Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MACIEJ SZPUNAR
της 8ης Φεβρουαρίου 2017 [1]

Υπόθεση C-610/15

Stichting Brein
κατά
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

[αίτηση του Hoge Raad der Nederlanden(Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών)για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δικαίωμα του δημιουργού και συγγενικά δικαιώματα — Οδηγία 2001/29/ΕΚ — Άρθρο 3, παράγραφος 1 — Παρουσίαση στο κοινό — Έννοια — Ιστότοπος ευρετηρίασης που επιτρέπει την ανταλλαγή των προστατευόμενων έργων χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού — Άρθρο 8, παράγραφος 3 — Χρήση από τρίτους των υπηρεσιών διαμεσολαβητή για την προσβολή του δικαιώματος του δημιουργού — Ασφαλιστικά μέτρα»

Εισαγωγή

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

2. Με την παραπάνω άξια προστασίας από τα δικαιώματα του δημιουργού μεταφορά, ο Αυστραλός δικαστής Cowdroy εξήγησε τη λειτουργία της συνιστώσας προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού ανταλλαγής των αρχείων που πραγματοποιείται μέσω του πρωτοκόλλου bittorrent [3]. Στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως, το Δικαστήριο καλείται να ορίσει τα νομικά θεμέλια και την έκταση της ενδεχόμενης ευθύνης για τις παραβάσεις που διέπραξαν οι «πάροχοι χαρτών», δηλαδή οι ιστότοποι όπως ο The Pirate Bay (στο εξής: TPB). Ο TPB είναι, πράγματι, ένας από τους ιστοτόπους ανταλλαγής αρχείων που περιέχουν τα σημαντικότερα και τα πλέον γνωστά μουσικά και κινηματογραφικά έργα. Η ανταλλαγή αυτή γίνεται δωρεάν και, για τη μεγάλη πλειονότητα των έργων αυτών, κατά τρόπο που συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 — «Το ανταλλασσόμενο αρχείο είναι ο θησαυρός, το λογισμικό bittorrent είναι το πλοίο, το αρχείο torrent είναι ο χάρτης ο οποίος αναφέρει πού βρίσκεται ο θησαυρός, The Pirate Bay χορηγεί δωρεάν τους χάρτες και ο tracker είναι ο γέρος σοφός τον οποίο πρέπει να συμβουλεύονται οι παίκτες για να ερμηνεύουν τον χάρτη» (η μετάφραση δική μου).

3 — Απόφαση του Federal Court of Australia, της 4ης Φεβρουαρίου 2010, Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (No. 3) [2010] FCA 24, σκέψη 70. Το χωρίο αυτό παρέθεσε και ο M. van Peursem, γενικός εισαγγελέας στο Hoge Raad der Nederlanden (Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών) στην υπόθεση της κύριας δίκης.

3. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, της οποίας τη γνώμη φρονώ ότι συμμερίζεται το Ηνωμένο Βασίλειο της Μεγάλης Βρετανίας και της Βόρειας Ιρλανδίας, υποστηρίζει ότι η ευθύνη των ιστοτόπων του τύπου αυτού είναι ζήτημα εφαρμογής των δικαιωμάτων του δημιουργού το οποίο μπορεί να επιλυθεί όχι στο επίπεδο του δικαίου της Ένωσης, αλλά στο πλαίσιο των εσωτερικών νομικών συστημάτων των κρατών μελών. Η προσέγγιση αυτή θα εξαρτούσε, ωστόσο, την ως άνω ευθύνη και, σε τελική ανάλυση, την έκταση των δικαιωμάτων των δικαιούχων από τις λίαν διαφορετικές μεταξύ τους λύσεις που γίνονται δεκτές στο πλαίσιο των διαφόρων εθνικών νομικών συστημάτων. Η συνέπεια, όμως, αυτή θα υπονόμευε τον σκοπό της σχετικά πλούσιας νομοθεσίας της Ένωσης στον τομέα των δικαιωμάτων του δημιουργού, ο οποίος έγκειται ακριβώς στην εναρμόνιση του εύρους των δικαιωμάτων των οποίων απολαύουν οι δημιουργοί και οι άλλοι δικαιούχοι εντός της ενιαίας αγοράς. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίον η απάντηση στα προβλήματα που θέτει η υπό κρίση υπόθεση πρέπει, κατ' εμέ, να αναζητηθεί μάλλον στο δίκαιο της Ένωσης.

4. Θεωρώ επίσης σκόπιμο να επισημάνω εκ προοιμίου ότι η προβληματική της υποθέσεως αυτής διακρίνεται, κατ' εμέ, ουσιωδώς από την προβληματική δύο πρόσφατων αποφάσεων που αφορούν το δικαίωμα διαδικτυακής παρουσιάσεως των έργων στο κοινό, δηλαδή τις υποθέσεις επί των οποίων εκδόθηκαν οι αποφάσεις Svensson κ.λπ.[4] και GS Media[5]. Πράγματι, οι υποθέσεις εκείνες αφορούσαν τη δευτερεύουσα παρουσίαση έργων ήδη προσβάσιμων στο διαδίκτυο από πρόσωπο που είναι το ίδιο παραγωγός του περιεχομένου το οποίο έχει αναρτηθεί, ενώ η υπό κρίση υπόθεση αφορά την πρωτογενή παρουσίαση, η οποία πραγματοποιείται στο πλαίσιο δικτύου peer-to-peer. Επομένως, δεν πιστεύω ότι η συλλογιστική που υιοθέτησε το Δικαστήριο στις ως άνω υποθέσεις μπορεί να εφαρμοστεί ευθέως στην υπόθεση της κύριας δίκης.

Το νομικό πλαίσιο

5. Το άρθρο 12 της οδηγίας 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 8ης Ιουνίου 2000, για ορισμένες νομικές πτυχές των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως του ηλεκτρονικού εμπορίου, στην εσωτερική αγορά («οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο»), το οποίο φέρει τον τίτλο «Απλή μετάδοση ("Mere conduit")», ορίζει τα εξής[6]:

«1. Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι, σε περίπτωση παροχής μιας υπηρεσίας της κοινωνίας της πληροφορίας, η οποία συνίσταται στη μετάδοση πληροφοριών που παρέχει ο αποδέκτης της υπηρεσίας σε ένα δίκτυο επικοινωνιών ή στην παροχή πρόσβασης στο δίκτυο επικοινωνιών, δεν υφίσταται ευθύνη του φορέα παροχής της υπηρεσίας όσον αφορά τις μεταδιδόμενες πληροφορίες […]

[…]

3. Το παρόν άρθρο δεν θίγει τη δυνατότητα δικαστικής ή διοικητικής αρχής, σύμφωνα με τα νομικά συστήματα των κρατών μελών, να απαιτούν από τον φορέα παροχής υπηρεσιών να προβεί στην παύση ή στην πρόληψη παράβασης.»

4 — Απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — ΕΕ 2000, L 178, σ. 1.

6. Δυνάμει του άρθρου 14 της οδηγίας αυτής, το οποίο φέρει τον τίτλο «Φιλοξενία»:

«1. Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι, σε περίπτωση παροχής μιας υπηρεσίας της κοινωνίας της πληροφορίας, η οποία συνίσταται στην αποθήκευση πληροφοριών παρεχομένων από έναν αποδέκτη υπηρεσίας, δεν υφίσταται ευθύνη του φορέα παροχής της υπηρεσίας για τις πληροφορίες που αποθηκεύονται μετά από αίτηση αποδέκτη της υπηρεσίας, υπό τον όρο ότι:

α) ο φορέας παροχής της υπηρεσίας δεν γνωρίζει πραγματικά ότι πρόκειται για παράνομη δραστηριότητα ή πληροφορία και ότι, σε ό,τι αφορά αξιώσεις αποζημιώσεως, δεν γνωρίζει τα γεγονότα ή τις περιστάσεις από τις οποίες προκύπτει η παράνομη δραστηριότητα ή πληροφορία, ή

β) ο φορέας παροχής της υπηρεσίας, μόλις αντιληφθεί τα προαναφερθέντα, αποσύρει ταχέως τις πληροφορίες ή καθιστά την πρόσβαση σε αυτές αδύνατη.

[…]

3. Το παρόν άρθρο δεν θίγει τη δυνατότητα δικαστικής ή διοικητικής αρχής, σύμφωνα με τα νομικά συστήματα των κρατών μελών, να απαιτούν από τον φορέα παροχής υπηρεσιών να προβεί στην παύση ή στην πρόληψη παράβασης, ούτε θίγει τη δυνατότητα των κρατών μελών να θεσπίζουν διαδικασίες για την απόσυρση των πληροφοριών ή την απενεργοποίηση της πρόσβασης σε αυτές.»

7. Το άρθρο 3 της οδηγίας 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας[7], το οποίο φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα παρουσίασης έργων στο κοινό και δικαίωμα διάθεσης άλλων αντικειμένων στο κοινό», ορίζει στην παράγραφο 1 τα εξής:

«Τα κράτη μέλη παρέχουν στους δημιουργούς το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν κάθε παρουσίαση στο κοινό των έργων τους, ενσυρμάτως ή ασυρμάτως, καθώς και να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος.»

8. Το άρθρο 8 της οδηγίας αυτής, το οποίο φέρει τον τίτλο «Κυρώσεις και μέσα έννομης προστασίας», ορίζει στην παράγραφο 3 τα εξής:

«Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι δικαιούχοι να μπορούν να ζητούν τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά των διαμεσολαβητών οι υπηρεσίες των οποίων χρησιμοποιούνται από τρίτο για την προσβολή δικαιώματος του δημιουργού ή συγγενικού δικαιώματος.»

9. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 29ης Απριλίου 2004, σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας[8], το οποίο φέρει τον τίτλο «Πεδίο εφαρμογής», ορίζει στην παράγραφο 2 τα εξής:

«Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τις ειδικές διατάξεις για την επιβολή των δικαιωμάτων και τις εξαιρέσεις που προβλέπει η κοινοτική νομοθεσία για το δικαίωμα του δημιουργού και τα συγγενικά προς αυτό δικαιώματα, ιδίως δε […] η οδηγία 2001/29/ΕΚ, και ειδικότερα το άρθρο της 8.»

7 — ΕΕ 2001, L 167, σ. 10.

8 — ΕΕ 2004, L 157, σ. 45.

10. Το άρθρο 11 της οδηγίας αυτής, το οποίο φέρει τον τίτλο «Απαγορευτική διάταξη δικαστηρίου», ορίζει τα εξής:

«[…] Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι δικαιούχοι να δύνανται να στραφούν κατά ενδιαμέσου, οι υπηρεσίες του οποίου χρησιμοποιούνται από τρίτον για την προσβολή δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, με την επιφύλαξη του άρθρου 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29/ΕΚ.»

Τα πραγματικά περιστατικά, η διαδικασία και τα προδικαστικά ερωτήματα

11. Το αναιρεσείον της κύριας δίκης, το Stichting Brein, είναι ίδρυμα του ολλανδικού δικαίου, του οποίου ο κύριος σκοπός συνίσταται στην καταπολέμηση της παράνομης εκμεταλλεύσεως αντικειμένων που προστατεύονται από το δικαίωμα του δημιουργού και από τα συγγενικά δικαιώματα, καθώς και στην προάσπιση, στον τομέα αυτόν, των συμφερόντων των φορέων των δικαιωμάτων αυτών.

12. Οι αναιρεσίβλητες της κύριας δίκης, οι Ziggo BV και XS4ALL Internet BV (στο εξής: XS4ALL), είναι εταιρίες ολλανδικού δικαίου των οποίων η δραστηριότητα συνίσταται, ιδίως, στην παροχή στους καταναλωτές προσβάσεως στο διαδίκτυο. Σύμφωνα με τα στοιχεία που περιέχουν οι γραπτές παρατηρήσεις του Stichting Brein, πρόκειται για τους μεγαλύτερους φορείς παροχής υπηρεσιών προσβάσεως στο διαδίκτυο στην ολλανδική αγορά.

13. Το Stichting Brein ζητεί να επιβληθεί στη Ziggo και στη XS4ALL, επί τη βάσει των διατάξεων του ολλανδικού δικαίου που μεταφέρουν το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29[9] στο εθνικό δίκαιο, η υποχρέωση να αποκλείσουν την πρόσβαση των αποδεκτών των υπηρεσιών τους στις διαδικτυακές διευθύνσεις του ιστοτόπου TPB, μιας μηχανής ανταλλαγής αρχείων peer-to-peer. Το αίτημα αυτό στηρίζεται στο γεγονός ότι, μέσω της εν λόγω μηχανής ανταλλαγής, οι αποδέκτες των υπηρεσιών των αναιρεσιβλήτων της κύριας δίκης, χρησιμοποιώντας τις εν λόγω υπηρεσίες, προσβάλλουν τα δικαιώματα του δημιουργού σε μεγάλη κλίμακα, καθόσον ανταλλάσσουν αρχεία που περιέχουν προστατευόμενα αντικείμενα (κυρίως μουσικά και κινηματογραφικά έργα) χωρίς την άδεια των φορέων των δικαιωμάτων αυτών.

14. Το αίτημα αυτό, το οποίο έγινε δεκτό πρωτοδίκως, απορρίφθηκε κατ' έφεση, με το αιτιολογικό, κατ' ουσίαν, ότι, πρώτον, τις προσβολές των δικαιωμάτων του δημιουργού προκάλεσαν οι αποδέκτες των υπηρεσιών των αναιρεσιβλήτων της κύριας δίκης και όχι το TPB και, δεύτερον, ότι ο αποκλεισμός της προσβάσεως που ζητείται δεν είναι ανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, δηλαδή την αποτελεσματική προστασία των δικαιωμάτων του δημιουργού. Το Stichting Brein άσκησε αναίρεση κατά της ως άνω αποφάσεως ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

15. Υπ' αυτές τις συνθήκες, το Hoge Raad der Nederlanden (Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών) αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Προβαίνει ο διαχειριστής ιστοτόπου σε παρουσίαση στο κοινό κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, όταν στον εν λόγω ιστότοπο δεν παρουσιάζονται προστατευόμενα έργα, αλλά υπάρχει ένα σύστημα […] κατά το οποίο ευρετηριάζονται και κατατάσσονται για τους χρήστες μεταδεδομένα σχετικά με προστατευόμενα έργα τα οποία βρίσκονται στους υπολογιστές των χρηστών, έτσι ώστε οι χρήστες να μπορούν βάσει αυτών να εντοπίζουν καθώς και να "ανεβάζουν" και "κατεβάζουν"τα προστατευόμενα έργα;

9 — Δηλαδή του άρθρο 26d του Auteurswet (ολλανδικός νόμος για τα δικαιώματα του δημιουργού) και το άρθρο 15 του Wet op de naburige rechten (νόμου για τα συγγενικά δικαιώματα).

2) Αν το πρώτο ερώτημα χρήζει αρνητικής απαντήσεως:

επιτρέπουν το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 και το άρθρο 11 της οδηγίας 2004/48 την έκδοση διαταγής εις βάρος διαμεσολαβητή κατά την έννοια των διατάξεων αυτών όταν ο διαμεσολαβητής αυτός διευκολύνει τις από τρίτους προσβολές κατά τον τρόπο που προαναφέρθηκε στο πρώτο ερώτημα;»

16. Η απόφαση περί παραπομπής περιήλθε στο Δικαστήριο στις 18 Νοεμβρίου 2015. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν οι διάδικοι της κύριας δίκης, η Ισπανική, η Ιταλική και η Πορτογαλική Κυβέρνηση, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου, καθώς και η Επιτροπή. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση που έλαβε χώρα στις 27 Οκτωβρίου 2016 εκπροσωπήθηκαν οι διάδικοι της κύριας δίκης, η Ισπανική και η Γαλλική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

Εκτίμηση

17. Με τα δύο προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε στην υπό κρίση υπόθεση, το αιτούν δικαστήριο θέτει, στην πραγματικότητα, το ζήτημα της ευθύνης των διαχειριστών των ιστοτόπων ευρετηριάσεως των δικτύων peer-to-peer επί τη βάσει των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού που διαπράττονται στο πλαίσιο της χρήσεως των δικτύων αυτών. Μπορεί να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω διαχειριστές είναι οι ίδιοι αυτουργοί των προσβολών αυτών, πράγμα που θα σήμαινε ότι φέρουν άμεση ευθύνη (πρώτο ερώτημα); Ή μήπως, ακόμη και αν δεν είναι άμεσα υπεύθυνοι, είναι δυνατόν να διαταχθεί να αποκλειστεί η πρόσβαση στους ιστοτόπους τους, πράγμα το οποίο, όπως θα εξηγήσω στη συνέχεια, απαιτεί μια μορφή έμμεσης ευθύνης (δεύτερο ερώτημα);

18. Θα αρχίσω την ανάλυση με μια σύντομη επισκόπηση του τρόπου λειτουργίας των δικτύων peer-to-peer και του ρόλου που διαδραματίζουν κατά την προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού.

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις – τα δίκτυα peer-to-peer

19. Μολονότι το διαδίκτυο σχεδιάσθηκε ως δίκτυο υπολογιστών που λειτουργούν ανεξάρτητα, η πλέον θεαματική έκφραση του διαδικτύου, το World Wide Web, λειτουργεί βάσει διαφορετικού μοντέλου, δηλαδή μιας αρχιτεκτονικής κεντρικού κόμβου που αποκαλείται «εξυπηρετητής-πελάτης». Στο μοντέλο αυτό, το περιεχόμενο (συνήθως μια σελίδα web) αποθηκεύεται σε έναν εξυπηρετητή τον οποίο μπορούν να συμβουλεύονται οι χρήστες με την βοήθεια των υπολογιστών τους, οι οποίοι καλούνται «πελάτες», και του πελατειακού λογισμικού τους (φυλλομετρητής διαδικτύου). Γίνεται ευχερώς αντιληπτό ότι μια τέτοια αρχιτεκτονική του World Wide Web καθιστά σχετικώς εύκολο τον έλεγχο της νομιμότητας του περιεχομένου και την καταπολέμηση του παρανόμου περιεχομένου: αρκεί να κατασχεθεί ο εξυπηρετητής ή να ζητηθεί από τον διαχειριστή του να καταργήσει το περιεχόμενο του οποίου αμφισβητείται η νομιμότητα. Σημειωτέον, επίσης, ότι η νομοθεσία που αφορά τις υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας, δηλαδή πρωτίστως το διαδίκτυο, είναι ειδικά προσαρμοσμένη στο μοντέλο αυτό λειτουργίας, προβλέποντας, ιδίως, το ανεύθυνο των ενδιάμεσων φορέων παροχής όσον αφορά το περιεχόμενο, αλλά επιβάλλοντάς τους ορισμένες υποχρεώσεις συνεργασίας στην καταπολέμηση του παράνομου περιεχομένου.

