Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 8. prosinca 2016.[1]

Predmet C-527/15

Stichting Brein
protiv
Jacka Frederika Wullemsa, koji djeluje i pod nazivom Filmspeler

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Rechtbank Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland, Nizozemska))

„Autorsko i srodna prava – Informacijsko društvo – Pojam ‚priopćavanja javnosti'– Pravo reproduciranja – Iznimke i ograničenja"

1. Pravo priopćavanja autorskih djela javnosti, zaštićeno člankom 3. Direktive 2001/29/EZ[2], može biti narušeno poveznicama koje upućuju s jednih internetskih stranica na druge ukoliko se ne postigne nužno potrebna ravnoteža između poštovanja intelektualnog vlasništva i slobodnog razvoja informacijskog društva. U tom kontekstu, hiperpoveznice[3] predstavljaju jedan od osnovnih elemenata interneta, nužan za pretraživanje njegovih stranica, ali također mogu dovesti do povrede autorskih prava.

2. Sud, koji se u više navrata očitovao o pojmu priopćavanja javnosti[4], nedavno je donio ključnu presudu[5] o tome je li postavljanje hiperpoveznica na internetsku stranicu, koje upućuju na druge stranice na kojima su digitalni sadržaji[6] prikazani bez dopuštenja nositelja prava, a do kojih korisnik dolazi samo klikanjem na hiperpoveznicu, priopćavanje javnosti u smislu Direktive 2001/29.

3. Prvo i drugo prethodno pitanje, koja je Rechtbank Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland, Nizozemska) postavio u ovom zahtjevu, dijelom se podudaraju s prethodnim pitanjima koja su dovela do presude GS Media od 8. rujna 2016. Znajući da je taj predmet u postupku pred Sudom, nizozemsko je pravosudno tijelo tada razmišljalo o prekidu postupka u tijeku dok se gornji predmet ne

1 — Izvorni jezik: španjolski

2 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2001/29/EZ od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu (SL 2001., L 167, str. 10.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 119.)

3 — Izrazi „hiperpoveznica" i „hiperlink" upotrebljavaju se kao sinonimi izraza „poveznica" i „link". U domeni jezika programiranja i dokumenata u elektronskom formatu, i jedni i drugi se odnose na vezu koja se uspostavlja između različitih segmenata informacije, na način da, kada se aktiviraju, međusobno povezuju čvorove ili blokove teksta, slike, audio ili video sadržaje.

4 — O poveznicama i pojmu priopćavanja javnosti kada se radi o djelima koja se mogu pretraživati na drugim internetskim stranicama, vidjeti presudu od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76). U rješenju od 21. listopada 2014., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), primijenjeni su zaključci iz navedene presude o tehnici zvanoj *framing*, kojom se korisnici klikanjem na poveznicu preusmjeravaju na treću internetsku stranicu na kojoj se djelo pojavljuje odajući dojam kao da pripada sadržajima te stranice.

5 — Presuda od 8. rujna 2016., GS Media (C-160/15, u daljnjem tekstu, „presuda GS Media", EU:C:2016:644)

6 — Iako se u važećim tekstovima o ovoj materiji upotrebljava izraz „djela", s jednakim ću značenjem upotrebljavati izraz „digitalni sadržaji" kada u tom kontekstu budem upućivao na djela zaštićena autorskim pravima.

riješi. Na kraju se ipak odlučilo obratiti Sudu prije nego što je donesena presuda GS Media, jer, prema njegovim riječima [7], između dvaju predmeta postoje neke razlike, od kojih je najistaknutija ta da se „u predmetnom slučaju hiperpoveznice ne postavljaju na vlastite internetske stranice, već se instaliraju *add-on* programi s hiperpoveznicama na Wullemsov multimedijski preglednik […]".

4. Ako se presuda GS Media primijeni na ovaj slučaj, čega sam pobornik, bit će dovoljno pozvati se na doktrinu kojoj se ona priklanja te, zatim, analizirati postoji li javno priopćavanje i prilikom prodaje multimedijskog preglednika koji sadržava vrstu softvera (s *add-on* programima) kojim se krajnji korisnik preusmjerava na internetske stranice koje pružaju digitalne sadržaje bez pristanka nositelja autorskog prava.

5. Sud *a quo* je, osim toga, izrazio i druge dvojbe (treće i četvrto pitanje) koje se odnose ne toliko na tehničko sredstvo ili uređaj za reproduciranje, koliko na zaštitu autorskog prava – i s tim u vezi na nezakonitost suprotnog postupanja – kada krajnji korisnik, u kontinuiranom internetskom prijenosu (*streaming*) [8], bez ovlaštenja nositelja prava, prima zaštićene digitalne sadržaje do kojih dolazi hiperpoveznicom.

I. **Pravni okvir** Direktiva 2001/29

6. Približavanje pravnih poredaka država članica u području intelektualnog vlasništva izvršeno je ponajprije Direktivom 93/98/EEZ [9], koja je kasnije izmijenjena i ukinuta Direktivom 2006/116/EZ [10], koja kodificira prethodne verzije. Jedna od tih izmjena imala je za cilj regulirati zaštitu autorskih i srodnih prava u informacijskom društvu Direktivom 2001/29.

7. U skladu s uvodnom izjavom 23.:

„Ovom direktivom trebalo bi se dodatno uskladiti pravo autora na priopćavanje javnosti. To bi se pravo trebalo tumačiti u širem smislu tako kao da ono obuhvaća svako priopćavanje javnosti koja nije prisutna na mjestu na kojem se priopćavanje obavlja. To pravo trebalo bi obuhvaćati svaki takav prijenos ili reemitiranje djela za javnost žično ili bežično, uključujući radiodifuzijsko emitiranje. To pravo ne bi trebalo obuhvaćati nikakve druge radnje."

8. Uvodna izjava 27. glasi:

„Samo opskrba materijalnim uređajem za priopćavanje nije sama po sebi priopćavanje u smislu ove direktive."

9. Sukladno uvodnoj izjavi 31.:

„Pravedna ravnoteža prava i interesa između različitih kategorija nositelja prava, kao i između različitih kategorija nositelja prava i korisnika predmeta zaštite mora biti osigurana. Postojeće iznimke i ograničenja prava, što su ih odredile države članice, moraju se ponovno procijeniti s obzirom na novo elektroničko okruženje. […]."

7 — Točka 6.14. rješenja kojim se upućuje prethodno pitanje

8 — O primanju digitalnih sadržaja, uglavnom audio ili video zapisa, u kontinuiranom internetskom prijenosu ili *streamingu* (drugim riječima, bez snimanja ili kopiranja na memorije različitih dispozitiva, nego samo na *buffer* podataka) govori presuda od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147).

9 — Direktiva Vijeća 93/98/EEZ od 29. listopada 1993. o usklađivanju trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava (SL 1993., L 290, str. 9.)

10 — Direktiva 2006/116/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o trajanju zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava (SL 2006., L 372, str. 12) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 2., str. 104.-110.)

10. Uvodna izjava 33. glasi:

„Isključivo pravo reproduciranja trebalo bi biti podložno iznimci kako bi se dopustile određene privremene radnje reproduciranja, koje su u stvari prolazne ili popratne i koje čine sastavni i bitni dio tehnološkog procesa i čija je jedina svrha ili omogućavanje učinkovitog prijenosa u mreži između trećih strana preko posrednika ili ovlašteno korištenje djela ili drugog predmeta zaštite. Navedene radnje reproduciranja ne smiju kao takve imati neovisnu ekonomsku vrijednost. Ukoliko te radnje zadovoljavaju ove uvjete, ova iznimka trebala bi uključivati i radnje koje omogućuju pregledavanje i pohranjivanje, uključujući one koje omogućuju učinkovit rad prijenosnih sustava, uz uvjet da posrednik ne mijenja informacije i ne upliće se u zakonitu uporabu tehnologije, koja je široko priznata i u uporabi je u industriji, za dobivanje podataka o korištenju informacija. Uporaba bi se trebala smatrati zakonitom ako ju je odobrio nositelj prava ili ako nije ograničena zakonom.”

