



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MACIEJA SZPUNARJA,  
predstavljeni 8. februarja 2017<sup>1</sup>

**Zadeva C-610/15**

**Stichting Brein  
proti  
Ziggo BV,  
XS4ALL internet BV**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske))

„Avtorska pravica in sorodne pravice — Direktiva 2001/29/ES — Člen 3(1) — Priobčitev javnosti — Pojem — Spletno mesto z indeksiranimi vsebinami, ki omogoča izmenjavo varovanih del brez dovoljenja imetnikov pravic — Člen 8(3) — Uporaba storitev posrednika od tretje osebe, s čimer se krši avtorska pravica — Sodna odredba“

### Uvod

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

2. S to analogijo, ki je prav tako vredna avtorskopravnega varstva, je avstralski sodnik Justice Cowdroy pojasnil, kako deluje izmenjava datotek ob kršenju avtorskih pravic z uporabo protokola *bittorrent*.<sup>3</sup> Sodišče je v obravnavani zadevi pozvano, naj opredeli pravne podlage za morebitno odgovornost za te kršitve „ponudnikov zemljevidov“, to je pri spletnih mestih, kot je The Pirate Bay (v nadaljevanju: TPB), in obseg te morebitne odgovornosti. TPB je dejansko eno od največjih in najbolj znanih spletnih mest za izmenjavo datotek, ki vsebujejo glasbena in kinematografska dela. Ta izmenjava poteka brezplačno in pri veliki večini teh del ob kršenju avtorskih pravic.

3. Evropska komisija, s katero se – tako se mi zdi – strinja Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irsko, trdi, da je odgovornost tovrstnih spletnih mest vprašanje uporabe avtorskega prava, ki ga ni mogoče rešiti na ravni prava Unije, ampak v okviru nacionalnih pravnih sistemov držav članic. Vendar bi bila pri takem pristopu ta odgovornost in na koncu obseg pravic, ki pripadajo imetnikom,

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — „Datoteka, ki se izmenjuje v roju, je zaklad, odjemalec *bittorrent* je ladja, datoteka *torrent* je zemljevid, ki kaže, kje je zaklad skrit, The Pirate Bay brezplačno ponuja zemljevide, sledilnik pa je stari modrec, s katerim se je treba posvetovati za razumevanje zemljevida“ (moj prevod).

3 — Sodba Federal Court of Australia z dne 4. februarja 2010, Roadshow Films Pty Ltd/iiNet Limited (No. 3) [2010] FCA 24, točka 70. Ta odlomek je citiral tudi G. R. B. van Peursem, generalni pravobranilec pri Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), v postopku v glavni stvari.

odvisna od zelo različnih rešitev, sprejetih v različnih nacionalnih pravnih sistemih. To pa bi ogrozilo cilj razmeroma obsežne zakonodaje Unije na področju avtorskega prava, ki je ravno uskladiti obseg pravic, ki jih uživajo avtorji in drugi imetniki na enotnem trgu. To je razlog, iz katerega je treba po mojem mnenju odgovor na težave, ki se pojavljajo z obravnavano zadevo, iskati bolj v pravu Unije.

4. Takoj želim tudi poudariti, da se problematika obravnavane zadeve po mojem mnenju bistveno razlikuje od tiste, ki je bila predmet dveh nedavnih zadev v zvezi s pravico do priobčitve del javnosti na internetu, in sicer zadev, v katerih sta bili izdani sodbi Svensson in drugi<sup>4</sup> ter GS Media<sup>5</sup>. Ti zadevi sta se namreč nanašali na sekundarno priobčitev del, ki so že dostopna na internetu, od osebe, ki tudi sama proizvaja spletno vsebino, medtem ko se obravnavana zadeva nanaša na prvotno priobčitev, ki se izvede v okviru omrežja vsak z vsakim (*peer-to-peer*). Zato mislim, da razlogovanja, ki ga je Sodišče uporabilo v teh zadevah, ni mogoče neposredno uporabiti v zadevi iz postopka v glavni stvari.

## Pravni okvir

5. Člen 12 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 (Direktiva o elektronskem poslovanju),<sup>6</sup> naslovljen „Izključni prenos“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da ponudnik storitve, če se storitev informacijske družbe nanaša na prenos podatkov, ki jih zagotovi prejemnik storitve, v komunikacijskem omrežju ali na zagotovitev dostopa do komunikacijskega omrežja, ni odgovoren za poslane podatke [...]

[...]

3. Ta člen ne posega v možnost, da sodišče ali upravni organ skladno s pravnimi sistemi držav članic od ponudnika storitve zahteva ustavitve ali preprečitve kršitev.“

6. Člen 14 te direktive, naslovljen „Gostiteljstvo“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da ponudnik storitve, če se storitev informacijske družbe nanaša na shranjevanje podatkov, ki jih zagotovi prejemnik storitve, ni odgovoren za podatek, ki ga je shranil na zahtevo prejemnika storitve, pod pogojem, da:

(a) ponudnik dejansko ne ve za nezakonito dejavnost ali podatek in mu glede odškodninskih zahtevkov niso znana dejstva ali okoliščine, iz katerih je očitno, da gre za nezakonito dejavnost ali podatek,

ali

(b) ponudnik, takoj ko za to izve ali se tega zave, nemudoma ukrepa in odstrani ali onemogoči dostop do podatka.

[...]

3. Ta člen ne posega v možnost, da sodišče ali upravni organ skladno s pravnimi sistemi držav članic od ponudnika storitve zahteva ustavitve ali preprečitve kršitve, in tudi ne v možnost, da države članice določijo postopke, ki urejajo odstranitev ali onemogočenje dostopa do podatkov.“

4 — Sodba z dne 13. februarja 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

5 — Sodba z dne 8. septembra 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644).

6 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 25, str. 399.

7. Člen 3 Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi,<sup>7</sup> naslovljen „Pravica priobčitve del javnosti in pravica do dajanja na voljo javnosti predmetov sorodnih pravic“, v odstavku 1 določa:

„Države članice predvidijo za avtorje izključno pravico, da dovolijo ali prepovejo vsakršno obliko priobčenja njihovih del javnosti, po žici ali na brezžični način, vključno z dajanjem svojih del na voljo javnosti tako, da imajo člani javnosti do njih dostop s kraja in v času, ki si ju izberejo sami.“

8. Člen 8 te direktive, naslovljen „Sankcije in pravna sredstva“, v odstavku 3 določa:

„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.“

9. Člen 2 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/48/ES z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine,<sup>8</sup> naslovljen „Področje uporabe“, v odstavku 2 določa:

„Ta direktiva ne posega v posebne določbe o uveljavitvi pravic in o izjemah zakonodaje Skupnosti o avtorski pravici in pravicah, sorodnih avtorski pravici, predvsem tiste v [...] Direktivi 2001/29/ES, zlasti v člen[u] [...] 8.“

10. Člen 11 te direktive, naslovljen „Sodne odredbe“, določa:

„[...] Države članice zagotovijo tudi, da imajo imetniki pravic možnost vložiti zahtevo 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.“

### **Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje**

11. Vlagateljica kasacijske pritožbe v postopku v glavni stvari, Stichting Brein, je fundacija nizozemskega prava, katere glavni cilj je boj proti nezakoniti uporabi predmetov, varovanih z avtorsko pravico in sorodnimi pravicami, ter varstvo interesov imetnikov teh pravic na tem področju.

