni treba preučiti, če bi menil, da je treba na prvo odgovoriti nikalno.²⁵

3. Štirifazni pristop

38. Cour d'appel de Bruxelles je predlog za sprejetje predhodne odločbe predložilo v obliki dveh vprašanj, pri čemer je drugo, s katerim sprašuje, ali morajo nacionalna sodišča upoštevati načelo sorazmernosti, postavljeno le podredno, in sicer le, če bi Sodišče na prvo vprašanje odgovorilo pritrdilno. Torej si bom dovolil nadaljnjo trditev, da drugega

39. Po tem pojasnilu bom lahko na podlagi samega besedila prvega vprašanja za predhodno odločanje, ki je zelo obsežno in natančno, razvil svoje sklepanje, pri čemer se bom oprl neposredno na različne v njem zajete elemente. Svoje sklepanje bom predstavil v štirih fazah.

24 – Za samo „omembo“ tega pogoja glej zlasti sodbe z dne 21. septembra 1989 v združenih zadevah Hoechst proti Komisiji (46/87 in 227/88, Recueil, str. 2859, točka 19); z dne 17. oktobra 1989 v zadevi Dow Benelux proti Komisiji (85/87, Recueil, str. 3137, točka 30 in naslednje); z dne 26. junija 1997 v zadevi Familiapress (C-368/95, Recueil, str. I-3689, točka 26); z dne 11. julija 2002 v zadevi Carpenter (C-60/00, Recueil, str. I-6279, točka 42) in z dne 1. julija 2010 v zadevi Knauf Gips proti Komisiji (C-407/08 P, ZOdl., str. I-6375, točka 91), za „nadzor“ nad zadevnim pogojem pa glej zgoraj navedeno sodbo Volker und Markus Schecke in Eifert (točka 66). Glej tudi sklepe predloge generalne pravnobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi Promisicæ (točka 53).

40. Na prvem mestu bom moral podrobno preučiti naravo in značilnosti ukrepa, katerega sprejetje se predlaga predložitvenemu sodišču – ali natančneje predloga, naj se v pritožbenem postopku potrdi ali ovrže vzpostavitev sistema filtriranja ali blokiranja, ki se zahteva v tem primeru –, pri čemer je treba razlikovati med značilnostmi zahtevanega ukrepa – torej same odredbe o prenehanju kršitev – in značilnostmi njegove vsebine. Že analiza zadevnega ukrepa bi morala zadostovati za načelni odgovor na postavljeno vprašanje, vsaj z vidika pravic in interesov družbe Scarlet. Ker pa se Sodišču predlaga, naj na postavljeno vprašanje odgovori zlasti z vidika temeljnih pravic

25 – Zato se bom v nadaljevanju skliceval na vprašanje za predhodno odločanje v ednini.

uporabnikov storitev družbe Scarlet in širše internetnih uporabnikov, bom moral ta vidik še podrobneje preučiti.

še, ali je mogoče z vidika uporabnikov storitev družbe Scarlet in širše internetnih uporabnikov zahtevani ukrep sprejeti le na podlagi zakonskih določb nacionalnega prava, ki jih navaja predložitveno sodišče.

41. Na drugem mestu bom torej lahko na podlagi te analize zahtevani ukrep preučil še z vidika navedenih direktiv in zlasti z vidika upoštevanih določb Listine, ki jih je treba razlagati – če je to primerno – ob upoštevanju ustreznih določb EKČP, ki jih je navedlo predložitveno sodišče. Poglobljena analiza zadevnega ukrepa mi bo namreč omogočila, da ga bom preučil z vidika omejevanja pravic in svoboščin iz člena 52(1) Listine.

B – Zahtevani ukrep (odredba o prenehanju kršitev) in zahtevani „sistem“ (filtriranje in blokiranje)

42. Ker je ta ukrep – kot bo ugotovljeno – „omejevanje“ uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, v smislu člena 52(1) te listine, bo treba na tretjem mestu preučiti, pod katerimi pogoji je zadevno omejevanje dopustno, pri čemer se bo treba osredotočiti zlasti na zahtevo, da mora biti omejevanje „predpisano z zakonom“. Glede na besedilo vprašanja za predhodno odločanje in za zagotovitev koristnega odgovora nanj namreč ne bi smela biti potrebna še preučitev ukrepa z vidika drugih pogojev iz te določbe.

44. V zvezi s tem vidikom predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali lahko sodišče države članice „[PID] odredi, da za vse svoje stranke *in abstracto* in preventivno ter na izključne stroške tega PID in časovno neomejeno vzpostavi sistem filtriranja vseh vstopnih in izstopnih elektronskih komunikacij, ki se prenašajo z njenimi storitvami, zlasti z uporabo programske opreme ‚peer to peer‘, da bi na svojem omrežju ugotovil pretok elektronskih datotek, ki vsebujejo glasbena, kinematografska ali avdiovizualna dela, v zvezi s katerimi tožeča stranka trdi, da ima pravice, in nato blokiral prenos teh datotek bodisi v fazi naročanja teh datotek bodisi v fazi njihovega pošiljanja“, kar se zahteva z odredbo o prenehanju kršitev.

43. Ob upoštevanju navedenih ugotovitev bo treba – na četrtem in zadnjem mestu – preučiti

45. Značilnosti samega sistema filtriranja in blokiranja ter zahtevanega ukrepa v obliki odredbe bom preučil na podlagi izrazov in besednih zvez, uporabljenih v tem delu vprašanja.

a) Mehanizem „filtriranja“

1. Sistem filtriranja in blokiranja

46. Vzpostavljen naj bi bil dvojni „sistem“. Z njim je treba po eni strani zagotoviti filtriranje vseh podatkovnih komunikacij, ki se prenašajo po omrežju družbe Scarlet, da bi tako odkrili ali – če nam je tako ljubše – osamili tiste, s katerimi se morda krši avtorska pravica.²⁶ Po drugi strani mora ta sistem zagotavljati blokiranje „prefiltriranih“ komunikacij, s katerimi se dejansko krši avtorska pravica, in sicer ali „v fazi naročanja teh datotek“ ali „v fazi njihovega pošiljanja“²⁷. Ker je učinkovitost mehanizma blokiranja odvisna od učinkovitosti sistema filtriranja, se navedena postopka – čeprav sta med seboj tesno povezana – hkrati zelo razlikujeta in imata zato tudi različne posledice.

²⁶ – V nadaljevanju: sistem filtriranja.

²⁷ – V nadaljevanju: mehanizem blokiranja.

47. Predložitveno sodišče navaja, da se z zahtevanim ukrepom od družbe Scarlet najprej zahteva, naj za vse svoje stranke vzpostavi sistem filtriranja vseh vstopnih in izstopnih elektronskih komunikacij, ki se prenašajo z njenimi storitvami, zlasti z uporabo programske opreme „peer to peer“. Glede tega pojasnjuje, da je namen takega filtriranja „ugotovi[ti] pretok elektronskih datotek, ki vsebujejo glasbena, kinematografska ali avdiovizualna dela, v zvezi s katerimi [družba Sabam] trdi, da ima pravice“.

48. V skladu z opredelitvijo je namen nadzora prav omogočiti filtriranje vstopnih in izstopnih elektronskih komunikacij, ki se prenašajo s storitvami družbe Scarlet. Že navedeno filtriranje naj bi omogočilo opredelitev „elektronskih datotek“, ki jih pošiljajo ali prejemajo naročniki storitev družbe Scarlet, s katerimi naj bi bile kršene avtorska ali sorodne pravice. Nadzor, ki naj bi bil vzpostavljen, tako vsebuje fazo filtriranja in fazo opredelitve in je torej večinoma določen z rezultati, ki jih je treba z njim doseči, v povezavi s ciljem blokiranja datotek, za katere se ugotovi, da kršijo pravico intelektualne lastnine. Poleg tega se mora biti

zmožen prilagajati tehnološkemu napredku. Da bi bil učinkovit, mora biti hkrati sistematičen, vsesložen in dovzeten za spremembe.²⁸

opredelitve domnevno piratskih datotek.²⁹ Sodišče zlasti nima nobenega pojasnila niti glede intenzivnosti izvajanega nadzora niti glede tega, kako globoko naj bi segal.

49. Dodati je treba, da niti predložitveno sodišče niti družba Sabam ne navajata ničesar glede konkretnih pogojev, pod katerimi je mogoče ta nadzor izvajati, in sicer niti glede tehnik filtriranja niti glede postopkov

50. Čeprav je treba glede tega opozoriti, da mora, če je to primerno, predložitveno sodišče – in ne Sodišče – preučiti tehnične vidike tega vprašanja³⁰, moram vseeno dodati, da

28 – Vendar družba Sabam v svojih pisanjih poudarja, da zahtevani ukrep zadeva le komunikacije „peer to peer“. Z izrazom „peer to peer“ („vsak z vsakim“) se označuje metoda komunikacije, po kateri si računalniki, neposredno povezani v spletno omrežje, prek programske opreme, ki uporablja posebne protokole, izmenjujejo informacije: lahko v obliki datotek („soutporaba datotek“ ali „file sharing“, za kar gre v tej zadevi), lahko pa tudi na primer prek telefonskih storitev (na primer Skype). Naj kot primer navedem nekaj protokolov in vrst programske opreme, ki zagotavljajo „soutporabo datotek“: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MlDonkey itd.), eDonkey (eDonkey2000, MlDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MlDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MlDonkey itd.), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MlDonkey itd.) in OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MlDonkey); za podrobnejšo predstavitev sistemov „peer to peer“ glej zlasti Stevens, R., Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, julij 2010 (na spletni strani oxfordske univerze, Information and Communications Technology <<http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>>). Družba Sabam pojasnjuje, da je namen ukrepa „onemogočiti“, da [se] z uporabo programske opreme „peer to peer“ kakor koli pošiljajo ali sprejemajo elektronske datoteke z glasbenimi deli iz zbirke družbe Sabam“. O podrobnostih glede tega mora odločiti predložitveno sodišče, in sicer zlasti o tem, ali je treba sistem prilagoditi tudi načinom za izmenjavo datotek, ki so se izoblikovali kot alternativa sistemom „peer to peer“, na primer „streaming“ („pretakanje podatkov“) ali „direct download“ (neposredno snemanje datotek prek portalov, kot sta RapidShare ali MegaUpload). Sodišče, ki ga zavezujejo besedilo postavljenega vprašanja za predhodno odločanje in razlogi za predložitveno odločbo, mora izhajati iz načela, da se zahtevani sistem filtriranja in blokiranja nanaša „zlasti“ – in torej ne izključno – na komunikacije, ki potekajo prek programske opreme „peer to peer“.

29 – To je neizogibna posledica načela „tehnološke nevtralnosti“, ki ga zagovarja družba Sabam in v skladu s katerim ni družbi Scarlet z zahtevanim ukrepom naloženo sprejeti nobene posebne tehnologije.