11. Članak 2. pod naslovom „Pravo reproduciranja”, propisuje:

„Države članice moraju predvidjeti isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za izravno ili neizravno, privremeno ili trajno reproduciranje bilo kojim sredstvima i u bilo kojem obliku, u cijelosti ili u dijelovima:

(a) autorima, njihovih djela;

[…].”

12. Pod naslovom „Pravo priopćavanja autorskog djela javnosti i pravo stavljanja drugih predmeta zaštite na raspolaganje javnosti”, članak 3., stavak 1. Direktive utvrđuje:

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

13. U okviru regulacije „Iznimki i ograničenja” (naslov odredbe) od prava reproduciranja, prava priopćavanja autorskog djela javnosti i prava distribucije, stavci 1. i 5. članka 5. imaju sljedeći sadržaj:

„1. Privremene radnje reproduciranja iz članka 2., koje su prolazne ili popratne i koje čine sastavni i bitan dio tehnološkog postupka i čija je jedina svrha omogućiti:

(a) prijenos u mreži između trećih strana putem posrednika; ili

(b) ovlašteno korištenje;

djela ili drugog predmeta zaštite i koje nemaju neovisan gospodarski značaj, izuzete su iz prava reproduciranja predviđenog člankom 2.

[…]

5. Iznimke i ograničenja predviđeni stavcima 1., 2., 3. i 4. primjenjuju se samo u određenim posebnim slučajevima koji nisu u sukobu s uobičajenim iskorištavanjem djela ili drugog predmeta zaštite i koji bezrazložno ne dovode u pitanje zakonite interese nositelja prava.”

II. **Činjenice iz kojih proizlazi spor i prethodna pitanja**

14. Stichting Brein zaklada je koja se bavi zaštitom autorskih i drugih srodnih prava. Među njezinim donatorima nalaze se udruge proizvođača i uvoznika audiovizualnih nosača, kinematografskih producenata, filmskih distributera, multimedijskih producenata i izdavača.

15. Jack Frederik Wullems posredstvom različitih internetskih stranica (među kojima i na svojoj vlastitoj stranici www.filmspeler.nl), prodaje različite modele [11] multimedijskog preglednika pod komercijalnim imenom „*filmspeler*”. Uređaj djeluje kao instrument povezivanja između izvora slike ili signala zvuka i zaslona televizora. Razlike između modela su tehničkog karaktera, ali je njihov rad u biti isti: kada se multimedijski preglednik spoji na internet, s jedne strane, i na zaslon korisnika (na primjer, televizijski), s druge strane, ovaj posljednji može u kontinuiranom prijenosu ili *streamingu* reproducirati sliku i zvuk s neke internetske stranice.

16. Strojna oprema (hardver) multimedijskog preglednika može se nabaviti kod različitih dobavljača. J. F. Wullems je na svoje uređaje instalirao softver otvorenog koda XBMC, koji dopušta pokretanje datoteka u korisničkom sučelju (*user interface*) jednostavnom za korištenje putem struktura izbornika te koje bilo tko može koristiti. Također je dodao *add-on* programe, to jest, datoteke pojedinačne programske opreme (softver) koje su izradile treće osobe, a koje su lako dostupne na internetu, integrirajući ih u korisničko sučelje programske opreme XBMC.

17. Navedeni *add-on* programi uključuju hiperpoveznice koje, kada se na njih klikne, usmjeravaju na internetske stranice *streaminga*, kojima upravljaju treće osobe, a na kojima se bez ikakve naknade mogu gledati filmovi, televizijske serije i sportska natjecanja (u izravnom prijenosu), sa ili bez odobrenja nositelja prava. Reproduciranje digitalnih sadržaja započinje automatski, klikanjem na odgovarajuću hiperpoveznicu [12].

18. U četrnaest *add-on* programa [13] poveznice su upućivale na filmove, serije i sportska natjecanja (u izravnom prijenosu) *bez* ovlaštenja nositelja prava reproduciranja. Ostale su, suprotno tomu, upućivale na internetske stranice u *streamingu* čiji su digitalni sadržaji imali ovlaštenje nositelja [14].

19. J. F. Wullems ničim nije utjecao na poveznice niti ih je modificirao, a korisnik ih i sam može postaviti na svoj multimedijski preglednik. Kako na svojem portalu (www.filmspeler.nl) tako i na internetskim stranicama trećih osoba, J. F. Wullems je reklamirao svoje proizvode putem sljedećih promotivnih slogana:

„– Nemoj više nikad plaćati za filmove, serije, sport: gledaj ih izravno bez reklame i vremenskog odmaka (bez pretplate, spoji se i pritisni *play*!) Netflix je stvar prošlosti!

– Želiš li besplatno gledati filmove, serije i sportske prijenose? Tko ne bi želio?!

– Nemoj više nikad ići u kino zahvaljujući našem optimiziranom XBMC softveru. Besplatni filmovi i serije u visokoj rezoluciji (HD), uključujući i filmove koji su nedavno prikazani u kino dvoranama, zahvaljujući XBMC-u.”

11 — Pod nazivima Filmspeler X5 fully loaded; Filmspeler Compleet (Raspberry pi); Minix Neo X7; Filmspeler X90 fully loaded i Turbo Sd/usb configuratie

12 — U elektroničkom žargonu, radi se, dakle, o takozvanim „dubokim poveznicama” (*deep hyperlinks*), a ne običnim poveznicama koje vode na početnu stranicu dolazne internetske stranice.

13 — Radi se o *add-on* programima 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com i Go TV.

14 — Kao što su Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM i Soundcloud.

20. Stichting Brein je 22. svibnja 2014. zahtijevao od J. F. Wullemsa da prestane prodavati multimedijske preglednike. Dana 1. srpnja 2014. protiv njega je pokrenuo postupak pred sudom koji je uputio zahtjev, zahtijevajući od potonjeg da naloži prestanak prodaje uređaja i nuđenja hiperpoveznica koje korisnicima omogućavaju nezakoniti pristup djelima zaštićenim autorskim pravima.

21. U prilog svojem zahtjevu, tužitelj navodi da J. F. Wullems prodajom multimedijskog preglednika *filmspeler* djelo „priopćio javnosti”, kršeći članke 1. i 12. *Auteurswet* (nizozemski Zakon o autorskom pravu), kao i članke 2., 6., 7.a i 8. *Wet op de Naburige Rechten* (Zakon o srodnim pravima).

22. Prema mišljenju Rechtbanka Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland), odredbe nacionalnog prava istaknute u postupku treba tumačiti u svjetlu članka 3. Direktive 2001/29, koji prenose u nizozemsko pravo. Budući da stranke u glavnom postupku imaju različita stajališta o tome nastoji li se prodajom multimedijskog preglednika J. F. Wullemsa doprijeti do „nove javnosti”, u skladu sa sudskom praksom Suda, sud koji je uputio zahtjev drži da ni presuda Svensson i drugi [15] ni rješenje BestWater International [16] ne daju dovoljno elemenata da bi se spor riješio. Prema njegovu mišljenju, postoji opravdana sumnja u to dolazi li do priopćavanja javnosti kada je djelo već objavljeno, ali bez ovlaštenja nositelja autorskog prava.

23. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev suočen je s tvrdnjama J. F. Wullemsa, prema čijem su mišljenju slušanje i gledanje u *streamingu* djela zaštićenih autorskim pravima iz nezakonitog izvora, obuhvaćeni iznimkom iz članka 13. točke (a) nizozemskog Zakona o autorskim pravima. Budući da to pravilo treba tumačiti u skladu s člankom 5. stavkom 1. Direktive 2001/29, sud koji je uputio zahtjev ističe da Sud još nije donio odluku o značenju uvjeta „ovlaštenog korištenja” iz članka 5. Direktive.

