



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 15. srpnja 2021.¹

Predmet C-401/19

Republika Poljska
protiv
Europskog parlamenta,
Vijeća Europske unije

„Tužba za poništenje – Direktiva (EU) 2019/790 – Autorsko pravo i srodna prava – Korištenje zaštićenog sadržaja od strane pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta – Priopćavanje javnosti – Odgovornost tih pružatelja usluge – Članak 17. – Oslobodenje od odgovornosti – Stavak 4. točka (b) i točka (c) *in fine* – Filtriranje sadržaja koje objavljuju korisnici – Sloboda izražavanja i informiranja – Povelja Europske unije o temeljnim pravima – Članak 11. stavak 1. – Usklađenost – Jamstva kojima se ograničava to filtriranje”

I. Uvod

1. Ovom tužbom, koja je podnesena na temelju članka 263. UFEU-a, Republika Poljska najprije zahtijeva od Suda da poništi članak 17. stavak 4. točku (b) i točku (c) *in fine* Direktive (EU) 2019/790 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o autorskom pravu i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ² i da, podredno, taj članak 17. poništi u cijelosti.

2. Tom se tužbom od Suda traži da ispita koju odgovornost snose pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta kad korisnici njihovih usluga objavljuju³ sadržaje zaštićene autorskim pravom ili srodnim pravima.

3. Ta je problematika već iznesena pred Sud u spojenim predmetima C-682/18, YouTube, i C-683/18, Cyando, s gledišta okvira uspostavljenog Direktivom 2000/31/EZ o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini)⁴, i Direktivom 2001/29/EZ o usklađivanju određenih

¹ Izvorni jezik: francuski

² SL 2019., L 130, str. 92. i ispravak SL 2019., L 134, str. 25.

³ Izraze „objavljivanje” ili „učitavanje” upotrebljavat će bez razlikovanja kako bih opisao postupak kojim se digitalni sadržaj stavlja na raspolaganje javnosti na internetskim stranicama ili aplikacijama za usluge dijeljenja za pametne uređaje.

⁴ Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. (SL 2000., L 178, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 39., str. 58.)

aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu⁵. U ovom slučaju treba ispitati članak 17. Direktive 2019/790, kojim se predviđa novi sustav odgovornosti primjenjiv na pružatelje usluge dijeljenja sadržaja putem interneta.

4. Kao što će se to objasniti u ovom mišljenju, tom se odredbom tim pružateljima usluga nalažu obveze praćenja sadržaja koji objavljuju korisnici njihovih usluga kako bi se spriječilo učitavanje djela i predmeta zaštite kojima nositelji prava ne žele omogućiti pristup na tim uslugama. To preventivno praćenje u pravilu se provodi u obliku filtriranja tog sadržaja s pomoću informatičkih alata.

5. Međutim, to filtriranje dovodi do složenih pitanja koja tužitelj postavlja u pogledu slobode izražavanja i informiranja koja je korisnicima usluga dijeljenja zajamčena člankom 11. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). Sud će s obzirom na svoje presude *Scarlet Extended*⁶, *SABAM*⁷ i *Glawischnig-Piesczek*⁸ morati odlučiti je li i, eventualno, u kojim uvjetima, takvo filtriranje u skladu s tom slobodom. Morat će uzeti u obzir prednosti, ali i opasnosti takvog filtriranja i u tom okviru osigurati očuvanje „pravedne ravnoteže” između, s jedne strane, interesa nositelja prava da se njihovo intelektualno vlasništvo djelotvorno zaštititi i, s druge strane, interesa tih korisnika i javnosti općenito za slobodno kretanje informacija na internetu.

6. U ovom ću mišljenju objasniti da, prema mojem mišljenju, zakonodavac Unije može, uz poštovanje slobode izražavanja, naložiti određene obveze praćenja i filtriranja određenim internetskim posrednicima, ali pod uvjetom da su te obveze popraćene dostatnim jamstvima, kako bi se minimizirao utjecaj takvog filtriranja na tu slobodu. Budući da članak 17. Direktive 2019/790, prema mojem mišljenju, sadržava takva jamstva, predložiti ću Sudu da presudi da je ta odredba valjana i da stoga odbije tužbu Republike Poljske⁹.

⁵ Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. (SL 2001., L 167, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 119.)

⁶ Presuda od 24. studenoga 2011. (C-70/10, u daljnjem tekstu: presuda *Scarlet Extended*, EU:C:2011:771)

⁷ Presuda od 16. veljače 2012. (C-360/10, u daljnjem tekstu: presuda *SABAM*, EU:C:2012:85)

⁸ Presuda od 3. listopada 2019. (C-18/18, u daljnjem tekstu: presuda *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821)

⁹ Moram pojasniti da je nakon sastavljanja ovog mišljenja, a tijekom njegova prevođenja, donesena, s jedne strane, presuda od 22. lipnja 2021., *YouTube i Cyando* (C 682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503) i da je Komisija, s druge strane, objavila svoje smjernice o primjeni članka 17. Direktive 2019/790 (communication from the Commission to the European Parliament and the Council, „Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market”, 4. lipnja 2021. [COM(2021) 288 *final*]). Uzimajući u obzir poodmakli stadij u sastavljanju ovog mišljenja, ta sam dva dokumenta razmotrio samo u dodatku, u točki 221. i sljedećima ovog mišljenja

II. Pravni okvir

A. Direktiva 2000/31

7. Člankom 14. Direktive 2000/31, naslovljenim „Smještaj informacija na poslužitelju („hosting’)\”, u njegovu stavku 1., određuje se:

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

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

ili

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

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

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

B. Direktiva 2001/29

9. Člankom 3. Direktive 2001/29, naslovljenim „Pravo priopćavanja autorskog djela javnosti i pravo stavljanja drugih predmeta zaštite na raspolaganje javnosti”, u njegovim stavcima 1. i 2., određuje se:

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

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

(a) umjetnicima izvođačima, fiksacija njihovih izvedbi;

(b) proizvođačima fonograma, njihovih fonograma;

(c) proizvođačima prvih fiksiranja filmova, izvornika i primjeraka njihovih filmova;

(d) organizacijama za radiodifuziju, fiksacija njihovih radiodifuzijskih emitiranja, bez obzira na to jesu li ta emitiranja prenesena putem žice ili putem zraka, uključujući kabelom ili satelitom.”

10. Člankom 5. te direktive, naslovljenim „Iznimke i ograničenja”, u njegovu stavku 3., predviđa se:

„Države članice mogu predvidjeti iznimke ili ograničenja prava navedenih u člancima 2. i 3. u sljedećim slučajevima:

[...]

(d) doslovno navođenje u svrhe kao što je kritika ili osvrt [...];

[...]

(k) korištenje radi karikature, parodije ili pastiša;

[...]”

C. Direktiva 2019/790

11. Člankom 17. Direktive 2019/790, naslovljenim „Korištenje zaštićenog sadržaja od strane pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta”, određuje se:

„1. Države članice predviđaju da pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta u svrhe ove Direktive obavlja radnju priopćavanja javnosti ili radnju stavljanja na raspolaganje javnosti kada javnosti daje pristup djelima zaštićenima autorskim pravom ili drugim predmetima zaštite koje učitavaju njegovi korisnici.

Pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta stoga je dužan ishoditi odobrenje nositelja prava iz članka 3. stavaka 1. i 2. [Direktive 2001/29], na primjer sklapanjem ugovora o licenciranju, u svrhu priopćavanja javnosti ili stavljanja na raspolaganje javnosti djela ili drugih predmeta zaštite.

2. Države članice predviđaju da, ako pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta dobije odobrenje, na primjer sklapanjem ugovora o licenciranju, to odobrenje obuhvaća i radnje korisnika usluga koje su obuhvaćene područjem primjene članka 3. [Direktive 2001/29] kada oni ne djeluju na komercijalnoj osnovi ili ako svojom aktivnošću ne ostvaruju znatne prihode.

3. Kada pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta obavlja priopćavanje javnosti ili stavljanje na raspolaganje javnosti u skladu s uvjetima utvrđenima ovom Direktivom, ograničenje odgovornosti utvrđeno u članku 14. stavku 1. [Direktive 2000/31] ne primjenjuje se na situacije obuhvaćene ovim člankom.

Prvim podstavkom ovog stavka ne utječe se na moguću primjenu članka 14. stavka 1. [Direktive 2000/31] na te pružatelje usluga za potrebe koje nisu obuhvaćene područjem primjene ove Direktive.

4. Ako odobrenje nije dano, pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta odgovorni su za neovlašteno priopćavanje javnosti, uključujući stavljanje na raspolaganje javnosti, djela zaštićenih autorskim pravom i drugih predmeta zaštite, osim u slučajevima kada pružatelji usluga dokažu da su:

- (a) poduzeli sve u svojoj moći kako bi dobili odobrenje; i
- (b) poduzeli sve u svojoj moći, u skladu s visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje, kako bi se osigurala nedostupnost određenih djela i drugih predmeta zaštite za koje su nositelji prava pružateljima usluga pružili relevantne i potrebne informacije; a u svakom slučaju
- (c) djelovali žurno nakon što su od nositelja prava primili dovoljno obrazloženu obavijest, radi onemogućavanja pristupa prijavljenim djelima ili drugim predmetima zaštite na svojim internetskim stranicama ili njihova uklanjanja sa svojih internetskih stranica te usto učinili sve u svojoj moći kako bi spriječili njihova buduća učitavanja u skladu s točkom (b).

5. Pri utvrđivanju ispunjava li pružatelj usluga svoje obveze iz stavka 4. i uz poštovanje načela proporcionalnosti, među ostalim se uzimaju u obzir sljedeći elementi:

- (a) tip, publika i opseg usluge te vrsta djela ili drugih predmeta zaštite koje učitavaju korisnici usluge; i
- (b) dostupnost odgovarajućih i djelotvornih sredstava i njihov trošak za pružatelje usluga.

[...]

7. Suradnja između pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta i nositelja prava ne smije dovesti do sprečavanja dostupnosti djela ili drugih predmeta zaštite koje su učitali korisnici i koji ne krše autorsko pravo i srodna prava, uključujući kada su takva djela ili drugi predmeti zaštite obuhvaćeni iznimkom ili ograničenjem.

Države članice osiguravaju da se korisnici u svakoj državi članici mogu osloniti na svaku od sljedećih postojećih iznimaka ili ograničenja pri učitavanju i stavljanju na raspolaganje sadržaja koje su proizveli korisnici usluga dijeljenja sadržaja putem interneta:

- (a) citate, kritike, osvrte;
- (b) korištenje u svrhe karikature, parodije ili pastiša;

8. Primjena ovog članka ne smije dovesti ni do kakve opće obveze praćenja.

Države članice predviđaju da pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta nositeljima prava na njihov zahtjev pružaju odgovarajuće informacije o funkcioniranju svojih praksi u pogledu suradnje iz stavka 4. i, u slučaju da su pružatelji usluga i nositelji prava sklopili ugovore o licenciranju, informacije o korištenju sadržaja obuhvaćenog takvim ugovorima.

9. Države članice predviđaju da pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta uspostavljaju djelotvorne i žurne pritužbene mehanizme i mehanizme pravne zaštite koji bi korisnicima

njihovih usluga bili dostupni u slučaju sporova o onemogućivanju pristupa djelima ili drugim predmetima zaštite koje su oni učitali ili njihovog uklanjanja.

Kada nositelji prava zatraže onemogućivanje pristupa njihovim određenim djelima ili drugim predmetima zaštite ili uklanjanje tih djela ili predmeta zaštite, oni propisno obrazlažu svoje zahtjeve. Pritužbe podnesene u okviru mehanizma predviđenog u prvom podstavku obrađuju se bez odgode, a odluke o onemogućivanju pristupa učitanom sadržaju ili njegovom uklanjanju podliježu preispitivanju koje provodi čovjek. Države članice također osiguravaju da korisnici imaju pristup izvansudskim mehanizmima pravne zaštite za rješavanje sporova. Takvi mehanizmi omogućuju nepristrano rješavanje sporova i korisniku ne uskraćuju pravnu zaštitu koja postoji sukladno nacionalnom pravu, ne dovodeći pritom u pitanje prava korisnika na korištenje učinkovitih pravnih sredstava pred sudom. Osobito, države članice osiguravaju da korisnici imaju pristup sudu ili drugom mjerodavnom pravosuđnom tijelu da bi se ispitala primjena iznimke ili ograničenja autorskog prava i srodnih prava.

Ova Direktiva ni na koji način ne utječe na zakonita korištenja, poput korištenja na temelju iznimaka i ograničenja predviđenih pravom Unije [...].

Pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta dužni su u svojim općim uvjetima obavijestiti korisnike o mogućnosti korištenja djela i drugih predmeta zaštite na temelju iznimaka ili ograničenja autorskog prava i srodnih prava predviđenih pravom Unije.

10. Komisija od 6. lipnja 2019. u suradnji s državama članicama organizira dijaloge s dionicima s ciljem raspravljanja o najboljim praksama u smislu suradnje između pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta i nositelja prava. Komisija nakon savjetovanja s pružateljima usluge dijeljenja sadržaja putem interneta, nositeljima prava, organizacijama korisnika i drugim relevantnim dionicima te uzimajući u obzir zaključke dijaloga s dionicima izdaje smjernice o primjeni ovog članka, posebno u vezi sa suradnjom iz stavka 4. Pri raspravljanju o najboljim praksama posebno se, između ostalog, u obzir uzima potreba za ravnotežom među temeljnim pravima i primjena iznimaka i ograničenja. Za potrebe dijaloga među dionicima organizacije korisnika imaju pristup odgovarajućim informacijama pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta o funkcioniranju njihovih praksi u smislu stavka 4.”

III. Činjenice iz kojih proizlazi ova tužba

A. Prijedlog direktive o autorskim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu

12. Europska komisija je 14. rujna 2016. podnijela Prijedlog direktive o autorskim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu¹⁰. Cilj je tog prijedloga bio prilagoditi pravila Unije u području književnog i umjetničkog vlasništva, odnosno autorskog prava i prava srodnih autorskom pravu, osobito Direktivu 2001/29, razvoju digitalnih tehnologija¹¹. Njime se također nastojalo postići usklađivanje u tom području na način kojim se, uz istodobno osiguranje visoke razine zaštite intelektualnog vlasništva, osigurava široka dostupnost kreativnog sadržaja u cijeloj Uniji i održava „pravična ravnoteža” s drugim javnim interesima u digitalnom okruženju.

¹⁰ Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o autorskim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu (COM(2016) 593 *final*) (u daljnjem tekstu: Prijedlog direktive)

¹¹ Vidjeti obrazloženje Prijedloga direktive, str. 2. i 3.

13. Konkretnije, u tom se okviru člankom 13. tog prijedloga nastojao otkloniti „Value Gap”, odnosno jaz između vrijednosti koju pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta ostvaruju na temelju djela i predmeta zaštite te prihoda koje isplaćuju nositeljima prava¹².

14. U tom pogledu valja podsjetiti na to da usluge o kojima je riječ, koje su karakteristične za interaktivnu uslugu „Web 2.0”, među kojima su najpoznatiji primjeri YouTube¹³, Soundcloud ili pak Pinterest, svakom omogućuju da automatski, bez prethodnog nadzora pružatelja tih usluga, objavi sadržaj koji želi. Sadržaju koji objavljuju korisnici tih usluga, a koji se općenito naziva „user-generated content” ili „user-uploaded content”, potom se može pristupiti u *streamingu* (kontinuirani prijenos) s internetskih stranica ili iz aplikacija za navedene usluge za pametne uređaje, pri čemu taj pristup olakšavaju funkcije indeksiranja, pretraživanja i preporuka koje one općenito sadržavaju, i to najčešće besplatno, dok pružatelji tih usluga obično zarađuju prodajom oglasnih prostora. Na taj se način na raspolaganje javnosti na internetu stavlja golema količina sadržaja¹⁴, uključujući znatan dio djela i drugih predmeta zaštite.

15. Međutim, nositelji prava, osobito oni u glazbenoj industriji, još od 2015. tvrde da, iako te usluge dijeljenja sadržaja zapravo imaju važnu ulogu u distribuciji djela i drugih predmeta zaštite na internetu te njihovi pružatelji na njima ostvaruju znatne prihode od oglašavanja, ti pružatelji ne isplaćuju pravičnu naknadu nositeljima prava. Prihod koji im ti pružatelji isplaćuju osobito je neznatan u odnosu na prihod koji im isplaćuju pružatelji usluge *streaminga* glazbe, kao što je *Spotify*, iako se potrošači tih dviju vrsta usluga često smatraju istovjetnim izvorima pristupa navedenim predmetima. To također dovodi do nepoštenog tržišnog natjecanja među navedenim uslugama¹⁵.

16. Da bi se dobro razumio argument „Value Gap”, valja se vratiti na pravni okvir koji se primjenjivao prije donošenja Direktive 2019/790 i na pravne nesigurnosti koje je on podrazumijevao.

17. *S jedne strane*, člankom 3. stavkom 1. Direktive 2001/29 autorima se priznaje isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za svako „priopćavanje” njihovih djela „javnosti”, uključujući „stavljanje” tih djela „na raspolaganje javnosti” tako da im pripadnici javnosti mogu pristupiti s mjesta i u vrijeme koje sami odaberu¹⁶. Slična se prava priznaju nositeljima srodnih prava u pogledu njihovih predmeta zaštite¹⁷ na temelju članka 3. stavka 2. te direktive¹⁸. Stoga u načelu¹⁹ trećina ne može „priopćavati javnosti” djelo ili predmet zaštite a da prethodno ne dobije odobrenje nositelja prava na to djelo ili predmet zaštite, koje općenito ima oblik ugovora o

¹² Vidjeti str. 3. Prijedloga direktive i „Commission Staff Working Document, impact assesement on the modernisation of EU copyright rules”, (SWD (2016) 301 *final*) (u daljnjem tekstu: procjena učinka), dio 1/3, str. 137. do 141.

¹³ Vidjeti što se tiče platforme YouTube moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (C-682/18 i C-683/18, u daljnjem tekstu: mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando, EU:C:2020:586, t. 14. do 18.).

¹⁴ Primjerice, korisnici YouTubea, kojih po navodima Googlea ima više od 1,9 milijarde, tako svakodnevno na toj platformi objavljuju više stotina tisuća videozapisa. Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 43.).

¹⁵ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 137., 139. i 142., kao i dio 3/3, Prilog 12B.

¹⁶ Članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29 stoga zapravo sadržava „pravo priopćavanja javnosti” i „pravo stavljanja na raspolaganje javnosti”. Međutim, s obzirom na to da prvo pravo obuhvaća drugo pravo, iz praktičnih ču razloga izraz „priopćavanje javnosti” upotrebljavati kako bih bez razlikovanja uputio na ta dva prava.

¹⁷ Vidjeti popis u članku 3. stavku 2. Direktive 2001/29, koji je preuzet u točki 9. ovog mišljenja.

¹⁸ Člankom 3. stavkom 2. Direktive 2001/29 zapravo se samo nositeljima srodnih prava priznaje isključivo pravo „stavljanja” njihovih predmeta zaštite „na raspolaganje javnosti”. Pravo „priopćavanja javnosti” u strogoj smislu riječi priznaje im se člankom 8. Direktive 2006/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o pravu iznajmljivanja i pravu posudbe te o određenim autorskom pravu srodnim pravima u području intelektualnog vlasništva (SL 2006., L 376, str. 28.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 218.). Za neke je nositelje srodnih prava potonje pravo isključivo pravo, dok je za druge riječ samo o pravu na naknadu. Bez obzira na to, te nijanse nisu relevantne za ovaj predmet. Stoga ču se pozvati samo na članak 3. Direktive 2001/29.

¹⁹ Podložno iznimkama i ograničenjima autorskog prava (vidjeti točku 144. ovog mišljenja).

licenciranju i dodjeljuje se za naknadu²⁰. Međutim, iako je oduvijek jasno da korisnikovo objavljivanje djela ili predmeta zaštite na usluzi dijeljenja predstavlja radnju „priopćavanja javnosti” za koju je potrebno takvo prethodno odobrenje, o pitanju trebaju li sami pružatelji tih usluga sklopiti ugovore o licenciranju i plaćati naknadu nositeljima prava vodi se žustra polemika između tih pružatelja i navedenih nositelja²¹.

18. *S druge strane*, članak 14. Direktive 2000/31 sadržava „sigurnu luku” (*safe harbour*) za pružatelje usluga informacijskog društva koje se sastoje od pohrane sadržaja dobivenog od trećih osoba. Tom se odredbom u biti predviđa da se pružatelj takve usluge oslobađa od svake odgovornosti koja može proizlaziti²² iz nezakonitog sadržaja koji pohranjuje na zahtjev korisnika te usluge, pod uvjetom da ne zna za taj sadržaj ili, ovisno o slučaju, da ga žurno ukloni. Međutim, čak i u tom slučaju postoji polemika u pogledu pitanja mogu li pružatelji usluge dijeljenja sadržaja putem interneta ostvariti pravo na to oslobođenje u području autorskog prava²³.

19. Ta je polemika još žustrija jer Sud dosad nije imao priliku o njoj odlučivati.²⁴

20. U takvom su kontekstu određeni pružatelji usluge dijeljenja jednostavno odbili sklopiti ugovore o licenciranju s nositeljima prava za djela i predmete zaštite koje objavljuju korisnici njihovih usluga jer su smatrali da to nisu dužni učiniti. Drugi su pružatelji ipak pristali sklopiti takve ugovore, ali uvjeti iz tih ugovora, prema mišljenju nositelja prava, nisu bili pravedni jer potonji nositelji nisu mogli ravnopravno pregovarati s navedenim pružateljima²⁵.

21. S obzirom na navedeno, cilj je Prijedloga direktive stoga bio, *s jedne strane*, omogućiti nositeljima prava dobivanje bolje naknade za korištenje njihovih djela i drugih predmeta zaštite na uslugama dijeljenja sadržaja putem interneta, tako da se potvrdi obveza pružatelja tih usluga da s tim nositeljima sklope ugovore o licenciranju²⁶.

22. *S druge strane*, tim se prijedlogom nositeljima prava nastojao omogućiti lakši nadzor nad korištenjem njihovih djela i predmeta zaštite na uslugama o kojima je riječ. U tom se pogledu njegovim člankom 13. pružatelje navedenih usluga u biti obvezivalo na upotrebu alata za automatsko prepoznavanje sadržaja koje su neki od njih već dobrovoljno uspostavili, odnosno informatičkih alata čije će se funkcioniranje opisati u nastavku²⁷, koji se mogu upotrebljavati, među ostalim, u trenutku kad korisnik objavljuje sadržaj, odakle i zajednički naziv za te alate „*Upload filter*” (filteri za učitavanje), kako bi se automatiziranim postupkom provjerilo uključuje li taj sadržaj djelo ili drugi predmet zaštite i, prema potrebi, onemogućilo njegovo širenje²⁸.

23. Prijedlog direktive i osobito njegov članak 13. doveli su do brojnih rasprava u Parlamentu i Vijeću u okviru zakonodavnog postupka. Usto, taj je postupak bio obilježen žestokim kampanjama lobiranja koje su provodili relevantni gospodarski subjekti i protivljenjem dijela

²⁰ Vidjeti osobito presudu od 14. studenoga 2019., Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, t. 38. i navedena sudska praksa).

²¹ Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 53. do 93.).

²² Članak 14. stavak 1. Direktive 2000/31 primjenjuje se horizontalno na sve vrste sadržaja i odgovornosti, neovisno o predmetnom području prava (intelektualno vlasništvo, kleveta, mržnja na internetu itd.). Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 138. i bilješka 128.).

²³ Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 132. do 168.).

²⁴ To je u određenoj mjeri učinio u presudi od 22. lipnja 2021., YouTube i Cyando (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503). Vidjeti, vezano uz tu presudu, točku 222. ovog mišljenja

²⁵ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 140.

²⁶ Vidjeti obrazloženje Prijedloga direktive, str. 3.

²⁷ Vidjeti točku 57. ovog mišljenja.

²⁸ Vidjeti uvodnu izjavu 38. treći stavak i uvodnu izjavu 39., kao i članak 13. stavak 1. Prijedloga direktive.

civilnog društva, akademskih krugova i zagovornika slobode izražavanja, koji su navodili štetne učinke koje bi, prema njihovu mišljenju, na tu slobodu mogla imati obveza pružatelja usluga dijeljenja da uspostave „upload filters”²⁹.

24. Prijedlog direktive u konačnici su odobrili Parlament 26. ožujka 2019. i Vijeće 16. travnja 2019.³⁰ Taj je prijedlog 17. travnja 2019. službeno donesen kao Direktiva 2019/790. Države članice morale su je prenijeti najkasnije do 7. lipnja 2021.³¹

B. Članak 17. Direktive 2019/790

25. Tijekom tog zakonodavnog postupka članak 13. Prijedloga direktive bio je predmet različitih izmjena. Donesen je u znatno različitom tekstu kao članak 17. Direktive 2019/790. Čini mi se korisnim sada prikazati njegove određene temeljne aspekte.

26. *Kao prvo*, članak 17. Direktive 2019/790 odnosi se, kao što se to navodi u njegovu naslovu, na „pružatelj[e] usluge dijeljenja sadržaja putem interneta”³². Taj je pojam u članku 2. točki 6. prvom stavku te direktive definiran kao svaki „pružatelj usluge informacijskog društva čija je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha pohranjivanje velike količine djela zaštićenih autorskim pravima ili drugih predmeta zaštite koje su učitali njegovi korisnici i davanje pristupa javnosti tim djelima ili drugim predmetima zaštite, koje organizira i promovira u svrhu ostvarivanja dobiti”. Neovisno o općenitoj prirodi upotrijebljenih izraza, iz njih jasno proizlazi da se taj članak 17. odnosi na „velike” pružatelje usluge dijeljenja za koje se smatra da su povezani s „Value Gap”³³, čije funkcioniranje očito odražava ta definicija³⁴.

27. *Kao drugo*, u članku 17. stavku 1. prvom podstavku Direktive 2019/790 navodi se da pružatelj usluge dijeljenja „u svrhe ove Direktive obavlja radnju priopćavanja javnosti ili radnju stavljanja na raspolaganje javnosti kada javnosti daje pristup djelima zaštićenima autorskim pravom ili drugim predmetima zaštite koje učitavaju njegovi korisnici”. Slijedom toga, kao što je to pojašnjeno u drugom podstavku tog stavka, ti pružatelji u načelu su dužni ishoditi odobrenje nositelja prava,

²⁹ Vidjeti osobito peticiju „Stop the censorship-machinery! Save the Internet!” (dostupno na internetskoj adresi <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet>). Vidjeti i Kaye D., „Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, 13. lipnja 2018., te „Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing”, 26. travnja 2018., Ujedinjeni Narodi.

³⁰ Direktiva 2019/790 nije donesena jednoglasno. Prilikom konačnog glasovanja u Vijeću šest država članica (Talijanska Republika, Veliko Vojvodstvo Luksemburg, Kraljevina Nizozemska, Republika Poljska, Republika Finska i Kraljevina Švedska) protivilo se tekstu, dok su tri države članice (Kraljevina Belgija, Republika Estonija, Republika Slovenija) bile suzdržane (vidjeti dokument 8612/19 od 16. travnja 2019., „Rezultat glasovanja – Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o autorskom pravu i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ (prvo čitanje)”, dostupan na internetskoj adresi <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/hr/pdf>). Osim toga, nekoliko je država članica u različitim izjavama navelo svoje bojazni u pogledu učinaka te direktive na prava korisnika (vidjeti zajedničku izjavu Nizozemske, Luksemburga, Poljske, Italije i Finske, izjavu Estonije i izjavu Njemačke, dostupne na internetskoj adresi <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/HR/pdf>).

³¹ Direktiva 2019/790 objavljena je u *Službenom listu Europske unije* 17. svibnja 2019. Stupila je na snagu 7. lipnja iste godine (vidjeti članke 29. i 31. te direktive).

³² Iz praktičnih ću razloga upućivati na „pružatelja usluge dijeljenja”.

³³ Uostalom, u uvodnoj izjavi 62. Direktive 2019/790 pojašnjava se da se pojam „pružatelj[i] usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” odnosi na usluge koje „imaju važnu ulogu na tržištu internetskog sadržaja u smislu da se natječu s drugim uslugama internetskog sadržaja, kao što su usluge internetskog audio i video prijenosa, s istom ciljanom publikom”, što odražava argumentaciju sažetu u točki 15. ovog mišljenja.

