

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Indrek Kuusk

VEEBISISU JAGAMISE TEENUSE OSUTAJA KOHUSTUSED JA VASTUTUS
AUTORIÕIGUSE KAITSEL INTERNETIS OSAPOOLTE PÕHIÕIGUSTE ÕIGLASE
TASAKAALU KONTEKSTIS

Magistritöö

Juhendajad:
MJur Gea Lepik
Mag. iur. Kärt Nemvalts

Tartu
2020

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused loa hankimisel ja loa õiguslik tähendus ..8	
1.1. Loa vajalikkuse juhtumid.....	8
1.1.1. Loa hankimiseks kohustustatud subjektid	8
1.1.2. Õiguste omaja luba eeldav tegevus	15
1.2. Loa omadused ja õiguslik tähendus	25
1.2.1. Loa andmiseks õigustatud isik.....	25
1.2.2. Loa andmise viisid.....	26
1.2.3. Loa õiguslik tähendus	33
2. Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused ja vastutus loa puudumise olukorras	37
2.1. Osapoolte huvidega arvestamise põhimõtted	37
2.1.1. Vaba kasutamise erandite tagamine	38
2.1.2. Kasutajate menetluslikud garantiid	40
2.1.3. Üldise jälgimiskohustuse vältimine	43
2.2. Osapoolte põhiõiguste õiglase tasakaalu vajadus	49
2.2.1. Veebisisu jagamise teenuse osutajatelt nõutav autoriõiguse kaitse internetiplatvormi kasutajate väljendusvabaduse piiranguna.....	49
2.2.2. Veebisisu jagamise teenuse osutajatelt nõutav autoriõiguse kaitse tema ettevõtlusvabaduse piiranguna	57
2.3. Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused olukorras, kus luba ei ole.....	59
2.3.1. Veebisisu jagamise teenuse osutajalt eeldatav pingutus loa saamiseks	59
2.3.2. Kättesaadavaks tehtud teoste ja muu materjali kõrvaldamine.....	62
2.3.3. Teoste ja muu materjali kättesaadavaks tegemise ennetamine.....	64
2.3.4. Kättesaamatuks muudetud või kõrvaldatud sisu uuesti kättesaadavaks muutmise ennetamine	71
Kokkuvõte	75
Summary.....	80
Kasutatud allikad	87

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu (EL) autoriõiguse põhimõtted on oluliste muutuste künnisel. Euroopa Parlament võttis 17. aprillil 2019. aastal vastu direktiivi nr 2019/790, mis käsitleb autoriõigust ja autoriõigusega kaasnevat õigusi digitaalsel ühtsel turul (edaspidi DSM direktiiv).¹ Soovides kaasajastada ajale jalgu jäänud regulatsiooni, on EL seadusandja pealtnäha ülla eesmärgi nimel seniseid põhimõtteid oluliselt muutnud. Uus regulatsioon on aga toonud kaasa rohkelt kriitikat ja vaidlusi.

Seni on veebiplatvormid saanud nautida direktiivis 2000/31/EÜ² (e-kaubanduse direktiivis) sätestatud nn ohutu sadama (*safe harbor*) režiimi, millest tulenevalt nad ei vastutanud kasutajate poolt üleslaaditava materjali eest. Viimastel aastatel on aga hoogustunud väited, et ohutu sadama režiim võimaldab suurtel internetigigantidel nagu näiteks YouTube saada autoriõigustega kaitstud teostelt ebaõiglaselt suurt kasu ilma, et nad peaksid õiguste omajatele väärilist tasu maksma.³ Tegemist on nn väärtuslõhega, mille vähendamisele on suunatud DSM direktiivi artikkel 17.⁴

Artikkel 17 lõige 1 sätestab, et kui veebisisu jagamise teenuse osutaja annab üldsusele juurdepääsu tema kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile, tähendab see nende üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist, milleks on vajalik saada õiguste omajatelt luba. Sellega kehtestab artikkel veebisisu jagamise teenuse osutajatele otsese vastutuse kasutajate poolt toime pandud autoriõiguse rikkumise eest. Loomulikult vastutab direktiivi 2001/29/EÜ⁵ (infoühiskonna direktiiv) artikkel 3 lõigust 2 tulenevalt endiselt ka kasutaja, kes teose üldsusele kättesaadavaks teeb. Lisaks tuleneb lõikest 3 sõnaselgelt, et sellises olukorras ei kohaldu veebisisu jagamise teenuse

¹ 17. aprilli 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv (EL) 2019/790, mis käsitleb autoriõigust ja autoriõigusega kaasnevat õigusi digitaalsel ühtsel turul ning millega muudetakse direktiive 96/9/EÜ ja 2001/29/EÜ. – ELT L 130, lk 92-125.

² 8. juuni 2000. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – ELT L 178, lk 399-414. Eesti õiguses üle võetud infoühiskonna teenuse seaduse §-des 8–10.

³ Bridy, A. The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform. – Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Forthcoming, 2019, p 104. <https://ssrn.com/abstract=3412249> (05.04.2020).

⁴ Ibidem; Husovec, M., Quintais, J.P. How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms, p 1. <https://ssrn.com/abstract=3463011> (31.03.2020).

⁵ 22. mai 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. – ELT L 167, lk 230-239.

osutajatele ka e-kaubanduse direktiivist tulenev ohutu sadama režiim. Viimase asemel sätestab lõige 4 uue vastutuse piirangute režiimi.

Erialakirjanduses avaldatud hinnangud artiklile 17 on enamasti olnud kriitilised. Mitmed eksperdid on avaldanud kahtlust väärtuslõhe esinemises⁶ ning toonud esile, et empiirilised tõendid ei kinnita selle olemasolu.⁷ Osutatud on vastuoludele artiklis 17 endas ning viidatud ka võimalikele kooskõla probleemidele seniste direktiivide, Euroopa Kohtu praktika ning Euroopa põhiõiguste hartaga.⁸ Mitmed teadlased on avaldanud direktiivi vastuvõtmise protsessis arvamust, et artikkel 17 vajab radikaalseid muudatusi ning soovitanud selle DSM direktiivist üldse välja jätta.⁹ Ajakirjanduses on artiklit seostatud isegi „vaba interneti lõpuga“. Poola Vabariik on esitanud Euroopa Kohtule Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL)¹⁰ artikli 263 alusel hagi¹¹ artikli osade punktide tühistamiseks. Loomulikult on ka uurijaid, kes artiklis probleeme ei näe,¹² kuid viimased tunduvad olema selges vähemuses.

Vastuolude allikaks on eelkõige veebisisu jagamise teenuse osutajatele kehtestatud autoriõiguste rikkumise ennetamise kohustus. Nimelt kui veebisisu jagamise teenuse osutajatel teose või muu kaitstud materjali üldsusele edastamiseks luba ei ole, peavad nad mh püüdma artikkel 17 lõige 4 punkti b kohaselt rangeid tööstusharu ametialase hoolikuse nõudeid järgides igati tagada, et need ei oleks kättesaadavad, kui õiguste omajad on andnud nende kohta asjakohast ja vajalikku teavet. Just see kohustus toob mitmete ekspertide hinnangul kaasa ülalnimetatud probleemid, kuna kohustuse täitmiseks tundub olevat möödapääsmatu üleslaadimisi filtreeriva tarkvara rakendamine. Seejuures on kohustus sõnastatud ebamääraselt ning võimaldab teataval määral erinevaid tõlgendusi. Põhiliselt just selle kohustuse tõttu on artikli 17 täpne sisu ja ulatus siiani ebaselge ja seda vaatamata arvukatele uuringutele. Kohustuse sisustamisel on edaspidi abiks peagi avaldatavad Euroopa Komisjoni suunised.

⁶ Samuelson, P. Europe's controversial digital copyright directive finalized. – Communications of the ACM, 2019, 62(11), pp 24-27, p 26. <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3363179> (05.04.2020).

⁷ Angelopoulos, C. jt. The Copyright Directive: Misinformation and Independent Enquiry: Statement from EuropeanAcademics to Members of the European Parliament in advance of the Plenary Vote on the Copyright Directive, p 2. <https://hdl.handle.net/11245.1/b274883c-b7e9-475a-80cd-81c96e194841> (01.04.2020).

⁸ Quintais, J.P. The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look. – European Intellectual Property Review, 2020 (1) (Forthcoming), p 18-19. <https://ssrn.com/abstract=3424770> (29.03.2020); Stalla-Bourdillon, S. jt. A Brief Exegesis of the Proposed Copyright Directive, 2016, p 6-11. <https://ssrn.com/abstract=2875296> (04.04.2020).

⁹ EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age. – Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres, p 7. https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_24_02_2017.pdf (05.04.2020).

¹⁰ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 202, lk 1-366.

¹¹ EKo C-401/19, *Poola Vabariik vs Euroopa Parlament ja Euroopa Liidu Nõukogu*, pooleliolev kohtuasi.

¹² Nt Husovec, M., Quintais, J.P.

Komisjon korraldab nimelt artikkel 17 lõige 10 kohaselt sidusrühmade dialooge, et arutada veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö parimaid tavaid. Komisjon konsulteerib veebisisu jagamise teenuse osutajate, õiguste omajate, kasutajate organisatsioonide ja teiste asjaomaste sidusrühmadega ning annab sidusrühmade dialoogide tulemusi arvesse võttes välja artikli 17 kohaldamise suunised.

Töö eesmärk on töötada välja veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste tõlgendus, mis tagab autoriõiguste tõhusa kaitse veebikeskkonnas, võimaldades samal ajal saavutada õiglase tasakaalu ühelt poolt õiguste omajate õiguste ning teiselt poolt kasutajate väljendusvabaduse ja veebisisu jagamise teenuse osutajate ettevõtlusvabaduse vahel. Eesmärgi saavutamiseks on leitud vastus eelkõige järgmistele küsimustele:

- 1) Kes on veebisisu jagamise teenuse osutajad DSM direktiivi tähenduses?
- 2) Millistes olukordades vajavad veebisisu jagamise teenuse osutajad autoriõiguste omajate luba?
- 3) Milliseid pingutusi eeldatakse veebisisu jagamise teenuse osutajatelt õiguste omajatelt loa saamiseks nende teoste ja muu materjali üldsusele kättesaadavaks tegemiseks?
- 4) Millised on veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused olukorras, kus tal õiguste omajatelt luba ei ole?
- 5) Mis on üldine jälgimiskohustus ja kuidas see mõjutab veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustusi?
- 6) Millised muud kasutajate õigusi kaitsvad sätted mõjutavad veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustusi ja kuidas?
- 7) Kuidas tagada õiglase tasakaal õiguste omajate autoriõiguse ja kasutajate väljendusvabaduse vahel?
- 8) Kuidas tagada õiglase tasakaal õiguste omajate autoriõiguse ja veebisisu jagamise teenuse osutajate ettevõtlusvabaduse vahel?

Käesolev töö koosneb kahest peatükist. Esimeses käsitletakse õiguste omajatelt loa saamise temaatikat. Kõigepealt leitakse esimeses alapeatükis artikli 17 kohaldamisala, milleks selgitatakse välja, kes ja millistel tingimustel peab õiguste omajatelt loa hankima. See tähendab vastavalt mõistete „veebisisu jagamise teenuse osutaja“ ning „üldsusele edastamine“ sisustamist. Teises alapeatükis selgitatakse välja, kellelt ja mil viisil peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad loa hankima ning milline on loa õiguslik tähendus.

Teine peatükk käsitleb olukorda, kus veebisisu jagamise teenuse osutajal kaitstud materjali üldsusele edastamiseks luba ei ole. Peatükk jaguneb kolmeks alapeatükiks. Esimeses selgitatakse välja, millised on veebisisu jagamise teenuse osutajate kohustuste seisukohast olulised veebisisu jagamise teenuse osutaja enda ning tema kasutajate kaitseks kehtestatud sätted ning kuidas need mõjutavad veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustusi. Eelkõige selgitatakse siin välja üldise jälgimiskohustuse mõiste ning erinevus spetsiifilisest jälgimiskohustusest. Teises alapeatükis uuritakse välja, millised veebisisu jagamise teenuse osutajate ja nende teenuste kasutajate põhiõigused võivad kannatada veebisisu jagamise teenuse osutajatele käsitletavate kohustuste sätestamise läbi. Selgitatakse välja, millistel tingimustel on nende õiguste riive lubatud ning millal on tegemist rikkumisega. Kolmas alapeatükk käsitleb veebisisu jagamise teenuse osutaja konkreetseid kohutusi. Iga kohustust sisustatakse töö varasemates osades välja selgitatud põhimõtetest lähtuvalt. Nii jõutakse iga konkreetse kohustuse sisustamisel tõlgendusele, mis on kooskõlas muude normidega ning tagab põhiõiguste õiglase kaitse.

DSM direktiivis sätestatu on andnud veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste põhisisu, kuid artikli 17 ebamäärane sõnastus jätab rohkelt ruumi tõlgendamisele. Kasutatud on kooskõlalist tõlgendamist sisustamaks artikli 17 sätteid nii, et need oleks kooskõlas teiste direktiivi normide ning EL esmase õigusega. Tõlgendamine omakorda on toimunud eelkõige kohtupraktika, aga ka erialakirjanduse analüüsimise alusel.

Töö põhineb lisaks DSM direktiivi enda sätetele ka varasemate autoriõigust puudutavate direktiivide (eelkõige infohiskonna direktiiv ja e-kaubanduse direktiiv) asjaomastel sätetel, Euroopa Kohtu ja Euroopa Inimõiguste Kohtu praktilal ning erialakirjandusel. Prioriteediks on olnud käesoleva töö võtmeküsimusi puudutavad kohtulahendid. Eelistatud on olnud ka lahendid, milles kohus asjaomase uue tõlgenduse või selgituse on esmakordselt esitanud, kuigi rohkelt on viidatud ka lahenditele, milles korratakse üle varem leitud. Käesoleva töö seisukohast kõige olulisemad lahendid on leidnud pikemat käsitlemist ning nende nimed on esitatud mitte ainult joonealustes viidetes, vaid ka põhitekstis. Kasutatud on eelkõige erialakirjandust, mis on kättesaadav kas Tartu Ülikoolile avatud andmebaasidest või õigusteaduskonna üliõpilastööde kirjutamise ja vormistamise juhendis toodud kataloogidest. Üksikuid viiteid on ka muudele allikatele, kuid need on eelkõige sellised, kus ei ole esitatud õiguslikke seisukohti (nt YouTube'i *Content ID* selgitus). Usaldusväärse tagamiseks on kasutatud erinevate autorite töid, kusjuures ühe autori paljusid töid on kasutatud eelkõige juhul, kui tegemist on erialakirjanduses rohkelt viidatud autoriga.

Teataval määral on kasutatud ka Euroopa Komisjoni korraldatavate sidusruppide dialoogide ülekandeid. DSM direktiivi artikkel 17 lõigu 10 kohaselt korraldab komisjon koostöös liikmesriikidega sidusrühmade dialooge, et arutada veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö parimaid tavaid. Komisjon annab sidusrühmade dialoogide tulemusi arvesse võttes välja artikli 17 kohaldamise suunised, eriti lõikes 4 osutatud koostöö kohta. Käesoleva töö koostamise hetkeks oli toimunud kuus dialoogi, kuid komisjon suuniseid veel andnud ei ole.

Käesolev töö on autori teada esimene eestikeelne veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustusi ja vastutust ulatuslikult ja süvitsi käsitlev uurimus. Töös on kasutatud varasemast mõnevõrra erinevat lähenemist. Sarnaselt paljude varasemate uuringutega on küll juhitud tähelepanu artikli 17 kitsaskohtadele, kuid välditud on nii ettepanekuid, mis pidanuks olema direktiivis teisiti, kui ka järeldust artikli kokku sobimatusest senise õigusega. Vastupidi, töös on lähtutud eeldusest, et artiklit 17 on võimalik tõlgendada ja kohaldada viisil, mis tagab, et see on nii sisemiste vastuoludeta kui ka kooskõlas varasema õigusega.

Märksõnad: autoriõigus, intellektuaalne omand.

1. VEEBISISU JAGAMISE TEENUSE OSUTAJA KOHUSTUSED LOA HANKIMISEL JA LOA ÕIGUSLIK TÄHENDUS

1.1. Loa vajalikkuse juhtumid

DSM direktiivi artikkel 17 lõige 1 esimene lõik sätestab, et liikmesriigid näevad ette, et kui veebisisu jagamise teenuse osutaja annab üldsusele juurdepääsu tema kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile, tähendab see nende üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist DSM direktiivi tähenduses. Sama normi teise lõike kohaselt peab veebisisu jagamise teenuse osutaja saama selleks õiguste omajatelt infoühiskonna direktiivi artikkel 3 lõigetes 1 ja 2 osutatud loa.

Seega kohaldub artikkel 17 veebisisu jagamise teenuse osutajatele ning vaid olukorras, kui nende tegevus on käsitatav üldsusele edastamisena või üldsusele kättesaadavaks tegemisena. Seetõttu tuleb kõigepealt leida vastus küsimustele, kes langevad veebisisu jagamise teenuse osutaja määratluse alla (alapeatükk 1.1.1) ning millist tegevust saab käsitada üldsusele edastamise või üldsusele kättesaadavaks tegemisena DSM direktiivi tähenduses (alapeatükk 1.1.2).

1.1.1. Loa hankimiseks kohustustatud subjektid

Artikli 17 käsituses saab eristada kahte tüüpi kohustatud subjekte. Üldklausel haarab kõiki veebisisu jagamise teenuse osutajaid, kuid lõige 6 sätestab erireeglid uutele ettevõtjatele, kui nende tegevus vastab kindlatele kriteeriumitele. Teatud teenuse osutajad on veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsiooni alt sõnaselgelt välistatud. Erialakirjanduses on harvad juhul, kus veebisisu jagamise teenuse osutaja mõiste on leidnud süvitsi käsitlust, kusjuures üheks erandiks on KPMG teostatud uurimus¹³ küsimuses, millised Eestis asutatud portaalid vastavad toodud mõistele.

Veebisisu jagamise teenuse osutaja on defineeritud DSM direktiivi artikkel 2 punktis 6, mille kohaselt on veebisisu jagamise teenuse osutajaks sellise infoühiskonna teenuse osutaja, mille peamine või üks peamistest eesmärkidest on talletada ja teha üldsusele juurdepääsetavaks suur

¹³ KPMG. Analüüs Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi(EL) 2019/790 art 17 kohaldamise kohta Eesti ettevõtjatele. https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/analuus-dsm-direktiivi-kohaldamise-kohta-eesti-ettevotjatele_ab-kpmg-law-ja-kpmg-baltics_16.12.2019.pdf (10.04.2020).

hulk teenuse kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teoseid või muud kaitstud materjali, mida teenuse osutaja tulu saamise eesmärgil korrastab ja reklaamib. Seega saab esile tõsta kolm kumulatiivset tingimust, mille täidetuse korral on tegemist veebisisu jagamise teenuse osutajaga: esiteks infoühiskonna teenuste osutamine, teiseks peamine või üks peamisi eesmärke suure hulga kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud sisu talletamine ja üldsusele juurdepääsetavaks tegemine, ja kolmandaks sellise sisu korrastamine ja reklaamimine tulu saamise eesmärgil.

Infoühiskonna teenuste määratlus ühenduse õigusaktides on olemas juba Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivides 98/34/EMÜ¹⁴ ja 98/84/EÜ¹⁵. DSM direktiivi artikkel 2 p-s 5 defineeritakse infoühiskonna teenus kui direktiivi (EL) 2015/1535¹⁶ artikli 1 lõike 1 punktis b määratletud teenus. Infoühiskonna teenused on viidatud normi kohaselt kõik vahemaa tagant elektroonilisel teel ja teenusesaaja isikliku taotluse alusel ning tavaliselt tasu eest osutatavad teenused. Seejuures tähendab “vahemaa tagant”, et teenust osutatakse ilma osapoolte üheaegse kohalolekuta, “elektroonilisel teel”, et teenus saadetakse lähtepunktist ja võetakse sihtkohas vastu elektrooniliste andmetöötlus- (sh pakkimisseadmete) ja säilitusseadmete abil ning seda saadetakse, edastatakse ja võetakse vastu täielikult juhtmete või raadio kaudu, optiliselt või muude elektromagnetiliste vahendite abil, ja “teenusesaaja isikliku taotluse alusel”, et teenust osutatakse andmeedastusena isikliku taotluse alusel. Seega näiteks tele- ja raadioringhääling ei ole infoühiskonna teenused, sest neid ei osutata isikliku taotluse alusel – mh on see sõnaselgelt sätestatud e-kaubanduse direktiivi põhjenduspunktis 18.

E-kaubanduse direktiivi põhjenduspunktist 18 tuleneb ka, et infoühiskonna teenused ei piirdu ainult on-line tehtud lepingutega seonduvate teenustega, vaid laienevad, niivõrd kuivõrd need kujutavad endast majandustegevust, ka teenustele, mille eest nende saajad ei maksa. Sarnaselt on Euroopa Kohus korduvalt leidnud, et „tavaliselt tasu eest osutatav teenus“ hõlmab ka teenuseid, mille eest teenuse tarbija ise ei tasu, vaid tasu on saadud muud moodi, sh ka teenusega seonduvate reklaamitulude kaudu.¹⁷ See esineb eelkõige juhul, kui teenuseosutaja osutab teenust tasuta selleks, et reklaamida tema müüdavaid kaupu või pakutavaid teenuseid,

¹⁴ 22. juuni 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 98/34/EÜ, millega nähakse ette tehnilistest standarditest ja eeskirjadest teatamise kord. – ELT L 204, lk 337-348.

¹⁵ 20. novembri 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 98/84/EÜ tingimusjuurdepääsul põhinevate või seda sisaldavate teenuste õiguskaitse kohta. – ELT L 320, lk 147-150.

¹⁶ 9. septembri 2015. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2015/1535, millega nähakse ette tehnilistest eeskirjadest ning infoühiskonna teenuste eeskirjadest teatamise kord. – ELT L 241, lk 1-15.

¹⁷ EKo C-291/13, *Sotiris Papasavvas versus O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*, ECLI:EU:C:2014:2209, p-d 26-30; EKo C-484/14, *Tobias Mc Fadden versus Sony Music Entertainment Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2016:689, p 41.

kusjuures selle tegevusega kaasnev kulu sisaldub siis nende kaupade või teenuste hinnas.¹⁸ Nii on kohus näiteks leidnud, et tasuta wifi-ühenduse pakkumine on infoühiskonna teenus, kui asjaomane teenuseosutaja osutab seda eesmärgiga reklaamida tema müüdavaid kaupu või pakutavaid teenuseid.¹⁹ Kriteeriumi alla mahub ka Google'i *AdWords* teenus.²⁰

Teise tingimuse juures võib eraldi välja tuua kolm alamkriteeriumi. Veebisisu jagamise teenuse osutaja on selline infoühiskonna teenuse osutaja, kelle 1) peamine või üks peamisi eesmärke 2) on talletada ja teha üldsusele juurdepääsetavaks 3) suur hulk kasutajate poolt üles laaditud autoriõigustega kaitstud sisu.