12. Nasprotni stranki v postopku s kasacijsko pritožbo, Ziggo BV in XS4ALL internet BV (v nadaljevanju: XS4ALL), sta družbi nizozemskega prava, katerih dejavnost je zlasti ponujanje dostopa do interneta potrošnikom. Glede na informacije v pisnem stališču, ki ga je predložila Stichting Brein, gre za največja ponudnika dostopa do interneta na nizozemskem trgu.

13. Stichting Brein predlaga, naj se družbama Ziggo in XS4ALL na podlagi določb nizozemskega prava, s katerimi je bil prenesen člen 8(3) Direktive 2001/29,<sup>9</sup> odredi, da naročnikom svojih storitev blokirata dostop do spletnih naslovov spletnega mesta TPB, ki je izmenjevalnica datotek *peer-to-peer*. Ta predlog temelji na okoliščini, da naročniki storitev nasprotnih strank v postopku s kasacijsko pritožbo v glavni stvari s pomočjo te izmenjevalnice in z uporabo navedenih storitev obširno kršijo avtorske pravice, tako da izmenjujejo datoteke, ki vsebujejo varovane predmete (pretežno glasbena in kinematografska dela), brez dovoljenja imetnikov teh pravic.

7 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 230.

8 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 2, str. 32.

9 — In sicer na podlagi člena 26d Auteurswet (nizozemski zakon o avtorski pravici) in člena 15 Wet op de naburige rechten (zakon o sorodnih pravicah).

14. Navedeni predlog, ki mu je bilo na prvi stopnji ugodeno, je bil v pritožbenem postopku zavrnjen, in sicer v bistvu zato, prvič, ker so naročniki storitev nasprotnih strank v postopku s kasacijsko pritožbo v glavni stvari, in ne TPB, tisti, ki kršijo avtorske pravice, in drugič, ker predlagana blokada ni sorazmerna z uresničevanim ciljem, to je učinkovitim varstvom avtorskih pravic. Stichting Brein je zoper zadnjenavedeno odločitev vložila kasacijsko pritožbo pri predložitvenem sodišču.

15. V teh okoliščinah je Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče, Nizozemska) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

- „1. Ali gre za priobčitev javnosti v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29 od upravljavca spletnega mesta, če to spletno mesto ne vsebuje varovanih del, ampak obstaja sistem [...], prek katerega se za uporabnike indeksirajo in kategorizirajo metapodatki o varovanih delih, ki so na računalnikih uporabnikov, tako da lahko uporabniki na njihovi podlagi varovana dela najdejo ter jih naložijo in prenesejo?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: ali člena 8(3) Direktive 2001/29 in 11 Direktive 2004/48 pomenita pravno podlago za sodno odredbo proti posredniku v smislu teh določb, ki olajšuje kršitve tretjih oseb tako, kot je opisano v prvem vprašanju?“

16. Predložitvena odločba je na Sodišče prispela 18. novembra 2015. Pisna stališča so vložile stranke v postopku v glavni stvari, španska, italijanska in portugalska vlada, vlada Združenega kraljestva ter Komisija. Stranke v postopku v glavni stvari, španska in francoska vlada ter Komisija so bile zastopane na obravnavi, ki je bila 27. oktobra 2016.

## Analiza

17. Predložitveno sodišče z vprašanjema za predhodno odločanje v obravnavani zadevi dejansko postavlja vprašanje odgovornosti upravljavcev spletnih mest, ki vsebujejo indeksirane vsebine omrežij *peer-to-peer*, v okviru kršitev avtorskih pravic, storjenih pri uporabi teh omrežij. Ali je mogoče šteti, da so ti upravljavci sami storilci teh kršitev, kar bi pomenilo njihovo neposredno odgovornost (prvo vprašanje)? Ali pa se lahko, tudi če niso neposredno odgovorni, odredi blokada dostopa do njihovih spletnih mest, kar zahteva – kot bom pojasnil v nadaljevanju – neko obliko posredne odgovornosti (drugo vprašanje)?

18. Analizo bom začel s kratko predstavitvijo načina delovanja omrežij *peer-to-peer* in njihove vloge pri kršenju avtorskih pravic.

### Uvodne ugotovitve – omrežja *peer-to-peer*

19. Čeprav je bil internet zasnovan kot mreža neodvisno delujočih računalnikov, najosupljivejši izraz interneta, svetovni splet, *World Wide Web*, deluje po drugačnem modelu, in sicer na podlagi centralizirane arhitekture, imenovane „odjemalec-strežnik“. Pri tem modelu je vsebina (običajno spletna stran) shranjena na strežniku, uporabniki pa lahko do nje dostopajo s svojimi računalniki, imenovanimi „odjemalci“, in svojo odjemalsko programsko opremo (spletni brskalnik). Ni si težko predstavljati, da je pri taki arhitekturi svetovnega spleta razmeroma lahko nadzirati zakonitost vsebin in se boriti proti nezakonitim vsebinam; dovolj je zaseči strežnik ali pri njegovem skrbniku doseči, da odstrani sporno vsebino. Opozoriti je treba tudi, da je zakonodaja v zvezi s storitvami informacijske družbe, to je predvsem v zvezi z internetom, posebej prilagojena temu modelu delovanja, ker med drugim določa, da posredni ponudniki niso odgovorni za vsebine, da pa imajo nekatere obveznosti sodelovanja v boju proti nezakonitim vsebinam.

20. Omrežja *peer-to-peer* so organizirana po drugačnem načelu. Pri tem modelu je računalnik vsakega uporabnika, to je vsakega tako imenovanega „soležnika“ (*peer*), ne samo odjemalec, ki prejema podatke, ampak tudi strežnik, ki jih shranjuje in daje na voljo drugim soležnikom. Omrežje je torej decentralizirano (ni centralnih strežnikov) in ima „spremenljivo geometrijo“, saj v danem trenutku omrežje tvorijo le povezani soležniki-strežniki (v nasprotju s „tradicionalnim“ omrežjem, pri katerem so strežniki običajno stalno povezani ter samo odjemalci začasno vzpostavljajo in prekinjajo povezavo z njimi). Taka ureditev omrežja ima številne prednosti, zlasti kar zadeva optimizacijo uporabe zmogljivosti za shranjevanje in prenos podatkov. Tako omrežje je zaradi svoje decentralizirane arhitekture tudi odpornejše proti napadom in proti posredovanjem organov pregona ali upravičencev do uveljavljanja avtorskih pravic. Vsebinsko, ki je prisotna v omrežju *peer-to-peer*, je posebno težko odstraniti, saj je shranjena na različnih strežnikih, ki pripadajo različnim fizičnim osebam v različnih državah.