³⁴ Članak 2. točka 6. drugi stavak Direktive 2019/790 sadržava netaksativan popis pružatelja usluga na koje se članak 17. te direktive ne smije primjenjivati.

na primjer sklapanjem ugovora o licenciranju u pogledu korištenja, na njihovim uslugama, zaštićenog sadržaja koji objavljuju korisnici³⁵. Zakonodavac Unije tako je *ex lege* riješio polemiku navedenu u točki 17. ovog mišljenja u korist tih nositelja³⁶.

28. Ta je obveza u izravnom odnosu s općim ciljem članka 17. Direktive 2019/790, odnosno „ostvari[t]i pravedno tržište za autorsko pravo koje dobro funkcionira”³⁷, pri čemu se potiče razvoj „tržišta za licenciranje između nositelja prava i pružatelja usluge dijeljenja”. Riječ je o jačanju položaja tih nositelja prava prilikom pregovora (ili ponovnih pregovora) o ugovorima o licenciranju s tim pružateljima usluge kako bi se osiguralo da su ti ugovori „pravedni” i da održavaju „razumnu ravnotežu između obiju strana”³⁸, te stoga o otklanjanju „Value Gap”. Pregovarački položaj tih nositelja prava tim je jači jer oni u načelu nisu dužni sklopiti takve ugovore s tim pružateljima usluge³⁹.

29. *Kao treće*, u članku 17. stavku 3. Direktive 2019/790 pojašnjava se da, kada pružatelj usluge dijeljenja obavlja „priopćavanje javnosti” ili „stavljanje na raspolaganje javnosti” u skladu s uvjetima utvrđenima u stavku 1. tog članka, ne primjenjuje se oslobođenje od odgovornosti predviđeno u članku 14. Direktive 2000/31⁴⁰.

30. *Kao četvrto*, u tom članku 17. stavku 4. pojašnjava se da su pružatelji usluge dijeljenja, ako nisu dobili odobrenje nositelja prava, odgovorni za „neovlašteno”⁴¹ priopćavanje javnosti putem njihove usluge. Riječ je o logičnoj posljedici prethodno navedenog: budući da se za te pružatelje trenutačno smatra da obavljaju radnje „priopćavanja javnosti” kad „daju pristup” djelima i drugim predmetima zaštite koje su učitali korisnici njihovih usluga, oni snose izravnu (ili „primarnu”) odgovornost u slučaju nezakonitog „priopćavanja”.

31. Izravna odgovornost koju snosi osoba koja obavlja nezakonitu radnju „priopćavanja javnosti” načelno je objektivna odgovornost⁴². Pružatelji usluge dijeljenja stoga bi morali biti automatski odgovorni svaki put kad se djelo ili predmet zaštite nezakonito objavi na njihovoj usluzi. Na temelju toga bi im se osobito moglo naložiti da predmetnim nositeljima prava isplate naknadu za moguću posljedičnu štetu⁴³.

³⁵ Ta odgovornost ne zamjenjuje, nego dopunjuje odgovornost korisnika koji učitavaju sadržaj i sami provode različite radnje „priopćavanja javnosti”. Vidjeti, ipak, bilješku 265. u ovom mišljenju.

³⁶ U uvodnoj izjavi 64. Direktive 2019/790 navodi se da je riječ o „pojašnjenju”. Prema mojem je mišljenju zakonodavac Unije zapravo ponovno utvrdio doseg prava „priopćavanja javnosti” u smislu članka 3. Direktive 2001/29 (samo) u svrhu primjene navedenog članka 17. Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 250. do 255.).

³⁷ Uvodna izjava 3. Direktive 2019/790

³⁸ Vidjeti uvodnu izjavu 61. Direktive 2019/790.

³⁹ Vidjeti uvodnu izjavu 61. Direktive 2019/790, u kojoj se pojašnjava da, „budući da te odredbe ne bi trebale utjecati na ugovornu slobodu, nositelji prava ne bi trebali biti obvezni izdati odobrenje ili sklopiti ugovore o licenciranju”.

⁴⁰ Kao što se to pojašnjava u članku 17. stavku 3. drugom podstavku Direktive 2019/790, time se ne utječe na primjenu tog članka 14. na pružatelje usluge dijeljenja za potrebe koje nisu obuhvaćene područjem primjene te direktive. Naime, kao što sam to objasnio u svojem mišljenju u spojenim predmetima YouTube i Cyando (točke 141. do 168.), navedeni pružatelji usluga, prema mojem mišljenju, u drugim slučajevima ostvaruju pravo na oslobođenje predviđeno u navedenom članku 14. Kao što to ističe Komisija, članak 17. stavak 3. Direktive 2019/790 stoga je *lex specialis* u odnosu na taj članak 14.

⁴¹ To znači sljedeće: pružatelji su odgovorni za „nezakonito” priopćavanje javnosti, odnosno neovlaštene radnje na koje se ne primjenjuje nikakva iznimka ili ograničenje (vidjeti točku 143. i sljedeće ovog mišljenja).

⁴² Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 100. i 101.).

⁴³ Vidjeti članak 13. Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva (SL 2004., L 157, str. 45.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 2., str. 74.).

32. Međutim, s obzirom na to da su, *s jedne strane*, korisnici usluge dijeljenja ti koji objavljuju sadržaj koji se na njoj nalazi, pri čemu pružatelji te usluge ne provode prethodni odabir u tom pogledu⁴⁴, i da, *s druge strane*, ti pružatelji usluge vjerojatno neće moći dobiti odobrenje svih nositelja prava za sva postojeća i buduća djela i druge predmete zaštite koji bi se na taj način na nju mogli učitati⁴⁵, takva objektivna odgovornost obvezala bi navedene pružatelje na to da u cijelosti promijene poslovni model i time napuste sam model interaktivne usluge „Web 2.0”.

33. Stoga je zakonodavac Unije smatrao da za te pružatelje treba predvidjeti poseban mehanizam odgovornosti⁴⁶. U skladu s člankom 17. stavkom 4. Direktive 2019/790 oni u slučaju nezakonitog „priopćavanja javnosti” putem svoje usluge mogu biti oslobođeni od svake odgovornosti ako dokažu da su:

- „(a) poduzeli sve u svojoj moći kako bi dobili odobrenje; i
- (b) poduzeli sve u svojoj moći, u skladu s visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje, kako bi se osigurala nedostupnost određenih djela i drugih predmeta zaštite za koje su nositelji prava pružateljima usluga pružili relevantne i potrebne informacije; a u svakom slučaju
- (c) djelovali žurno nakon što su od nositelja prava primili dovoljno obrazloženu obavijest, radi onemogućavanja pristupa prijavljenim djelima ili drugim predmetima zaštite na svojim internetskim stranicama ili njihova uklanjanja sa svojih internetskih stranica te usto učinili sve u svojoj moći kako bi spriječili njihova buduća učitavanja u skladu s točkom (b)”.

34. Dva od tih kumulativnih uvjeta okosnica su ove tužbe. Ostali će stavci članka 17. Direktive 2019/790 postupno biti izneseni tijekom ispitivanja te tužbe⁴⁷.

IV. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

35. Tužbom podnesenom tajništvu Suda 24. svibnja 2019. Republika Poljska pokrenula je ovaj postupak.

36. Republika Poljska od Suda zahtijeva da:

- poništi članak 17. stavak 4. točku (b) i točku (c) *in fine*, odnosno dio koji se odnosi na tekst „te usto učinili sve u svojoj moći kako bi spriječili njihova buduća učitavanja u skladu s točkom (b)” u Direktivi 2019/790;
- podredno, u slučaju da Sud utvrdi da se pobijane odredbe ne mogu odvojiti od ostatka članka 17. te direktive, a da se on sadržajno ne izmijeni, taj članak poništi u cijelosti;
- Parlamentu i Vijeću naloži snošenje troškova.

⁴⁴ Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 73. do 78.).

⁴⁵ *Najprije*, ne žele svi nositelji prava dati odobrenje za korištenje svojih djela i predmeta zaštite na tim uslugama. *Nadalje*, iako je pružateljima usluge dijeljenja relativno lako prema potrebi sklopiti licencije s velikim organizacijama („Majors”) ili organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava, to je složenije kad je riječ o mnoštvu „malih” nositelja prava i pojedinačnih autora. *Konačno*, toj složenosti pridonosi činjenica da sadržaj koji se objavljuje na uslugama dijeljenja može uključivati više vrsta različitih prava te da autorsko pravo i srodna prava podliježu načelu teritorijalnosti. Licencije stoga funkcioniraju „za svaku državu zasebno”, što višestruko povećava broj odobrenja koja treba ishoditi.

⁴⁶ Vidjeti uvodnu izjavu 66. Direktive 2019/790.

⁴⁷ Osim članka 17. stavka 6. Direktive 2019/790, kojim se predviđaju posebni uvjeti oslobođenja od odgovornosti u pogledu „novih” pružatelja usluge dijeljenja i koji prekoračuje predmet ove tužbe.

37. Parlament od Suda zahtijeva da:

- odbije tužbu kao neosnovanu;
- Republici Poljskoj naloži snošenje troškova.

38. Vijeće od Suda zahtijeva da:

- glavne zahtjeve odbaci kao nedopuštene;
- podredno, odbije tužbu kao neosnovanu u cijelosti;
- Republici Poljskoj naloži snošenje troškova.

39. Odlukom predsjednika Suda od 17. listopada 2019. Kraljevini Španjolskoj, Francuskoj Republici, Portugalskoj Republici i Europskoj komisiji odobrena je intervencija u potporu zahtjevima Parlamenta i Vijeća. Intervencijske podneske podnijeli su svi ti intervenijenti, osim Portugalske Republike.

40. Stranke i intervenijenti, osim portugalske vlade, bili su zastupani na raspravi održanoj 10. studenoga 2020.

V. Analiza

41. U potporu svojoj tužbi Republika Poljska poziva se na jedan tužbeni razlog, koji se temelji na povredi prava na slobodu izražavanja i informiranja zajamčenog člankom 11. stavkom 1. Povelje⁴⁸. Prije nego što ispitam meritum tog tužbenog razloga (odjeljak B), ukratko ću razmotriti dopuštenost tužbe (odjeljak A).

A. Dopuštenost

42. Parlament, Vijeće, francuska vlada i Komisija tvrde da su glavni zahtjevi iz tužbe nedopušteni u dijelu u kojem se njima nastoji ishoditi poništenje samo točke (b) i točke (c) *in fine* članka 17. stavka 4. Direktive 2019/790. Slažem se s tim mišljenjem.

43. Naime, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, djelomično poništenje akta Unije moguće je samo u mjeri u kojoj su elementi čije se poništenje traži *odvojivi* od ostatka tog akta. Taj zahtjev nije ispunjen ako takvo djelomično poništenje akta ima za učinak izmjenu njegove biti⁴⁹.

44. Naime, poništenje samo točke (b) i točke (c) *in fine* u njegovu stavku 4. očito bi izmijenilo bit članka 17. Direktive 2019/790. Kao što to tvrde Parlament, Vijeće, francuska vlada i Komisija, različite odredbe tog članka 17. zajedno čine „složen” sustav odgovornosti koji odražava ravnotežu koju zakonodavac Unije nastoji postići između prava i interesa pružatelja usluge dijeljenja, korisnikâ njihove usluge i nositeljâ prava. Posljedica poništenja samo pobijanih odredbi

⁴⁸ Stoga ću svoje ispitivanje ograničiti na to temeljno pravo, neovisno o pitanjima koja mogu proizlaziti iz članka 17. Direktive 2019/790 s obzirom na druga temeljna prava zajamčena Poveljom, kao što je sloboda poduzetništva (članak 16.).

⁴⁹ Vidjeti osobito presudu od 8. prosinca 2020., Poljska/Parlament i Vijeće (C-626/18, EU:C:2020:1000, t. 28. i navedena sudska praksa).

bila bi zamjena tog sustava odgovornosti sustavom koji je istodobno bitno drukčiji i znatno povoljniji za te pružatelje. Drugim riječima, slijedom takvog djelomičnog poništenja Sud bi trebao *preinačiti* taj članak 17., što ne može učiniti u okviru postupka za poništenje na temelju članka 263. UFEU-a.

45. Suprotno tomu, stranke se slažu da su dopušteni tužitelji podredni zahtjevi, kojima traži poništenje članka 17. Direktive 2019/790 u cijelosti. Naime, koliko je god taj članak važan, njegovo poništenje ne bi izmijenilo bit te direktive. Njezini brojni članci odnose se na različite predmete te su podijeljeni u različite glave i poglavlja. Članak 17. navedene direktive zbog toga je *odvojitiv* od njezinih ostalih članaka, koji bi se u potpunosti mogli održati na snazi u slučaju poništenja prvonavedenog članka⁵⁰.

B. Meritum

46. Jedini tužbeni razlog na koji se poziva Republika Poljska može se sažeti u nekoliko riječi. Ona u biti tvrdi da, u skladu s člankom 17. stavkom 4. točkom (b) i točkom (c) *in fine* Direktive 2019/790, pružatelji usluge dijeljenja, kako bi bili oslobođeni od svake odgovornosti u slučaju nezakonitog „priopćavanja javnosti” djela ili drugih predmeta zaštite na njihovoj usluzi, trebaju provesti preventivno praćenje sadržaja koji korisnici žele objaviti. Da bi to učinili, trebaju se koristiti informatičkim alatima koji omogućuju automatsko filtriranje navedenog sadržaja. Međutim, to preventivno praćenje čini ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja zajamčenog člankom 11. Povelje. To ograničenje nije u skladu s tim instrumentom jer se njime povređuje „bit” tog temeljnog prava ili se, u najmanju ruku, ne poštuje načelo proporcionalnosti.

47. U odgovoru na tužbu Parlament i Vijeće, koje podupiru španjolska i francuska vlada te Komisija, osporavaju svaku od tih točaka. Stoga ću ih ispitati zasebno u odjeljcima koji slijede. *Najprije* ću razmotriti doseg pobijanih odredbi (odjeljak 1.). *Zatim* ću ispitati pitanje ograničenja pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja i informiranja (odjeljak 2.) i, *naposljetku*, pitanje usklađenosti tog ograničenja s Poveljom (odjeljak 3.).

1. Doseg pobijanih odredbi

48. Kako bi se utvrdio točan doseg uvjeta oslobođenja od odgovornosti predviđenih u članku 17. stavku 4. točki (b) i točki (c) *in fine* Direktive 2019/790, korisno je za usporedbu uzeti u obzir uvjete iz članka 14. Direktive 2000/31. U biti, na temelju tog članka pružatelj se oslobađa od svake odgovornosti koja može proizlaziti iz nezakonite informacije koju pohranjuje na zahtjev korisnika svoje usluge pod uvjetom da, kao prvo, ne zna za taj sadržaj ili, kao drugo, ovisno o slučaju, da žurno ukloni tu informaciju ili joj onemogući pristup. U praksi se od takvog pružatelja ne očekuje da prati informacije na svojim poslužiteljima i da aktivno traži nezakonite informacije koje se na njima nalaze⁵¹. Suprotno tomu, kad pružatelj sazna za postojanje i lokaciju takve nezakonite informacije, u pravilu u okviru prijave treće osobe, on mora odgovoriti uklanjanjem predmetne informacije ili onemogućavanjem pristupa toj informaciji, u skladu sa sustavom „prijave i uklanjanja” (*notice and take down*)⁵².

⁵⁰ Osim definicije „pružatelj usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” iz članka 2. točke 6. Direktive 2019/790, koja bi izgubila svoj razlog postojanja.

⁵¹ U skladu s člankom 15. Direktive 2000/31 (vidjeti točku 105. ovog mišljenja). S obzirom na navedeno, pružateljima se putem sudskih naloga mogu naložiti određene obveze praćenja, neovisno o tom oslobođenju od odgovornosti (vidjeti osobito članak 14. stavak 3. Direktive 2000/31 i članak 8. stavak 3. Direktive 2001/29).

⁵² Vidjeti, za više pojedinosti, moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 173. do 196.).

49. Suprotno tomu, kao što to tvrdi tužitelj, kako bi ispunili uvjete predviđene pobijanim odredbama, pružatelji usluge dijeljenja moraju provesti preventivno praćenje informacija koje objavljuju korisnici te usluge (odjeljak (a)). Međutim, kako bi proveli takvo praćenje, ti se pružatelji u velikom broju slučajeva moraju koristiti informatičkim alatima koji omogućuju automatsko filtriranje navedenog sadržaja (odjeljak (b)).

a) Preventivno praćenje sadržaja koji objavljuju korisnici...

50. *Kao prvo*, podsjećam na to da, *s jedne strane*, u skladu s člankom 17. stavkom 4. točkom (b) Direktive 2019/790, pružatelji usluge dijeljenja moraju poduzeti „sve u svojoj moći, u skladu s visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje”, kako bi se „osigurala nedostupnost” određenih djela i drugih predmeta zaštite za koje su nositelji prava pružateljima usluga pružili relevantne i potrebne informacije.

51. *S druge strane*, u skladu s tim stavkom točkom (c), kad od nositeljâ prava prime dovoljno obrazloženu obavijest koja se odnosi na prisutnost djela ili drugih predmeta zaštite na njihovim uslugama, ti pružatelji moraju ne samo žurno djelovati kako bi onemogućili pristup tim predmetima ili ih uklonili sa svojih internetskih stranica⁵³, nego također moraju poduzeti „sve u svojoj moći” kako bi „spriječili njihova buduća učitavanja”, ovaj put u skladu s logikom „prijave i zabrane pristupa” (*notice and stay down*).

52. Ukratko, pobijanim se odredbama pružateljima usluge dijeljenja nalažu obveze dužne pažnje ili, drugim riječima, obveze ulaganja maksimalnih napora⁵⁴ u području *praćenja* njihove usluge. Kako bi se „osigurala nedostupnost” određenih djela i drugih predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava i kako bi „spriječili njihova buduća učitavanja”, ti pružatelji moraju poduzeti „sve mjere koje bi poduzeo i pažljivi operator”⁵⁵ kako bi u moru sadržaja koje korisnici objavljuju aktivno otkrili te onemogućili ili uklonili onaj sadržaj kojim se reproduciraju predmeti o kojima je riječ⁵⁶.

53. To tumačenje potvrđuje cilj koji se nastoji postići člankom 17. Direktive 2019/790. Naime, na temelju članka 14. Direktive 2000/31 nositelji prava moraju pratiti usluge dijeljenja i putem prijave obavijestiti pružatelje tih usluga o sadržaju koji se na njima nalazi, a kojim se nanosi povreda, kako bi ga potonji pružatelji uklonili. Međutim, kao što je na to podsjetilo Vijeće, zakonodavac Unije smatrao je prilikom donošenja navedenog članka 17. da takav sustav predstavlja preveliko opterećenje za nositelje prava te im ne omogućuje učinkovit nadzor nad korištenjem njihovih djela i drugih predmeta zaštite na tim uslugama⁵⁷. Konkretno, uklonjeni sadržaj često se ponovno

⁵³ Uvjet predviđen člankom 17. stavkom 4. točkom (c) *in principio* stoga je istovjetan uvjetima koji su predviđeni člankom 14. Direktive 2000/31.

⁵⁴ Obvezom ulaganja maksimalnih napora od dužnika se zahtijeva da poduzme sve u svojoj moći kako bi postigao određeni rezultat, ali ga nije dužan postići. Vidjeti u tom smislu presude od 4. lipnja 2009., Komisija/Grčka (C-250/07, EU:C:2009:338, t. 68.) i od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 53.).

⁵⁵ Vidjeti uvodnu izjavu 66. drugi stavak Direktive 2019/790.

⁵⁶ Stoga članak 17. stavak 4. Direktive 2019/790 u biti predstavlja sustav odgovornosti za *nemar*: pružatelji usluge dijeljenja smatrat će se odgovornima, u skladu s tom odredbom, ako se s dovoljnom razinom dužne pažnje nisu borili protiv toga da korisnici njihove usluge objavljuju nezakonit sadržaj. Navedeni članak 17. u tom je pogledu vrsta „hibridne” konstrukcije između izravne odgovornosti koju snose oni koji čine nezakonite radnje i neizravne (ili „sekundarne”) odgovornosti koju posrednici snose za radnje trećih osoba. Vidjeti u pogledu te razlike moje mišljenje u predmetima YouTube i Cyando (t. 64., 65., 102. i 103.).

⁵⁷ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 140.

objavljuje nedugo nakon uklanjanja, što potonje nositelje obvezuje na povećanje broja prijava⁵⁸. Kako bi se riješio problem, pobijanim se odredbama na te iste pružatelje prebacuje teret praćenja njihove usluge⁵⁹.

54. *Kao drugo*, kao što to tvrdi Republika Poljska, kako bi postigli ciljeve pobijanih odredbi, pružatelji usluge dijeljenja moraju *ex ante* pokušati spriječiti objavljivanje sadržaja kojim se nanosi povreda, a ne samo ukloniti takav sadržaj *ex post*.

55. U tom pogledu iz uvodne izjave 66. Direktive 2019/790 proizlazi da, u skladu s člankom 17. stavkom 4. točkom (b) te direktive, pružatelji usluge dijeljenja moraju pokušati „spriječi[ti]” da djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava „postanu dostupni” na njihovim uslugama. Točka (c) tog stavka još je izričitija u pogledu prirode očekivanih mjera jer se u njoj navodi da ti pružatelji moraju voditi računa o tome da „spriječ[e]” buduća „učitavanja” djela ili predmeta zaštite koje su prijavili nositelji prava. Usto, izrazom „u skladu s točkom (b)” naglašava se da se u te dvije točke od navedenih pružatelja očekuje isto: moraju pokušati *spriječiti* da se određeni nezakonit sadržaj objavi, ili ponovno objavi, na njihovoj usluzi u okviru sustava „stay-down”.

56. To je tumačenje potvrđeno i ciljem koji se nastoji postići člankom 17. Direktive 2019/790, kojim se nositeljima prava omogućuje lakši nadzor nad korištenjem njihovih djela na uslugama dijeljenja. Kao što je to tvrdilo Vijeće, tom se odredbom nastoji jasnije potvrditi isključivost prava „priopćavanja javnosti” u digitalnom okruženju. Obvezama dužne pažnje koje se pobijanim odredbama nalažu pružateljima usluge dijeljenja nastoji se osigurati da ti nositelji mogu učinkovito „sta[ti] između eventualnih korisnika njihova djela i radnji priopćavanja javnosti koje bi ti korisnici mogli izvršiti”⁶⁰ na toj usluzi. Kao što su to naglasili Parlament i Vijeće, pružatelji stoga moraju pokušati intervenirati prije objave sadržaja, odnosno prije nego što se djela ili predmeti zaštite koji se tim sadržajem mogu reproducirati stvarno „priopće javnosti” i time povrijedi to isključivo pravo.

b) ...za koje je u velikom broju slučajeva potrebna primjena alata za filtriranje

57. U ovoj fazi ovog mišljenja čini mi se korisnim objasniti da određeni broj informatičkih alata omogućuje automatsko otkrivanje objave ili prisutnosti određenih informacija na poslužitelju. Konkretno, u tu svrhu postoje alati za automatsko prepoznavanje sadržaja (*Automatic Content Recognition* ili „ACR”) koji se temelje na različitim tehnikama, odnosno od najjednostavnije prema najsloženijoj, na „digitalnom sažimanju” (*hashing*), „digitalnom označivanju” (*watermarking*) i „digitalnom potpisivanju” (*fingerprinting*)⁶¹.

⁵⁸ Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 193.).

⁵⁹ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 137., kao i uvodnu izjavu 61. Direktive 2019/790.

⁶⁰ Vidjeti osobito presudu od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 28. i navedena sudska praksa).

⁶¹ „Hashing” je digitalno predstavljanje informatičke datoteke, s pomoću posebnog alata, jedinstvenim nizom alfanumeričkih znakova, odnosno takozvanim „*hashcodeom*”. Usporedbom tog „*hashcodea*” s „*hashcodeovima*” datoteka objavljenih na poslužitelju moguće je automatski otkriti sve identične primjerke izvorne datoteke koji se na njemu nalaze. „Watermarking” je uključivanje u sadržaj posebnog „markera”, s pomoću posebnog alata, koji može, ali ne mora biti vidljiv golom oku, koji je zatim moguće pronaći kako bi se identificirali izvorni sadržaj i njegove kopije. Konačno, „fingerprinting” je generiranje, s pomoću posebnog alata, jedinstvenog digitalnog prikaza („potpis”) određenog sadržaja, odnosno slike, fonograma, videozapisa itd., na način da ga se svede na određene karakteristične elemente. Usporedbom tog „potpisa” s „potpisima” datoteka koje se nalaze na poslužitelju moguće je identificirati sve datoteke koje u biti imaju isti sadržaj. Za više pojedinosti vidjeti Mochon, J.-P., „Rapport de mission – une application effective du droit d’auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l’art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus”, *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, 29. siječnja 2020.

58. Međutim, od druge polovice prvog desetljeća 21. stoljeća takve su alate, u okviru kojih se osobito primjenjuje potonja tehnika⁶², dobrovoljno uspostavili određeni pružatelji usluge dijeljenja, i to osobito⁶³ kako bi se na njihovoj usluzi aktivno tražio sadržaj kojim se nanosi povreda⁶⁴. Naime, alati za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa” mogu *automatski filtrirati* djela i druge predmete zaštite nositeljâ prava među sadržajem koji je objavljen na navedenoj usluzi na način da taj sadržaj u trenutku njegova objavljivanja ili nakon što je objavljen uspoređuju s referentnim informacijama koje su im pružili navedeni nositelji⁶⁵. Ako se tom usporedbom utvrdi podudaranje („match”), navedeni alati dotičnim nositeljima prava obično omogućuju da izaberu žele li, ručno ili automatski, *onemogućiti* predmetni sadržaj, odobriti njegovu objavu i pratiti njegovu popularnost s pomoću statistike posjećenosti ili ga pak „unovčiti” prikazivanjem oglasa u njemu⁶⁶.

59. Prijedlog direktive obuhvaća taj tehnološki razvoj. U analizi učinka naglasile su se učinkovitost alata za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa” u području povreda i njihova sve veća dostupnost na tržištu. Stoga podsjećam⁶⁷ na to da se tim prijedlogom nastojalo postići da uspostava takvih alata postane obvezna za pružatelje usluge dijeljenja, pri čemu je njegov cilj bio naložiti onima koji to još nisu učinili da „unaprijede” svoju uslugu, a ostale obvezati na to da nositeljima prava omogućće transparentan pristup njihovim alatima za prepoznavanje⁶⁸.

60. Kao što to nisu propustili naglasiti Parlament, Vijeće i španjolska vlada, konačna verzija Direktive 2019/790 više ne sadržava izričita upućivanja na alate za automatsko prepoznavanje sadržaja. Točke (b) i (c) članka 17. stavka 4. te direktive sastavljene su od općenitih pojmova. Tim se odredbama pružateljima usluge dijeljenja formalno ne nalaže donošenje mjera ili posebnih tehnika za postizanje njihovih ciljeva⁶⁹.

61. Prema tuženicima i intervenijentima, pobijanim se odredbama te pružatelje stoga ne obvezuje na upotrebu takvih alata. Oni raspolazu „manevarskim prostorom” u pogledu mjera i tehnika koje će primijeniti kako bi postigli ciljeve tih odredbi. U tom okviru navedeni pružatelji mogu „odabrati” da će upotrebljavati takve alate, odnosno nastaviti upotrebljavati ako ih već

⁶² Alati koji funkcioniraju na temelju tehnike „hashing” imaju ograničenu učinkovitost u području prepoznavanja sadržaja jer ta tehnika omogućuje samo, kao što sam to naveo u prethodnoj bilješci, otkrivanje *identičnih primjeraka* određene informatičke datoteke. Najmanja izmjena u odnosu na izvornu datoteku (promjena piksela na slici itd.) onemogućuje automatsko otkrivanje iako uspoređene datoteke u biti imaju identični sadržaj. Isto tako, tehnika „watermarking” omogućuje samo otkrivanje kopija označene datoteke te se lako može zaobići. Vidjeti Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶³ Ti se alati upotrebljavaju za otkrivanje drugih vrsta nezakonitog sadržaja (dječja pornografija, vrijeđanje itd.). Vidjeti Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁴ U tom je pogledu nedvojbeno najpoznatiji softver „Content ID” koji je Google razvio za YouTube. Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 22.).