Neist esimese alamkriteeriumi puhul head juhtnöörid puuduvad, kuid praktikas ei tohiks olla keeruline selle täidetust välja selgitada. Küsimusele tuleks läheneda juhtumipõhiselt. Selliste tuntud teenuseosutajate nagu näiteks YouTube või Facebook puhul on ilmne, et kasutajate poolt üles laaditu üldsusele kättesaadavaks tegemine on nende peamisi eesmärke. Seejuures on erialakirjanduses rõhutatud, et veebisisu jagamise teenuse osutaja peamine eesmärk on just kasutajate, mitte veebilehe haldajate poolt üles laaditud materjali üldsusele kättesaadavaks tegemine.²¹ Sageli piirdub kasutajate poolt üles laaditav materjal veebilehe materjali kommenteerimisega. Sellisel juhul ei ole peamine eesmärk üldjuhul kasutajate poolt üles laaditud teoste talletamine ja kättesaadavaks tegemine, mistõttu pole käsitletav kriteerium täidetud ning tegemist ei ole veebisisu jagamise teenuse osutajaga.²²

Talletamine ja üldsusele juurdepääsetavaks tegemine on kumulatiivsed tingimused, mis peavad mõlemad olema täidetud.²³ Kui infoühiskonna teenuse osutaja vaid talletab infot, kuid ei tee seda üldsusele juurdepääsetavaks, või ka vastupidi, siis ei saa ta kvalifitseeruda veebisisu teenuse osutajaks, mistõttu temale sellisel juhul artikkel 17 ei kohaldu. „Talletamine“ on käesoleva töö autori hinnangul käsitletav „teabe talletamisena“ e-kaubanduse direktiivi tähenduses. Tegemist on olukorraga, kus veebisisu jagamise teenuse osutaja võimaldab oma serveris ruumi kasutaja sisule.²⁴ „Juurdepääsetavaks tegemine“ tähendab autori hinnangul

¹⁸ EKo C-352/85, *Bond van Adverteerders ja teised versus Madalmaade riik*, ECLI:EU:C:1988:196, p 16; EKo C-51/96 ja C-191/97, *Christelle Delière*, ECLI:EU:C:2000:199, p 56; EKo C-484/14, *Mc Fadden*, p 42.

¹⁹ EKo C-484/14, *Mc Fadden*, p 43.

²⁰ EKo C-236/08, *Google France SARL ja Google Inc.*, ECLI:EU:C:2010:159, p 110.

²¹ Shapiro, T., Hansson, S. The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same. – *European Intellectual Property Review*, 2019, 41, pp 404-410, p 410.

²² Vt KPMG, lk 8.

²³ Järeldus tuleneb otseselt definitsiooni grammatilisest tõlgendamisest, kuna norm sisaldab sõna „ja“ mitte „või“.

²⁴ Kleinschmidt, B. An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content. – *International Journal of Law and Information Technology*, 2010, Volume 18, Issue 4, pp 332–355, p 345.

üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist ning selle sisu on analüüsitud magistritöö järgmises alapeatükis koos üldsuse mõistega.

„Suure hulga“ kriteeriumi puhul pole oluline mitte kasutajate arv, vaid just kaitstud sisu kogus.²⁵ Hinnang selle kohta, kas veebisisu jagamise teenuse osutaja talletab suurt hulka autoriõigusega kaitstud sisu ja teeb selle juurdepääsetavaks, tuleks DSM direktiivi põhjenduspunkti 63 kohaselt anda iga juhtumi kohta eraldi ning selles tuleks võtta arvesse selliste aspektide kombinatsiooni, nagu teenuse sihtrühm ja nende autoriõigusega kaitstud sisu failide arv, mille teenuste kasutajad on üles laadinud. Põhjenduspunkti 62 kohaselt peaks veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsioon hõlmama teenuseosutajaid, kes keskenduvad üksnes sellistele veebipõhistele teenustele, millel on oluline roll veebisisu turul ja konkurentsiste veebisisuteenustega, näiteks interneti audio- ja videovoogedastuse teenustega sama publiku jaoks. Teoreetiliselt võiks need kriteeriumid aidata „suure hulga“ mõistet sisustada, kuid samal ajal on ka „oluline roll“ määratlemata õigusmõiste, mis tekitab omakorda raskusi definitsiooni piiritlemisel. Samuti on ebaselge, kuidas peaks veebisisu turgu määratlema. Kuna põhjenduspunkt 62 viitab otsesõnu veebisisuteenuse pakkujate konkurentsile, tuleks ilmselt lähtuda konkurentsioigusest. Sel juhul vastab veebisisu turg põhjenduspunkti 62 tähenduses asjaomasele turule (*relevant market*) konkurentsioiguse tähenduses. Viimane hõlmab nii asjaomast geograafilist kui ka kaubaturgu.²⁶ Euroopa Komisjoni suuniste²⁷ kohaselt hõlmab asjaomane tooteturg kõiki neid tooteid ja/või teenuseid, mis tarbijate seisukohast on oma iseloomulike tunnuste, hindade ja otstarbekohase kasutuse põhjal omavahel vahetatavad ja asendatavad. Asjaomane geograafiline turg hõlmab konkurentsitingimustelt üsna sarnast ja naaberaladest eelkõige märgatavalt erinevate konkurentsitingimuste tõttu eristatavat ala, kus kõnealused ettevõtjad tegelevad kaupade ja teenuste pakkumise ja hankimisega.

KPMG on toonud esile, et „suure hulga“ kriteeriumi hindamiseks on täiendava piiritluseta mitmeid võimalusi. Vastus sõltub veebisisu turu ja teenuste sihtrühma määratlemisest, aga ka sellest, kuidas seada üles laaditud failide arvulist lävendit.²⁸ Mõiste „suur hulk“ sisustamise probleemidele on erialakirjanduses mujalgi tähelepanu juhitud.²⁹ Siinkohal pole täpsete

²⁵ Spindler, G. The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation: Contravening Prohibition of General Monitoring Duties. – J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L., 2019, 10, pp 344-374, p 346.

²⁶ Vt kaubaturu mõistet nt konkurentsiseaduse §-st 3.

²⁷ 9. detsembri 1997. aasta Komisjoni teatis 97/C 372/03 asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. – ELT C 372/5, lk 155-163.

²⁸ KPMG, lk 2-3.

²⁹ Vt nt: Visser, D.J.G. Trying to Understand Article 13, (2019), p 3-4, <https://ssrn.com/abstract=3354494> (31.03.2020); Grisse, K. After the storm - examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU)

juhtnõõride väljatöötamine võimalik ega ka vajalik. Mõiste detailsem sisustamine jääb eeldatavasti Euroopa Kohtu ülesandeks. Erialakirjanduses on pakutud välja, et DSM direktiivi ülevõtmisel on liikmesriikidel võimalik „suure hulga“ mõiste määratlematusest tingitud probleeme leevendada selle kvantitatiivselt määratlemise abil. Sel juhul jääb aga risk, et Euroopa Kohus hindab selle konkreetse kaasuse asjaoludel ebasobivaks.³⁰ Käesoleva töö autori hinnangul on nimetatud mõiste kvantitatiivne määratlemine soovitatav, kuna see suurendab õigusselgust.

Kolmanda tingimuse – korrastamise ja reklaamimise – puhul on samuti oluline, et tegemist on kumulatiivse, mitte alternatiivse nõudega. Need tegevused peavad toimuma tulu saamise eesmärgiga. Seega saab ka siin esile tuua kolm alamkriteeriumit: 1) korrastamine ja 2) reklaamimine 3) tulu saamise eesmärgil. Põhjenduspunkt 62 räägib seejuures autoriõigustega kaitstud sisu korraldamisest ja edendamisest, et kõita suuremat publikut, muu hulgas selle sisu liigitamise ja sihipärase reklaamimise kaudu. KPMG hinnangul tähendab „korrastamine“ aktiivset organiseerimistegevust kasutaja poolt üles laaditud autoriõigustega kaitstud teose suhtes pärast selle üles laadimist.³¹ Erialakirjanduses on leitud, et kriteeriumi täitmiseks piisab näiteks otsingufunktsiooni pakkumisest ning teatava kategoriseerimise loomisest.³² „Reklaamimine“ toimub juhul, kui autoriõigustega kaitstud teoste tarbimine suunatakse selgelt veebilehe külastajatele.³³ Selgelt ei ole vajalik, et teenuseosutaja reklaamiks konkreetset kasutaja poolt üles laaditud sisu, vaid piisab sisuga kaasneva reklaami pakkumisest, nagu seda teeb näiteks YouTube.³⁴ Käesoleva töö autor nõustub KPMG seisukohaga, et „tulu saamise eesmärk“ on sõnastatud (õigemini tõlgitud) mõnevõrra ebaõnnestunult. Tulu majanduslikus tähenduses on igasugune rahas mõõdetav sissetulek. Sätte mõttega läheks paremini kokku väljend „kasumi saamise eesmärk“.³⁵ Direktiivi ingliskeelses versioonis ongi kasutatud mõistet „*purpose of obtaining profit*“. Põhjenduspunkti 62 kohaselt tuleb arvestada nii otsese kui ka kaudse tuluga. Siin on tulu mõiste kasutamine autori hinnangul korrektne. Korrastamine ja reklaamimine peab toimuma kasumi saamise eesmärgil, kusjuures kasumi määratlemisel tuleks võtta arvesse nii otsest kui ka kaudset tulu.

2019/790 – Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2019, Volume 14, Issue 11, pp 887–899, p 888, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpz122> .

³⁰ Spindler, G., p 362.

³¹ KPMG, lk 11-12.

³² Spindler, G., p 346.

³³ KPMG, lk 11-12.

³⁴ Spindler, G., p 346.

³⁵ KPMG, lk 3.

Käesoleva töö autori hinnangul on direktiivi ülevõtmisel soovitatav sisu „korrastamise“ mõistet õigusselguse huvides konkretiseerida. Kindlasti ei peaks püüdma tuua ammendavat loetelu tegevustest, mille puhul saab „korrastamise“ kriteeriumi täidetuks lugeda, kuid kasulik on sätestada, et näiteks otsingufunktsiooni pakkumine koos sisu teatava kategoriseerimisega on käsitatav korrastamisena asjaomases tähenduses. „Tulu saamise eesmärk“ tuleks asendada „kasumi saamise eesmärgiga.“ Artikli 17 regulatsiooni eesmärgiks väärtuslõhe vähendamine, millest tulenevalt on selge, et õiguste omajatele tasu maksmise kohustus peaks olema suunatud vastavast tegevusest kasumit püüdvatele teenuseosutajatele.

Ülalkirjeldatud tingimuste täidetuse korral on tegemist veebisisu jagamise teenuse osutajaga. Artikkel 2 punkt 6 teine lõik sätestab siiski erandina isikud, keda isegi nimetatud tingimuste täidetuse korral ei arvata veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsiooni alla. Erandite alla kuuluvad sellised teenuse osutajaid, kes pakuvad mittetulunduslikke veebientsüklopeediaid (nt Wikipedia), mittetulunduslikke hariduslike ja teaduslike eesmärkidega teabehoidlaid (Europeana), avatud lähtekoodiga tarkvara arendus- ja jagamisplatvorme (GitHub), direktiivis (EL) 2018/1972³⁶ määratletud elektroonilise side teenuseid (Whatsapp), internetipõhiseid kauplemisskohti (eBay), ettevõtjatevahelisi pilveteenuseid (MicrosoftOneDrive) ja pilveteenuseid, mille kasutajad saavad sisu oma tarbeks üles laadida (Dropbox, Apple iCloud). Osalt on sellega sõnaselgelt välistatud teenuseosutajad, mille peamine eesmärk on muu, kui võimaldada kasutajatel üles laadida ja jagada suurt hulka autoriõigusega kaitstud sisu eesmärgiga saada sellest tegevusest kasu. Põhjenduspunkti 62 kohaselt on sellisteks näiteks elektroonilise side teenused, ettevõtetevaheliste pilvandmetöötluse teenused ja pilvandmetöötluse teenused, mis võimaldavad kasutajatel laadida üles sisu oma tarbeks, näiteks küberkapid, või veebipõhised kauplemisskohad, mille põhitegevus on veebipõhine jaemüük, mitte autoriõigusega kaitstud sisule juurdepääsu andmine. Avatud lähtekoodiga tarkvara arendamise ja jagamise platvormide, mittetulunduslike teadus- või haridusteabehoidlate ning mittetulunduslike veebientsüklopeediate puhul puudub direktiivis nende erandite alla paigutamise põhjendus. Eeldatavasti seisneb põhjus asjaolus, et need teenuseosutajad ei ole orienteeritud kasumi saamisele või nende peamine tegevus ei ole suunatud kaitstud sisule juurdepääsu võimaldamisele. Direktiivi vastuvõtmise protsessi arvestades on võimalik, et osad teenuseosutajad on erandiga sõnaselgelt hõlmatud osaliselt nende eduka lobitöö tõttu.

³⁶ 11. detsembri 2018. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2018/1972, millega kehtestatakse Euroopa elektroonilise side seadustik. – ETL L 321, lk 36-214.

Artikkel 17 lõige 6 sätestab erandid nendele teenuseosutajatele, kelle teenused on olnud liidus üldsusele kättesaadavad vähem kui kolm aastat ja kelle aastakäive on alla 10 miljoni euro (*start-up'id*). Sellised internetiplatvormid on küll veebisisu jagamise teenuse osutajad DSM direktiivi tähenduses, kuid nende vastutusele on sätestatud erandid. Põhjenduspunkti 67 kohaselt püütakse erandiga võtta arvesse konkreetset olukorda, kus idufirmad arendavad kasutajate poolt üles laaditud sisu kasutades uusi ärimudeleid. Erikord, mida kohaldatakse väikese käibe ja vähese publikuga uute teenuseosutajate suhtes, peaks tooma kasu tegelikele uutele ettevõtetele ja seetõttu tuleks selle kohaldamine lõpetada kolm aastat pärast seda, kui nende teenused esmakordselt liidus veebipõhiselt kättesaadavaks tehakse.

Ülaltoodu põhjal saab järeldada, et kuigi veebisisu jagamise teenuse osutaja legaaldefiniitsioon on toodud DSM direktiivis endas, on mitme tingimuse puhul ruumi tõlgendamisele. Eelkõige on mõiste „suur hulk“ selgelt määratlemata ja avatud tõlgendamisele. „Veebisisu jagamise teenuse osutaja“ on liidu autoriõiguses uus mõiste, mis olemuslikult sarnaneb senise „vahendaja“ (*intermediary*) mõistega, kuna mõlemad iseloomustab asjaolu, et autoriõigusi ei riku nad (reeglina) ise oma otsese tegevusega, vaid võivad vastutada oma teenuste kasutajate ebaseadusliku tegevuse eest. Vahendaja mõiste on kohtupraktikas olnud lai, hõlmates sisuliselt igasuguse teenuse pakkumist, mida kolmas isik võib kasutada autoriõiguse või sellega kaasneva õiguse rikkumiseks.³⁷ Sarnaselt on vahendaja mõistet selgitanud ka Euroopa Komisjon, lisades, et see kehtib ka asjaomase kahe poole vahelise konkreetse suhte, nt lepingulise seose puudumisel.³⁸ Nii on vahendajaks näiteks internetiühenduse pakkuja³⁹ või isegi turuhallide rentnik, kes annab nendes hallides asuvaid erinevaid müügikohti allkasutusse.⁴⁰ Veebisisu jagamise teenuse osutaja mõiste on hõlmatud vahendaja mõistes. Mõiste alla kuuluvad veebiplatvormid, mis võimaldavad kasutajatel faile jms platvormile laadida ja üldsusele edastada. Definiitsioon hõlmab selgelt eelkõige suuri internetiplatvorme⁴¹ nagu Youtube, Facebook, Instagram, Twitter, Reddit, Tumblr, Medium, Printerest, Vimeo jms. Osad väikesed teenusepakkujad – kes ei talleta suurt hulka autoriõigustega kaitstud sisu – jäävad artikkel 17

³⁷ EKo C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH versus Tele2 Telecommunication GmbH*, ECLI:EU:C:2009:107, p 43.

³⁸ 29. novembri 2017. aasta Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa majandus- ja sotsiaalkomiteele. Suunised intellektuaalomandi õiguste jõustamist käsitleva Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/48/EÜ teatavate aspektide kohta. COM(2017) 708, lk 17.

³⁹ EKo C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH versus Constantin Film Verleih GmbH ja Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2014:192, p 32.

⁴⁰ EKo C-494/15, *Tommy Hilfiger Licensing LLC jt versus DELTA CENTER a.s.*, ECLI:EU:C:2016:528, p 30 – kui mõni kauplejast üürnik kasutab oma müügikohta kaubamärki kandvate võltsitud kaupade müümiseks.

⁴¹ Angelopoulos, C., Quintais, J. P. Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement. – *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, (2019), 10(2), pp 147-172, p 148; Grisse, K., p 888.

kohaldamisalast välja, ning osadele – kes mahuvad analüüsitud definitsiooni alla – kohalduvad erisätted.

KPMG uurimusest nähtub, et veebisisu jagamise teenuse osutaja mõiste alla mahuvad Eestis asutatud ettevõtjatest Lolsol OÜ (www.annaabi.ee), Upload OÜ (www.upload.ee), Abi24 OÜ (www.iha.ee) ja Sportfoto OÜ (www.sportfoto.com). Nendest mitte ükski ei ole hõlmatud *start-up*'i mõistega. Järelduses ei ole arvestatud probleemse „suure hulga“ kriteeriumiga, kuna see on kehtivas õiguses piiritlemata. Kuna KPMG ei tuvastanud, kas nimetatud teenuseosutajad vastavad „suure hulga“ kriteeriumile, ei tulene tehtud järeldusest üheselt, et need on hõlmatud veebisisu jagamise teenuse osutaja mõistes.⁴²

Käesoleva töö autori soovitus on „suure hulga“ mõiste õigusselguse huvides kvantitatiivselt määratleda. Õigusselguse huvides tuleks esitada näidisloetelu „korrastamise“ kriteeriumi kohta, sätestades, et korrastamisena on käsitatav näiteks otsingufunktsiooni pakkumine koos sisu teatava kategoriseerimisega. „Tulu saamise eesmärk“ tuleks asendada „kasumi saamise eesmärgiga.“

1.1.2. Õiguste omaja luba eeldav tegevus

Artikkel 17 lõikest 1 tulenevalt on õiguste omajate luba vajalik olukorras, kus veebisisu jagamise teenuse osutaja annab üldsusele juurdepääsu tema kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile. Selline tegevus tähendab üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist DSM direktiivi tähenduses.

Mõisteid „üldsusele edastamine“ ja „üldsusele kättesaadavaks tegemine“ DSM direktiiv ei sisusta. Need ei ole üheselt määratletud ka varasemas õiguses. Mõisted esinevad nii Euroopa Liidu (näiteks infoühiskonna direktiivi artikli 3 lõikes 1, direktiivi 92/100⁴³ artikli 8 lõikes 2) kui ka rahvusvahelises õiguses (WPPT⁴⁴ artiklis 15, Rooma konventsiooni⁴⁵ artiklis 12, TRIPS

⁴² KPMG, lk 1, 14.

⁴³ 19. novembri 1992. aasta Nõukogu direktiiv 92/100/EMÜ rentimis- ja laenutamissoiguse ja teatavate autoriõigusega kaasnevate õiguste kohta intellektuaalomandi vallas. – ELT L 346, lk 120-125.

⁴⁴ WIPO esituse ja fonogrammide leping (WPPT). – ELT L 89, lk 217-225.

⁴⁵ Teose esitaja, fonogrammitootja ja ringhäälinguorganisatsiooni kaitse rahvusvaheline konventsioon. – RT II 1999, 27, 165.

lepingu⁴⁶ artikli 14 lõikes 1), samuti autoriõiguse seaduse⁴⁷ paragrahv 13 lõige 1 punktides 9 ja 9¹. Käesoleva töö seisukohast omab otsustavat tähendust neist esimene. Üldsusele edastamist, kuigi mitte üldsusele kättesaadavaks tegemist, on käsitletud ka direktiivi 2006/115⁴⁸ artiklis 8. Euroopa Kohus on mitmes lahendis öelnud, et infoühiskonna direktiivi ja direktiivi 2006/115 tähenduses tähendab „üldsusele edastamine“ sama asja.⁴⁹

EL infoühiskonna direktiiv ei sisalda üldsusele edastamise õiguse definitsiooni. Direktiivi art 1 lg 3 lähtub WIPO autoriõiguse lepingu (WCT) artiklist 8, mida on peaaegu sõna-sõnalt korratud. Sätte kohaselt on autoritel ainuõigus lubada või keelata oma teoste edastamist üldsusele kaabel- või kaablita sidevahendite kaudu, sh nende teoste sellisel viisil kättesaadavaks tegemist, et isik pääseb neile ligi enda valitud kohas ja enda valitud ajal. Üldsusele kättesaadavaks tegemine on seega hõlmatud üldsusele edastamise õiguses. Kohtupraktikast nähtub, et üldsusele „kättesaadavaks tegemine“ digitaalkeskkonnas on analoogne väljend üldsusele „edastamisega“ nõ tavamaailmas. Seetõttu saab üldsusele „kättesaadavaks tegemisele“ kohaldada kohtupraktikat, mis on välja töötatud seoses üldsusele „edastamisega“ infoühiskonna direktiivi tähenduses.⁵⁰

Kuna infoühiskonna direktiivis puudub üldsusele edastamise ning kättesaadavaks tegemise mõiste õiguslik määratlus, on mõistete sisu ja kohaldamisala kujundanud Euroopa Kohtu praktika infoühiskonna direktiivi eesmärkidest juhindudes.⁵¹ Direktiivi eesmärk on kohandada autoriõigust ja sellega kaasnevaid õigusi käsitlevaid õigusakte vastavalt tehnilisele arengule ja esmajoonel infoühiskonnale, nähes ette intellektuaalomandi kõrgetasemelise kaitse.⁵²

⁴⁶ Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspекtide leping. – RT II 1999, 22, 123.

⁴⁷ Autoriõiguse seadus. – RT I, 19.03.2019, 55.

⁴⁸ 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/115/EÜ rentimis- ja laenutamisõiguse ja teatavate autoriõigusega kaasnevate õiguste kohta intellektuaalomandi vallas. – ELT L 376, lk 28-35

⁴⁹ Nt EKo C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH versus Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)*, ECLI:EU:C:2016:379, p 33.