21. Omrežja *peer-to-peer* se lahko uporabljajo za različne namene, kot so spletno sporočanje, telefonija, distribucija programske opreme in celo vojaške uporabe. Vendar je najbolj razširjena uporaba izmenjava datotek.

22. Ali gre izključno za datoteke, ki vsebujejo nezakonite podatke, kot so dela, ki se izmenjujejo ob kršenju avtorskih pravic? Ne. V omrežjih *peer-to-peer* se lahko izmenjujejo datoteke različnih vrst, med drugim datoteke, ki vsebujejo podatke, ki niso avtorskoppravno varovani, dela, ki se razširjajo s privolitvijo upravičencev ali jih razširjajo celo njihovi avtorji sami, dela, na katerih je varstvo (vsekakor glede materialnih pravic) že poteklo, ali tudi dela pod prosto licenco.

23. Vendar po podatkih, ki jih je predložila Stichting Brein in niso bili izpodbijani – če prav razumem – v postopku v glavni stvari od 90 do 95 % datotek, izmenjanih v omrežju TPB, vsebuje varovana dela, distribuirana brez privolitve upravičencev. Zdi se, da ta številka velja za večino priljubljenih omrežij *peer-to-peer*. Razlog za to je, da imajo zakonite vsebine svoje lastne distribucijske kanale, naj so poklicni ali ljubiteljski (klasična spletna mesta, spletne trgovine, socialna omrežja itd.). Omrežja *peer-to-peer* pa se zelo pogosto uporabljajo za izmenjavo vsebin, ki sicer javnosti ne bi bile na voljo brezplačno. Upravljalci teh omrežij tega namena pogosto niti ne skrivajo, saj so bila nekatera med njimi dokazano vzpostavljena s ciljem obiti avtorske pravice, ki se štejejo za pretirane.<sup>10</sup> Iz tega razloga so omrežja *peer-to-peer* vse od svojega pojava predmet boja proti piratstvu, ki se odvija predvsem v Združenih državah, kjer so ta omrežja zelo hitro postala priljubljena. Storitve Napster je prvo veliko omrežje *peer-to-peer*, ki je bilo zaprto zaradi kršitev avtorskih pravic.<sup>11</sup>

24. Po storitvi Napster so se pojavile nove generacije omrežij *peer-to-peer*. Danes so najbolj priljubljena, vsaj na evropskem trgu, omrežja, ki temeljijo na protokolu *bittorrent*. Ta tehnologija omogoča, da se s programsko opremo, ki je prosto dostopna na spletu (tako imenovani „odjemalec *bittorrent*“), ista datoteka, razdeljena na majhne segmente, prenese z več računalnikov, ki pripadajo soležnikom. Računalniki soležnikov, ki so viri prenosa (v tej fazi imenovani „sejalci“ (*seeders*)) in delujejo kot strežniki, zaradi te razdrobljenosti prenesene datoteke ter njihove internetne povezave niso preobremenjeni, kar omogoča hiter prenos razmeroma velikih datotek. Ker je število soležnikov, ki imajo in si izmenjujejo isto datoteko, bistveno za hitrost prenosa, je pri tehnologiji *bittorrent* vsak segment prenašane datoteke hkrati ponujen za prenos drugim soležnikom, ki iščejo isto datoteko („pijavke“ (*leechers*)). Drugače povedano, vsak odjemalski računalnik, ki prenaša datoteko, samodejno postane strežnik, ki jo daje na voljo drugim soležnikom.

10 — TPB so na primer ustanovili člani Piratbyrån, švedske organizacije za boj proti avtorskim pravicam.

11 — Sodba United States Court of Appeals for the Ninth Circuit z dne 12. februarja 2001, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

25. Tehničnega delovanja omrežij *peer-to-peer* se ne bom loteval še podrobneje, saj njegovih podrobnih opisov ni težko najti.<sup>12</sup> Tako kot v vseh zadevah, ki se nanašajo na informacijske tehnologije, namreč tehnični razvoj zlahka prehitava zakonodajne ali sodne postopke, zaradi česar lahko pravne rešitve, ki temeljijo na določenem tehnološkem *statusu quo*, postanejo zastarele, še preden so sprejete.<sup>13</sup> Tisto, kar je treba po mojem mnenju poiskati za rešitev zadeve, kot je ta iz postopka v glavni stvari, je pravno bistvo nekaterih aktov, ki ni odvisno od tehničnih podrobnosti, v katerih okvir se umeščajo ti akti. S tega vidika pa je pomembna vloga, ki jo imajo spletna mesta, kot je TPB, pri izmenjavi datotek v omrežjih *peer-to-peer*.

26. Ta vloga je namreč bistvena. Uporaba vsakega omrežja *peer-to-peer* temelji na možnosti najti razpoložljive soležnike za izmenjavo zelene datoteke. Ti podatki – ne glede na to, ali imajo s tehničnega vidika obliko datotek *torrent*, „magnetnih povezav“ (*magnet links*) ali drugo obliko – so na voljo na spletnih mestih, kot je TPB. Ta spletna mesta ponujajo ne samo iskalnik, ampak pogosto – to velja za TPB – tudi indekse del, vsebovanih v teh datotekah, pri čemer so ta dela razvrščena v različne kategorije, na primer „100 najboljših“ ali „najnovejše“. Torej sploh ni treba poiskati konkretno delo, ampak je dovolj izbrati med tistimi, ki so ponujena, kot je to mogoče storiti v katalogu v knjižnici (ali, če se bolje izrazim, v avdio- ali videoteki, saj gre predvsem za glasbena in kinematografska dela). Ta spletna mesta pogosto zagotavljajo tudi dodatne podatke, zlasti o ocenjenem trajanju prenosa ter o številu aktivnih sejalcev in pijavk za neko datoteko.

27. Čeprav je – kot trdita nasprotni stranki v postopku s kasacijsko pritožbo v glavni stvari – datoteke, ki so na voljo za izmenjavo v omrežjih *peer-to-peer*, teoretično mogoče najti tudi brez obiska spletnega mesta, kakršno je TPB, v praksi iskanje teh datotek običajno pripelje do takega spletnega mesta ali do spletnega mesta, ki združuje podatke več omrežij *peer-to-peer*. Vlogi spletnih mest, kot je TPB, se pri delovanju teh omrežij torej praktično ni mogoče izogniti, vsaj kar zadeva povprečnega uporabnika interneta.