⁶⁵ U praksi je cilj sustava generiranje „digitalnih potpisa” djela i drugih predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava i unošenje tih „potpisa” u bazu podataka povezanu s alatom za prepoznavanje. Potom se s pomoću algoritma sve objavljene datoteke automatski skeniraju te se njihovi „potpisi” uspoređuju s „potpisima” koji se nalaze u toj bazi podataka kako bi se otkrila podudaranja. Alati za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa” mogu identificirati takva podudaranja čak i u kratkom trajanju (primjerice, nekoliko sekundi kad je riječ o fonogramu) ili ako je sadržaj izmijenjen kako bi se izbjeglo automatsko otkrivanje (primjerice, zamijenjen je redoslijed kadrova u filmu ili je njihova izmjena ubrzana itd.). Određeni alati, kao što je Content ID, čak mogu prepoznati ne samo fonograme, nego i melodije djela na kojima se temelje. Vidjeti Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁶ Za više pojedinosti o tim alatima i njihovim dobavljačima vidjeti procjenu učinka, dio 3/3, str. 164. do 172. i Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁷ Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

⁶⁸ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 140. do 144. Vidjeti u istom smislu Komunikaciju Komisije „Suzbijanje nezakonitog sadržaja na internetu – Povećanje odgovornosti internetskih platformi” (COM(2017) 555 *final*), 28. rujna 2017., str. 13. i 14.

⁶⁹ U uvodnoj izjavi 68. Direktive 2019/790 samo se navodi da bi pružatelji usluge dijeljenja „mogli poduzeti različita djelovanja”.

upotrebljavaju, ili čak razvijati „inovativna rješenja”⁷⁰. U svakom slučaju, u skladu s člankom 17. stavkom 5. Direktive 2019/790, mjere koje se zahtijevaju od tih pružatelja usluga trebalo bi ispitati u svakom slučaju zasebno, s obzirom na načelo proporcionalnosti.

62. S obzirom na navedeno, kao što to tvrdi Republika Poljska, čini mi se da se pobijanim odredbama pružatelje usluge dijeljenja u velikom broju slučajeva itekako obvezuje na upotrebu tih alata za prepoznavanje sadržaja⁷¹. Prema mojem mišljenju, zakonodavac Unije samo je promijenio metodu između Prijedloga direktive i njegova donošenja kao Direktive 2019/790. Umjesto da *izravno* predvidi obvezu uspostave takvih alata, naložio ih je *neizravno*, u okviru uvjeta oslobođenja od odgovornosti koji su predviđeni tim odredbama.

63. Naime, *s jedne strane*, kao što je to tužitelj pravilno istaknuo, valja imati na umu činjenični kontekst pobijanih odredbi. Članak 17. Direktive 2019/790 odnosi se na pružatelje usluge koji pohranjuju „velike količine djela zaštićenih autorskim pravima ili drugih predmeta zaštite” i daju pristup javnosti tim djelima ili drugim predmetima zaštite. Drugim riječima, riječ je o operatorima koji upravljaju velikim, čak i ogromnim količinama sadržaja. Usto, ta se usluga dijeljenja pruža neprekidno te je otvorena za velik broj korisnika, pri čemu se posljedična količina novog sadržaja stoga može objaviti u bilo kojem trenutku.

64. U takvom mi se kontekstu čini očitim da, kao što to tvrdi tužitelj, zaposlenici pružatelja usluge dijeljenja ne mogu provjeriti sav objavljen sadržaj ili čak ni većinu objavljenog sadržaja⁷², što Parlament priznaje od početka. Stoga ne mogu shvatiti na koji bi način ti pružatelji, osim upotrebom alata za automatsko prepoznavanje koji im omogućuje filtriranje sadržaja učitano na njihovu usluzi, mogli razumno „osigura[ti] nedostupnost” djela i predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava i „spriječi[ti] njihova buduća učitavanja” na njihovu uslugu, u skladu s ciljevima pobijanih odredbi⁷³, pri čemu upućivanje Parlamenta i Vijeća na eventualna „inovativna

⁷⁰ Vidjeti u istom smislu priopćenje za medije Parlamenta, 27. ožujka 2019., „Questions and Answers on issues about the digital copyright directive”: „Is the directive creating automatic filters on online platforms? No. The draft directive sets a goal to be achieved [...]. The draft directive however does not specify or list what tools, human resources or infrastructures may be needed to prevent unremunerated material appearing on the site. There is therefore no requirement for upload filters. However, if large platforms do not come up with any innovative solutions, they may end up opting for filters [...]” (dostupno na internetskoj adresi <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>).

⁷¹ To je uostalom i mišljenje dobrog dijela stručnjaka u tom području. Vidjeti osobito Grisse, K., „After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019., sv. 14., br. 11, str. 887. do 899., osobito str. 894. i 895.; Leitsner, M., „European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2020., sv. 12., br. 2, str. 123. do 214., osobito str. 141. i 143.; Lambrecht, M., „Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive”, *JIPITEC*, sv. 11., 2020., str. 68. do 94., osobito str. 71.; Dusollier, S., „The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition”, *Common Market Law Review*, sv. 57., 2020., str. 979. do 1030., osobito str. 1016.; Mochon, J.-P., *op. cit.*, str. 106., kao i Frosio, G., i Mendis, S., „Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?”, Frosio, G. (ur.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020., osobito str. 562.

⁷² Vidjeti Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 71.: „[...] if YouTube wanted to ensure a human review of the 432.000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70.000 full time (very efficient) employees”.

⁷³ To ne znači da zaposlenici pružatelja usluge dijeljenja ne mogu uopće provjeriti određeni sadržaj. Međutim, ti pružatelji moraju upotrebljavati automatske alate kako bi barem smanjili količinu sadržaja koji treba proći takvu provjeru (vidjeti točku 211. ovog mišljenja).

rješenja”, predstavlja u tom pogledu samo vrlo relativnu pomoć⁷⁴. Uostalom, tuženici i intervenijenti na raspravi su, u odgovoru na pitanja Suda, polovično priznali da su ti alati često *de facto* neophodni u tom pogledu⁷⁵.

65. *S druge strane*, podsjećam na to da pružatelji usluge dijeljenja moraju, kako bi ispunili obveze dužne pažnje koje imaju, u skladu s tekstom članka 17. stavka 4. točke (b) Direktive 2019/790, poduzeti mjere koje odgovaraju „visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje”. Kao što je to pojašnjeno u uvodnoj izjavi 66. drugom stavku te direktive, u tom pogledu treba uzeti u obzir „najbolje sektorske prakse” i „najnovija tehnološka dostignuća”.

66. Međutim, kao što sam to objasnio u točki 58. ovog mišljenja, različiti pružatelji usluge dijeljenja već upotrebljavaju alate za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa” u pogledu više vrsta sadržaja⁷⁶. Drugi pružatelji koji dopuštaju takav sadržaj na svojoj usluzi stoga su dužni, kako bi ispunili obveze dužne pažnje koje proizlaze iz pobijanih odredbi, postupati u skladu s „najbolj[im] sektorsk[im] praks[ama]” i „najnovij[im] tehnološk[im] dostignuć[ima]”, uspostavljajući pritom takve alate za filtriranje tih kategorija sadržaja.

67. Točno je da, kao što su to istaknuli tuženici i intervenijenti, u skladu s člankom 17. stavkom 5. Direktive 2019/790, mjere koje se očekuju od pružatelja usluge dijeljenja u svakom slučaju moraju biti u skladu s načelom proporcionalnosti. U tom se pogledu moraju uzeti u obzir, kao prvo, „tip, publika i opseg usluge te vrsta djela ili drugih predmeta zaštite koje učitavaju korisnici usluge” i, kao drugo, „dostupnost odgovarajućih i djelotvornih sredstava i njihov trošak za pružatelje usluga”⁷⁷. U tom se okviru ne može isključiti da je, u određenim specifičnim slučajevima, protivno tom načelu da se od određenih pružatelja zahtijeva upotreba alata za prepoznavanje sadržaja. Također se čini da, prema sadašnjem stanju tehnologije, ti alati nisu ni prilagođeni ni učinkoviti u pogledu određenih posebnih vrsta djela i predmeta zaštite⁷⁸.

68. Međutim, osim tih specifičnih slučajeva, prema mojem je mišljenju jasno da su pružatelji usluge dijeljenja u svim situacijama u kojima su na tržištu dostupni različiti prikladni i učinkoviti alati koji nisu nerazumno skupi dužni *a priori* uspostaviti ih kako bi dokazali da su poduzeli „sve u svojoj moći” kako bi spriječili objavljivanje nezakonitog sadržaja i tako postupili u skladu s pobijanim odredbama⁷⁹. Oni mogu, prema potrebi, u skladu s načelom proporcionalnosti, među dostupnim alatima odabrati one koji najviše odgovaraju njihovoj situaciji i sredstvima kojima raspolaze⁸⁰, a najbogatiji među njima mogu čak i razviti interno takav alat.

⁷⁴ Određeni su operatori navodno počeli razvijati i upotrebljavati alate koji omogućuju identifikaciju sadržaja zahvaljujući umjetnoj inteligenciji. Vidjeti osobito Mochon, J.-P., *op. cit.*, str. 35. U svakom slučaju, to po svojoj prirodi ostaje tehnika automatskog prepoznavanja sadržaja.

⁷⁵ Konkretno, francuska vlada priznala je da je, „prema sadašnjem stanju tehnologije, upotreba mehanizama automatskog filtriranja najbolji mehanizam kojim se mogu brzo identificirati neovlaštene objave zaštićenog sadržaja s obzirom na more sadržaja koji se neprekidno objavljuje na platformama na koje se odnosi članak 17.”. Vijeće je također priznalo da bi se „veliki” pružatelji usluge dijeljenja mogli „osjećati dužnima” upotrebljavati takve alate.

⁷⁶ Alati za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa” mogu se upotrebljavati za audio sadržaj, fotografije i videozapise. Vidjeti Mochon, J.-P., *op. cit.* Pojašnjavam da se članak 17. Direktive 2019/790, s obzirom na to da u tekstu tog članka ili definiciji „pružatelj[a] usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” iz članka 2. točke 6. te direktive u tom pogledu ne postoji nikakvo ograničenje, primjenjuje na sve vrste predmeta zaštite (vizualne, glazbene, kinematografske, tekstualne, ali i retke kodova, video igre itd.).

⁷⁷ Vidjeti također uvodnu izjavu 66. drugi stavak Direktive 2019/790 („[...] Različita sredstva [...] mogla bi biti primjerena i razmjerna ovisno o vrsti sadržaja [...]).

⁷⁸ Vidjeti osobito Mochon J.-P., *op. cit.*, str. 12. Čini se da je to slučaj, među ostalim, sa snimanim dijelovima u video igrama. Ako ne postoje informatički alati koji omogućuju automatsko i učinkovito filtriranje određenih vrsta djela i predmeta zaštite, ne može se isključiti da je doseg obveza dužne pažnje koje se nalažu pružateljima usluge dijeljenja u tom pogledu bitno smanjen, u skladu s načelom proporcionalnosti. Vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 66. drugi stavak Direktive 2019/790, u skladu s kojom „ne može [se] isključiti da se u nekim slučajevima pristup neovlaštenom sadržaju može izbjeći samo na temelju obavijesti nositelja prava”.

⁷⁹ Vidjeti Grisse, K., *op. cit.*, str. 895., kao i G. Frosio, G., i Mendis, S., *op. cit.*, str. 562.

⁸⁰ Vidjeti po analogiji presudu od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 51. do 53.).

69. *Ukratko*, kako bi u skladu s pobijanim odredbama dokazali da su poduzeli „sve u svojoj moći u skladu s visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje” kako bi se „osigurala nedostupnost” djela i predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava i „spriječil[a] njihova buduća učitavanja” na njihovu uslugu, pružatelji usluge dijeljenja u velikom broju slučajeva moraju uspostaviti alate za automatsko prepoznavanje sadržaja kako bi *filtrirali* sadržaj koji objavljuju korisnici i, prema potrebi, *onemogućili* dio tog sadržaja prije njegova učitavanja⁸¹.

2. Postojanje ograničenja pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja i informiranja

70. Budući da je doseg pobijanih odredbi pojašnjen, sad te odredbe treba ispitati s obzirom na pravo na slobodu izražavanja i informiranja.

71. Pravo zajamčeno člankom 11. Povelje, koje „uključuje slobodu mišljenja te primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja tijela javne vlasti i bez obzira na granice”, odgovara pravu koje je predviđeno člankom 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP)⁸². Na temelju članka 52. stavka 3. Povelje, ta dva prava stoga imaju jednako značenje ili barem jednak opseg primjene. Iz toga slijedi da članak 11. Povelje treba tumačiti s obzirom na članak 10. EKLJP-a i povezanu sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP).

72. To je temeljno pravo nedvojbeno relevantno u ovom slučaju. Naime, kao što su to Republika Poljska i Komisija navele u svojim očitovanjima, usluge dijeljenja iz članka 17. Direktive 2019/790 posebno su važne za slobodu primanja i širenja informacija i ideja.

73. Kao što to tvrdi tužitelj, objavljivanje sadržaja na navedenim uslugama, neovisno o tome je li riječ o videozapisima, fotografijama, tekstu itd., stoga je obuhvaćeno ostvarivanjem prava na slobodu izražavanja i informiranja⁸³. Takvo se objavljivanje može odnositi i na druge srodne slobode. Konkretno, kad predmetni sadržaj predstavlja umjetničko izražavanje korisnika koji ga učitavaju, njihovo objavljivanje obuhvaćeno je ostvarivanjem slobode umjetnosti koja je zajamčena člankom 13. Povelje i člankom 10. EKLJP-a⁸⁴.

74. Pojašnjavam da to vrijedi neovisno o pitanju povređuju li se tim sadržajem autorska prava. Suprotan argument koji je istaknuo Parlament, prema mojem mišljenju, proizlazi iz pravnog približavanja. Naime, činjenica da je informacija zaštićena autorskim pravom nema za učinak

⁸¹ Osim toga, alati za prepoznavanje sadržaja u velikom broju slučajeva pružateljima usluge dijeljenja omogućuju ispunjavanje obveza transparentnosti koje su im naložene člankom 17. stavkom 8. drugim podstavkom Direktive 2019/790. Naime, u skladu s tom odredbom ti pružatelji moraju nositeljima prava pružiti informacije o korištenju sadržaja obuhvaćenog eventualnim ugovorima o licenciranju koje su sklopili s potonjim nositeljima. Međutim, ti alati omogućuju samo prikupljanje statističkih podataka, koji su često vrlo precizni, o posjećenosti sadržaja na toj usluzi (vidjeti procjenu učinka, dio 3/3, str. 165., kao i točku 58. ovog mišljenja).

⁸² Vidjeti osobito presudu od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 73. i navedena sudska praksa). Vidjeti također članak 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima, koju je 10. prosinca 1948. donijela Opća skupština Ujedinjenih naroda (Rezolucija 217 A(III)) i članak 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koji je 16. prosinca 1966. donijela Opća skupština Ujedinjenih naroda.

⁸³ Vidjeti po analogiji ESLJP, 19. veljače 2013., Neij i Sunde Kolmisoppi protiv Švedske, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712 (u daljnjem tekstu: ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske), str. 9. i 10.; ESLJP, 10. travnja 2013., Ashby Donald i drugi protiv Francuske, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908 (u daljnjem tekstu: ESLJP, Ashby Donald i dr. protiv Francuske), t. 34., kao i mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu L'Oréal i dr. (C-324/09, EU:C:2010:757, t. 49. i 157.).

⁸⁴ Naime, iako u EKLJP-u takva sloboda ne postoji kao samostalno pravo, „sloboda umjetničkog izražavanja” obuhvaćena je člankom 10. te konvencije. Vidjeti osobito ESLJP, 24. svibnja 1988., Müller i dr. protiv Švicarske, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, t. 27., kao i ESLJP, 8. srpnja 1999., Karataş protiv Turske, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, t. 49.

njezino automatsko isključivanje iz područja slobode izražavanja⁸⁵. Iako je općenito *opravdano* ograničiti širenje takve informacije, to je relevantno tek u fazi ispitivanja uvjeta prihvatljivosti takvog ograničenja te slobode⁸⁶.

75. Međutim, prema tužiteljevu mišljenju, mjere filtriranja koje su pružatelji usluge dijeljenja dužni provesti kako bi postupili u skladu s člankom 17. stavkom 4. točkom (b) i točkom (c) *in fine* Direktive 2019/790 po prirodi su „preventivne mjere” nadzora informacija koje učitavaju korisnici. Te mjere dovode do „prethodnih ograničenja” u smislu sudske prakse ESLJP-a koja se odnosi na članak 10. EKLJP-a. Pobijane odredbe stoga dovode do uspostave „automatizirane opće cenzure preventivne prirode” na uslugama dijeljenja koju provode njihovi pružatelji. Navedene odredbe time obilježavaju osobito teško „miješanje” zakonodavca Unije u slobodu izražavanja i informiranja navedenih korisnika.

76. Suprotno tomu, tuženici i intervenijenti osporavaju da pobijane odredbe sadržavaju takvu „cenzuru” ili bilo kakvo „miješanje” u tu slobodu. Konkretno, prema mišljenju Vijeća, cilj tih odredbi, ili općenito članka 17. Direktive 2019/790, nije ograničiti *ex ante* informacije koje se mogu širiti na tim uslugama. Korisnici i dalje na njih mogu učitavati sadržaj koji žele. Ti pružatelji jednostavno moraju, u svim situacijama u kojima je objavljen sadržaj zaštićen autorskim pravom, dobiti odobrenje dotičnih nositelja prava, a ako ga ne dobiju, tad su odgovorni *ex post*.

77. Kao i tužitelj, smatram da pobijane odredbe stvarno sadržavaju „miješanje” u slobodu izražavanja korisnikâ usluge dijeljenja. Međutim, najprije ću iznijeti terminološko pojašnjenje. Točno je da izraz „cenzura” ima više značenja. S obzirom na navedeno, iz tužiteljevih očitovanja jasno proizlazi da on time upućuje na ideju nadzora informacija prije njihova širenja. U tom kontekstu, prema mojem mišljenju, rasuđivanja Parlamenta, Vijeća i španjolske vlade prema kojima izraz „cenzura” u ovom slučaju nije relevantan jer članak 17. Direktive 2019/790 ne podrazumijeva nikakav „politički ili moralni” nadzor informacija koje se objavljuju na uslugama dijeljenja nisu relevantna. Kako bi se izbjegla svaka dodatna zablude, u ovom ću odjeljku upotrebljavati samo izraze „preventivne mjere” i „prethodna ograničenja”.

78. S obzirom na to pojašnjenje, člankom 17. Direktive 2019/790 ne predviđa se samo, kao što to tvrdi Vijeće, da pružatelji usluge dijeljenja moraju dobiti odobrenje za zaštićen sadržaj koji objavljuju korisnici njihove usluge i da su, ako ga ne dobiju, za njega izravno odgovorni. Kao što sam to objasnio u prethodnom odjeljku, pobijanim odredbama također se predviđa da su navedeni pružatelji oslobođeni od te odgovornosti ako su poduzeli „sve u svojoj moći” kako bi *spriječili* da ti korisnici objave sadržaj kojim se reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava. Ti pružatelji stoga moraju provesti preventivno filtriranje i onemogućivanje predmetnog sadržaja.

79. Međutim, kao što to tvrdi tužitelj, filtriranje je po prirodi „preventivna mjera” nadzora informacija koje se šire na tim uslugama, a mjere onemogućivanja koje iz njih mogu proizaći čine „prethodna ograničenja” u smislu sudske prakse ESLJP-a koja se odnosi na članak 10.

⁸⁵ Prema mojim saznanjima, samo su mišljenja, informacije ili ideje koji predstavljaju govor mržnje automatski isključeni iz zaštite članka 10. EKLJP-a jer takav govor nije u skladu s vrijednostima koje su propisane i zajamčene tom konvencijom (vidjeti osobito ESLJP, Gunduz protiv Turske, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, t. 41.).

⁸⁶ Vidjeti osobito ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske, str. 10. i 12., kao i ESLJP, Ashby Donald i dr. protiv Francuske, t. 35. i 44. Vidjeti također Smith, G., „Copyright and freedom of expression in the online world”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2010., sv. 5., br. 2, str. 88. do 95., i Michaux, B., „Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d’auteur et Internet”, *L’Europe des droits de l’homme à l’heure d’Internet*, Van Enis, Q. (ur.), Bruylant, 2019., str. 491. do 526. Vidjeti i točku 117. ovog mišljenja.

EKLJP-a⁸⁷: kako bi se *spriječile*, a ne *kaznile* moguće povrede autorskog prava, nadziru se informacije koje korisnici namjeravaju objaviti, dok se one za koje se smatra da mogu dovesti do takve povrede ograničava *prije njihova širenja*⁸⁸.

80. U tim situacijama, suprotno onomu što tvrdi Vijeće, korisnici stoga nisu „slobodni” na uslugama dijeljenja objavljivati sadržaj koji žele. Mjere filtriranja i onemogućivanja koje provode pružatelji tih usluga ograničavaju sadržaj koji oni mogu učitati. Iz toga proizlazi „miješanje” u ostvarivanje slobode priopćavanja potonjih korisnika. Usto, filtriranje i onemogućivanje sadržaja prije njegova širenja dovode do „miješanja” u slobodu javnosti da prima informacije⁸⁹.

81. Parlament i Vijeće odgovaraju da pružatelji usluge dijeljenja kao privatni subjekti mogu slobodno odabrati informacije za koje žele da se šire na njihovoj usluzi te stoga odlučiti filtrirati i onemogućiti sadržaj. Čak i ako to predstavlja „miješanje” u slobodu izražavanja korisnikâ, ono se ni u kojem slučaju ne može pripisati zakonodavcu Unije.

82. Prema mojem mišljenju, taj argument objedinjuje dvije situacije. Točno je da pružatelji usluge dijeljenja u okviru slobode poduzetništva i ugovorne slobode koje su im zajamčene člankom 16. Povelje mogu u uvjetima korištenja njihovim uslugama ili pak „standardima zajednice” definirati politiku u području sadržaja i na vlastitu inicijativu izvršavati neki oblik „samoregulacije” provođenjem filtriranja i onemogućivanja sadržaja kojim se, prema njihovu mišljenju, povređuju ta pravila. U takvoj situaciji, nema „miješanja tijela javne vlasti” u smislu članka 10. EKLJP-a i članka 11. Povelje u slobodu izražavanja korisnikâ⁹⁰.

83. Međutim, u ovom slučaju, prema mojem mišljenju, nije riječ o „samoregulaciji” pružateljâ usluge dijeljenja. Neovisno o pitanju navodi li se u njihovim općim uvjetima korištenja ili njihovim „standardima zajednice” zabrana objavljivanja sadržaja kojima se nanosi povreda, filtriranje i onemogućivanje sadržaja provode se kako bi se postupilo u skladu s pobijanim odredbama⁹¹.

⁸⁷ Vidjeti ESLJP, 18. prosinca 2012., Ahmet Yildirim protiv Turske, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (u daljnjem tekstu: ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske), t. 55.; ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 36.; kao i ESLJP, 30. travnja 2019., Kablis protiv Rusije, CE:ECHR:2019:0430JUD004831016 (u daljnjem tekstu: ESLJP, Kablis protiv Rusije), t. 90.

⁸⁸ Vidjeti po analogiji presude Scarlet Extended (t. 29., 36., 37. i 40.) i SABAM (t. 26., 35., 37. i 38.). To se može usporediti s „represivnim” mjerama koje postoje do danas, kao što je uklanjanje, nakon prijave ili po nalogu suda, *informacije koja je već objavljena*, a čija je nezakonitost očita i/ili ju je taj sud ocijenio.

⁸⁹ Vidjeti po analogiji ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 55. i ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 36. (u pogledu mjera blokiranja internetskih stranica), te mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, t. 85.). Činjenica da se, kao što ću to u nastavku detaljno objasniti, onemogućen sadržaj prema potrebi može ponovno objaviti ako dotični korisnici u okviru pritužbenog mehanizma predviđenog člankom 17. stavkom 9. Direktive 2019/790 dokažu da se njime ne povređuju autorska prava, prema mojem mišljenju, ne može dovesti u pitanje to utvrđenje „miješanja”. Isto vrijedi za pitanje je li to filtriranje strogo usmjereno na nezakonit sadržaj. Suprotno tomu, te će se okolnosti analizirati u okviru ispitivanja proporcionalnosti tog miješanja.

⁹⁰ U tom se slučaju na temelju te slobode postavlja pitanje u kojoj mjeri, s obzirom na stečenu važnost tih usluga, koje su postale ključne infrastrukture za ostvarivanje slobode priopćavanja na internetu (vidjeti točku 103. ovog mišljenja), njihovi pružatelji moraju poštovati temeljna prava korisnikâ i u kojoj su mjeri tijela javne vlasti dužna, na temelju „pozitivnih obveza” koje proizlaze iz tih članaka, donijeti „pozitivne mjere zaštite” kojima se jamči stvarno ostvarivanje navedene slobode u odnosima između korisnikâ i pružateljâ usluge dijeljenja. Nije potrebno odlučiti o tim pitanjima u ovom slučaju. Što se tiče „pozitivnih obveza” koje proizlaze iz članka 10. EKLJP-a, vidjeti osobito ESLJP, 6. svibnja 2003., Appleby protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, t. 39. i ESLJP, 16. prosinca 2008., Khurshid Mustafa protiv Švedske, CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, t. 31.

⁹¹ Vidjeti po analogiji ESLJP, 28. lipnja 2001., VgT Verein gegen Tierfabriken protiv Švicarske, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, t. 44. do 47. U tom je predmetu ESLJP presudio da činjenica da je privatni televizijski kanal odbio emitirati televizijski spot udruge za zaštitu životinja predstavlja „miješanje” u slobodu izražavanja te udruge *koje se može pripisati državi tuženici* s obzirom na to da se tim odbijanjem nastojao poštovati nacionalni zakon u području radija i televizije kojim se zabranjuje politička propaganda. Stoga za razliku od Republike Poljske ne smatram da je teorija „pozitivnih obveza” relevantna u ovom slučaju. U svakom slučaju, ta točka nije odlučujuća u rasuđivanju. U tom je pogledu ESLJP više puta presudio da „[g]ranicu između pozitivnih i negativnih obveza države na temelju [EKLJP-a] nije moguće [...] precizno definirati” i da su načela koja se primjenjuju u oba slučaja u biti jednaka (vidjeti osobito ESLJP, 13. srpnja 2012., Mouvement Raëlien Suisse protiv Švicarske, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, t. 50. i navedena sudska praksa).

84. Stoga se, prema mojem mišljenju, „miješanje” u slobodu izražavanja korisnikâ itekako može pripisati zakonodavcu Unije. On ga je, naime, potaknuo. Uostalom, Parlament i Vijeće sami priznaju da se pobijanim odredbama na pružatelje usluge dijeljenja u biti prenosi teret nadzora povreda autorskog prava koje se počinje na toj usluzi. Zakonodavac je na neki način zadaću nadzora pravilne primjene autorskog prava u digitalnom okruženju delegirao tim pružateljima. Međutim, zakonodavac ne može istodobno provesti takvo delegiranje i prenijeti svu odgovornost na navedene pružatelje za miješanja u temeljna prava korisnikâ koja iz njih proizlazi⁹².

85. Moje uvjerenje u tom pogledu nije poljuljano argumentom Vijeća prema kojem se pobijanim odredbama pružatelje usluga dijeljenja ne „obvezuje” na provođenje filtriranja i onemogućivanja sadržaja koji objavljuju korisnici njihove usluge jer se člankom 17. stavkom 4. Direktive 2019/790 *stricto sensu* ne nalaže nikakva „obveza” tim pružateljima, nego se njime samo predviđa mehanizam oslobođenja od odgovornosti koji oni „mogu” primjenjivati kad nisu dobili odobrenje nositeljâ prava.