⁵⁰ EKo C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen versus Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:279, kohtujurist M.C. Sanches-Bordana ettepanek, p 4 ja seal viidatud lahendid.

⁵¹ Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb liidu õiguse sätte tõlgendamisel arvesse võtta mitte ainult selle sõnastust, vaid ka selle konteksti ja selle õigusaktiga taotletavaid eesmarke, mille osa see säte on, ning vajadusel selle sätte kujunemislugu (vt selle kohta EKo C-397/16 ja C 435/16, *Acacia Srl versus Pneusgarda Srl ja Audi AG ning Acacia Srl ja Rolando D'Amato versus Dr. Ing. h.c.F. Porsche AG*, ECLI:EU:C:2017:992, p 31 ning EKo C-621/18, *Andy Wightman jt versus Secretary of State for Exiting the European Union*, ECLI:EU:C:2018:999, p 47 ja seal viidatud kohtupraktika).

⁵² Autoriõigus ja sellega seotud õigused infoühiskonnas. Kokkuvõte: direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26053> (31.03.2020).

Euroopa Kohtu veebilehel on 25 infoühiskonna direktiivi art 3 lg 1 tõlgendamist puudutavat eelotsust. Vähe on selliseid liidu õiguse küsimusi, mille kohta on nii palju otsuseid nii lühikese aja jooksul nagu mõiste „üldsusele edastamine autoriõiguses“ tõlgendamise kohta.⁵³ Kohus on tõlgendanud mõistet laialt⁵⁴ kasutades juhtumispõhist hindamist⁵⁵. Kohus on leidnud, et autoritel on preventiivset laadi õigus, mis võimaldab neil teose üldsusele edastamise keelamiseks astuda oma teose võimalike kasutajate ja selle üldsusele edastamise vahele.⁵⁶

Üldsusele edastamiseks või kättesaadavaks tegemiseks on vajalik kahe kumulatiivse tingimuse täidetud: esiteks kaitstud teose või muu materjali „edastamise toiming“ ning teiseks selle suunatus „üldsusele“.⁵⁷ Seejuures on kohtupraktika kohaselt oluline *uue* üldsuse olemasolu.⁵⁸

Vajalik on üldsusele edastamise toiming, mis võimaldab üldsuse hulka kuuluvatel isikutel edastatud teostele juurde pääseda, kusjuures ei ole oluline, kas nad seda võimalust kasutavad või mitte.⁵⁹ Näiteks on selleks veebisaidil linkide pakkumine, millel klõpsates on võimalik vaadata teisel veebisaidil juurdepääsupiiranguteta avaldatud kaitstud teoseid.⁶⁰ Üldsusele kättesaadavaks tegemise puhul seisneb otsustav toiming teose üldsusele ligipääsetaval saidil pakkumises, mis eelneb tegelikule nõudmisel edastamise etapile.⁶¹ Üksnes füüsiliste abivahendite pakkumist, mis võimaldavad edastada või edastavad, et käsitleta infoühiskonna direktiivi põhjenduspunkti 27 kohaselt edastamise toiminguna. Nii on näiteks sellise sõiduauto

⁵³ EKo C-753/18, *Stim ja SAMI versus Fleetmanager Sweden AB ja Nordisk Biluthyrning AB*, ECLI:EU:C:2020:4, kohtujurist M. Szpunari ettepanek, p 1.

⁵⁴ EKo C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited versus Irimaa ja Attorney General*, ECLI:EU:C:2012:141, p 61; EKo C-527/15, *Stichting Brein versus Jack Frederik Wullems*, ECLI:EU:C:2017:300, p 27 ja seal viidatud kohtupraktika; EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 22.

⁵⁵ Vt nt EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 23; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 28 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁵⁶ EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 25 ja seal viidatud kohtupraktika; EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 20.

⁵⁷ EKo C-161/17, *Renckhoff*, p 19; EKo C-138/16, *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) versus Zürs.net Betriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2017:218, p 22; EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 24; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 29; EKo C-117/15, *Reha Training*, p 37; EKo C-160/15, *GS Media BV versus Sanoma Media Netherlands BV jt*, ECLI:EU:C:2016:644, p 29; EKo C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) versus Rafael Hoteles SA*, ECLI:EU:C:2006:764, p-d 33 ja 34; EKo C-403/08 ja C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2011:631, p-d 184-185.

⁵⁸ EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 28.

⁵⁹ EKo C-466/12, *Nils Svensson jt versus Retriever Sverige AB*, ECLI:EU:C:2014:76, p 19; EKo C-117/13, *Technische Universität Darmstadt versus Eugen Ulmer KG*, ECLI:EU:C:2014:2196, p 42.; EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 31; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 36.

⁶⁰ EKo C-466/12, *Svensson*, p 18; EKo C-348/13, *BestWater International GmbH versus Michael Mebes ja Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315, p 15 (lahend puudutas *framingut*); EKo C-160/15, *GS Media*, p 43.

⁶¹ EKo C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers versus Tom Kabinet Internet BV jt*, ECLI:EU:C:2019:1111, p 64.

rendile andmine, kuhu on paigutatud raadio, üksnes füüsilise abivahendi pakkumine, mistõttu pole sellisel juhul tegemist üldsusele kättesaadavaks tegemise ega üldsusele edastamisega.⁶²

Hindamaks, kas teose kasutaja (kelleks käesoleva töö kontekstis on veebiteenuse osutaja) toiming on käsitatav üldsusele edastamisena, tuleb arvesse võtta täiendavaid kriteeriume nagu kasutaja (teenuseosutaja) roll ja sekkumise tahtlikkus⁶³ ning tegevuse tulusus⁶⁴, mis ei ole autonoomsed ja on üksteisest sõltuvad. Kuna need kriteeriumid võivad konkreetsetes olukordades esineda väga erineval määral, tuleb neid kohaldada nii eraldi kui ka suhestatuna teistesse kriteeriumidesse.⁶⁵ Kasutaja tegevust saab pidada „edastamise“ toiminguks, kui ta oma tegevuse tagajärgedest täielikult teadlikuna sekkub, et anda kliendile ligipääs kaitstud teosele, ja seda iseäranis olukorras, kus sellise sekkumiseta ei oleks kliendil põhimõtteliselt võimalik edastatud teost jälgida või oleks jälgimine raskendatud.⁶⁶ *Pirate Bay* lahendis⁶⁷ järeldas kohus varasemate lahendite põhjal, et põhimõtteliselt võib igasugune toiming, millega kasutaja annab teadlikult enda klientidele juurdepääsu kaitstud teostele, olla „edastamine“ infoühiskonna direktiivi artikkel 3 lõike 1 tähenduses.⁶⁸

Hiljutise kohtupraktika põhjal ei ole tähtsusetu ka tegevuse orienteeritus tulu saamisele. Kohus on leidnud, et majutusettevõtte käitaja tegevust, mille eesmärk on teha ülekantud teos oma klientidele kättesaadavaks, tuleb käsitada lisateenuse osutamisenä teatava tulu saamise eesmärgil, kuna selle teenuse pakkumine avaldab mõju majutusettevõtte kategooriale ning seega numbritubade hindadele. Samamoodi on Euroopa Kohus leidnud, et ringhäälingu kaudu edastatud teoste näitamine toitlustusettevõtte käitaja poolt toimub eesmärgiga mõjutada ettevõtte külastatavust ja lõpuks ka selle majandustulemusi ning sellel tegevusel võib ka niisugune mõju olla.⁶⁹ Hambaarsti patsientide arv aga eeldatavasti ei suurene taustamuusika mängimise tõttu, mistõttu ei avalda fonogrammide mängimine mõju hambaarsti tulule.⁷⁰ Kuigi

⁶² EKo C-753/18, *Stim ja SAMI versus Fleetmanager Sweden AB ja Nordisk Biluthyrning AB*, ECLI:EU:C:2020:268, p-d 33-39.

⁶³ EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 31 ja seal viidatud kohtupraktika; *GS Media*, p 34-35; EKo C-306/05, *SGAE*, p 42; EKo C-403/08 ja C-429/08, *FAPL*, p 195.

⁶⁴ EKo C-403/08 ja C-429/08, *FAPL*, p 204; EKo C 607/11, *ITV Broadcasting Ltd jt versus TVCatchup Ltd*, ECLI:EU:C:2013:147, p 42; EKo C-160/15, *GS Media*, p-d 38-39; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 34 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁶⁵ nt EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 25; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 30 ja seal viidatud kohtupraktika; EKo C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) versus Marco Del Corso*, ECLI:EU:C:2012:140, p 79.

⁶⁶ EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 31 ja seal viidatud kohtupraktika; EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 26; EKo C-160/15, *GS Media*, p 35.

⁶⁷ EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*.

⁶⁸ *Ibidem*, p 34.

⁶⁹ EKo C-306/05, *SGAE*, p 44; EKo C-403/08 ja C-429/08, *FAPL*, p 205.

⁷⁰ EKo C-135/10, *SCF*, p 97.

nendes lahendites ei olnud tegemist veebisisu jagamise teenuse osutajaga, näitlikustavad need hästi tulu saamise kriteeriumit.

Üldsus tähendab määratlemata arvu potentsiaalseid adressaate, mis eeldab küllaltki suurt arvu isikuid⁷¹. Mõiste tõlgendamisel võib olla abiks ka õiguslikult mittesiduv WIPO sõnaraamat, milles on mõistele „üldsusele ülekandmine (üldsusele edastamine)” antud määratluse kohaselt tegemist „teose mis tahes asjakohasel viisil tajutavaks tegemi[sega] inimestele üldiselt, erinevalt teatavasse üksikusse rühma kuuluvatest konkreetsetest inimestest”. Üldsuse kriteeriumi puhul tuleb arvesse võtta mitte ainult seda, mitmele isikule on sama teos samal ajal kättesaadav, vaid ka küsimust, mitmele neist on see teos üksteise järel kättesaadav.⁷² Seejuures on edastamise toiming ilma juurdepääsupiiranguteta veebisaidil suunatud kõigile veebisaidi potentsiaalsetele kasutajatele.⁷³ Pubi, hotelli ja sanatooriumi kliendid on käsitatavad „üldsusena“, kuna nendes asutustesse pääsemine on kõigile avatud.⁷⁴ Hambaarsti patsientide koosseis on aga stabiilne ning nad moodustavad seega määratletud hulga potentsiaalseid adressaate, kuna muudel isikutel üldjuhul puudub juurdepääs selle arsti ravile. Järelikult ei ole tegemist „inimestega üldiselt” ehk edastamine pole suunatud üldsusele. Samuti on klientide hulk väike või isegi tähtsusetu. Patsiendid saavad üksteise järel ega ole üldjuhul samade fonogrammide adressaadid.⁷⁵

Üldsusele suunatus on üldsusele edastamise vajalik, kuid mitte piisav tingimus. Edastus peab suhteliselt uue, kuid väljakujunenud kohtupraktika kohaselt toimuma senikasutatust erineva tehnilise vahendi abil või olema suunatud „uuele üldsusele“. Kohtupraktikast tuleneb, et teose esialgselt edastamisest erineva tehnika kasutamisel on ülekanne suunatud uuele üldsusele, samas kui sama tehnika kasutamise puhul võib tegemist olla ka esialgse üldsusega.⁷⁶

⁷¹ EKo C-306/05, *SGAE*, p-d 37-38; EKo C 607/11, *ITV Broadcasting*, p 32; EKo C-89/04, *Mediakabel BV versus Commissariaat voor de Media*, ECLI:EU:C:2005:348, p 30; EKo C 192/04, *Lagardère Active Broadcast versus Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) ja Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, ECLI:EU:C:2005:475, p 31; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 32 ja seal viidatud kohtupraktika; EKo C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond*, p 68.

⁷² EKo C-135/10, *SCF*, p 87; EKo C-306/05, *SGAE* p 39; EKo C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond*, p 68.

⁷³ EKo C-265/16, *VCAST Limited versus RTI SpA*, ECLI:EU:C:2017:913, p-d 46 ja 47; EKo C-466/12, *Svensson*, p 22.

⁷⁴ EKo C-117/15, *Reha Training*, p-d 47 ja 54 ja seal viidatud: EKo C-306/05, *SGAE*, p 42 ja 47; EKo C-403/08 ja C-429/08, *FAPL*, p 196; EKo C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. versus Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110, p 26.

⁷⁵ EKo C-135/10, *SCF*, p-d 95-96.

⁷⁶ EKo C-265/16, *VCAST*, p 48 ja seal viidatud kohtupraktika.

Uus üldsus on üldsus, millega autor ei arvestanud oma teose üldsusele suunamist lubades.⁷⁷ Kontseptsiooni üheks põhjenduseks on erialakirjanduses pakutud mõtet, et kaitstud teose edastamine vanale üldsusele (üldsusele, millele edastamiseks on autoriõiguste omaja luba) on kaetud õiguste omaja kaudse loaga.⁷⁸ Uue üldsuse küsimuse heaks orientiiriks on *Renckhoffi* kohtuasi, kus õpilane kasutas ilma loata fotograafi tehtud ja tema loal veebisaidil kättesaadavat fotot illustratsioonina koolitöös, mille kool tegi kättesaadavaks oma veebilehel. Kohus leidis, et üldsusele kättesaadavaks tegemisenä infoühiskonna direktiivi artikkel 3 lõige 1 tähenduses on käsitatav ka juba varem veebis kõigile vabalt kättesaadava teose teisel veebilehel taaspostitamine⁷⁹.

Vastupidisele seisukohale jõudis kohus *Svenssoni* kohtuasjas, kus ettevõtja paigutas oma veebisaidile hüperlingid, mis suunasid edasi teisele veebisaidile, kus toimus teose lubatud avaldamine. Kohus leidis, et esialgse üldsusele suunamise potentsiaalne üldsus hõlmas kogu uue, hüperlingiga veebisaidi potentsiaalseid külastajaid. Seega ei olnud tegemist uue üldsusega infoühiskonna direktiivi artikkel 3 lõige 1 tähenduses.⁸⁰ Peamine erinevus kahe väliselt sarnase kohtuasja vahel seisnes asjaolus, et teisel juhul oli autoril võimalik lihtsate vahenditega saavutada üldsusele suunamise lõpetamine (hüperlingid ei muutnud seda raskemaks, kuna originaalilehelt teose maha võtmise korral ei tööta ka hüperlingid), esimesel juhul aga mitte. Euroopa Kohus on mitmel puhul rõhutanud, et autoritele peab olema tagatud õigus otsustada selle üle, kas ja kes tema teostele ligi pääsevad.⁸¹ *Svenssoni* kohtuasjaga sama tõlgenduseni jõudis kohus *BestWater International* lahendis linkide kohta, mis kasutavad tehnilist erimeetodit (*framing*).⁸² Seega on *framing* uue üldsuse esinemise tõttu autoriõiguste rikkumine, kui näiteks esialgne video allikas nõudis sisse logimist, kuid uus on vabalt ligipääsetav.

Kui *Svenssoni* kohtuasja puhul olid veebisaidil, kuhu hüperlingid viisid, teosed avaldatud autori loal, siis *GS Media* kohtuasjas⁸³ juhtisid hüperlingid teistele veebisaitidele, kus olid avaldatud

⁷⁷ EKo C-466/12, *Svensson*, p-d 24 ja 31; EKo C-348/13, *BestWater International*, p 14; EKo C 607/11, *ITV Broadcasting*, p 32; EKo C-117/15, *Reha Training*, p 41; EKo C-160/15, *GS Media*, p 36 ning seal viidatud kohtupraktika; EKo C-527/15, *Stichting Brein („Filmspeler“)*, p 33 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁷⁸ Karapapa, S. The requirement for a “new public” in EU copyright law. – *European Law Review*, 2017(1), pp 63-81, p 5. <https://ssrn.com/abstract=3047062> (01.04.2020).

⁷⁹ EKo C-161/17, *Renckhoff*, p-d 29-47.

⁸⁰ EKo C-466/12, *Svensson*, p-d 24-28.

⁸¹ EKo C-161/17, *Renckhoff*, p 29 ja seal viidatud kohtupraktika.

⁸² *Framing* on linkimisele sarnane tehnika, kuid kasutajat ei viida lingitud veebilehele, vaid sealne info imporditakse ja kuvatakse spetsiaalses raamis (*frame*). Kasutaja arvuti on tehniliselt ühendatud *framingut* teostava saidiga, mitte saidiga, mille leht on raamis kuvatud.

⁸³ Vt lahendi põhjalikum ülevaade: Rosati, E. *GS Media* and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture. – *Common Market Law Review*, 2017, 54(4), pp 1221-1242.

teosed nende õiguste omaja nõusolekuta. Kohus leidis, et sellisel juhul tuleb selgitada, kas lingid on esitatud sellise isiku poolt, kes ei teadnud või ei saanud mõistlikult teada, et sellel veebisaidil, kuhu tema lingid suunasid, olid avaldatud loata teosed. Eriti eraisikutele võib osutuda raskeks kontrollida, kas nende teoste autoriõiguse omajad on andnud loa nende teoste vastavatel saitidel avaldamiseks. Kui teisel veebisaidil vabalt ligipääsetavale teosele paneb hüperlingi üles isik, kel ei ole kasusaamise eesmärki, kehtib eeldus, et see isik ei tea ja ei saa mõistlikult teada, et see teos on avaldatud veebisaidil autoriõiguse omaja loata. See järeldus ei kehti, kui autoriõiguse omajad teavitavad, et teos, millele ligipääs antakse, on internetis ebaseaduslikult avaldatud, või kui sellele teosele juurdepääsu hõlbustades tehakse seda nii, et selle veebisaidi kasutajad, kus see asub, saaksid „mööda hiilida kaitstud teost sisaldaval veebisaidil võetud piiravatest meetmetest“.⁸⁴ Järeldus ei kehti ka juhul, kui autor teatab isikule, kes üritab teost veebis avaldada, et ta ei anna selleks luba.⁸⁵ Tulu saamise eesmärgil esitatud hüperlingi puhul kehtib kohtu hinnangul eeldus, et linkija teostab enne linkimist vajaliku kontrolli.⁸⁶

Svenssoni ning *GS Media* lahendeid on erialkirjanduses küll kritiseeritud,⁸⁷ kuid nende selge pluss seisneb asjaolus, et heas usus tegutsevatele kasutajatele ei rakendu eksimuste korral potentsiaalselt rasked tagajärjed.⁸⁸ Eelkõige tuleb nimetatud pluss esile *GS Media* lahendi asjaoludel, kuna *Svenssoni* lahendi asjaoludel ei olnud tegemist uue üldsusega ning heas usus tegutsemise küsimus otseselt ei tekkinudki. *Pirate Bay* ja *Filmspeleri* lahendites kasutas kohus *GS Media* lahendiga sarnast loogikat ning leidis, et vastavalt *peer-to-peer* failijagamise veebisait ning meediamängijate müük võimaldas kaasuste konkreetsetel asjaoludel juurdepääsu uuele üldsusele, kuna teenusepakkujad olid teadlikud, et nad annavad juurdepääsu teostele, mis on avaldatud ilma õiguste omajate loata.⁸⁹ Sellega kinnitas kohus, et *GS Media* lahendis

⁸⁴ EKo C-160/15, *GS Media*, p-d 46-51.

⁸⁵ EKo C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen versus Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:279, kohtujurist M.C. Sanches-Bordana ettepanek, p 74.

⁸⁶ EKo C-160/15, *GS Media*, p 51.

⁸⁷ Vt nt Lucas-Schoetter, A. Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (Recitals 38, 39, Article 13). – The European Authors' Societies, 2017, p 9. <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schoetter-analysis-copyright-directive-en.pdf> (01.04.2020); Leistner, M. Closing the Book on Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU's Caselaw and Proposal for European Legislative Reform. – EIPR, 2017, vol 39, No 6, pp 327-333. <https://doi.org/10.9785/cr-2017-1214> (01.04.2020); Hugenholtz, P. B., van Velze, S. Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'. <https://ssrn.com/abstract=2811777> (01.04.2020).

⁸⁸ Ginsburg, J. C. The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmspeler* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017). – *Auters & Media*, 2017, Vol. 2017, p. 7; *Columbia Law & Economics* No. 572; *Columbia Public Law & Legal Theory Paper* No. 14-557, 2017, p 2. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2053 (01.04.2020).

⁸⁹ EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 45; EKo C-527/15, *Stichting Brein* („*Filmspeler*“), p 50.

kasutatud mentaalne element on kohaldatav laiemalt kui ainult hüperlinkimise puhul.⁹⁰ Kohus laiendas *Pirate Bay* lahendis vahendaja vastutuse kaugemale tegelikust teadmisest ja isegi teadma pidamisest („ei saanud olla teadmata“).⁹¹ Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et ilmselt kehtib kasumi saamise eesmärgil tegutsevate platvormide puhul viimati nimetatud lahendi põhjal teadmise eeldus.⁹² See tähendab, et eelduslikult sellised teenuseosutajad on või peavad olema teadlikud nende veebisaidil olevate failide õigusvastasusest, kuna nende põhjal võib eeldada vajaliku kontrolli teostamist. Selline järeldus oleks juba väga lähedane DSM direktiivi artiklist 17 tuleneva regulatsiooniga, kusjuures veebisisu jagamise teenuse osutaja tegutseb juba definitsioonist tulenevalt alati kasumi saamise eesmärgil.

Ülaltoodud käsitus näitab, et Euroopa Kohtu praktika on olnud arenev. Käesoleva töö seisukohast tasub erilist tähelepanu pöörata *Pirate Bay* lahendile, kuna erialakirjanduses on leitud, et see võib omada veebisisu jagamise teenuse osutajate kohustuste tõlgendamisele olulist mõju.⁹³ Selles lahendis vastutasid operaator ja kasutajad mõlemad sama üldsusele edastamise toiminguga eest.⁹⁴ Erialakirjanduses on leitud, et Euroopa Kohus on lahendiga laiendanud vahendaja otsese vastutuse kohaldamisala.⁹⁵ Euroopa Kohtu menetluses on kaks olulist Youtube'i puudutavat kohtuasja: *LF vs. Google*⁹⁶ ja *Puls 4 TV vs. YouTube*,⁹⁷ mille lahendus võib pakkuda täiendavaid kriteeriume üldsusele edastamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise mõistete sisustamisel.

Üheselt ei ole selge, kas ülal kirjeldatud kriteeriumid on viimseni kohaldatavad ka „üldsusele edastamise“ ja „üldsusele kättesaadavaks tegemise“ mõistetele DSM direktiivi tähenduses. Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et DSM direktiivi tähenduses on tegemist autonoomsete mõistetega, mille sisu on sätestatud DSM direktiivis endas ning mis ei pruugi langeda kokku sellega, kuidas Euroopa Kohus on mõisteid seni defineerinud.⁹⁸ Direktiivis pole üldsusele edastamist ega üldsusele juurdepääsu andmist defineeritud, kuid põhjenduspunkti 62 on järeldatav, et selle all on mõeldud kasutajatele failide jms üleslaadimise ja jagamise

⁹⁰ Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 153; Ginsburg, J. C., p 7.