#### *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

28. S prvim vprašanjem za predhodno odločanje želi predložitveno sodišče v bistvu izvedeti, ali to, da upravljavec spletnega mesta omogoča odkrivanje datotek, ki vsebujejo avtorskoppravno varovana dela, ponujena za izmenjavo v omrežju *peer-to-peer*, tako da indeksira metapodatke v zvezi s temi datotekami in zagotavlja iskalnik, pomeni priobčitev javnosti v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29.

29. Svojo analizo tega vprašanja bom začel s kratkim pregledom zakonskih določb in sodne prakse v zvezi s pravico do priobčitve javnosti.

#### *Pravica do priobčitve javnosti*

30. Tradicionalno so imeli avtorji glede razširjanja svojih del izključno pravico dovoliti ali prepovedati na eni strani distribuiranje primerkov teh del in na drugi predstavljanje navedenih del javnosti, navzoči na kraju predstavljanja. Značilna primera sta koncerti in gledališke predstave.

12 — Kot prvo referenco je mogoče navesti Wikipedijo, ki je na področju interneta popolnoma upošteven vir (vnosi „*peer-to-peer*“, „*bittorrent*“, „*The Pirate Bay*“). Glej tudi odločbo avstralskega sodnika, navedeno v opombi 3, točke od 43 do 78, in Edwards, L., *The Role and Responsibility of internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, sicer dokument, pripravljen za Svetovno organizacijo za intelektualno lastnino, ki je na voljo na njenem spletnem mestu pod številko WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Tako je bila na spletnem mestu TPB od vložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe v obravnavani zadevi poleg možnosti prenosa datotek uvedena možnost pretočnega predvajanja (*streaming*) del, ki se izmenjujejo v omrežju *peer-to-peer*, z uporabo nove programske opreme. Zastopnik fundacije Stichting Brein je to metodo predstavil na obravnavi.

31. Zaradi pojava tehničnih komunikacijskih sredstev, med katerimi je bil prvi prenos zvoka z radiodifuzijo, je bilo treba zaščititi pravice avtorjev, kar zadeva to možnost izkoriščanja njihovih del. Ta pravica je bila v mednarodnem pravu prvič uvedena s členom 11a spremenjene Bernske konvencije za varstvo književnih in umetniških del (v nadaljevanju: Bernska konvencija).<sup>14</sup> Danes člen 11a Bernske konvencije v različici, ki izhaja iz Pariškega akta z dne 24. julija 1971, spremenjenega 28. septembra 1979, določa za avtorje izključno pravico dovoljevati oddajanje svojih del po radiodifuziji ali vsakršno drugo brezžično priobčitev teh del javnosti in „sekundarno“ priobčitev po radiu oddajane delo, ki jo izvede druga ustanova, ne pa tista, ki ga je izvirno oziroma prva oddajala.<sup>15</sup>

32. Ta ureditev pravice do priobčitve javnosti je bila zasnovana za „linearno“ komunikacijo – če uporabim izraz iz Direktive 2010/13/EU (v nadaljevanju: Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah) –<sup>16</sup> in je posebej prilagojena tovrstni komunikaciji. Pri tem modelu komunikacije se signal „potisne“ do naslovnika (od tod angleški izraz *push*), ki lahko signal zgolj sprejema (ali ne) v trenutku, ko je oddajan. Zato je razmeroma lahko ugotoviti, kdaj nastopi komunikacija oziroma priobčitev, kdo jo izvaja in kdo so njeni naslovniki, to je javnost. To je klasični model delovanja radijskega in televizijskega oddajanja.

33. S prihodom videa na zahtevo (*video on demand*) in nato predvsem interneta se je pojavil nov način komunikacije, pri katerem se vsebina, ki je predmet priobčitve, zgolj da na voljo potencialnim uporabnikom, ti pa lahko do nje dostopajo ob želenem času in na želenem kraju. Pri tem modelu je signal uporabniku dejansko poslan, šele ko se odloči sprejemati vsebino (*pull*). Obstajal je dvom glede vprašanja, ali ta način delovanja ustreza pojmu „priobčitev javnosti“ v smislu Bernske konvencije.<sup>17</sup>

34. Bernska konvencija je bila dopolnjena, med drugim za prilagoditev njenih določb tehničnemu napredku, s Pogodbo Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici, sprejeta 20. decembra 1996 v Ženevi (v nadaljevanju: MSOILAP).<sup>18</sup> Z njo je bil izrecno uveden pojem „omogočiti javnosti dostop“. Člen 8 MSOILAP namreč določa izključno pravico avtorjev dovoljevati vsako priobčitev svojih del javnosti po žici ali brezžično, „vključno s tem, da postanejo njihova dela dostopna javnosti na način, ki omogoča članom javnosti dostop do njih s kraja in v času, ki ju sami izberejo“. Ta določba torej ni omejena na priobčitev z radijskim ali televizijskim oddajanjem, temveč zajema vsako tehnično komunikacijsko sredstvo. Prav tako ni omejena na linearno komunikacijo, ampak obsega tudi dajanje vsebine na voljo za časovno odloženo sprejemanje. Ravno ta zadnji način priobčitve javnosti je posebej upošteven v primeru interneta, zlasti omrežij *peer-to-peer*.

35. Člen 8 MSOILAP je bil v pravo Unije prenesen s členom 3(1) Direktive 2001/29, to je z določbo, za katere razlago se naproša v okviru obravnavane zadeve. Ta določba vsebuje skoraj enako formulacijo tisti, ki je bila sprejeta v MSOILAP.

36. Vendar Direktiva 2001/29 ne vsebuje nobene opredelitve pojma „priobčitev javnosti“ ali pojma „dajanje na voljo javnosti“. Zato je moralo nalogo začrtati obrise te opredelitve prevzeti Sodišče. V skladu s sodno prakso sta za ugotovitev priobčitve javnosti nujno potrebna dva elementa: dejanje priobčitve in obstoj javnosti.<sup>19</sup>

14 — Berlinski akt iz leta 1908.

15 — Sedanja formulacija člena 11a Bernske konvencije izhaja iz Bruseljskega akta z dne 26. junija 1948.

16 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 10. marca 2010 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju avdiovizualnih medijskih storitev (UL 2010, L 95, str. 1). Gre za komunikacijo, ki je časovno linearna, to je se lahko sprejema le v času oddajanja (glej člen 1(1)(e) Direktive 2010/13).

17 — Glej zlasti von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, str. 973–980.

18 — Pogodba, sprejeta v imenu Evropske skupnosti s Sklepom Sveta 2000/278/ES z dne 16. marca 2000 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 33, str. 208).

19 — Glej nazadnje sodbo z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, točka 32 in navedena sodna praksa).