86. Naime, prema mojem mišljenju, da bi se ocijenila usklađenost članka 17. Direktive 2019/790 s člankom 11. Povelje, valja uzeti u obzir ne samo njegov tekst nego i njegove konkretne učinke. Međutim, s obzirom na činjenicu da, *s jedne strane*, pružatelji usluge dijeljenja ne mogu dobiti odobrenje nositeljâ prava za određen broj djela i drugih predmeta zaštite⁹³, dok, *s druge strane*, korisnici potencijalno ipak mogu objavljevati određenu količinu sadržaja kojim se reproduciraju predmeti o kojima je riječ, primjena mehanizma oslobođenja predviđenog člankom 17. stavkom 4. Direktive 2019/790 za te pružatelje nije „mogućnost” nego potreba, osim ako ne žele snositi prekomjeran rizik od odgovornosti. Stoga uvjeti oslobođenja od odgovornosti predviđeni pobijanim odredbama u velikom broju slučajeva u praksi predstavljaju stvarne *obveze* za navedene pružatelje. Uostalom, napominjem da se u tom članku 17. stavku 5. upućuje na „*obveze* [pružateljâ usluga dijeljenja] iz stavka 4.” (moje isticanje).

87. Prema mojem mišljenju, takav mehanizam odgovornosti/oslobođenja tehnika je koja je jednako djelotvorna kao i izravna obveza kojom se predmetnim gospodarskim subjektima nalaže provođenje preventivnog filtriranja sadržaja njihovih korisnika. Kao što sam to naveo u točki 62. ovog mišljenja, zakonodavac Unije samo je promijenio metodu u tom pogledu. Međutim, te različite metode *imaju iste učinke* te ih zbog toga treba razmatrati na isti način s obzirom na temeljna prava⁹⁴.

3. Usklađenost tog ograničenja s Poveljom

88. Iz prethodnog odjeljka proizlazi da, kao što to tvrdi Republika Poljska, pobijane odredbe sadržavaju ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja, koje je zajamčeno člankom 11. Povelje.

⁹² Vidjeti po analogiji ESLJP, 25. ožujka 1993., Costello-Roberts protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, t. 27.: „[d]ržava se ne može osloboditi od odgovornosti delegiranjem svojih obveza privatnim tijelima ili pojedincima”.

⁹³ Vidjeti bilješku 45. ovog mišljenja.

⁹⁴ Zaključno ću dodati da sama činjenica da se pružatelje usluge dijeljenja neizravno obvezuje na provođenje takvog praćenja njihove usluge sama po sebi čini „miješanje” zakonodavca Unije u slobodu izražavanja *tih pružatelja*. Naime, budući da oni svakome pružaju sredstva koja omogućuju primanje ili priopćavanje informacija, njihova je djelatnost obuhvaćena člankom 11. Povelje i člankom 10. EKLJP-a. Vidjeti po analogiji ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske, str. 9. i 10.; ESLJP, 2. veljače 2016., Magyar Tartalomzolgáltatók Egyesület and Index.hu zrt protiv Mađarske, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, t. 45. i ESLJP, 4. lipnja 2020., Jezior protiv Poljske, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, t. 41.

89. S obzirom na navedeno, sloboda izražavanja nije apsolutno pravo. U skladu s člankom 52. stavkom 1. Povelje, ograničenja pri ostvarivanju te slobode prihvatljiva su pod uvjetom da su, kao prvo, „predviđen[a] zakonom”, kao drugo, poštuju „bit” te slobode i, kao treće, poštuju načelo proporcionalnosti.

90. Slično tomu, u skladu s člankom 10. stavkom 2. EKLJP-a i sudskom praksom ESLJP-a koja se na njega odnosi, miješanje u slobodu izražavanja prihvatljivo je ako je, kao prvo, „predviđeno zakonom”, kao drugo, ako se njime nastoji postići jedan ili više legitimnih ciljeva utvrđenih u navedenom stavku 2. i, kao treće, ako je „nužno u demokratskom društvu”⁹⁵. Iako se ti uvjeti u pogledu formulacija djelomično razlikuju od onih predviđenih člankom 52. stavkom 1. Povelje, ponovno treba smatrati da imaju jednako značenje ili barem jednak opseg primjene⁹⁶.

91. Stoga ću u odjeljcima koji slijede ispitati poštuju li se tri uvjeta predviđena člankom 52. stavkom 1. Povelje, pri čemu ću ih tumačiti s obzirom na relevantnu sudsku praksu ESLJP-a. U tom ću okviru navesti razloge zbog kojih je predmetno ograničenje „predviđeno zakonom” (odjeljak (a)), zašto se njime poštuje „bit” prava na slobodu izražavanja (odjeljak (b)) i zašto se, pod uvjetom da se članak 17. Direktive 2019/790 tumači pravilno, njime poštuje načelo proporcionalnosti (odjeljak (c)).

a) Predmetno je ograničenje „predviđeno zakonom”

92. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, uvjet prema kojem svako ograničenje pri ostvarivanju temeljnih prava mora biti „predviđeno zakonom”, u smislu članka 52. stavka 1. Povelje, u vezi sa sudskom praksom ESLJP-a koja se odnosi na istovjetan uvjet predviđen člankom 10. stavkom 2. EKLJP-a, ne podrazumijeva samo da to ograničenje mora imati pravnu osnovu („postojanje zakona”), nego i da ta pravna osnova mora imati određena svojstva pristupačnosti i predvidljivosti („svojstvo zakona”) ⁹⁷.

93. U ovom slučaju, *s jedne strane*, predmetno ograničenje očito ima pravnu osnovu jer proizlazi iz odredbi koje je donio zakonodavac Unije.

94. *S druge strane*, što se tiče „svojstva” te pravne osnove, podsjećam na to da, prema sudskoj praksi Suda ⁹⁸ i sudskoj praksi ESLJP-a ⁹⁹, pravna osnova koja sadržava ograničenje pri ostvarivanju temeljnog prava mora biti dovoljno dostupna i predvidljiva u pogledu svojih učinaka, odnosno dovoljno jasno i precizno određena kako bi zainteresirane osobe mogle prema potrebi potražiti stručne pravne savjete i prilagoditi svoje ponašanje.

⁹⁵ Vidjeti osobito ESLJP, 14. ožujka 2002., Gaweda protiv Poljske, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, t. 37.; ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 56. i ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 36.

⁹⁶ Vidjeti točku 71. ovog mišljenja. Uostalom, na temelju članka 53. Povelje razina zaštite koju pruža taj instrument nikad ne smije biti niža od one koju jamči EKLJP. Sud u tu svrhu mora uvjete predviđene člankom 52. stavkom 1. Povelje tumačiti u najmanju ruku jednako strogo kao što ESLJP tumači uvjete iz članka 10. stavka 2. EKLJP-a.

⁹⁷ Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 81.); mišljenje 1/15 (Sporazum između EU-a i Kanade o popisu imena putnika) od 26. srpnja 2017. (EU:C:2017:592, t. 146.) i moje mišljenje u predmetu Facebook Ireland i Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, t. 263.).

⁹⁸ Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 81.).

⁹⁹ Vidjeti osobito ESLJP, 26. travnja 1979., Sunday Times protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, t. 49.; ESLJP, 14. ožujka 2002., Gaweda protiv Poljske, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, t. 39. i ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 37.

95. Međutim, smatram da su pobijane odredbe dovoljno jasne i precizne da bi ispunile taj uvjet. Točno je da definicija „pružatelj[a] usluge dijeljenja sadržaja putem interneta” predviđena člankom 2. točkom 6. Direktive 2019/790 i pobijane odredbe sadržavaju više otvorenih pojmova – „velike količine djela zaštićenih autorskim pravima ili drugih predmeta zaštite”, „sve u svojoj moći”, „visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje” itd. – koji stvaraju određen stupanj nesigurnosti u pogledu predmetnih gospodarskih subjekata i obveza koje im se nalažu u svakoj situaciji. Međutim, u skladu s objašnjenjima Parlamenta i Vijeća, upotrebom tih pojmova nastoji se osigurati da se te odredbe mogu prilagoditi različitim vrstama subjekata i situacija, kao i razvoju prakse i tehnologija, a sve kako bi bile prilagođene promjenama u budućnosti. Međutim, prema sudskoj praksi ESLJP-a, zakonodavac Unije može tekstovima koje donosi dati određenu fleksibilnost umjesto apsolutne pravne sigurnosti a da pritom ne povrijedi zahtjev „predvidljivosti”¹⁰⁰. Usto, pojašnjenja iznesena u ovom mišljenju, kao i ona koja će Sud iznijeti u presudi koju treba donijeti i u budućim odlukama, pridonose pojašnjenju tih pojmova i uklanjanju dvojbi u pogledu njih, čime se također ispunjava zahtjev „predvidljivosti”¹⁰¹.

96. S obzirom na to pojašnjenje, napominjem da Sud¹⁰² i ESLJP¹⁰³ sa zahtjevom „predvidljivosti” također povezuju pitanje sadržava li pravna osnova koja uključuje miješanje dostatna jamstva protiv opasnosti od proizvoljnih povreda ili zlouporabe temeljnih prava (u skladu s načelom „vladavine prava”). Tužitelj u ovom slučaju osporava taj aspekt.

97. Međutim, pitanje sadržavaju li pobijane odredbe dostatna jamstva za zaštitu slobode izražavanja korisnikâ usluge dijeljenja od pretjeranih ili proizvoljnih mjera filtriranja i onemogućivanja također se odnosi na *proporcionalnost* ograničenja koje proizlazi iz tih odredbi¹⁰⁴. Stoga ću, kako bih izbjegao ponavljanja, to pitanje postaviti u okviru ispitivanja uvjeta koji se odnosi na poštovanje načela proporcionalnosti¹⁰⁵.

b) Predmetno ograničenje poštuje „bit” prava na slobodu izražavanja

98. Valja podsjetiti na to da uvjet iz članka 52. stavka 1. Povelje, prema kojem svako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih tim instrumentom mora „poštovati bit tih prava i sloboda”, podrazumijeva da se, kad se nekom mjerom povrijedi ta „bit”, ona ne može opravdati. Tad se ta mjera smatra protivnom Povelji te je, što se tiče akta Unije, treba poništiti ili proglasiti nevaljanom, pri čemu nije potrebno ispitati uvjet koji se odnosi na poštovanje načela proporcionalnosti¹⁰⁶.

99. Naime, zakonodavac Unije može u zajedničkom interesu ograničiti ostvarivanje određenih temeljnih prava kako bi zaštitio druga prava i interese. On to osobito može učiniti kako bi zaštitio drugo temeljno pravo. U tom okviru raspolaže određenom marginom prosudbe kako bi odvagao

¹⁰⁰ U tom je smislu ESLJP više puta presudio da „[s]igurnost, iako je poželjna, katkad prati pretjerana strogost jer se pravo mora moći prilagoditi promjenama situacije. U puno se zakona također po prirodi stvari upotrebljavaju više ili manje neodređene formulacije čije tumačenje i primjena ovise o praksi”. Vidjeti osobito ESLJP, 16. lipnja 2015., Delfi AS protiv Estonije, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (u daljnjem tekstu: ESLJP, Delfi AS protiv Estonije, t. 121. i navedena sudska praksa).

¹⁰¹ Sama činjenica da su u ovom slučaju stranke i intervenijenti iznijeli različita tumačenja članka 17. Direktive 2019/790 (vidjeti točke 168. i 170. ovog mišljenja) ne znači da se ne poštuje zahtjev „predvidljivosti” (vidjeti osobito ESLJP, 17. veljače 2004., Gorzelik i drugi protiv Poljske, CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, t. 65.). Na Sudu će biti da pojasni pravilno tumačenje te odredbe.

¹⁰² Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 81.).

¹⁰³ Vidjeti osobito ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 59. i 64. te ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 37.

¹⁰⁴ Vidjeti po analogiji presudu od 6. listopada 2020., La Quadrature du Net i dr. (C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, t. 132.).

¹⁰⁵ Vidjeti točku 128. i sljedeće ovog mišljenja.

¹⁰⁶ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Facebook Ireland i Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, t. 272.).

različita prava i interese o kojima je riječ te pronašao „pravednu ravnotežu” među njima¹⁰⁷. Međutim, ta margina prosudbe ima apsolutnu granicu. „Bit” temeljnog prava čini „nedodirljivu jezgru” u koju se ne smije zadirati. Stoga nijedan cilj, koliko god bio legitiman, ne opravdava određene iznimno teške povrede temeljnih prava. Drugim riječima, cilj ne opravdava bilo koje sredstvo.

100. U ovom slučaju, prema mišljenju Republike Poljske, pobijane odredbe povređuju „bit” prava na slobodu izražavanja. Naime, preventivno praćenje koje pružatelji usluge dijeljenja moraju na temelju tih odredbi provoditi nad sadržajem koji objavljuju njihovih korisnici dovelo bi u pitanje to pravo kao takvo jer uključuje miješanje u taj sadržaj i njegovo eventualno onemogućivanje čak i prije širenja.

101. Kao ni tuženici i intervenijenti, ne slažem se s tim mišljenjem.

102. Točno je da se preventivne mjere nadzora informacija općenito smatraju osobito ozbiljnim miješanjem u slobodu izražavanja¹⁰⁸ zbog prekomjernosti do koje mogu dovesti. Te preventivne mjere u pravilu su u demokratskom društvu neprihvaćene jer ograničavanjem određenih informacija čak i prije njihova širenja onemogućuju svaku javnu raspravu o sadržaju i time slobodu izražavanja lišavaju same njezine funkcije pokretača pluralizma¹⁰⁹. Iz tih razloga, kao što to naglašava tužitelj, brojne države članice u svojim ustavima zabranjuju prethodni opći nadzor informacija.

103. Ta su razmatranja itekako relevantna u pogledu interneta. Kao što to ističe tužitelj, ta mreža ima posebnu važnost za slobodu primanja i širenja informacija i ideja¹¹⁰. Konkretnije, isto vrijedi za velike platforme i društvene mreže koje, time što omogućuju da svatko na internetu objavi sadržaj koji želi i da javnost ima pristup tom sadržaju, čine „neviđene” alate za ostvarivanje te slobode¹¹¹. Te platforme time sudjeluju u nekoj vrsti „demokratizacije” proizvodnje informacija te su, iako njima upravljaju privatni operatori, zapravo postale ključne infrastrukture za izražavanje na internetu¹¹². Prema sadašnjem stanju komunikacijskih sredstava, pravo na slobodu izražavanja stoga osobito podrazumijeva slobodu pristupa tim platformama i slobodu izražavanja na njima, u načelu bez miješanja tijela javne vlasti¹¹³.

¹⁰⁷ Vidjeti točke 117. i 129. ovog mišljenja.

¹⁰⁸ Vidjeti osobito ESLJP, 26. studenoga 1991., Observer i Guardian protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, t. 60.; ESLJP, 14. ožujka 2002., Gaweda protiv Poljske, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, t. 35. i ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 64. i navedena upućivanja.

¹⁰⁹ Podsjećam na to da je zbog toga sloboda izražavanja ključan element svakog demokratskog društva. Vidjeti osobito presudu od 23. travnja 2020., Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, t. 48. i navedena sudska praksa); ESLJP, 7. prosinca 1976., Handyside CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, t. 49. i ESLJP, 26. studenoga 1991., Observer i Guardian protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, t. 59.

¹¹⁰ Vidjeti, s jedne strane, presudu od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, t. 45.). Vidjeti, s druge strane, ESLJP, 10. ožujka 2009., Times Newspapers Ltd protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, t. 27.; ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 48. i 54. i ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 49. i 52.

¹¹¹ Vidjeti osobito ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 51. i 52. i ESLJP, Kablis protiv Rusije, t. 81.

¹¹² Vidjeti osobito Preporuku CM/rec(2018)2 Odbora ministara državama članicama o ulogama i odgovornosti internetskih posrednika, koju je Odbor ministara donio 7. ožujka 2018. na 1309. sastanku zamjenika ministara, i Balkin, J. M., „Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, sv. 127., br. 8, 2014., str. 2296. do 2342., osobito str. 2304.

¹¹³ Vidjeti Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće, Francuska), Odluka br. 2020-801 DC od 18. lipnja 2020., „Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet”, t. 4.

104. Međutim, ako spomenuta tijela vlasti izravno ili neizravno¹¹⁴ posrednim pružateljima usluge koji nadziru te infrastrukture za izražavanje nalože obvezu općeg preventivnog praćenja sadržaja koje učitavaju korisnici njihovih usluga u svrhu traženja bilo kakve vrste nezakonitih, ili čak samo nepoželjnih, informacija, ta sloboda priopćavanja dovodi se u pitanje kao takva. Stoga se, prema mojem mišljenju, zadire u „bit” prava na slobodu izražavanja, koje se predviđa člankom 11. Povelje.

105. U tom je kontekstu članak 15. Direktive 2000/31, prema mojem mišljenju, od temeljne važnosti. Tom se odredbom, time što se njome predviđa da se za posredne pružatelje usluge ne može uvesti „opć[a] obvez[a] [...] da [...] prate informacije koje prenose ili pohranjuju”, onemogućuje da informacija na internetu bude predmet općeg preventivnog praćenja koje se delegira tim posrednicima. Njome se na taj način jamči da će internet ostati slobodno i otvoreno mjesto¹¹⁵.

106. Iz tog sam razloga skloniji zabranu predviđenu tim člankom 15. smatrati *općim načelom* prava kojim se uređuje internet jer se njime u digitalnom okruženju konkretizira temeljna sloboda priopćavanja¹¹⁶. Uostalom, napominjem da je Sud u svojoj sudskoj praksi već uskladio poštovanje te slobode i tu zabranu¹¹⁷. Naime, jedna nije moguća bez druge. Iz toga slijedi, prema mojem mišljenju, da navedena zabrana prekoračuje okvir navedenog članka 15. te se ne nalaže samo državama članicama, nego i zakonodavcu Unije.

107. Međutim, suprotno onomu što tvrdi tužitelj, temeljnom pravu na slobodu izražavanja, kako je konkretizirano zabranom „općih obveza praćenja”, ne protive se sve vrste obveze praćenja.

108. Naime, kao što na to podsjeća Komisija, Sud je u svojoj sudskoj praksi koja se odnosi na naloge koji se mogu izdati protiv internetskih posrednika¹¹⁸ priznao da je takvom posredniku moguće naložiti „prevenciju” određenih povreda primjenom nekog oblika ciljanog praćenja njegove usluge¹¹⁹. Sud time razlikuje „opće” obveze praćenja od obveza praćenja „u pojedinom slučaju”¹²⁰. Slično tomu, ESLJP ne smatra da preventivne mjere nadzora informacija, uključujući obveze onemogućivanja, same po sebi nisu u skladu s člankom 10. EKLJP-a, pod uvjetom da su dio posebnog okvira¹²¹. Taj je sud u svojoj presudi Delfi AS protiv Estonije čak priznao da se od određenih posrednika može očekivati da aktivno prate svoju uslugu i traže određene vrste nezakonitih informacija¹²².

¹¹⁴ Odnosno u okviru mehanizma oslobođenja od odgovornosti, kao što je to ovdje slučaj (vidjeti točku 62. ovog mišljenja).

¹¹⁵ Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Poiarea Madura u spojenim predmetima Google France i Google (C-236/08 do C-238/08, EU:C:2009:569, t. 142. i 143.). Vidjeti također Preporuku CM/Rec(2007)16 Odbora ministara državama članicama o mjerama za promicanje vrijednosti javne usluge interneta, koju je Odbor ministara donio 7. studenoga 2007. na 1010. sastanku zamjenika ministara, Prilog, dio III., točku (a), te Preporuku CM/Rec(2018)2 o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika, Prilog, točku 1.3.5.

¹¹⁶ Vidjeti u istom smislu Smith, G., „Time to speak up for Article 15”, *Blog Cyberleagle*, 21. svibnja 2017. (dostupno na adresi <https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html>).

¹¹⁷ Vidjeti presude Scarlet Extended (t. 40. i 52.) i SABAM (t. 38. i 50.).

¹¹⁸ Sud je više puta presudio da nacionalna pravila kojima se utvrđuju pravila za navedene naloge, kao i načini njihove primjene za nacionalne sudove, moraju biti u skladu sa zabranom „općih obveza praćenja” koja je predviđena člankom 15. Direktive 2000/31. Vidjeti osobito presude Scarlet Extended (t. 32. do 35.) i SABAM (t. 30. do 33.).

¹¹⁹ Vidjeti uvodnu izjavu 45. i članak 14. stavak 3. Direktive 2000/31.

¹²⁰ Vidjeti uvodnu izjavu 47. Direktive 2000/31 („[d]ržavama članicama nije dozvoljeno propisati obvezu praćenja za davatelje usluga [...]; to se ne odnosi na obveze praćenja u pojedinom slučaju [...]).

¹²¹ Vidjeti ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 64.; ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 62. i ESLJP, Kablis protiv Rusije, t. 97.

¹²² Vidjeti točku 138. ovog mišljenja.

109. Tužitelj odgovara da je točno da je obveza praćenja koja se nalaže pružateljima usluge dijeljenja na temelju pobijanih odredbi „opća”. Naime, kako bi se „osigurala nedostupnost” određenih djela i drugih predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava te kako bi „spriječili njihova buduća učitavanja” na svoje usluge, ti pružatelji u praksi moraju filtrirati cjelokupan sadržaj koji učitavaju svi korisnici.

110. Međutim, smatram, poput tuženika i intervenijenata, da se tim odredbama zapravo nalaže „posebna” obveza praćenja¹²³. Ipak moram priznati da se sudska praksa Suda¹²⁴ nedavno promijenila u pogledu kriterija razlikovanja „općeg” od „posebnog”.

111. *Prvotno* se činilo da Sud uzima u obzir količinu informacija koje treba provjeriti. Sud je u presudi L’Oréal i dr.¹²⁵ presudio da operator određenog internetskog tržišta ne može biti obavezan provoditi „aktivno praćenje svih podataka svakog od svojih klijenata kako bi se spriječila bilo kakva buduća povreda prava intelektualnog vlasništva”. U presudi Scarlet Extended smatrao je da se pružatelja pristupa internetu nalogom ne može obvezati na uspostavu sustava filtriranja koji se primjenjuje na „svu elektroničku komunikaciju na njegovoj usluzi” i stoga „jednako na sve njegove klijente” kako bi se „na mreži tog pružatelja utvrdio protok elektroničkih datoteka koje sadržavaju glazbeno, kinematografsko ili audiovizualno djelo na koje podnositelj zahtjeva polaže prava intelektualnog vlasništva u svrhu onemogućivanja prijenosa datoteka čijom se razmjenom povređuje autorsko pravo”¹²⁶. Sud je u presudi SABAM¹²⁷ primijenio isto rasuđivanje u pogledu obveze operatora platforme društvene mreže da uspostavi sličan sustav filtriranja. Konačno, u presudi Mc Fadden¹²⁸ smatrao je da se operatoru bežične lokalne mreže ne može naložiti obveza praćenja „svih prenesenih informacija” na toj mreži, iako je bila riječ o onemogućivanju pristupa primjercima samo jednog glazbenog djela koje je identificirao nositelj prava¹²⁹.

112. *Sad* se čini da Sud uzima u obzir preciznost onog što se traži. U tom je pogledu Sud u presudi Glawischnig-Piesczek¹³⁰, koja se ovaj put odnosila na područje klevete, smatrao da obvezu operatora društvene mreže da prati sve informacije objavljene na toj mreži¹³¹ treba smatrati

¹²³ Vidjeti u istom smislu Grisse, K., *op. cit.*, str. 897.; Spindler, G., „The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties?”, JIPITEC, sv. 10., 2020., str. 350. i 353. do 359., kao i Cabay, J., „Lecture prospective de l’article 17 de la directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du „juste équilibre”, *Propriété intellectuelle à l’ère du big data et de la blockchain*, Schulthess, De Werra, J., i Benhamou, Y. (ur.), Ženeva, 2021., str. 225. do 237.

¹²⁴ Pojašnjavam da je, suprotno tvrdnjama Parlamenta, ta sudska praksa relevantna u ovom slučaju, iako se odnosi na naloge koje izdaju nacionalni sudovi, a ne na akt koji je donio zakonodavac Unije. Naime, pojam „opća obveza praćenja” treba tumačiti na isti način, neovisno o podrijetlu takve obveze (vidjeti u tom smislu moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (bilješka 104.)).

¹²⁵ Presuda od 12. srpnja 2011. (C-324/09, EU:C:2011:474, t. 139.)

¹²⁶ Presuda Scarlet Extended (t. 29. i 38. do 40.). Sud je, prema mojem shvaćanju, dao odlučujuću važnost činjenici da „takvo preventivno praćenje zahtijeva aktivno promatranje *cjelokupne elektroničke komunikacije ostvarene na mreži predmetnog [pružatelja pristupa internetu] i stoga obuhvaća sve informacije koje se prenose i sve klijente koji se koriste tom mrežom*” (točka 39.) (moje isticanje).

¹²⁷ Vidjeti točke 35. do 38. te presude.

¹²⁸ Presuda od 15. rujna 2016., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, t. 25. i 88.)

¹²⁹ Možemo se ozbiljno zapitati sadržavaju li pobijane odredbe „opću obvezu praćenja” u smislu u kojem je taj pojam shvaćen u tim presudama. Konkretno, razlike između obveza koje proizlaze iz tih odredbi i sustava filtriranja o kojem je riječ u predmetu u kojem je donesena presuda Scarlet Extended uopće nisu očite. U tom su predmetu nositelji prava zahtijevali da se posredniku naloži da „utvrdi [...] datoteke koje sadržavaju djela na koja [ti nositelji] polažu prava” (točka 38. te presude), i to, konkretno, upotrebom alata „Audible Magic” (vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, t. 21. i 24.)). Naime, riječ je o alatu za prepoznavanje na temelju „digitalnog potpisa”, koji funkcionira uz pomoć referentnih datoteka koje pružaju navedeni nositelji i koji je uostalom naveden u procjeni učinka (dio 3/3, str. 55.).

¹³⁰ Pojašnjavam da je ta presuda izrečena nakon podnošenja ove tužbe.

¹³¹ Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, t. 25., 26. i 59.).

„poseb[nom]” jer je bila riječ o traženju i onemogućivanju „precizne”¹³² klevetničke informacije, da pružatelj nije dužan provesti „samostalnu ocjenu” zakonitosti filtriranih informacija i da se, naprotiv, može „koristiti tehničkim sredstvima i automatiziranim sredstvima za istraživanja”¹³³.

113. Taj je razvoj sudske prakse Suda¹³⁴, prema mojem mišljenju, opravdan. Iako ću njezine granice pojasniti u nastavku¹³⁵, ovdje navodim da, ako bi se smatralo da je obveza praćenja „opća” jer posrednog pružatelja usluge *de facto* obvezuje da s pomoću informatičkih alata filtrira sve informacije koje objavljuju korisnici njegove usluge, iako je riječ o traženju konkretnih informacija, time se nažalost ne bi uzeo u obzir tehnološki razvoj koji omogućuje takvo filtriranje te bi se zakonodavcu Unije oduzelo korisno sredstvo za borbu protiv određenih vrsta nezakonitog sadržaja.

114. U ovom je slučaju točno da, kako bi se postigli ciljevi pobijanih odredbi, pružatelji usluge dijeljenja moraju pratiti sav sadržaj koji objavljuju njihovi korisnici. Međutim, riječ je o traženju, među tim sadržajem, „određenih djela ili drugih predmeta zaštite” za koja su im nositelji prava prethodno pružili „relevantne i potrebne informacije” (članak 17. stavak 4. točka (b) Direktive 2019/790) ili „dovoljno obrazloženu obavijest” (točka (c) spomenutog stavka 4.). Detaljnije ću objasniti koji sadržaj treba onemogućiti u nastavku ovog mišljenja¹³⁶. Međutim, u ovoj su fazi analize ti elementi, prema mojem mišljenju, dovoljni da se dokaže da se tim odredbama doista neizravno predviđa „posebna” obveza praćenja i da se isključi povreda „biti” prava na slobodu izražavanja¹³⁷.

115. Zaključno pojašnjavam da, iako zakonodavac Unije ne može internetskim posrednicima delegirati obvezu općeg preventivnog praćenja informacija koje se dijele ili prenose njihovim uslugama, on može, prema mojem mišljenju, odlučiti određenim internetskim posrednicima naložiti određene mjere aktivnog praćenja određenih konkretnih nezakonitih informacija a da pritom ne povrijedi „bit” slobode izražavanja. Uostalom, napominjem da je članak 17. Direktive 2019/790 u tom pogledu dio niza komunikacija i preporuka Komisije¹³⁸, kao i novih propisa¹³⁹, kojima se u tom smislu određene posrednike, osobito velike „platforme”, nastoji potaknuti da pridonesu borbi protiv određenih vrsta nezakonitog sadržaja. Međutim, u svakom je slučaju potrebno osigurati poštovanje načela proporcionalnosti. Takav oblik delegiranja nadzora

¹³² Presuda Glawischnig-Piesczek (t. 35.)