20. Τα δίκτυα peer-to-peer είναι οργανωμένα επί τη βάσει διαφορετικής αρχής. Στο μοντέλο αυτό, ο υπολογιστής κάθε χρήστη, δηλαδή κάθε κόμβος (peer), είναι όχι μόνον ένας πελάτης ο οποίος λαμβάνει τις πληροφορίες, αλλά και ένας εξυπηρετητής ο οποίος τις αποθηκεύει και τις θέτει στη διάθεση άλλων κόμβων. Επομένως, το δίκτυο είναι αποκεντρωμένο (δεν υπάρχουν κεντρικοί εξυπηρετητές) και παρουσιάζει «μεταβλητή γεωμετρία», διότι μόνον οι συνδεδεμένοι κόμβοι-εξυπηρετητές συνιστούν το δίκτυο σε δεδομένο χρονικό σημείο (αντίθετα προς ένα «παραδοσιακό» δίκτυο, στο οποίο οι εξυπηρετητές συνήθως συνδέονται σε μόνιμη βάση ή στο οποίο

μόνον οι πελάτες συνδέονται και αποσυνδέονται προσωρινώς). Μια τέτοια διαμόρφωση του δικτύου παρουσιάζει πολλαπλά πλεονεκτήματα, ιδίως όσον αφορά τη βελτιστοποίηση της χρήσεως των δυνατοτήτων αποθηκεύσεως και μεταβιβάσεως δεδομένων. Ένα τέτοιο δίκτυο είναι επίσης, χάρη στην αποκεντρωμένη αρχιτεκτονική του, πιο ανθεκτικό στις επιθέσεις καθώς και στις επεμβάσεις των δυνάμεων της τάξεως ή των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού. Είναι, μεταξύ άλλων, δύσκολο να καταργηθεί το περιεχόμενο που υπάρχει σε δίκτυο peer-to-peer, δεδομένου ότι αυτό βρίσκεται σε διαφορετικούς εξυπηρετητές, οι οποίοι ανήκουν σε διαφορετικά φυσικά πρόσωπα εντός διαφορετικών χωρών.

21. Τα δίκτυα peer-to-peer προσφέρονται για διαφορετικές χρήσεις, όπως η ανταλλαγή μηνυμάτων, η τηλεφωνία, η διανομή λογισμικών ή και για στρατιωτικές εφαρμογές. Πάντως, η πλέον διαδεδομένη χρήση είναι η ανταλλαγή αρχείων.

22. Πρόκειται αποκλειστικά για αρχεία που περιέχουν παράνομα δεδομένα, όπως έργα που ανταλλάσσονται κατά τρόπο που συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού; Όχι. Στα δίκτυα peer-to-peer μπορούν να ανταλλάσσονται αρχεία διαφορετικής φύσεως, που περιέχουν ιδίως δεδομένα τα οποία δεν αποτελούν αντικείμενο προστασίας από το δικαίωμα του δημιουργού, έργα που μεταδίδονται με τη συγκατάθεση των δικαιούχων, δηλαδή από τους ίδιους τους δημιουργούς τους, έργα των οποίων η προστασία (εν πάση περιπτώσει όσον αφορά τα ουσιαστικά δικαιώματα) έχει ήδη εκπνεύσει ή ακόμη έργα ελεύθερης άδειας.

23. Πάντως, σύμφωνα με τα στοιχεία τα οποία προσκόμισε το Stichting Brein και των οποίων η ακρίβεια δεν αμφισβητήθηκε, εάν αντιλαμβάνομαι σωστά, στην κύρια δίκη, το 90 έως 95 % των αρχείων που ανταλλάσσονται στο δίκτυο του TPB περιέχουν έργα προστατευόμενα και μεταδιδόμενα χωρίς τη συγκατάθεση των δικαιούχων. Ο αριθμός αυτός φαίνεται να ισχύει για την πλειονότητα των δημοφιλών δικτύων peer-to-peer. Ο λόγος είναι ότι το νόμιμο περιεχόμενο έχει τους δικούς του διαύλους διανομής, είτε αυτοί είναι επαγγελματικοί είτε ερασιτεχνικοί (οι κλασικοί ιστότοποι, τα επιγραμμικά καταστήματα, τα κοινωνικά δίκτυα κ.λπ.). Τα δίκτυα peer-to-peer χρησιμοποιούνται, αντιθέτως, πολύ συχνά για την ανταλλαγή περιεχομένου το οποίο, άλλως, δεν θα ήταν διαθέσιμο δωρεάν στο κοινό. Οι διαχειριστές των δικτύων συχνά δεν κρύβουν καν τον σκοπό αυτόν, δεδομένου ότι ορισμένα από τα δίκτυα αυτά δημιουργήθηκαν αποδεδειγμένως με τον σκοπό να καταστρατηγήσουν τα δικαιώματα του δημιουργού, τα οποία κρίνονται καταχρηστικά [10]. Για τον λόγο αυτόν, τα δίκτυα peer-to-peer αποτέλεσαν, ήδη από την εμφάνισή τους, το αντικείμενο μέτρων για την καταπολέμηση της πειρατείας, κυρίως στις Ηνωμένες Πολιτείες, όπου τα δίκτυα αυτά πολύ γρήγορα κατέστησαν δημοφιλή. Η υπηρεσία Napster είναι το πρώτο μεγάλο δίκτυο peer-to-peer που εξαρθρώθηκε λόγω προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού [11].

24. Μετά το Napster, εμφανίσθηκαν νέες γενιές δικτύων peer-to-peer. Επί του παρόντος, τα πλέον δημοφιλή, τουλάχιστον στην ευρωπαϊκή αγορά, είναι τα δίκτυα που στηρίζονται στο πρωτόκολλο bittorrent. Η τεχνολογία αυτή παρέχει τη δυνατότητα, με τη βοήθεια λογισμικού στο οποίο υπάρχει ελεύθερη ηλεκτρονική πρόσβαση (αποκαλούμενο «λογισμικό bittorrent»), τηλεφορτώσεως του ιδίου αρχείου, το οποίο διαιρείται σε μικρά τμήματα, με αφετηρία πλείονες υπολογιστές-κόμβους. Χάρη σε αυτόν τον κατακερματισμό του αρχείου που τηλεφορτώνεται, αποφεύγεται ο κορεσμός τόσο των υπολογιστών των κόμβων πηγών της τηλεφορτώσεως (που ονομάζονται τότε «seeders»), οι οποίοι επιτελούν λειτουργία εξυπηρετητών, όσο και των διαδικτυακών συνδέσεών τους, με συνέπεια να καθίσταται δυνατή η ταχεία τηλεφόρτωση σχετικώς ογκωδών αρχείων. Δεδομένου ότι ο αριθμός των κόμβων που κατέχουν και ανταλλάσουν το ίδιο αρχείο είναι καθοριστικός για την ταχύτητα της

10 — Για παράδειγμα, το TPB ιδρύθηκε από τα μέλη της Piratbyrån, μιας σουηδικής οργανώσεως κατά των δικαιωμάτων του δημιουργού.

11 — Απόφαση του United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, της 12ης Φεβρουαρίου 2001, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

τηλεφορτώσεως, στην τεχνολογία bittorrent κάθε τμήμα του αρχείου που τηλεφορτώνεται προτείνεται ταυτόχρονα για τηλεφόρτωση σε άλλους κόμβους που αναζητούν το ίδιο αρχείο («leechers»). Με άλλα λόγια, κάθε υπολογιστής πελάτης ο οποίος τηλεφορτώνει το αρχείο καθίσταται αυτομάτως εξυπηρετητής, ο οποίος το θέτει στη διάθεση των άλλων κόμβων.

25. Δεν θα εξετάσω λεπτομερέστερα την τεχνική λειτουργία των δικτύων peer-to-peer, ως προς την οποία είναι εύκολη η ανεύρεση διεξοδικών περιγραφών [12]. Πράγματι, όπως σε όλες τις υποθέσεις σχετικά με τις τεχνολογίες της πληροφορίας, η τεχνική ανάπτυξη προπορεύεται ευχερώς των νομοθετικών και δικαστικών διαδικασιών, με τον κίνδυνο να καταστήσει απαρχαιωμένες, και μάλιστα πριν καν υιοθετηθούν, τις νομικές λύσεις που στηρίζονται σε συγκεκριμένο τεχνολογικό status quo [13]. Αυτό που πρέπει, κατ' εμέ, να αναζητηθεί, για την επίλυση υποθέσεως όπως αυτή της κύριας δίκης, είναι η νομική ουσία ορισμένων πράξεων, η οποία είναι ανεξάρτητη των τεχνικών διαδικασιών στις οποίες εντάσσονται οι πράξεις αυτές. Πάντως, σημασία, υπό το πρίσμα αυτό, έχει ο ρόλος των ιστοτόπων όπως το TPB στην ανταλλαγή των αρχείων στο πλαίσιο των δικτύων peer-to-peer.

26. Ο ρόλος αυτός είναι, πράγματι, κομβικός. Η χρήση κάθε δικτύου peer-to-peer στηρίζεται στη δυνατότητα εντοπισμού των διαθεσίμων κόμβων για την ανταλλαγή του αναζητούμενου αρχείου. Οι πληροφορίες αυτές, ανεξαρτήτως του αν έχουν τεχνικώς τη μορφή αρχείων torrent, «συνδέσμων magnet» ή άλλη, βρίσκονται στους ιστοτόπους όπως ο TPB. Οι ιστότοποι αυτοί προσφέρουν όχι μόνο μηχανές αναζητήσεως, αλλά συχνά, όπως στην περίπτωση του TPB, ευρετήρια των έργων τα οποία περιέχουν τα αρχεία αυτά και τα οποία κατατάσσονται σε διάφορες κατηγορίες, για παράδειγμα «τα 100 καλύτερα» ή «τα νεότερα». Επομένως, δεν είναι καν αναγκαίο να αναζητηθεί συγκεκριμένο έργο, αλλά αρκεί να γίνει μια επιλογή μεταξύ αυτών που προτείνονται, όπως στον κατάλογο μιας βιβλιοθήκης (ή, καλύτερα, μιας ηχοθήκης ή βιντεοθήκης, καθώς πρόκειται πρωτίστως για μουσικά και κινηματογραφικά έργα). Οι ιστότοποι αυτοί δίνουν συχνά συμπληρωματικές πληροφορίες, ιδίως στοιχεία που αφορούν την εκτίμηση της διάρκειας της τηλεφορτώσεως, καθώς και τον αριθμό των ενεργών seeders και leechers για δεδομένο αρχείο.