37. Glede prvega elementa je Sodišče poudarilo ključno vlogo akterja, ki izvede priobčitev, in namernost njegovega posredovanja. Ta akter namreč izvaja dejanje priobčitve, če ob popolnem zavedanju posledic svojega ravnanja svojim strankam omogoča dostop do varovanega dela, še zlasti, če njegove stranke brez tega posredovanja do razširjanega dela načeloma ne bi mogle dostopiti.<sup>20</sup>

38. Temu je treba dodati, kot sem opozoril zgoraj, da je treba pri dajanju dela na voljo javnosti za sprejemanje ob času, ki ga izberejo naslovniki, dejanje priobčitve presoјati ob upoštevanju posebnosti tega načina priobčitve. Tako se v nasprotju s priobčitvijo na pobudo akterja, ki izvede to priobčitev, v primeru dajanja dela na voljo dejanski prenos tega dela zgodi le potencialno in na pobudo naslovnika. Vendar možnost imetnika avtorskih pravic nasprotovati tej priobčitvi nastopi v trenutku dajanja na voljo, neodvisno od vprašanja, ali in kdaj se zgodi dejanski prenos.<sup>21</sup>

39. Kar zadeva drugi element, in sicer obstoj javnosti, ta v skladu s sodno prakso Sodišča vključuje dve zahtevi. Na podlagi prve mora biti priobčitev namenjena nedoločenemu, toda velikemu številu potencialnih naslovnikov. To merilo je običajno izpolnjeno v primeru spletnega mesta, ki je načeloma dostopno vsem internetnim uporabnikom.<sup>22</sup>

40. V skladu z drugo zahtevo mora biti javnost, ki ji je namenjena zadevna priobčitev, „nova javnost“. Sodišče glede dajanja na voljo na internetu meni, da ne gre za priobčitev novi javnosti, kadar se ta priobčitev nanaša na delo, ki je bilo že dano na voljo javnosti in lahko ta do nje prosto dostopa na drugem spletnem mestu. V takem položaju je namreč priobčitev vsaj potencialno namenjena isti javnosti, kot je tista, na katero se je nanašalo prvotno dajanje na voljo, to so vsi internetni uporabniki.<sup>23</sup>

41. Vendar je ta svoboda internetnih uporabnikov omejena. Po mnenju Sodišča se namreč pri uporabi merila nove javnosti ne sme upoštevati javnost, ki ima dejansko dostop do dela, temveč je treba upoštevati le javnost, ki jo je imetnik avtorskih pravic upošteval pri prvotni priobčitvi. Če pa je bilo delo res dano na voljo, vendar brez privolitve imetnika pravic, potem ta ni upošteval nobene javnosti, vsako novo dajanje na voljo pa se torej nujno nanaša na novo javnost in ga je treba zato šteti za priobčitev javnosti v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29.<sup>24</sup>

42. Vendar v primeru, ko se priobčitev izvede z uporabo posebne tehnične metode, to je s tehničnim sredstvom, ki je drugačno od sredstva, uporabljenega za prvotno priobčitev, ni treba presoјati, ali je namenjena novi javnosti.<sup>25</sup> V takem primeru gre torej vedno za priobčitev javnosti v smislu Direktive 2001/29.

43. Zdaj je treba ta elementa presoditi v kontekstu omrežij *peer-to-peer*.

#### Priobčitev javnosti v omrežjih *peer-to-peer*

44. Po mojem mnenju ni mogoče zanikati, da gre za dajanje avtorskoppravno varovanih del na voljo javnosti, kadar se ta dela izmenjujejo v omrežju *peer-to-peer*.

20 — Sodba z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, točka 35).

21 — Glej v tem smislu sodbo z dne 13. februarja 2014, Svensson in drugi (C-466/12, EU:C:2014:76, točka 19).

22 — Glej v tem smislu sodbo z dne 13. februarja 2014, Svensson in drugi (C-466/12, EU:C:2014:76, točka 22).

23 — Glej sodbo z dne 13. februarja 2014, Svensson in drugi (C-466/12, EU:C:2014:76, točke od 24 do 27).

24 — Sodba z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, točka 43).

25 — Sodba z dne 7. marca 2013, ITV Broadcasting in drugi (C-607/11, EU:C:2013:147, točka 39).



45. Prvič, dela so na računalnikih uporabnikov omrežja dana na voljo, tako da jih lahko prenese vsak drug uporabnik. Okoliščina, da so datoteke, ki vsebujejo ta dela, pri sistemu *bittorrent* razdrobljene in prenesene po segmentih z različnih računalnikov, ni pomembna tehnična posebnost. Predmet varstva avtorske pravice namreč ni datoteka, ampak delo. Dela pa so dana na voljo v celoti in so uporabnikom, ki jih prenašajo, tudi poslana v celoti, če ne pride do tehničnih težav.

46. Drugič, potencialne uporabnike odprtega omrežja *peer-to-peer*, kot je omrežje TPB, nedvomno tvori nedoločeno in veliko število oseb.

47. Tretjič in zadnjič, ne glede na to, da gre za posebno tehnično sredstvo, je izpolnjeno tudi merilo nove javnosti, vsekakor glede del, ki se izmenjujejo brez privolitve avtorjev. Kot sem že opozoril v točki 41 teh sklepnih predlogov, je namreč treba merilo nove javnosti presojati glede na javnost, ki jo je avtor upošteval, ko je dal svojo privolitve.<sup>26</sup> Če pa avtor dela ni privolil v to, da se delo izmenjuje v omrežju *peer-to-peer*, uporabniki navedenega omrežja po definiciji pomenijo novo javnost.<sup>27</sup>

48. Ugotoviti je treba še, kdo v omrežju *peer-to-peer* je tisti, ki daje na voljo dela, ki se izmenjujejo v njem: ali so to uporabniki ali upravljavec spletnega mesta z indeksiranimi vsebinami, kot je TPB?

49. S tem ko uporabniki na svojih računalnikih namestijo in zaženejo programsko opremo za izmenjavo („odjemalec *bittorrent*“), s tem ko TPB zagotavlja datoteke *torrent*, ki omogočajo sledenje datotekam, shranjenim na njihovih računalnikih, in s tem ko ohranjajo te računalnike vklopljene, da bi bili lahko aktivni v omrežju, namerno dajejo dela, ki jih imajo v posesti, na voljo drugim uporabnikom omrežja.