¹³³ Presuda Glawischnig-Piesczek (t. 46.)

¹³⁴ Pojašnjavam da, iako se presuda Glawischnig-Piesczek odnosi na pravo u području klevete, zaključci koji iz nje proizlaze prekoračuju to područje. Naime, pojam „opća obveza praćenja” primjenjuje se horizontalno, neovisno o vrsti povrede koju posrednik treba tražiti. Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, t. 43.).

¹³⁵ Vidjeti točke 194. do 199. ovog mišljenja.

¹³⁶ Vidjeti točke 200. do 203. ovog mišljenja.

¹³⁷ Uostalom, ističem da je zakonodavac Unije ponovno potvrdio zabranu „općih obveza praćenja” u članku 17. stavku 8. Direktive 2019/790 (vidjeti točke 194. do 203. ovog mišljenja).

¹³⁸ Vidjeti osobito komunikacije Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija od 6. svibnja 2015., „Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu” (COM(2015) 192 *final*), str. 4., 8. i 12. do 14.; od 25. svibnja 2016., „Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište – Mogućnosti i izazovi za Europu” (COM(2016) 288 *final*), str. 8. do 11. i od 28. rujna 2017., „Suzbijanje nezakonitog sadržaja na internetu – Povećanje odgovornosti internetskih platformi” (COM(2017) 555 *final*). Vidjeti također Preporuku Komisije (EU) 2018/334 od 1. ožujka 2018. o mjerama za suzbijanje nezakonitih internetskih sadržaja (SL 2018., L 63, str. 50.), uvodne izjave 1. do 5., 24. i 36. te točke 18., 36. i 37.

¹³⁹ Vidjeti osobito Uredbu (EU) 2021/784 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2021. o borbi protiv širenja terorističkog sadržaja na internetu (SL 2021., L 172, str. 79.), osobito članak 5., te Prijedlog uredbe Europskog parlamenta i Vijeća od 15. prosinca 2020. o jedinstvenom tržištu digitalnih usluga (Akt o digitalnim uslugama) i izmjeni Direktive 2000/31/EZ (COM(2020) 825 *final*), osobito članak 27. Napominjem da je načelo prema kojem se internetskim posrednicima ne može naložiti opća obveza praćenja ponovno potvrđeno u članku 7. potonjeg prijedloga.

zakonitosti na internetu¹⁴⁰ određenim posrednicima osobito prate rizici u pogledu slobode izražavanja korisnika njihovih usluga te se stoga ne može provesti bez dostatnih jamstava za potonje korisnike¹⁴¹.

c) Predmetno ograničenje poštuje načelo proporcionalnosti

116. Sad još preostaje ispitati uvjet koji se odnosi na poštovanje načela proporcionalnosti, koji se, u skladu s tekstom članka 52. stavka 1. Povelje, dijeli na dva poduvjeta: predmetno ograničenje mora biti, kao prvo, „potrebn[o]” i, kao drugo, „zaista odgovara[ti] ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba”.

117. Poštovanje *drugog poduvjeta* nije predmet rasprave među strankama. S obzirom na opći cilj koji se nastoji postići člankom 17. Direktive 2019/790¹⁴², predmetno ograničenje odgovara „potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba”, odnosno autorskih prava i srodnih prava nositeljâ. Podsjećam na to da je intelektualno vlasništvo zaštićeno kao temeljno pravo, među ostalim¹⁴³, člankom 17. stavkom 2. Povelje i člankom 1. Protokola br. 1 uz EKLJP¹⁴⁴. Pobijane su odredbe stoga „pozitivne mjere zaštite” koje je zakonodavac Unije donio kako bi navedenim nositeljima osigurao stvarno i učinkovito ostvarivanje njihovih prava intelektualnog vlasništva u okviru njihovih odnosa s pružateljima usluge dijeljenja¹⁴⁵.

118. Suprotno tomu, stranke se ne slažu u pogledu pitanja poštuje li predmetno ograničenje *prvi poduvjet*. U tom pogledu pojašnjavam da ispitivanje toga je li ograničenje pri ostvarivanju temeljnog prava zajamčenog Poveljom „potrebn[o]” u smislu njezina članka 52. stavka 1. zapravo obuhvaća nadzor triju kumulativnih zahtjeva: naime, treba provjeriti je li to ograničenje (1) „prikladno”, (2) „nužno” i (3) „proporcionalno” *stricto sensu*¹⁴⁶. Ta ću tri zahtjeva zasebno ispitati u odjeljcima koji slijede.

1) Predmetno je ograničenje „prikladno”

119. Čini se da Republika Poljska ne osporava zahtjev koji se odnosi na „prikladnost” predmetnog ograničenja. U svakom slučaju smatram, poput Parlamenta i Vijeća, da je taj zahtjev ispunjen.

¹⁴⁰ Vidjeti točku 84. ovog mišljenja.

¹⁴¹ Vidjeti točke 140. do 153. ovog mišljenja. Vidjeti u istom smislu i Preporuku Komisije 2018/334 (uvodne izjave 24., 27. i 36. te točke 19. do 21.).

¹⁴² Vidjeti točku 28. ovog mišljenja.

¹⁴³ Vidjeti i članak 27. stavak 2. Opće deklaracije o ljudskim pravima te članak 15. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima.

¹⁴⁴ Vidjeti osobito ESLJP, 11. siječnja 2007., Anheuser-Busch Inc. protiv Portugala, CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, t. 72.; ESLJP, Ashby Donald i dr. protiv Francuske, t. 40. i ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske, str. 11.

¹⁴⁵ Vidjeti po analogiji presude od 29. siječnja 2008., Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, t. 53.); od 15. rujna 2016., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, t. 81.) te ESLJP, Ashby Donald i dr. protiv Francuske, t. 36. i ESLJP, 19. veljače 2013., Neij i dr. protiv Švedske, str. 10. i 11. Kao što to tvrde Parlament i Vijeće, predmetno ograničenje istodobno odgovara cilju od općeg interesa koji Unija ne samo „priznaje”, nego i „nastoji postići”, a to je cilj promicanja kulturne raznolikosti (vidjeti uvodnu izjavu 2. Direktive 2019/790). Naime, zaštitom autorskog prava nastoje se, među ostalim, poduprijeti stvaralaštvo, produkcija te širenje informacija, znanja i kulture (vidjeti osobito uvodne izjave 9. do 11. i 14. Direktive 2001/29). Međutim, Unija je u skladu s člankom 3. stavkom 3. UEU-a postavila sebi za cilj „osigurava[ti] očuvanje i unapređenje kulturnog naslijeđa Europe”.

¹⁴⁶ Vidjeti osobito presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 50.); od 15. veljače 2016., N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, t. 54.) i od 17. prosinca 2020., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i dr. (C-336/19, EU:C:2020:1031, t. 64.).

120. Naime, u okviru analize prikladnosti određene mjere Sud ne treba provjeriti je li ta mjera *najbolji način* za postizanje željenog cilja, nego *može li pridonijeti* ostvarenju tog cilja¹⁴⁷.

121. Naime, obveze praćenja koje pružatelji usluge dijeljenja imaju na temelju pobijanih odredbi u ovom slučaju mogu pridonijeti cilju koji nastoji postići zakonodavac Unije. Time što se njima na te pružatelje prebacuje teret praćenja njihovih usluga i aktivne borbe protiv sadržaja koji se na njima može nalaziti, a kojima se nanosi povreda, tim se odredbama, *s jedne strane*, navedene pružatelje snažno potiče na sklapanje ugovora o licenciranju s nositeljima prava¹⁴⁸ i, *s druge strane*, navedenim nositeljima omogućuje da lakše nadziru korištenjem njihovih djela i predmeta zaštite na tim uslugama¹⁴⁹.

2) Predmetno je ograničenje „nužno”

122. Suprotno tomu, Republika Poljska tvrdi da ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja koje proizlazi iz članka 17. stavka 4. točke (b) i članka 17. stavka 4. točke (c) *in fine* Direktive 2019/790 prekoračuje ono što je „nužno” za ostvarivanje cilja koji zakonodavac Unije nastoji postići. Prema njezinu mišljenju, obveze predviđene tim stavkom točkama (a) i (c) *in principio* u tom su pogledu dovoljne. *S jedne strane*, obveza pružatelja usluge dijeljenja da u skladu s navedenom točkom (a) poduzmu „sve u svojoj moći” kako bi dobili odobrenje nositelja prava jača pregovarački položaj potonjih nositelja. *S druge strane*, obveza tih pružatelja da na temelju navedene točke (c) *in principio* djeluju žurno nakon što prime dovoljno obrazloženu obavijest, radi onemogućavanja pristupa prijavljenim djelima ili drugim predmetima zaštite na svojim internetskim stranicama ili njihova uklanjanja sa svojih internetskih stranica, jamči učinkovitu zaštitu prava tih nositelja.

123. Ne slažem se s tim mišljenjem.

124. U tom pogledu podsjećam na to da ispitivanje „nužnosti” podrazumijeva provjeru postoje li alternativne mjere koje bi bile *jednako učinkovite* kao i odabrana mjera za postizanje željenog cilja i istodobno *manje ograničavajuće*¹⁵⁰.

125. Međutim, kao što to u biti tvrde Parlament i Vijeće, sustav odgovornosti kojim se nalažu samo obveze predviđene u članku 17. stavku 4. točki (a) i članku 17. stavku 4. točki (c) *in principio* Direktive 2019/790 očito nije *jednako učinkovit* za postizanje cilja koji je postavio zakonodavac Unije kao i sustav kojim se usto predviđaju obveze koje proizlaze iz tog stavka točaka (b) i (c) *in fine*, iako su prvonavedene obveze stvarno *manje ograničavajuće* u pogledu prava na slobodu izražavanja od drugonavedenih obveza¹⁵¹.

¹⁴⁷ Vidjeti, osobito, presudu od 17. prosinca 2020., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i dr. (C-336/19, EU:C:2020:1031, t. 66. i navedena sudska praksa).

¹⁴⁸ S obzirom na to da se, podsjećam, pobijane odredbe primjenjuju samo na djela i predmete zaštite koje su identificirali nositelji prava, a za koja pružatelji usluge dijeljenja nisu dobili odobrenje potonjih nositelja.

¹⁴⁹ Vidjeti točku 53. ovog mišljenja. Činjenica da zlonamjerni korisnici mogu zaobići svako filtriranje (vidjeti međutim za otpornost alata za filtriranje na temelju „potpisa” bilješku 65. ovog mišljenja) i da to filtriranje nužno popratiti određena stopa pogreške eventualno može umanjiti prikladnost tih obveza za postizanje željenog cilja, ali ih ipak ne čini neprikladnima (vidjeti presudu od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 63.)).

¹⁵⁰ Vidjeti osobito presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 54. i 55.); od 17. listopada 2013., Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, t. 46., 52. i 53.) i od 4. svibnja 2016., Philip Morris Brands i dr. (C-547/14, EU:C:2016:325, t. 160.).

¹⁵¹ Vidjeti bilješku 172. ovog mišljenja.

126. Naime, *s jedne strane*, iako, kao što to tvrdi tužitelj, obveza pružatelja usluge dijeljenja da poduzmu „sve u svojoj moći” kako bi dobili odobrenje nositelja prava već sama po sebi jača položaj tih nositelja u pregovorima o ugovorima o licenciranju s tim pružateljima, člankom 17. Direktive 2019/790 ne nastoji se samo osigurati da navedeni nositelji dobiju pravičnu naknadu za korištenje njihovih djela i drugih predmeta zaštite na tim uslugama. Općenitije, riječ je o tome da se zajamči da ti nositelji mogu učinkovito nadzirati takvo korištenje i da, konkretno, ako to žele, *spriječe* dostupnost tih predmeta na takvim uslugama.

127. U tom pogledu nesporno je, *s druge strane*, da, kao što to naglašavaju tuženici, sustav prijave i uklanjanja, kao što je onaj koji proizlazi iz članka 14. Direktive 2000/31 i koji je u biti preuzet u članku 17. stavku 4. točki (c) *in principio* Direktive 2019/790, dotičnim nositeljima ne omogućuje da se usprotive nezakonitom korištenju svojih djela na uslugama dijeljenja *jednako učinkovito* kao i sustav kao što je onaj koji proizlazi iz pobijanih odredbi, kojim se pružateljima tih usluga usto nalažu obveze praćenja.

3) Predmetno je ograničenje „proporcionalno” stricto sensu

128. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, ograničenje pri ostvarivanju temeljnog prava zajamčenog Poveljom smatra se „proporcionalnim” u strogom smislu riječi ako nepovoljnosti uzrokovane predmetnom mjerom nisu neproporcionalne u odnosu na određene ciljeve¹⁵².

129. U ovom se slučaju pobijane odredbe protive, s jedne strane, pravu na slobodu izražavanja koje je zajamčeno člankom 11. Povelje i, s druge strane, pravu intelektualnog vlasništva koje je zaštićeno člankom 17. stavkom 2. tog instrumenta. Kao što na to podsjećaju Parlament, Vijeće i španjolska vlada, ne postoji „automatski prioritet” prvog prava nad drugim¹⁵³. Ocjenu proporcionalnosti tih odredbi stoga treba provesti, da ponovim riječi koje je upotrijebio Sud, „u skladu s nužnim usklađenjem zahtjeva za zaštitu [tih] različitih [temeljnih] prava” i „pravedne ravnoteže” među njima¹⁵⁴. Uostalom, Sud je u području autorskog prava osobito ustrajao na tome da je u digitalnom okruženju nužno održati „pravednu ravnotežu”¹⁵⁵.

130. Međutim, Republika Poljska upravo tvrdi da zakonodavac Unije nije održao tu ravnotežu u članku 17. Direktive 2019/790. Prema njezinu mišljenju, šteta koja je slobodi izražavanja nanесена pobijanim odredbama nije proporcionalna u odnosu na prednosti koje one mogu stvoriti u pogledu zaštite prava intelektualnog vlasništva.

131. Ja pak smatram, poput Parlamenta, Vijeća i Komisije, da je zakonodavac Unije mogao odlučiti vratiti se na ravnotežu svojstvenu sustavu odgovornosti koji se primjenjuje na pružatelje usluge dijeljenja (pododjeljak i.). Međutim, uspostavljeni novi sustav odgovornosti sadržava znatne rizike za slobodu izražavanja (pododjeljak ii.) zbog kojih je potrebno predvidjeti dostatna jamstva kako bi se ti rizici sveli na najmanju moguću mjeru (pododjeljak iii.), što je, prema mojem mišljenju, zakonodavac Unije i učinio (pododjeljak iv.).

¹⁵² Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2020., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i dr. (C-336/19, EU:C:2020:1031, t. 64. i navedena sudska praksa).

¹⁵³ Vidjeti po analogiji presudu od 9. studenoga 2010., Volker und Markus Schecke i Eifert (C-92/09 i C-93/09, EU:C:2010:662, t. 85.).

¹⁵⁴ Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2020., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i dr. (C-336/19, EU:C:2020:1031, t. 65. i navedena sudska praksa).

¹⁵⁵ Vidjeti osobito presudu od 9. ožujka 2021., VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, t. 54. i navedena sudska praksa).

i) Zakonodavac Unije mogao je prvotno uspostavljenu ravnotežu legitimno zamijeniti novom ravnotežom

132. Oslobođenje od odgovornosti koje je u pogledu posrednih pružatelja predviđeno člankom 14. Direktive 2000/31 odražava ravnotežu između, među ostalim, slobode izražavanja i prava intelektualnog vlasništva, koju je zakonodavac Unije želio uspostaviti prilikom donošenja te direktive. On je tad namjeravao poduprijeti razvoj tih pružatelja usluga kako bi općenito potaknuo rast elektroničke trgovine i „usluga informacijskog društva” na unutarnjem tržištu. Stoga nije bila namjera navedenim pružateljima propisati odgovornost koja može ugroziti njihove djelatnosti. Interese nositelja prava treba zaštititi i odvagnuti sa slobodom izražavanja korisnika interneta u okviru sustava „prijave i uklanjanja”, kao i u okviru naloga koje je moguće izdati u pogledu tih pružatelja¹⁵⁶.

133. Kao što to tvrdi Vijeće, okolnosti su se od tada nedvojbeno promijenile. Pojava usluge „Web 2.0” stvorila je prednosti, ali i nove gospodarske i društvene rizike koji utječu na različite relevantne interese. U tom kontekstu zakonodavac Unije može preispitati odluke koje je donio prije gotovo dvadeset godina, ocijeniti te promjene okolnosti i procijeniti te prednosti i rizike¹⁵⁷.

134. U tom pogledu, kao što su to naglasili Parlament, Vijeće i francuska vlada, zakonodavac Unije raspolaže širokom marginom prosudbe u područjima u kojima njegovo djelovanje podrazumijeva sudjelovanje u odlukama političke i gospodarske ili socijalne prirode, i u kojima on mora izvršiti složene ocjene i procjene¹⁵⁸. Prilagodba autorskog prava digitalnom okruženju i uspostava sustava odgovornosti u tom području za usluge dijeljenja sadržaja putem interneta, kojim se osigurava pravedna ravnoteža između svih prava i relevantnih interesa, nedvojbeno je „složena” zadaća¹⁵⁹.

135. Slično tomu, ESLJP tijelima javne vlasti priznaje široku marginu prosudbe prilikom uspostave ravnoteže među različitim pravima zaštićenima EKLJP-om¹⁶⁰. Ta je margina prosudbe u ovom slučaju tim važnija jer zakonodavac Unije u načelu mora urediti korištenje djela i drugih predmeta zaštite, a ne politički govor¹⁶¹.

136. U kontekstu o kojem se uvelike raspravlja¹⁶² zakonodavac Unije donio je političku odluku u korist kreativnih industrija. Smatrao je da prethodna ravnoteža između prava i relevantnih interesa više nije zadovoljavajuća i da, kako bi se nositeljima prava i dalje pružala visoka razina zaštite¹⁶³, mora uspostaviti novi sustav odgovornosti za određene pružatelje usluge „Web 2.0” kojim im se nalažu određene obveze praćenja sadržaja koji objavljuju korisnici njihovih usluga. S obzirom na široku marginu prosudbe kojom je raspolagao zakonodavac, smatram da takva odluka u načelu nije bila neproporcionalna.

¹⁵⁶ Vidjeti uvodne izjave 1. do 7., 40., 41., 45. do 49. Direktive 2000/31 i moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 245.).

¹⁵⁷ Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 246.).

¹⁵⁸ Vidjeti osobito presudu od 17. prosinca 2015., Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, t. 76. i navedena sudska praksa).

¹⁵⁹ Vidjeti Preporuku CM/Rec(2018)2 o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika, preambulu, točku 9.

¹⁶⁰ Vidjeti osobito ESLJP, Ashby Donald i dr. protiv Francuske, t. 40. i navedenu sudsku praksu. Vidjeti također ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske, str. 11. i ESLJP, 11. ožujka 2014., Akdeniz protiv Turske, CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, t. 28. Vidjeti u istom smislu presudu od 3. veljače 2021., Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, t. 91. do 93.).

¹⁶¹ Vidjeti po analogiji ESLJP, Neij i dr. protiv Švedske, str. 11.

¹⁶² U dijelu pravne teorije tvrdi se da ne postoje empirijski dokazi o postojanju „Value Gap”. Vidjeti osobito Frosio, G., „From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016., sv. 12., br. 7, str. 565. do 575., osobito str. 567. do 569. Za suprotno mišljenje vidjeti Bensamoun, A., „Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique”, *Entertainment*, Bruylant, br. 2018-4, str. 278. do 287.

¹⁶³ Pojašnjavam da je, naravno, na zakonodavcu Unije da odluči koju razinu zaštite autorskog prava i srodnih prava želi osigurati u Uniji.

137. Konkretnije, proporcionalnost pobijanih odredbi temelji se, prema mojem mišljenju, na kombinaciji elemenata koje ističu tuženici i intervenijenti, odnosno, kao prvo, opsegu gospodarske štete koja se nositeljima prava nanosi nezakonitim objavljivanjem njihovih djela na uslugama dijeljenja sadržaja putem interneta s obzirom na ogromnu količinu sadržaja koji se učitava na tim uslugama i brzinu razmjene informacija na internetu¹⁶⁴, kao drugo, činjenici da iz tih istih razloga ti nositelji prava putem sustava „prijave i uklanjanja” teško mogu nadzirati korištenje svojih djela na navedenim uslugama, kao treće, poteškoćama koje imaju u pokretanju tužbi protiv odgovornih korisnika i, kao četvrto, činjenici da se obveze praćenja odnose na pojedinačne posredne pružatelje. Što se tiče potonje točke, napominjem da pružatelji usluge dijeljenja promicanjem sadržaja¹⁶⁵ izvršavaju određeni utjecaj na informacije kojima pristupa javnost. Tim se aspektima te pružatelje u određenoj mjeri¹⁶⁶ nastoji približiti tradicionalnim posrednicima kao što su izdavači, tako da uspostava posebnog sustava odgovornosti za njih, koji se razlikuje od sustava primjenjivog na druge davatelje usluga smještaja informacija na poslužitelju, može biti proporcionalna¹⁶⁷.

138. Štoviše, kao što to tvrde španjolska i francuska vlada, ESLJP je u svojoj presudi Delfi AS protiv Estonije presudio da u okviru odvagivanja slobode izražavanja u smislu članka 10. EKLJP-a i prava na čast zajamčenog člankom 8. te konvencije nije proporcionalno internetski portal za novosti smatrati odgovornim za to što nije spriječio objavu određenih vrsta nezakonitih komentara koje su korisnici ostavili na njegovoj internetskoj stranici nakon članka ili što ih na vlastitu inicijativu barem nije uklonio u kratkom roku.

139. Međutim, ESLJP se u toj presudi usredotočio na, kao prvo, opseg štete nanесene takvim komentarima s obzirom na brzinu širenja informacija na internetu¹⁶⁸ i, kao drugo, činjenicu da sustav „prijave i uklanjanja”, iako u brojnim slučajevima može biti prikladan alat za odvagivanje prava i interesa svih zainteresiranih osoba, nije dostatan za sprečavanje teške štete koja proizlazi iz takvih komentara¹⁶⁹. ESLJP je također naglasio, kao treće, da bi žrtvi bilo teško pokrenuti tužbu protiv autorâ komentara i, kao četvrto, da operator portala za novosti ima određeni utjecaj na komentare koje objavljuju korisnici, tako da može biti opravdano uspostaviti poseban pristup u području odgovornosti za takvog posrednika¹⁷⁰. Stoga je moguća određena analogija s ovim predmetom¹⁷¹.

¹⁶⁴ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 137. do 144. i 175. Vidjeti u istom smislu presude od 13. svibnja 2014., Google Spain i Google (C-131/12, EU:C:2014:317, t. 80.) i Glawischnig-Piesczek (t. 36. i 37.).

¹⁶⁵ Vidjeti točku 14. ovog mišljenja.

¹⁶⁶ Međutim, činjenica da ti pružatelji ne provode prethodni odabir informacija objavljenih na njihovim uslugama (vidjeti točku 32. ovog mišljenja), prema mojem mišljenju, čini odlučujuću razliku zbog koje se prema njima ne može postupati jednako kao i prema izdavačima.

¹⁶⁷ Vidjeti u tom smislu Preporuku CM/Rec(2018)2 o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika, preambulu, točke 4. i 5. te Prilog, točku 1.3.9. Prema mojem mišljenju, takav sustav odgovornosti nije proporcionalan za „tradicionalne” davatelje usluga smještaja informacija na poslužitelju. Isto vrijedi *a fortiori* za druge vrste posrednika, kao što su pružatelji usluge „samo prijenosnik informacija” (vidjeti članak 12. Direktive 2000/31).

¹⁶⁸ Vidjeti ESLJP, Delfi AS protiv Estonije, t. 133.

¹⁶⁹ Vidjeti ESLJP, Delfi AS protiv Estonije, t. 151., 155., 158. i 159.

¹⁷⁰ Vidjeti ESLJP, Delfi AS protiv Estonije, t. 113., 115., 117., 128. i 145.

¹⁷¹ Pojašnjavam da je u tom predmetu operator portala za novosti trebao pratiti taj portal i tražiti „očito nezakonite” informacije. Kao što ću to pojasniti u točkama 194. do 218. ovog mišljenja, to je također slučaj u ovom predmetu.

ii) Rizici svojstveni sustavu odgovornosti kao što je onaj koji proizlazi iz pobijanih odredbi

140. Kao što to u biti tvrdi Parlament, u dijelu u kojem se filtriranjem koje moraju provesti pružatelji usluge dijeljenja na temelju pobijanih odredbi sprečava da se na toj usluzi širi sadržaj kojim se povređuju autorska prava ili srodna prava, ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja koje proizlazi iz tih odredbi opravdano je u pogledu tog sadržaja.

141. Međutim, veza koju je zakonodavac Unije u navedenim odredbama uspostavio između odgovornosti pružatelja usluge dijeljenja i učinkovitosti tog filtriranja sadržava znatan rizik za slobodu izražavanja, odnosno rizik od „prekomjernog onemogućivanja” zakonitog sadržaja.

142. Takav rizik od „prekomjernog onemogućivanja” općenito postoji kad tijela javne vlasti posredne pružatelje smatraju odgovornima za nezakonite informacije koje pružaju korisnici njihove usluge. Kako bi izbjegli svaki rizik od odgovornosti, ti posrednici mogu biti skloni pretjerivanju i prekomjernom onemogućivanju tih informacija *čim postoji najmanja sumnja u njihovu zakonitost*¹⁷².

143. U ovom je slučaju, konkretno, riječ o riziku od toga da pružatelji usluge dijeljenja, kako bi izbjegli svaki rizik od odgovornosti u odnosu na nositelje prava, sustavno sprečavaju da na njihovoj usluzi bude dostupan sav sadržaj kojim se reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite za koji su primili „relevantne i potrebne informacije” ili „dovoljno obrazloženu obavijest” od potonjih nositelja, uključujući sadržaj kojim se ne povređuju njihova prava¹⁷³.

144. Naime, osim što određeni korisnici koji žele objaviti predmetni sadržaj mogu imati licence za djela i predmete o kojima je riječ, nositelji prava nemaju apsolutni monopol nad korištenjem njihovih predmeta zaštite. Članak 5. stavak 3. Direktive 2001/29 u tom pogledu sadržava popis iznimki i ograničenja u pogledu isključivog prava „priopćavanja javnosti”. Tim se iznimkama i ograničenjima u načelu osigurava „pravedna ravnoteža” između, s jedne strane, interesa tih nositelja zaštite njihova intelektualnog vlasništva i, s druge strane, zaštite interesa i temeljnih prava korisnika predmeta zaštite, kao i općeg interesa¹⁷⁴, osobito pristupa javnosti kulturi. Konkretno, zbog nekoliko navedenih iznimki i ograničenja, među kojima su i one koje se odnose na doslovno navođenje, kritiku i osvrt¹⁷⁵ te one koje se odnose na karikaturu, parodiju i pastiš¹⁷⁶, pravo korisnika na slobodu izražavanja i stvaralaštva prevladava nad interesom tih nositelja u njihovim područjima primjene.

¹⁷² Vidjeti osobito Balkin, J.-M., *op. cit.*, str. 2309. i ESLJP, 4. lipnja 2020., Jezior protiv Poljske, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, t. 60. („Pripisivanje odgovornosti [posrednom pružatelju usluge] za komentare trećih osoba može [...] imati odvrćajući učinak na slobodu izražavanja na internetu”). Vidjeti također ESLJP, 2. veljače 2016., Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt protiv Mađarske, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, t. 86. i ESLJP, 7. veljače 2017., Pihl protiv Švedske, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, t. 35. Suprotno tomu, taj je rizik u okviru oslobođenja od odgovornosti predviđenog člankom 14. Direktive 2000/31 smanjen jer posredni pružatelji usluge trebaju samo ukloniti informacije čija je nezakonitost utvrđena ili „vidljiva”.

¹⁷³ Osobito zato što, s jedne strane, u skladu s člankom 17. stavkom 4. Direktive 2019/790, pružatelji usluge dijeljenja snose teret dokazivanja da su poduzeli „sve u svojoj moći” kako bi spriječili objavljivanje sadržaja kojim se nanosi povreda i što, s druge strane, snose velik rizik od odgovornosti s obzirom na „velike količine” sadržaja kojem se na tim uslugama daje pristup.