27. Εάν, επομένως, όπως διατείνονται οι αναιρεσίβλητες της κύριας δίκης, είναι θεωρητικώς δυνατόν να εντοπισθούν αρχεία που προτείνονται προς ανταλλαγή σε δίκτυο peer-to-peer χωρίς τη διαμεσολάβηση ιστοτόπου όπως ο TPB, στην πράξη, η αναζήτηση των αρχείων αυτών καταλήγει γενικώς σε ένα τέτοιο ιστότοπο ή σε ιστότοπο ο οποίος συγκεντρώνει τα δεδομένα περισσότερων δικτύων peer-to-peer. Κατά συνέπεια, ο ρόλος ιστοτόπων όπως το TPB είναι καθοριστικός στην πράξη για τη λειτουργία των δικτύων αυτών, εν πάση περιπτώσει για τον μέσο χρήστη του διαδικτύου.

Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

28. Με το πρώτο προδικαστικό του ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν το γεγονός ότι ο διαχειριστής ιστοτόπου παρέχει τη δυνατότητα εντοπισμού αρχείων τα οποία περιέχουν προστατευόμενα από το δικαίωμα του δημιουργού έργα που προτείνονται προς ανταλλαγή σε δίκτυο peer-to-peer, ευρετηριάζοντας τα μεταδεδομένα σχετικά με τα αρχεία αυτά και προσφέροντας μηχανή αναζητήσεως, συνιστά παρουσίαση στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29.

12 — Μπορεί να παρατεθεί ως πρώτη πηγή παραπομπής η Wikipedia, πηγή απολύτως ενδεδειγμένη για θέματα διαδικτύου (λήμματα «peer-to-peer», «bittorrent», «The Pirate Bay»). Βλ. επίσης απόφαση του αυστραλιανού δικαστηρίου, παρατεθείσα στην υποσημείωση 3, σκέψεις 43 έως 78, καθώς και L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, έγγραφο που κατάρτισε ο Παγκόσμιος Οργανισμός Διανοητικής Ιδιοκτησίας, διαθέσιμο στον ιστότοπό του υπό n° WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Πράγματι, από την κατάθεση της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως στην υπόθεση αυτή, ο ιστότοπος του TPB απέκτησε επιπλέον της δυνατότητας τηλεφορτώσεως των αρχείων, μια επιλογή συνεχούς ροής («streaming») ανταλλασσομένων έργων στο δίκτυο peer-to-peer, δια της χρήσεως νέου λογισμικού. Η μέθοδος αυτή παρουσιάσθηκε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση από τον εκπρόσωπο του Stichting Brein.

29. Θα αρχίσω την ανάλυση του ερωτήματος αυτού με μια σύντομη επισκόπηση των νομοθετικών διατάξεων και της νομολογίας σχετικά με το δικαίωμα παρουσιάσεως στο κοινό.

Το δικαίωμα παρουσιάσεως στο κοινό

30. Παραδοσιακά, όσον αφορά τη μετάδοση των έργων τους, οι δημιουργοί είχαν το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν, αφενός, τη διανομή των αντιγράφων των έργων τους και, αφετέρου, την αναπαράστασή τους σε κοινό, το οποίο είναι παρόν στον τόπο της αναπαραστάσεως. Τυπικά παραδείγματα συναφώς αποτελούν οι συναυλίες και οι θεατρικές παραστάσεις.

31. Η εμφάνιση των τεχνικών μέσων επικοινωνίας, με πρώτο τον ήχο μέσω της ραδιοφωνικής μεταδόσεως, κατέστησε αναγκαία την προστασία των δικαιωμάτων των δημιουργών όσον αφορά την εν λόγω δυνατότητα εκμεταλλεύσεως των έργων τους. Στο διεθνές δίκαιο, το δικαίωμα αυτό εισήχθη για πρώτη φορά με το άρθρο 11β της αναθεωρηθείσας Συμβάσεως της Βέρνης για την προστασία των λογοτεχνικών και καλλιτεχνικών έργων (στο εξής: Σύμβαση της Βέρνης)[14]. Επί του παρόντος, το άρθρο 11β της Συμβάσεως της Βέρνης, όπως ισχύει μετά την πράξη των Παρισίων της 24ης Ιουλίου 1971, που τροποποιήθηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 1979, προβλέπει για τους δημιουργούς το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν τη ραδιοφωνική μετάδοση ή κάθε άλλη ασύρματη παρουσίαση των έργων τους στο κοινό, καθώς και τη «δευτερεύουσα» παρουσίαση του έργου που μεταδόθηκε ραδιοφωνικά, από άλλον οργανισμό εκτός του οργανισμού προελεύσεως[15].

32. Η εν λόγω ρύθμιση του δικαιώματος παρουσιάσεως στο κοινό σχεδιάσθηκε και είναι ειδικά προσαρμοσμένη για την παρουσίαση «γραμμικού» τύπου, για να επαναλάβω την ορολογία της οδηγίας 2010/13/ΕΕ[16]. Κατά το εν λόγω μοντέλο παρουσιάσεως, το σήμα «προωθείται» στον αποδέκτη (εξ ου ο αγγλικός όρος «push»), ο οποίος μπορεί μόνο να το λάβει (ή όχι) κατά το χρονικό σημείο της μεταδόσεως. Επομένως, είναι σχετικά ευχερές να καθοριστεί πότε έλαβε χώρα η παρουσίαση, ποιά είναι η προέλευσή της και ποιοί είναι οι αποδέκτες, δηλαδή το κοινό. Πρόκειται για το κλασικό μοντέλο της λειτουργίας της ραδιοφωνικής και της τηλεοπτικής μεταδόσεως.

33. Με την έλευση της τηλεοράσεως κατά παραγγελία (video on demand) και στη συνέχεια, ιδίως, του διαδικτύου, εμφανίσθηκε νέος τρόπος παρουσιάσεως, στο πλαίσιο του οποίου το περιεχόμενο της παρουσιάσεως τίθεται απλώς στη διάθεση των δυνητικών χρηστών, οι οποίοι μπορούν να έχουν πρόσβαση σε αυτό όταν και όπου επιθυμούν. Στο μοντέλο αυτό, μόνον όταν ο χρήστης αποφασίσει να λάβει το περιεχόμενο υφίσταται πράγματι παρουσίαση του σήματος σε αυτόν («pull»). Υπήρχε αμφιβολία ως προς το αν η μέθοδος αυτή αντιστοιχούσε στην έννοια της «παρουσιάσεως στο κοινό» κατά τη Σύμβαση της Βέρνης[17].

34. Η Σύμβαση της Βέρνης συμπληρώθηκε, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να προσαρμοστούν οι ρυθμίσεις της στην τεχνική πρόοδο, με τη Συνθήκη του Παγκόσμιου Οργανισμού Διανοητικής Ιδιοκτησίας για τα δικαιώματα του δημιουργού, που συνάφθηκε στη Γενεύη στις 20 Δεκεμβρίου 1996 (στο εξής: WCT)[18]. Η έννοια της «διαθέσεως στο κοινό» εισήχθη ρητώς στο κείμενο αυτό. Πράγματι, το άρθρο 8 της WCT προβλέπει το αποκλειστικό δικαίωμα των δημιουργών να επιτρέπουν κάθε παρουσίαση των έργων τους στο κοινό, με ενσύρματα ή ασύρματα μέσα, «περιλαμβανομένης της διάθεσης στο κοινό των έργων τους κατά τρόπο ώστε τα μέλη του κοινού να μπορούν να έχουν

14 — Πράξη του Βερολίνου του 1908.

15 — Η ισχύουσα διατύπωση του άρθρου 11β της Συμβάσεως της Βέρνης απορρέει από την Πράξη των Βρυξελλών της 26ης Ιουνίου 1948.

16 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 10ης Μαρτίου 2010, για τον συντονισμό ορισμένων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με την παροχή υπηρεσιών οπτικοακουστικών μέσων (ΕΕ 2010, L 95, σ. 1). Πρόκειται για γραμμική παρουσίαση στον χρόνο, η οποία δηλαδή δεν μπορεί να ληφθεί παρά κατά το χρονικό σημείο της μεταδόσεως (βλ. άρθρο 1, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 2010/13).

17 — Βλ., μεταξύ άλλων, von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, σ. 973 έως 980.

18 — Συνθήκη η οποία εγκρίθηκε εξ ονόματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας με την απόφαση 2000/278/ΕΚ του Συμβουλίου, της 16ης Μαρτίου 2000 (ΕΕ 2000, L 89, σ. 6).

πρόσβαση σ' αυτά από τον τόπο και κατά τον χρόνο της ατομικής επιλογής τους». Επομένως, η διάταξη αυτή δεν περιορίζεται στην παρουσίαση μέσω ραδιοφώνου ή τηλεοράσεως, αλλά περιλαμβάνει κάθε τεχνικό μέσο παρουσιάσεως. Δεν περιορίζεται ούτε στη γραμμική παρουσίαση, αλλά καταλαμβάνει και τη διάθεση του περιεχομένου για μεταγενέστερη λήψη. Αυτή ακριβώς η τελευταία μέθοδος παρουσιάσεως στο κοινό έχει ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση του διαδικτύου, ιδίως δε των δικτύων peer-to-peer.

35. Το άρθρο 8 της WCT μεταφέρθηκε στο δίκαιο της Ένωσης με το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, διάταξη της οποίας η ερμηνεία ζητείται στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως. Η διάταξη αυτή επαναλαμβάνει σχεδόν κατά λέξη τη διατύπωση που υιοθετήθηκε στην WCT.

36. Η οδηγία 2001/29 δεν περιλαμβάνει, πάντως, ορισμό της έννοιας της «παρουσιάσεως στο κοινό» ούτε της «διαθέσεως στο κοινό». Επομένως, το Δικαστήριο θα πρέπει να αναλάβει να οριοθετήσει το πεδίο του ορισμού αυτού. Κατά τη νομολογία, δύο στοιχεία είναι αναγκαία για να διαπιστωθεί παρουσίαση στο κοινό: η πράξη παρουσιάσεως και η παρουσία κοινού [19].