50. Vendar ta dela ne bi bila dostopna, omrežje pa ne bi bilo moglo delovati oziroma bi bila njegova uporaba vsekakor veliko bolj zapletena in manj učinkovita, če ne bi bilo spletnih mest, kot je TPB, na katerih je mogoče najti dela in dostopati do njih. Upravljavci teh spletnih mest torej organizirajo sistem, ki uporabnikom omogoča dostopanje do del, ki jih dajejo na voljo drugi uporabniki. Zato je treba njihovo vlogo šteti za potrebno.<sup>28</sup>

51. Res je, da tako spletno mesto zgolj indeksira vsebine, ki so prisotne v omrežju *peer-to-peer*, to je metapodatke v zvezi z deli, ki jih uporabniki omrežja ponujajo za izmenjavo. Upravljavec spletnega mesta načeloma torej nima nobenega vpliva na pojav določenega dela v tem omrežju. Je le posrednik, ki uporabnikom omogoča izmenjavo vsebin prek omrežja *peer-to-peer*. Zato mu ni mogoče pripisati odločilne vloge pri priobčitvi določenega dela javnosti, če ne ve, da je bilo to delo dana na voljo nezakonito ali če, ko je opozorjen na to nezakonitost, lojalno ukrepa, da bi jo odpravil. Toda od trenutka, ko je ta upravljavec seznanjen s tem, da se delo daje na voljo ob kršenju avtorskih pravic, in ne ukrepa, da bi onemogočil dostop do zadevnega dela, je mogoče njegovo ravnanje šteti za ravnanje, katerega namen je omogočiti prav nadaljevanje nezakonitega dajanja tega dela na voljo, in torej za namerno ravnanje.

52. Rad bi pojasnil, da mora ta seznanjenost upravljavca spletnega mesta z dejstvi biti dejanska. Takšna je med drugim v položaju, v katerem je imetnik pravic tega upravljavca izrecno opozoril na nezakonitost podatkov na spletnem mestu.<sup>29</sup> Zato ne bi bilo primerno, če bi se za tako spletno mesto uporabila domneva seznanjenosti z dejstvi, podobna tisti, ki jo je Sodišče ugotovilo v sodbi GS Media

26 — Glej zlasti sodbi z dne 13. februarja 2014, Svensson in drugi (C-466/12, EU:C:2014:76, točka 24), in z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, točki 37 in 42).

27 — Kar implicitno izhaja tudi iz točke 43 sodbe z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

28 — Glej v zvezi s tem tudi točki 26 in 27 teh sklepnih predlogov.

29 — Glede na informacije, navedene v spisu, je bilo tako v primeru spletnega mesta TPB v postopku v glavni stvari.

v zvezi z osebami, ki so namestile hiperpovezavo s pridobitnim namenom.<sup>30</sup> Taka domneva bi namreč povzročila, da bi bila upravljavcem spletnih mest z indeksiranimi vsebinami omrežij *peer-to-peer*, ki delujejo normalno s pridobitnim namenom, naložena splošna obveznost nadzora indeksiranih vsebin.

53. Posredovanje teh upravljavcev torej izpolnjuje merili nujnosti in namernosti, določeni v sodni praksi Sodišča.<sup>31</sup> Zato je treba po mojem mnenju šteti, da so tudi ti upravljavci – hkrati in skupaj z uporabniki omrežja – tisti, ki dajejo dela, ki se izmenjujejo v okviru omrežja, na voljo javnosti brez privolitve imetnikov avtorskih pravic, če vedo za te nezakonitosti in ne ukrepajo, da bi onemogočili dostop do teh del.

54. Zato je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti, da to, da upravljavec spletnega mesta z indeksiranjem datotek, ki vsebujejo avtorskopravno varovana dela, ponujena za izmenjavo v omrežju *peer-to-peer*, in z zagotavljanjem iskalnika omogoča uporabnikom, da najdejo te datoteke, pomeni priobčitev javnosti v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29, če je ta upravljavec seznanjen s tem, da se neko delo v omrežju daje na voljo brez privolitve imetnikov avtorskih pravic, in ne ukrepa, da bi onemogočil dostop do tega dela.

#### *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

#### Uvodne ugotovitve

55. Predložitveno sodišče je drugo vprašanje za predhodno odločanje postavilo, če bi Sodišče nikalno odgovorilo na prvo vprašanje, za katero predlagam pritrtilen odgovor. Vendar če se Sodišče ne bi strinjalo z mojo analizo, predstavljeno zgoraj, bi se pojavila potreba po analizi drugega vprašanja za predhodno odločanje. Zato bom predlagal tudi odgovor na drugo vprašanje.

56. V drugem vprašanju za predhodno odločanje sta omenjena tako člen 8(3) Direktive 2001/29 kot člen 11 Direktive 2004/48. Vendar je v členu 2(2) Direktive 2004/48 in še neposredneje v zadnjem stavku člena 11 te direktive navedeno, da se njene določbe uporabljajo brez poseganja v določbe Direktive 2001/29, zlasti v njen člen 8. Iz tega po mojem mnenju izhaja, da ima na področjih, na katera se nanaša člen 8 Direktive 2001/29, ta določba prednost pred členom 11 Direktive 2004/48. Iz tega pa sledi, da je za odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje upošteven le člen 8(3) Direktive 2001/29. Vsekakor imata ti določbi podobno vsebino.

57. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 8(3) Direktive 2001/29 razlagati tako, da omogoča, da se zoper ponudnika dostopa do interneta izda sodna odredba, naj svojim uporabnikom blokira dostop do spletnega mesta z indeksiranimi vsebinami omrežja *peer-to-peer*, preko katerega so bile storjene kršitve avtorskih pravic, tudi če upravljavec tega spletnega mesta sam javnosti ne priobčuje del, ki se dajejo na voljo v navedenem omrežju.

#### Uporaba ukrepov na podlagi člena 8(3) Direktive 2001/29 za spletna mesta, kot je TPB

58. Naj spomnim, v skladu s členom 8(3) Direktive 2001/29 morajo imeti imetniki avtorskih pravic možnost zahtevati sodno odredbo proti posredniku, katerega storitve uporablja tretja oseba in s tem krši njihove pravice.

59. V postopku v glavni stvari ni sporno, da sta nasprotni stranki v postopku s kasacijsko pritožbo, ker sta ponudnika dostopa do interneta, posrednika v smislu zgoraj navedene določbe.

30 — Sodba z dne 8. septembra 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, točka 51).

31 — Sodba z dne 8. septembra 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, točka 35 in navedena sodna praksa).

60. Po mojem mnenju je tudi jasno, da tretje osebe uporabljajo storitve teh posrednikov za kršenje avtorskih pravic. Ugotovljeno je namreč bilo, da nekateri uporabniki teh storitev uporabljajo omrežje *peer-to-peer*, da v njem izmenjujejo dela brez dovoljenja imetnikov avtorskih pravic. Ta izmenjava pomeni dajanje dela na voljo javnosti brez dovoljenja imetnika avtorskih pravic in posledično pomeni kršitev teh pravic.

61. Posebnost postopka v glavni stvari je, da bo predlagani ukrep, in sicer blokada dostopa do spletnega mesta TPB, vplival ne le na uporabnike, ki kršijo avtorske pravice, ampak tudi na spletno mesto TPB, ki ne bo moglo ponujati storitev uporabnikom, ki jim dostop do interneta zagotavljata toženi stranki v postopku v glavni stvari.