¹⁷⁴ Vidjeti osobito presude od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 26.); od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, t. 43.) i od 29. srpnja 2019., Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 38., 42., 43. i 54.). Vidjeti i uvodnu izjavu 6. Direktive 2019/790.

¹⁷⁵ Vidjeti članak 5. stavak 3. točku (d) Direktive 2001/29 i presude od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 71.) i Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 57.).

¹⁷⁶ Vidjeti članak 5. stavak 3. točku (k) Direktive 2001/29 i presudu od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 25.).

145. Međutim, velik dio sadržaja koji korisnici objavljuju na uslugama dijeljenja sastoji se upravo od korištenja, čak i kreativnog ponovnog prisvajanja djela i drugih predmeta zaštite koji mogu biti obuhvaćeni tim iznimkama i ograničenjima¹⁷⁷.

146. Međutim, pitanje primjenjuje li se takva iznimka ili ograničenje na određeni sadržaj ovisi o kontekstu te ga je potrebno analizirati¹⁷⁸. Granica između zakonitog korištenja i povrede u različitim slučajevima može biti upitna¹⁷⁹. U svim tim dvosmislenim situacijama pružateljima usluge dijeljenja može se činiti jednostavnijim spriječiti dostupnost predmetnog sadržaja nego da u okviru eventualne tužbe zbog odgovornosti koju podnesu nositelji prava moraju sami zahtijevati primjenu tih iznimki ili ograničenja¹⁸⁰.

147. Rizik od „prekomjernog onemogućivanja” koji sam upravo opisao u ovom je slučaju povećan činjenicom da uvjeti oslobođenja od odgovornosti postavljeni u članku 17. stavku 4. točki (b) i članku 17. stavku 4. točki (c) *in fine* Direktive 2019/790 u velikom broju slučajeva *de facto* obvezuju pružatelje usluge dijeljenja na upotrebu alata za automatsko prepoznavanje sadržaja.

148. U tom se pogledu ne smiju izgubiti iz vida ograničenja svojstvena alatima o kojima je riječ, koja je tužitelj propisno istaknuo i koja je Sud uostalom već utvrdio u svojim presudama *Scarlet Extended* i *SABAM*¹⁸¹. Naime, alati za automatsko prepoznavanje sadržaja otkrivaju upravo *sadržaj*, a ne *povredu* autorskog prava. Ti alati, osobito oni koji funkcioniraju u skladu s tehnikom „digitalnog potpisa”, mogu otkriti *podudaranje*, odnosno prepoznati reproducira li se sadržajem određene datoteke, u cijelosti ili djelomično, sadržaj referentne datoteke¹⁸². Suprotno tomu, kao što to tvrdi Republika Poljska, navedeni alati prema sadašnjem stanju ne mogu ocijeniti kontekst u kojem se reproducirano djelo koristi ni, među ostalim, identificirati primjenu iznimke ili ograničenja autorskog prava¹⁸³. Rizik od „prekomjernog onemogućivanja” tim je veći što je veća sposobnost tih alata da prepoznaju podudaranja u sve kraćim odlomcima (primjerice, nekoliko sekundi u slučaju fonograma). Njihova upotreba stoga sadržava rizik od toga da se korisnicima oduzme prostor za izražavanje i stvaralaštvo koji je dopušten navedenim iznimkama i ograničenjima¹⁸⁴. Usto, sposobnost alata za automatsko prepoznavanje da identificiraju sadržaj kojim se nanosi povreda ovisi o preciznosti i istinitosti informacija koje pružaju nositelji prava.

¹⁷⁷ Ovdje mislim na „memove”, osvrte na filmove, prisvajanja, kao i na mnoštvo drugih vrsta zabavnog ili poučnog sadržaja kojeg ima u obilju na tim uslugama i koji uostalom može sam biti djelo, koje je često „preoblikovano”.

¹⁷⁸ Primjerice, što se tiče iznimke predviđene člankom 5. stavkom 3. točkom (d) Direktive 2001/29, potrebno je provjeriti je li korisnik „dokaza[o] izravnu i usku povezanost između citiranog djela i vlastitih promišljanja te na taj način omogućio spomenuto intelektualno suprotstavljanje s djelom drugog autora” (presuda od 29. srpnja 2019., *Spiegel Online* (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 79.)). Što se tiče iznimke navedene u točki (k) tog stavka, potrebno je utvrditi predstavlja li sadržaj, s jedne strane, „pozivanje na postojeće djelo uz prikazivanje zamjetnih razlika u odnosu na njega” i, s druge strane, „izražavanje humora ili ismijavanja” (presuda od 3. rujna 2014., *Deckmyn i Vrijheidsfonds* (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 20.)).

¹⁷⁹ K tomu, analiza je još složenija zbog činjenice da se primjenjive iznimke i ograničenja, kao i njihov doseg, mogu razlikovati u različitim nacionalnim pravima. Naime, iako je popis iz članka 5. Direktive 2001/29 taksativan, njime se svakoj državi članici ostavlja *moćnost* da u svoje nacionalno pravo prenese one iznimke i ograničenja koje želi. K tomu, te države raspolazu, ovisno o slučaju, marginom prosudbe za njihovu provedbu. Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima *YouTube* i *Cyando* (t. 188.).

¹⁸⁰ Vidjeti po analogiji moje mišljenje u spojenim predmetima *YouTube* i *Cyando* (t. 189.).

¹⁸¹ Vidjeti u tom smislu točku 52. prvonavedene presude i točku 50. drugonavedene presude. Vidjeti i moje mišljenje u spojenim predmetima *YouTube* i *Cyando* (t. 243.).

¹⁸² Vidjeti točku 58. ovog mišljenja.

¹⁸³ Vidjeti, osobito, dokument Komisije, „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, str. 15.

¹⁸⁴ Vidjeti osobito Grisse, K., *op. cit.*, str. 887.; Dusollier, S., *op. cit.*, str. 1018., i Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 73. Vidjeti i Jacques, S., Garstka, K., Hviid, M., i Street, J., „The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube’s Content ID digital fingerprinting technology”, 2017..

Upotreba tih alata stoga može dovesti do neopravdanih pritužbi koje se, primjerice, odnose na javno dostupna djela¹⁸⁵, na temelju pogrešnih ili nepoštenih referentnih informacija (takozvani rizik od „prekomjernih pritužbi”)¹⁸⁶.

iii) Nužnost predviđanja dostatnih jamstava kako bi se ti rizici sveli na najmanju moguću mjeru

149. S obzirom na rizike od „prekomjernog onemogućivanja” opisane u prethodnom pododjeljku, sustav odgovornosti kao što je onaj koji proizlazi iz pobijanih odredbi moraju pratiti, prema mojem mišljenju, dostatna jamstva kako bi se ti rizici sveli na najmanju moguću mjeru i stoga osiguralo da je doseg miješanja u slobodu izražavanja precizno ograničen¹⁸⁷. Općenito, svaku vrstu delegiranja nadzora zakonitosti na internetu posrednim pružateljima, koje provode tijela javne vlasti¹⁸⁸, a ima oblik obveza praćenja koje se tim posrednicima nalažu izravno ili neizravno, moraju pratiti takva jamstva.

150. Konkretnije, smatram da takav sustav treba biti dio pravnog okvira kojim se utvrđuju jasna i precizna pravila koja uređuju doseg i primjenu mjera filtriranja koje moraju provesti navedeni pružatelji usluga kako bi se korisnicima tih usluga osigurala učinkovita zaštita od nepoštenog ili proizvoljnog onemogućivanja informacija koje žele objaviti¹⁸⁹.

151. Naglašavam i da, s obzirom na to da ograničenje temeljnih prava proizlazi iz samog zakonodavstva Unije i da joj je stoga pripisivo, kao što je to ovdje slučaj¹⁹⁰, velik dio odgovornosti u tom pogledu snosi zakonodavac Unije. U takvom se slučaju briga o uspostavi takvih jamstava ne može u potpunosti prepustiti državama članicama ili, *a fortiori*, pružateljima usluga koji su zaduženi za provedbu tog zakonodavstva. Naprotiv, potrebno je barem utvrditi njihov sadržaj¹⁹¹. S obzirom na navedeno, budući da je u ovom slučaju riječ o direktivi koja se, štoviše, odnosi na tehničko područje, države članice, ali i Komisija trebaju pojasniti određena pravila za primjenu¹⁹².

152. Dodao bih da je neophodno da zakonodavac Unije predvidi bit tih jamstava kako bi se osigurala ujednačena primjena zakonodavstva Unije u svim državama članicama s obzirom na to da je takva ujednačenost tim potrebnija jer je u ovom slučaju riječ o direktivi o usklađivanju koja je donesena na temelju članka 114. UFEU-a. Pružatelji usluge dijeljenja koji djeluju na međunarodnoj razini ne bi smjeli postupati u skladu s 27 nacionalnih sustava odgovornosti koji

¹⁸⁵ Srodno pravo proizvođača fonograma također dovodi do specifičnih rizika u tom pogledu. Primjerice, takav proizvođač može u svrhu onemogućivanja identificirati zapis interpretacije Chopinova nokturna (djela koje je, osim toga, javno dostupno) za koji posjeduje prava. Budući da određeni alati, kao što je Content ID, mogu prepoznati ne samo sadržaj u kojem se preuzimaju odlomci *tog fonograma*, nego i sadržaj u kojem se preuzima *ista melodija* (vidjeti bilješku 65. ovog mišljenja), oni mogu automatski onemogućiti primjerice videozapise korisnika koji se snimaju dok sami interpretiraju predmetni nokturno.

¹⁸⁶ Konkretno, čini se da je Content ID zbog toga već pogrešno prepoznao bezazlen sadržaj kao zaštićeno djelo. Za različite primjere vidjeti Garstka, K., „Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression”, *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, 4. izd., Torremans, P. (ur.), 2020., str. 327. do 352., osobito str. 332. do 334.

¹⁸⁷ Vidjeti po analogiji presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 61.) i od 8. travnja 2014., Digital Rights Ireland i dr. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, t. 65.).

¹⁸⁸ Vidjeti točke 84. i 115. ovog mišljenja.

¹⁸⁹ Vidjeti u tom smislu ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 64.; ESLJP, 8. listopada 2013., Cumhuriyet Vakfi i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, t. 61.; ESLJP, 1. prosinca 2015., Cengiz i dr. protiv Turske, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, t. 62. i ESLJP, Kablis protiv Rusije, t. 97. Vidjeti po analogiji i presude od 8. travnja 2014., Digital Rights Ireland i dr. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, t. 54., 55. i 65.); od 21. prosinca 2016., Tele2 Sverige i Watson i dr. (C-203/15 i C-698/15, EU:C:2016:970, t. 117.) i od 2. ožujka 2021., Prokuratuur (Uvjeti pristupa podacima o elektroničkim komunikacijama) (C-746/18, EU:C:2021:152, t. 48.).

¹⁹⁰ Vidjeti točku 84. ovog mišljenja.

¹⁹¹ Vidjeti presudu od 8. travnja 2014., Digital Rights Ireland i dr. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, t. 60. do 67.) i mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u spojenim predmetima Digital Rights Ireland i dr. (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2013:845, t. 117. i 120.).

¹⁹² Vidjeti točku 210. do 213. ovog mišljenja.

se mogu razlikovati u pogledu opsega obveza filtriranja koje im se nalažu. Štoviše, korisnici tih usluga trebali bi uživati u osnovi jednaku zaštitu od nepoštenih ili proizvoljnih mjera onemogućivanja, neovisno o državi članici u kojoj se nalaze.

153. Ukratko, iako zakonodavac Unije raspolaže marginom prosudbe u pogledu odlučivanja o *načelu* sustava odgovornosti kao što je onaj koji se predviđa pobijanim odredbama, on, suprotno tomu, ne može uskratiti *dostatna jamstva* kako bi rizike koji iz njega proizlaze u pogledu slobode izražavanja sveo na najmanju moguću mjeru. Prema mojem mišljenju, na Sudu je da provede temeljit nadzor poštovanja tog zahtjeva¹⁹³.

iv) Jamstva predviđena u ovom slučaju

154. Republika Poljska tvrdi da zakonodavac Unije u ovom slučaju nije ispunio taj zahtjev. Prema njezinu mišljenju, pobijane odredbe ne prati nikakvo jamstvo kojim bi se ograničio doseg miješanja u slobodu izražavanja korisnikâ usluge dijeljenja.

155. Suprotno tomu, tuženici i intervenijenti tvrde da članak 17. Direktive 2019/790 sadržava „sveobuhvatan sustav jamstava”. Naime, pobijane su odredbe neodvojive od stavaka 5., 7., 8. i 9. tog članka. Tim se stavcima utvrđuju jasna i precizna pravila kojima se definiraju doseg i primjena mjera koje trebaju provesti pružatelji usluge dijeljenja te se njima time održava „pravedna ravnoteža” između prava intelektualnog vlasništva i slobode izražavanja.

156. Čini mi se da je članak 17. stavak 5. Direktive 2019/790, u kojem se, podsjećam, navodi da mjere koje mora donijeti svaki pružatelj treba ocijeniti, uz poštovanje načela proporcionalnosti, s obzirom na elemente kao što su „opseg usluge” ili „trošak” dostupnih alata, relevantniji u pogledu pitanja poštovanja slobode poduzetništva, o kojoj nije riječ u ovom predmetu, nego u pogledu slobode izražavanja. Stoga ne smatram da se na to treba vraćati.

157. Suprotno tomu, stavci 7., 8. i 9. tog članka doista sadržavaju, prema mojem mišljenju, značajna jamstva za zaštitu korisnika usluge dijeljenja od nepoštenih ili proizvoljnih mjera onemogućivanja njihova sadržaja. Stoga ću ih ispitati u pododjeljcima koji slijede.

– Pravo na zakonita korištenja predmeta zaštite (stavak 7.) i pritužbeni mehanizam (stavak 9.)

158. Tuženici i intervenijenti pravilno su istaknuli činjenicu da se u članku 17. stavku 7. Direktive 2019/790 nalazi jedno od glavnih jamstava kojim se nastoji ograničiti rizik da pružatelji usluge dijeljenja na temelju pobijanih odredbi sprečavaju da se na njihovoj usluzi objavljuje sadržaj kojim se legitimno reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava.

¹⁹³ U tom pogledu napominjem da je ESLJP više puta presudio da je potrebno „iznimno temeljito ispitati” „velike opasnosti” koje za tu slobodu izražavanja predstavljaju „prethodna ograničenja” koja proizlaze iz mjera onemogućivanja. Vidjeti osobito ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 47.

159. Naime, *s jedne strane*, prvim podstavkom tog stavka predviđa se da „[s]uradnja između pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta i nositelja prava¹⁹⁴ ne smije dovesti do sprečavanja dostupnosti djela ili drugih predmeta zaštite koje su učitali korisnici i koji ne krše autorsko pravo i srodna prava, uključujući kada su takva djela ili drugi predmeti zaštite obuhvaćeni iznimkom ili ograničenjem”¹⁹⁵.

160. *S druge strane*, u skladu s drugim podstavkom navedenog stavka, države članice osiguravaju da se korisnici pri objavljivanju sadržaja na uslugama dijeljenja mogu osloniti na iznimke i ograničenja povezane s (a) citatima, kritikama, osvrtima, kao i s (b) korištenjem u svrhe karikature, parodije ili pastiša¹⁹⁶.

161. Iz toga proizlazi da je zakonodavac Unije korisnicima usluge dijeljenja izričito priznao subjektivna prava u području autorskog prava. Ti korisnici sada imaju *pravo*, provedivo u odnosu na pružatelje tih usluga i nositelje prava, zakonito koristiti predmet zaštite na navedenim uslugama, uključujući *pravo* pozivanja na iznimke i ograničenja autorskog prava i srodnih prava¹⁹⁷. To je priznanje zakonodavca u pogledu važnosti tih iznimki i ograničenja za korisnike u skladu sa sudskom praksom Suda u kojoj se samoj nedavno priznalo da te iznimke i ograničenja „sadržavaju prava” u korist potonjih korisnika¹⁹⁸.

162. Ističem da u skladu s člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790 korisnici se mogu pozivati na *sve iznimke i ograničenja predviđene pravom Unije*¹⁹⁹, a osobito na one predviđene člankom 5. Direktive 2001/29, ali u dijelu u kojem se nalaze u primjenjivom nacionalnom pravu. Međutim, iako se tim člankom 5. državama članicama ostavlja *mogućnost* da prenesu iznimke i ograničenja navedene u njemu²⁰⁰, istim stavkom 7. sad se potonje države članice *obvezuje* da u svojem nacionalnom pravu predvide barem iznimke i ograničenja povezane s citatima i parodijom²⁰¹ s obzirom na njihovu osobitu važnost za slobodu izražavanja.

163. Iz toga konkretno slijedi da pružatelji usluge dijeljenja nisu zakonski ovlašteni onemogućivati ili uklanjati sadržaj koji predstavlja zakonita korištenja djela ili drugih predmeta zaštite *uz obrazloženje da je taj sadržaj protivan autorskom pravu*²⁰². Osobito ne mogu iz svojih općih uvjeta korištenja ili ugovornih aranžmana s nositeljima prava isključiti primjenu iznimki i ograničenja, tako da primjerice predvide da je dovoljno da potonji nositelji samo navedu povredu

¹⁹⁴ U tom smislu treba shvatiti: mjere filtriranja i onemogućivanja koje ti pružatelji moraju donijeti na temelju pobijanih odredbi. Vidjeti uvodnu izjavu 66. prvi stavak Direktive 2019/790.

¹⁹⁵ To se odnosi, među ostalim, i na korištenja djela i drugih predmeta zaštite obuhvaćenih ugovorima o licenciranju koje su sklopili korisnici (vidjeti uvodnu izjavu 66. prvi stavak Direktive 2019/790), kao i na korištenje javno dostupnih djela.

¹⁹⁶ Osim toga, predmetne iznimke i ograničenja predviđena su, kao što sam to naveo u bilješkama 175. i 176. ovog mišljenja, člankom 5. stavkom 3. točkama (d) i (k) Direktive 2001/29.

¹⁹⁷ Oni to osobito mogu učiniti pred nacionalnim sudovima (vidjeti članak 17. stavak 9. drugi podstavak Direktive 2019/790; „[...] korisnici imaju pristup sudu ili drugom mjerodavnom pravosuđnom tijelu da bi se ispitala primjena iznimke ili ograničenja autorskog prava i srodnih prava”).

¹⁹⁸ Vidjeti presude od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 70.) i Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 54.).

¹⁹⁹ Iako je taj stavak 7. u tom pogledu dvosmislen, to tumačenje jasno proizlazi iz uvodne izjave 70. Direktive 2019/790 („Mjere koje poduzimaju pružatelji usluge dijeljenja [...] ne bi trebale dovesti u pitanje primjenu *iznimki ili ograničenja autorskog prava* [...]”), kao i stavka 9. tog članka, osobito njegova četvrtog podstavka („[...] mogućnosti korištenja djela i drugih predmeta zaštite na temelju iznimaka ili ograničenja [...] *predviđenih pravom Unije*”) (moje isticanje).

²⁰⁰ Vidjeti bilješku 179. ovog mišljenja.

²⁰¹ Barem što se tiče korištenja predmeta zaštite na uslugama dijeljenja.

²⁰² U tom se dijelu člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790 ograničava sloboda poduzetništva pružatelja usluge dijeljenja kako bi se osigurala sloboda izražavanja korisnikâ. Međutim, ti pružatelji i dalje mogu ukloniti sadržaj obuhvaćen iznimkama ili ograničenjima zbog razloga koji se ne odnose na problematiku autorskih prava, primjerice ako je uvredljiv ili protivan njihovoj politici u području golotinje. Tom se odredbom kao takvom stoga navedenim pružateljima ne nalaže obveza širenja („must carry”) takvog sadržaja.

autorskog prava kako bi se opravdale takve mjere onemogućivanja ili uklanjanja²⁰³. Naprotiv, ti pružatelji moraju u istim općim uvjetima obavijestiti svoje korisnike da djela i druge predmete zaštite mogu koristiti u okviru navedenih iznimki i ograničenja²⁰⁴.

164. Smatram da je zakonodavac Unije, time što je donio članak 17. stavak 7. Direktive 2019/790, svjestan rizika od „prekomjernog onemogućivanja”²⁰⁵ koji mogu proizaći iz sustava odgovornosti koji je uspostavio, predvidio, kako bi osigurao „pravednu ravnotežu” između prava i relevantnih interesa te zaštitio slobodu izražavanja korisnikâ usluga dijeljenja²⁰⁶, jasno i precizno ograničenje mjera filtriranja i onemogućivanja koje pružatelji tih usluga moraju provesti na temelju stavka 4. tog članka.

165. U tom su pogledu Parlament, Vijeće i Komisija pravilno naglasili da se tim stavkom 7., s obzirom na obvezujuću prirodu izraza upotrijebljenog u njegovu prvom podstavku „ne smije dovesti”²⁰⁷, pružateljima usluge dijeljenja nalaže *obveza postizanja rezultata: dužni su postići to* da se na njihovoj usluzi ne sprečava dostupnost sadržaja kojim se legitimno reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite, iako su ta djela i predmete identificirali nositelji prava. Ograničenje prihvatljivih mjera filtriranja i onemogućivanja stoga je jasno utvrđeno: njihov *cilj ili učinak ne smije biti sprečavanje tih zakonitih korištenja*. Ta odredba stoga pridonosi tomu da se obeshrabri sklonost tih pružatelja „pretjerivanju”, a time i ograničavanju dosega miješanja u slobodu izražavanja kako bi je se ograničilo na širenje sadržaja kojim se povređuju pravila u pogledu autorskog prava.

166. Međutim, Republika Poljska odgovara da je, s obzirom na ograničenja svojstvena funkcioniranju alata za prepoznavanje sadržaja, koja se navode u točki 148. ovog mišljenja, i osobito na nemogućnost da se njima identificira primjena iznimki i ograničenja autorskog prava, članak 17. stavak 7. Direktive 2019/790 više puka želja nego djelotvorno jamstvo. Navedeni alati zapravo automatski onemogućuju sadržaj obuhvaćen tim iznimkama i ograničenjima. Tom se odredbom stoga korisnicima usluga dijeljenja ne osigurava učinkovita zaštita od nepoštenog ili proizvoljnog onemogućivanja njihova sadržaja.

167. Tužiteljeva argumentacija u tom pogledu odražava temeljno razilaženje u stajalištima stranaka i intervenijenata u pogledu dosega tog stavka 7. i konkretnog načina na koji u praksi treba poštovati prava korisnika. Naime, u tom se pogledu pred Sudom raspravljalo o dvama različitim tumačenjima te odredbe.

168. Prema *prvom tumačenju*, na kojem Republika Poljska temelji svoju tužbu i koje, osim toga, ističu španjolska i francuska vlada, (jedini) mehanizam²⁰⁸ kojim se u praksi osigurava da mjere filtriranja i onemogućivanja koje na temelju pobijanih odredbi provode pružatelji usluge dijeljenja ne sprečavaju da na njihovoj usluzi budu dostupna zakonita korištenja djela i drugih predmeta zaštite jesu „pritužben[i] mehanizam[i] i mehanizam[i] pravne zaštite” koje, u skladu s

²⁰³ Vidjeti u istom smislu Leistner, M., *op. cit.*, str. 165. i 166. Stoga svaka suprotna odredba u tim općim uvjetima ili takvim ugovornim aranžmanima, prema mojem mišljenju, nije u skladu s člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790.

²⁰⁴ Vidjeti članak 17. stavak 9. četvrti podstavak Direktive 2019/790. Informacije koje se korisnicima daju o njihovu pravu na korištenje predmeta zaštite u okviru iznimke i ograničenja, kao i o ograničenjima tog prava, ključne su kako bi se potonje korisnike podržalo u ostvarivanju njihove slobode izražavanja i stvaralaštva te istodobno smanjio rizik od slučajnih povreda autorskih prava.

²⁰⁵ Vidjeti procjenu učinka, dio 1/3, str. 140. i 141. te bilješku 422.

²⁰⁶ Vidjeti uvodnu izjavu 70. prvi stavak Direktive 2019/790.

²⁰⁷ „shall not result”, u verziji Direktive 2019/790 na engleskom jeziku.

²⁰⁸ Francuska vlada navodi i eventualne dobrovoljne mjere nositelja prava (vidjeti bilješku 252. u ovom mišljenju).

člankom 17. stavkom 9. Direktive 2019/790, ti pružatelji moraju staviti na raspolaganje korisnicima svoje usluge „u slučaju sporova o onemogućivanju pristupa djelima ili drugim predmetima zaštite koje su oni učitali ili njihovog uklanjanja”.

169. Konkretno, pružatelji usluge dijeljenja moraju, u skladu sa željama nositelja prava, *ex ante* onemogućiti sav sadržaj kojim se djela i drugi predmeti zaštite koje su potonji nositelji identificirali reproduciraju u cijelosti ili djelomično, neovisno o pitanju povređuju li se njime njihova prava, pri čemu je na korisniku koji smatra da zakonito koristi te predmete, primjerice u okviru iznimke ili ograničenja, da u tom smislu podnese pritužbu. Ako je ta pritužba osnovana, predmetni sadržaj objavio bi se *ex post* nakon njezina ispitivanja. Pojašnjavam da, iako se španjolska i francuska vlada slažu u pogledu razumijevanja članka 17. stavka 7. Direktive 2019/790, uopće se ne slažu u pogledu posljedica koje iz njega treba izvesti²⁰⁹.

170. Prema *drugom tumačenju* koje ističu Parlament, Vijeće i Komisija, pravo korisnika usluge dijeljenja da zakonito koriste predmete zaštite, predviđeno člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790, pružatelji te usluge trebaju uzeti u obzir *ex ante*, tijekom samog postupka filtriranja. Naime, pobijane odredbe i taj stavak 7. treba tumačiti zajedno te se obveze koje se njima predviđaju primjenjuju „istodobno”. Stoga izraz prema kojem ti pružatelji trebaju u skladu s tim odredbama poduzeti „sve u svojoj moći” kako bi spriječili dostupnost djela i predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava u praksi ne može dovesti do preventivnog i sustavnog onemogućivanja tih zakonitih korištenja. Pritužbeni mehanizmi i mehanizmi pravne zaštite predviđeni stavkom 9. tog članka 17. čine dodatno i krajnje jamstvo za situacije u kojima, unatoč obvezi navedenoj u tom stavku 7., navedeni pružatelji ipak pogreškom onemogućuju takav zakonit sadržaj.

171. Slažem se s potonjim tumačenjem koje, prema mojem mišljenju, proizlazi iz doslovne, sustavne i povijesne analize članka 17. Direktive 2019/790.

172. Najprije podsjećam na to da, kad je riječ o tekstu, u skladu s izrazima u članku 17. stavku 7. Direktive 2019/790, suradnja između nositelja prava i pružatelja usluge dijeljenja ne smije dovesti do „sprečavanja dostupnosti” sadržaja kojim se zakonito reproduciraju djela ili drugi predmeti zaštite. Tumačenje prema kojem se ti sadržaji mogu sustavno onemogućivati *ex ante*, pod uvjetom da korisnici mogu ishoditi njegovo ponovno učitavanje *ex post*, prema mojem mišljenju nipošto nije najprirodniji način na koji se taj tekst može shvatiti²¹⁰.

173. Nadalje, što se tiče sustavnosti, kao što to tvrdi Komisija, pobijane odredbe i taj stavak 7. treba tumačiti s obzirom na navedeni članak 17. stavak 9. treći podstavak, u skladu s kojim navedena direktiva „ni na koji način ne utječe” na zakonita korištenja djela i predmeta zaštite. Međutim, ako predmetni sadržaj treba sustavno onemogućivati *ex ante*, pri čemu je na korisnicima da podnesu pritužbu kako bi ishodili njegovo objavljivanje, na ta se zakonita korištenja očito na određeni način „utječe”.

²⁰⁹ Što se tiče *prvonavedenog*, kao što sam to naveo u točki 166. ovog mišljenja, činjenica da se prava korisnikâ usluga dijeljenja uzimaju u obzir tek *ex post* i u slučaju pritužbe tih korisnika, dokazuje da je ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja neproporcionalno. Suprotno tomu, što se tiče *drugonavedenog*, tim se tumačenjem održava „pravedna ravnoteža” između prava i relevantnih interesa s obzirom na to da se njime osigurava da nositelji prava mogu *a priori* nadzirati korištenje svojih djela i drugih predmeta zaštite, pri čemu se tim korisnicima uzrokuje samo „privremena” neugodnost.