30 – Z vso previdnostjo človeka, ki ni strokovnjak za to področje, si upam trditi, da je mogoče sistem filtriranja in blokiranja vzpostaviti na podlagi več mehanizmov zaznavanja. Pri tem ločimo: (1) zaznavanje uporabljenega komunikacijskega protokola: ker ima vsak protokol „peer to peer“ lastne mehanizme za upravljanje omrežja in usklajevanje porazdelitve prometa, je mogoče vzpostaviti filtre, ki v posameznem paketu IP iščejo „prstni odtis“, posebej značilen za posamezen protokol („podpis“). Ko je „podpis“ znan, je mogoče ali blokirati – ali v odvračilne namene zelo upočasniti – vsako komunikacijo, pri kateri se uporablja zadevni protokol, ali pa uporabiti možnosti poglobljenega nadzora nad vsebino datotek, da se tako blokirajo le tiste, za katere se opredeli, da je bila z njimi kršena pravica; (2) zaznavanje vsebine izmenjanih datotek: s takim sistemom je mogoče ali zaznati digitalni vodni žig, s katerim je bila predhodno opremljena datoteka, ali pa primerjati digitalni „prstni odtis“ datoteke s predhodno ugotovljenimi „prstnimi odtisi“ del. Tak je tudi sistem CopySense podjetja Audible Magic, omenjen v predložitveni odločbi; (3) zaznavanje obnašanja udeležencev v sporni komunikaciji: zaznavanje komunikacijskih vrat in tega, da ima računalnik, ki deluje v načinu „strežnik–odjemalec“, odprtih več povezav k več drugim odjemalcem, zaznavanje iskalnih zahtev in zahtev za prenos datotek ali celo zaznavanje enkripcije izmenjave kot kazalnika, da morda želi uporabnik preprečiti, da bi ga odkrili. Za pregled različnih mogočih tehnik glej na primer poročilo Kahn-Brigidou z dne 9. marca 2005 ter poročilo Olivennes z dne 23. novembra 2007 o razvoju in varstvu kulturnih del v novih omrežjih, na podlagi katerega je bil sestavljen zakon Hadopi.

narava filtriranja, ki ga je treba izvesti, s pravnega vidika očitno ni brez vpliva³¹.

ranja in mehanizma blokiranja, ki naj bi bila vzpostavljena z zahtevanim ukrepom. Obseg zahtevanega filtriranja – torej nadzirane osebe in komunikacije ter intenzivnost nadzora, ki bi ga bilo treba izvajati – je hkrati zelo splošen in delno neopredeljen. Zato ni mogoče *a priori* določiti niti njegovega konkretnega vpliva na izmenjavo podatkov niti vseh z njim povezanih ekonomskih stroškov, še zlasti stroškov namestitve in vzdrževanja.

b) Mehanizem „blokiranja“

51. Predložitveno sodišče navaja, da se mora mehanizem blokiranja sprožiti ali „v fazi naročanja teh datotek“ ali „v fazi njihovega pošiljanja“, vendar z ničimer dodatno ne pojasnjuje, kako naj bi tak mehanizem deloval. Družba Sabam vztraja pri tem, da je treba mehanizem, ki naj se uporabi, opredeliti zlasti na podlagi njegovega namena, to je zmožnosti, da „strankam onemogoči, da z uporabo programske opreme ‚peer to peer‘ kakor koli pošiljajo ali sprejemajo elektronske datoteke z glasbenimi deli iz zbirke družbe Sabam“. Glede tega pojasnjuje, da se prenos nekaterih podatkov prepreči z izpisom sporočila „dovoljeni čas je potekel“, kar pomeni, da prenosa ni mogoče izvesti.

2. Značilnosti ukrepa v obliki odredbe

53. Narava in glavne značilnosti zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja, kot so bile opisane, neposredno vplivajo na samo naravo ukrepa, ki ga zahteva sodišče. Ker je sistem, ki bi ga bilo treba vzpostaviti, zelo splošen, sta nujno splošni tudi sami področji uporabe *ratione personae* in *ratione materiae* ukrepa, ki se zahteva v obliki odredbe, tako pa je tudi področje uporabe *ratione temporis* zadevnega ukrepa, kot ga opredeljuje predložitveno sodišče.

52. Dejansko³² je nemogoče opisati pravilno delovanje ali *modus operandi* sistema filtri-

31 – Ne glede na načelo nevtralnosti, ki ga zagovarja družba Sabam, izbira sistema, ki ga je treba vzpostaviti, ni nevtralna niti s tehnološkega vidika. Povsem razumno lahko na primer predpostavimo, da bo sistem filtriranja vseh komunikacij glede na vsebino verjetno bolj vplival na komunikacijsko omrežje kot pa sistem, s katerim se filtrirajo le datoteke, izmenjane prek protokola z določenim „podpisom“.

32 – To je neposredna posledica načela tehnološke nevtralnosti, ki ga zagovarja družba Sabam.

54. Opozoriti je treba še na nekatere druge značilnosti zahtevanega ukrepa. Po eni strani bi bila z njim družbi Scarlet preventivno naložena obveznost, naj doseže rezultat, sicer ji je

zagrožena periodična denarna kazen, po drugi strani pa bi morala ta družba nositi stroške vzpostavitve sistema filtriranja in blokiranja. Ta ukrep se torej opredeljuje tudi z glavnim ciljem, to je na PID prenesti pravno in ekonomsko odgovornost boja proti nezakonitemu prenosu piratskih del na internetu. Pa si vse skupaj pobliže oglejmo.

izključno na podlagi učinkovitosti rezultatov, ki jih dosega z vidika zastavljenega cilja, to je varstva pravic intelektualne lastnine.

a) „Časovno neomejeno“: področje uporabe *ratione temporis* ukrepa

b) „Vse vstopne in izstopne elektronske komunikacije“: področje uporabe *ratione materiae* ukrepa

55. Predložitveno sodišče navaja, da se ukrep zahteva „časovno neomejeno“. Tudi družba Sabam je v svojih pisanjih potrdila, da zahtevana odredba razen z vidika trajanja same avtorske pravice ne bi smela biti časovno omejena. Hkrati vztraja tudi pri razvojni razsežnosti ukrepa, ki mora biti prilagojen tehnološkemu napredku in se mora biti zmožen prilagajati.

57. Kot je bilo že navedeno, komunikacije, ki se filtrirajo in po potrebi blokirajo, niso podrobno opredeljene. Ni mogoče opredeliti, ali je treba nadzirati vse komunikacije ali le tiste, ki potekajo prek programske opreme „peer to peer“, vendar se kljub temu zdi, da mora biti nadzor, ki naj se vzpostavi, hkrati sistematičen in splošen, saj je le tako mogoče zagotoviti njegovo učinkovitost.

56. Z zahtevanim ukrepom bi bila torej družbi Scarlet, in kot bomo videli tudi PID, na splošno naložena stalna in trajna obveznost, da raziskuje, preizkuša, vzpostavlja in posodablja sistem filtriranja in blokiranja, opredeljen

58. Namen zahtevanega ukrepa, ki je predstavljen kot preprosta odredba, naslovljena na PID v okviru civilnega postopka za ugotovitev in kaznovanje kršitve pravic intelektualne lastnine ter povrnitev s tem povezane škode, je torej dejansko stalno in trajno vzpostaviti sistematičen in splošen sistem filtriranja vseh elektronskih komunikacij, ki se prenašajo s storitvami zadevnega PID.

c) „Za vse svoje stranke“: področje uporabe *ratione personae* ukrepa

Sabam, ne da bi se predhodno in posebej posamično opredelila kršitev avtorske pravice.

59. S sistemom, ki bi ga bilo treba vzpostaviti, bi bilo zajeto ravnanje vseh uporabnikov storitev zadevnega PID in ne le njegovih naročnikov, kar neposredno izhaja iz splošnosti filtriranja komunikacij. Kot je družba Sabam pojasnila v svojih pisanjih, ni pomembno, ali je komunikacijo poslala stranka PID ali pa je taki stranki namenjena. Da bi bil sistem učinkovit, mora – kot je navedeno v samem besedilu vprašanja za predhodno odločanje – delovati tako, da osebe, ki naj bi povzročile kršenje avtorske pravice, ne bi bile prej posamično opredeljene, ter neodvisno od kakršnega koli pogodbenega razmerja med zadevnimi osebami in PID.

60. Sistem, ki bi ga bilo treba vzpostaviti, bi moral omogočati blokiranje pošiljanja katere koli datoteke, s katero bi bila lahko kršena pravica, ki jo upravlja, zbira in varuje družba Sabam, ki ga opravi kateri koli internetni uporabnik, naročen na storitve družbe Scarlet, kateremu koli drugemu internetnemu uporabniku, ki je lahko naročnik družbe Scarlet ali ne. Hkrati mora zagotavljati možnost, da se blokira prejem katere koli datoteke, s katero je kršena avtorska pravica in ki jo pošlje kateri koli internetni uporabnik, ne glede na to, ali je naročnik storitev družbe Scarlet ali ne, internetnemu uporabniku, ki je naročnik storitev družbe Scarlet. Sistem mora omogočati blokiranje katere koli datoteke iz zbirke

61. Obvezno je treba opozoriti še na eno pomembno razsežnost zahtevanega ukrepa. Čeprav je jasno, da poteka spor o glavni stvari le med družbama Sabam in Scarlet, iz predložene odločbe in pisanja različnih intervenientov izhaja, da obseg zadevnega spora nujno presega interese strank v zadevi v glavni stvari. Nobenega dvoma ni, da bo treba odločitev v sporu o glavni stvari posplošiti ne le na vse PID, temveč tudi širše na druge pomembne internetne akterje³³, in sicer ne le v državi članici, katere sodišče je postavilo vprašanja za predhodno odločanje, ampak tudi v vseh drugih državah članicah in celo onstran njihovih meja³⁴. Kot sem že poudaril, predložitveno sodišče namreč Sodišču predlaga, naj odloči, ali pravo Unije nasprotuje temu, da se mu prizna pristojnost sprejeti ukrep, kot se zahteva v obravnavani zadevi, in širše, ali nasprotuje temu, da lahko imetniki pravic okrepijo boj proti nezakonitim prenosom s povečanjem

33 – Sodišču je bilo predloženo enako vprašanje za predhodno odločanje tudi v sporu med družbo Sabam in platformo družabnega omrežja Netlog; glej zadevo Sabam (C-360/10), ki še poteka pred Sodiščem (UL C 288, 23.10.2010, str. 18).

34 – Odločbe belgijskih sodišč v tej zadevi so namreč precej odmevale tudi zunaj Evrope, kar nam razkrije že hiter pregled zadetkov na internetu.

števila takih zahtevkov v vseh državah članicah in onstran njihovih meja.³⁵

postopku *in concreto* ugotovilo dejansko kršitev ali tveganje skorajšnje kršitve avtorske ali sorodnih pravic. Zadevni ukrep naj bi bil torej preventiven in odvrtačen.³⁶

62. Zahtevani ukrep, ki je predstavljen kot odredba, naslovljena na natančno določeno pravno osebo, od katere se zahteva vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja, lahko torej trajno vpliva na neopredeljeno število pravnih ali fizičnih oseb, PID ali internetnih uporabnikov, ponudnikov storitev v informacijski družbi in uporabnikov teh storitev.

e) „Na svoje stroške“: stroški, povezani z izvedbo zahtevanega ukrepa

d) „*In abstracto* in preventivno“: preventivna in odvrtačilna funkcija zahtevanega ukrepa

63. Predložitveno sodišče navaja, da je bil pri njem vložen predlog, naj družbi Scarlet predlagani ukrep naloži „*in abstracto*“ in „preventivno“, ne da bi ob tem pojasnilo, kaj natančno s tem misli. Kljub vsemu lahko predpostavimo, da se z zahtevanim ukrepom ne zahteva, naj se PID naloži pozitivna obveznost šele potem, ko bo sodišče v civilnem

64. Predložitveno sodišče nazadnje še pojasnjuje, da mora stroške vzpostavitve zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja nositi ponudnik storitev. S tega vidika se z zadevnim ukrepom na družbo Scarlet prenese nikakor ne zanemarljivo breme stroškov, povezanih s civilnimi postopki, ki jih morajo običajno začeti imetniki avtorskih ali sorodnih pravic oziroma njihovi pravni nasledniki, da bi se

35 – Ni treba posebej poudarjati, da bi imela posplošena vzpostavitev sistemov filtriranja in blokiranja – če bi bili ti dejansko učinkoviti – za imetnike pravic in njihove pravne naslednike ter še zlasti za družbe za kolektivno upravljanje pravic, ki se bojujejo proti nezakonitim prenosom, že na procesni in lastninski ravni precejšnje prednosti v primerjavi s strategijo, po kateri si je treba najprej po sodni poti zagotoviti pomoč PID pri ugotavljanju, kdo so kršitelji, in zbiranju podatkov o njih, da jih je mogoče nato kazensko preganjati.