37. Όσον αφορά το πρώτο στοιχείο, το Δικαστήριο υπογραμμίζει τον καθοριστικό ρόλο του χρήστη που προκάλεσε την παρουσίαση και τον ηθελημένο χαρακτήρα της παρεμβάσεώς του. Συγκεκριμένα, ο εν λόγω χρήστης προβαίνει σε πράξη παρουσιάσεως οσάκις παρεμβάλλεται, με πλήρη επίγνωση των συνεπειών της συμπεριφοράς του, για να παράσχει στους πελάτες του πρόσβαση σε προστατευόμενο έργο, ιδίως δε όταν, χωρίς την παρέμβαση αυτή, οι συγκεκριμένοι πελάτες δεν θα μπορούσαν, κατ' αρχήν, να έχουν πρόσβαση στο μεταδιδόμενο έργο [20].

38. Επιβάλλεται να προστεθεί στα ήδη αναφερθέντα, όπως επισήμανα ανωτέρω, ότι στην περίπτωση διαθέσεως στο κοινό έργου το οποίο οι αποδέκτες δύνανται να λάβουν όποτε επιθυμούν, η πράξη της παρουσιάσεως πρέπει να εκτιμηθεί λαμβανομένου υπόψη του ειδικού χαρακτήρα αυτού του τρόπου παρουσιάσεως. Επομένως, αντίθετα προς την παρουσίαση που πραγματοποιείται με πρωτοβουλία του χρήστη που προέβη στην παρουσίαση αυτή, στην περίπτωση διαθέσεως, η πραγματική μετάδοση του έργου πραγματοποιείται μόνο δυνητικά και με πρωτοβουλία του αποδέκτη. Ωστόσο, η ευχέρεια του φορέα των δικαιωμάτων του δημιουργού να αντιταχθεί στην παρουσίαση αυτή υλοποιείται κατά το ίδιο το χρονικό σημείο της διαθέσεως, ανεξαρτήτως του αν και πότε έλαβε χώρα η πραγματική μετάδοση [21].

39. Όσον αφορά το δεύτερο στοιχείο, την παρουσία του κοινού, αυτό περιλαμβάνει, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, δύο προϋποθέσεις. Κατά την πρώτη, η παρουσίαση πρέπει να απευθύνεται σε απροσδιόριστο αλλά σημαντικό αριθμό δυνητικών αποδεκτών. Το κριτήριο αυτό συνήθως συντρέχει στην περίπτωση ιστοτόπου προσπελάσιμου, κατ' αρχήν, σε όλους του χρήστες του διαδικτύου [22].

40. Κατά τη δεύτερη προϋπόθεση, το κοινό που αφορά η επίμαχη παρουσίαση πρέπει να είναι «νέο κοινό». Κατά το Δικαστήριο, όσον αφορά τη διαδικτυακή διάθεση, η παρουσίαση δεν πραγματοποιείται σε νέο κοινό όταν πρόκειται για έργο το οποίο έχει ήδη τεθεί στη διάθεση του κοινού, σε ελεύθερη πρόσβαση, σε άλλο ιστότοπο. Πράγματι, στην περίπτωση αυτή, η παρουσίαση αφορά, τουλάχιστον δυνητικά, το ίδιο κοινό το οποίο αφορά η αρχική διάθεση, δηλαδή το σύνολο των χρηστών του διαδικτύου [23].

19 — Βλ., τελευταίως, απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψη 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

20 — Απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψη 35).

21 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Svensson κ.λπ. (C-466/12, EU:C:2014:76, σκέψη 19).

22 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Svensson κ.λπ. (C-466/12, EU:C:2014:76, σκέψη 22).

23 — Βλ. απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Svensson κ.λπ. (C-466/12, EU:C:2014:76, σκέψεις 24 έως 27).

41. Αυτή η ελευθερία των χρηστών του Διαδικτύου υπόκειται, πάντως, σε έναν περιορισμό. Πράγματι, κατά το Δικαστήριο, κατά την εφαρμογή του κριτηρίου του νέου ακροατηρίου, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη όχι το ακροατήριο το οποίο έχει πράγματι πρόσβαση στο έργο, αλλά μόνο το ακροατήριο το οποίο έλαβε υπόψη ο φορέας των δικαιωμάτων του δημιουργού κατά την αρχική παρουσίαση. Αντιθέτως, εάν το έργο κατέστη διαθέσιμο, αλλά χωρίς τη συγκατάθεση του φορέα των δικαιωμάτων του δημιουργού, αυτός δεν έχει λάβει υπόψη του κανένα κοινό, οπότε κάθε νέα διάθεση αφορά κατ' ανάγκην νέο κοινό και πρέπει, κατά συνέπεια, να θεωρηθεί ως παρουσίαση στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 [24].

42. Πάντως, παρέλκει η ανάλυση του ζητήματος αν η παρουσίαση απευθύνεται σε νέο κοινό στην περίπτωση κατά την οποία πραγματοποιείται μέσω ειδικής τεχνικής μεθόδου, δηλαδή με τεχνικό μέσο διαφορετικό από εκείνο που χρησιμοποιήθηκε για την αρχική παρουσίαση [25]. Στην περίπτωση αυτή, υπάρχει, επομένως, πάντοτε παρουσίαση στο κοινό υπό την έννοια της οδηγίας 2001/29.

43. Πρέπει τώρα να εξετασθούν τα στοιχεία αυτά στο πλαίσιο των δικτύων peer-to-peer

Η παρουσίαση στο κοινό στα δίκτυα peer-to-peer

44. Φρονώ ότι είναι αναντίρρητο ότι, όταν τα προστατευόμενα από το δικαίωμα του δημιουργού έργα ανταλλάσσονται σε δίκτυο, τα έργα αυτά τίθενται στη διάθεση του κοινού.

45. Πρώτον, τα έργα τίθενται στη διάθεση του κοινού στους υπολογιστές των χρηστών του δικτύου, κατά τρόπον ώστε κάθε άλλος χρήστης μπορεί να τα τηλεφορτώσει. Το γεγονός ότι στο σύστημα bittorrent τα αρχεία που περιέχουν τα έργα αυτά είναι κατακερματισμένα και τηλεφορτώνονται τμηματικά από διαφορετικούς υπολογιστές είναι μια τεχνική ιδιομορφία άνευ σημασίας. Πράγματι, το αντικείμενο της προστασίας του δικαιώματος του δημιουργού δεν είναι ένα αρχείο, αλλά το έργο. Τα έργα, όμως, διατίθενται στο σύνολό τους και προωθούνται στους χρήστες, οι οποίες τα τηλεφορτώνουν επίσης στο σύνολό τους, πλην τεχνικού ατυχήματος.

46. Δεύτερον, οι δυνητικοί χρήστες ανοικτού δικτύου peer-to-peer, όπως το δίκτυο TPB, συνιστούν αναμφιβόλως απροσδιόριστο και σημαντικό αριθμό προσώπων.

47. Τέλος, τρίτον, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι πρόκειται για ειδικό τεχνικό μέσον, το κριτήριο του νέου κοινού επίσης συντρέχει, εν πάση περιπτώσει όσον αφορά τα έργα που ανταλλάσσονται χωρίς τη συγκατάθεση των δημιουργών. Πράγματι, όπως ήδη υπέμνησα στο σημείο 41 των προτάσεων αυτών, το κριτήριο του νέου κοινού πρέπει να εκτιμάται σε σχέση με το κοινό που έλαβε υπόψη ο δημιουργός, όταν έδωσε τη συγκατάθεσή του [26]. Εάν όμως ο δημιουργός του έργου δεν έδωσε τη συγκατάθεσή του για την ανταλλαγή του έργου του σε δίκτυο peer-to-peer, οι χρήστες του εν λόγω δικτύου συνιστούν εξ ορισμού νέο κοινό [27].

48. Απομένει να διευκρινιστεί ποια είναι τα πρόσωπα, σε ένα δίκτυο peer-to-peer, που έθεσαν στη διάθεση του κοινού τα έργα τα οποία ανταλλάσσονται στο δίκτυο αυτό: οι χρήστες του ή ο διαχειριστής ιστοτόπου ευρετηριάσεως όπως ο TPB.

24 — Απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψη 43).

25 — Απόφαση της 7ης Μαρτίου 2013, ITV Broadcasting κ.λπ. (C-607/11, EU:C:2013:147, σκέψη 39).

26 — Βλ., ιδίως, αποφάσεις της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Svensson κ.λπ. (C-466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, σκέψη 24), και της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψεις 37 και 42).

27 — Πράγμα που επίσης προκύπτει, εμμέσως, από τη σκέψη 43 της αποφάσεως της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

49. Οι χρήστες, με την εγκατάσταση στους υπολογιστές τους και τη θέση σε λειτουργία του λογισμικού ανταλλαγής (bittorrent client), με την προμήθεια στο TPB των torrents που παρέχουν τη δυνατότητα εντοπισμού των αρχείων τα οποία υπάρχουν στους υπολογιστές τους και με τη διατήρηση των υπολογιστών αυτών σε λειτουργία, προκειμένου να είναι ενεργοί στο δίκτυο θέτουν κατά ηθελημένο τρόπο τα έργα που βρίσκονται στην κατοχή τους στη διάθεση των άλλων χρηστών του δικτύου.

50. Πάντως, τα έργα αυτά δεν θα ήσαν προσπελάσιμα και η λειτουργία του δικτύου δεν θα ήταν δυνατή, ή θα ήταν εν πάση περιπτώσει πολύ πιο περίπλοκη και λιγότερο αποτελεσματική στη χρήση, χωρίς τους ιστοτόπους όπως το TPB, οι οποίοι παρέχουν τη δυνατότητα εντοπισμού των έργων και προσβάσεως σε αυτά. Οι διαχειριστές των δικτύων αυτών οργανώνουν, επομένως, το σύστημα που παρέχει στους χρήστες δυνατότητα προσβάσεως σε έργα που τέθηκαν στη διάθεση του κοινού από άλλους χρήστες. Επομένως, ο ρόλος τους μπορεί να θεωρηθεί αναγκαίος [28].