⁹¹ EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo*, p 45.

⁹² Rosati, E. The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms. – European Intellectual Property Review, Forthcoming, p 11. <https://ssrn.com/abstract=3006591> (01.04.2020).

⁹³ Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 153.

⁹⁴ Lucas-Schoetter, p 7.

⁹⁵ Leistner, M. Is the CJEU Outperforming the Commission?, p 5. <https://ssrn.com/abstract=3077615> (01.04.2020).

⁹⁶ EKo C-682/18, *LF versus Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, eelotsusetaotlus.

⁹⁷ EKo C-500/19, *Puls 4 TV GmbH & Co. KG versus YouTube LLC, Google Austria GmbH*, eelotsusetaotlus.

⁹⁸ Nt Colangelo, G., Maggolino, M. ISPs' copyright liability in the EU digital single market strategy. – International Journal of Law & Information Technology, 2018, 26(2), pp 142–159, p 150-152; Husovec, M., Quintais, J.P., p 3.

võimaldamist ehk pelgalt veebiplatvormi pakkumist.⁹⁹ Sellest järeldub, et vajalik on nii üldsusele suunamise toiming kui ka kaitstud sisu suunamine üldsusele. Üldsuse mõistet pole DSM direktiivis käsitletud. Seetõttu on erialakirjanduses leitud, et kohtupraktikas infoühiskonna direktiivi artikli 3 tõlgendamisel kujundatud põhimõtted kohalduvad ka veebisisu jagamise teenuse osutaja regulatsioonile. Kui seejuures on kasutaja saanud õiguste omajalt üleslaadimiseks loa, ei ole veebisisu jagamise teenuse osutaja edastamine suunatud uuele üldsusele.¹⁰⁰

Edastamise toiminguga mõiste DSM direktiivis on küsitavam. Mõeldavad on kaks erinevat lähenemist, millel mõlemal on tugevaid plusse. Erisus seisneb selles, kas artikkel 17 lõiget 4 käsitleda ainult vastutust reguleeriva normina või ka üldsusele edastamise või kättesaadavaks tegemise mõistet täpsustava normina. Käesoleva töö autorile teada olevas erialakirjanduses ei ole sellist küsimust siiani otseselt püstitatudki.

Käesoleva töö autori hinnangul tuleks lähtuda esimesest alternatiivist ja tõlgendada artikkel 17 lõiget 4 vaid vastutust piirava normina, mis ei mõjuta „üldsusele edastamise“ ega „üldsusele kättesaadavaks tegemise“ mõiste sisu. Autori hinnangul on selline tõlgendus paremini kooskõlas artikkel 17 lõike 1 ja põhjenduspunkti 62 sõnastusega ning artikli 17 struktuuriga. Selline lähenemine on paremini kooskõlas ka võlaõigusseaduse (VÕS)¹⁰¹ üldise loogikaga, mis seisneb lepinguväliste võlasuhete puhul rikkumise, teo õigusvastasuse ja süü tasandite selges eristumises. Riigikohus on juba kohaldanud infoühiskonna direktiivi artiklist 3 ja Euroopa Kohtu praktikast tulenevat üldsusele kättesaadavaks tegemise õigust VÕS üldisest loogikast lähtuvalt. Riigikohus tuvastas objektiivse rikkumise üldsusele kättesaadavaks tegemise toiminguga ja uue üldsuse tuvastamise näol ning sedastas, et juriidilisest isikust rikkumise toimepanija vabaneb vastutusest, kui ta tõendab kas VÕS § 1045 lg-s 2 sätestatud õigusvastasust välistavate asjaolude esinemist või VÕS § 1050 lg 1 kohaselt käibekohustuse (välise hoolsuse) järgimist.¹⁰² Artikkel 17 lõige 1 peaks seega reguleerima üldsusele edastamist või kättesaadavaks tegemist ning lõige 4 vastutust juhuks, kui viimane on teostatud lubamatult ehk, kui on toimunud õiguste omaja ainuõiguse rikkumine. Eelduslikult veebisisu jagamise teenuse osutaja vastutab rikkumise eest. See tuleneb selgelt nii artikkel 17 lõikest 4 kui ka

⁹⁹ Husovec, M. How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement. – Synodinou, T.E. (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (Kluwer law, Forthcoming); TILEC Discussion Paper No. 2019-16. <https://ssrn.com/abstract=3372230> (31.03.2020); Grisse, K., p 889.

¹⁰⁰ Grisse, K., p 890.

¹⁰¹ Võlaõigusseadus. – RT I, 08.01.2020, 10.

¹⁰² RKTkm 2-14-56641, p-d 16-18.5.

põhjenduspunktist 66. Vastutusest vabanemiseks tuleb tõendada lõikes 4 sätestatud asjaolusid, mida on põhjalikult käsitletud käesoleva töö teises peatükis. Kui veebisisu jagamise teenuse osutajal õnnestub kõiki neid asjaolusid tõendada, vabaneb ta süü tasandil (VÕS § 1050 lg 1) vastutusest.

Alternatiivide eristamine omab siiski tehnilist, mitte aga märkimisväärset sisulist tähendust, kuna veebisisu jagamise teenuse osutaja vastutus leitakse mõlema lähenemise korral samade kriteeriumite alusel. Erialakirjanduses on küll avaldatud arvamust, et veebisisu jagamise teenuse osutaja teadmine kasutajate poolt üles laaditava sisu õigusvastasusest pole tema vastutuse puhul enam oluline,¹⁰³ kuid käesoleva töö autor seda seisukohta ei jaga. Teadmise faktor mängib DSM direktiivis endiselt olulist rolli ning autori arvates tuleneb see üpris selgelt nii artiklist 17 endast kui ka põhjenduspunktist 66. Veebisisu jagamise teenuse osutajad ei vastuta juhul, kui õiguste omajad pole andnud neile „asjakohast ja vajalikku“ teavet oma teoste ja muu materjali kohta või kui õiguste omajad ei ole esitanud teadet loata teoste või muu materjali kättesaamatuks muutmiseks või nende eemaldamiseks. Direktiivi korrektseks ülevõtmiseks on järelikult vajalik, et veebisisu jagamise teenuse osutaja käibekohustuse järgimise hindamisel oleks oluliseks kriteeriumiks see, kas kasutajate poolt toime pandud rikkumine oli või pidi olema talle teada. Selliselt on Riigikohus sisustanud käibekohustust ka infoühiskonna direktiivist ja Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt.¹⁰⁴

Selleks, et veebisisu jagamise teenuse osutaja tegevus oleks käsitatav üldsusele edastamise või üldsusele kättesaadavaks tegemisenä, peab see toimuma kasumi saamise eesmärgil. See tuleneb veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsioonist. DSM direktiivi regulatsioon puudutab ainult selliseid teenuse osutajaid, mille peamine või üks peamistest eesmärkidest on talletada ja teha üldsusele juurdepääsetavaks suur hulk teenuse kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teoseid või muud kaitstud materjali, mida teenuse osutaja kasumi saamise eesmärgil korrastab ja reklaamib.

Eelneva põhjal tuleks mõisteid „üldsusele edastamine“ ja „üldsusele kättesaadavaks tegemine“ DSM direktiivi tähenduses sisustada mõnevõrra erinevalt infoühiskonna direktiivi alusel kujundatud kohtupraktikast. Mõlemal juhul on vajalikud nii üldsusele suunamise toiming kui ka kaitstud sisu suunatus üldsusele, millega autor ei arvestanud oma teose esialgset üldsusele

¹⁰³ Montagnani, M.L. A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy, 2019, p 4. <https://ssrn.com/abstract=3398160> (01.04.2020).

¹⁰⁴ Nt RKTkm 2-14-56641, p 18.3.

suunamist lubades. Veebisisu jagamise teenuse osutaja teeb üldsusele kättesaadavaks tegemise toiminguga, kui ta võimaldab kaitstud sisu üleslaadimist ja jagamist oma platvormil. Veebisisu jagamise teenuse osutaja teadlikkus kasutajate poolt toime pandud üleslaadimise õigusvastasusest ei mõjuta seda, kas tema tegevus kvalifitseerub üldsusele kättesaadavaks tegemiseks või mitte. Veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsioonist tulenevalt peab edastamise toiming toimuma kasumi saamise eesmärgil.

1.2. Loa omadused ja õiguslik tähendus

1.2.1. Loa andmiseks õigustatud isik

Kui internetiplatvormi teenuse osutaja kvalifitseerub veebisisu jagamise teenuse osutajaks, peab ta kaitstud sisule üldsusele juurdepääsu võimaldamiseks hankima õiguste omajatelt loa. Varem selline kohustus veebisisu jagamise teenuse osutajatel puudus. Artikkel 17 ongi suunatud eelkõige loa hankimise kohustuse laiendamisele veebisisu jagamise teenuse osutajatele¹⁰⁵ ja selle kaudu väärtuslõhe vähendamisele.¹⁰⁶

Loa andmiseks õigustatud isik on artikli 17 kohaselt õiguste omaja. DSM direktiiv ei defineeri õiguste omajat. Direktiivi 2014/26/EL (CRM direktiiv)¹⁰⁷ artikkel 3 punkti c kohaselt on tegemist isiku või üksusega, kes ei ole kollektiivse esindamise organisatsioon, kes omab autoriõigust või sellega kaasnevat õigust või kellel on õiguste kasutamise lepingu või seaduse alusel õigus osale tulust. Täpsemalt selguvad loa andmiseks õigustatud isikud infoühiskonna direktiivi artikkel 3 lõigetest 1 ja 2. Need on autorid oma teose osas, esitajad nende esituste salvestuste osas, fonogrammitootjad nende fonogrammide osas, filmide esmasalvestuste tootjad nende filmide originaali ja koopiate osas ning ringhäälinguorganisatsioonid nende kaabel- või kaablita sidevahendite, sh kaabli või satelliidi kaudu edastatavate saadete salvestuste osas. DSM direktiivi artikli 15 kaudu lisanduvad nimistusse ka ajakirjandusväljaannete kirjastajad.

¹⁰⁵ Quintais, J.P. jt. Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics, 2019, p 1. <https://ssrn.com/abstract=3484968> (31.03.2020).

¹⁰⁶ Bridy, A., p 104.

¹⁰⁷ 26. veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/26/EL autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste kollektiivse teostamise ning muusikateose internetis kasutamise õiguse multiterritoriaalse litsentsimise kohta siseturul. – ELT L 84, lk 72-98.

Lisaks nendele tuleb loa andmiseks õigustatuks lugeda kollektiivse esindamise organisatsioone.¹⁰⁸ See tuleneb näiteks CRM direktiivi artikkel 5 lõigust 2, mis sätestab, et liikmesriigid peavad tagama õiguste omajatele õiguse volitada enda valitud kollektiivse esindamise organisatsiooni, et see teostaks õigusi, õiguste kategooriaid või haldaks eri liiki teoseid ja muud nende valitud materjali nende valitud territooriumil. Järeldus tuleneb ka põhjenduspunktidest 44-50. Nendest tuleneb, et liikmesriigid peaksid saama tugineda lahendustele, mis võimaldavad kollektiivse esindamise organisatsioonidel pakkuda litsentse, mis hõlmavad teatavate kasutusviiside puhul potentsiaalselt suurt hulka teoseid või muud materjali, ning jagada neist litsentsidest saadud tulu õiguste omajatele. Tingituna mõne kasutusviisi laadist on iga üksiku õiguste omaja õiguste omandamise ja tasu maksmise tehingukulud ülemäära kõrged. Seetõttu on ilma tõhusa kollektiivse litsentsimise korrata ebatõenäoline, et tehtaks kõik tehingud, mis on kõnealustes valdkondades asjaomaste teoste või muu materjali kasutamise võimaldamiseks vajalikud. Järeldus on tuletatav ka DSM direktiivi teisest peatükist „Kollektiivlitsentside andmist lihtsustavad meetmed“, kus artikkel 12 kajastab võimalust, et vastavalt õiguste omajatelt saadud volitustele teoste või muu materjali kasutamiseks sõlmib litsentsilepingu kollektiivse esindamise organisatsioon.

Loa andmiseks on ülaltoodu põhjal õigustatud autorid, esitajad, fonogrammitootjad, filmide esmasalvestuste tootjad, ringhäälinguorganisatsioonid, ajakirjandusväljaannete kirjastajad ning kollektiivse esindamise organisatsioonid.

1.2.2. Loa andmise viisid

Artikkel 17 lõige 1 teise lõigu kohaselt peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad autoriõigustega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile juurdepääsu andmiseks saama õiguste omajatelt infoühiskonna direktiivi artikli 3 lõigetes 1 ja 2 osutatud loa, näiteks litsentsilepingu sõlmimisega. Artikkel nimetab otseselt küll vaid ühte loa saamise viisi – litsentsi (mõeldud on otsest litsentsi õiguste omajalt) hankimist, – kuid selle sõnastusest lähtuvalt on võimalikud ka muud loa saamise viisid.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Kollektiivse esindamise organisatsioon on CRM direktiivi artikkel 3 punkti a kohaselt organisatsioon, mis on seadusest, määramisest, litsentsist või muust lepingulisest kokkuleppes tulenevalt volitatud teostama autoriõigust või autoriõigusega kaasnevaid õigusi rohkem kui ühe õiguste omaja nimel õiguste omajate kollektiivse kasu huvides, kusjuures see on organisatsiooni ainus või peamine eesmärk ning organisatsioon on oma liikmete omandis või kontrolli all ja/või organisatsioon on korraldatud mittetulunduslikel alustel.

¹⁰⁹ Quintais, J.P. jt, p 1; Husovec, M., Quintais, J.P., p 18.

Erialakirjanduses on toodud välja, et loa saamiseks on võimalikud eelkõige järgmised viisid: 1) otsene litsents õiguste omajalt, 2) kollektiivse litsentsimise mehhanismid (sh vabatahtlik, laiendatud ja kohustuslik kollektiivne litsents) ja 3) seadusest tulenev õigustus.¹¹⁰ Käesolevas peatükis on vaatluse all neist kaks esimest. Viimane tähendab eelkõige erandeid ja piiranguid, mida on käsitletud käesoleva töö teises osas.

Husovec ja Quintais on toonud esile, et loa hankimise võimalused sõltuvad artikli 17 olemusest. Artikkel 17 lõigus 1 sätestatud üldsusele edastamine ja üldsusele kättesaadavaks tegemine on tema käsitluses käsitatav kui: a) väljavõtte olemasolevast rahvusvahelisest õigusest (WCT¹¹¹, WPPT¹¹²); b) rahvusvahelistest standarditest (WCT art 8 ja WPPT art-d 10 ja 14) kaugemale ulatuva EL õiguse¹¹³ osa, kusjuures oluline erinevus on, kas DSM direktiivi artikkel 17 on infoühiskonna direktiivi artikkel 3 suhtes *lex specialis* (b1) või mitte (b2); või c) uus *sui generis* õigus, mis ulatub kaugemale nii infoühiskonna direktiivi artiklist 3 kui ka rahvusvahelise õiguse miinimumstandardist. Variant a) puhul on DSM direktiivis reguleeritud üldsusele edastamise ja kättesaadavaks tegemise õigus sama, mis on sätestatud WCT-s ja WPPT-s ning seetõttu tuleks artikli 17 sisustamisel lähtuda WCT ja WPPT vastavatest artiklitest. Variant b) puhul ei ole DSM direktiivi üldsusele edastamise ja kättesaadavaks tegemise õigus enam sama, mis vastavad õigused rahvusvahelistes lepingutes, kuid tegemist on EL-s seni kehtinud õigusega, mistõttu tuleks artikli 17 sisustamisel lähtuda EL õiguse vastavatest sätetest. See alternatiiv põhineb arusaamal, et EL õigus on läbi EK tõlgenduste arenenud rahvusvahelisest õigusest kaugemale.¹¹⁴ Sel juhul WCT ja WPPT regulatsioon ei kohaldu, kuid kohalduvad infoühiskonna ja e-kauabanduse direktiivide sätted. Kui tegemist on viimaste suhtes *lex specialis* õigusega (variant b1) või uue *sui generis* õigusega (variant c), ei mõjuta artikli 17 sisustamist varasemad rahvusvahelise ega EL õiguse vastavad sätted. Liikmesriikide diskretsiooniruum on viimasel juhul seega kõige suurem.¹¹⁵

¹¹⁰ Husovec, M., Quintais, J.P., p 4; Quintais, J.P. jt, p 1.

¹¹¹ WIPO autoriõiguse lepingu (WIPO Copyright Treaty) (WCT) (1996) art-s 8 on üldsusele edastamise definitsioon ning art-s 10 on sätestatud kindlate tingimuste täidetisel erandite ja piirangute tegemise võimalus.

¹¹² WIPO esituse ja fonogrammide lepingu (WIPO Performances and Phonograms Treaty) art 2 p-s c on üldsusele edastamise definitsioon, art-s 10 on sätestatud esitajate üldsusele kättesaadavaks tegemise ainuõigus, art-s 14 fonogrammitootjate üldsusele kättesaadavaks tegemise ainuõigus ning art-s 16 on sätestatud kindlate tingimuste täidetisel erandite ja piirangute tegemise võimalus.

¹¹³ Infoühiskonna direktiivi art 3 lg 1 sätestab autorite ainuõiguse teoseid üldsusele edastada ja kättesaadavaks teha.

¹¹⁴ Järeldust ei välista asjaolu, et infoühiskonna direktiivi eesmärgiks on selle põhjenduspunkti 15 kohaselt WIPO lepingute täitmine, ning, et WIPO autoriõiguse lepingu artikli 1 lõike 4 alusel peab liit järgima ka Berni konventsiooni.

¹¹⁵ Husovec, M., Quintais, J.P., p 5-9.

Husoveci ja Quintaisi nägemuses on artikkel 17 näol tegemist uue *sui generis* õigusega.¹¹⁶ Sel juhul oleks õiguste omajad saanud uue õiguse, mida neil varem ei olnud. Käesoleva töö autori hinnangul ei ole tegemist uue õigusega. Euroopa Parlament on üheselt selgitanud, et DSM direktiiv ei loo uusi õigusi.¹¹⁷ Artikkel 17 on siiski *lex specialis* e-kaubanduse direktiivi ning infoühiskonna direktiivi artikkel 3 suhtes. Sama seisukohta on avaldatud erialakirjanduses ka varem.¹¹⁸ Järeldus tuleneb eelkõige sellest, et artikkel 17 lõige 1 sätestab, et kui veebisisu jagamise teenuse osutaja annab üldsusele juurdepääsu tema kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile, tähendab see nende üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist DSM direktiivi enda tähenduses. Põhjenduspunkti 64 kohaselt ei mõjuta selline määratlus üldsusele edastamise või üldsusele kättesaadavaks tegemise mõistet ega mõjuta direktiivi 2001/29/EÜ artikli 3 lõigete 1 ja 2 võimalikku kohaldamist teiste teenuseosutajate suhtes, kes kasutavad autoriõigusega kaitstud sisu.

Ainsaks artiklis 17 otseselt nimetatud loa andmise viisiks on litsentsilepingu sõlmimine otse õiguste omajaga. Samal ajal pole seda direktiivis otseselt reguleeritud. Veebisisu jagamise teenuse osutaja luba võib tuleneda mitte ainult tema enda sõlmitud lepingust, vaid ka kasutaja ja õiguste omaja vahelisest litsentsilepingust. Põhjenduspunktist 69 tuleneb, et kui õiguste omajad on andnud veebisisu jagamise teenuse raames kasutajatele sõnaselge loa teoseid või muud materjali üles laadida ja kättesaadavaks teha, võib teenuse osutaja edastada neid üldsusele õiguste omajate antud loa ulatuses.

Kollektiivlitsentse annavad kollektiivse esindamise organisatsioonid, mis DSM direktiivi artikkel 12 kohaselt peavad järgima CRM direktiivi regulatsiooni. Kollektiivlitsentsid võimaldavad otseste litsentsidega võrreldes vähendada tehingukulusid ning omavad muidki eeliseid.¹¹⁹ DSM direktiiv vabatahtlikke kollektiivlitsentse¹²⁰ otseselt ei reguleeri, mistõttu ei ole mõjutatud ka varasemate direktiivide asjaomased sätted. Viimaseid esineb eelkõige CRM

¹¹⁶ Husovec, M., Quintais, J.P., p 10-11.

¹¹⁷ Vt Euroopa Parlamendi pressiruumist: Questions and Answers on issues about the digital copyright directive. Kättesaadav: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>.

¹¹⁸ Nt Grisse, K., p 890-891; Quintais, J.P., p 17-18.

¹¹⁹ Vt nt: Jütte, B. J. Reconstructing European copyright law for the digital single market: between old paradigms and digital challenges. – Nomos Verlag, 2017, Vol. 10. p 441. <https://pdfs.semanticscholar.org/8fb5/b35bfaf2f2ee928c349e4b277121d005ecf5.pdf> (01.04.2020).

¹²⁰ Vabatahtliku kollektiivlitsentsi puhul annavad kollektiivse esindamise organisatsioonid litsentse oma liikmete ning selleks volituse andnud isikute eest.

direktiivis, aga ka kunstiteose edasimüügi õiguse direktiivis¹²¹ ning rentimis- ja laenutusõiguse direktiivis.¹²² Viide kollektiivsetele litsentsidele on ka infoühiskonna direktiivi põhjenduspunktis 17.