24. U takvim okolnostima Rechtbank Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland) odlučio je prekinuti postupak i Sudu postaviti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li članak 3. stavak 1. Direktive 2001/29/EZ o autorskom pravu tumačiti na način da se „priopćavanjem javnosti” u smislu te odredbe smatra kada određena osoba prodaje proizvod (multimedijski preglednik), u koji je ta osoba instalirala *add-on* programe koji sadržavaju poveznice na internetske stranice, na kojima su neposredno dostupna autorski zaštićena djela poput filmova, serija i emisija uživo bez pristanka nositelja autorskog prava?

2. Postoji li s time u vezi razlika,

   — ako djela zaštićena autorskim pravom prethodno još uopće nisu ili su samo putem pretplate uz pristanak nositelja prava bila objavljena na internetu?

   — ako su *add-on* programi – koji sadržavaju poveznice na internetske stranice na kojima su autorski zaštićena djela bez pristanka autora učinjena neposredno dostupnim – slobodno dostupni te ih korisnici sami mogu instalirati u multimedijski preglednik?

   — ako su internetske stranice i time – bez pristanka nositelja prava – i autorski zaštićena djela na njima dostupni javnosti i bez multimedijskog preglednika?

3. Treba li članak 5. Direktive o autorskom pravu […] tumačiti na način da se ne može smatrati „ovlaštenim korištenjem” u smislu stavka 1. točke (b) te odredbe kada krajnji korisnik prilikom *streaminga* autorskim pravom zaštićenog djela sa internetske stranice koja pripada trećoj osobi, a na kojoj je to autorskim pravom zaštićeno djelo dostupno bez pristanka nositelja prava, izrađuje privremenu kopiju?

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

16 — Rješenje od 21. listopada 2014. (C-348/13, EU:C:2014:2315)

4. Ako je odgovor na treće pitanje niječan: je li izrada privremene kopije – koju krajnji korisnik izrađuje prilikom *streaminga* djela zaštićenog autorskim pravom s internetske stranice, na kojoj je navedeno djelo zaštićeno autorskim pravom dostupno bez pristanka nositelja prava – u tom slučaju protivna ‚testu tri koraka' u smislu članka 5. stavka 5. Direktive […]?"

III. **Postupak pred Sudom i argumenti stranaka**

A. *Postupak*

25. Tajništvo Suda zaprimilo je rješenje kojim se upućuje zahtjev za prethodnu odluku 5. listopada 2015.

26. Stranke u glavnom postupku, španjolska, francuska, talijanska i portugalska vlada te Europska komisija, podnijele su pisana očitovanja u roku navedenom u članku 23. stavku 2. Statuta Suda.

27. Na raspravi održanoj 29. rujna 2016. prisustvovali su zastupnici Stichting Breina, J. F. Wullemsa, španjolske vlade i Komisije.

B. *Argumenti*

1. Prvo i drugo prethodno pitanje

28. Stichting Brein te španjolska, francuska, talijanska i portugalska vlada predlažu potvrdno odgovoriti na prvo pitanje te smatraju da elementi prosudbe navedeni u trima točkama drugog prethodnog pitanja nisu relevantni. Drže da su u ovom slučaju zadovoljena oba kumulativna zahtjeva ustanovljena u sudskoj praksi Suda, a to su, „radnja priopćavanja" i „javnost"[17].

29. Budući da je u navedenoj sudskoj praksi u više navrata izražena potreba za širokim tumačenjem pojma „radnje priopćavanja"[18], Stichting Brein i spomenute vlade smatraju da uređaj *filmspeler* proizvodi učinak „stavljanja na raspolaganje" javnosti i, prema tome, „radnju priopćavanja" u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29. Sud je već ocijenio da stavljanje poveznica na neku internetsku stranicu, klikanjem kojih se dolazi do zaštićenih djela objavljenih bez ikakvog ograničenja pristupa na drugoj internetskoj stranici, korisnicima prve internetske stranice omogućava izravni pristup tim djelima[19], pri čemu nije presudno hoće li navedene osobe iskoristiti tu mogućnost[20] ili ne.

30. Za Stichting Brein nevažno je to što J. F. Wullems nije sam stavio hiperpoveznice na raspolaganje javnosti već je to učinio operater koji nudi pojedinačne softverske komponente. Francuska vlada inzistira na dvama aspektima: (a) javnost, kojoj su bila namijenjena prethodno objavljena zaštićena djela, sastojala se jedino od pretplatnika televizijskih stanica ovlaštenih za emitiranje navedenih programa; i (b) internetska stranica na kojoj su se nalazila djela koja su predmet spora bila je zaštićena različitim ograničenjima pristupa, kako se može zaključiti iz rješenja kojim se upućuje zahtjev. U tom kontekstu, španjolska vlada ističe potrebu uzimanja u obzir sadašnjih i budućih potencijalnih korisnika[21].

17 — Presuda od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147), t. 21.i t.31.

18 — Presuda od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), t. 36. i presuda od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631), t. 186.

19 — Presuda od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76), t. 18.

20 — *Ibidem*, t. 19. i navedena sudska praksa

21 — Presuda od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), t. 37. do 39.

31. U pogledu „nove” javnosti (drugim riječima one koju autori zaštićenih djela nisu uzeli u obzir kada su dali pristanak za priopćavanje izvornoj javnosti) [22], Stichting Brein naglašava važnost ovlaštenja koje su nositelji prava dali za prvotno priopćavanje putem hiperpoveznice. Portugalska vlada dodaje da, u mjeri u kojoj čin predstavlja stavljanje na raspolaganje zaštićenih djela na poseban tehnološki način, koji se razlikuje od dotad korištenog, ne bi trebalo, u skladu sa sudskom praksom, uvjet „nove javnosti” ne bi trebalo ispitivati, jer bi svako novo emitiranje trebalo imati pojedinačno i odvojeno ovlaštenje zainteresiranih autora [23].

32. Suprotno navedenom, J. F. Wullems i Komisija vjeruju da u ovom slučaju nema „radnje priopćavanja”. J. F. Wullems zasniva svoju obranu na tome da se *add-on* programi s hiperpoveznicama ne nalaze na uređaju prilikom prodaje krajnjem korisniku. Osim toga, dodaje, hiperpoveznica ne može sama po sebi predstavljati radnju priopćavanja javnosti.

33. Prema mišljenju Komisije, *filmspeler* koji prodaje J. F. Wullems odgovara pojmu „materijalnog uređaja” (navedenog u uvodnoj izjavi 27. Direktive 2001/29), jer omogućava priopćavanje, ali se ne može s njim izjednačiti. Ako bi instaliranje programa na uređaj dovelo do toga da potonji izgubi svoja svojstva, uvodna izjava 27. Direktive 2001/29 izgubila bi korisni učinak, jer bi se mogla primijeniti samo na vrlo ograničeni broj slučajeva. Ako bi se prihvatilo suprotno stajalište, odredbe poglavlja III. Direktive 2001/29 ne bi imale smisla.

34. Ukratko, Komisija strahuje da bi preširoko tumačenje pojma „priopćavanja javnosti” moglo izmijeniti i dovesti u opasnost pravednu ravnotežu između prava i interesa svih uključenih stranaka, što je u suprotnosti s općim ciljem sadržanim u Direktivi 2001/29.

2. Treće i četvrto prethodno pitanje

35. Stichting Brein te španjolska i francuska vlada opovrgavaju primjenu iznimke iz članka 5. Direktive 2001/29 na *streaming* djela zaštićenog autorskim pravima sa internetske stranice treće osobe na kojoj se nalazi. Navode da se stavak 1. navedenog članka odnosi jedino na prolazno ili popratno privremeno reproduciranje, što *filmspeler* ne nudi, pa na taj način ne čini „sastavni i bitan dio tehnološkog postupka čija je jedina svrha omogućiti ovlašteno korištenje djela ili drugog predmeta zaštite” kako zahtijeva članak 5. stavak 1., posebno njegova točka (b).