51. Είναι αληθές ότι ένας τέτοιος ιστότοπος απλώς αρχειοθετεί το περιεχόμενο που υπάρχει στο δίκτυο peer-to-peer, δηλαδή τα μεταδεδομένα σχετικά με τα έργα που προτείνονται προς ανταλλαγή μεταξύ των χρηστών του δικτύου. Επομένως, ο διαχειριστής του ιστοτόπου δεν ασκεί, κατ' αρχήν, καμία επιρροή στην εμφάνιση συγκεκριμένου έργου στο δίκτυο. Δεν είναι παρά ένας διαμεσολαβητής, ο οποίος παρέχει στους χρήστες τη δυνατότητα να ανταλλάξουν το περιεχόμενο με τη μέθοδο peer-to-peer. Επομένως, δεν μπορεί να του αποδοθεί ο αποφασιστικός ρόλος στην παρουσίαση συγκεκριμένου έργου, εφόσον δεν γνωρίζει ότι τέθηκε στη διάθεση του κοινού παρανόμως ή εφόσον, αφού ενημερώθηκε για την παρανομία αυτή, ενεργεί νομίμως για να τη θεραπεύσει. Πάντως, από τη στιγμή που ο διαχειριστής αυτός λάβει γνώση του γεγονότος ότι η διάθεση του έργου στο κοινό πραγματοποιείται κατά τρόπο που συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού και δεν προβαίνει σε ενέργειες προκειμένου να καταστήσει αδύνατη την πρόσβαση στο επίμαχο έργο, είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η συμπεριφορά του αποσκοπεί στο να καταστήσει ρητώς δυνατή τη συνέχιση της παράνομης διαθέσεως του έργου αυτού στο κοινό και, κατά συνέπεια, ότι είναι ηθελημένη.

52. Διευκρινίζω ότι η ως άνω γνώση του διαχειριστή του ιστοτόπου πρέπει να είναι πραγματική. Αυτό συμβαίνει, ιδίως, στην περίπτωση κατά την οποία ο φορέας των δικαιωμάτων του δημιουργού προειδοποίησε ρητώς τον διαχειριστή αυτόν για τον παράνομο χαρακτήρα των πληροφοριών που υπάρχουν στον ιστότοπο [29]. Επομένως, δεν θα ήταν πρόσφορο να εφαρμοστεί στον ιστότοπο αυτό το τεκμήριο επιγνώσεως ανάλογης με αυτή που διαπίστωσε το Δικαστήριο με την απόφαση GS Media όσον αφορά τα πρόσωπα που τοποθέτησαν υπερσύνδεσμο για κερδοσκοπικό σκοπό [30]. Πράγματι, το τεκμήριο αυτό θα κατέληγε στην επιβολή στους διαχειριστές των ιστοτόπων ευρετηριάσεως των δικτύων peer-to-peer, οι οποίοι λειτουργούν κανονικά επιδιώκοντας κερδοσκοπικό σκοπό, γενική υποχρέωση επιβλέψεως του αρχειοθετημένου περιεχομένου.

53. Η επέμβαση των διαχειριστών αυτών πληροί, κατά συνέπεια, τα κριτήρια του αναγκαίου και ηθελημένου χαρακτήρα, που διατυπώθηκαν στη νομολογία του Δικαστηρίου [31]. Επομένως, είμαι της γνώμης ότι πρέπει να θεωρηθεί ότι οι διαχειριστές αυτοί, ταυτόχρονα και από κοινού με τους χρήστες του δικτύου, προκάλεσαν και οι ίδιοι τη διάθεση στο κοινό των έργων που ανταλλάσσονται στο πλαίσιο του δικτύου χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού, εάν έχουν επίγνωση της παρανομίας αυτής και δεν αντιδρούν προκειμένου να καταστήσουν αδύνατη την πρόσβαση στα έργα αυτά.

28 — Βλ. για το συγκεκριμένο ζήτημα, και σημεία 26 και 27 των προτάσεων αυτών.

29 — Αυτό συμβαίνει, κατά τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στον φάκελο, όσον αφορά τον ιστότοπο TPB στην υπόθεση της κύριας δίκης.

30 — Απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψη 51).

31 — Απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, σκέψη 35 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

54. Επομένως, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το γεγονός ότι ο διαχειριστής ιστοτόπου καθιστά δυνατή, με την ευρετηρίαση και την παροχή μηχανής αναζητήσεως, την ανεύρεση αρχείων που περιέχουν προστατευόμενα από το δικαίωμα του δημιουργού έργα, τα οποία προτείνονται προς ανταλλαγή εντός δικτύου peer-to-peer, συνιστά παρουσίαση στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, εάν ο διαχειριστής αυτός έχει γνώση του γεγονότος ότι ένα έργο έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού στο δίκτυο χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού και δεν αντιδρά προκειμένου να καταστήσει αδύνατη την πρόσβαση στο έργο αυτό.

Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

55. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα υποβλήθηκε από το αιτούν δικαστήριο για την περίπτωση αρνητικής απαντήσεως του Δικαστηρίου στο πρώτο ερώτημα, στο οποίο προτείνω να δοθεί καταφατική απάντηση. Πάντως, εάν το Δικαστήριο δεν συμφωνήσει με την ανωτέρω εκτεθείσα ανάλυση, καθίσταται αναγκαία η ανάλυση του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος. Κατά συνέπεια, θα προτείνω απάντηση και στο ως άνω δεύτερο ερώτημα.

56. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αναφέρεται τόσο στο άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 όσο και στο άρθρο 11 της οδηγίας 2004/48. Πάντως, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/48, καθώς και, πλέον άμεσα, κατά την τελευταία πρόταση του άρθρου 11 της οδηγίας αυτής, οι διατάξεις της εφαρμόζονται με την επιφύλαξη των διατάξεων της οδηγίας 2001/29, ειδικότερα δε του άρθρου 8 αυτής. Έπεται, κατ' εμέ, ότι, όσον αφορά τα ζητήματα που καλύπτει το άρθρο 8 της οδηγίας 2001/29, η διάταξη αυτή κατισχύει του άρθρου 11 της οδηγίας 2004/48. Επομένως, μόνο το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 ασκεί επιρροή για την απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα. Εν πάση περιπτώσει, οι δύο αυτές διατάξεις έχουν πανομοιότυπο περιεχόμενο.

57. Με το ως άνω δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι παρέχει τη δυνατότητα λήψεως ασφαλιστικών μέτρων κατά φορέα παροχής υπηρεσιών προσβάσεως στο διαδίκτυο, προκειμένου να του επιβληθεί η υποχρέωση να εμποδίσει την πρόσβαση των χρηστών του σε ιστότοπο ευρετηριάσεως δικτύου peer-to-peer, μέσω του οποίου πραγματοποιήθηκαν προσβολές στα δικαιώματα του δημιουργού, ακόμη και αν ο διαχειριστής του ιστοτόπου αυτού δεν παρουσιάζει ο ίδιος στο κοινό τα έργα τα οποία διατίθενται στο εν λόγω δίκτυο.

Η δυνατότητα εφαρμογής των μέτρων δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 στους ιστοτόπους όπως το TPB

58. Προς υπόμνηση, κατά το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29, οι φορείς των δικαιωμάτων του δημιουργού πρέπει να μπορούν να ζητούν τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά των διαμεσολαβητών οι υπηρεσίες των οποίων χρησιμοποιούνται από τρίτο για την προσβολή των δικαιωμάτων τους.

59. Στη διαφορά της κύριας δίκης, είναι σαφές ότι οι αναιρεσίβλητες, ως φορείς παροχής υπηρεσιών προσβάσεως στο διαδίκτυο, έχουν την ιδιότητα διαμεσολαβητών υπό την έννοια της προπαρατεθείσας διατάξεως.

60. Φρονώ ότι είναι επίσης σαφές ότι οι υπηρεσίες των διαμεσολαβητών αυτών χρησιμοποιούνται από τρίτους για την προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού. Πράγματι, διαπιστώθηκε ότι ορισμένοι χρήστες των υπηρεσιών αυτών χρησιμοποιούν το δίκτυο peer-to-peer για να ανταλλάξουν σε αυτό έργα χωρίς την άδεια των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού. Η ανταλλαγή αυτή συνιστά διάθεση έργου στο κοινό χωρίς άδεια του φορέα των δικαιωμάτων δημιουργού και, κατά συνέπεια, προσβολή των δικαιωμάτων αυτών.

61. Η ιδιομορφία της υποθέσεως της κύριας δίκης έγκειται στο ότι το μέτρο που ζητείται, δηλαδή ο αποκλεισμός της προσβάσεως στον ιστότοπο TPB, θα επηρεάσει όχι μόνο τους χρήστες που διαπράττουν τις προσβολές των δικαιωμάτων του δημιουργού, αλλά και τον ιστότοπο TPB, ο οποίος δεν θα μπορεί να προτείνει τις υπηρεσίες του στους χρήστες που είναι συνδεδεμένοι με το διαδίκτυο με τη διαμεσολάβηση των αναιρεσίβλητων της κύριας δίκης.

62. Το Δικαστήριο δέχθηκε τη δυνατότητα λήψεως ενός τέτοιου μέτρου με την απόφαση UPC Telekabel Wien [32]. Ωστόσο, η υπόθεση εκείνη αφορούσε τον αποκλεισμό της προσβάσεως σε ιστότοπο του οποίου ο διαχειριστής είχε θεωρηθεί ότι προκάλεσε ο ίδιος την προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού. Πράγματι, τα έργα που τέθηκαν παρανόμως στη διάθεση του κοινού βρίσκονταν στον επίμαχο ιστότοπο και είχαν τηλεφορτωθεί από τους χρήστες με αφετηρία τον ιστότοπο αυτόν. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο διαχειριστής του εν λόγω ιστοτόπου χρησιμοποιούσε, για να προσβάλει τα δικαιώματα του δημιουργού, τις υπηρεσίες του φορέα παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο των προσώπων που συμβουλεύονταν τον ιστότοπο.