Kaudselt võib artikkel 17 omada olemasolevatele kollektiivsetele litsentsidele siiski tuntavat praktilist mõju. Husovec ja Quintais on tõstatanud küsimuse, kas kollektiivse esindamise organisatsioonidel on juba olemas õigustus artiklist 17 tuleneva õiguse puhuks lepinguid sõlmida. CRM direktiivi artikkel 5 lõige 7 sätestab, et kui õiguste omaja annab kollektiivse esindamise organisatsioonile volituse oma õiguste teostamiseks, annab ta sõnaselge nõusoleku eraldi iga õiguse või õiguste kategooria, eri liiki teose ja muu materjali kohta, mille teostamiseks või haldamiseks ta kollektiivse esindamise organisatsioonile volituse annab. Kui artikkel 17 oleks käsitatav osana infoühiskonna direktiivist tulenevast üldsusele edastamise ja kättesaadavaks tegemise õigusest, kehtiks varem kollektiivse esindamise organisatsioonile antud nõusolek ka artiklist 17 tuleneva õiguse teostamiseks. Kuna tegemist on aga tõenäoliselt kas uue *sui generis* õigusega või vähemalt *lex specialisena* nii infoühiskonna direktiivi kui ka e-kaubanduse direktiivi suhtes, siis selline volitus kollektiivse esindamise organisatsioonidel Husoveci ja Quintaisi arvates pigem puudub.¹²³ Autori hinnangul oleks see järeldus korrektne, kui tegemist oleks uue ainuõigusega. *Lex specialis* õiguse puhul on järeldus aga küsitav ja autor siin Husoveci ja Quintaisiga ei nõustu. Kui artikkel 17 näeks uue esindamise volituse vajaduse selgelt ette, siis selline vajadus loomulikult tekiks juba ainuüksi *lex specialis derogat legi generali* põhimõtte analoogiast tulenevalt. Kui seadusandja tahtnuks, et kollektiivse esindamise organisatsioonid peavad õiguste omajatelt nende õiguste teostamiseks uue volituse hankima, saanuks nad sellise vajaduse sätestada. Artiklist 17 sellist vajadust aga ei tulene. Seetõttu ei näe autor vajadust uute volituste järele. Kollektiivse esindamise organisatsioonidel, millel on õigus teostada õiguste omajate õigust üldsusele kättesaadavaks tegemiseks, on õigus teostada ka DSM direktiivi artiklis 17 sätestatud õigust, st sõlmida litsentsilepinguid veebisisu jagamise teenuse osutajatega.

Laiendatud kollektiivlitsentside võimalus on sätestatud DSM direktiivi teises peatükis. Tegemist on esimese üldise laiendatud kollektiivse litsentseerimise sättega EL õiguses.¹²⁴

¹²¹ 27. septembri 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2001/84/EÜ algupärase kunstiteose autori õiguse kohta saada hüvitist edasimüügi korral. – EÜT L 272, lk 32-36, art 6 lg 2.

¹²² 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/115/EÜ rentimis- ja laenutusõiguse ja teatavate autoriõigusega kaasnevate õiguste kohta intellektuaalomandi vallas. – ELT L 376, lk 28-35, art 5 lg-d 3-4.

¹²³ Husovec, M., Quintais, J.P., p 17-18.

¹²⁴ Quintais, J.P., p 13.

Mehhanismi on käsitatud kui võimalikku viisi artiklis 17 sätestatud loa saamiseks.¹²⁵ Laiendatud kollektiivne litsentseerimine on kasutaja ja kollektiivse esindamise organisatsiooni vahel vabatahtlikult sõlmitud litsentsi kokkulepe, mis hiljem laieneb seadusest tulenevalt ka kollektiivse esindamise organisatsiooni liikmeks mitteolevate autorite (nn *outsiderite*) töödele.¹²⁶ Erialakirjanduses on toodud esile laiendatud kollektiivse litsentsimise tavapäraseid tunnused: a) litsentsi andmine kollektiivse esindamise organisatsioonide kaudu, b) kohaldamine selgelt määratletud kasutusalaadel, c) kasutamine juhul, kui individuaalne litsentsimine on koormav või ebapraktiline, d) litsentsi andmine viisil, mis tagab õiguste omajate õiguslike huvide kaitse.¹²⁷ Nimetatutest viimase puhul on esile toodud *opt-out* võimalust (õiguste omajad saavad välistada oma teosed laiendatud kollektiivse esindamise korrast ja neid sel juhul individuaalselt teostada), võrdset kohtlemist kollektiivse esindamise organisatsiooni liikmete ja mitteliikmete vahel ning tasu saamise võimalust.¹²⁸ Nimetatud tunnustele vastab ka DSM direktiivi artikli 12 regulatsioon.

Artikkel 12 lõige 1 sätestab, et kui kollektiivse esindamise organisatsioon sõlmib vastavalt õiguste omajatelt saadud volitustele teoste või muu materjali kasutamiseks litsentsilepingu: a) võib litsentsilepingut laiendada ja kohaldada ka selliste õiguste omajate õiguste suhtes, kes ei ole volitanud kollektiivse esindamise organisatsiooni ennast esindama; või b) on organisatsioonil litsentsilepingu korral seaduslik õigus esindada neid õiguste omajaid, kes ei ole teda selleks volitanud, või temalt eeldatakse nende esindamist. Põhjenduspunktist 46 tuleneb, et liikmesriikidel peaks olema võimalik valida konkreetne kord, mis võimaldab teoste või muu materjali litsentse laiendada selliste õiguste omajate õigustele, kes ei ole litsentsilepingu sõlminud organisatsiooni volitanud.

Artikkel 12 teine lõige täpsustab, et sellist litsentsimiskorda kohaldatakse a) üksnes selgelt määratletud kasutusalaadel, kus b) igalt üksikult õiguste omajalt volituste saamine on tavaliselt nii koormav ja ebapraktiline, et muudab vajaliku litsentsimistehingu asjaomaste teoste või muu materjali olemuse või liikide tõttu ebatõenäoliseks, ning c) viisil, mis kaitseb õiguste omajate õigustatud huve. Lõikest 3 tulenevad mitmed *outsiderite* õigusi tagavad sätted. Punkt a sätestatab piisava esindatuse kriteeriumi: kollektiivse esindamise organisatsioon peab esindama

¹²⁵ Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 162.

¹²⁶ Strowel, A. The European extended collective licensing model. – Colum. JL & Arts, 2010, 34, pp 665-669, p 666.

¹²⁷ Ibid., vt ka DSM direktiivi põhjenduspunktid 45-47 .

¹²⁸ Axhamn, J., Guibault, L. Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage. – Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-22, p 4. <https://ssrn.com/abstract=2001347> (01.04.2020).

oma volituste alusel piisavalt paljusid asjaomast liiki teoste või muu materjali suhtes õiguste omajaid. Punktist b tuleneb kõikide õiguste omajate võrdse kohtlemise nõue. Punkt c sätestab *opt-out* klausli, mille kohaselt *outsiderid* võivad oma teosed või muu materjali igal ajal välistada laiendatud litsentsimise korrast. Punktist d tuleneb kollektiivse esindamise organisatsioonile õiguste omajate informeerimise kohustus. Artikkel 12 ei reguleeri õiguste omajate tasustamise küsimust, kuid kohaldatav peaks olema artikkel 18, mis näeb ette õiglase ja proportsionaalse tasu.

Laiendatud kollektiivse litsentsimise võimaluse kehtestamine on on artikkel 12 lõikest 1 tulenevalt liikmesriikidele vabatahtlik ning peab olema piiratud liikmesriigi enda territooriumiga. Viimast on erialakirjanduses peetud ühe mehhanismi peamiseks puuduseks. Teise probleemina on esile tõstetud selle tingimuste rangust, mistõttu on neid praktikas raske täita. Eelkõige on raskesti täidetav kollektiivse esindamise organisatsiooni piisava esindatuse kriteerium. Kolmandaks ei ole mitmetes liikmesriikides laiendatud kollektiivse litsentsimise mehhanismi veel sätestatud, mistõttu on selle rakendamine aeganõudev.¹²⁹

Erialakirjanduses on täpsustatud, et laiendatud kollektiivset litsentsimist ei peaks käsitama autoriõiguse erandi või piiranguna,¹³⁰ kuigi osad autorid on jõudnud ka teistsugusele järeldusele.¹³¹ Lõikest 4 tuleneb, et laiendatud kollektiivsete litsentside regulatsioon ei mõjuta erandeid ja piiranguid võimaldavate õigusnormide kohaldamist. Sama sätte kohaselt ei mõjuta DSM direktiivi laiendatud kollektiivse litsentsimise sätted seda, kuidas kohaldatakse laiendatud kollektiivlitsentside väljastamise korda kooskõlas muude liidu õigusnormidega, sealhulgas erandeid ja piiranguid võimaldavate õigusnormidega. Seega ei too artikkel 12 kaasa täiendavaid kriteeriume seniste õigusnormide asjaomastele sätetele.¹³² Viimaste täpsem sisustamine jääb väljapoole käesoleva töö piire.¹³³

Kohustusliku kollektiivse litsentsimise kasutamise võimalikkus artiklis 17 sätestatud õiguste teostamiseks on küsitav. Kohustuslik kollektiivne litsentsimine tähistab olukorda, kus õiguste

¹²⁹ Quintais, J.P., p 13; Husovec, M., Quintais, J.P., p 21; Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 162.

¹³⁰ Axhamn, J. Exceptions, limitations and collective management of rights as vehicles for access to information. – Access To Information And Knowledge: 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance, pp. 164–186, p 173. <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-107485> (01.04.2020); Quintais, J.P, p 13.; Husovec, M., Quintais, J.P, p 21.

¹³¹ Strowel, A., p 666.

¹³² Quintais, J.P., p 13.

¹³³ Kollektiivsete litsentside õiguslikust regulatsioonist Eestis vt lähemalt nt: Vasamäe, E. Autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste jätkusuutlik kollektiivne teostamine. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2014.

omaja saab oma õigusi teostada ainult kollektiivse esindamise organisatsiooni kaudu. Viimane tegutseb esimese nimel ja huvides.¹³⁴ DSM direktiivis sellist nõuet ette ei ole nähtud.

Põhjenduspunkti 46 kohaselt ei mõjuta DSM direktiivi kollektiivset litsentsimist käsitlevad sätted liikmesriikide õigust kohaldada kohustuslikku õiguste kollektiivse teostamise korda või mõnda muud laiendatud ulatusega kollektiivse litsentsimise korda. Sama ideed omab artikkel 12 lõige 4, mille kohaselt ei kohaldata laiendatud kollektiivlitsentse õiguste kohustusliku kollektiivse teostamise suhtes. Liikmesriigi võimalust näha artiklis 17 sätestatud õiguse teostamise viisina ette õiguse kohustuslikku kollektiivset teostamist mõjutab märgilist rolli omav *Soulieri* lahend. Kohus leidis, et autori nõusolek tema ainuõiguse kasutamiseks kolmanda isiku poolt võib olla antud kaudselt,¹³⁵ kuid autorite kõrgetasemelise kaitse eesmärgi täitmiseks peavad tingimused, mille korral võib lähtuda vaikimisi nõusolekust, olema seaduses rangelt määratletud, et ei kahjustataks autori eelneva nõusoleku põhimõtte ulatust.¹³⁶ Autoritele teoste reprodutseerimiseks ja üldsusele edastamiseks ainuõiguse andmisega sätestatud kaitset tuleb pidada laiaulatuslikuks, kusjuures see hõlmab nii õiguste omamist kui ka nende kasutamist.¹³⁷ Autorit tuleb teavitada tema teose tulevasesest kasutamisest kolmanda isiku poolt ja sellest, mil viisil ta saab seda soovi korral takistada.¹³⁸ Vastasel juhul jääb autori vaikimisi nõusoleku olemasolu puhtalt oletuslikuks.¹³⁹ Kohustuste kollektiivne litsentsimine ei ole *Soulieri* lahendi alusel EL õigusega kooskõlas.¹⁴⁰ Husovec ja Quintais on aga leidnud, et kui DSM direktiivi artikkel 17 toob kaasa aga *lex specialis* või uue *sui generis* õiguse, on tulemus vastupidine.¹⁴¹ Kuna käesolevas töös on lähtutud eeldusest, et tegemist ei ole küll uue ainuõigusega, kuid siiski *lex specialis*ega, ei ole kohustuslik kollektiivne litsentsimine kohtupraktikaga otseselt vastuolus. Siiski puudub põhjus arvata, et *Soulieri* lahendis toodud põhimõtted DSM direktiivi kontekstis ei kehti. Euroopa Komisjoni korraldatavatel sidusgruppide dialoogidel avaldati mitmel korral arvamust, et artiklit 17 tuleks tõlgendada viisil, mis võimaldab autoril endal otsustada, kas ta soovib sõlmida litsentsilepingu otse või kolmanda osapoole nagu näiteks kollektiivse esindamise organisatsiooni kaudu. Seetõttu on käesoleva töö autor arvamusel, et kohustuslik kollektiivne litsentsimine ei ole DSM direktiivi artiklis 17 sätestatud õiguste puhul võimalik.

¹³⁴ Axhamn, J., p 173.

¹³⁵ EKo C-301/15, *Soulier*, p 35.

¹³⁶ *Ibidem*, p 37.

¹³⁷ *Ibidem*, p-d 29-31.

¹³⁸ *Ibidem*, p 38.

¹³⁹ *Ibidem*, p 39.

¹⁴⁰ Vt nt: Spindler, G., p 367.

¹⁴¹ Husovec, M., Quintais, J.P., p 22.

Õiguste omajad saavad soovi korral loa andmisest keelduda. Põhjenduspunkt 61 ütleb selgelt, et direktiivist tulenevad nõuded ei tohiks mõjutada lepingulist vabadust, mistõttu ei tohiks õiguste omajaid kohustada luba andma või litsentsilepinguid sõlmima. Lepingu sõlmimise vabadust on korduvalt rõhutatud ka Euroopa Komisjoni korraldatud sidusgruppide dialoogidel.

Ülaltoodu põhjal on loa saamiseks võimalik sõlmida litsentsileping otse õiguste omajaga või kasutada kollektiivse litsentsimise mehhanisme. Viimasel juhul on võimalik nii tavapärane vabatahtlik kui ka laiendatud kollektiivne litsentsimine. Käesolevas töös käsitletavate õiguste kohustuslik kollektiivne litsentsimine ei ole käesoleva töö autori hinnangul õiguslikult lubatav. Kollektiivse esindamise organisatsioonidel, millel on õigus teostada õiguste omajate õigust üldsusele kättesaadavaks tegemiseks, on õigus teostada ka DSM direktiivi artiklis 17 sätestatud õigust. Teisisõnu saavad nad sõlmida litsentsilepinguid veebisisu jagamise teenuse osutajatega. Kaitstud teose üldsusele edastamiseks või üldsusele kättesaadavaks tegemiseks võib tuleneda õigustus ka seaduses sätestatud eranditest ja piirangutest. Samuti võib veebisisu jagamise teenuse osutaja luba tuleneda kasutaja ja õiguste omaja vahelisest litsentsilepingust.

1.2.3. Loa õiguslik tähendus

Loa olemasolul on veebisisu jagamise teenuse osutaja poolne teose või muu kaitstud materjali üldsusele edastamine loomulikult õiguspärane. Artikkel 17 lõike 1 teisest lõikest tuleneb, et veebisisu jagamise teenuse osutaja poolt loa omandamisel on otsene mõju ka kasutajatele. Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja on saanud loa, näiteks litsentsilepingu sõlmimisega, hõlmab see luba ka teenuse kasutajate tegevust, mis kuulub infoühiskonna direktiivi artikli 3 kohaldamisalasse, kui see ei toimu ärieesmärgil ega too olulist tulu. Seega, kui veebisisu jagamise teenuse osutaja omandab litsentsi, on kasutajate mitteärilised üleslaadimised õiguspärased. Põhjenduspunktist 69 tuleneb, et selline õigustuse edasi kandumine toimub ka teistpidi. Kui õiguste omajad on andnud veebisisu jagamise teenuse raames kasutajatele sõnaselge loa teoseid või muud materjali üles laadida ja kättesaadavaks teha, võib teenuse osutaja edastada neid üldsusele õiguste omajate antud loa ulatuses. Eelneva põhjal piisab teose või muu kaitstud materjali üldsusele kättesaadavaks tegemise õiguspärasuseks sellest, kui loa omandab kas veebisisu jagamise teenuse osutaja või tema kasutaja.

Kasutajate ärieesmärgil toimuv või olulist tulu toov tegevus ei lange DSM direktiivi artikli 17 kohaldamisalasse. Sellisel juhul kohaldub kasutajate tegevuse suhtes infoühiskonna direktiivi artikkel 3, mille kohaselt on kaitstud sisu ilma loata üldsusele edastamine või üldsusele kättesaadavaks tegemine autoriõiguse rikkumine, kui tegevus ei kuulu kehtestatud erandite ja piirangute alla. Erandite ja piirangutega hõlmatud tegevus on õiguspärane ja selleks ei ole vaja hankida õiguste omajatelt luba, kuna vastav luba tuleneb õigusaktidest. DSM direktiivi artikkel 17 lõige 7 sätestab kohustuslikud erandid, mis liikmesriigil tuleb veebisisu jagamise teenuste kasutajate loodud sisu üleslaadimisel ja kättesaadavaks tegemisel ette näha: a) tsiteerimine, kriitika, retsensioon, b) kasutamine karikatuuris paroodias või pastišis; ning infoühiskonna direktiivi artikkel 5 sätestab vabatahtlikud erandid, mis liikmesriigil on lubatud riigisiseses õiguses täiendavalt ette näha.

Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja õiguste omajatelt luba ei saa, sõltub kasutajate tegevuse õiguspärane varasemast regulatsioonist ning DSM direktiiv kasutajate vastutuse küsimuses rolli ei mängi. Veebisisu jagamise teenuse osutaja enda vastutusele tuleneb DSM direktiivist erikord.¹⁴²

Erandite ja piirangutega hõlmamata üldsusele edastamine ja kättesaadavaks tegemine			
Veebisisu jagamise teenuse osutaja		Kasutaja vastutus loata ¹⁴³ edastamise korral	
Loa olemasolu	Vastutus ¹⁴⁴	Äriline kasutus	Mitteäriline kasutus
JAH	Lubatud kasutus	Infoühiskonna direktiivi art 3 rikkumine	Lubatud
EI	DSM art 17 lg 4	Infoühiskonna direktiivi art 3 rikkumine	Infoühiskonna direktiivi art 3 rikkumine

Erialakirjanduses on juhitud tähelepanu, et ülaltoodud regulatsiooni tõttu kannatab õiguskindlus, kuna kasutajatel puudub selgus oma tegevuse õiguspärane suhtes, kui nende poolt üles laaditav sisu ei mahu erandite ega piirangute alla. Kasutajad ei tea, kas internetiplatvormil on teoste kättesaadavaks tegemiseks litsents või mitte. Seejuures ei vastuta veebisisu jagamise teenuse osutajad ise automaatselt autoriõiguste rikkumise eest, kui autoriõigustega kaitstud teosed või muu materjal on nende platvormil õigusvastaselt, kuna

¹⁴² Vt lähemalt käesoleva töö teisest peatükist.

¹⁴³ Loa olemasolu korral on kasutajate poolne üldsusele edastamine loomulikult õiguspärane.

¹⁴⁴ Veebisisu jagamise teenuse osutaja puhul ei ole eristatav äriline ja mitteäriline tegevus. Definitsioonist tulenevalt tegutseb veebisisu jagamise teenuse osutaja alati ärilisel eesmärgil.

nende jaoks sätestab artikkel 17 lõige 4 erilise mehhanismi vastutusest vabanemiseks. Seetõttu võib juhtuda, et kasutaja vastutab autoriõiguse rikkumise eest, kuid veebisisu teenuse osutaja on vastutusest vabastatud.¹⁴⁵

Üks võimalik välja pakutud lahendus oleks muuta kõik kasutajate mitteäriks üleslaadimised seaduslikuks läbi autorite tasustamise skeemi. See tähendaks sisuliselt ainuõiguse taandamist tasu saamise õiguseks. Sel juhul kaoks kasutajate risk, et veebisisu teenuse osutaja ei hangi või ei saa luba.¹⁴⁶ Selline lahendus asuks osaliselt DSM direktiivi regulatsiooni semele. Käsitleva idee täpsem käsitlus jääb väljapoole käesoleva töö raame, kuna tegemist on veebisisu jagamise teenuse osutaja regulatsiooni ühe tahu teoreetilise alternatiiviga, mitte aga selle võimaliku tõlgendusega. Märkena olgu siiski lisatud, et käesoleva töö autori hinnangul oleks sellise seadusjärgse litsentsi puhul tegemist põhimõtte tasandil kasuliku mehhanismiga, mis muuhulgas võimaldaks leevendada artikli 17 suurimat probleemi – rikkumiste proaktiivse vältimise kohustuse vastuolusid.¹⁴⁷ Mingi imerohuga aga tegemist ei ole. Kõigepealt tõusetub idee täpse teostatavuse küsimus. Erialakirjanduses on pakutud välja mitmeid erinevaid lähenemisi, kusjuures lahendamist vajavaid küsimusi on arvukalt.¹⁴⁸ Teiseks on idee efektiivsus küsitav sektorites, kus õiguste kollektiivne teostamine on vähe arenenud, kuna ilma selleta on raske näha idee tõhusat toimimist. Kolmandaks kannatab sellises olukorras lepinguvabadus. See probleem tõusetub eriti selgelt kohustusliku kollektiivse litsentsimise korral, kuid ka laiendatud kollektiivse litsentsimise puhul laieneb litsents ka nende autorite teostele, kes kollektiivse esindamise organisatsiooni liikmed ei ole. Tavapärase *opt-out* võimalus leevendab viimasel juhul probleemi oluliselt, kuid ei kaota seda täielikult.

Ülaltoodu põhjal ei muuda loa olemasolu õiguspäraseks mitte ainult veebisisu jagamise teenuse osutaja enda tegevust kaitstud sisu üldsusele edastamisel või kättesaadavaks tegemisel, vaid mõjutab otseselt tema teenuse kasutajate õigusi. Litsentsi olemasolul on kasutajate mitteäriks üleslaadimised õiguspärased. Kasutajate ärieesmärgil toimuv või olulist tulu toov tegevus ei lange DSM direktiivi artikli 17 kohaldamisalasse. Sama kehtib ka juhul kui veebisisu jagamise teenuse osutaja õiguste omajatelt luba ei saa. Nendel juhtudel kohaldub kasutajate tegevuse

¹⁴⁵ Husovec, M., Quintais, J.P., p 13.

¹⁴⁶ Ibid.,p 13-14; Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 161-171; Leistner, M., Metzger, A. The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages. – IIC, 2017, 48, pp 381–384, p 383. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0586-x>.

¹⁴⁷ Rikkumisi ennetava kohustuse käsitlust vt lähemalt käesoleva töö alapeatükkidest 2.3.2 ja 2.3.3.

¹⁴⁸ Vt nt Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 161-171.

suhtes infoühiskonna direktiivi artikkel 3, millest tulenevalt on õiguspärane autoriõiguse erandite ja piirangutega hõlmatud tegevus.