36. Osim toga, kao odgovor na četvrto prethodno pitanje, Stichting Brein i španjolska vlada [24] upozoravaju da se razmišljanje Suda prilikom tumačenja takozvane „iznimke privatne kopije” iz članka 5. stavka 2. točke (b) Direktive 2001/29 [25] može prenijeti na dopuštenost *streaminga* iz neovlaštenog izvora. Budući da takvo reproduciranje ne posjeduje ovlaštenje nositelja prava, ono bi bilo u izravnoj suprotnosti s trima kumulativnim uvjetima iz članka 5. stavka 5. Direktive 2001/29 i iz Bernske konvencije [26].

37. U tom smislu, oni ističu da eventualna masovna upotreba *streaminga* iz neovlaštenih izvora isključuje mogućnost njezine primjene samo na „određene posebne slučajeve” te, osim toga, ugrožava „uobičajeno iskorištavanje” zaštićenih djela, nanoseći tako štetu legitimnim interesima nositelja autorskih i srodnih prava.

22 — Presuda od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147), t. 37.; i presuda od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631) t. 197.

23 — Upućujući na presudu od 7. ožujka 2013., ITV Broadcasting i dr. (C-607/11, EU:C:2013:147), t. 22. do 26. i t. 39.

24 — Francuska vlada nije iznijela mišljenje o četvrtom prethodnom pitanju, koje dopunjava treće, s obzirom na rješenje koje za njega predlaže.

25 — Presuda od 10. travnja 2014., ACI Adam i dr. (C-435/12, EU:C:2014:254), t. 37. i t. 39.

26 — Konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela, potpisana u Bernu 9. rujna 1886. (Pariška povelja od 24. srpnja 1971.), u izmijenjenoj verziji od 28. rujna 1979.

38. J. F. Wullems tek podsjeća da je *streaming* privremena, prolazna i popratna radnja te da je sastavni i osnovni dio tehnološkog postupka. Portugalska vlada i Komisija, koja to navodi samo uzgredno [27], polaze od iste premise i dodaju da sam prijem prijenosa (zaštićenih djela) putem sporne metode ne podrazumijeva neovlašteno korištenje u smislu članka 5. stavka 1. Direktive. Temelj za to nalaze u sudskoj praksi [28] prema kojoj kopije u predmemoriji tvrdog diska i na zaslonu računala zadovoljavaju kumulativne zahtjeve iz članka 5. stavaka 1. i 5. Direktive 2001/29.

39. Portugalska vlada naglašava da privremene radnje reproduciranja u *streamingu* ne stvaraju nikakvu dodatnu gospodarsku prednost osim one koja proizlazi iz samog prijema djelâ. U konačnici, tvrdi da radnje reproduciranja koje ispunjavaju uvjete iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29, također ispunjavaju i one iz stavka 5. tog članka, a zaključak izvodi iz određene sudske prakse Suda [29].

IV. **Analiza prethodnih pitanja**

A. *Prvo i drugo prethodno pitanje*

40. Smatram da prva dva prethodna pitanja treba ispitati zajedno, s obzirom na to da su usko povezana. Odgovor na oba pitanja u velikoj mjeri ovisi o određenim okolnostima koje predmet spora određuju na sljedeći način: (a) J. F. Wullems prodaje (s ciljem ostvarivanja dobiti) multimedijski preglednik na koji je postavio hiperpoveznice koje upućuju na internetske stranice sa slobodnim i besplatnim pristupom digitalnim sadržajima koji su zaštićeni autorskim pravima [30], (b) nositelji tih prava ili nisu dali dopuštenje za njihovo priopćavanje javnosti ili su to napravili samo u odnosu na određene internetske stranice kojima se pristupa na temelju pretplate, (c) korisnici mogu sami nabaviti *add-on* programe koji sadržavaju hiperpoveznice za internetske stranice na kojima se, bez pristanka nositelja prava, daje slobodan pristup zaštićenim djelima, i (d) te stranice su dostupne na internetu bez potrebe korištenja multimedijskim preglednikom kao što je onaj koji nudi J. F. Wullems.

41. Usprkos iskušenju da izložim razvoj sudske prakse koju čini velik broj presuda o tumačenju članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29, smatram da nije potrebno ponavljati analizu pojma „priopćavanja javnosti" i njegovih dvaju osebujnih elemenata, a to su „radnja priopćavanja" djela i „javnost" kojoj je upućena. Umjesto toga osvrnut ću se na pojašnjenja suda u presudi GS Media, uz podsjećanje na njezine presedane [31]. Izvjesnost u primjeni prava možda ne nalaže pravosudnim tijelima primjenu *stare decisis* u apsolutnom smislu, ali od njih svakako zahtijeva da budu razboriti i da se pridržavaju odluka koje su, nakon zrelog razmišljanja o konkretnom pravnom problemu, sama donijela. Prema mojem mišljenju, to se treba dogoditi i s utvrđenom (odnosno potvrđenom) doktrinom u presudi GS Media u pogledu odnosa između hiperpoveznica i priopćavanja javnosti, u kontekstu Direktive 2001/29.

27 — Komisija dvoji treba li odgovoriti na treće i četvrto prethodno pitanje jer: (a) nisu postavljena u vezi s prodajom *filmspelera*, nego vezano za tehnologiju *streaminga* i (b) ne odnose se na postupanje prodavatelja multimedijskog preglednika, nego krajnjeg korisnika.

28 — Presuda od 5. lipnja 2014., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195)

29 — Rješenje od 17. siječnja 2012., Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16), t. 57.; i presuda od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631), t. 181.

30 — Isti takav slobodni i besplatni pristup daje se i u pogledu drugih sadržaja, čije javno emitiranje jednako tako nema dopuštenje onoga tko ih izvorno prenosi, ali koji ne mogu računati na zaštitu autorskih prava *stricto sensu*. To je, primjerice, slučaj s izravnim prijenosima određenih sportskih sadržaja koji nemaju prirodu izvornih djela u smislu Direktive 2001/29 (iako se prava reproduciranja, koja su određenim televizijskim operaterima dodijeljena putem ekskluzivnih licenci, mogu zaštititi drugim odredbama). Sud se o tome već izjasnio u presudi od 4. listopada 2011., Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631), t. 98., utvrđujući da se „sportski susreti ne mogu smatrati intelektualnim stvaralaštvom koje je moguće definirati kao djela u smislu Direktive o autorskim pravima".

31 — Presuda GS Media, konkretno, t. 32. i navedena sudska praksa. Nakon izricanja presude, kao što je logično i uobičajeno, pojavili su se komentari – jedni kritični, drugi pohvalni – u specijaliziranim medijima. Vidjeti, na primjer, između vremenski najbližih datumu presude, objavu na *European Law Blogu* od 20. rujna 2016., *Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, Gs Media v Sanoma)*; ili raspravu na plenarnoj sjednici 47. Svjetskog kongresa, *International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI)* o *The CJEU case law on hyperlinking*, održanu 20. rujna 2016., i prethodno izvješće radne grupe posvećene temi *Linking and making available on the Internet*.

42. Prema tome, svoja zapažanja temeljit ću na premisama koje je Sud već utvrdio, a to su sljedeće: (a) nuđenje poveznica na koje se može kliknuti, a vode do zaštićenih djela, treba kvalificirati kao „stavljanje na raspolaganje”, što predstavlja „radnju priopćavanja”[32], (b) navedeni pojam uključuje svako prenošenje zaštićenih djela, neovisno o sredstvu ili korištenom tehničkom postupku[33] i (c) pretpostavlja se *iuris tantum* da postavljanje hiperpoveznice koja upućuje na djelo nezakonito objavljeno na internetu (drugim riječima, bez ovlaštenja njegovih nositelja) znači „priopćavanje javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/79, kada se izvršava s ciljem stjecanja dobiti.

43. U tom smislu, podsjetit ću da, prema mišljenju Suda, pojam priopćavanja zaštićenog djela javnosti zahtijeva ili priopćavanje putem posebne tehnike, drukčije od dosad korištenih, ili, ako to nije slučaj, prenošenje „novoj javnosti”, smatrajući pod tim pojmom javnost koju nositelji prava nad zaštićenim djelima nisu uzeli u obzir kada su dopustili njihovo (ograničeno) izvorno emitiranje[34].