63. Η κατάσταση είναι εντελώς διαφορετική στην υπό κρίση υπόθεση, διότι, εάν γίνει δεκτό ότι το TPB δεν πραγματοποιεί το ίδιο την παρουσίαση των έργων στο κοινό χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού, δεν μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες των φορέων παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο των χρηστών του δικτύου peer-to-peer για να προσβάλει τα δικαιώματα του δημιουργού.

64. Όμως, η περίπτωση την οποία ρυθμίζει το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 προϋποθέτει την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ του αντικειμένου του ασφαλιστικού μέτρου και της προσβολής των δικαιωμάτων του δημιουργού. Ένα μέτρο αποκλεισμού της προσβάσεως σε ιστότοπο σημαίνει ότι διαπιστώθηκε η ευθύνη του διαχειριστή του εν λόγω ιστοτόπου όσον αφορά προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού μέσω των υπηρεσιών του διαμεσολαβητή στον οποίο απευθύνονται τα ληφθέντα ασφαλιστικά μέτρα. Υπό την προϋπόθεση αυτή, ο διαμεσολαβητής αυτός έχει την ιδιότητα του τρίτου που προσβάλλει τα δικαιώματα του δημιουργού υπό την έννοια του άρθρου 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29.

65. Εάν ο επίμαχος διαχειριστής δεν προβαίνει ο ίδιος στην πράξη που καλύπτεται από το μονοπώλιο του δημιουργού (πχ την παρουσίαση στο κοινό), η προσβολή αυτή είναι απλώς έμμεση. Λαμβανομένου υπόψη ότι η ευθύνη για τον τύπο αυτό προσβολών δεν είναι εναρμονισμένη στο επίπεδο του δικαίου της Ένωσης, πρέπει να προβλέπεται ρητώς στο εθνικό δίκαιο. Στα εθνικά δικαστήρια απόκειται να εξακριβώσουν αν υφίσταται τέτοια ευθύνη κατά το εθνικό τους δίκαιο.

66. Εάν η ευθύνη αυτή μπορεί να διαπιστωθεί όσον αφορά τον διαχειριστή ενός ιστοτόπου ευρετηριάσεως σε δίκτυο peer-to-peer, στο οποίο ανταλλάσσονται προστατευόμενα έργα χωρίς την άδεια των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού, πρέπει να θεωρηθεί ότι ο διαχειριστής αυτός χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες των φορέων παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο των οποίων οι πελάτες ανταλλάσσουν τα αρχεία στο δίκτυο αυτό, κατ' αναλογίαν προς ένα πρόσωπο που προσβάλλει το ίδιο, ευθέως, τα δικαιώματα του δημιουργού.

32 — Απόφαση της 2ας Μαρτίου 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

67. Η διαπίστωση αυτή δεν αναιρείται από το γεγονός ότι ένας ιστότοπος όπως το TPB θα μπορούσε να εμπίπτει στην κατηγορία των φορέων παροχής υπηρεσιών φιλοξενίας, των οποίων η ευθύνη για τις αποθηκευόμενες πληροφορίες, κατ' αρχήν, αποκλείεται, δυνάμει του άρθρου 14, παράγραφος 1, της οδηγίας 2000/31. Η εν λόγω ασυλία εξαρτάται, πράγματι, από προϋποθέσεις. Αναγνωρίζεται μόνον εάν ο πάροχος δεν είχε γνώση του παράνομου χαρακτήρα των αποθηκευμένων πληροφοριών ή της δραστηριότητας που ασκείται μέσω των πληροφοριών αυτών και υπό την προϋπόθεση ότι, εφόσον ενημερώθηκε για την παρανομία αυτή, ενεργεί ταχέως για την απόσυρση των επίμαχων πληροφοριών ή για να καταστήσει αδύνατη την πρόσβαση σε αυτές.

68. Εάν ο διαμεσολαβητής που παρέχει υπηρεσίες προσβάσεως δεν πληροί τις προϋποθέσεις αυτές, δηλαδή εάν γνώριζε τον παράνομο χαρακτήρα των αποθηκευμένων πληροφοριών αλλά δεν τις απέσυρε ταχέως ούτε κατέστησε αδύνατη την πρόσβαση σε αυτές, μπορεί να θεωρηθεί έμμεσα υπεύθυνος για τις εν λόγω πληροφορίες.

69. Αυτό ισχύει, μεταξύ άλλων, για τον διαχειριστή ιστοτόπου ευρετηριάσεως δικτύου peer-to-peer ο οποίος γνώριζε ή είχε ενημερωθεί ότι τα αρχεία torrent που χορηγούν οι χρήστες του δικτύου παρείχαν τη δυνατότητα ανταλλαγής των έργων που είχαν τεθεί στη διάθεση του κοινού στο δίκτυο αυτό χωρίς την άδεια των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού και δεν απέσυρε τα αρχεία αυτά. Πάντως, είναι σαφές, στο πλαίσιο της διαδικασίας της κύριας δίκης, ότι αυτό συμβαίνει με τον TBP. Κατά συνέπεια, δεν αντιβαίνει προς το άρθρο 14 της οδηγίας 2000/31 η στοιχειοθέτηση της ευθύνης του λόγω των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού που απορρέουν από την ως άνω διάθεση των έργων στο κοινό.

70. Πρέπει, ακόμη, να εξετασθεί η συμβατότητα του μέτρου αυτού προς τα θεμελιώδη δικαιώματα.

Η συμβατότητα του αποκλεισμού προσβάσεως σε ιστότοπο προς τα θεμελιώδη δικαιώματα

71. Τα μέτρα που λαμβάνονται επί τη βάσει του άρθρου 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 πρέπει να συνάδουν προς τα οικεία θεμελιώδη δικαιώματα [33]. Το ζήτημα της συμβατότητας αυτής, όσον αφορά μέτρο δια του οποίου διατάσσεται να αποκλεισθεί για τους χρήστες των υπηρεσιών φορέα παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο η δυνατότητα να συμβουλευθούν ιστότοπο στον οποίο καταλογίσθηκε ευθύνη για την προσβολή των δικαιωμάτων του δημιουργού, αναλύθηκε ενδελεχώς από το Δικαστήριο με την απόφαση UPC Telekabel Wien [34]. Το Δικαστήριο δέχθηκε τη συμβατότητα του μέτρου αυτού προς τα θεμελιώδη δικαιώματα, θέτοντας τρεις προϋποθέσεις [35].

72. Πρώτον, ο φορέας παροχής διαδικτυακής προσβάσεως στον οποίο απευθύνεται η δικαστική διαταγή πρέπει να έχει την επιλογή των τεχνικών μέσων που χρησιμοποιούνται για τη συμμόρφωση προς αυτή και να μπορεί να απαλλαγεί από τις υποχρεώσεις του αποδεικνύοντας ότι έλαβε κάθε εύλογο μέτρο προς τούτο. Πρόκειται για όρους οι οποίοι επιβάλλονται στο εθνικό δίκαιο και των οποίων η τήρηση εμπίπτει στον έλεγχο των εθνικών δικαστηρίων.

73. Δεύτερον, τα μέτρα που λαμβάνονται δεν πρέπει να στερούν άνευ λόγου τους χρήστες του διαδικτύου από τη δυνατότητα νόμιμης προσβάσεως στις διαθέσιμες πληροφορίες. Είναι προφανές ότι ένα μέτρο αποκλεισμού προσβάσεως σε συγκεκριμένο ιστότοπο στερεί τους χρήστες του διαδικτύου από την πρόσβαση στις πληροφορίες που διατίθενται σε αυτό, ανεξαρτήτως του αν είναι νόμιμες ή όχι.

33 — Απόφαση της 27ης Μαρτίου 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, σκέψεις 45 και 46 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

34 — Απόφαση της 27ης Μαρτίου 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, σκέψεις 46 έως 63).

35 — Απόφαση της 27ης Μαρτίου 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, σκέψη 64).

74. Φρονώ, επομένως, ότι η νομιμότητα ενός τέτοιου μέτρου πρέπει να εκτιμάται κατά περίπτωση, με την ανάλυση της αναλογικότητας μεταξύ, αφενός, του μέτρου και της στερήσεως της προσβάσεως στις πληροφορίες που απορρέει από αυτό και, αφετέρου, της σημασίας και της βαρύτητας των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού που διαπράττονται μέσω του εν λόγω ιστοτόπου.

75. Όσον αφορά την περίπτωση του TPB, σύμφωνα με τα στοιχεία που παρέσχε το αναιρεσείον της κύριας δίκης, τα οποία πρέπει βεβαίως να επαληθευθούν από το αιτούν δικαστήριο, άνω του 90 % των αρχείων στα οποία η πρόσβαση κατέστη δυνατή από τον ιστότοπο αυτό περιέχουν έργα που τέθηκαν στη διάθεση του κοινού χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού. Επιπλέον, οι διαχειριστές του TPB ενημερώθηκαν κατ' επανάληψη για τον παράνομο χαρακτήρα του περιεχομένου του ιστοτόπου τους και κλήθηκαν να το αποσύρουν, πράγμα το οποίο αρνήθηκαν ρητώς να πράξουν.