36 – Družba Sabam glede tega pojasnjuje, da ne trdi, da je družba Scarlet kršila pravice intelektualne lastnine ali da je odgovorna zanje, temveč jo želi le odvrtni od tega, da bi svoje storitve zagotavljala tretjim osebam, če te z njihovo uporabo kršijo avtorsko ali sorodno pravico. Vendar je treba pri tem opozoriti, da je bila zoper družbo Scarlet v postopku na prvi stopnji izdana odredba o prenehanju kršitev, ki je vključevala periodično denarno kazen in zoper katero se je zadevna družba v postopku v glavni stvari pritožila, družba Sabam pa zahteva potrditev odločitev v postopku na prvi stopnji ter prevod in objavo izdane odločbe na spletni strani družbe Scarlet in v več časopisih.

ugotovile in kaznovale kršitve zadevnih pravic ter bi se jim, če je to primerno, povrnila nastala škoda.

konkretno in posamično opredeljen, kar se običajno pričakuje od vsakega protiukrepa ali odziva na domnevno posebno in določeno ravnanje. Od predložitvenega sodišča se v odgovor na bolj ali manj posamično opredeljene kršitve pravic intelektualne lastnine zahteva, naj sprejme ukrep, ki je – naj še enkrat ponovim – že po naravi lahko le splošen z vseh vidikov: osebnega, prostorskega in časovnega.

65. Neposredni ekonomski vpliv zadevnega ukrepa³⁷, ki ga dejansko³⁸ nikakor ni mogoče oceniti, je še toliko večji zaradi periodičnih denarnih kazni, ki naj bi ga spremljale, še zlasti tistih, s katerimi naj bi se kaznovala prepozna vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja.

3. Vmesna ugotovitev

66. Ob upoštevanju navedenega se zdi, da je zahtevani ukrep, s katerim je PID naložena vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja, kot je opisan zgoraj, dejansko nova splošna „obveznost“, ki naj bi se sčasoma za stalno razširila na vse PID. Ta ukrep sam po sebi ni

67. Naj tu še dodam, da bi lahko s tega vidika, in če bi bilo treba vprašanje predložitvenega sodišča obravnavati le z vidika pravic in interesov družbe Scarlet, na podlagi načela zakonitosti v najširšem pomenu na zadevno vprašanje odgovorili nikalno. Sodišče je namreč že v zgoraj navedeni sodbi Hoechst proti Komisiji³⁹ poudarilo, da morajo biti „posegi organov javne oblasti na področje zasebne dejavnosti katere koli fizične ali pravne osebe zakonsko utemeljeni in morajo zanje obstajati z zakonom predpisani razlogi“. Zadevna zahteva po varstvu, ki se priznava kot splošno načelo prava Unije, izhaja iz načel zakonitosti in pravne varnosti, ti načeli pa

37 – Izvedenec, ki ga je imenoval predsednik Tribunal de première instance de Bruxelles, posebej poudarja ta vidik vprašanja. Glej točki 4 in 5 ugotovitev iz njegovega poročila z dne 29. januarja 2007, ki so bile navedene v predložitveni odločbi in povzete v točki 21 zgoraj.

38 – Naj še enkrat poudarim, da načelo tehnološke nevtralnosti, ki ga zagovarja družba Sabam, pomeni, da ni mogoče vnaprej oceniti skupnih stroškov vzpostavitve takega sistema filtriranja in blokiranja, kar velja za vse stroškovne vidike: stroške, povezane z raziskavami in preizkusom samega sistema, naložbene stroške (filtrirne enote, usmerjevalniki itd.), stroške zasnove in vodenja projekta ali tekoče stroške vzdrževanja in spremljanja delovanja.

39 – Točka 19.

temeljita na načelu pravne države.⁴⁰ Sodišče je tako že večkrat odločilo, da načelo pravne varnosti zahteva, da so pravila, s katerimi se davčnim zavezancem naložijo dajatve⁴¹ in ki imajo neugodne posledice za posameznike⁴² ali s katerimi se naložijo restriktivni ukrepi s pomembnimi posledicami za pravice in svoboščine zadevnih oseb⁴³, jasna in natančna, da lahko zainteresirane osebe nedvoumno prepoznajo svoje pravice in obveznosti ter

tako ravnajo v skladu z njimi⁴⁴. Kot pa bom imel priložnost podrobno razložiti v nadaljevanju⁴⁵, ko se bom osredotočil na vidik uporabnikov storitev družbe Scarlet in širše internetnih uporabnikov, nacionalna zakonska določba, na podlagi katere je mogoče sprejeti obveznost, ki je bila naložena družbi Scarlet, med drugim ne izpolnjuje teh zahtev.

- 40 – Ni treba posebej poudarjati, da Unija na podlagi člena 2 PEU temelji na vrednotah, kot je zlasti pravna država, in da je Sodišče v sodni praksi že dolgo tega potrdilo načelo „skupnosti, ki temelji na pravu“; glej zlasti sodbi z dne 23. aprila 1986 v zadevi Les Verts proti Parlamentu (294/83, Recueil, str. 1339, točka 23) ter z dne 3. septembra 2008 v združenih zadevah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu in Komisiji (C-402/05 P in C-415/05 P, ZOdl., str. I-6351, točka 281). V zvezi s temi vprašanji in vsemi pridržki ob uporabi nacionalnih konceptov v pravu Unije glej zlasti Calliess, C., in Ruffert, M., *EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, str. 62; Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, str. 219 in naslednje; Azoulay, L., „Le principe de légalité“, v Auby, J.-B., in Dutheil de la Rochère, J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, str. 394, zlasti str. 399, ter Simon, D., „La Communauté de droit“, v Sudre, F., in Labayle, H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, str. 85, zlasti str. 117 in naslednje.
- 41 – Glej sodbe z dne 9. julija 1981 v zadevi Gondrand in Garancini (169/80, Recueil, str. 1931, točka 17); z dne 22. februarja 1989 v združenih zadevah Komisija proti Franciji in Združenemu kraljestvu (92/87 in 93/87, Recueil, str. 405, točka 22); z dne 13. februarja 1996 v zadevi Van Es Douane Agenten (C-143/93, Recueil, str. I-431, točka 27); z dne 17. julija 1997 v zadevi National Farmers' Union in drugi (C-354/95, Recueil, str. I-4559, točka 57); z dne 16. oktobra 1997 v zadevi Banque Indosuez in drugi (C-177/96, Recueil, str. I-5659, točka 27); z dne 23. septembra 2003 v zadevi BGL (C-78/01, Recueil, str. I-9543, točka 71) ter z dne 20. novembra 1997 v zadevi Wiener SI (C-338/95, Recueil, str. I-6495, točka 19).
- 42 – Glej zlasti sodbe z dne 7. junija 2005 v zadevi VEMW in drugi (C-17/03, ZOdl., str. I-4983, točka 80); z dne 14. januarja 2010 v zadevi Stadt Papenburg (C-226/08, ZOdl., str. I-131, točka 45); z dne 14. septembra 2010 v zadevi Akzo Nobel Chemicals in Akcros Chemicals proti Komisiji in drugim (C-550/07 P, ZOdl., str. I-8301, točka 100) ter z dne 2. decembra 2010 v zadevi Jakubowska (C-225/09, ZOdl., str. I-12329, točka 42).
- 43 – Sodba z dne 29. aprila 2010 v zadevi M in drugi (C-340/08, ZOdl., str. I-3913, točka 65).

68. Poleg tega je na podlagi pristopa, ki ga je upravičeno zagovarjala zlasti Komisija, dokaj očitno, da navedena kršitev pravic intelektualne lastnine in zahtevani ukrep nista sorazmerna. Vendar po mojem mnenju predložitev sodišče primarno ni postavilo tega vprašanja. Postavlja se namreč vprašanje, ali je mogoče PID to novo „obveznost“ vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja z zgoraj opisanimi značilnostmi – glede na njen vpliv na temeljne pravice uporabnikov storitev PID, to je internetnih uporabnikov – naložiti

- 44 – Glej tudi sodbe z dne 30. januarja 1985 v zadevi Komisija proti Danskim (143/83, Recueil, str. 427, točka 10); z dne 21. junija 1988 v zadevi Komisija proti Italiji (257/86, Recueil, str. 3249, točka 12); z dne 16. junija 1993 v zadevi Francija proti Komisiji (C-325/91, Recueil, str. I-3283, točka 26); z dne 1. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Svetu (C-370/07, ZOdl., str. I-8917, točka 39); z dne 11. novembra 2010 v zadevi Grootes (C-152/09, ZOdl., str. I-11285, točka 43) in z dne 22. decembra 2010 v zadevi Gowan Comércio (C-77/09, ZOdl., str. I-13533, točka 47). V zvezi z zahtevo po jasnosti in natančnosti ukrepov za prenos direktiv glej zlasti sodbe z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu (C-6/04, ZOdl., str. I-9017, točka 21); z dne 10. maja 2007 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-508/04, ZOdl., str. I-3787, točka 73) in z dne 3. marca 2011 v zadevi Komisija proti Irski (C-50/09, ZOdl., str. I-873, točka 46).
- 45 – Glej razdelek E v nadaljevanju, točka 101 in naslednje.

z odredbo in na zakonski podlagi, ki jo moram še preučiti.

C – Opredelitev ukrepa z vidika direktiv ter členov 7, 8 in 11 Listine: „omejevanje“ v smislu člena 52(1) Listine

69. Z vprašanjem za predhodno odločanje se Sodišču predlaga, naj razloži „direktivi 2001/29 in 2004/48 v povezavi z direktivami 95/46, 2000/31 in 2002/58, razlagani zlasti glede na člen[e 7, 8, 11 in 52(1) Listine]“. V bistvu je treba opredeliti, ali lahko nacionalna sodišča držav članic – ob upoštevanju veljavne nacionalne zakonodaje – na podlagi tega sklopa predpisov, sestavljenega iz primarnega in sekundarnega prava Unije, z odredbo naložijo zgoraj opisani ukrep. Vendar je treba zadevo v glavni stvari najprej preučiti – sekundarno pravo pa razložiti – z vidika primarnega prava, saj se zadevni ukrep neposredno nanaša na pravice in svoboščine, zagotovljene s členi 7, 8 in 11 Listine, s čimer se bomo seznanili v nadaljevanju. V zvezi s to trditvijo je potrebnih nekaj uvodnih ugotovitev.

70. Opozoriti je treba, da direktive, navedene v vprašanju, sestavljajo pravni okvir,

v katerega naj bi spadal zahtevani ukrep⁴⁶, pri čemer nekateri menijo, da tak ukrep dovoljujejo ali mu ne nasprotujejo, po mnenju drugih pa tega ne dovoljujejo ali njegovemu sprejetju celo nasprotujejo⁴⁷. Te direktive se bolj ali manj izrecno sklicujejo na temeljne pravice, zagotovljene z EKČP in odslej tudi z Listino.⁴⁸ Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi *Promusicae* menilo, da morajo države članice zagotoviti, da se pri prenosu in uporabi teh direktiv vzdržuje pravilno ravnovesje med temeljnimi pravicami, ki jih zadevne direktive pomagajo zagotavljati.