44. Ukoliko se okolnosti spora analiziraju u svjetlu pretpostavki koje sam gore nabrojio, nije teško zaključiti da se na njih može primijeniti doktrina iznesena u presudi GS Media o odnosu između hiperpoveznica i pojma priopćavanja javnosti, što u velikoj mjeri određuje kako će izgledati odgovor na prva dva prethodna pitanja.

45. Kako sam već naveo, J. F. Wullems je doista u korisničkom sučelju softvera XBMC postavljao *add-on* programe s hiperpoveznicama na internetske stranice koje daju slobodan pristup djelima zaštićenim autorskim pravima. Osim što je omogućio poveznicu, J. F. Wullems je bio – ili trebao biti – svjestan da je četrnaest *add-on* programa uključivalo poveznice na digitalne sadržaje stavljene na internet bez ovlaštenja nositelja autorskog prava ili s ovlaštenjima pod uvjetom da ih samo određene osobe mogu koristiti, putem pretplate ili drugog načina plaćanja po gledanju. Podrazumijeva se da je J. F. Wullems djelovao s ciljem ostvarivanja dobiti, s obzirom na činjenicu da je svoj multimedijski preglednik prodavao.

46. Spor se, dakle, usredotočuje na važnost koju treba pridati dodatnoj okolnosti, koja nije prisutna u predmetu GS Media, a na koju se osvrću J. F. Wullems i Komisija kada u svojim očitovanjima ističu da se u predmetu radi o prodaji multimedijskog preglednika, a ne o ponudi hiperpoveznica. Za njih su navedena prodaja i postavljanje hiperpoveznica na internetsku stranicu dvije nespojive pojave pa se, čak i uz široko tumačenje, pojmom „priopćavanja javnosti” ne može obuhvatiti i prodaja multimedijskog preglednika[35].

47. J. F. Wullems i Komisija su na raspravi istaknuli da narav djelovanja J. F. Wullemsa, koji se ograničio na „omogućavanje” pristupa javnosti sadržajima koji se mogu preuzeti s drugih internetskih stranica, „nije presudna”. *Filmspeler* nije, dakle, „bitan” u postupku koji vodi sa stranice na kojoj je nezakonito dostupan zaštićeni sadržaj do krajnjeg korisnika. Isto tako, prodaja uređaja J. F. Wullemsa ne pruža izravni, nego neizravni pristup navedenim sadržajima, tako da je slaba veza, odnosno, linija povezanosti između njega i stavljanja zaštićenih djela na raspolaganje javnosti, kao dijela šireg lanca prijenosa.

32 — Presuda od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76), t. 20. U tom predmetu je naposljetku odbačeno postojanje priopćavanja „novoj” javnosti jer su oni kojima je djelo izvorno priopćeno korisnici interneta općenito, zato što su poveznice upućivale na zaštićena djela bez ikakvog ograničenja pristupa na drugoj internetskoj stranici (t. 18., 25. i 26.).

33 — Presuda od 31. svibnja 2016., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), t. 38.

34 — Sukladno točki 31. presude od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76), „[…] u slučaju kada poveznica na koju je moguće kliknuti dopušta korisnicima stranice gdje se nalazi ta poveznica zaobilaženje mjera ograničenja koje je postavila stranica gdje se nalazi zaštićeno djelo da bi se pristup javnosti ograničio samo na pretplatnike te kada, također, predstavlja intervenciju bez koje se navedeni korisnici ne bi mogli koristiti prenesenim djelima, valja sve te korisnike promatrati zajedno kao novu javnost koju nisu uzeli u obzir nositelji autorskog prava kad su dali ovlaštenje za prvotnu komunikaciju, u smislu da je ovlaštenje nositelja potrebno za takvo priopćavanje javnosti”. Sud je tu ideju razradio u rješenju od 21. listopada 2014., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), t. 14. Presudno je da osobe koje čine javnost mogu imati pristup digitalnom sadržaju, ne i da se doista koriste tom mogućnošću, kako upozorava presuda od 7. prosinca 2006., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), t. 43.

35 — Komisija skreće pozornost na činjenicu da se ovaj predmet upravo odnosi na „prodaju” multimedijskog preglednika *filmspeler*, koji, po njezinu mišljenju, odgovara pojmu „materijalnog uređaja” navedenom u uvodnoj izjavi 27. Direktive 2001/29. *Filmspeler*, tvrdi Komisija, omogućava priopćavanje, ali se ne može s njime izjednačiti.

48. Teza J. F. Wullemsa i Komisije na prvi je pogled interesantna. Prodaja, u smislu ugovora o isporuci multimedijskog preglednika u zamjenu za isplatu cijene izgleda „neutralno”, odnosno, nema izravnu vezu s prijenosom zaštićenih djela. Osim toga, Komisija tvrdi da širenje opsega pojma „priopćavanja javnosti” mora imati određenu granicu [36].

49. Ipak, smatram da je navedena teza u stvarnosti pretjerano redukcionistička. Prodaja *filmspeler*a ide dalje od obične prodaje nekog tehničkog pomagala, koje bi, prema mišljenju Komisije, odgovaralo pojmu „materijalnog uređaja za priopćavanje”, čija „opskrba […] nije sama po sebi priopćavanje u smislu ove direktive” [37].

50. Naime, J. F. Wullems na tom uređaju nedjeljivo nudi hardver i softver koji su nužni i izravno namijenjeni [38] tomu da kupci na internetu pristupe djelima zaštićenim autorskim pravima, bez pristanka njihovih nositelja. Omogućiti neposredan pristup neodređenoj javnosti dio je dodane vrijednosti usluge J. F. Wullemsa, za koju, u zamjenu za multimedijski preglednik, prima isplatu cijene – odnosno, njezin bitan dio.

51. Vjerujem da nema osobite razlike između postavljanja na internetsku stranicu poveznica koje upućuju na zaštićena djela [39] i, kao što je ovdje slučaj, njihova postavljanja na multimedijski uređaj zamišljen upravo za korištenje na internetu (konkretno, kako bi korisnici, zahvaljujući njemu mogli, jednostavno, izravno i trenutačno doći do digitalnih sadržaja čije korištenje autori ne dopuštaju). Pružanje poveznica koje vode na zaštićene sadržaje, njihovo stavljanje na raspolaganje javnosti, zajednička je osobina obaju djelatnosti, čiji naizgled dodatan ili pomoćni karakter ne može prikriti njihovo svojstvo radnji usmjerenih na to da bilo tko jednostavnim aktiviranjem hiperpoveznice može uživati u zaštićenim djelima [40].

52. Bez obzira na tehnički način na koji su instalirane, hiperpoveznice služe da bi trećim osobama omogućile pristup digitalnim sadržajima već „postavljenim” na internetske stranice, u ovom slučaju nezakonito. Ono što je relevantno u priopćavanju javnosti koje se tim putem provodi jest širenje kruga potencijalnih korisnika kojima se, ponavljam, omogućava funkcija pristupa prethodno izabranim internetskim stranicama koje dopuštaju gledanje digitalnih sadržaja bez novčane naknade.

53. Može se, dakle, u smislu pravne prakse [41] govoriti o presudnoj ulozi koju J. F. Wullems ima u priopćavanju zaštićenih djela javnosti, postupajući namjerno i s punom sviješću o posljedicama koje njegovo djelovanje podrazumijeva. To se posebno može zaključiti iz primjera reklamnih poruka kojima promovira svoj proizvod [42].

36 — Nakon što je na raspravi priznala da nije zadovoljna presudom od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76) i presudom GS Media, Komisija je upozorila na pravnu nesigurnost do koje može dovesti takav smjer pravne prakse. Bilo je i drugih koji su zamjerali Sudu da svojim odlukama u ovom području u većoj mjeri stvara pravo, nego što tumači postojeće. S ovom posljednjom kritikom se ne slažem, jer se Sud ograničio na isticanje dotada nedovoljno uočljiva potencijala pravnog pojma („priopćavanje javnosti”) nepreciznih obrisa, prilagođavajući njegovu primjenu razvoju tehnologija koje vrlo brzo napreduju, a kojima se konstantno vrši stavljanje na raspolaganje djela zaštićenih autorskim pravima.