62. Sodišče je resda dopustilo možnost takega ukrepa v sodbi UPC Telekabel Wien.<sup>32</sup> Vendar je šlo v navedeni zadevi za blokado dostopa do spletnega mesta, glede katerega se je štelo, da njegov upravljavec krši avtorske pravice. Dela, ki niso bila zakonito dana na voljo javnosti, so bila namreč na zadevnem spletnem mestu in so jih uporabniki prenašali s tega mesta. V teh okoliščinah je Sodišče lahko razsodilo, da upravljavec navedenega spletnega mesta za kršenje avtorskih pravic uporablja storitve ponudnika dostopa do interneta oseb, ki dostopajo do tega mesta.

63. V obravnavani zadevi je položaj precej drugačen, saj če je ugotovljeno, da spletno mesto TPB ni samo tisto, ki priobčuje dela javnosti brez privolitve imetnikov avtorskih pravic, tudi ni mogoče skleniti, da uporablja storitve ponudnikov dostopa do interneta, ki se zagotavljajo uporabnikom omrežja *peer-to-peer*, da krši avtorske pravice.

64. Možnost iz člena 8(3) Direktive 2001/29 pa je pogojena z obstojem zveze med predmetom sodne odredbe in kršenjem avtorskih pravic. Ukrep blokade spletnega mesta zahteva, da je bila ugotovljena odgovornost upravljavca navedenega spletnega mesta za kršenje avtorskih pravic z uporabo storitev posrednika, na katerega je naslovljena sodna odredba. Pod tem pogojem ima ta upravljavec vlogo tretje osebe, ki krši avtorske pravice, v smislu člena 8(3) Direktive 2001/29.

65. Če zadevni upravljavec ne stori sam dejanja, ki spada pod monopol avtorja (na primer priobčitev javnosti), je ta kršitev lahko samo posredna. Glede na to, da odgovornost za tovrstne kršitve ni usklajena na ravni prava Unije, mora biti izrecno določena v nacionalnem pravu. Nacionalna sodišča morajo preveriti, ali taka odgovornost obstaja v njihovem nacionalnem pravu.

66. Če je tako odgovornost mogoče ugotoviti pri upravljavcu spletnega mesta z indeksiranimi vsebinami v omrežju *peer-to-peer*, v katerem se izmenjujejo varovana dela brez dovoljenja imetnikov avtorskih pravic, je treba šteti, da ta upravljavec uporablja storitve ponudnikov dostopa do interneta, katerih stranke izmenjujejo datoteke v tem omrežju, po analogiji z osebo, ki sama neposredno krši avtorske pravice.

67. Te ugotovitve ne omajajo okoliščina, da bi lahko spletno mesto, kot je TPB, spadalo v kategorijo ponudnikov storitev gostiteljstva, katerih odgovornost za shranjene podatke je načeloma izključena na podlagi člena 14(1) Direktive 2000/31. Ta imuniteta je namreč pogojna. Odobri se, le če ponudnik ni vedel za nezakonnost shranjenih podatkov ali dejavnosti, ki se opravlja s temi podatki, in če, ko je opozorjen na to nezakonnost, nemudoma ukrepa in odstrani zadevne podatke ali onemogoči dostop do njih.

68. Če posredni ponudnik ne izpolnjuje teh pogojev oziroma če je vedel za nezakonnost shranjenih podatkov, vendar ni ukrepal, da bi jih odstranil ali onemogočil dostop do njih, se lahko šteje za posredno odgovoren za te podatke.

32 — Sodba z dne 2. marca 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

69. Tak je med drugim primer upravljavca spletnega mesta z indeksiranimi vsebinami omrežja *peer-to-peer*, ki je vedel ali je bil opozorjen, da datoteke *torrent*, ki jih zagotavljajo uporabniki omrežja, omogočajo izmenjavo del, ki se dajejo na voljo v tem omrežju brez dovoljenja imetnikov avtorskih pravic, in ni ukrepal, da bi odstranil te datoteke. V postopku v glavni stvari pa ni sporno, da to velja za spletno mesto TPB. Člen 14 Direktive 2000/31 torej ne nasprotuje njegovi odgovornosti za kršitve avtorskih pravic, ki izhajajo iz tega dajanja na voljo.

70. Preučiti je treba še skladnost takega ukrepa s temeljnimi pravicami.

#### Skladnost blokade dostopa do spletnega mesta s temeljnimi pravicami

71. Ukrepi, sprejeti na podlagi člena 8(3) Direktive 2001/29, morajo biti v skladu s temeljnimi pravicami, ki se uporabljajo.<sup>33</sup> Sodišče je vprašanje te skladnosti v zvezi z ukrepom, s katerim se odredi, naj se uporabnikom storitev ponudnika dostopa do interneta blokira možnost dostopanja do spletnega mesta, za katero je bilo ugotovljeno, da je odgovorno za kršitev avtorskih pravic, temeljito preučilo v sodbi UPC Telekabel Wien.<sup>34</sup> Sodišče je dopustilo tak ukrep z vidika temeljnih pravic, pri čemer je postavilo tri pogoje.<sup>35</sup>

72. Prvič, ponudnik, ki je naslovnik odredbe, mora imeti možnost izbrati tehnična sredstva, ki bodo uporabljena za uskladitev z njo, in se razbremeniti svojih obveznosti, tako da dokaže, da je sprejel vse razumne ukrepe v ta namen. Ta pogoj je določen z nacionalnim pravom, njegovo izpolnjevanje pa nadzirajo nacionalna sodišča.

73. Drugič, sprejeti ukrepi internetnim uporabnikom ne smejo po nepotrebnem odvzeti možnosti zakonitega dostopa do razpoložljivih informacij. Očitno pa je, da se z ukrepom blokade določenega spletnega mesta internetnim uporabnikom preprečuje dostop do informacij, ki so na voljo na njem, ne glede na to, ali so zakonite ali ne.

74. Zato je treba po mojem mnenju zakonitost takega ukrepa presojati v vsakem primeru posebej, s preučitvijo sorazmernosti med ukrepom in preprečitvijo dostopa do informacij, ki izhaja iz njega, na eni strani ter pomenom in težo kršitev avtorskih pravic, storjenih preko navedenega spletnega mesta, na drugi.

75. V primeru TPB glede na informacije, ki jih je predložila vlagateljica kasacijske pritožbe v postopku v glavni stvari, ki jih mora seveda preveriti predložitveno sodišče, več kot 90 % datotek, do katerih je mogoče dostopati preko tega spletnega mesta, vsebuje dela, ki se dajejo na voljo javnosti brez dovoljenja imetnikov avtorskih pravic. Poleg tega naj bi bili upravljavci TPB večkrat opozorjeni na nezakonitost vsebin na njihovem spletnem mestu in pozvani, naj jih odstranijo, kar naj bi ti upravljavci izrecno zavrnil.