71. Kot že vemo, so s členi 7, 8 in 11 Listine zagotovljene pravica do spoštovanja

46 – Naj informativno dodam, da je s členom 8(3) Direktive 2001/29 in členom 9(1)(a) Direktive 2004/48 državam članicam naložena dvojna obveznost, da vzpostavijo sodne mehanizme za preprečevanje in kaznovanje kršitev pravic intelektualne lastnine. S členom 15(1) Direktive 2000/31 je državam članicam naložena dvojna negativna obveznost: „ponudnikom“ ne smejo predpisati splošne obveznosti za nadzor podatkov pri njihovem prenosu ali shranjevanju niti za dejavno raziskovanje okoliščin, na podlagi katerih se domneva, da gre za nezakonito dejavnost. Že s samim namenom direktiv 95/46 in 2002/58 je zagotovljena pravica do varstva osebnih podatkov. Člen 4 Direktive 2006/24 določa, da morajo države članice sprejeti ukrepe za zagotovitev, da se podatki, hranjeni v skladu s to direktivo, zagotovijo samo pristojnim nacionalnim organom za vsak primer posebej in v skladu z nacionalnim pravom.

47 – V zvezi s tem glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi *Promusicae*, ki je podrobno preučila razmerja med posameznimi direktivami.

48 – Glej zlasti uvodne izjave 1, 2, 10 in 37 Direktive 95/46/ES, uvodne izjave 3, 11 in 24 Direktive 2002/58, uvodno izjavo 9 Direktive 2000/31 ter uvodni izjavi 9 in 25 in člen 4 Direktive 2006/24.

zasebnega in družinskega življenja, pravica do varstva osebnih podatkov ter pravica do svobode izražanja in obveščanja. Ni treba posebej poudarjati, da se ta zadeva nanaša še na druge temeljne pravice, še zlasti lastninsko pravico, zagotovljeno s členom 17(1) Listine, in natančneje pravico do varstva intelektualne lastnine iz člena 17(2) Listine, katere kršitev je zaradi nezakonitih prenosov na internetu dobila izjemne razsežnosti, kar je seveda jedro spora o glavni stvari. Vendar pa gre glede na to, kakšen ukrep ter sistem filtriranja in blokiranja se zahtevata, in ob upoštevanju besedila postavljenega vprašanja predvsem za pravice, zagotovljene s členi 7, 8 in 11 Listine, medtem ko je lastninska pravica obravnavana le podredno, kolikor je treba zadevni sistem vzpostaviti na izključne stroške PID.⁴⁹

bo treba zadevni ukrep kot tak opredeliti kot omejevanje⁵⁰, se bo treba v nadaljevanju prepricati, ali izpolnjuje različne pogoje, postavljene s temi določbami.

1. „Razlagani zlasti glede na člena 7 in 8 Listine“: spoštovanje zasebnega in družinskega življenja ter pravica do varstva osebnih podatkov

72. V tako postavljenem okviru se moramo zdaj vprašati, ali je mogoče zahtevani ukrep opredeliti kot „omejevanje“ pravic in svobodščin v smislu člena 52(1) Listine, ki se razlaga ob upoštevanju členov 8(2) in 10(2) EKČP. Če

73. Zahtevani ukrep je treba zaporedoma preučiti kot mogoče omejevanje pravice do

49 – Ker je treba sistem filtriranja in blokiranja vzpostaviti na izključne stroške PID, bi bilo ta ukrep mogoče šteti tudi za „odvzem“ lastninske pravice v smislu člena 17 Listine, kot se razlaga na podlagi člena 1 Protokola št. 1 k EKČP in upoštevne sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice. Vendar tega vidika v teh sklepnih predlogih ne bom preučil.

50 – Ali kot „vmešavanje“ v smislu člena 8 EKČP ali pa kot „omejitev“ v smislu člena 10 EKČP. V zvezi s temi pojmi glej zlasti Ganshof van der Meersch, W. J., *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Springer, 1983, str. 263; Kiss, C.-A., „Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH“, v: Turp, D., in Beaudoin, G., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, str. 119; Duarte, B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, doktorska naloga, Univerza v Lillu II, 2005; Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, doktorska naloga, Univerza v Tampereju, 2003, in Loucaides, L. G., „Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights“, v: *The Finnish Yearbook of International Law*, zvezek 3, str. 334.

varstva osebnih podatkov po eni strani in spoštovanja zaupnosti komunikacij po drugi strani. Kot je že nekajkrat ugotovila Komisija⁵¹, je na splošno možnost ohranitve anonimnosti bistvena za zagotovitev temeljnih pravic v kibernetnem prostoru. Očitno je sicer, da je treba direktivi 95/46 in 2002/58 razlagati ob upoštevanju členov 7 in 8 Listine⁵², ki se – če je to primerno – razlagata ob upoštevanju člena 8 EKČP⁵³, je pa zato precej manj jasna povezava med pravico do varstva osebnih podatkov (člen 8 Listine) ter vzpostavitvijo zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja⁵⁴.

a) Varstvo osebnih podatkov (člen 8 Listine)

74. Precej težko je konkretno oceniti vpliv sistema filtriranja in blokiranja na varstvo osebnih podatkov. S prvo težavo se srečamo, ko želimo opredeliti zadevne osebne podatke, saj ti razen v povezavi z „naslovom IP“⁵⁵ niso jasno opredeljeni. Tehnološka nevtralnost, ki jo zahteva družba Sabam, namreč pomeni, da ni mogoče *a priori* opredeliti, ali sistem, ki ga je treba vzpostaviti, vključuje obdelavo osebnih podatkov. Še toliko manj je mogoče opredeliti, ali vključuje zbiranje in razreševanje naslovov IP.

51 – Sporočilo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij o oblikovanju varnejše informacijske družbe z izboljšanjem varnosti informacijskih infrastruktur in bojem proti kibernetnemu kriminalu – eEvropa 2002 (COM(2000) 890 konč., zlasti str. 23).

52 – V zvezi s tem glej zlasti sodbi z dne 20. maja 2003 v združenih zadevah Rundfunk (C-465/00, C-138/01 in C-139/01, Recueil, str. I-4989, točka 68) in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Satakunnan Markkinapörssi in Satamedia (C-73/07, Recueil, str. I-9831) ter zgoraj navedeno sodbo Völker und Markus Schecke in Eifert (točka 56 in naslednje). Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi Promusicae (točka 51 in naslednje).

53 – Glej zlasti uvodno izjavo 10 Direktive 95/46 ter uvodne izjave 1, 2, 7, 10, 11 in 24 ter člen 1(1) Direktive 2002/58.

54 – Družba Scarlet in združenje ISPA ter belgijska, češka in nizozemska vlada v bistvu trdijo, da bi morali PID zaradi takega sistema filtriranja in blokiranja obdelovati osebne podatke, kar bi bilo v nasprotju z direktivama 95/46 in 2002/58. Nasprotno pa družba Sabam, poljska in finska vlada ter Komisija menijo, da vzpostavitev takega sistema ni v nasprotju z direktivama 95/46 in 2002/58. Za pregled prepovedi obdelave, določenih z navedenima direktivama, glej zlasti sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi Promusicae (točka 64 in naslednje).

75. Naslednja težava je opredeliti, ali so naslovi IP osebni podatki. Sodišče je doslej odločalo le v zadevah, v katerih so se obravnavali imenski podatki, povezani z naslovi IP.⁵⁶ Nasprotno pa ni imelo še nikoli priložnosti

55 – Družba Scarlet in združenje ISPA menita, da je naslov IP, ki ga ima vsak internetni uporabnik, osebni podatek prav zato, ker omogoča identifikacijo zadevnega uporabnika. Zato naj bi bila postopka zbiranja in razreševanja naslovov IP internetnih uporabnikov, ki sta nujno potrebna za njihovo identifikacijo in s tem tudi delovanje takega sistema, obdelava osebnih podatkov, ki z zadevnima direktivama ni dovoljena.

56 – Zgoraj navedena sodba Promusicae (točka 45) in sklep z dne 19. februarja 2009 v zadevi LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (C-557/07, ZOdl., str. I-1227).

preučiti, ali je mogoče kot osebni podatek obravnavati tudi sam naslov IP.⁵⁷

nedvomno osebni podatki v smislu člena 2, točka (a), zadevne direktive⁶¹.

76. Evropski nadzornik za varstvo podatkov je imel priložnost povedati⁵⁸, da „spremljanje vedenja internetnih uporabnikov in nadaljnje zbiranje njihovih naslovov IP pomeni oviranje njihovih pravic do spoštovanja zasebnega življenja in dopisovanja“⁵⁹. Delovna skupina za varstvo posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov, ki je bila ustanovljena z Direktivo 95/46⁶⁰, prav tako meni, da so naslovi IP

77. Navedena stališča se ujemajo z dejanskim pravnim stanjem, kot izhaja iz člena 5 Direktive 2006/24/ES⁶², s katerim je ponudnikom internetnih storitev zlasti naloženo, naj hranijo nekatere podatke za namen preiskovanja, odkrivanja in pregona hudih kaznivih dejanj. To natančneje zadeva „podatk[e], potreb[n]e za sledenje in prepoznanje vira komunikacije“, med drugim tudi ime in naslov naročnika ali registriranega uporabnika, ki mu je bil dodeljen naslov IP, po eni strani ter po drugi strani podatke, ki so potrebni, da se opredelita „datum in čas prijave ter odjave z internetnega dostopa, temelječega na določenem časovnem pasu, skupaj z [...] naslovom [IP], statičn[im] ali dinamičn[im], ki ga je ponudnik dostopa do interneta dodelil komunikaciji“.

57 – Lahko dodamo, da se to vprašanje posredno postavlja v zadevi *Bonnier Audio* in drugi, ki poteka pred Sodiščem (C-461/10, UL 2010, C 317, str. 24) in v kateri je bilo Sodišču v bistvu postavljeno vprašanje, ali Direktiva 2006/24, ki spreminja Direktivo 2002/58, nasprotuje uporabi določbe nacionalnega prava, sprejeti na podlagi člena 8 Direktive 2004/48, s katero je določeno, da je mogoče PID naložiti, da mora za namene identifikacije naročnika imetniku avtorske pravice ali njegovemu pravnemu nasledniku predložiti naslov IP, s katerega naj bi bila zadevna pravica kršena.

58 – Mnenje Evropskega nadzornika za varstvo podatkov z dne 22. februarja 2010 o trenutnih pogajanjih Evropske unije o trgovinskem sporazumu o boju proti ponarejanju (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA*) (UL C 147, str. 1, točka 24) in Mnenje Evropskega nadzornika za varstvo podatkov z dne 10. maja 2010 o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o boju proti spolni zlorabi in spolnemu izkoriščanju otrok ter otroški pornografiji, ki razveljavlja Okvirni sklep 2004/68/PNZ (UL C 323, str. 6, točka 11).

59 – V zvezi s tem se sklicuje na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice, in sicer odločitev z dne 29. junija 2006 v zadevi *Weber in Saravia* proti Nemčiji (pritožba št. 54934/00, Recueil 2006-XI) ter sodbo z dne 1. julija 2008 v zadevi *Liberty* in drugi proti Združenemu kraljestvu (pritožba št. 58243). Vendar je treba pripomniti, da se navedeni zadevi ne nanašata posebej na zbiranje naslovov IP na internetu, temveč se nanašata na nadzor nad telekomunikacijami.

60 – T. i. „delovna skupina, iz člena 29“.

78. S tega vidika je mogoče naslov IP opredeliti kot osebni podatek, saj omogoča identifikacijo zadevne osebe na podlagi

61 – Glej zlasti mnenje 4/2007 z dne 20. junija 2007 o konceptu osebnih podatkov (WP 136), ki je na voljo na spletni strani <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>>. Širše glej tudi priporočilo št. 3/97 z dne 3. decembra 1997 o anonimnosti na internetu (WP 6) in delovni dokument, naslovljen „Spoštovanje zasebnosti na internetu – celosten evropski pristop k varstvu podatkov v spletu“, sprejet 21. novembra 2000 (WP 37), zlasti str. 22.