Käesoleva töö esimese peatüki põhjal peavad veebiplatvormid, mis võimaldavad kasutajatel suurt hulka kaitstud materjali oma platvormile laadida ja üldsusele edastada, hankima selleks loa, kuna selline tegevus on käsitatav üldsusele edastamise või üldsusele kättesaadavaks tegemisenä. Nõue kehtib vaid sellistele veebiplatvormidele, mis korrastavad ja reklaamivad kasutajate poolt üles laaditud sisu kasumi saamise eesmärgil. Seejuures peab veebiplatvormi üheks peamiseks eesmärgiks olema just kasutajate, mitte platvormi enda haldajate poolt üles laaditava sisu talletamine ja üldsusele juurdepääsetavaks tegemine. Luba võib hankida nii otse õiguste omajatelt kui ka kollektiivse esindamise organisatsioonidelt, kusjuures viimasel juhul on võimalikud nii tavapärane vabatahtlik kui ka laiendatud kollektiivne litsentsimine, mitte aga õiguste kohustuslik kollektiivne litsentsimine. Loa hankimisel on õiguspärane nii veebisisu jagamise teenuse osutaja enda kui ka tema teenuse kasutajate mitteäriline tegevus teoste või muu kaitstud materjali üldsusele edastamisel või kättesaadavaks tegemisel.

2. VEEBISISU JAGAMISE TEENUSE OSUTAJA KOHUSTUSED JA VASTUTUS LOA PUUDUMISE OLUKORRAS

2.1. Osapoolte huvidega arvestamise põhimõtted

Kui veebisisu jagamise teenuse osutajad kaitstud teoste või muu materjali üldsusele edastamiseks või kättesaadavaks tegemiseks luba ei saa, peavad nad vastutusest vabanemiseks täitma DSM direktiivi artikli 17 lõikes 4 toodud kriteeriume. Kõigepealt on vajalik, et nad tegid suurimaid võimalikke pingutusi, et luba saada (punkt a). Kui vaatamata sellele jäi luba saamata, peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad püüdma rangeid tööstusharu ametialase hoolikuse nõudeid järgides igati tagada, et konkreetset teost ja muu materjal, mille kohta nad on saanud õiguste omajatelt asjakohast ja vajalikku teavet, ei oleks kättesaadavad (punkt b), ning tegutsema pärast õiguste omajatelt piisavalt põhjendatud teate saamist kiiresti, et muuta teatatud teosed või muu materjal kättesaamatuks või kõrvaldada oma veebisaitidelt ning takistada teatatud teoste või muu materjali üleslaadimist tulevikus (punkt c). Regulatsioon erineb kardinaalselt senistest EL-s kehtinud põhimõtetest.¹⁴⁹ Erialakirjanduses on väidetud, et veebisisu jagamise teenuse osutajatele uute kohustuste sätestamisega annab DSM direktiivi artikkel 17 autoriõigusele prioriteedi konkureerivate põhiõiguste ees.¹⁵⁰ Lõikes 4 sätestatud kohustuste puhul tuleb aga arvestada kahe olulise osapoolte põhiõiguste tasakaalu tagava asjaoluga. Esiteks tuleb lõiget 4 tõlgendada lõikes 8 sätestatud ja ka varasemas regulatsioonis esineva üldise jälgimiskohustuse keelu ja lõikes 7 sätestatud erandite ja piirangute kontekstis, arvestades viimaste kaitseks lõikes 9 sätestatud menetluslike garantiisid. Teiseks tuleb direktiivi tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu põhiõiguste harta¹⁵¹ (edaspidi harta) ning inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga¹⁵² (Euroopa Inimõiguste Konventsioon, edaspidi EIÕK). Need mõlemad õigusallikad on Euroopa Liidu lepingu (ELL)¹⁵³ kohaselt (artikkel 6) liidu põhiõiguste allikateks.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Vt nt Frosio, F.G. From Horizontal to Vertical: an Intermediary Liability Earthquake in Europe. – Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2017, 12, pp 565-575, p 571.

¹⁵⁰ Nt Samuelson, P. The EU's Controversial Digital Single Market Directive: Should copyright enforcement have precedence over the interests of users in information privacy and fundamental freedoms? – Communications of the ACM, 2018, Vol. 61 Issue 11, pp 20-23, p 23, <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3277562> (02.04.2020).

¹⁵¹ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. – ELT C 83, lk 389-403.

¹⁵² Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 1996, 11, 34.

¹⁵³ Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioon. Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 202, lk 1-366.

¹⁵⁴ ELL art 6 lg 1 kohaselt on harta sätted liidule siduvad omades aluslepingutega võrreldes samaväärset õigusjõudu. ELL art 6 lg 2 kohaselt ühineb liit Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga. Art 6 lg 3 kohaselt on konventsiooniga tagatud ja liikmesriikide ühistest põhiseaduslikest tavadest tulenevad põhiõigused on liidu õiguse üldpõhimõtted.

Seetõttu on vajalik enne veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste käsitlemist selgitada välja, millised on põhimõtted, millest nimetatud kohustuste sisustamisel tuleb lähtuda (vt p 2.1. ja 2.2.). Seejärel saab võtta sügavuti käsitluse alla veebisisu jagamise teenuse osutaja lõikest 4 tulenevad kohustused, tõlgendades neid eelnevalt selgitatud põhimõtete kontekstis (p 2.3.).

2.1.1. Vaba kasutamise erandite tagamine

Kuigi artikli 17 eesmärk on tagada kõrgetasemeline autoriõiguste kaitse, on seal mitmeid sätteid, mis on kehtestatud mitte õiguste omajate, vaid eelkõige kasutajate, aga ka veebisisu jagamise teenuse osutaja kaitseks. Need sätted kehtestavad kohustuslikud erandid (lõige 7), üldise jälgimiskohustuse keelu (lõige 8) ning menetluslikud reeglid vaidluste lahendamiseks (lõige 9).

Eranditel ja piirangutel on artiklis 17 eriline koht. Põhjenduspunkti 70 kohaselt on need olulised, aitamaks tagada erinevate põhiõiguste omavahelist tasakaalu. Põhjenduspunkt rõhutab kolme Euroopa Liidu põhiõiguste hartas sätestatud põhiõiguse – väljendusvabaduse (harta artikkel 11), kunstivabaduse (artikkel 13) ja omandiõiguse (artikkel 17 lõige 2), sealhulgas intellektuaalomandiõiguse – omavahelise tasakaalu tagamise olulisust. Erialakirjanduses puudub üksmeel mõistete „erandid“ ja „piirangud“ ulatuse ja omavahelise suhte üle.¹⁵⁵ Käesoleva töö seisukohast pole see ka tähtis. Oluline on, et mõiste „erandid ja piirangud“ tähistab kõrvalekallet õiguste omajate ainuõigusest mh teoseid üldsusele edastada ja kättesaadavaks teha.¹⁵⁶

Artikkel 17 lõige 7 sisaldab nii üldist kui ka spetsiifilist erandite ja piirangute klauslit.¹⁵⁷ Spetsiifiline klausel on artikkel 17 lõike 7 teises lõigus, milles kehtestatakse kohustuslikud erandid a) tsiteerimise, kriitika ja retsensiooni ning b) karikatuuris, paroodias või pastišis kasutamise suhtes. Tegemist on samade eranditega, mis olid sätestatud infoühiskonna direktiivi artiklis 5, kuid kui seal olid erandid liikmesriikidele kehtestamiseks vabatahtlikud, siis DSM direktiivi artikkel 17 lõige 7 muudab need kohustuslikuks. Kui infoühiskonna direktiivi kohaselt „võivad liikmesriigid ette näha [direktiivis sätestatud] erandeid ja piiranguid“, siis

¹⁵⁵ Axhamn, J., p 172-173; vt ka Senftleben, M. Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. – Information Law Series Set, Vol. 13. The Hague, Kluwer Law International, 2004, p 22, https://pure.uva.nl/ws/files/3645247/37378_Thesis.pdf (01.04.2020).

¹⁵⁶ Axhamn, J., p 173.

¹⁵⁷ Vt lähemalt: Quintais, J.P. jt, p 2.

DSM direktiivi kohaselt „liikmesriigid tagavad [direktiivis sätestatud] eranditele ja piirangutele [tuginemise võimaluse]“. Erandite täpsem sisustamine jääb väljapoole käesoleva töö piire, kuid märkena olgu lisatud, et vajalik on, et neid tõlgendatakse liikmesriigiti ühtselt. Euroopa Kohus on juba näiteks mitmes lahendis¹⁵⁸ tõlgendanud infoühiskonna direktiivi mõisteid „paroodia“ ja „siteerimine“ kui EL õiguse autonoomseid mõisteid. Samamoodi autonoomsed EL õiguse mõisted peaksid olema ka ülejäänud erandid.¹⁵⁹ Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et DSM direktiivis on ülalnimetatud erandid muudetud kohustuslikuks seetõttu, et just need on väljendusvabaduse tagamisel eriti olulised.¹⁶⁰

Üldine klausel sisaldub lõike 7 esimeses lõigus, mille kohaselt ei tohi veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö tõttu muutuda kättesaamatuks kasutajate poolt üles laaditud teosed või muu materjal, millega ei rikuta autoriõigusi ja autoriõigusega kaasnevaid õigusi. Sätet täiendab lõike 9 kolmas lõik, mille kohaselt ei mõjuta direktiivi sätted õiguspäraseid kasutusviise, näiteks kasutamist liidu õiguses sätestatud erandite või piirangute alusel. Kui üles laaditud sisu ei ole hõlmatud artiklist 17 tulenevate kohustuslike erandite või piirangutega, on see õiguspärane vähemalt järgmistel juhtudel¹⁶¹: 1) litsentsi olemasolul, 2) vabalt kasutatavate teoste ja muu avalikus kasutuses oleva materjali puhul, ja 3) infoühiskonna direktiivi artiklist 5 tulenevate erandite või piirangutega kaetuse korral, kui sealsed vabatahtlikud erandid ja piirangud on riigisiselt kehtestatud. Artikkel 17 lõike 9 punkt 4 sätestab, et veebisisu jagamise teenuse osutajate tingimustes tuleb kasutajaid teavitada sellest, et nad võivad teoseid ja muud materjali kasutada vastavalt liidu õiguses autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes kehtestatud eranditele ja piirangutele.

Erandite ja piirangute laiem tähendus seisneb selles, et nendega tuleb arvestada veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste sisustamisel. Kohustused ei tohi olla sellised, mille tagajärjel muutuvad kättesaamatuks erandite ja piirangutega hõlmatud kasutusviisid. Näiteks on lubamatu sätestada automaatsete üleslaadimise filtrite kasutamise nõuet, kui nende kasutamise tõttu on kasutajatel võimatu üles laadida kaitstud sisu paroodiat. Direktiivist ei tulene, kuidas täpselt peaksid liikmesriigid veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustusi

¹⁵⁸ EKo C-145/10, *Eva-Maria Painer versus Standard Verlags GmbH jt*, ECLI:EU:C:2013:138; EKo C-201/13, *Johan Deckmyn ja Vrijheidsfonds VZW versus Helena Vandersteen jt*, ECLI:EU:C:2014:2132, p-d 14-17; EKo C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH versus Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2019:623; EKo C-516/17, *Spiegel Online GmbH versus Volker Beck*, ECLI:EU:C:2019:625, p 62.

¹⁵⁹ Quintais, J.P. jt, p 3.

¹⁶⁰ Grisse, K., p 897.

¹⁶¹ Quintais, J.P. jt, p 2.

sisustama, et soovitud tulemusi saavutada. Teema leiab detailsemat käsitlust käesoleva töö peatükis 2.3.

Ülaltoodu põhjal tähistavad erandid ja piirangud kõrvalekallet õiguste omajate ainuõigusest teoseid üldsusele edastada ja kättesaadavaks teha. Artikkel 17 lõikes 7 sisaldub nii üldine kui ka spetsiifiline erandite ja piirangute klausel. Üldise klausli kohaselt ei tohi kättesaamatuks muutuda kasutajate poolt üles laaditud õiguspärased teosed või muu materjal. Spetsiifiline klausel sätestab erandid a) tsiteerimise, kriitika ja retsensiooni ning b) karikatuuris, paroodias või pastišis kasutamise suhtes. Nende erandite kehtestamine on tehtud liikmesriikidele kohustuslikuks. Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused ei tohi olla sellised, mille tagajärjel muutuvad kättesaamatuks erandite ja piirangutega hõlmatud kasutusviisid.

2.1.2. Kasutajate menetluslikud garantiid

Kasutajate menetluslikud garantiid aitavad tagada lõikes 7 sätestatud: veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö tõttu ei tohi muutuda kättesaamatuks kasutajate poolt üles laaditud, sealhulgas erandi või piiranguga hõlmatud teosed või muu materjal, millega ei rikuta autoriõigusi ja autoriõigusega kaasnevaid õigusi. Selleks on väidetava autoriõiguste rikkumise puhuks ette nähtud tõhusa eri osapoolte õigusi arvestava menetluskorra kehtestamine liikmesriikide poolt.

Menetluse alguseks võib pidada potentsiaalsest rikkumisest teada saamist. Eelkõige leiab see aset õiguste omajatelt sellesisulise teate saamisega. Kui õiguste omajad nõuavad oma konkreetsete teoste või muu materjali kättesaamatuks muutmist või kõrvaldamist, peavad nad lõike 9 kohaselt seda põhjendama. Sellise põhjendatud teate saamisel edastavad veebisisu jagamise teenuse osutajad selle ka kasutajatele, kelle poolt üles laaditud teose või muu materjali kohta on õiguste omajatelt kättesaamatuks muutmise nõue tulnud. Kuigi sellist nõuet ei ole artiklis 17 otsesõnu sätestatud, on tegemist soovitud eesmärkide saavutamiseks vältimatu tingimusega. Seejuures tuleneb lõike 9 viimasest lõigust, et veebisisu jagamise teenuse osutajad peavad kasutajaid teavitama sellest, et nad võivad teoseid ja muud materjali kasutada vastavalt liidu õiguses autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes kehtestatud eranditele ja piirangutele. Kasutajatele tuleb selges ja lihtsas keeles ning lihtsasti teostataval viisil anda

võimalus esitada väide vaidlusaluse teose või muu materjali üles laadimise õiguspäraseuse kohta nt erandi või piiranguga hõlmatuse tõttu.¹⁶²

Kasutajad võivad nende poolt üles laaditu kättesaamatuks muutmisega kas nõustuda või mitte. Esimesel juhul peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad selle oma veebisaitidelt kiiresti kättesaamatuks muutma või kõrvaldama.¹⁶³ Sama peaks loogiliselt toimuma ka juhul, kui kasutajatelt ei laeku mõistliku aja jooksul vastust. Teisel juhul edastab veebisisu jagamise teenuse osutaja kasutaja vastuse õiguste omajale. See on järeldatav põhjenduspunktist 68, mille kohaselt peaksid veebisisu jagamise teenuse osutajad käituma õiguste omajate suhtes läbipaistvalt. Järelikult tuleb õiguste omajaid teavitada nii kasutajatele väidetava rikkumise kohta teate saatmisest kui ka edasisest menetlusest. Kui õiguste omaja vastusega ei nõustu või mõistliku aja jooksul ei vasta, peaks vaidlusalane sisu jääma veebisaidile üles. Kui õiguste omaja vastusega ei nõustu, järgneb lõikest 9 tulenev vaidluste lahendamise menetlus.¹⁶⁴

Kui kasutajate poolt üles laaditu õiguspärasuses tekib vaidlus, peaks veebisisu jagamise teenuse osutaja enne selle lahendamist lähtuma käesoleva töö autori hinnangul *in dubio pro usor* põhimõttest, jättes vaidlusaluse materjali esialgu kättesaadavaks. See ei tulene otseselt direktiivist, kuid on vajalik tagamaks, et kättesaamatuks ei muutuks õiguspäraselt üles laaditud teosed või muu materjal. Nimelt ei pruugi kasutajatel olla motivatsiooni vaidlusse panustada, mistõttu võib kättesaamatuks muudetud õiguspärane sisu kättesaamatuks jääda. Õiguste omajatel on mängus rahalised huvid ja seega märksa suurem stiimul vajadusel vaidlusse asuda. Ka on õiguste omajate nimel tegutsejaks sageli kollektiivse esindamise organisatsioonid, kellelt võib oodata aktiivsemat vaidlustesse asumist kui eraisikutelt. Erialakirjanduses on välja pakutud ka mõnevõrra teistsugust lähenemist, kus vaidlusalune materjal esialgu blokeeritakse, kuid kui kasutaja blokeerimise vaidlustab ning õiguste omaja temale edastatud vaidlustamisele lühikese ajaperioodi jooksul ei vasta, siis muudetakse vaidlusalune materjal taas kättesaadavaks.¹⁶⁵ Erinevus käesoleva töö autori ettepanekuga seisneb selles, et kirjeldatud juhul on vaidlusalune materjal blokeeritud. Rikkumise eeldus peaks käesoleva töö autori hinnangul esinema ilmsete rikkumiste puhul. Erialakirjanduses on sellisteks pakutud olukordi, kus üles laaditakse selline kaitstud teos või muu materjal, mis on identne või samaväärne õiguste omajatelt varem saadud „asjakohase ja vajaliku teabega“.¹⁶⁶ Viimane omakorda esineb

¹⁶² Quintais, J.P. jt, p 5.

¹⁶³ Selline kohustus tuleb artikkel 17 lõige 4 punktist c.

¹⁶⁴ Sarnast lähenemist on erialakirjanduses välja pakutud ka varem: nt Spindler, G., p 371.

¹⁶⁵ Spindler, G., p 371.

¹⁶⁶ Quintais, J.P. jt, p 4.

üldistatult kahel juhul: kui üles laaditud teos on vähemalt samaväärne kas varem üles laaditud teosega, mille puhul on tuvastatud selle üles laadimise õigusvastasus, või õiguste omajate poolt oma teose kohta eelnevalt veebisisu jagamise teenuse osutajale esitatud piisavalt täpse teabega.

Artikkel 17 lõike 9 kohaselt peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad kehtestama tõhusa ja kiire kaebuste lahendamise ja õiguskaitsevahendite kasutamise korra, kusjuures üles laaditud sisu kättesaamatuks muutmise või kõrvaldamise otsused tuleb inimese poolt läbi vaadata. Õiguskaitsevahendina peab lisaks nimetatule olema tagatud nii kaebuste erapooletu kohtuväline lahendamine kui ka kohtusse pöördumine, kusjuures eraldi on rõhutatud vajadust tagada autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste suhtes erandi või piirangu kasutamise võimalus. Seega võib vaidlus leida kõigepealt esialgse lahenduse veebisisu jagamise teenuse osutaja otsuse läbi, toimuda uuesti kohtuvälises kaebuste lahendamise menetluses ning saada lõpliku lahendi kohtumenetluses. Erialakirjanduses on leitud, et nimetatud tingimustele vastava protseduuri kujundamisel on liikmesriikidel suhteliselt vabad käed.¹⁶⁷

Kui korrektselt läbiviidava menetluse käigus selgub, et vaidlusalune teos või muu materjal oli üldsusele kättesaadavaks tehtud õigusvastaselt, peab veebisisu jagamise teenuse osutaja selle loomulikult kiiresti eemaldama, kuid ta ei tohiks vastutada autoriõiguse rikkumise eest vaidluse ajal.¹⁶⁸ Sama tuleneb käeoleva töö autori soovitatavast *in dubio pro usor* põhimõttest. Vaidlusaluse sisu eemaldamise kohustuse puudumise tõttu ei saa veebisisu jagamise teenuse osutaja ka vastutada tekkinud kahju eest, kuna tema käitumises puudub õigusvastane tegu. Selle lähenemise põhjuseks on eelnevalt juba käsitletud vajadus takistada õiguspäraselt üles laaditud teoste ja muu kaitstud materjali kättesaamatuks muutumist.

Kokkuvõtvalt aitavad kasutajatele kehtestatud menetluslikud garantiid tagada, et veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö tõttu ei muutuks kättesaamatuks kasutajate poolt üles laaditud õiguspärane sisu. Selleks on oluline, et veebisisu jagamise teenuse osutaja veenduks õiguste omajatelt rikkumise teate saamisel selle tegelikus esinemises. Selleks omakorda on vajalik vaidlustatud üles laadimise sooritanud kasutaja ärakuulamine. Kui kasutaja üleslaadimise õiguspärasuse vaidlustab, peaks vaidlusalune materjal jääma kättesaadavaks kuni selle õiguspärasuse selgumiseni. Vaidluse lahendamise menetlus peaks

¹⁶⁷ Nt Spindler, G., p 371.

¹⁶⁸ Quintais, J.P. jt, p 5.

olema kiire ja tõhus. Vajaliku protseduuri täpsemal kujundamisel on liikmesriikidel avar kaalutlusruum.

2.1.3. Üldise jälgimiskohustuse vältimine

Artikkel 17 lõike 8 kohaselt ei tohi veebisisu jagamise teenuse osutajate kohustuste ja vastutuse regulatsioon tekitada neile üldist jälgimiskohustust. Sama keeld tuleneb sõnaselgelt ka põhjenduspunktist 66. Sama põhimõtte kehtis EL õiguses ka varem. E-kaubanduse direktiivi artikkel 15 ei võimalda kehtestada infoühiskonna teenuse osutajale üldist kohustust jälgida teavet, mida ta edastab või talletab, ega üldist kohustust otsida ebaseaduslikku tegevust näitavaid fakte või asjaolusid. Keelu põhjendus tulenes eelkõige asjaolust, et üldine jälgimiskohustus tähendaks seda, et internetiteenuse pakkujat ei saa käsitada enam passiivse vahendajana, mis on e-kaubanduse direktiivis sätestatud vastutusest vabastamise regulatsiooni aluspõhimõtteks.¹⁶⁹ Samuti ei oleks üldine jälgimiskohustus ilmselt kooskõlas näiteks direktiiviga intellektuaalomandi õiguste jõustamise kohta¹⁷⁰, mille artikkel 3 lõike 1 kohaselt ei tohi intellektuaalomandi õiguste jõustamise tagamiseks võetavad meetmed olla põhjendamatult keerulised või kulukad.

Üldise jälgimiskohustuse keelu näol on tegemist tsensuuri vastase ning väljendusvabadust toetava reegluga.¹⁷¹ Keeldu on põhjendatud ka üldise jälgimiskohustuse keerukuse ja kulukusega ning isikuandmete kaitset puudutavate probleemidega.¹⁷² Üldine jälgimiskohustus tähendab praktikas eeldatavasti eelkõige filtreerimistarkvara rakendamise kohustust, kuna see on võimalik vaid digikeskkonnas tehniliste vahendite kaasabil.¹⁷³

Keelatud on vaid üldise iseloomuga jälgimiskohustus, spetsiifiline ehk erijuhtudel jälgimiskohustus on lubatud.¹⁷⁴ Seetõttu on nende täpne eristamine väga oluline. DSM

¹⁶⁹ Kuczerawy, A. EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime. – Petkova, B., Ojanen, T. (eds.). Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries, 2019, p 5, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3309099> (01.04.2020).

¹⁷⁰ 29. aprilli 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/48/EÜ intellektuaalomandi õiguste jõustamise kohta. – ELT L 157, lk 45-86.