76. Po mojem mnenju bi bila v teh okoliščinah preprečitev dostopa internetnih uporabnikov do podatkov, ki bi izhajala iz ukrepa blokade spletnega mesta TPB, sorazmerna s pomenom in težo kršitev avtorskih pravic, storjenih na tem spletnem mestu. Moja presoja temelji tako na deležu nezakonitih vsebin kot na vedênju upravljavcev navedenega spletnega mesta. To velja toliko bolj, ker je zelo verjetno, če se dela nezakonito izmenjujejo v omrežju *peer-to-peer*, da so lahko enostavno in brezplačno dostopna z drugimi sredstvi ali da jih je mogoče zlahka dajati na voljo. Položaj bi bil popolnoma drugačen v primeru spletnega mesta, na katerem bi bile nezakonite vsebine le postranske in katerega upravljavci bi lojalno sodelovali, da bi jih odstranili.

33 — Sodba z dne 27. marca 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, točki 45 in 46 ter navedena sodna praksa).

34 — Sodba z dne 27. marca 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, točke od 46 do 63).

35 — Sodba z dne 27. marca 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, točka 64).

77. Seveda je končna analiza glede sorazmernosti načrtovanega ukrepa naloga nacionalnih sodišč.

78. Nazadnje, tretjič, ukrep mora preprečiti ali vsaj otežiti uresničevanje nedovoljenega dostopa do varovanih vsebin in resno odvracati internetne uporabnike, ki uporabljajo storitve naslovnika odredbe, od dostopanja do teh vsebin, ki so jim dane na voljo ob kršenju avtorskih pravic. Drugače povedano, cilj ukrepa morata biti zaustavitev in preprečevanje kršenja avtorskih pravic, ukrep pa mora biti pri uresničevanju tega cilja razumno učinkovit.

79. V obravnavani zadevi nasprotni stranki v postopku s kasacijsko pritožbo v glavni stvari izražata resne dvome glede učinkovitosti ukrepa blokade dostopa do spletnega mesta TPB. Menita, da ta ukrep na eni strani ni učinkovit, saj je mogoče na internetu ista dela najti in izmenjavati na druge načine, brez spletnega mesta TPB. Na drugi strani naj bi vsak poučen internetni uporabnik brez težav obšel ukrep blokade spletnega naslova.

80. Vendar je treba opozoriti, prvič, da v skladu s sodno prakso Sodišča ni potrebno, da je varstvo intelektualne lastnine absolutno zagotovljeno, to je, da načrtovani ukrep pripelje do popolne odprave kršitev avtorskih pravic. Dovolj je namreč, da resno odvraca internetne uporabnike od takih kršitev, tako da jih otežuje.<sup>36</sup> Ob upoštevanju vloge spletnih mest, kot je TPB, pri delovanju omrežij *peer-to-peer* pa se mi zdi nesporno, da bi blokada dostopa do takega spletnega mesta večini uporabnikov preprečila ali otežila odkrivanje del, ki se dajejo na voljo v takem omrežju, in s tem njihovo prenašanje ob kršenju avtorskih pravic.

81. Drugič, dejstvo, da lahko druga spletna mesta, in ne le TPB, opravljajo enako vlogo, v ničemer ne zmanjša učinkovitosti ukrepa, predlaganega v postopku v glavni stvari, saj je mogoče za blokado dostopa do teh spletnih mest potem predlagati podobne ukrepe. Pritrditev sklepanju nasprotnih strank v postopku s kasacijsko pritožbo v glavni stvari bi bila enaka priznanju, da noben ukrep za preprečevanje kršitve zakona ne more biti učinkovit, ker se bodo vedno dogajale nove kršitve, ki jih bodo izvajali drugi storilci.

82. Tretjič in zadnjič, spomniti je treba, da je ukrep, ki je bil nedvomno učinkovitejši in pri katerem je šlo za odreditev blokade celotnega internetnega prometa, ki se je nanašal na nezakonito izmenjavana dela v omrežjih *peer-to-peer*, že bil predmet presoje Sodišča. To je zavrnilo tak ukrep, ker je presodilo, da bi bil preveč omejujoč za ponudnike dostopa do interneta in bi preveč posegal v pravice uporabnikov.<sup>37</sup>

83. Če bi bilo treba danes zavrnilo ukrep, ki je manj omejujoč za ponudnike storitev in manj posega v pravice uporabnikov, z obrazložitvijo, da ni dovolj učinkovit, bi bili ponudniki dostopa do interneta na koncu dejansko oproščeni svoje dolžnosti sodelovanja v boju proti kršitvam avtorskih pravic. Odstopanja v zvezi z odgovornostjo posrednih ponudnikov, določena v Direktivi 2000/31, pa so eden od sestavnih delov ravnotežja med različnimi interesi, ki se vzpostavlja s to direktivo glede na njeno uvodno izjavo 41. Protiutež tem odstopanjem v okviru tega ravnotežja je ne le neobstoj vsakršne udeležbe posrednih ponudnikov pri kršitvah zakona, temveč tudi njihovo sodelovanje pri izogibanju tem kršitvam in njihovem preprečevanju. Navedeni ponudniki se ne morejo izogniti tej obveznosti, tako da se glede na okoliščine sklicujejo bodisi na to, da so ukrepi preveč omejujoči, bodisi na njihovo neučinkovitost.

36 — Sodba z dne 27. marca 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, točke od 61 do 63). Po mnenju Sodišča ta merila izpolnjuje celo ukrep, s katerim se kršitve avtorskih pravic ne preprečujejo neposredno, temveč se od uporabnikov zgolj zahteva, naj se za dostop do interneta identificirajo (sodba z dne 15. septembra 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, točki 95 in 96)).

37 — Sodba z dne 24. novembra 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, točke od 38 do 52).

84. Zato Sodišču predlagam, naj, če bi na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovorilo nikalno, na drugo vprašanje odgovori, da je treba člen 8(3) Direktive 2001/29 razlagati tako, da omogoča izdajo sodne odredbe zoper posrednika, s katero se temu odredi, naj svojim uporabnikom blokira dostop do spletnega mesta z indeksiranimi vsebinami omrežja *peer-to-peer*, če je mogoče upravljavca navedenega spletnega mesta na podlagi nacionalnega prava šteti za odgovornega za kršitve avtorskih pravic, ki so jih storili uporabniki tega omrežja, če je ta ukrep sorazmeren s pomenom in težo storjenih kršitev avtorskih pravic, kar mora preveriti nacionalno sodišče.

### **Predlog**

85. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče, Nizozemska), odgovori:

To, da upravljavec spletnega mesta z indeksiranjem datotek, ki vsebujejo avtorskoppravno varovana dela, ponujena za izmenjavo v omrežju *peer-to-peer*, in z zagotavljanjem iskalnika omogoča uporabnikom, da najdejo te datoteke, pomeni priobčitev javnosti v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi, če je bil ta upravljavec seznanjen s tem, da se neko delo v omrežju daje na voljo brez privolitve imetnikov avtorskih pravic, in ni ukrepal, da bi onemogočil dostop do tega dela.