62 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o hrambi podatkov, pridobljenih ali obdelanih v zvezi z zagotavljanjem javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev ali javnih komunikacijskih omrežij, in spremembi Direktive 2002/58/ES (UL L 105, str. 54).

identifikacijske številke ali katerega koli drugega posebej zanjo značilnega elementa.⁶³

pravico do varstva osebnih podatkov⁶⁵, da ga je mogoče opredeliti kot omejevanje v smislu člena 52(1) Listine.

79. Torej se niti ne postavlja toliko vprašanje pravnega statusa naslovov IP, temveč je treba opredeliti, pod katerimi pogoji in v katere namene je mogoče te naslove zbirati, pod katerimi pogoji jih je mogoče razrešiti in obdelati iz njih pridobljene osebne podatke ter pod katerimi pogoji je mogoče zahtevati, naj se taki naslovi zbirajo in razrešujejo.⁶⁴

b) Zaupnost elektronskih komunikacij (člen 7 Listine)

80. V zvezi s tem je treba vsekakor ugotoviti, da lahko zahtevani sistem filtriranja in blokiranja ne glede na zgoraj navedene tehnološke negotovosti nedvomno dovolj vpliva na

81. Vzpostavitev zahtevanega sistema filtriranja elektronskih komunikacij vpliva tudi na pravico do spoštovanja dopisovanja in širše na pravico do zaupnosti komunikacij, zagotovljeno s členom 7 Listine⁶⁶, kakor se razlaga ob upoštevanju člena 8 EKČP in upoštevne

63 – Za tak pristop se je na primer odločila nacionalna komisija za informatiko in svoboščine v Franciji; glej sklep št. 2007-334 z dne 8. novembra 2007. V zvezi s temi vprašanji glej na primer González Pascual, M., „La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable“, *REDE*, 2010, št. 36, str. 591.

64 – V zvezi z obsegom prepovedi shranjevanja in predložitve podatkov o prometu v smislu Direktive 2002/58 ter izjemami od te prepovedi se bom skliceval na sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi Promusicae (točka 64 in naslednje).

65 – S členom 11 Direktive 2006/24 je bil v člen 15 Direktive 2002/58 zlasti vstavljen odstavek 1a, v skladu s katerim se člen 15(1) Direktive 2002/58 ne uporablja za podatke, katerih hramba je posebej zahtevana v Direktivi 2006/24. Člen 4 Direktive 2006/24 v zvezi s tem določa, da „[d]ržave članice sprejmejo ukrepe za zagotovitev, da se podatki, hranjeni v skladu s to direktivo, zagotovijo samo pristojnim nacionalnim organom za vsak primer posebej in v skladu z nacionalnim pravom. Vsaka država članica v nacionalnem pravu določi postopke in pogoje za pridobitev dostopa do hranjenih podatkov v skladu z zahtevami glede nujnosti in sorazmernosti, in sicer ob upoštevanju ustreznih določb prava Evropske unije ali mednarodnega javnega prava, zlasti pa EKČP, kakor jo razlaga Evropsko sodišče za človekove pravice.“

66 – Družba Scarlet ob podpori združenja ISPA trdi, da bi bile z vzpostavitvijo takega sistema kršene določbe Direktive 2002/58 glede zaupnosti elektronskih komunikacij, pri čemer se sklicuje na uvodno izjavo 26 in člen 5 zadevne direktive.

sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice.

82. Evropsko sodišče za človekove pravice še ni imelo priložnosti, da bi odločilo o tem, ali se posebni ukrepi nadzora nad elektronskimi komunikacijami – in še toliko bolj zahtevani sistem filtriranja in blokiranja – skladajo z EKČP. Vendar je mogoče na podlagi njegove sodne prakse v zvezi s telefonskim prisluškovanjem⁶⁷ trditi, da so taki ukrepi vmešavanje v smislu člena 8 EKČP. Poleg tega je imelo to sodišče še priložnost odločiti, da sta zbiranje in shranjevanje osebnih podatkov, povezanih s posameznikovo uporabo telefona, elektronske pošte in interneta, če zadevna oseba s tem ni seznanjena, „vmešavanje“ v uresničevanje pravice zainteresirane osebe do spoštovanja zasebnega življenja in dopisovanja v smislu člena 8 EKČP.⁶⁸

83. Po drugi strani je tudi s členom 5 Direktive 2002/58⁶⁹ opredeljena in zagotovljena

zaupnost sporočil in s tem povezanih podatkov o prometu, ki se pošiljajo prek javnega komunikacijskega omrežja ali javno razpoložljivih elektronskih komunikacijskih storitev. Na podlagi te določbe morajo države članice zlasti prepovedati kakršen koli nadzor ali prestrazanje teh komunikacij, razen kadar je to zakonsko dovoljeno v skladu s členom 15 zadevne direktive. Na podlagi zadnjemavedene določbe lahko sprejmejo zakonske ukrepe, s katerimi omejijo obseg pravice do zaupnosti komunikacij, če je taka omejitev potreben ukrep zlasti za preprečevanje, preiskovanje, odkrivanje in pregon kriminalnih dejanj. Vsekakor pa morajo biti ukrepi, ki bi bili lahko sprejeti v zvezi s tem, „v skladu s splošnimi načeli zakonodaje Skupnosti, vključno s tistimi iz člena 6(1) in (2) Pogodbe o Evropski uniji“.

2. „Razlagani zlasti glede na člen 11 Listine“: zagotovitev svobode izražanja in pravice do obveščanja

67 – Pri preučevanju ukrepa nameščanja prisluškovalne opreme v stanovanje se je namreč izrecno sklicevalo na to sodno prakso. Glej sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 31. maja 2005 v zadevi Vetter proti Franciji (pritožba št. 59842/00, točka 27), v kateri zadevno sodišče izrecno napotuje na sodbi z dne 24. aprila 1990 v zadevi Huvig proti Franciji (pritožba št. 11105/84, série A št. 176-B) in v zadevi Kruslin proti Franciji (pritožba št. 11801/85, série A št. 176-A).

68 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 3. aprila 2007 v zadevi Copland proti Združenemu kraljestvu (pritožba št. 62617/00, §§ 43 in 44).

69 – Opomniti je treba, da uvodna izjava 15 Direktive 2000/31 izrecno napotuje na člen 5 Direktive 97/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. decembra 1997 v zvezi z obdelavo osebnih podatkov in varstvom zasebnosti na področju telekomunikacij (UL L 24, 30.1.1998, str. 1), ki je bila razveljavljena z Direktivo 2002/58.

84. Člen 11 Listine poleg pravice do širjenja vesti zagotavlja tudi pravico do njihovega

sprejemanja⁷⁰, zato je očitno, da se uporablja tudi za internet⁷¹. Evropsko sodišče za človekove pravice je poudarilo, da „spletne strani – ker so dostopne ter omogočajo hranjenje in razširjanje velikih količin podatkov – veliko pripomorejo k izboljšanju seznanjanja javnosti z aktualnimi dogodki ter na splošno lažji komunikaciji in obveščanju“⁷².

je določena s členom 11(1) Listine⁷³, in sicer ne glede na tehnične pogoje, pod katerimi se konkretno izvaja nadzor nad komunikacijami, obseg in globino opravljenega nadzora ter učinkovitost in zanesljivost dejansko opravljenega nadzora, o čemer je mogoče razpravljati, na kar sem že opozoril.

85. Kot je poudarila družba Scarlet, ni nobenega dvoma o tem, da je vzpostavitev zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja – in še zlasti mehanizma blokiranja, ki lahko zajema nadzor nad vsemi elektronskimi komunikacijami, ki se prenašajo z njenimi storitvami – že po naravi „omejitev“ (v smislu člena 10 EKČP) svobode komunikacije, kot

86. Kot je navedla družba Scarlet, bo kombinirani sistem filtriranja in blokiranja neizogibno vplival na zakonite izmenjave vsebin in s tem posredno na vsebino pravic, zagotovljenih s členom 11 Listine, pa čeprav le zato, ker je (ne)zakonitost določene komunikacije odvisna od obsega zadevne avtorske pravice, ki se med posameznimi državami razlikuje – kar pomeni, da je pri tem tehnika nemočna. Kolikor je mogoče presoditi, se zdi, da z nobenim sistemom filtriranja in blokiranja ni mogoče zagotoviti, da bi se na način, ki bi se skladal z zahtevami členov 11 in 52(1) Listine, blokiral le izmenjave, ki jih je mogoče posebej opredeliti kot nezakonite.

70 – Po zgledu člena 10 EKČP. Glej zlasti sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 26. novembra 1991 v zadevi *Observer in Guardian proti Združenemu kraljestvu* (pritožba št. 13585/88, série A št. 216, § 59) ter z dne 19. februarja 1998 v zadevi *Guerra in drugi proti Italiji* (pritožba št. 14967/89, Recueil 1998-I, § 53).

71 – Naj še pripomnim, da je imelo Evropsko sodišče za človekove pravice že tudi priložnost upoštevati „moč“ interneta – ki je *per se* dostopen vsakomur in zato ustvarja izjemen multiplikacijski učinek –, ko je odločalo o združljivosti „omejitve“ svobode izražanja z vidika zahtev člena 10(2) EKČP. Glej zlasti sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 13. januarja 2011 v zadevi *Mouvement Raëlien Suisse proti Švici* (pritožba št. 16354/06, § 54 in naslednji); z dne 16. februarja 2010 v zadevi *Akdaş proti Turčiji* (pritožba št. 41056/04, § 28) in z dne 16. julija 2009 v zadevi *Willem proti Franciji* (pritožba št. 10883/05, § 36 in 38).

72 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 10. maja 2009 v zadevi *Times Newspapers Limited proti Združenemu kraljestvu* (tožbi št. 3002/03 in 23676/03, § 27). Sodišče je v tem primeru menilo, da spada „izoblikovanje spletnih arhivov, ki je bistven vidik vloge spletnih strani“, na področje uporabe člena 10 EKČP.

73 – Mogoče je trditi, da so lahko določbe prava intelektualne lastnine posamezne države članice že same po sebi omejitve v smislu člena 10 EKČP; glej *Danay, R.*, „Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom“, v: *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, zvezek 8, št. 2, str. 32.

3. Vmesna ugotovitev

87. Iz navedenega izhaja, da lahko zahtevani ukrep, ker se z njim zahteva vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja elektronskih komunikacij, kot je opisan zgoraj, negativno vpliva na uživanje pravic in svoboščin, ki so zavarovane z Listino in so bile analizirane zgoraj, zato ga je treba z vidika uporabnikov storitev družbe Scarlet in širše internetnih uporabnikov opredeliti kot „omejevanje“ v smislu člena 52(1) Listine.⁷⁴ Omejevanje uresničevanja temeljnih pravic uporabnikov, ki bi jih povzročila vzpostavitev takega sistema filtriranja in blokiranja, je dopustna le, če izpolnjuje nekatere pogoje, ki jih je treba zdaj preučiti.

D – Pogoji za omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, ter še zlasti pogoj, povezan s „kakovostjo zakona“ (člen 52(1) Listine)

88. Kot sem že navedel, so v Listini postavljeni pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za kakršno

koli omejevanje uresničevanja z njo priznanih pravic in svoboščin, v EKČP pa so med drugim opredeljeni pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, da je mogoče vmešavanje v zasebno življenje ali kakršno koli omejevanje svobode izražanja obravnavati kot zakonito.