¹⁷¹ Van Eecke, P. Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. – Common Market L. Rev., 2011, 48, pp 1455-1502, p 1465.

¹⁷² De Schrijver, S. Geulette, A. Liability of Internet Service Providers: A Belgian Perspective. – Business Law Review, 2002, 23, pp 257-284, p 262.

¹⁷³ Montero, E., Van Enis, Q. Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle? – Computer Law & Security Review, 2011, 27(1), pp 21-35, p 28.

¹⁷⁴ Varasemas regulatsioonis tulenes see e-kaubanduse direktiivi põhjenduspunktist 47.

direktiivist ega ka varasemast liidu õigusest ei tulene eristamise kriteeriume. Autoriõiguse alases kohtupraktikas on leitud, et üldine jälgimiskohustus on mh veebimajutusteenuse osutaja kohustus omal kulul alaliselt aktiivselt jälgida kõigi oma klientide kogu teavet¹⁷⁵ või ka valdavalt osa andmetest¹⁷⁶, et ära hoida igasugune tulevikus toimuda võiv intellektuaalomandi õiguste rikkumine. Viidatud lahendites on toodud mitu tingimust, mille koos esinemine viitab üldisele jälgimiskohustusele. Üheselt ei nähtu, kas need tingimused juba eraldiseisvana tingiksid üldise jälgimiskohustuse või mitte. *Mc Faddeni* lahendist nähtub siiski, et kogu edastatava teabe kontrollimine „on kohe välistatud“, sest tegu oleks üldise jälgimiskohustusega.¹⁷⁷ Sama kohtuasja kohtujuristi ettepanekust nähtub, et spetsiifilise jälgimiskohustusega saab tegu olla juhul, kui see on eseme ja kestuse poolest piiratud.¹⁷⁸ *Tommy Hilfigeri* lahendist järeldub, et võtta saab meetmeid, mille eesmärk on vältida uusi juba toimunuga samalaadseid rikkumisi sama teenusesaaja poolt.¹⁷⁹ Viimane tähendab, et lubatud on jälgimiskohustus, mis aitab ära hoida konkreetse teose või muu materjali õigusvastase üleslaadimise kordumist kindla kasutaja poolt.

Erialakirjanduses on leitud, et kogu üleslaaditava sisu jälgimine on lubamatu isegi juhul, kui selle eesmärgiks on spetsiifilise rikkumise ärahoidmine.¹⁸⁰ Lubatud on ainult ajutine suunatud (selgelt nimetatud sisu ja asukoht) monitoorimine, mida rakendatakse konkreetse ebaseadusliku tegevuse ärahoidmiseks või lõpetamiseks¹⁸¹ või mis on suunatud konkreetse isiku või isikute tegevusele veebiplatvormil¹⁸² ega too kaasa kõigi üleslaadimiste pidevat jälgimist.¹⁸³ Hea näitlikustatud selgitus pärineb Van Eckelt: üldise jälgimiskohustusega on tegu, kui a) kohustus on määratlemata või ebamäärane (kõigi õigusvastaste materjalide eemaldamine) või b) kohustus sunnib uurima kõiki süsteemi materjale või c) kohustus hõlmab ka kõigi tulevikus aset leidvate konkreetse rikkumise variatsioonide eemaldamist („eemalda konkreetne autoriõigusi

¹⁷⁵ EKo C-324/09, *L'Oréal SA jt versus eBay International AG jt*, ECLI:EU:C:2011:474, p 139; EKo C-70/10, *Scarlet Extended SA versus Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:771, p-d 36 ja 40.

¹⁷⁶ EKo C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) versus Netlog NV*, ECLI:EU:C:2012:85, p 38.

¹⁷⁷ EKo C-484/14, *Mc Fadden*, p 87.

¹⁷⁸ EKo C-484/14, *Tobias Mc Fadden versus Sony Music Entertainment Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2016:170, kohtujurist M. Szpunari ettepanek, p 132.

¹⁷⁹ EKo C-494/15, *Tommy Hilfiger*, p 34; EKo C-324/09, *L'Oréal*, p 141.

¹⁸⁰ Senftleben, M. jt. The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. – European Intellectual Property Review, 2018, Vol. 40, Issue 3, pp. 149-163, p 4/153, <https://ssrn.com/abstract=3054967> (31.03.2020).

¹⁸¹ Montero, E; Van Enis, Q., p 30.

¹⁸² Angelopoulos, C. On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (2017), p 37. <https://ssrn.com/abstract=2947800> (01.04.2020).

¹⁸³ Kuczerawy, A. From 'Notice and Take Down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression. – Giancarlo Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, 2019, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3305153> (01.04.2020).

rikkuv video ja ka kõik muud samasse repertuaari kuuluvad videod“).¹⁸⁴ Erinevalt ülal toodust on Spindler leidnud, et otsustav ei ole mitte jälgimise kvantiteet, vaid see, kas see toimub konkreetsel eesmärgil.¹⁸⁵

Hoolimata nimetatud paljudest kriteeriumitest on erialakirjanduses sageli viidatud üldise ja spetsiifilise jälgimiskohustuse eristamise problemaatikale.¹⁸⁶ Võib üpris kindlalt väita, et üldise jälgimiskohustuse täpne sisu ei ole üheselt selge. Muud valdkonda (laimavad kommentaarid) puudutavast hiljutisest *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* kohtuasjast¹⁸⁷ tuleneb just Spindleri seisukohta toetav järeldus. Seejuures erilisel kasulik oli antud asjas mitte lahend ise, vaid oma põhjalikkuses kohtujuristi arvamus.¹⁸⁸ Kohtujurist leidis esiteks, et aktiivne jälgimiskohustus iseenesest ei pruugi olla üldise jälgimiskohustuse keeluga vastuolus, kuid seda on aktiivne järelevalve, mille eesmärk ei ole konkreetse rikkumisega seotud.¹⁸⁹ See järeldus vastab selgelt ülaltoodule. Jälgimiskohustuse konkreetne olemus tuleks kohtujuristi hinnangul kindlaks määrata, võttes arvesse asjaomase jälgimise kestust ning täpsustusi silmas peetud rikkumiste olemuse, toimepanija ja eesmärgi kohta.¹⁹⁰ Veebimajutusteenuse osutajat võib kohustada vältima uusi samalaadseid rikkumisi sama infoühiskonna teenuse saaja poolt.¹⁹¹ Ka selles järelduses ei ole midagi uut. Edasi läks aga kohtujuristi käsitus siintoodust oluliselt lahku. Kohtujuristi arvates kehtib nimelt sama ka ebaseaduslikuks määratletud teabega identset sönastatud teabe puhul, mida levitavad teised kasutajad, hoolimata sellest, et see viiks selleni, et jälgimiskohustuse isikuline kohaldamisala hõlmab kõiki kasutajaid ning seega kogu teatava platvormi vahendusel levitatavat teavet, kuna selline kohustus on suunatud konkreetse rikkumise erijuhule.¹⁹² Kui teiste kasutajate levitatu pole aga identne, vaid pelgalt samaväärne, oleks selle tuvastamise kohustus üldine jälgimiskohustus. Erinev järeldus identse ja samaväärse sisu puhul on põhjendatud asjaoluga, et vaid viimane eeldab keeruliste ja kulukate tehniliste

¹⁸⁴ Van Eecke, P., p 1487.

¹⁸⁵ Spindler, G., p 354.

¹⁸⁶ Vt nt: Romero-Moreno, F. ‘Upload filters’ and human rights: implementing article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. – International Review of Law, Computers & Technology, 2020, pp 1-30, p 2, DOI: 10.1080/13600869.2020.1733760; Frosio, G., Mendis, S. Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend? – Frosio, G. (ed.), The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability (OUP, 2019 Forthcoming); Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-05, p 4. <https://ssrn.com/abstract=3411615> (01.04.2020); Husovec, M. How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement, p 25; Kuczerawy, A. General Monitoring Obligations: A New Cornerstone of Internet Regulation in the EU?, Forthcoming. – "Rethinking IT and IP Law - Celebrating 30 years CiTiP", Intersentia, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3449170> (01.04.2020); Shapiro, T., Hansson, S., p 410.

¹⁸⁷ EKo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek versus Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821.

¹⁸⁸ EKo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek versus Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:458, kohtujurist M. Szpunari ettepanek.

¹⁸⁹ Ibid., p 46, 52.

¹⁹⁰ Ibid., p 50, 53.

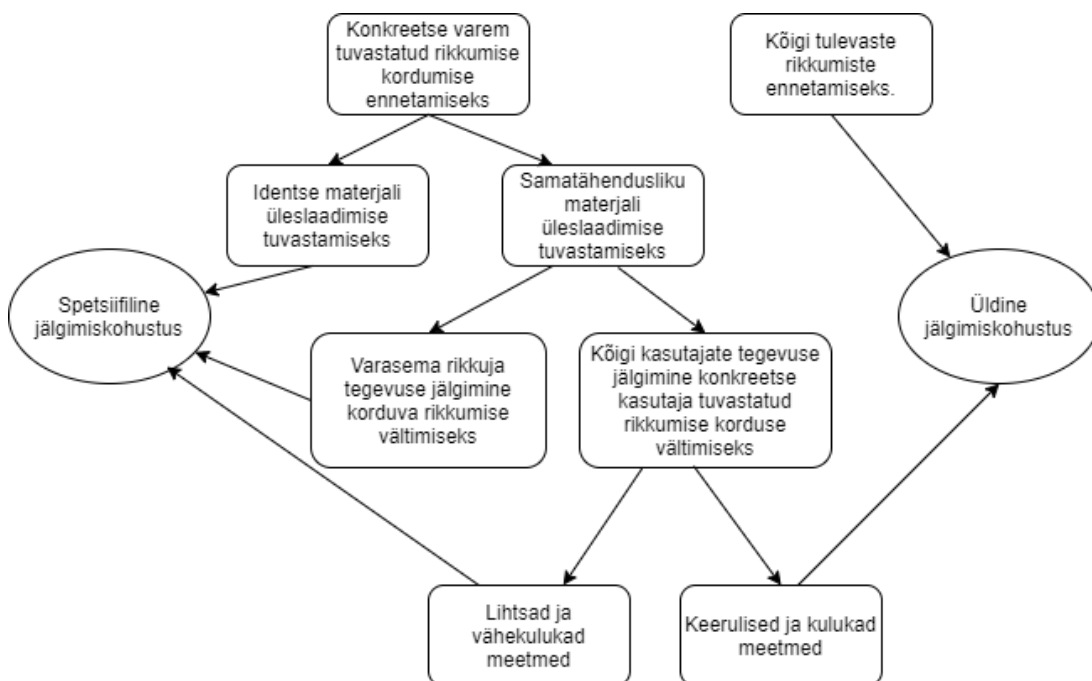
¹⁹¹ Ibid., p-d 42, 45, 58.

¹⁹² Ibid., 59-60.

vahendite kasutuselevõttu.¹⁹³ Kohus nõustus kohtujuristi ettepanekuga identse sõnastuse puhul,¹⁹⁴ kuid leidis, et ka samaväärse sisu eemaldamine ei ole üldine jälgimiskohustus, kui erinevused selle sisu sõnastuses võrreldes ebaseaduslikuks tunnustatud sisuga ei ole sellised, et asjaomane veebimajutusteenuse pakkuja peaks olema sunnitud seda sisu eraldi hindama, vaid saab kasutada automatiseeritud meetodeid ja otsinguid.¹⁹⁵

Lahend erineb varasemast kohtupraktikast oluliselt. Üldise ja spetsiilise jälgimiskohustuse eristamisel on põhirõhk tegevuse eesmärgil (kõigi rikkumiste *versus* konkreetse rikkumise ennetamine) ning jälgimistegevuse ulatus (kõigi *versus* konkreetse materjali jälgimine) on jäänud tahaplaanile. Kogu sisu jälgimise kohustuse õiguspärasuse hinnang sõltub *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* lahendi põhjal jälgimiseks vajalike meetmete keerukusest ja kulukusest. Hindamisel ei saa lähtuda konkreetsetest iseseisvatest kriteeriumitest, vaid kohtujuristi esiletoodud otsustamise kriteeriumid – jälgimise kestus ning rikkumiste olemus, toimepanija ja eesmärk – on omavahel seotud ja üksteisest sõltuvad, mistõttu tuleb neid tema nägemuses hinnata koos.¹⁹⁶ See tähendab, et piir üldise ja spetsiifilise jälgimiskohustuse vahel hägustub.

Joonis. Üldise ja spetsiifilise jälgimiskohustuse eristamise kriteeriumid *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* lahendi põhjal.



¹⁹³ Ibid., p 73.

¹⁹⁴ EKo C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, p 33-37.

¹⁹⁵ Ibid., p 38-47.

¹⁹⁶ EKo C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, kohtujuristi ettepanek, p 50.

Erialakirjanduses on esile toodud, et lihtsate tarkvaratööriistade ja keeruliste monitoorimise lahenduste eristamiseks puudub hea põhjendus.¹⁹⁷ Tõepoolest on raske näha, miks jälgimise keerukus ja kulukus peaks üldse omama mingit rolli jälgimiskohustuse olemuse üle otsustamisel. Kohustuse sisu määravad otseselt ära selle eesmärk ja/või teostamise viis, aga mitte selle kulukus. Olemuslikult täpselt sama kohustus võib ühtedel tingimustel olla odav ja teistel kallis. Kriitikat väärivad aga vaid lahenduse „tehnika“, mitte sisu. Käesoleva töö autori hinnangul piisaks lahendi järelduste minimaalsest modifitseerimisest. Nimelt tulnuks nii varasema õigusvastase materjaliga identse kui ka samaväärse sisu üleslaadimine lugeda spetsiifiliseks jälgimiskohustuseks selle konkreetse rikkumise ärahoidmisele suunatuse tõttu. Kohustuse kulukus ja keerukus tulnuks mängu tuua proportsionaalsuse hindamisel, kusjuures kohtu tegelikult tehtud kulukust ja keerukust puudutav järeldus saaks jääda muutmata. Nii oluaks lahend struktureeritum ning kohustuse lubatuse elemendid – kooskõla üldise jälgimiskohustuse keelu ning proportsionaalsuse põhimõttega – saanuks leida märksa selgema lahenduse. Tulemus oluaks tegeliku lahendiga sama, kuid lahenduskäik märksa selgem. Praeguses lahendis kohus proportsionaalsust eraldi võetuna ei hinnanudki, vaid põimis selle üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamisse.

Käsitatud *Facebooki* lahendi järelduste kohaldatavus autoriõiguse kaitse valdkonnas ei ole üheselt selge, kuid järelduste üldisuse põhjal võib eeldada jaatavat vastust. See tähendaks üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamist senisest erinevalt. Käesoleva töö autori hinnangul tuleks üldise jälgimiskohustuse põhisisu veebisisu jagamise teenuse osutaja puhul käsitada just nimetatud lahendi alusel vaatamata selle puudustele. Nimelt peaks üldise ja spetsiifilise jälgimiskohustuse eristamisel olema põhiroll jälgimiskohustuse eesmärgil mitte ulatusel, kuna vastasel juhul tekiksid artiklis 17 sisemised vastuolud, mille ületamiseks head teed ei nähtu. Võimalik vastuolu leiab detailsemat käsitlust käesoleva töö alapeatükis 2.3 ning selle põhisisu seisneb selles, et veebisisu jagamise teenuse osutajale on artikliga 17 kehtestatud autoriõiguste rikkumiste ennetamise kohustus, mille tõhusaks täitmiseks on kogu veebisaidi üleslaadimiste sisu jälgimine möödapääsmatu.

Olles jõudnud järeldusele, et kogu sisu jälgimise kohustus on lubatav, kui see toimub konkreetse rikkumise ennetamise eesmärgil, tuleb lahendada küsimus „konkreetse rikkumise“ mõiste sisust. *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* lahendi põhjal on jälgimiskohustusega erijuhul tegemist siis, kui see toimub kohtu poolt ebaseaduslikuks tunnistatud sisu uuesti

¹⁹⁷ Nt Kuczerawy, A. General Monitoring Obligations.

üleslaadimise vältimiseks.¹⁹⁸ Küsitav on, kas eesmärgiks saab olla ka sellise konkreetse teose või muu materjali üles laadimise vältimine, mille puhul varasem rikkumine puudub. Näiteks võib õiguste omaja pöörduda sellise sooviga veebisisu jagamise teenuse osutaja poole. Käsitletava lahendi sõnastusest nähtub, et kohtu poolt ebaseaduslikuks tunnistatud sisu on vaid üheks lubatava eesmärgi näiteks. Erialakirjanduses on tõstatatud küsimusele vastatud jaatavalt,¹⁹⁹ kuigi mööndusega, et kui üleslaadimist vältimist vajavaid materjale on palju, võib see siiski viia üldisele jälgimiskohustusele.²⁰⁰ Käesoleva töö autori hinnangul tulekski üldist jälgimiskohustust sisustada viimati nimetatud järeldusest lähtuvalt, kuna see tagab kõige parema kooskõla artikli 17 sätete vahel.²⁰¹

Üheselt selge ei ole ka üldise ja spetsiifilise jälgimiskohustuse omavaheline suhe. Erialakirjanduses on näiteks avaldatud arvamust, et spetsiifilise jälgimiskohustuse kehtestamise võimalus moodustab erandi üldisest keelust.²⁰² See järeldus omab olulist praktilist tähendust, kuna üldise põhimõtte kohaselt tuleb erandeid tõlgendada kitsendavalt. Selle arvamusega ei saa siiski nõustuda. Selline tõlgendus kehtiks juhul, kui üldjuhul eksisteeriks jälgimiskohustuse keeld, kuid erandina oleks jälgimine lubatud tingimustel, mis vastavad spetsiifilisele jälgimiskohustusele. Üldise jälgimiskohustuse keeld ei tähenda aga, et keelatud oleks jälgimiskohustus üldiselt, vaid ainult teatud tingimustele vastav jälgimiskohustus. Üldine ja spetsiifiline jälgimiskohustus moodustavad käesoleva töö autori hinnangul terviku selliselt, et nende mõistete hulgad omavahel ei kattu.

Üldise jälgimiskohustuse keeld on otseseks ja väga oluliseks veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste ja vastutuse piiranguks. Kahjuks on üldise jälgimiskohustuse ulatus aga siiani ebaselge ning selle keeld on potentsiaalseks artikli 17 sisemise vastuolu allikaks. Veebisisu jagamise teenuse osutajale võib kehtestada kohustuse jälgida kindlate kasutajate konkreetseid üleslaadimisi. Küsitav on aga, kas võib kehtestada ka kogu sisu jälgimise kohustuse, kui see toimub konkreetse rikkumise ennetamise eesmärgil. *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* lahendi põhjal võib eeldada, et ka selline kohustus on lubatav. Kogu sisu jälgimise kohustus igasuguste tulevikus aset leidvate rikkumiste ennetamiseks ei ole aga EL õigusega kooskõlas.

¹⁹⁸ EKo C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, p 35.

¹⁹⁹ Grisse, K., p 897.

²⁰⁰ Spindler, G., p 356.

²⁰¹ Vt täpsemalt alapeatükist 2.3.

²⁰² Van Eecke, P., p 1486; Fosio, G. F, The Death of ‘No Monitoring Obligations’: A Story of Untameable Monsters. – JIPITEC, 2017, 8, pp 199-215, p 203. <https://ssrn.com/abstract=2980786> (01.04.2020).

Üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamine selgub täpsemalt eeldatavasti edasises kohtupraktikas.

2.2. Osapoolte põhiõiguste õiglase tasakaalu vajadus

2.2.1. Veebisisu jagamise teenuse osutajatelt nõutav autoriõiguse kaitse internetiplatvormi kasutajate väljendusvabaduse piiranguna

DSM direktiivi artiklis 17 sätestatud veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused on kehtestatud autoriõiguste kaitseks. Autoriõigus kuulub omandiõiguse osana põhiõiguste hulka, sisaldudes nii hartas kui ka EIÕK-is. Harta artikkel 17 sätestab õiguse omandile: õigus omandit vallata, kasutada, käsutada ja pärandada (lõige 1). Eraldi on välja toodud, et kaitstakse ka intellektuaalomandit (lõige 2). Omandiõiguse raamesse kuulub intellektuaalomandi õiguse osana ka autoriõigus.²⁰³ EIÕK-is asetseb vastav õigus konventsiooni esimeses protokollis artiklis 1. Ka EIÕK puhul laieneb omandi kaitse kohtupraktika²⁰⁴ põhjal selgelt ka intellektuaalomandile.

Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste sisustamisel tuleb aga arvestada mitte ainult autoriõiguste kõrgetasemelise kaitse vajadusega, vaid ka teiste osapoolte põhiõigustega. Autoriõiguste omajate huvid on käesoleva töö teema kontekstis sageli vastandlikud nii internetikasutajate huvidega kui ka veebisisu jagamise teenuse osutaja huvidega. Autoriõigustele vastanduvad eelkõige kasutajate väljendusvabadus (sh nii info levitamise kui ka info saamise vabadus) ja veebisisu jagamise teenuse osutaja ettevõtlusvabadus.

Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikkel 11 sätestab õiguse sõna- ja teabevabadusele. See õigus kätkeb harta kohaselt mh vabadust saada ja levitada teavet ja ideid avaliku võimu sekkumiseta ning sõltumata riigipiiridest. Samasisuline vabadus on sätestatud Euroopa Inimõiguste Konventsiooni artikkel 10 esimeses lõigus.

Väljendusvabadus ei ole absoluutne, mistõttu võib seda piirata. See tuleneb selgelt nii hartast kui ka EIÕKist. Hartaga tunnustatud õiguste ja vabaduste teostamist tohib harta artikkel 52

²⁰³ Vt selle kohta nt EKo C-479/04, *Laserdisken ApS versus Kulturministeriet*, ECLI:EU:C:2006:549, p 65.

²⁰⁴ EIKo 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. vs. Portugal*, p 72; EIKo 28743/03, *Melnychuk vs. Ukraina*, p 3; EIKo 19247/03, *Balan vs. Moldova*, p 34.

lõike 1 kohaselt piirata mh teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitseks. EIÕK artikkel 10 teise lõigu kohaselt võidakse omandiõigust piirata mh kaasinimeste õiguste kaitseks.