76. Φρονώ ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η στέρηση των χρηστών του διαδικτύου από την πρόσβαση στις πληροφορίες, η οποία απορρέει από το μέτρο αποκλεισμού της προσβάσεως στον ιστότοπο TPB, είναι ανάλογη προς τη σημασία και τη βαρύτητα των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού οι οποίες διαπράττονται στον ιστότοπο αυτόν. Η εκτίμησή μου στηρίζεται τόσο στο ποσοστό του παράνομου περιεχομένου όσο και στη στάση των διαχειριστών του εν λόγω ιστοτόπου. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο αν ληφθεί υπόψη ότι, εφόσον πραγματοποιείται νομίμως ανταλλαγή έργων σε δίκτυο peer-to-peer, τα έργα αυτά είναι κατά πάσα πιθανότητα εξίσου ευχερώς και δωρεάν προσβάσιμα με άλλα μέσα ή ότι μπορούν ευχερώς να τεθούν στη διάθεση του κοινού. Η κατάσταση θα ήταν εντελώς διαφορετική στην περίπτωση ιστοτόπου στον οποίο το παράνομο περιεχόμενο είναι περιθωριακό και του οποίου οι διαχειριστές συνεργάζονται καλοπίστως για να το αποσύρουν.

77. Είναι αυτονόητο ότι η οριστική ανάλυση σχετικά με την αναλογικότητα του σχεδιαζόμενου μέτρου ανήκει στα εθνικά δικαστήρια.

78. Τέλος, τρίτον, το μέτρο πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα να παρακωλύει ή, τουλάχιστον, να δυσχεραίνει τη μη εγκεκριμένη πρόσβαση σε προστατευόμενα αντικείμενα και να αποθαρρύνει ουσιωδώς την πρόσβαση των χρηστών του διαδικτύου, οι οποίοι χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες του αποδέκτη της διαταγής αυτής, στα εν λόγω αντικείμενα τα οποία τέθηκαν στη διάθεσή τους κατά τρόπο θίγοντα τα δικαιώματα του δημιουργού. Με άλλα λόγια, το μέτρο πρέπει να αποσκοπεί στον τερματισμό και την πρόληψη της προσβολής των δικαιωμάτων του δημιουργού και πρέπει να είναι ευλόγως αποτελεσματικό κατά την επιδίωξη του σκοπού αυτού.

79. Στην παρούσα υπόθεση, οι αναιρεσίβλητες της κύριας δίκης εκφράζουν σοβαρές αμφιβολίες ως προς την αποτελεσματικότητα του μέτρου που συνίσταται στον αποκλεισμό της προσβάσεως στον ιστότοπο TPB. Κατά τις αναιρεσίβλητες, αφενός, το μέτρο αυτό είναι αναποτελεσματικό, διότι τα ίδια έργα μπορούν να βρεθούν και να αποτελέσουν αντικείμενο ανταλλαγής στο διαδίκτυο με τη χρήση άλλων μέσων εκτός του TPB. Αφετέρου, το μέτρο που συνίσταται στον αποκλεισμό προσβάσεως σε διαδικτυακή διεύθυνση ευχερώς καταστρατηγείται από κάθε ενημερωμένο χρήστη του διαδικτύου.

80. Επιβάλλεται, πάντως, να επισημανθεί, πρώτον, ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, δεν είναι αναγκαίο να διασφαλίζεται η προστασία των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας κατά τρόπο απόλυτο, δηλαδή το σχεδιαζόμενο μέτρο να καταλήγει στην πλήρη παύση των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού. Αρκεί, πράγματι, να αποθαρρύνει ουσιωδώς τους χρήστες του διαδικτύου από τη διάπραξη τέτοιων προσβολών, δυσχεραίνοντάς τη [36]. Λαμβανομένου, πάντως, υπόψη του ρόλου των ιστοτόπων όπως το TPB στη λειτουργία των δικτύων peer-to-peer, θεωρώ

36 — Απόφαση της 27ης Μαρτίου 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, σκέψεις 61 έως 63). Κατά το Δικαστήριο, ακόμη και ένα μέτρο το οποίο δεν εμποδίζει άμεσα τις προσβολές των δικαιωμάτων του δημιουργού, αλλά απαιτεί μόνον από τους χρήστες να αποκαλύψουν την ταυτότητά τους για να αποκτήσουν πρόσβαση στο διαδίκτυο, πληροί τα κριτήρια αυτά [Απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, σκέψεις 95 και 96)].

αναντίρρητο ότι ο αποκλεισμός της προσβάσεως στον ιστότοπο αυτόν θα παρεμπόδιζε ή θα δυσχέραινε, για την πλειονότητα των χρηστών, την ανεύρεση των έργων που τίθενται στη διάθεση του κοινού σε τέτοιο δίκτυο και, κατά συνέπεια, την τηλεφόρτωσή τους κατά τρόπο θίγοντα τα δικαιώματα του δημιουργού.

81. Δεύτερον, το γεγονός ότι άλλοι ιστότοποι εκτός του TPB μπορούν να διαδραματίσουν τον ίδιο ρόλο ουδόλως αναιρεί την αποτελεσματικότητα του μέτρου το οποίο ζητείται στο πλαίσιο της διαδικασίας της κύριας δίκης, διότι ανάλογα μέτρα μπορούν να ζητηθούν για να αποκλείσουν, με την σειρά τους, την πρόσβαση στους ιστοτόπους αυτούς. Η αποδοχή της συλλογιστικής των αναιρεσιβλήτων της κύριας δίκης θα κατέληγε στο να γίνει δεκτό ότι κανένα μέτρο προλήψεως της παραβάσεως του νόμου δεν μπορεί να είναι αποτελεσματικό, διότι πάντοτε θα διαπράττονται νέες παραβάσεις από άλλα πρόσωπα.

82. Τέλος, τρίτον, πρέπει να υπομνησθεί ότι ένα μέτρο οπωσδήποτε πιο αποτελεσματικό, συνιστάμενο στη διαταγή της απαγορεύσεως κάθε διαδικτυακής κινήσεως όσον αφορά έργα παρανόμως ανταλλασσόμενα σε δίκτυα peer-to-peer, έχει ήδη αποτελέσει το αντικείμενο εκτιμήσεως του Δικαστηρίου. Το Δικαστήριο απέρριψε το μέτρο αυτό, καθόσον έκρινε ότι συνεπάγεται υπερβολική δέσμευση για τους φορείς παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο και υπέρμετρο περιορισμό των δικαιωμάτων των χρηστών[37].

83. Εάν σήμερα απερρίπτετο μέτρο το οποίο είναι λιγότερο δεσμευτικό για τους φορείς παροχής υπηρεσιών διαδικτυακής προσβάσεως και συνεπάγεται μικρότερη επέμβαση στα δικαιώματα των χρηστών, με το αιτιολογικό ότι δεν είναι αρκούντως αποτελεσματικό, οι φορείς παροχής προσβάσεως στο διαδίκτυο θα απαλλάσσονταν οριστικά de facto από το καθήκον συνεργασίας στην καταπολέμηση των προσβολών των δικαιωμάτων του δημιουργού. Πάντως, οι παρεκκλίσεις όσον αφορά την ευθύνη των διαμεσολαβητών που παρέχουν υπηρεσίες διαδικτυακής προσβάσεως τις οποίες προβλέπει η οδηγία 2000/31 συνιστούν ένα από τα στοιχεία εξισορροπήσεως των διαφόρων συμφερόντων την οποία επιφέρει, κατά την αιτιολογική σκέψη 41, η οδηγία αυτή. Το αντιστάθμισμα των παρεκκλίσεων αυτών, στο πλαίσιο της εν λόγω εξισορροπήσεως, είναι όχι μόνον η έλλειψη κάθε συνενοχής των διαμεσολαβητών που παρέχουν υπηρεσίες διαδικτυακής προσβάσεως όσον αφορά τις παραβάσεις του νόμου, αλλά και η συνεργασία τους για την αποτροπή η την πρόληψη των παραβάσεων αυτών. Δεν μπορούν να απαλλαγούν από την υποχρέωση αυτή, επικαλούμενοι, αναλόγως των περιστάσεων, είτε τον υπερβολικά δεσμευτικό χαρακτήρα των μέτρων είτε την αναποτελεσματικότητά τους.

84. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο, σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, να απαντήσει στο δεύτερο ερώτημα ότι το άρθρο 8, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 επιτρέπει την έκδοση διαταγής εις βάρος διαμεσολαβητή με την οποία αυτός υποχρεούται να απαγορεύσει στους χρήστες του την πρόσβαση σε ιστότοπο ευρετηριάσεως δικτύου peer-to-peer, εάν ο διαχειριστής του εν λόγω ιστοτόπου μπορεί, δυνάμει του εθνικού δικαίου, να θεωρηθεί υπεύθυνος για τις προσβολές των δικαιωμάτων του δημιουργού τις οποίες διέπραξαν οι χρήστες του εν λόγω δικτύου, υπό την προϋπόθεση ότι το μέτρο αυτό είναι ανάλογο προς τη σημασία και τη βαρύτητα των διαπραχθεισών προσβολών των δικαιωμάτων των δημιουργών, πράγμα το οποίο οφείλει να εξακριβώσει ο εθνικός δικαστής.

37 — Απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, σκέψεις 38 έως 52).

Πρόταση

85. Υπό το πρίσμα του συνόλου των προηγουμένων σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα του Hoge Raad der Nederlanden (Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών) ως εξής:

Το γεγονός ότι ο διαχειριστής διαδικτυακού ιστοτόπου καθιστά δυνατή, με την αρχειοθέτηση και την παροχή μηχανής αναζητήσεως, την ανεύρεση αρχείων που περιέχουν προστατευόμενα από το δικαίωμα του δημιουργού έργα, τα οποία προτείνονται προς ανταλλαγή εντός δικτύου peer-to-peer, συνιστά παρουσίαση στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας, εάν ο διαχειριστής αυτός είχε γνώση του γεγονότος ότι ένα έργο είχε τεθεί στη διάθεση του κοινού στο δίκτυο χωρίς τη συγκατάθεση των φορέων των δικαιωμάτων του δημιουργού και δεν αντέδρασε προκειμένου να καταστήσει αδύνατη την πρόσβαση στο έργο αυτό.