89. Člen 52 Listine se tako sklicuje na „potrebo po zaščiti pravic in svoboščin drugih“ ter določa, da je treba pri vsakem takem ukrepu uresničevati „cilje splošnega interesa“ in upoštevati načelo sorazmernosti. Varstvo pravic intelektualne lastnine je sicer nedvomno cilj splošnega interesa, kar potrujeta direktivi 2001/29 in 2004/48, vendar pa je zahtevani sistem filtriranja in blokiranja v okoliščinah iz zadeve v glavni stvari utemeljen predvsem s potrebo, da se zavarujejo „pravice in svoboščine drugih“. „Potreba po zaščiti pravic“ imetnikov avtorskih ali sorodnih pravic je v samem središču te zadeve, saj je bila glavni povod za civilni postopek, ki ga je začela družba Sabam proti družbi Scarlet.

90. Ob tem je treba namreč še posebej poudariti, da je lastninska pravica odslej zavarovana s členom 17 Listine, v katerega odstavku 2 je izrecno določeno – česar nikakor ne smemo pozabiti –, da je „zagotovljeno [...] varstvo intelektualne lastnine“. Opozoril bom še na to, da je Sodišče že odločilo, da je lastninska pravica temeljna pravica, ki spada med splošna

⁷⁴ – Ali kot „vmešavanje“ v smislu člena 8 EKČP ali pa „omejitev“ v smislu člena 10 EKČP.

pravna načela⁷⁵, in priznalo, da spadajo avtorske pravice v kategorijo lastninske pravice⁷⁶. Tudi sami direktivi 2001/29 in 2004/48⁷⁷ si prizadevata za zagotovitev visoke stopnje varstva intelektualne lastnine. Poleg tega je bilo s sodno prakso Evropske komisije za človekove pravice in Evropskega sodišča za človekove pravice že večkrat potrjeno, da je intelektualna lastnina kot taka nedvomno varovana s členom 1 Protokola št. 1 k EKČP.⁷⁸

v promet varovanega dela, zlasti v obliki licenc, ki se dodelijo prek plačila pristojbin.⁸⁰

91. Sodišče je nazadnje še navedlo, da je temeljni razlog za obstoj avtorske pravice zagotoviti ustvarjalcu inventivnih in izvirnih del izključno pravico do njihovega izkoriščanja.⁷⁹ Avtorska in sorodne pravice imajo torej ekonomsko naravo, saj med drugim vključujejo možnost tržnega izkoriščanja dajanja

92. Torej imamo nedvomno opraviti s „potrebo po zaščiti pravice“ v smislu člena 52(1) Listine, s čimer bi bilo mogoče utemeljiti zakonitost „omejevanja“ drugih pravic in svoboščin v smislu iste določbe.

93. Po tej opombi je treba še dodati, da mi ne bo treba natančno preučiti vseh pogojev za dopustnost omejevanja pravic in svoboščin, ki se priznavajo z Listino, da bi lahko predložitvenemu sodišču koristno odgovoril na njegovo vprašanje. To sodišče namreč še posebej sprašuje, ali je omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, kakršna bi bila – ob upoštevanju pravkar povedanega – vzpostavitev zahtevanega sistema filtriranja in blokiranja, dovoljeno „na podlagi ene same [nacionalne] zakonske določbe“, to je člena 87(1) zakona z dne 30. junija 1994 o avtorski in sorodnih pravicah, ki ga zadevno sodišče poleg tega v celoti navaja. Da bi pojasnili ta vidik vprašanja za predhodno odločanje, je treba prednostno preučiti prvi pogoj, kot je opredeljen v členu 52(1) Listine – to je pogojevanje

75 – Glej zlasti sodbo z dne 12. septembra 2006 v zadevi Laserdisk (C-479/04, ZOdl., str. I-8089, točka 62).

76 – Zgoraj navedena sodba Laserdisk (točka 65).

77 – Glej zlasti uvodni izjavi 3 in 4 Direktive 2001/29 ter uvodni izjavi 1 in 10 Direktive 2004/48.

78 – Glej zlasti odločitvi Evropske komisije za človekove pravice z dne 4. oktobra 1990 v zadevi Smith Kline in French Laboratories Ltd. proti Nizozemski (pritožba št. 12633/87, DR 66, str. 81) in z dne 11. januarja 1994 v zadevi A. D. proti Nizozemski (pritožba št. 21962/93); sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 20. novembra 1995 v zadevi British-American Tobacco Company Ltd proti Nizozemski (série A št. 331, §§ 71 in 72); z dne 30. marca 1989 v zadevi Chappel proti Združenemu kraljestvu (pritožba št. 10461/83, série A št. 152A, § 59) in z dne 11. januarja 2007 v zadevi Anheuser-Bush Inc. proti Portugalski (pritožba št. 73049/01, §§ 71 in 72) ter odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 5. julija 2005 v zadevi Melnychuk proti Ukrajini (pritožba št. 28743/03, § 3).

79 – Glej sodbo z dne 17. maja 1988 v zadevi Warner Brothers in Metronome Video (158/86, Recueil, str. 2605, točka 13).

80 – Glej sodbi z dne 20. januarja 1981 v združenih zadevah Musik-Vertrieb membran in K-tel International (55/80 in 57/80, Recueil, str. 147, točka 12) in z dne 20. oktobra 1993 v združenih zadevah Phil Collins in drugi (C-92/92 in C-326/92, Recueil, str. I-5145, točka 20).

s tistim, kar je „predpisano z zakonom“, kar je določeno tudi v členih 8(2) in 10(2) EKČP –, pri čemer je treba upoštevati ustrezne odločitve Evropskega sodišča za človekove pravice, v katerih sta razloženi zadnjenavedeni določbi in ki so – kot sem že poudaril – sčasoma prerasle v zelo obsežno sodno prakso, iz katere bom lahko izpeljal glavne poteze tega pogoja.

94. Evropsko sodišče za človekove pravice je že večkrat odločilo, da določbe EKČP – na podlagi katerih je vmešavanje v uresničevanje pravic ali omejevanje uresničevanja svobod, zagotovljenih z zadevno konvencijo, pogojeno s tem, da je „predpisano z zakonom“⁸¹ – ne pomenijo le tega, da mora ukrep temeljiti na zakonski podlagi in da ima torej „podlago v nacionalnem pravu“, temveč se z njimi hkrati zahteva tudi „kakovost obravnavanega zakona“, kot je to poimenovalo zadevno

sodišče⁸². Navedeni „zakon“ mora biti namreč „dovolj dostopen in predvidljiv, to je napisan dovolj natančno, da stranki v postopku – po potrebi ob pomoči pojasnjevalnih nasvetov – omogoči, da ustrezno prilagodi svoje ravnanje“, „predvidi posledice zase“⁸³ ter „z razumno stopnjo gotovosti glede na dane okoliščine predvidi posledice, ki bi lahko izhajale iz nekega dejanja“⁸⁴.

95. „Zakon“ mora biti torej dovolj jasen⁸⁵ in predvidljiv, kar zadeva pomen in naravo ukrepov, ki se uporabljajo⁸⁶, ter mora dovolj jasno opredeljevati obseg in pogoje izvajanja pristojnosti vmešavanja v uresničevanje pravic,

81 – Zlasti van Dijk, P., idr., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4. izdaja, Intersentia, 2006, str. 336; Jacobs, F. G., White, R. C. A., in Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, 5. izdaja, Oxford University Press, 2010, str. 315; Harris, D. J., O'Boyle, M., in Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. izdaja, Oxford University Press, 2009; Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 3. izdaja, Helbing & Lichtenhahn, 2008, str. 112; Matscher, F., „Der Gesetzesbegriff der EMRK“, v: Adamovich und Kobzina, A., *Der Rechtsstaat in der Krise – Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, str. 105; Gundel, J., *Beschränkungsmöglichkeiten*, in *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/1, Müller, 2010, str. 471; Weiß, R., *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 – Glej zlasti Martín-Retortillo Baquer, L., „La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos“, v: *Derecho Privado y Constitución*, 2003, št. 17, str. 377, in Wachsmann, P., „De la qualité de la loi à la qualité du système juridique“, v: *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, zvezek 2, št. 1687.

83 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 26. marca 1987 v zadevi Leander proti Švedski (pritožba št. 9248/81, série A št. 116, § 50).

84 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 25. februarja 1992 v zadevi Margareta in Roger Andersson proti Švedski (pritožba št. 12963/87, série A št. 226-A, str. 25, § 75).

85 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 3. julija 2007 v zadevi Tan proti Turčiji (pritožba št. 9460/03, § 22–26); v tej zadevi je sodišče obravnavalo vprašanje, ali se zakon o predpisih glede dopisovanja zapornikov sklada z načelom jasnosti. Pri tem je menilo, da v predpisih, s katerimi je bilo direktorjem zapornih zavodov na podlagi odločitve disciplinske komisije podeljeno pooblastilo, da zavrnejo odposiljanje oziroma cenzurirajo ali uničijo kakršno koli pošto, ki bi se lahko šela za „motečo“, niso bili dovolj jasno navedeni niti obseg pooblastila zadevnih organov, da glede tega odločajo po prostem preudarku, niti pogoji, pod katerimi se jim prizna tako pooblastilo.

86 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice Krušlin proti Franciji (§ 30) in odločitev z dne 25. septembra 2006 v zadevi Coban proti Španiji (pritožba št. 17060/02).

zagotovljenih z EKČP⁸⁷. Zakon, s katerim je podeljeno pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, sam po sebi ni v neskladju s to zahtevo, če sta obseg in način izvrševanja te pristojnosti glede na zadevni legitimni cilj dovolj jasna, da se posamezniku zagotovi ustrezno varstvo pred samovoljo.⁸⁸ To pomeni, da mora zakon, s katerim se podeli pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, določati tudi obseg zadevnega pooblastila.⁸⁹

potreba po tem, da je zakon za zadevno osebo dostopen in predvidljiv⁹³.

96. Omejitev naj torej ne bi bila dopustna, če nima dostopne, jasne in predvidljive zakonske podlage v nacionalnem pravu⁹⁰, kar vse izhaja iz načela vladavine prava⁹¹. Prav iz navedene zahteve po vladavini prava naj bi izhajala⁹²

97. Pogoj, da mora biti kakršno koli omejevanje „predpisano z zakonom“, torej v skladu s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice, pomeni, da mora biti delovanje nosilcev javne oblasti vnaprej omejeno s pravnimi pravili, s čimer je „postavljenih nekaj zahtev, ki jih morajo izpolnjevati tako sama pravna pravila kot tudi postopki,

87 – Glej zlasti sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 14. septembra 2010 v zadevi Sanoma Uitgevers proti Nizozemski (pritožba št. 38224/03, §§ 81 in 82).

88 – Med drugim zgoraj navedena sodba Margareta in Roger Andersson (§ 75).

89 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 25. marca 1983 v zadevi Silver in drugi proti Združenemu kraljestvu (pritožbe št. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 in 7136/75, série A št. 61, § 88).

90 – V zvezi s tem glej točko 53 sklepnih predlogov generalne pravobranilke J. Kokott v zgoraj navedeni zadevi Promusicae, v kateri navaja zgoraj navedeno sodbo Österreichischer Rundfunk (točki 76 in 77).

91 – Za jedrnatno opredelitev teh različnih zahtev glej zlasti sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 25. maja 1998 v zadevi Kopp proti Švici (pritožba št. 23224/94, Recueil 1998-II, § 55).

92 – Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 30. julija 1998 v zadevi Valenzuela Contreras proti Španiji (pritožba št. 27671/95, Recueil 1998-V, § 46), ki napotuje na sodbo z dne 2. avgusta 1984 v zadevi Malone (pritožba št. 8691/79, série A št. 82) in na zgoraj navedeni sodbi Krušlin proti Franciji in Kopp proti Švici.