²¹⁰ To je još očitije u verziji Direktive 2019/790 na engleskom jeziku („[...] shall not result in the *prevention* of the availability [...]”) (moje isticanje). Usto, prema mojem mišljenju, tim se stavkom 7. konkretizira pravo na slobodu izražavanja, tako da se njegov tekst može široko tumačiti. Vidjeti po analogiji presudu od 14. veljače 2019., Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, t. 51. i navedena sudska praksa).

174. Napominjem i da se pitanje zakonitih korištenja predmeta zaštite ne navodi samo u uvodnoj izjavi 70. Direktive 2019/790, koja se odnosi na pritužbene mehanizme, nego i u njezinoj uvodnoj izjavi 66. prvom stavku²¹¹, koji se odnosi na preventivne mjere koje pružatelji usluge dijeljenja moraju poduzeti na temelju pobijanih odredbi. Usto, u skladu s navedenom uvodnom izjavom 70. prvim stavkom, cilj je tog mehanizma „potpora”, a ne „omogućivanje” takvih zakonitih korištenja.

175. *Konačno*, pripremni akti potvrđuju to tumačenje. U tom pogledu napominjem da članak 17. stavak 9. Direktive 2019/790 potječe od članka 13. stavka 2. Prijedloga direktive. Taj prijedlog nije sadržavao odredbe o zakonitim korištenjima djela i drugih predmeta zaštite. Takva je odredba dodana izmjenama u prvom čitanju teksta u Parlamentu i Vijeću. U tim su izmjenama pritužbeni mehanizmi i mehanizmi pravne zaštite upravo imali za cilj omogućiti ta zakonita korištenja²¹². Međutim, nakon što je Parlament 5. srpnja 2018. prvi put odbio tekst, u kasnijim su verzijama teksta i konačno donesenoj verziji pitanje prava korisnikâ i pitanje pritužbenih mehanizama i mehanizama pravne zaštite odvojena u dvije različite odredbe.

176. Taj zakonodavni postupak također dokazuje, prema mojem mišljenju, da se namjera zakonodavca Unije u tom pogledu promijenila. Iako je članak 13. Prijedloga direktive jednostrano išao u korist nositelja prava, taj se članak 13., tijekom njegova donošenja u obliku članka 17. Direktive 2019/790, promijenio u složenu odredbu kojom se nastoji prepoznati i odvagnuti različite relevantne interese. Kao što je to tvrdilo Vijeće, zakonodavac je u toj odredbi odlučio zaštititi nositelje prava i korisnike. Kao što to naglašava Parlament, taj članak 17. odražava osjetljiv kompromis u tom pogledu. Taj se proces ne može ignorirati prilikom njezina tumačenja²¹³.

177. Usto, tumačenjem koje ističu Parlament, Vijeće i Komisija, a prema kojem prava korisnikâ na temelju članka 17. stavka 7. Direktive 2019/790 treba uzeti u obzir *ex ante*, a ne samo *ex post*, usto se osigurava proporcionalnost ograničenja pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja koje proizlazi iz pobijanih odredbi²¹⁴.

178. U tom je pogledu točno da pritužbeni mehanizmi i mehanizmi pravne zaštite predviđeni člankom 17. stavkom 9. Direktive 2019/790 istodobno čine temeljno jamstvo i velik napredak u odnosu na Direktivu 2000/31²¹⁵. Riječ je o nužnom sastavnom dijelu svakog sustava filtriranja s obzirom na rizik od „prekomjernog onemogućivanja” koji iz njega proizlazi. Zakonodavac Unije također je popratio te mehanizme postupovnim „podjamstvima”. Navedeni mehanizmi moraju

²¹¹ „[...] Mjere koje takvi pružatelji usluga poduzimaju [...] ne bi trebale utjecati na korisnike koji se koriste uslugama dijeljenja [...] za zakonito učitavanje [...] informacij[a] o takvim uslugama”.

²¹² Vidjeti, s jedne strane, „Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market”, 29. lipnja 2019., Parlament, Odbor za pravna pitanja, dokument A8-0245/2018 (dostupno na adresi https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.html?redirect), amandman 77: „[...] To prevent misuses or limitations in the exercise of exceptions and limitations to copyright, Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place effective and expeditious complaints and redress mechanisms [...]”. Vidjeti, s druge strane, Vijeće, dokument 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, 25. svibnja 2018. (dostupno na adresi <https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf>): „Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. For that purpose, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism [...]” (moje isticanje).

²¹³ Vidjeti, po analogiji, mišljenje nezavisnog odvjetnika Watheleta u predmetu Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206, t. 82.) i moje mišljenje u spojenim predmetima Acacia i D'Amato (C-397/16 i C-435/16, EU:C:2017:730, t. 53. i 63. do 65.).

²¹⁴ U tom pogledu podsjećam na to da se, prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, „akt Unije mora tumačiti u najvećoj mogućoj mjeri tako da se ne dovede u pitanje njegova valjanost i u skladu s cjelokupnim primarnim pravom i osobito odredbama Povelje” (vidjeti osobito presudu od 2. veljače 2021., Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, t. 50. i navedena sudska praksa).

²¹⁵ Naime, Direktiva 2000/31 ne sadržava nikakvu obvezu za posredne pružatelje usluge da predvide postupak „odgovora na prijavu” kojim bi se korisnicima omogućilo osporavanje „prekomjernog uklanjanja” njihovih informacija.

biti „djelotvorn[i] i žurn[i]”, dok se tako podnesene pritužbe obrađuju „bez odgode”. Drugim riječima, pružatelji usluge dijeljenja dužni su u tom području djelovati jednako žurno kao i u slučaju prijava koje zaprimaju od nositelja prava u okviru članka 17. stavka 4. točke (c) Direktive 2019/790²¹⁶. Usto, nositelji prava moraju „propisno” obrazložiti svoje zahtjeve za onemogućivanje, a pritužbe mora ispitati čovjek.

179. Usto, u skladu s istim stavkom 9., države članice također moraju osigurati da korisnici imaju pristup izvansudskim mehanizmima pravne zaštite za rješavanje sporova između korisnika i nositelja prava. Takvi su mehanizmi korisni kako bi se omogućilo nepristrano rješavanje tih sporova. Prema mojem je mišljenju još važnije da su države članice dužne predvidjeti „učinkovit[a] prav[n]a sredst[va] pred sudom” u tom području. U tom je pogledu Sud u svojoj presudi UPC Telekabel Wien²¹⁷ u biti naglasio da je takvo pravo na djelotvornu sudsku zaštitu neophodno kako bi se na internetu osiguralo ostvarivanje prava na slobodu izražavanja.

180. Međutim, iako su ta postupovna jamstva važna, ona, sama za sebe, nisu *dovoljna* da bi se zajamčila „pravedna ravnoteža” između autorskog prava i slobode izražavanja korisnikâ.

181. *Kao prvo*, u skladu sa sudskom praksom Suda i sudskom praksom ESLJP-a, postojanje takvih postupovnih jamstava ne oslobađa tijela javne vlasti od toga da osiguraju da *popratni učinak* mjere filtriranja i onemogućivanja svedu na najmanju moguću mjeru. Ovdje je riječ o različitim i *kumulativnim* zahtjevima.

182. Naime, ta su dva suda više puta presudila da sve mjere filtriranja i onemogućivanja moraju biti „strogo ciljane” u smislu da se moraju odnositi na nezakonit sadržaj i da ne smiju imati proizvoljan ili prekomjeren učinak na zakonit sadržaj²¹⁸. Sud je u presudi L’Oréal i dr.²¹⁹, u istom smislu, presudio da mjere praćenja koje se nalažu posredniku ne smiju sprečavati zakonita korištenja njegove usluge. Konačno, u svojoj je presudi UPC Telekabel Wien²²⁰ presudio da mjera onemogućivanja ne smije „nepotrebno [lišavati]” korisnike interneta mogućnosti da zakonito dijele informacije te im pristupaju.

183. Ta sudska praksa ne znači da se takve mjere protive pravu na slobodu izražavanja s obzirom na to da mogu dovesti do *najmanjeg onemogućivanja* zakonitog sadržaja. Izraz „nepotrebno” koji upotrebljava Sud, prema mojem mišljenju, odražava ideju da učinkovitost zaštite pravâ nositeljâ može opravdati određene slučajeve „prekomjernog onemogućivanja”.

²¹⁶ Uostalom, u verziji Direktive 2019/790 na engleskom jeziku, isti je pridjev upotrijebljen u članku 17. stavku 4. točki (c) i članku 17. stavku 9. prvom podstavku te direktive („acted *expeditiously*, upon receiving a [...] notice [...]” i „[...] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism [...]”) (moje isticanje).

²¹⁷ Presuda od 27. ožujka 2014. (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 57.)

²¹⁸ Vidjeti, s jedne strane, presude od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 56.) i od 15. rujna 2016., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, t. 93.). Vidjeti, s druge strane, ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov protiv Rusije, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 46.: „[...] When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects [...]. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression]. [...]” Vidjeti i Preporuku CM/Rec(2018)2 o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika, Prilog, točku 2.3.2.

²¹⁹ Presuda od 12. srpnja 2011. (C-324/09, EU:C:2011:474, t. 131.)

²²⁰ Presuda od 27. ožujka 2014. (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 63.)

184. Međutim, i tada treba postojati „pravedna ravnoteža” između učinkovitosti filtriranja i njegova popratnog učinka. Kao što to u biti proizlazi iz sudske prakse ESLJP-a, u demokratskom se društvu ne može zahtijevati apsolutna učinkovitost, i time „nulti rizik” eventualnih povreda autorskih prava, ako bi njezin učinak bio onemogućivanje nezanemarivog broja zakonitog sadržaja²²¹.

185. Francuska vlada odgovara da, u skladu s tumačenjem članka 17. Direktive 2019/790, mjere filtriranja koje pružatelji usluge dijeljenja moraju provoditi na temelju pobijanih odredbi ispunjavaju taj zahtjev ako su „strogo ciljane” na sadržaj kojim se u potpunosti ili djelomično reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava.

186. Ta se argumentacija ne može prihvatiti. Naime, iz presuda *Scarlet Extended* i *SABAM* proizlazi da sustav filtriranja kojim se sustavno onemogućuje sadržaj koji predstavlja zakonito korištenje predmeta zaštite neproporcionalno povređuje slobodu izražavanja i informiranja²²². Prema mojem mišljenju, to vrijedi upravo zbog toga što je popratni učinak takvog filtriranja prevelik da bi bio u skladu s tom slobodom, i to neovisno o pitanju imaju li oštećeni korisnici pravo na pravno sredstvo protiv onemogućivanja njihovih informacija, što je aspekt koji Sud nije ni naveo u tim presudama.

187. Za to postoje dobri razlozi. U ovom slučaju, *s jedne strane*, preventivno onemogućivanje cjelokupnog sadržaja kojim se reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava imalo bi za učinak to da se teret nedjelovanja sustavno stavlja na korisnike jer se zakonit sadržaj ne bi mogao objavljivati bez njihova uspješnog podnošenja pritužbe. Kad bi ti korisnici sustavno morali ostvarivati svoja prava u okviru pritužbenog mehanizma, vrlo je vjerojatno da bi velik dio njih odustao od toga zbog, među ostalim, nedovoljnog znanja o tome je li njihovo korištenje tih predmeta zakonito i postoje li stoga razlozi za podnošenje takve pritužbe²²³. Preventivno „prekomjerno onemogućivanje” svih tih zakonitih korištenja i sustavno prebacivanje tereta dokazivanja te zakonitosti na korisnike stoga bi moglo, kratkoročno ili dugoročno, imati „chilling effect” na slobodu izražavanja i stvaralaštva koji bi se odrazio u smanjenju aktivnosti tih korisnika²²⁴.

188. *S druge strane*, obilježje razmjene informacija na internetu jest, među ostalim, njezina brzina. Konkretnije, određene vrste sadržaja učitano na usluge dijeljenja javnost pretražuje samo kratko, osobito sadržaj koji se odnosi na tekuće događaje²²⁵. Stoga taj sadržaj često za nekoliko dana postaje zastario. Kad bi se *ex ante* sustavnim onemogućivanjem odgađalo objavljivanje takvog sadržaja, on više ne bi bio aktualan te bi javnost izgubila interes za njega. Stoga, suprotno

²²¹ Vidjeti osobito ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 66.; ESLJP, 23. lipnja 2020., Vladimir Kharitonov, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, t. 45. i ESLJP, Kablis protiv Rusije, t. 94.

²²² Vidjeti u tom smislu presudu *Scarlet Extended* (točka 52.: „[nalaganjem filtriranja] mogla bi se povrijediti sloboda informiranja jer bi postojao rizik da taj sustav ne bi dovoljno razlikovao nezakoniti sadržaj od zakonitog sadržaja, tako da bi njegovo uvođenje moglo dovesti do onemogućivanja priopćavanja sa zakonitim sadržajem. Naime, ne osporava se da odgovor na pitanje zakonitosti prijenosa ovisi i o primjeni pravnih iznimki autorskog prava koje se razlikuju među državama članicama. Usto, određena djela u određenim državama članicama mogu biti javno dostupna ili ih dotični autori mogu besplatno objaviti na internetu”) (moje isticanje). Vidjeti u pogledu istog rasuđivanja presudu *SABAM* (t. 50.).

²²³ Ta je sklonost korisnika da ne ostvaruju svoja prava zabilježena u Europi i Sjedinjenim Američkim Državama. Vidjeti osobito Urban, J.-M., Karaganis, J. i Schofield, B., „Notice and Takedown in Everyday Practice”. *UC Berkeley Public Law Research Paper n. 2755628*, 2017.; Fiala, L., Husovec, M., „Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process”, *TILEC Discussion Paper N° 2018-028*, 2018., str. 3.

²²⁴ Vidjeti u istom smislu Spindler, G., *op. cit.*, str. 355. Time bi se također riskirao učinak lišavanja javnosti njezina pristupa tom zakonitom sadržaju koji je nepravedno onemogućen.

²²⁵ Primjerice „snimka reakcije” (*reaction video*) na najavu video igre ili filma pretražuje se otprilike u vrijeme objave te najave. Isto tako, snimka parodije povezane s nedavnim političkim skandalom u pravilu se pregledava netom nakon tog skandala. Vidjeti u tom pogledu Garstka, K., *op. cit.*, str. 339.

mišljenjima španjolske i francuske vlade, smatram da bi takvo sustavno onemogućivanje bilo vrlo problematično, iako bi bilo samo „privremeno”, jer eventualno vraćanje sadržaja nakon ispitivanja pritužbi korisnika ne bi omogućilo naknadu štete nanesene njihovoj slobodi izražavanja²²⁶.

189. *Kao drugo*, napominjem da Sud u svojoj nedavnoj sudskoj praksi ustraje na potrebi da se „očuv[a] koristan učinak” iznimki i ograničenja autorskog prava s obzirom na njihovu važnost za održavanje „pravedne ravnoteže” između prava i relevantnih interesa, osobito kad se njima nastoji zajamčiti poštovanje slobode izražavanja, kao što je to slučaj s korištenjem u svrhe citata, kritika ili osvrta i korištenjem u svrhe karikature, parodije ili pastiša²²⁷.

190. Međutim, upravo kako bi se „očuva[o] koristan učinak” tih iznimki i ograničenja, prema mojem mišljenju valja osigurati da preventivne mjere koje se poduzimaju na temelju pobijanih odredbi sustavno ne ograničavaju pravo korisnikâ na njihovu upotrebu. Iako nositelji prava u digitalnom okruženju raspolažu mogućnostima nadzora nad svojim predmetima zaštite, ali ne i u „stvarnom svijetu”, jer im alati za prepoznavanje sadržaja virtualno pružaju sredstva za sprečavanje *svi*h korištenja tih predmeta, uključujući ona koja nisu pod njihovim monopolom, kao što je parodija, u jednakoj mjeri valja zaštititi te iznimke i ograničenja. U tom pogledu opasnost je u tome da se maksimalna zaštita određenih intelektualnih tvorevina osigurava na štetu drugih oblika stvaranja koji su jednako društveno poželjni²²⁸.

191. *Iz svega prethodno navedenog proizlazi*, prema mojem mišljenju, da, u skladu sa zajedničkim tumačenjem pobijanih odredbi i članka 17. stavka 7. Direktive 2019/790, mjere filtriranja koje su pružatelji usluge dijeljenja dužni provesti moraju biti u skladu s dvjema kumulativnim obvezama: njima se mora pokušati spriječiti objavljivanje sadržaja kojim se nezakonito reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava, ali se istodobno ne smije spriječiti „dostupnost” onog sadržaja kojim se ti predmeti zakonito reproduciraju.

192. Suprotno onomu što tvrdi tužitelj, pružatelji usluge dijeljenja ne mogu dakle „primijeniti sve raspoložive mjere” kako bi zaštitili prava intelektualnog vlasništva nositelja²²⁹. Izraze „sve u svojoj moći” i „profesionalna pažnja”, čije poduzimanje u tom pogledu trebaju dokazati, valja tumačiti s obzirom na članak 17. stavak 7. Direktive 2019/790. Budući da se ti pružatelji nalaze u bilateralnom profesionalnom položaju u odnosu na korisnike i nositelje prava, oni moraju postupati „s dužnom pažnjom” prema tim dvjema kategorijama.

193. Stoga se člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790 te pružatelje, ali i upravna i pravosudna tijela država članica kad nadziru provedbu tog članka²³⁰, obvezuje na razmatranje popratnog učinka mjera filtriranja koje provode²³¹. Oni stoga ne mogu preventivno i sustavno

²²⁶ Uostalom, ESLJP je više puta presudio da su „informacije kvarljiva roba te bi, čak i kad bi se na kratko odgodila njihova objava, vrlo vjerojatno mogle izgubiti svu vrijednost i korist” (vidjeti osobito ESLJP, 26. studenoga 1991., Observer i Guardian protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, t. 60.; ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 47. i ESLJP, Kablis protiv Rusije, t. 91.). Španjolska i francuska vlada odgovaraju, upravo suprotno, da brzina razmjene informacija na internetu opravdava preventivno onemogućivanje cjelokupnog sadržaja kojim se reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava kako bi se izbjegla svaka mogućnost objavljivanja nezakonitog sadržaja i nastanak „nepopravljive” štete za spomenute nositelje. Vratit ću se na taj argument u točkama 215. i 216. ovog mišljenja.

²²⁷ Vidjeti osobito presude od 29. srpnja 2019., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, t. 51. i 57.) i Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, t. 36., 55. i 72.).

²²⁸ Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 243.).

²²⁹ Itekako sam svjestan činjenice da se u trećem stavku uvodne izjave 66. Direktive 2019/790 navodi da se pružatelje usluge dijeljenja može osloboditi od odgovornosti u slučaju nezakonitog objavljivanja predmeta zaštite na njihovoj usluzi samo ako dokažu da su „učinili sve u svojoj moći” kako bi to izbjegli. Prema mojem mišljenju, ovdje je riječ o nespretnoj formulaciji kojom se ne može dovesti u pitanje ono što sam upravo objasnio.

²³⁰ Vidjeti bilješku 249. ovog mišljenja.

²³¹ Vidjeti, suprotno tomu, ESLJP, Ahmet Yildirim protiv Turske, t. 66.

onemogućivati sadržaj obuhvaćen, osobito, iznimkama i ograničenjima autorskog prava. Moraju *ex ante* uzeti u obzir poštovanje prava korisnikâ. Pozivam Sud da u presudi koju treba donijeti otvoreno potvrdi da je to pravilno tumačenje tog članka 17.

– *Zabrana općih obveza praćenja (stavak 8.)*

194. U članku 17. stavku 8. Direktive 2019/790 određuje se da „[p]rimjena [tog] članka ne smije dovesti ni do kakve opće obveze praćenja”. Stoga pobijane odredbe treba tumačiti i s obzirom na taj stavak.

195. Međutim, time što je ponovno potvrdio zabranu takve „obveze”²³², zakonodavac Unije je, prema mojem mišljenju, postavio još jedno značajno jamstvo za slobodu izražavanja. Naime, ta zabrana ograničava doseg mjera filtriranja koje se mogu očekivati od svakog posrednog pružatelja i, u ovom slučaju, od pružatelja usluge dijeljenja.

196. Zaključci u tom pogledu mogu se izvesti iz presude Glawischnig-Piesczek koju sam prethodno naveo²³³. Sud je u toj presudi, u okviru tumačenja navedene zabrane, u njezinoj verziji proizašloj iz članka 15. Direktive 2000/31, smatrao da se operatoru društvene mreže može sudskim nalogom naložiti obveza da među informacijama objavljenima na toj mreži traži i onemogućuje „precizn[u] informacij[u] [...] čiji je sadržaj analizirao i ocijenio nadležni sud [...] koji ju je po završetku svoje ocjene proglasio nezakonitom”²³⁴. Sud stoga od tog operatora može zahtijevati da onemogući pristup svim *informacijama koje su jednake* navedenoj informaciji. Nalog može obuhvaćati i *istovrsne informacije*, iako pružatelj nije dužan provesti „samostalnu ocjenu” njihove zakonitosti te se, naprotiv, može „koristiti tehničkim sredstvima i automatiziranim sredstvima za istraživanja”²³⁵.

197. Iz toga *općenito* proizlazi da, iako su posredni pružatelji s tehničkog gledišta u dobrom položaju da bi se borili protiv prisutnosti određenih nezakonitih informacija koje se šire na njihovim uslugama²³⁶, od njih se ne može očekivati da provode „samostalnu ocjenu” zakonitosti predmetnih informacija. Ti posredni pružatelji općenito ne raspolažu stručnošću ni pogotovo potrebnom *neovisnosti – a fortiori* kad imaju teret velike odgovornosti²³⁷. Oni stoga ne mogu postati suci za pitanja zakonitosti na internetu koji su zaduženi za rješavanje složenih pravnih pitanja²³⁸.

²³² Temeljnu prirodu zabrane „općih obveza praćenja” za slobodu priopćavanja na internetu objasnio sam u okviru odjeljka koji se odnosi na „bit” slobode izražavanja (t. 98. i sljedeće ovog mišljenja).

²³³ Vidjeti točku 112. ovog mišljenja.

²³⁴ Presuda Glawischnig-Piesczek (t. 35.)

²³⁵ Presuda Glawischnig-Piesczek (t. 46.)

²³⁶ Vidjeti uvodnu izjavu 59. Direktive 2001/29, u skladu s kojom su „[u] mnogim [...] slučajevima [...] posrednici u najboljem položaju da prekinu [...] radnje povrede [počinjene na njihovim uslugama]”.

²³⁷ Vidjeti točke 142., 143. i 146. ovog mišljenja.

²³⁸ Vidjeti moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 187. i 188.).

198. Stoga, kako bi se rizik od „prekomjernog onemogućivanja” sveo na najmanju moguću mjeru i time zajamčilo poštovanje prava na slobodu izražavanja, posredni pružatelj može, prema mojem mišljenju, samo biti dužan filtrirati i onemogućivati informacije čiju je nezakonitost prethodno utvrdio sud ili, ako to nije moguće, informacije čija je nezakonitost unaprijed vidljiva, odnosno *očita*, tako da, među ostalim, nije nužna njezina kontekstualizacija²³⁹.

199. Napominjem, uostalom, da su se obveze praćenja koje je ESLJP u svojoj presudi Delfi AS protiv Estonije smatrao opravdanim odnosile na *očito nezakonite* informacije²⁴⁰. ESLJP je u svojoj kasnijoj sudskoj praksi pojasnio da se, što se tiče informacija čija nezakonitost nije odmah vidljiva te ju je potrebno analizirati u kontekstu, takvo praćenje ne može zahtijevati²⁴¹. Za ishođenje povlačenja potonje vrste informacija, potrebna je valjano obrazložena obavijest, s kontekstualnim elementima iz kojih jasno proizlazi nezakonitost, odnosno sudski nalog, kad u tom pogledu takva obavijest nije dovoljna.

200. *Konkretno*, kao što sam to objasnio u svojem mišljenju u spojenim predmetima YouTube i Cyando²⁴², preneseno u područje autorskog prava, iz presude Glawischnig-Piesczek proizlazi da, iako se posrednom pružatelju u skladu s člankom 15. Direktive 2000/31 ne može naložiti da općenito filtrira informacije koje pohranjuje *u potrazi za bilo kakvom povredom*, toj se odredbi ne protivi *a priori* to da se tog davatelja obveže da zabrani pristup *konkretnoj datoteci* u kojoj se nezakonito koristi zaštićenim djelom, kad je tu nezakonitost prethodno utvrdio sud. Navedenoj se odredbi u tom kontekstu ne protivi to da je pružatelj dužan otkriti i zabraniti pristup ne samo *istovjetnim* primjercima te datoteke, nego i drugim *istovrsnim* datotekama odnosno onima u kojima se predmetnim djelom koristi na jednak način.

201. To se tumačenje, prema mojem mišljenju, *mutatis mutandis*, može prenijeti na članak 17. stavak 8. Direktive 2019/790. Ako u okviru sustava iz tog članka 17. nezakonitost sadržaja koji treba filtrirati nije prethodno utvrdio sud, u skladu s onim što je objašnjeno u točki 198. ovog mišljenja mogu se tražiti samo sadržaji kojima se, s obzirom na informacije koje su pružili nositelji prava, *očito nanosi povreda*. Na temelju pobijanih odredbi, u vezi s tim stavkom 8., mjere filtriranja koje pružatelji usluge dijeljenja trebaju provoditi na temelju pobijanih odredbi moraju, prema mojem mišljenju, biti ograničene na sadržaj koji je „istovjetan” ili „istovrstan” djelima i drugim predmetima zaštite koje su identificirali nositelji prava²⁴³.

²³⁹ Vidjeti u tom smislu Preporuku 2018/334 (uvodna izjava 25.: „Te proaktivne mjere osobito je primjereno provoditi ako je već utvrđena nezakonitost sadržaja ili ako je vrsta sadržaja takva da nije nužna kontekstualizacija”), kao i Preporuku CM/Rec(2018)2 o ulogama i odgovornostima internetskih posrednika, Prilog, točku 1.3.2. „Da bi od posrednika mogla zahtijevati ograničavanje pristupa sadržaju, nacionalna tijela *trebaju ishoditi nalog* sudskog tijela [...]. To se ne primjenjuje na slučajeve koji se odnose na *nezakonit sadržaj neovisno o kontekstu*, kao što je sadržaj koji se odnosi na seksualno zlostavljanje djece, ili na slučajeve u kojima se nalažu žurne mjere u skladu s uvjetima propisanim u članku 10. Konvencije” (moje isticanje).

²⁴⁰ ESLJP je ustrajao na činjenici da je bila riječ o „očito nezakonitim” komentarima „[čija analiza] na prvi pogled upućuje na poticanje mržnje ili nasilja”, tako da ih „nije potrebno podvrgnuti jezičnoj ili pravnoj analizi da bi se utvrdila njihova nezakonitost” (vidjeti osobito točke 110., 114., 115., 117., 140. i 155. te presude).

²⁴¹ Vidjeti ESLJP, 7. veljače 2017., Pihl protiv Švedske, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, t. 25.; ESLJP, 19. ožujka 2019., Hoiness protiv Norveške, CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, t. 68.; ESLJP, 2. veljače 2016., Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt protiv Mađarske, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, t. 63. i 64. i ESLJP, 4. lipnja 2020., Jezior protiv Poljske, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, t. 54. i 58.

²⁴² Vidjeti točku 221. tog mišljenja.

²⁴³ Vidjeti u istom smislu Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., i dr., „Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics”, JIPITEC, 2019., sv. 10., br. 3; Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 88. do 90.; Cabay, J., *op. cit.*, str. 237. do 273. i Dusollier, S., *op. cit.*, str. 1020. To tumačenje uostalom proizlazi iz prirodnog tumačenja teksta članka 17. stavka 4. točke (b) i članka 17. stavka 4. točke (c) Direktive 2019/790 kojim se pružateljima usluge dijeljenja nalaže da osiguraju nedostupnost „djela” i drugih „predmeta”, a ne bilo koje povrede koja izravno ili neizravno uključuje predmete o kojima je riječ (vidjeti u istom smislu Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 89.).