37 — Uvodna izjava 27. Direktive 2001/29

38 — Gledanje i slušanje zaštićenih djela moguće je zahvaljujući postavljanju *add-on* programa s hiperpoveznicama na internetske stranice, što je J. F. Wullems postigao u okviru softvera XBMC. Zahvaljujući izbornicima postavljenim na sučelju softvera XBMC s *add-on* programima koji vode na te internetske stranice, gledatelj koji koristi *filmspeler* pretvara se u korisnika koji može posjećivati te internetske stranice.

39 — Što je bilo slučaj u predmetima u kojima su donesene presuda od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76), presuda GS Media i rješenje od 21. listopada 2014., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Gledano iz druge perspektive, djelovanje J. F. Wullemsa približava se, iako se ne može s njime u potpunosti izjednačiti, djelovanju u predmetu C-306/05 (EU:C:2006:764) u kojem je donesena presuda od 7. prosinca 2006., SGAE. Signal koji je hotelsko poduzeće emitiralo preko televizora u hotelskim sobama, prema mišljenju Suda, jest priopćavanje javnosti u skladu s Direktivom 2001/29.

41 — Presuda GS Media, t. 35. i navedena sudska praksa

42 — Vidjeti t. 19. ovog mišljenja

54. Ukratko, *filmspeler* se ne može smatrati običnim „tehničkim uređajem”, u skladu s uvodnom izjavom 27. Direktive 2001/29, već načinom priopćavanja javnosti djela zaštićenih autorskim pravom, koja su prethodno nezakonito „stavljena” na internet. Djelatnost J. F. Wullemsa koji, postavljajući na svoj uređaj hiperpoveznice na ta djela, s očitom namjerom stjecanja dobiti i uz postojanje svijesti o nezakonitosti takva postupanja, pomaže kupcima *filmspelera* izbjeći plaćanje zakonske naknade za njihovo korištenje, to jest, plaćanje odgovarajuće naknade nositeljima prava, koje se inače izvršava putem pretplate ili drugim načinima plaćanja za gledanje.

55. Nakon što je zaključeno da *filmspeler* priopćava djelo javnosti u smislu članka 3. stavka 1 Direktive [43], preostaje razjasniti može li se ta javnost smatrati „novom”, na način kako je dosad tumačeno.

56. Prema sudskoj praksi Suda, zahtjev „nove javnosti” potrebno je zadovoljiti samo ako se priopćavanje zaštićenog djela *ne provodi posebnom tehnikom, drukčijom od dosad korištenih* [44]. Iako je za procjenu činjenice mjerodavan sudac *a quo*, čini se da tehnika kojom se koristio J. F. Wullems ne pokazuje nijednu inovativnu značajku, već se prije radi o kombinaciji postojećih. Da pojednostavnim, može se, dakle, prihvatiti da se, u smislu sudske prakse, u ovom slučaju ne radi o „posebnoj i različitoj tehnici”, pa valja ispitati može li se potencijalne kupce *filmspelera* kvalificirati kao „novu javnost”.

57. Francuska vlada je u pravu kada ističe da, kao što je navedeno u spisima, zaštićena djela ili nisu imala dopuštenje nositelja prava za objavljivanje na internetu, ili je, pak, to dopuštenje dano samo za pretplatničke stranice, odnosno, stranice ograničenog pristupa. Stoga, multimedijski preglednik koji prodaje J. F. Wullems proširuje krug primatelja koje su predvidjeli autori, u mjeri u kojoj upućuje i na internetske stranice koje bez ovlaštenja prenose te digitalne sadržaje i na stranice koje sadržavaju zaštićena djela te ih nude samo određenim korisnicima koji su za njihovo korištenje dužni platiti.

58. Osim toga, usprkos tomu što se besplatni *add-on* programi koji postoje na tržištu i same hiperpoveznice mogu pronaći na internetu, *filmspeler* uključuje neospornu prednost za jedan dio javnosti koji se ne može zanemariti: korisnike interneta koji nisu posebno vješti u otkrivanju nezakonitih internetskih stranica za gledanje filmova i televizijskih serija, među ostalim digitalnim sadržajima. Taj dio javnosti će možda radije izabrati jednostavno kretanje izbornikom koji na zaslonu nudi *filmspeler* nego, ponekad zamornu pretragu internetskih stranica koje pružaju takve sadržaje.

59. Kako god bilo, J. F. Wullems prenosi zaštićena djela javnosti koju nositelji prava nisu uzeli u obzir, ne dopuštajući uvid u zaštićena djela ili ga dopuštajući samo dijelu javnosti uz plaćanje, čime se ispunjava uvjet „nove javnosti” [45].

60. Predlažem, dakle, da se na prva dva prethodna pitanja Rechtbanka Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland, Nizozemska) odgovori tako da prodaja (multimedijskog) preglednika na koji je prodavatelj sam instalirao poveznice koje omogućavaju izravni pristup zaštićenim djelima, kao što su filmovi, serije i izravni prijenosi dostupni na internetu bez ovlaštenja nositelja autorskih prava, predstavlja „priopćavanje javnosti” u smislu članka 3. stavka 1. Direktive 2001/29.

43 — Presuda GS Media, t. 51.

44 — Rješenje od 21. listopada 2014., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), t. 14. i navedena sudska praksa

45 — Ipak, treba naglasiti da, sukladno tumačenju Suda, karakter „priopćavanja javnosti” ima jedino prijenos koji *filmspeler* omogućava krajnjem korisniku putem hiperpoveznica objedinjenih u četrnaest *add-on* programa koji posebno usmjeravaju na internetske stranice na kojima se zaštićena djela u *streamingu* mogu preuzimati bez dopuštenja nositelja autorskih prava. U pogledu poveznica na filmove, serije i sportska natjecanja za koje su nositelji prava dali dopuštenje bez ikakvog ograničenja pristup je slobodan te je moguće primijeniti presudu od 13. veljače 2014., Svensson i dr. (C-466/12, EU:C:2014:76), t. 25. i 26.

B. *Treće i četvrto prethodno pitanje*

61. Sud koji je uputio zahtjev iznosi u ovim pitanjima dvije dvojbe koje se, kako sam već najavio, ne odnose na multimedijski uređaj već na to je li djelovanje krajnjeg korisnika tog uređaja koji njime izrađuje „privremenu kopiju autorskim pravom zaštićenog djela dobivenu *streamingom* s internetske stranice treće osobe na kojoj je autorskim pravom zaštićeno djelo dostupno bez pristanka nositelja prava" u skladu s Direktivom 2001/29. Konkretno, želi saznati može li takvo djelovanje biti zaštićeno člankom 5. stavcima 1. i 5. navedene direktive.

62. Tako formulirana, oba pitanja izazvala su prigovore nedopuštenosti, jer se činilo da prelaze granice spora u kojem se Stichting Brein i J. F. Wullems nalaze. Ipak, nakon pojašnjenja suda *a quo*, te prigovore treba odbiti jer je jedan od zahtjeva Stichting Breina u glavnom postupku bio taj da se J. F. Wullemsa osudi kao osobu odgovornu za zavaravajuće oglašavanje i nepoštenu poslovnu praksu, zato jer je u svojim oglasima radi povećavanja prodaje navodio da je samo izrađivanje kopije *streaminga* djela iz nezakonitih izvora (za razliku od preuzimanja tih djela) zakonito. Otuda proistječe potreba suda koji je uputio zahtjev da, suočen s konkretnim zahtjevom tužitelja, dobije odgovor Suda o tumačenju članka 5. Direktive 2001/29.

63. Razmišljanja koja ću u nastavku izložiti treba razumijevati tako da se odnose na okolnosti glavnog postupka, u kontekstu tužiteljeva zahtjeva na koji sam se upravo osvrnuo, i primjenu članka 5. Direktive 2001/29.