93 – Načelo vladavine prava iz preambule EKČP pomeni, da je z nacionalnim pravom zagotovljeno določeno varstvo pred tem, da bi organi javne oblasti samovoljno kršili pravice, ki jih zagotavljajo. S tem načelom naj bi se sicer zagotovilo, da „je mogoče vmešavanje organov v pravice posameznika učinkovito nadzorovati“ (sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 6. septembra 1978 v zadevi Klass in drugi proti Nemčiji (pritožba št. 5029/71, série A št. 28, str. 25 in 26, § 55) ter zgoraj navedeni sodbi Malone (§ 68) ter Silver in drugi (§ 90)), kar „med drugim pomeni, da bi moralo biti poseganje izvršilnih organov v pravice posameznika predmet učinkovitega nadzora, ki ga mora običajno zagotoviti sodstvo, vsaj na zadnji stopnji, ker omogoča najboljša zagotovila za neodvisnost, nepristranskost in pravilnost postopka“ (zgoraj navedena sodba Evropskega sodišča za človekove pravice Klass in drugi, § 55), vendar se hkrati zahteva tudi „minimalna raven varstva“, ki bi bila kršena, „če pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, ki se podeli izvršilnemu organu, ne bi bilo omejeno“ (v zvezi s členom 8 EKČP glej poleg zgoraj navedenih sodb Malone (§ 68) in Krušlin proti Franciji (§ 30) še sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 4. maja 2000 v zadevi Rotaru proti Romuniji (pritožba št. 28341/95, Recueil 2000-V, § 55); z dne 6. junija 2006 v zadevi Segerstedt-Wiberg in drugi proti Švedski (pritožba št. 62332/00, Recueil, str. 2006-VII, § 76) in z dne 8. junija 2006 v zadevi Lupsa proti Romuniji (pritožba št. 10337/04, Recueil, str. 2006-VII, § 34) ter odločitev z dne 29. junija 2006 v zadevi Weber in Saravia proti Nemčiji (pritožba št. 54934/00, Recueil 2006-XI, § 94), v zvezi s členom 10 EKČP pa zgoraj navedeno sodbo Sanoma Uitgevers (§ 82)), ali pa ne bi bilo omejeno pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, ki se podeli sodišču (sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 24. aprila 1990 v zadevi Huvig proti Franciji (pritožba št. 11105/84, série A št. 176-B, str. 55, § 29); zgoraj navedena odločitev Weber in Saravia proti Nemčiji (§ 94); zgoraj navedena sodba Liberty in drugi (§ 62) in sodba z dne 10. marca 2009 v zadevi Bykov proti Rusiji (pritožba št. 4378/02, § 78)).

s katerimi naj bi se zagotovilo njihovo dejansko upoštevanje⁹⁴.

nasprotuje temu, da bi bila zadevna oseba prisiljena poseči po pojasnjevalnih nasvetih, da bi v okoliščinah zadeve razumno ocenila posledice, ki lahko nastanejo zaradi nekega dejanja.⁹⁶ To zlasti velja za strokovnjake, ki so vajeni, da morajo izkazovati izredno skrbnost pri opravljanju svoje dejavnosti.

98. Evropsko sodišče za človekove pravice je še menilo, da je obseg pojma predvidljivosti in dostopnosti zakona veliko odvisen ob vsebini zadevnega besedila, področja, ki ga zadeva, ter števila in značilnosti oseb, ki jim je namenjen.⁹⁵ Predvidljivost zakona ne

99. Nazadnje je imelo Evropsko sodišče za človekove pravice še priložnost pojasniti, da je treba izraz „zakon“ razumeti v „stvarnem“ in ne le formalnem pomenu, kar pomeni, da lahko vključuje „napisano“ in „nenapisano“ pravo, pa tudi pravo, ki ga „izdelajo“ sodišča.⁹⁷ To zlasti pomeni, da je treba po potrebi upoštevati tudi sodno prakso. Objavljena in torej dostopna „ustaljena sodna praksa“, po kateri se ravna nižja sodišča, lahko v nekaterih okoliščinah dopolni zakonsko določbo in jo dovolj razjasni, da postane predvidljiva.⁹⁸

94 – Wachsmann, P., *La prééminence du droit*, v: *Le droit des organisations internationales*, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, str. 241 in zlasti 263; glej tudi Wiarda, G., *La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit*, Rivista di studi politici internazionali, 1984, str. 452; Grabarczyk, K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008, zlasti str. 194 in naslednje, ter Morin, J.-Y., „La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen“, v: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, str. 643.

95 – Sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 28. marca 1990 v zadevi Groppera Radio in drugi proti Švici (pritožba št. 10890/84, série A št. 173, str. 26, § 68) in z dne 15. novembra 1996 v zadevi Cantoni proti Franciji (pritožba št. 17862/91, Recueil 1996-V, § 35). To sodišče je v zvezi z ukrepom, s katerim se je izvajal GPS-nadzor nad gibanjem osebe v javnosti, poudarilo, da sorazmerno strogih meril, ki so bila izoblikovana in se uporabljajo v posebnem okviru nadzora nad telekomunikacijami, ni mogoče smiselno uporabiti za vse oblike vmešavanja. Glej sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 2. septembra 2009 v zadevi Uzun proti Nemčiji (pritožba št. 35623/05, § 66). Sodišče se je v tej zadevi raje oprlo na splošna načela, ki jih je treba upoštevati, „da se zagotovi ustrezno varstvo zoper samovoljno vmešavanje v uresničevanje pravic, zavarovanih s členom 8“ EKČP. V obravnavanem primeru je opozorilo, da „mora biti z nacionalnim pravom, če javni organi izvajajo ukrepe skrivnega nadzora, zagotovljeno varstvo zoper samovoljno vmešavanje v uresničevanje pravic, zagotovljenih s členom 8, saj v tem primeru ni javnega nadzora in zato obstaja tveganje zlorabe oblasti.“ „Sodišče se mora prepričati o obstoju ustreznih in zadostnih jamstev zoper zlorabe. Zadevna ocena je odvisna od vseh okoliščin danega primera, na primer narave, obsega in trajanja morebitnih ukrepov, razlogov, ki se zahtevajo za njihovo odreditev, pristojnih organov, ki jih dovolijo, izvršujejo in nadzirajo, ter vrste pravnega sredstva, zagotovljenega z nacionalnim pravom.“

96 – Med drugim zgoraj navedeni sodbi Groppera Radio (§ 68) in Tolstoy Miloslavsky (§ 37).

97 – Glej zlasti sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 26. aprila 1979 v zadevi Sunday Times proti Združenemu kraljestvu (št. 1) (pritožba št. 6538/74, série A št. 30, § 49) in z dne 13. julija 1995 v zadevi Tolstoy Miloslavsky proti Združenemu kraljestvu (pritožba št. 18139/91, A št. 316-B, § 37) ter zgoraj navedeno sodbo Šanoma Utigevers (§ 83).

98 – Zlasti sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 24. maja 1988 v zadevi Müller in drugi proti Švici (pritožba št. 10737/84, série A št. 133, § 29).

100. Naj povzamem: Listina in EKČP torej dopuščata možnost omejevanja uresničevanja pravic in svoboščin, vmešavanja v uresničevanje pravic ali omejevanja uresničevanja svoboščin, ki jih zagotavljata, če je tako ravnanje zlasti „predpisano z zakonom“. Evropsko sodišče za človekove pravice, ki se je oprlo zlasti na načelo vladavine prava, določeno v preambuli EKČP, je na podlagi tega izraza in predvsem s pojmom „kakovost zakona“⁹⁹ razvilo resnično doktrino, v skladu s katero mora biti kakršno koli omejevanje ali vmešavanje vnaprej predvideno z zakonom, in sicer vsaj v stvarnem pomenu izraza, pri čemer mora biti zadevni zakon dovolj natančen z vidika zastavljenega cilja, to pa pomeni, da se mora skladati z minimalnimi zahtevami. Ko Sodišče razlaga obseg ustreznih določb Listine, mora upoštevati to sodno prakso.

E – „Na podlagi ene same zakonske določbe“: *preučitev nacionalne zakonodaje z vidika pogoja glede „kakovosti zakona“ (člen 52(1) Listine)*

101. Na tej stopnji preučitve je treba odgovoriti le še na vprašanje, ali je mogoče pravno podlago, ki jo je predložitevno sodišče opredelilo v pravnem redu države članice, z vidika uporabnikov storitev PID in širše internetnih uporabnikov resnično šteti za „zakon“, kot se zahteva z Listino, v smislu ravnokar preučene sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice, ki se po potrebi prilagodi posebnostim pravnega reda Unije.

99 – Dodati je treba, da je pojem „kakovost zakona“ na podlagi sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice postopoma pridobil lasten pomen, prilagojen uresničevanju ciljev, postavljenih z EKČP, in se tako razlikuje od podobnih pojmov s pogosto širšo vsebino, vključenih v pravo nekaterih držav članic; glej med drugim Milano, L., *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, *Revue du Droit public*, 2006, št. 3, str. 637; *La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, zima 2010, št. 37, str. 243; Reicherzer, M., *Legitimität und Qualität von Gesetzen*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, str. 121; Wachsmann, P., *La qualité de la loi*, *Mélanges Paul Amselek*, str. 809; Montalivet, P. de, *„La juridicisation“ de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi*, v: *La confection de la loi*, PUF, 2005, str. 99, in Moysan, H., *„L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative“*, *AJDA*, 2001, str. 428.

102. Naj najprej še enkrat navedem dobesedno vsebino zadevne nacionalne zakonske določbe, to je člena 87(1), drugi pododstavek, zakona z dne 30. junija 1994 o avtorski in sorodnih pravicah, ki ga je predložitevno sodišče zelo skrbno in v celoti navedlo v samem vprašanju za predhodno odločanje: „[predsednik sodišča prve stopnje in predsednik gospodarskega sodišča l]ahko tudi izdada odredbo o prenehanju kršitve zoper posrednike, katerih storitve uporablja tretja oseba za kršitev avtorske ali sorodne pravice“.

103. Na podlagi navedenega ni nobenega dvoma o tem, da belgijsko pravo vsebuje „nekakšno“ zakonsko podlago, ki omogoča, da se v civilnem postopku za ugotovitev, kaznovanje in povrnitev škode zaradi kršenja avtorske ali sorodnih pravic sprejme odredba o prenehanju kršitve zoper PID, kakršen je v zadevi v glavni stvari družba Scarlet, da bi tako zagotovili dejansko prenehanje zadevne kršitve. Vendar predložitveno sodišče ne postavlja vprašanja, ali lahko pristojno belgijsko sodišče na splošno sprejme odredbo o prenehanju kršitve v takem okviru in s takim namenom, temveč sprašuje, ali je mogoče na podlagi pristojnosti za sprejetje take odredbe in ob upoštevanju zahtev, povezanih s „kakovostjo zakona“ v smislu EKČP in odslej tudi Listine, naložiti ukrep, kot se zahteva v obravnavani zadevi.

104. S tega vidika moram najprej povzeti začetni razmislek o značilnostih in nazadnje tudi „naravi“ zahtevanega ukrepa.

105. Kot sem že navedel, je z vidika družbe Scarlet in PID obveznost, da se izključno na lastne stroške vzpostavi obravnavani sistem filtriranja in blokiranja, po eni strani tako

posebna in celo edinstvena, po drugi strani pa tako „nova“ in celo nepričakovana, da bi jo bilo mogoče dopustiti le, če bi bila izrecno, vnaprej, jasno in natančno predvidena v „zakonu“ v smislu Listine. Vendar pa bi le težko trdili, da je pristojno nacionalno sodišče s sprejetjem zahtevanega ukrepa na podlagi zadevne nacionalne določbe ostalo v okviru, ki je izrecno, vnaprej, jasno in natančno opredeljen z „zakonom“, še zlasti če upoštevamo določbe člena 15 Direktive 2000/31¹⁰⁰. Družba Scarlet bi le težko predvidela ukrep, ki ga je sprejelo belgijsko sodišče¹⁰¹ in ki glede na morebitne ekonomske posledice meji celo na samovoljlo.