202. Prva kategorija koja se navodi u prethodnoj točki odnosi se, konkretno, na reprodukcije istovjetnog sadržaja djela i drugih predmeta zaštite koje su identificirali nositelji prava, bez dodatnih elemenata ili dodane vrijednosti. Druga se kategorija odnosi na sadržaj kojim se ti predmeti reproduciraju na isti način uz neznatne izmjene, tako da ih javnost ne razlikuje od izvornih predmeta (primjerice u slučaju jednostavnih tehničkih izmjena namijenjenih zaobilaženju sustava filtriranja, kao što su promjena formata, prebacivanje ili izmjena brzine slike itd.)²⁴⁴. Otkrivanje tih dviju kategorija sadržaja od pružatelja usluge dijeljenja neće zahtijevati da provedu „samostalnu ocjenu” njihove zakonitosti jer će povreda biti „očita”, s obzirom na „relevantne i potrebne” informacije koje pruže nositelji prava, te će se ono moći provesti „tehničkim sredstvima i automatiziranim sredstvima za istraživanja”²⁴⁵.

203. Suprotno tomu, od pružatelja usluge dijeljenja ne može se zahtijevati da preventivno filtriraju i sadržaj koji se, iako se njime reproduciraju djela i predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava, od njih bitno razlikuje, kao što je to slučaj ponovnog korištenja ulomaka djela u drugom kontekstu, „preoblikovanog” sadržaja itd., koji mogu biti obuhvaćeni iznimkama i ograničenjima autorskog prava. Utvrđivanje povreda koje se u njemu mogu nalaziti značilo bi da ti pružatelji moraju provesti „samostalnu ocjenu” jer bi trebali procijeniti kontekst tih korištenja. Međutim, kao što to tvrdi Republika Poljska, složena pitanja autorskog prava koja se, među ostalim, odnose na konkretan doseg iznimki i ograničenja ne mogu se prepustiti spomenutim pružateljima usluge. Nije na tim pružateljima da odluče o granicama kreativnosti na internetu na način da primjerice sami ispituju ispunjava li sadržaj koji korisnik namjerava učitati zahtjeve za parodiju. Takvo bi delegiranje dovelo do neprihvatljivog rizika od „prekomjernog onemogućivanja”. Takva pitanja treba prepustiti sudu.

– *Posljedice koje proizlaze iz prethodno navedenog*

204. Iz prethodnih odjeljaka proizlazi, prema mojem mišljenju, da članak 17. Direktive 2019/790 sadržava dostatna jamstva da se utvrdi opseg ograničenja ostvarivanja prava na slobodu izražavanja koje proizlazi iz pobijanih odredbi.

205. *S jedne strane*, u skladu sa stavkom 7. tog članka, pružatelji usluge dijeljenja ne smiju preventivno na temelju pobijanih odredbi onemogućivati cjelokupni sadržaj kojim se reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava, uključujući onaj koji može biti nezakonit. *S druge strane*, na temelju stavka 8. tog članka, ti pružatelji ne mogu biti dužni otkriti i onemogućiti sadržaj koji je „istovjetan” i „istovrstan” tim predmetima, odnosno sadržaja čija je nezakonitost očita s obzirom na „relevantne i potrebne” informacije koje su im pružili nositelji prava. U takvim se slučajevima, budući da je povreda iznimno vjerojatna, može *pretpostaviti* da je taj sadržaj *nezakonit*. Stoga je njegovo preventivno onemogućivanje proporcionalno, pri čemu je na dotičnim korisnicima da u okviru pritužbenog mehanizma dokažu

²⁴⁴ Drugim riječima, referiram se na ono što se ponekad naziva „doslovna” ili „gotovo doslovna” kopija. U tom pogledu napominjem da se dio sadržaja na uslugama dijeljenja sastoji upravo od doslovnih ili gotovo doslovnih kopija djela ili drugih predmeta zaštite, kao što su kinematografska djela ili fonogrami.

²⁴⁵ Presuda Glawischnig-Piesczek, t. 46. Pojašnjavam da, prema mojem mišljenju, Sud u toj presudi nije namjeravao isključiti potrebu za određenim provjerama od strane čovjeka. Tomu ću se vratiti u točki 211. ovog mišljenja.

zakonitost, primjerice činjenicu da imaju licenciju ili da je djelo zapravo javno dostupno²⁴⁶. Ukratko, nalaganje pružateljima usluge dijeljenja da poduzmu „sve u svojoj moći” u skladu s pobijanim odredbama sastoji se od onemogućavanja tih očitih povreda²⁴⁷.

206. Suprotno tomu, u svim dvosmislenim situacijama, poput kratkih ulomaka djela preuzetih u duljem sadržaju, „preoblikovanih” djela itd., u kojima je moguće razumno predvidjeti osobito primjenu iznimki i ograničenja autorskog prava, predmetni sadržaj ne može se podvrgnuti preventivnoj mjeri onemogućivanja.

207. Naime, kao što su to istaknuli Parlament, Vijeće i Komisija, obveza postizanja rezultata predviđena člankom 17. stavkom 7. prvim podstavkom Direktive 2019/790, koja se odnosi na nesprečavanje dostupnosti zakonitog sadržaja, u tom je pogledu više ograničavajuća od obveza poduzimanja „sve[ga] u svojoj moći” koje proizlaze iz pobijanih odredbi i predstavljaju obveze ulaganja maksimalnih napora²⁴⁸. To znači da je zakonodavac Unije, prema mojem mišljenju pravilno, namjeravao osigurati da u sličnom slučaju pružatelji usluge dijeljenja daju prednost slobodi izražavanja. Drugim riječima, zakonodavac je smatrao da bi „lažno pozitivni rezultati”, koji dovode do onemogućivanja zakonitog sadržaja, bili ozbiljniji nego „lažno negativni rezultati” kojima se propušta određeni nezakonit sadržaj.

208. Stoga, kao što su to tvrdili Parlament, Vijeće i Komisija, u takvim dvojbenim situacijama, za sadržaj o kojem je riječ treba *pretpostaviti* da je *zakonit* te se ne smije onemogućiti njegovo objavljivanje.

209. Poteškoća proizlazi iz definicije praktičnih rješenja za provedbu te dihotomije s pomoću alata za automatsko prepoznavanje sadržaja koje pružatelji usluge dijeljenja trebaju upotrebljavati u velikom broju slučajeva. Tužitelj uostalom tvrdi da zakonodavac Unije u Direktivi 2019/790 nije predvidio nikakvo konkretno rješenje u tom pogledu.

210. S obzirom na to, prema mojem je mišljenju na zakonodavcu Unije, kao što sam to naveo, da predvidi bit jamstava potrebnih kako bi se minimizirali rizici u području slobode izražavanja iz pobijanih odredaba. Suprotno tomu, kao što je to tvrdilo Vijeće, u području koje podrazumijeva poduzimanje tehničkih mjera kao što je ona o kojoj je riječ u ovom predmetu, i s obzirom na

²⁴⁶ Prema mojem mišljenju, „relevantne i potrebne” informacije koje pružaju nositelji prava trebaju uključivati elemente kojima mogu dokazati da imaju prava na djela ili druge predmete zaštite čije onemogućivanje traže kako bi se rizik od takvih „prekomjernih pritužbi” sveo na najmanju moguću mjeru (vidjeti točku 148. ovog mišljenja).

²⁴⁷ To se tumačenje ne može dovesti u pitanje argumentom tužitelja i francuske vlade da tekst Direktive 2019/790 ne sadržava izraz „očito”. Naime, nije riječ o materijalnom pojmu, nego samo o stupnju provjere koju moraju provesti pružatelji usluge dijeljenja. Taj stupanj provjere proizlazi iz članka 17. stavka 8. te direktive i potrebe da se pobijane odredbe provedu uz poštovanje stavka 7. tog članka. Usto, suprotno onomu što tvrdi francuska vlada, razlika između informacija čija je nezakonitost vidljiva na prvi pogled i informacija koje je potrebno dodatno ispitati nije nova ideja. U tom ću pogledu samo podsjetiti na to da posredni pružatelj u kontekstu članka 14. Direktive 2000/31 mora ukloniti informaciju ako ima „stvarnog znanja” o njezinoj nezakonitosti ili ako je njezina nezakonitost „vidljiva” s obzirom na elemente kojima raspolaže. U ovom je slučaju riječ o istoj ideji. Upućujem i na rasuđivanje ESLJP-a u presudi Delfi AS protiv Estonije. Naposljetku, već je poznat koncept očite povrede, uključujući kao „doslovna” ili „gotovo doslovna” kopija.

²⁴⁸ Vidjeti točku 52. ovog mišljenja. Vidjeti u istom smislu Geiger, C., Jütte, B.-J., „Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match”, *SSRN Papers* (dostupno na adresi https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), str. 44.

činjenicu da se članak 17. Direktive 2019/790 primjenjuje na različite vrste pružatelja, usluga i predmeta zaštite, na državama je članicama i Komisiji da konkretiziraju pravila njihove primjene²⁴⁹

211. U praksi se ta rješenja sastoje od toga da se u alate za prepoznavanje sadržaja uključe parametri koji omogućuju lakše razlikovanje očitog od dvosmislenog. To može ovisiti o vrstama predmeta zaštite i iznimkama o kojima je riječ. Primjerice, treba uzeti u obzir stope podudaranja koje ti alati prepoznaju i utvrditi pragove iznad kojih je automatsko onemogućivanje sadržaja opravdano i ispod kojih je razumno moguća primjena iznimke kao što je doslovno navođenje²⁵⁰. Takav se mehanizam može povezati s rješenjem koje korisnicima omogućuje da prilikom ili neposredno nakon objavljivanja navedu (*flagging*) imaju li, prema svojem mišljenju, pravo na iznimku ili ograničenje, što bi za dotičnog pružatelja podrazumijevalo ručni pregled sadržaja o kojem je riječ kako bi se provjerilo je li primjena te iznimke ili tog ograničenja očito isključena ili, naprotiv, razumno moguća²⁵¹.

212. Općenito, što se tiče različitih vrsta pružatelja, usluga i djela ili predmeta zaštite, definicija tih praktičnih rješenja ne može se ostaviti navedenim pružateljima niti se, suprotno onomu što tvrdi francuska vlada, može u potpunosti prepustiti nositeljima prava²⁵². S obzirom na važnost navedenih rješenja za slobodu izražavanja korisnika, ne smiju ih nejasno definirati samo te privatne stranke, nego ih treba definirati transparentno pod nadzorom tijela javne vlasti.

213. Prema mojem mišljenju, upravo u tome leži korisnost dijaloga s dionicima koji je zakonodavac Unije predvidio u članku 17. stavku 10. Direktive 2019/790. Tom se odredbom predviđa obveza Komisije da u suradnji s državama članicama organizira dijaloge s pružateljima usluge dijeljenja, nositeljima prava, organizacijama korisnika i drugim relevantnim dionicima s ciljem raspravljanja o „najboljim praksama u smislu suradnje između pružatelja usluge dijeljenja sadržaja putem interneta i nositelja prava”. Komisija na temelju toga treba izdati smjernice o primjeni tog članka 17., osobito u pogledu načina provedbe pobijanih odredbi. U tom se postupku

²⁴⁹ Općenito, na upravnom je i pravosudnim tijelima tih država da nadziru kako pružatelji usluge dijeljenja primjenjuju pobijane odredbe i da osiguraju da se korisnici doista mogu pozivati na svoje pravo na zakonita korištenja, u skladu sa člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790. Republika Poljska u tom je pogledu tvrdila da ta direktiva ne sadržava nijednu odredbu o odgovornosti pružatelja usluge dijeljenja prema korisnicima u slučaju povrede tog stavka 7. Prema mojem mišljenju, ta se odgovornost treba nalaziti u nacionalnom pravu država članica, uz poštovanje načela postupovne autonomije. U njemu treba predvidjeti i druge djelotvorne, odvraćajuće i proporcionalne sankcije. Usto, budući da je poštovanje prava korisnika dio obveze pružatelja usluge dijeljenja da poduzmu „sve u svojoj moći”, iz toga slijedi da takav pružatelj, ako ne poštuje predmetna prava, *treba izgubiti pravo na mehanizam oslobođenja koji je predviđen stavkom 4. tog članka*.

²⁵⁰ Naime, alati za prepoznavanje na temelju „potpisa” mogu prepoznati razlike s obzirom na količinu zaštićenog sadržaja koji se ponovno koristi u objavljenom sadržaju, osobito kad je riječ o audio i video sadržajima. Točno je da, kao što to tvrdi francuska vlada, nije dovoljno da primjerice glazbeni ulomak traje kraće od određenog vremena kako bi se primjenjivala iznimka doslovnog navođenja s obzirom na to da to ovisi o namjeri korisnika (vidjeti bilješku 178. ovog mišljenja). Međutim, riječ je samo o tome da se u parametrima alata za filtriranje odredi granica unutar koje primjena te iznimke nije *sigurna*, nego samo *razumno moguća*.

²⁵¹ U tom je pogledu, prema mojem mišljenju, pristup koji je Komisija objasnila u svojem dokumentu „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market” dobar način postupanja (vidjeti str. 15. i 16. tog dokumenta). Vidjeti za slične prijedloge Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., i dr., *op. cit.*: Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 79. do 94., kao i Leitsner, M., *op. cit.*, str. 193. do 208. Države članice mogu predvidjeti i mehanizme protiv zloporabe. U ovom predmetu nije potrebno zauzeti određeni stajalište o tim različitim prijedlozima.

²⁵² Francuska vlada tvrdi da se primjena alata za prepoznavanje temelji na pravilima upravljanja čije parametre određuju nositelji prava i da, primjerice u području kinematografije, potonji nositelji toleriraju objavljivanje ulomaka iz svojih filmova u trajanju od nekoliko minuta, obično u zamjenu za udio prihoda povezanog s „monetizacijom” predmetnog videozapisa (vidjeti točku 58. ovog mišljenja). Točno je da ideja prema kojoj se poštovanje iznimke i ograničenja može osigurati dobrovoljnim mjerama koje poduzimaju nositelji prava nije nepoznata u pravu Unije (vidjeti članak 6. stavak 4. Direktive 2001/29 koji se odnosi na tehničke mjere zaštite). Međutim, smatram da se u kontekstu filtriranja kao što je onaj koji proizlazi iz pobijanih odredbi, s obzirom na rizike koje sam opisao, zaštita prava korisnika ne treba temeljiti samo na volji tih nositelja.

„posebno” u obzir uzima „potreba za ravnotežom među temeljnim pravima i primjena iznimaka i ograničenja”. Stoga je Komisija, uz pomoć dionika, dužna predložiti praktična rješenja koja omogućuju provedbu pobijanih odredbi uz poštovanje stavaka 7. i 8. navedenog članka 17.²⁵³

214. Konačno, pojašnjavam da, kao što to tvrdi Komisija i u skladu s onim što sam naveo u točki 183. ovog mišljenja, obveza predviđena člankom 17. stavkom 7. Direktive 2019/790 ne znači da su mehanizmi koji dovode do zanemarivog broja „lažno pozitivnih rezultata” automatski protivni toj odredbi. Međutim, stopa pogreške mora biti što je manja moguća. Iz toga slijedi da, u slučajevima u kojima, prema sadašnjem stanju tehnologije, kad je primjerice riječ o određenim vrstama djela i predmeta zaštite, nije moguće upotrijebiti alat za automatsko filtriranje a da se ne prouzroči nezanemariva stopa „lažno pozitivnih rezultata”, upotrebu takvog alata, prema mojem mišljenju, treba isključiti na temelju tog stavka 7.²⁵⁴

215. Tumačenje koje se predlaže u ovom mišljenju nije dovedeno u pitanje argumentom španjolske i francuske vlade prema kojem je nužno preventivno onemogućiti cjelokupan sadržaj kojim se u potpunosti ili djelomično reproduciraju predmeti zaštite koje su identificirali nositelji prava, kako bi uklonili svaki rizik širenja nezakonitog sadržaja na usluzi dijeljenja, jer bi im takvo širenje moglo prouzročiti „nepopravljivu” štetu s obzirom na brzinu razmjene informacija na internetu.

216. Naime, iako se, prema mojem mišljenju, opasnošću od teške i neminovne štete nastale zbog pokušaja objavljivanja sadržaja kojim se očito nanosi povreda može opravdati mjera preventivnog onemogućavanja tog sadržaja²⁵⁵, ti nositelji ne mogu zahtijevati „nulti rizik” eventualnih povreda svojih prava, kao što sam naveo u točki 184. ovog mišljenja. Takve mjere ne bi bilo proporcionalno primijeniti u svim upitnijim slučajevima moguće štete koju bi eventualno prouzročio, primjerice, „preoblikovani” sadržaj koji bi mogao biti dio iznimki i ograničenja autorskog prava i koji nije u izravnoj konkurenciji s izvornim zaštićenim predmetima²⁵⁶. U tim bi situacijama donošenje takvih preventivnih mjera, suprotno tomu, moglo prouzročiti „nepopravljivu” štetu slobodi izražavanja, iz razloga koje sam objasnio u točki 188. ovog mišljenja.

217. Usto, Sud je više puta presudio da „iz članka 17. stavka 2. Povelje nipošto ne proizlazi da je pravo intelektualnog vlasništva nedodirljivo i da je stoga potrebno osigurati njegovu zaštitu na apsolutan način”²⁵⁷.

218. Uostalom, tumačenje koje se predlaže u ovom mišljenju ne ostavlja nositelje prava bez zaštite u pogledu tog dvosmislenog sadržaja. Pogotovo nije riječ o ponovnom utvrđivanju dosega prava priopćavanja javnosti kao takvog²⁵⁸. Naime, činjenica da određeni sadržaj kojim se nezakonito reproduciraju djela i drugi predmeti zaštite nije onemogućen u trenutku objavljivanja ne sprečava te nositelje, među ostalim²⁵⁹, da putem prijave u skladu s člankom 17. stavkom 4. točkom (c)

²⁵³ Prema mojem mišljenju, te smjernice, time što definiraju „najbolj[e] praks[e]”, pridonose utvrđivanju „visoki[h] sektorski[h] standard[a] profesionalne pažnje” koje pružatelji moraju poštovati u skladu s pobijanim odredbama. Navedene smjernice prema potrebi treba ažurirati kako bi se pratila „najnovija tehnološka dostignuća”.

²⁵⁴ Vidjeti u istom smislu Grisse, K., *op. cit.*, str. 898.

²⁵⁵ Mislim primjerice na nezakonito objavljivanje na usluzi dijeljenja filma koji je nedavno izašao ili još nije izašao u kinima.

²⁵⁶ Vidjeti u istom smislu Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 89. i 90.

²⁵⁷ Vidjeti osobito presudu od 27. ožujka 2014., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, t. 61. i navedena sudska praksa).

²⁵⁸ Pogotovo nije riječ o predviđanju minimalnog praga ispod kojeg bi nositelji izgubili svaku mogućnost pozivanja na svoja prava. Sud je uvijek odbijao postojanje takvog praga. Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Pelham i dr. (C-476/17, EU:C:2018:1002, t. 28. do 33.).

²⁵⁹ Usto, to ne dovodi u pitanje mogućnost da nositelji prava ishode sudski nalog (vidjeti uvodnu izjavu 66. prvi stavak Direktive 2019/790) ili čak podnesu tužbu protiv odgovornog korisnika.

Direktive 2019/790²⁶⁰, koja sadržava razumna objašnjenja o razlozima iz kojih bi primjerice primjena iznimke trebala biti isključena, zatraže uklanjanje i trajno onemogućivanje predmetnog sadržaja²⁶¹. Dotični pružatelj pak mora s dužnom pažnjom ispitati tu prijavu i odlučiti je li nezakonitost vidljiva s obzirom na te nove elemente²⁶². Ako je to slučaj, dotični pružatelj mora, kako se ne bi utvrdila njegova odgovornost, žurno onemogućiti pristup sadržaju ili ga ukloniti sa svoje internetske stranice. Kao što to naglašava Komisija, iz uvodne izjave 66. drugog stavka Direktive 2019/790²⁶³ proizlazi da je zakonodavac Unije predvidio da je u određenim slučajevima taj način postupanja jedini koji omogućuje osiguravanje nedostupnosti određenog sadržaja. U slučaju da nezakonitost nije vidljiva, s obzirom na ta pojašnjenja, zbog toga što u pogledu sadržaja o kojem je riječ postoje složena i/ili nova pravna pitanja u području autorskog prava, u načelu je potrebna intervencija suda, koji je jedini nadležan odlučivati o takvim pitanjima. Nositelji prava stoga bi se trebali obratiti sudu, osobito na temelju članka 8. stavka 3. Direktive 2001/29, kako bi on odlučio o tom sadržaju i, pod pretpostavkom da je on nezakonit, naložio njegovo onemogućivanje.

219. Kao što je to pravilno napomenuo Parlament, time se osigurava „pravedna ravnoteža” između postupaka koji se u određenim slučajevima nameću korisnicima kako bi im se odobrila objava sadržaja i postupaka koji se zahtijevaju od nositelja prava, u ostalim slučajevima, kako bi se odobrilo uklanjanje sadržaja²⁶⁴.

4. Zaključak o spojivosti ograničenja o kojem je riječ s Poveljom

220. Iz svih prethodnih razmatranja proizlazi da ograničenje pri ostvarivanju prava na slobodu izražavanja i informiranja, koje proizlazi iz pobijanih odredaba, kako su protumačene u ovom mišljenju, ispunjava sve uvjete predviđene u članku 52. stavku 1. Povelje. To je ograničenje stoga, prema mojem mišljenju, u skladu s tim instrumentom. Stoga tužbu Republike Poljske, prema mojem mišljenju, treba odbiti²⁶⁵.

²⁶⁰ Vidjeti u istom smislu Cabay, J., *op. cit.*, str. 221. i Lambrecht, M., *op. cit.*, str. 90. U tom se okviru praktično rješenje može sastojati od obavješćivanja nositelja prava čim se objavi sadržaj kojim se reproduciraju njihovi predmeti zaštite kako bi oni prema potrebi mogli žurno pripremiti obrazloženi zahtjev za onemogućivanje (vidjeti članak 17. stavak 9. drugi podstavak Direktive 2019/790). Stoga navedeni nositelji u svakom slučaju nisu dužni sami pratiti usluge dijeljenja kako bi otkrili i utvrdili mjesto na kojem se nalazi predmetni sadržaj, koji za njih automatski otkriva alat za prepoznavanje.

²⁶¹ Uostalom, napominjem da je ESLJP za sadržaj čija se nezakonitost ne može smatrati očitom smatrao da je sustav „prijave i uklanjanja” prikladno sredstvo za održavanje „pravedne ravnoteže” između prava i relevantnih interesa jer te prijave upravo omogućuju da se pružateljima pruže elementi konteksta koji su potrebni za utvrđivanje nezakonitosti sadržaja. Vidjeti osobito ESLJP, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt protiv Mađarske, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, t. 91.

²⁶² Vidjeti po analogiji moje mišljenje u spojenim predmetima YouTube i Cyando (t. 190.). Pružatelji usluge dijeljenja stoga neće moći samo odobriti sve zahtjeve za onemogućivanje koje zaprimaju od nositelja prava a da ih ne provjere.

²⁶³ „[...] ne može [se] isključiti da se u nekim slučajevima pristup neovlaštenom sadržaju može izbjeći samo na temelju obavijesti nositelja prava.”

²⁶⁴ I, kao što sam to naveo u točki 178. ovog mišljenja, pružatelji usluge dijeljenja te pritužbe i prijave moraju ispitati jednako žurno i s jednakom dužnom pažnjom.

²⁶⁵ Želim iznijeti posljednju napomenu. Tuženici i intervenijenti istaknuli su činjenicu da je za pružatelja usluge dijeljenja „glavni” način izbjegavanja svake odgovornosti za djela i druge predmete zaštite objavljene na njegovoj usluzi, u skladu s člankom 17. stavkom 1. Direktive 2019/790, ishođenje odobrenja nositelja prava. U tom se kontekstu mehanizam oslobođenja od odgovornosti predviđen u stavku 4. tog članka i obveze filtriranja koje iz njega proizlaze u svakom slučaju odnose samo na djela i druge predmete zaštite za koje nije dobiveno takvo odobrenje. Prema mojem mišljenju, iako u pravom smislu riječi nije riječ o „jamstvu” kojim se ograničava to filtriranje, ta je točka važna za slobodu izražavanja korisnika tih usluga, i to tim više što, u skladu s člankom 17. stavkom 2. Direktive 2019/790, ta odobrenja u određenim uvjetima također obuhvaćaju radnje „priopćavanja javnosti” koje obavljaju ti korisnici. Stoga se slažem s Komisijinim mišljenjem da države članice u svojem nacionalnom pravu trebaju predvidjeti mehanizme kojima se nastoji olakšati dodjela takvih odobrenja. Što će više tih odobrenja moći dobiti pružatelji usluge dijeljenja, to će primjereniju naknadu dobiti nositelji prava za korištenje njihovih zaštićenih djela i na manje će se korisnika morati primijeniti mjera filtriranja njihova sadržaja.

C. Post-scriptum

221. Nakon sastavljanja ovog mišljenja, a tijekom njegova prevođenja od strane službi Suda, objavljena su dva važna dokumenta.

222. *S jedne strane*, objavljena je presuda YouTube i Cyando²⁶⁶. Smatram da stajalište koje je Sud u toj presudi zauzeo u pogledu Direktiva 2000/31 i 2001/29, a koje ovdje ne mogu detaljno analizirati, ne dovodi u pitanje razmatranja iz ovog mišljenja²⁶⁷.

223. *S druge strane*, Komisija je objavila svoje Smjernice za primjenu članka 17. Direktive 2019/790²⁶⁸. U njima se, u bitnome, ponavlja ono što je Komisija istaknula pred Sudom te one odražavaju pojašnjenja iz točaka 158. do 219. ovog mišljenja. *Međutim*, u tim se smjernicama također po prvi puta navodi da bi nositelji prava trebali imati pravo na „označavanje” (*earmark*) predmeta čije neovlašteno objavljivanje bi im „moglo prouzročiti znatnu gospodarsku štetu”. Ti pružatelji trebali bi primijeniti posebnu pažnju u pogledu tih predmeta. Navedeno je i da potonji neće ispuniti svoje obveze poduzimanja „svega u svojoj moći”, ako dopuste objavljivanje sadržaja u kojem se, unatoč spomenutom „označavanju”, ti predmeti reproduciraju. Ako to treba razumjeti na način da ti pružatelji sadržaj moraju onemogućiti *ex ante*, na samu tvrdnju nositelja prava o postojanju rizika znatne gospodarske štete – s obzirom na to da smjernice ne sadržavaju nikakav drugi kriterij kojim bi se mehanizam „označavanja” objektivno ograničio na posebne situacije²⁶⁹ – čak i kad se tim sadržajem ne bi očito nanosila povreda, ne mogu se s time složiti, a da ne preispitam sva razmatranja iznesena u ovom mišljenju.

VI. Troškovi

224. U skladu s člankom 138. stavkom 1. Poslovnika Suda, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove. Budući da, prema mojem mišljenju, tužbu Republike Poljske treba odbiti te da su Parlament i Vijeće postavili takav zahtjev, toj državi članici treba naložiti snošenje troškova. Međutim, španjolska i francuska vlada te Komisija, koje su intervenirale u postupak, trebaju snositi vlastite troškove u skladu s člankom 140. stavkom 1. tog Poslovnika.

VII. Zaključak

225. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da:

- odbije tužbu Republike Poljske;
- toj državi članici naloži snošenje troškova te
- Kraljevini Španjolskoj, Francuskoj Republici i Europskoj komisiji naloži snošenje vlastitih troškova.

²⁶⁶ Presuda od 22. lipnja 2021. (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503)

²⁶⁷ Vidjeti presudu od 22. lipnja 2021., YouTube i Cyando (C-682/18 i C-683/18, EU:C:2021:503, t. 59.).

²⁶⁸ Vidjeti komunikaciju Komisije „Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market”, osobito, str. 18. do 24.

²⁶⁹ Komisija navodi predmete koji imaju osobitu gospodarsku vrijednost tijekom određenog razdoblja. Međutim, mehanizam „pridržaja” ne čini se ograničen na te predmete. Smjernicama se ne navodi ni pojam „znatna gospodarska šteta”. Podsjećam da, prema mišljenju francuske vlade, u slučaju objave podređujućeg sadržaja, gospodarska šteta koju trpe nositelji prava uvijek je „nepopravljiva”.