1. O iznimci iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29

64. U popisu iznimki od prava reproduciranja, članak 5. stavak 1. Direktive 2001/29 uključuje „ privremene radnje reproduciranja […] koje su prolazne ili popratne i koje čine sastavni i bitan dio tehnološkog postupka i čija je jedina svrha omogućiti […] ovlašteno korištenje djela ili drugog predmeta zaštite […]". Iznimka se odnosi i na krajnjeg korisnika, a ne samo na davatelje usluga na mreži ili posrednike, kako bi se moglo pomisliti čitajući uvodnu izjavu 33. Direktive 2001/29 [46].

65. Ne vjerujem da je za potrebe ovog predmeta nužno objašnjavati nedostaju li gledanju djela putem *streaminga*, do kojeg se dolazi hiperpoveznicama *filmspelera*, obilježja „prolaznosti" i „popratnosti", navedena u ranije opisanom tekstu pravnog propisa [47]. Riješiti spor u jednom ili u drugom smislu zahtijevalo bi prethodnu procjenu izričito tehničkog karaktera (o pohranjivanju podataka na *buffer* i izradi kopija u predmemoriji ili na zaslonu računala) [48], na kojoj analizi mi se čini nepotrebno zadržavati [49] kada, prema mojem mišljenju, nedostaje drugi kapitalni zahtjev za primjenu iznimke: omogućiti „ovlašteno korištenje" zaštićenog djela.

66. Doista, ne može se govoriti o „ovlaštenom korištenju" zaštićenih djela kada im krajnji korisnik pristupa u uvjetima glavnog postupka, to jest, kada je riječ o digitalnim sadržajima čije su emitiranje nositelji autorskih prava ili isključili ili ograničili, dajući dopuštenje za slobodno priopćavanje javnosti samo na onim internetskim stranicama na koje upućuju hiperpoveznice uključene u *filmspeler*.

46 — To se implicitno može zaključiti iz presude od 5. lipnja 2014., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

47 — Znakovito je, u tom pogledu, da se u engleskoj inačici pojavljuje riječ „transient", a u njemačkoj „flüchtig", koje podsjećaju na prolazno i kratkotrajno razdoblje. Nizozemska inačica koristi izraz „voorbijgaande", a španjolska „transitorio", koji su više u skladu s privremenom prirodom radnje.

48 — Umnoženi primjerci u predmemoriji i na zaslonu računala u skladu su sa zahtjevom iz članka 5. stavaka 1. i 5. Direktive 2001/29, sukladno presudi od 5. lipnja 2014., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), t. 26. i 27.

49 — U ovom obliku reproduciranja, u kojem se kopija datoteka zamjenjuje pohranjivanjem *streaminga* na *bufferu* korisnika, korisnik „troši" proizvod paralelno s njegovim emitiranjem, čime izbjegava problem sporosti prilikom preuzimanja datoteka. Moglo bi se zauzeti stajalište da to reproduciranje, čak i ako se ne postavi na određeni informatički nosač nego se samo pojavljuje na zaslonu (u slučaju filmova ili televizijskih serija, na primjer) ima predugo trajanje da bi se kvalificiralo kao prolazno. U tom smislu, ako se hipotetski prihvati prolazni karakter reproduciranja putem *streaminga*, upitno je „čini li sastavni i bitan dio tehnološkog postupka", što je drugi nezaobilazan zahtjev za izuzeće iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29.

67. Ne radi se, dakle, o oblikovanju opće prosudbe o *streamingu*, već, u svjetlu prethodno navedenog propisa, o procjeni ponašanja korisnika koji u uvjetima ovog predmeta putem navedene tehnike reproducira zaštićene filmove i serije na svojem zaslonu.

68. Razvoj telekomunikacija (među ostalim, širenje mreža optičkih kabela koje omogućavaju vrlo veliku brzinu spajanja) pridonio je postupnom istiskivanju pojave nezakonitog preuzimanja sadržaja na nosače podataka – kojoj se do prije nekoliko godina posvećivala tolika pažnja – i njezinu zamjenjivanju reproduciranjem digitalnih sadržaja u *streamingu*, koje se pretvara u jedan od najpopularnijih načina reproduciranja. Gledanje u *streamingu* koji potječe s platformi uz plaćanje, s gledišta intelektualnog vlasništva, ne predstavlja veći problem, kao što nije problematično ni kada korisnik gleda ili sluša digitalne sadržaje s neograničenim pristupom na internetskim stranicama koje ih nude besplatno i zakonito.

69. Perspektiva se, međutim, mijenja kada je riječ o internetskim stranicama koje korisnicima nude piratske verzije [50] tih sadržaja. Odgovor Suda u presudi GS Media bavi se pojedincem koji na mrežu postavlja hiperpoveznicu koja upućuje na zaštićene sadržaje, bez dopuštenja nositelja prava. Djelovanje pojedinca koji provodi takve radnje mora se ocjenjivati s obzirom na, s jedne strane, cilj stjecanja dobiti (ako on postoji, pretpostavlja se *iuris tantum* da je ta osoba svjesna da djelo postoji na internetu na nezakonit način) te, s druge strane, činjenicu da ona nije znala niti se razumno može očekivati da zna da ne postoji dopuštenje za objavu tog djela na internetu [51].

70. Prema mojem mišljenju, ako je postojanje svijesti – ili razumno očekivanje da ona postoji – o tome da se djelo nezakonito nalazi na mreži ključni čimbenik za onoga tko postavlja hiperpoveznicu bez cilja stjecanja dobiti, bilo bi teško tim kriterijem ne obuhvatiti i onoga tko samo koristi tu hiperpoveznicu, također bez cilja stjecanja dobiti [52].

71. Ipak, vjerujem, da je subjektivna komponenta prikladnija za isključivanje odgovornosti pojedinca nego za prosuđivanje o objektivnoj nezakonitosti postupanja i, prema potrebi, za njegovo kvalificiranje. Kako bi se pružilo odgovarajuće tumačenje članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29, ne treba zaboraviti da u skladu s njezinom uvodnom izjavom 33., zakonitost u objektivnom smislu ovisi zapravo o dopuštenju nositelja autorskog prava ili korisnika licence [53]. Neznanje o nepostojanju takvog ovlaštenja koje se može opravdati ili razumno očekivati nesumnjivo bi moglo krajnjeg korisnika osloboditi odgovornosti [54] za nezakonito „korištenje” iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29, ali ne i isključiti tu odgovornost u strogo objektivnom smislu.

72. Budući da u spisima stoji da zaštićena djela na koja upućuju hiperpoveznice postavljene na *filmspeler* J. F. Wullemsa nisu imala dopuštenje nositelja autorskog prava, uključujući i prava reproduciranja iz članka 2. Direktive 2001/29, *streaming* koji krajnji korisnik provodi posredstvom takvog uređaja ne odgovara „ovlaštenom korištenju” u smislu članka 5. stavka 1. točke (b) navedene direktive.

50 — Izrazi „piraterija” i „pirat”, u tom kontekstu, nisu samo sugestivni, već poprimaju karakter pravne terminologije u području autorskog prava. U presudi od 10. travnja 2014., ACI Adam i dr. (C 435/12, EU:C:2014:254), t. 39., Sud spominje „piratska djela” koja su u suprotnosti s uobičajenim iskorištavanjem djela zaštićenih autorskim pravima, sukladno Direktivi 2001/29.

51 — Opravdanje za ovo stajalište nalazi se u činjenici da je teško provjeriti omogućuje li internetska stranica na koju poveznice upućuju pristup djelima koja su zaštićena i jesu li nositelji autorskih prava dali ovlaštenje za njihovo objavljivanje na internetu. To se može zaključiti iz točaka 46., 47. i 48. presude GS Media.