106. Z vidika uporabnikov storitev družbe Scarlet in širše internetnih uporabnikov naj bi se sistem filtriranja – ne glede na njegove

100 – S členom 15(1) Direktive 2000/31 je državam članicam naložena dvojna negativna obveznost. „Ponudnikom“ ne smejo predpisati splošne obveznosti za nadzor podatkov pri njihovem prenosu ali shranjevanju niti za dejavno raziskovanje okoliščin, na podlagi katerih se domneva, da gre za nezakonito dejavnost. S členom 12(1) Direktive 2000/31 je državam članicam med drugim naloženo, naj zagotovijo, da ponudniki storitev dostopa do komunikacijskega omrežja – torej zlasti PID – niso odgovorni za poslane podatke.

101 – V uvodni izjavi 30 Direktive 2009/136/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o spremembah Direktive 2002/22/ES o univerzalnih storitvah in pravicah uporabnikov v zvezi z elektronskimi komunikacijskimi omrežji in storitvami, Direktive 2002/58/ES o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij in Uredbe (ES) št. 2006/2004 o sodelovanju med nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov (UL L 337, str. 11–36), je pojasnjeno, da „Direktiva 2002/22/ES [...] od ponudnikov ne zahteva, naj nadzirajo informacije, ki se prenašajo prek njihovih omrežij, ali naj začnejo pravdni postopek zoper svoje uporabnike na podlagi takšnih informacij, niti ne vzpostavlja odgovornosti ponudnikov za te informacije“.

konkretne pogoje delovanja – uporabljal sistematično, splošno, stalno in trajno ter naj bi bil vzpostavljen brez kakršnega koli posebne- ga zagotovila predvsem z vidika varstva osebnih podatkov in zaupnosti komunikacij. Poleg tega naj bi mehanizem blokiranja – znova ne glede na njegove konkretne pogoje delovanja – začel delovati, ne da bi bila izrecno predvide- na možnost, da zadevne osebe (torej interne- tni uporabniki) nasprotujejo blokiranju neke datoteke ali izpodbijajo utemeljenost takega ravnanja.

107. Težko bi bilo tudi kako drugače, saj zakonodajalec z zadevnim zakonom ni želel pooblastiti pristojnih nacionalnih sodišč za sprejemanje ukrepov za filtriranje vseh elek- tronskih komunikacij naročnikov storitev PID, ki svoje dejavnosti izvajajo na ozemlju zadevne države članice.

108. To nas torej napeljuje na sklep, da za- devne določbe nacionalnega prava z vidika členov 7, 8 in 11 Listine – in še zlasti zahtev glede „kakovosti zakona“ ter širše zahtev gle- de vladavine prava – ni mogoče šteti za za- dostno zakonsko podlago za sprejetje ukre- pa, s katerim se odredi vzpostavitev sistema

filtriranja in blokiranja, kot se zahteva v zade- vi v glavni stvari.

109. Poleg tega je treba tudi z vidika „stvar- nosti zakona“ ugotoviti, da nikakor ni bil do- kazan obstoj obsežne sodne belgijskih sodišč, v kateri bi bili v skladu s pravom Unije in pravom EKČP večkrat podrobneje razdela- ni razlaga in uporaba zadevne določbe nacio- nalnega prava v smislu zahtevanega ukrepa, kar bi nam omogočilo trditev, da je bila izpol- njena zahteva o predvidljivosti zakona.¹⁰²

110. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev torej ni treba preučiti vpliva prava Unije¹⁰³ na „kakovost“ nacionalne zakonske podlage. Generalna pravobranilka J. Kokott je glede tega v zgoraj navedeni zadevi *Promusic*¹⁰⁴ poudarila, da mora „[r]avnotežje med [obravnanimi stališči glede] temeljnih pravic [...] najprej določiti zakonodajalec Skupnosti“, da pa „morajo nanj paziti tudi države članice, ko

102 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice Chappel (§ 56). Glej tudi sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 15. februarja 2007 v zadevi Bock in Palade proti Romuniji (pritožba št. 21740/02, §§ 61–64); z dne 14. februarja 2008 v zadevi July in Libération proti Franciji (pritožba št. 20893/03, § 55) ter z dne 5. februarja 2009 v zadevi Brunet-Lecomte in drugi proti Franciji (pritožba št. 42117/04, § 42).

103 – V zvezi z upoštevanjem prava Unije, ko je Evropsko sodišče za človekove pravice preučevalo kakovost zakona, glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice Cantoni (§ 30) in odločitev tega sodišča z dne 27. maja 2008 v zadevi Marchiani proti Franciji (pritožba št. 30392/03).

104 – Točka 56.

v okviru prenosa direktiv izkoriščajo preostali manevrski prostor za urejanje“.

111. Tako se postavlja posebej občutljivo vprašanje „odgovornosti“ Unije oziroma držav članic z vidika zgoraj navedenih zahtev o vladavini prava v okoliščinah, v katerih se direktive skupaj z nacionalnimi ukrepi o prenosu uporabijo v povezavi z „omejevanjem“ z Listino zagotovljene pravice ali priznane svoboščine. Vendar pa lahko ob upoštevanju besedila vprašanja predložitvenega sodišča, ki izrecno zadeva določbe nacionalne zakonodaje, s katerimi naj bi se prenesli direktivi 2001/29 in 2004/48 o varstvu intelektualne lastnine, to vprašanje začasno pustim ob strani, saj sem že pred tem ugotovil, da ni z nobeno od zadevnih direktiv naložena vzpostavitev sistema filtriranja in blokiranja, kot se zahteva v zadevi v glavni stvari.

112. Nazadnje je treba v tem okviru zavriniti tudi predlog, da bi bilo treba posodobiti razlago zadevnih direktiv, še zlasti Direktive 2000/31, pri čemer naj bi se upošteval razvoj tehnologije in uporabe interneta. Kot je že večkrat poudarilo Evropsko sodišče za človekove pravice, zahteva po predvidljivosti

sicer res ne pomeni absolutne gotovosti¹⁰⁵, vendar pa pristop, s katerim se zagovarja „živa“ razlaga besedil, kljub temu ne more nadomestiti tega, da sploh ne obstaja nacionalna zakonska podlaga, v kateri bi bil izrecno omenjen sistem filtriranja in blokiranja elektronskih komunikacij. Razlaga prava Unije in še zlasti člena 15 Direktive 2000/31, po kateri bi ti predpisi omogočali sprejetje zahtevanega ukrepa ali mu ne bi nasprotovali, se ne sklada z zahtevo po „kakovosti zakona“ ter je v nasprotju z načeloma pravne varnosti¹⁰⁶ in varstva zaupanja v pravo.

113. Naj si dovolim še nekaj sklepnih opomb. Listina in EKČP z zahtevo po tem, da se na izjemno občutljivem področju, s katerim se ukvarjamo, kakršno koli „omejevanje“ pravic in svoboščin (oziroma „vmešavanje“ vanje ali njihove „omejitve“) „predpiše z zakonom“, zelo natančno napotujeta na funkcijo zakona – ali še bolje prava – kot vira *tranquillitas publica*. Vendar pa mora na podlagi Listine zakon „obstajati pred“ kakršno koli omejitvijo pravic in svoboščin, pri čemer mora taka omejitev hkrati tudi spoštovati „bistveno vsebino“ teh pravic in svoboščin, kar pomeni, da mora zakonodajalec pravzaprav obvezno opredeliti mejo med omejitvijo pravice in načeloma nedotakljivim območjem te bistvene

105 – Glede tega poudarja, da je „gotovost sicer zelo zaželena, vendar jo včasih spremlja prevelika togost, pravo pa se mora znati prilagajati spremembam okoliščin“; zlasti zgoraj navedena sodba Sunday Times (§ 49) in sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 18. maja 2004 v zadevi *Éditions Plon proti Franciji* (pritožba št. 58148/00, Recueil 2004-IV, § 26).

106 – V zvezi z enačenjem, ki ga Evropsko sodišče za človekove pravice včasih naredi med načeloma vladavine prava in „pravne varnosti“, glej zlasti sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 25. julija 2002 v zadevi *Sovtransavto Holding proti Ukrajini* (pritožba št. 48553/99, Recueil 2000-VII, § 77) in z dne 8. novembra 2005 v zadevi *Timotiyevich proti Ukrajini* (pritožba št. 63158/00, § 32). Glej tudi *Grabarczyk K., Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, zgoraj navedena doktorska naloga, zlasti str. 209 in naslednje, št. 583 in naslednje.

vsebine. Na podlagi Listine se še zahteva, naj se pri kakršnem koli omejevanju uresničevanja z njo priznanih pravic in svoboščin upoštevata načeli sorazmernosti in potrebnosti ter naj bo razlog za tako omejevanje dejansko prizadevanje za uresničitve ciljev splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali potreba po varstvu pravic in svoboščin drugih. Glede vseh teh pogojev menim, da je spet ključen prav neobstoj „zakona“ v smislu „namernega“ ali demokratično utemeljenega prava. Po mojem mnenju bi bilo namreč mogoče le na podlagi zakona v parlamentarnem smislu v nadaljevanju preučiti še druge pogoje, določene s členom 52(1) Listine. V zvezi s tem bi lahko še dodali, da je v člen 52(1) Listine vključena implicitna zahteva po „namernem“

zakonu, ki ustreza intenzivnosti javne razprave. Vendar gre tukaj za izrecno zahtevo po zakonu kot „predhodnem pravu“. In ker je bilo ugotovljeno, da ta zahteva v obravnavanem primeru ni izpolnjena, je mogoče odgovoriti na prvo vprašanje, ki ga je postavilo predložitelno sodišče.

114. Zato Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Cour d'appel de Bruxelles, odgovori nikalno in na podlagi tega odloči, da ni treba odgovoriti na drugo vprašanje, ki je bilo postavljeno podredno.

V – Predlog

115. Na podlagi navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Cour d'appel de Bruxelles, odgovori:

Direktivo 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi ter Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2004/48/ES z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine v povezavi z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov, Direktivo 2002/58/ES Evropskega

parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij ter Direktivo 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju), če ju razlagamo v skladu s členi 7, 8, 11 in 52(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah ter ob upoštevanju členov 8 in 10 Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, je treba razlagati tako, da nasprotujeta možnosti, da bi nacionalno sodišče na podlagi ene same zakonske določbe, ki določa, da lahko „[pristojna sodišča] tudi izda[jo] odredbo o prenehanju kršitve zoper posrednike, katerih storitve uporablja tretja oseba za kršitev avtorske ali sorodne pravice“, sprejelo ukrep, s katerim bi „ponudniku internetnega dostopa [...] odredi[lo], da za vse svoje stranke *in abstracto* in preventivno ter na izključne stroške tega [ponudnika] in časovno neomejeno vzpostavi sistem filtriranja vseh vstopnih in izstopnih elektronskih komunikacij, ki se prenašajo z njenimi storitvami, zlasti z uporabo programske opreme ‚peer to peer‘, da bi v svojem omrežju ugotovil pretok elektronskih datotek, ki vsebujejo glasbena, kinematografska ali avdiovizualna dela, v zvezi s katerimi tožeča stranka trdi, da ima pravice, in nato blokiral prenos teh datotek bodisi v fazi naročanja teh datotek bodisi v fazi njihovega pošiljanja“.