52 — Kad korisnici interneta postanu svjesniji potrebe poštovanja prava stvaratelja sadržaja i kada se, paralelno, proširi ponuda platformi koje ih zakonito nude, reproduciranje piratskih djela na temelju hiperpoveznica biti će teže opravdati neznanjem o nepostojanju dopuštenja nositelja autorskih prava.

53 — U obrazloženju Zajedničkog stajališta br. 48/2000, (SL 2000., C 344, str.1.), koje je Vijeće potvrdilo 28. rujna 2000. radi donošenja Direktive 2000/…/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od … o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu (SL 2000., C 344, str. 1.) stoji: „[u] uvodnoj izjavi 33. Vijeće je dodalo *definiciju* pojma ‚zakonita uporaba' […]”. Moje isticanje.

54 — Radi se o „radnjama koje su poduzeli krajnji korisnici postupajući u dobroj vjeri” u smislu uvodne izjave 14. Direktive 2004/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o provedbi prava intelektualnog vlasništva.

2. O primjeni članka 5. stavka 5. Direktive 2001/29

73. Ako bi se, u čisto dijalektičkom smislu, korištenje *filmspelera* J. F. Wullemsa moglo opravdati iznimkom iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29, ono još uvijek treba proći *test* iz stavka 5. tog članka, o čemu sud *a quo* postavlja svoje četvrto prethodno pitanje. Treba, dakle, analizirati jesu li u ovom slučaju ispunjeni uvjeti iz članka 5. stavka 5. Direktive [55].

74. Ta odredba navodi da se iznimka iz stavka 1. koja se (među ostalima) odnosi na privremeno reproduciranje primjenjuje samo u određenim posebnim slučajevima koji nisu u sukobu s uobičajenim iskorištavanjem djela ili drugog predmeta zaštite i koji bezrazložno ne dovode u pitanje zakonite interese nositelja prava".

75. Prema mojem mišljenju u ovom predmetu nije ispunjen ni jedan od tri zahtjeva. Prvo, uređaj koji prodaje J. F. Wullems omogućava neograničen broj preuzimanja filmova, serija, sportskih događaja i drugih vrsta emisija, bez ovlaštenja nositelja prava reproduciranja. Stoga se, kako navode Stichting Brein i španjolska vlada, ne može tvrditi da se nalazimo pred pukim „posebnim slučajevima", kako to zahtijeva navedena odredba.

76. Drugo, s tehničkog gledišta, djelovanje korisnika interneta koji pregledava internetske stranice ne može se izjednačiti s reproduciranjem zaštićenih filmova i serija u *streamingu*. Kod prvog oblika djelovanja, privremena kopija koju zahtijeva tehnološki postupak može obuhvaćati uobičajeno iskorištavanje djelâ, koje korisnicima interneta dopušta iskoristiti priopćavanje javnosti koje je izvršio urednik dotične internetske stranice [56]. Nasuprot tomu, u slučaju korisnika interneta koji zaštićena djela pregledava na zaslonu svojeg računala u *streamingu*, nije riječ o„uobičajenom iskorištavanju" djela koje nameće tehnologija nužna za pregledavanje interneta, već, u pravnom smislu, o „ neuobičajenom" djelovanju koje odgovara namjeri korisnika da se koristi digitalnim sadržajima za koje, zahvaljujući *filmspeleru*, nije platio nikakvu financijsku naknadu.

77. U takvim okolnostima, bilo bi u suprotnosti s Direktivom 2001/29 prihvatiti samovoljno ili opće reproduciranje iz neovlaštenih izvora odnosno reproduciranje nepoštovanjem ograničenog pristupa. Prihvatiti njegovu valjanost značilo bi gotovo poticati distribuciju piratskih digitalnih sadržaja te, u istoj mjeri, ozbiljno potkopavati zaštitu autorskih prava i doprinositi nezakonitim oblicima distribucije, na štetu dobrog funkcioniranja unutarnjeg tržišta [57].

78. Treće, budući da je, sukladno navedenom u spisima, reproduciranje bilo dopušteno samo na platformama kojima krajnji korisnik pristupa uz prethodno plaćanje (putem pretplate ili na drugi sličan način), neograničeni broj gledanja u *streamingu*, bez financijske naknade nositelju prava, silom prilika, podrazumijeva istodobno opadanje broja pretplatnika te predstavlja „način koji je u suprotnosti s njihovim uobičajenim iskorištavanjem", koristeći terminologiju presude od 10. travnja 2014., ACI Adam i drugi [58].

55 — Sukladno presudi od 5. lipnja 2014., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), t. 53., „[…] kako bi se moglo pozivati na iznimku predviđenu [člankom 5. stavkom 1. Direktive 2001/29], kako je tumačena u prethodnoj točki ove presude, potrebno je još da te kopije ispunjavaju uvjete određene u članku 5. stavku 5. [spomenute] direktive […]"

56 — *Ibidem*, t. 61.

57 — Presuda od 10. travnja 2014., ACI Adam i dr. (C-435/12, EU:C:2014:254), t. 35. i 36.

58 — *Ibidem*, t. 39.

79. Ovdje se, doista, uklapaju razmatranja iz presude ACI Adam i drugi, u kojoj je Sud, tumačeći članak 5. stavak 5. Direktive 2001/29, naveo da bi „priznanje da su takva reproduciranja moguća iz nedopuštenog izvora potaknulo distribuciju krivotvorenih ili piratskih djela, umanjujući nužno na taj način volumen prodaje ili druge zakonite transakcije zaštićenih djela na način koji je u suprotnosti s njihovim uobičajenim iskorištavanjem [59]”. Prodaja *filmspelera* je, dakle, u suprotnosti sa „zakonitim interesima nositelja autorskog prava”, koji nije dao dopuštenje za otvorenu distribuciju svojih djela.

80. Zaključno, mišljenja sam da preuzimanje zaštićenih digitalnih sadržaja u *streamingu*, bez ovlaštenja nositelja autorskih prava, ne ispunjava uvjete iz članka 5. stavka 5. Direktive 2001/29 jer: ne predstavlja poseban slučaj, u suprotnosti je s uobičajenim iskorištavanjem djela te bezrazložno dovodi u pitanje zakonite interese nositelja prava.

81. Imajući u vidu kumulativnost opisanih uvjeta, na koju je upozorio Sud [60], u ovom predmetu postoje tri razloga za odbijanje primjene iznimke iz članka 5. stavka 5. Direktive 2001/29. Nije, dakle, moguće pozivati se na iznimku od prava reproduciranja.

82. Predlažem, dakle, da se na treće i četvrto prethodno pitanje odgovoriti tako da se, u okolnostima glavnog postupka, reproduciranje u *streamingu* djela zaštićenog autorskim pravima ne može smatrati iznimkom iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29 jer nije u skladu s pojmom „ovlaštenog korištenja” iz točke (b) navedene odredbe te, u svakom slučaju, ne prolazi test tri koraka predviđen člankom 5. stavkom 5. navedene direktive.

V. **Zaključak**

83. U skladu s prethodnim razmatranjima, predlažem Sudu da na pitanja koja je postavio Rechtbank Midden-Nederland (Sud za Midden-Nederland, Nizozemska) odgovori sljedeće:

„Prodaja multimedijskog preglednika, kao što je onaj koji je predmet glavnog postupka, na kojem je prodavatelj instalirao hiperpoveznice koje upućuju na internetske stranice koje, bez ovlaštenja nositelja autorskih prava, pružaju slobodan pristup djelima zaštićenim autorskim pravima, kao što su filmovi, serije i emisije uživo,

— predstavlja ‚priopćavanje javnosti’ u smislu članka 3. stavka 1. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2001/29/EZ od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, i

— ne može se smatrati iznimkom iz članka 5. stavka 1. Direktive 2001/29 jer ne odgovara pojmu ‚ovlaštenog korištenja’ iz točke (b) navedenog propisa te, ni u kojem slučaju, ne poštuje uvjete za primjenu članka 5. stavka 5. navedene direktive.”

59 — *Ibidem*

60 — Presuda od 5. lipnja 2014., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), t. 53. i navedena sudska praksa