Euroopa Inimõiguste Kohus (EIK) kaalus esimest korda väljendusvabaduse õigust 1962. a kohtuasjas *Becker vs Belgia*.²⁰⁵ Juba ammu on EIK sedastanud, et väljendusvabadus on tagatud igapäevase sõltumata sellest, kas teave on ärilise olemusega või mitte²⁰⁶ ning kas väljendusvabaduse kasutaja tegevuse eesmärk on kasumi teenimine või mitte.²⁰⁷ *Handyside*'i kohtuasjast pärineb tuntud tõdemus: „Väljendusvabadus kehtib mitte ainult "teabe" või "ideede" kohta, mida tunnetatakse soodsalt või mida peetakse mittesolvavaks või ükskõikseks, vaid ka nende suhtes, mis solvavad, šokeerivad või häirivad riiki või selle elanikkonda.“²⁰⁸ Tänapäevale sarnast väljendusvabaduse ja autoriõiguse konkurentsi esialgu ei täheldatud ning autoriõigust käsitati pigem väljendusvabaduse toetajana.²⁰⁹ Infoühiskonnas on olukord muutunud. Väljendusvabaduse ja autoriõiguse konkurentsi reguleerimise suhtes olid oluliseks tähtsuseks kaks 2013. aasta EIK-i otsust. *Ashby Donald jt vs Prantsusmaa*²¹⁰ avaldasid fotograafid internetis fotosid moेतendusest ilma etenduse loojate loata. EIK leidis esmakordselt just selles lahendis, et autoriõiguse rikkumise (loata reprodutseerimine või üldsusele kättesaadavaks tegemine) eest süüdi mõistmine on käsitatav EIÕK artiklis 10 sätestatud väljendusvabaduse õiguse riivena.²¹¹ Sama järeltas kohus järgnenud *Pirate Bay* lahendis,²¹² korrates mitmeid väljendusvabaduse õiguse ulatust ja olemust käsitlevaid põhimõtteid.²¹³ Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste seisukohast on oluline, et internet mängib olulist rolli avalikkusele uudiste kättesaadavuse suurenemisel,²¹⁴ kusjuures ka info edastamise ja vastuvõtmise vahenditele seatavad piirangud on artikkel 10 kohaldamisalas, kuna nendega kaasneb paratamatult info edastamise ja vastuvõtmise õiguse riive.²¹⁵

²⁰⁵ Mendel, T. A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights, p 4, <https://rm.coe.int/16806f5bb3> (01.04.2020); EIKo 214/56, *Becker vs Belgia*.

²⁰⁶ EIKo 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH ja Klaus Beermann vs. Saksamaa*, p 26.

²⁰⁷ EIKo 15450/89, *Casado Coca vs. Hispaania*, p 35.

²⁰⁸ EIKo 5493/72, *Handyside vs. Ühendkuningriik*, p 49.

²⁰⁹ Samuelson, P. Copyright and freedom of expression in historical perspective. – J. Intell. Prop. L., 2003, 10, pp 319-344, p 319.

²¹⁰ EIKo 36769/08, *Ashby Donald jt vs. Prantsusmaa*.

²¹¹ *Ibid.*, p 34.

²¹² EIKo 40397/12, *Fredrik Neij ja Peter Sunde Kolmisoppi (Pirate Bay) vs. Rootsi*.

²¹³ *Ibid.*, p A.

²¹⁴ Vt nt EIKo 3002/03 ja 23676/03, *Times Newspapers Ltd vs. Ühendkuningriik*, p 27; EIKo 36769/08, *Ashby Donald jt vs. Prantsusmaa*, p 34.

²¹⁵ EIKo 22479/93, *Öztürk vs. Türgi*, p 49; EIKo 12726/87, *Autronic AG vs. Šveits*, p 47; EIKo 3111/10, *Ahmet Yildirim vs. Türgi*, p 50.

Kuna autoriõiguste kaitse on käsitatav väljendusvabaduse riivena, on see õiguspärane vaid juhul, kui läbib edukalt kolmeastmelise testi: põhiõiguse piirang peab tulenema seadusest, omama asjaomases normis sätestatud legitiimset eesmärki ning olema vajalik demokraatlikus ühiskonnas (sobiv, vajalik ja mõõdukas ehk proportsionaalne kitsamas tähenduses). See järeldus tuleneb selgelt kohtupraktikast,²¹⁶ erialakirjandusest²¹⁷ ja Euroopa Liidu Nõukogu juhistest²¹⁸ ning on tuletatav ka hartast²¹⁹ ja EIÕKist.²²⁰ Kui autoriõiguste kaitsega kaasneb väljendusvabaduse riive, peavad sellisel juhul olema täidetud kõik kolm kumulatiivset tingimust.²²¹

Piirangu seadusest tulenemise kriteerium²²² tähendab seadusliku aluse olemasolu, kuid piirangut lubav seadus peab lisaks vastama teatavatele kvaliteedinõuete. See peab vastama õiguskindluse ja ettenähtavuse põhimõtetele ning olema kõigile kättesaadav.²²³ Seejuures tähendab „ettenähtavus“, et norm on formuleeritud piisavalt täpselt, võimaldamaks igäühel (vajaduse korral asjakohast nõuannet kuulates) konkreetses olukorras piisaval määral näha ette tagajärgi, mis võivad teatud käitumisele järgneda. Sellised tagajärjed ei pea olema absoluutse kindlusega ettenähtavad.²²⁴

Eestis on autoriõigused sätestatud autoriõiguse seaduses (AutÕS), mis reguleerib ka tsiviilõiguslikku vastutust. AutÕS § 81⁷ lg 1 võimaldab mh nõuda teose või autoriõigusega kaasnevate õiguste objekti õigusvastase kasutamise lõpetamist ja edasisest rikkumisest hoidumist. VÕS § 1055 lg 3 võimaldab autoriõiguse või autoriõigusega kaasneva õiguse rikkumise korral nõuda rikkumisest hoidumist tulevikus rikkujalt ja isikult, kelle teenuseid kolmas isik kasutas õiguse rikkumise eesmärgil. Sama paragrahvi esimene lõige võimaldab nõuda kestva rikkumise lõpetamist. Karistusõiguslik vastutus intellektuaalomandi vastaste süütegude eest on sätestatud karistusseadustiku (KarS) 14. peatükis. DSM direktiivis sätestatu

²¹⁶ vt nt EIKo 12726/87, *Autronic AG vs. Šveits*, p 47; EIKo 3111/10, *Ahmet Yildirim vs. Türgi*, p 56; EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*, p 70.

²¹⁷ Sweeney, J. A. Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights. – Legal Issues of Econ. Integration, 2007, 34, pp 27-52, p. 30.

²¹⁸ Euroopa Liidu Nõukogu. EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, p 5.

²¹⁹ Harta art 52 lg 1.

²²⁰ EIÕK art 10 lg 2.

²²¹ Vt nt EIKo 36769/08, *Ashby Donald jt vs. Prantsusmaa*, p 35.

²²² Vt lähemalt EIKo 6538/74, *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 47-49; EIKo 11801/85, *Kruslin vs. Prantsusmaa*, p 27 sisaldab EIK-i lähenemise kokkuvõtet.

²²³ Euroopa Liidu Nõukogu, p 5; Romero-Moreno, F. ‘Upload filters’, p 13; samuti EIKo *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 49; EIKo 75615/01, *Stefanec vs. Tšehhi*, p 41; EIKo 3111/10, *Ahmet Yildirim vs. Türgi*, p 57; EIKo 2668/07 jt, *Dink vs. Türgi*, p 114.

²²⁴ EIKo 50084/06, *RTBF vs. Belgia*, p 103, EIKo 27520/07, *Altuğ Taner Akçam vs. Türgi*, p 87, 25 October 2011; EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*, p 71. Ettenähtavuse kriteeriumi rikkumise näitena vt nt EIKo 3111/10, *Ahmet Yildirim vs. Türgi*, p 57-70.

tuleb piirangu seadusest tulenemise kriteeriumi täitmiseks lisada autoriõiguse seadusesse. Märkimisväärselt vähe käsitlust on erialakirjanduses leidnud aga see, kuidas seda täpsemalt teha. Eestis asuvad ainuõigused ning vastutus erinevates AutÕS peatükkides. Kuna DSM direktiivi artikkel 17 sisaldab mõlemaid, on üheks võimaluseks direktiivi sätteid vastavalt kaheks jagada ning kahes osas autoriõiguse seadusesse lisada. Teine võimalus oleks luua täiesti eraldiseisev peatükk või jagu veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustuste ja vastutuse kohta. Käesoleva töö autori hinnangul tuleks valida võimalus, mis tagab suurema õigusselguse. DSM direktiivi artiklist 17 tulenev peaks AutÕS-is olema kergesti leitav ning sobituma üheselt mõistetavuse tagamiseks sealsesse struktuuri. Selleks tuleks mõlemad alternatiivid „läbi mängida.“

Erialakirjanduses on avaldatud kahtlust DSM direktiivi artikli 17 vastavusest kättesaadavuse ja ettenähtavuse kriteeriumitele. Esimene seisneb asjaolus, et direktiivist ei nähtu autoriõigusega kaitstavad teosed.²²⁵ Käesoleva töö autor ei näe nimetatud probleemi. Otseselt direktiivi teksti kaudu ei ole kaitstavad teosed tõepoolest üldsusele kättesaadavad, kuid liikmesriikides võetakse direktiivi sätteid üle juba olemasolevasse autoriõiguse normistikku. Lisades DSM direktiivis sätestatu AutÕS-i, on seal kättesaadav kogu väljendusvabaduse piiranguna käsitatav teave.

Ettenähtavuse probleem seisneb erialakirjanduses avaldatud seisukoha põhjal selles, et DSM direktiivist ei tulene kasutajate informeerimise kohustust filtreerimistarkvara kasutamise tagajärjedest. Kasutajatel peaks olema teada, milliseid andmeid kogutakse ning mis on nende kogumise ja filtreerimistarkvaras analüüsimise tagajärjed. Kui näiteks kasutaja toime pandavate korduvate rikkumiste tuvastamisele järgneb kasutaja failide üles laadimise võimaluse peatamine või seniste üles laadimiste kustutamine, kujutab see intensiivset väljendusvabaduse riivet ning sellised tagajärjed peaksid erialakirjanduse põhjal olema ettenähtavad.²²⁶ Võib arvata, et teavad teavitamise puudujäägid ei too automaatselt kaasa ettenähtavuse kriteeriumi rikkumist, kuid nimetatud probleemidega tuleb DSM direktiivi ülevõtmisel arvestada ning neid võimalusel ennetada. Tegemist on eelkõige andmekaitse küsimusega, mistõttu see käesolevas töös põhjalikumat käsitlust ei leia. Võimaliku ohu tuvastamine peaks juba iseenesest selle ennetamisele oluliselt kaasa aitama.

Legitiimse eesmärgi olemasolu on vajalik kõigi põhiõiguste riivete korral, kuid nende võimalik sisu on erinev. Autoriõiguse kaitse on selgelt piirang „kaasinimeste õiguste kaitseks“ EIÕK

²²⁵ Romero-Moreno, F. 'Upload filters', p 13-14.

²²⁶ Ibidem, p 14-15.

artikkel 10 lõike 2 tähenduses ning „teiste isikute õiguste kaitseks“ harta artikkel 52 lõike 1 tähenduses. Artikli 17 regulatsiooni eesmärgiks olev autoriõiguste kaitse on seega legitiimseks väljendusvabaduse põhimõtte piirajaks.

Kolmas kriteerium – vajalikkus demokraatlikus ühiskonnas – nõuab läbi nn proportsionaalsuse testi erinevate põhiõiguste vahel optimaalse tasakaalu saavutamist. Proportsionaalsuse printsiip on leidnud ulatuslikku kajastust kirjanduses²²⁷ ning kasutust kohtupraktikas.²²⁸ Väljendusvabadust tagava EIÕK artikkel 10 kontekstis käsitles EIK „vajalikkust demokraatlikus ühiskonnas“ esmakordselt 1976. aastal *Handyside*’i kohtuasjas²²⁹. Sellest alates on välja kujunenud selged põhimõtted. Piirang peab vastama pakilisele ühiskondlikule vajadusele (*pressing social need*).²³⁰

Vajalikkuse demokraatlikus ühiskonnas ehk pakilise ühiskondliku vajaduse hindamisel lähtuvad nii EIK kui ka Euroopa Kohus nn kaalutlusruumi (*margin of appreciation*) doktriinist.²³¹ Kuna tegemist on põhiõiguste konkurentsi olukorraga, on liikmesriikidel kohtupraktika kohaselt ulatuslik kaalutlusruum.²³² See tuleneb asjaolust, et liikmesriigid on EIK-iga võrreldes reeglina paremas positsioonis, hindamaks piirangu sobilikkust ja vajalikkust, kuna nad on paremini kursis riigisiseste faktiliste asjaoludega.²³³ Kaalutlusruum on eriti lai, kui väljendusvabaduse kasutajad tegutsevad ärilisel eesmärgil, ning kitsam, kui väljendusvabadust kasutatakse üldsuse huvides olevatel teemadel, eriti poliitilises väljenduses või debatis.²³⁴ Seejuures sõltub konkreetse olukorra asjaoludest, kas väljendusvabaduse kasutamine toimub üldsuse huvides.²³⁵

²²⁷ Vt nt Sweet, A. S., Mathews, J. Proportionality balancing and global constitutionalism. – Colum. J. Transnat'l L, 2008, 47, pp 72-164; Sauter, W. Proportionality in EU law: a balancing act? – Cambridge yearbook of European legal studies, 2013, 15, pp 439-466; Jans, J. H. Proportionality revisited. – Legal Issues of Econ. Integration, 2000, 27(3), pp 239-265.

²²⁸ EL õigusega seonduvalt viidatakse esimese proportsionaalsuse testi kohaldamise kaigusena: EKo C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH versus Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114; vt nt Sauter, W., p 446.

²²⁹ EIKo 5493/72, *Handyside vs. Ühendkuningriik*.

²³⁰ EIKo, *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 50; EIKo 40397/12, *Pirate Bay*, p D; EIKo 13585/88, *Observer ja Guardian vs. Ühendkuningriik*, p 71.

²³¹ Vt põhjalikumalt Gerards, J. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. – Human Rights Law Review, 2018, Volume 18, Issue 3, pp 495–515. <https://doi-org.ezproxy.utlib.ut.ee/10.1093/hrlr/ngy017> (01.04.2020).

²³² Nt EIKo 36769/08, *Ashby Donald jt vs. Prantsusmaa*, p 38; EIKo 39954/08, *Axel Springer AG vs. Saksamaa*, p 88

²³³ EIKo 25088/94 jt, *Chassagnou jt vs. Prantsusmaa*, p 113; samast põhimõttest lähtub ka EIK: EKo C-34/79, *Regina versus Maurice Donald Henn ja John Frederick Ernest Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, p. 15.

²³⁴ EIKo 16354/06, *Mouvement raëlien suisse vs. Šveits*, p 61.

²³⁵ EIKo 39954/08, *Axel Springer AG vs. Saksamaa*, p 90.

Proportsionaalsuse põhimõtte koosneb kolmest alamkriteeriumist: piirang peab olema sobilik, vajalik ja mõõdukas ehk proportsionaalne kitsamas tähenduses.²³⁶ Põhiõigusi piiravad meetmed peavad taotletava eesmärgi saavutamiseks olema sobivad ega tohi minna kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks vajalik.²³⁷ Kõik alamkriteeriumid väljendavad optimeerimise ideed, kusjuures sobilikkus ja vajalikkus tähendavad optimeerimist faktiliste võimaluste suhtes ning mõõdukus õiguslike võimaluste suhtes.²³⁸

Abinõu ei ole tuntud määratluse kohaselt sobiv, kui ta ei aita eesmärgi saavutamisele kaasa. Robert Alexy on toonud esile, et tegemist on majandusteooriast tuntud Pareto-optimaalsuse väljendusega.²³⁹ Pareto-optimaalne on selline olukord (majanduses klassikaliselt ressurside jaotus), mille puhul ei saa kellegi olukorda parandada, halvendamata samal ajal kellegi teise olukorda. Praktikast on väga harvad juhtumid, kus abinõu sobilikkuse kriteeriumi taha takerdub. DSM direktiivist tulenevad nõuded on kahtluseta sobivad autoriõiguste kaitse tagamisel.

Vajalik on selline abinõu, mille puhul ei esine teist vähemalt sama tõhusalt eesmärki täitvat abinõud, millega kaasnevad väiksemad põhiõiguse piirangud. Jällegi on tegemist Pareto-optimaalsuse tingimusega.²⁴⁰ Kui abinõu A on küll autoriõiguse kaitseks sobiv, kuid abinõu B on sama sobiv ja samal ajal piirab väljendusvabadust vähem, ei ole abinõu A Pareto-optimaalne.

Nagu peatüki alguses mainitud, peab veebisisu jagamise teenuse osutaja nii rikkumised lõpetama, kui ka neid ennetama.²⁴¹ Esimene on väljendusvabadust vähem piirav, kuid see ei ole autoriõiguste kaitsel sama efektiivne. Rikkumiste lõpetamine toimub õiguste omajate teate alusel, mistõttu võib kaitstud teos olla pikalt üldsusele kättesaadav, enne kui õiguste omaja sellest teada saab. Paljudest rikkumistest ei saa õiguste omajad kunagi teada. Samal ajal rikkumisi ennetava kohustuse puhul need üldse aset ei leiagi. Ka rikkumisi ennetavaid kohustusi on kahte tüüpi: ühe puhul tuleb ennetada vaid konkreetse rikkumise kordumist, teisel juhul ka muid rikkumisi, mille ennetamiseks on õiguste omajad andnud asjakohast ja vajalikku teavet. Esimene piirab väljendusvabadust vähem, kuid on autoriõiguste kaitsel vähem

²³⁶ Vt lähemalt nt Jans, Jan H., p. 239.

²³⁷ EKo C-92/09 ja C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR*, ECLI:EU:C:2010:662, p 74; EKo C-58/08, *Vodafone Ltd jt versus Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECLI:EU:C:2010:321, punkt 51 ja seal viidatud kohtupraktika.

²³⁸ Alexy, R. Constitutional rights and proportionality. – *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014 (22), pp 51-65, p 52. <https://doi.org/10.4000/revus.2783> (01.04.2020).

²³⁹ *Ibidem*, p 53.

²⁴⁰ *Ibidem*, p 53-54.

²⁴¹ Vt kohustustest lähemalt alapeatükist 2.3., kust tuleneb, et väljendusvabadust piirab kõige vähem rikkumiste lõpetamise kohustus, sellest enam rikkumiste kordumise ennetamise kohustus ning kõige enam ka muude rikkumiste ennetamise kohustus.

efektiivne, kuna toob kaasa väiksemas mahus rikkumiste ennetamise. Seega veebisisu osutajate kohustuste võrdluses ei esine ühtegi, mis oleks mõne teisega võrreldes väljendusvabadust vähem piirav ning samal ajal vähemalt sama sobiv. Raske on ette kujutada ka muud meetet, mis aitaks autoriõiguste kaitsele kaasa sama hästi nagu nimetatud kohustused, kuid piiraks väljendusvabadust vähem. Erialakirjanduses on pakutud välja, et vajalikkuse kriteeriumist lähtuvalt peaks üleslaadimise filtrid olema suunatud teatava kindla kasutajategrupi (kelle puhul on täheldatav rikkumiste ajalugu) jälgimiseks, kuna sellisel juhul on mõju kasutajate õigustele väiksem.²⁴² Käesoleva töö autori hinnangul ei ole selline meede aga sama efektiivne, kui kõigi kasutajate jälgimine. Seetõttu ei saa ka viimast pidada vajalikkuse kriteeriumiga vastuolus olevaks.

Mõõdukuse ehk proportsionaalsuse kitsamas tähenduses kriteerium tuleb mängu siis, kui kõik varem kirjeldatud kriteeriumid on täidetud. See on olukord, kus Pareto-optimaalsuse põhimõttest ei ole abi. Sellises olukorras on sobivaks meetodiks konkureerivate õiguste kaalumine. Kaalumise doktriin eristab *ad hoc* ja kategoorilist kaalumist.²⁴³ Kohtud on kaalunud konkreetseid huvisid konkreetsetest asjaoludest lähtuvalt (*ad hoc*).

„Kaalumise seadus“ (*Law of Balancing*) ütleb, et mida suurem on ühe põhimõtte mittetäidetuse või kahjustamise, seda suurem peab olema teise põhimõtte täidetuse olulisus.²⁴⁴ Sellest nähtub, et kaalumine koosneb kolmest etapist. Esimeses tuvastatakse ühe põhimõtte mittetäidetuse või kahjustamise tase. Teises tuvastatakse konkureeriva põhimõtte täidetuse olulisus. Kolmandas toimub esimestes etappides tuvastatu võrdlus, mille abil hinnatakse, kas konkureeriva põhimõtte täidetuse olulisus õigustab esimese põhimõtte mittetäidetust või kahjustamist. Oluline ei ole seega mitte niivõrd riivatud põhimõtte sisemine väärtus, vaid just riive ulatus.²⁴⁵

Euroopa Kohus on korduvalt sedastanud, et konkureerivate põhiõiguste vahel tuleb leida õiglane tasakaal (*fair balance*). Rohkelt viidatud *Promusicae* lahendis leidis kohus, et

²⁴² Romero-Moreno, p 16.

²⁴³ Vt nt Aleinikoff, T. A. Constitutional law in the age of balancing. – Yale Ij, 1986, 96, pp 943-1006, p 948; Angelopoulos, C. Are Blocking Injunctions against ISPs Allowed in Europe? Copyright Enforcement in the Post-Telekabel EU Legal Landscape. – Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Volume 9, Issue 10, pp 812–821, p 819; Angelopoulos, C., Smet, S. Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. – Journal of Media Law, 8:2, pp 266-301, DOI: 10.1080/17577632.2016.1240957.

²⁴⁴ Groussot, X. Case C-275/06, Productores de Musica de Espana (Promusicae) v. Telefonica de Espana SAU, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 January 2008, Not Yet Reported. – Common Market L. Rev., 2008, 45, pp 1745-1766, p. 1760.

²⁴⁵ De Vries, S.A. Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice. – Utrecht Law Review, 2013, 9(1), pp. 169–192, p 170. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.220> (01.04.2020).

liikmesriigid peavad direktiivide ülevõtmisel jälgima, et nad tugineksid asjaomaste direktiivide sellisele tõlgendusele, mis võimaldab tagada tasakaalu erinevate ühenduse õiguskorras kaitstud põhiõiguste vahel. Täpsemalt ütles kohus, et liikmesriigi ametiasutused ja kohtud peavad autoriõiguse omajate kaitseks kehtestatud meetmete osas tagama õiglase tasakaalu selle õiguse kaitse ja nende meetmetega mõjutatud isikute põhiõiguste kaitse vahel.²⁴⁶ Enamasti puuduvad lahendites siiski selle tasakaalu saavutamiseks selged juhtnöörid (*margin of appreciation* doktriin!). *Promusicae* lahendis jättis kohus kaalumise lihtsalt liikmesriikidele²⁴⁷ ning *L'Oreal* lahendis ei nimetanud isegi konkureerivaid põhiõiguseid.²⁴⁸ Viidatud on kaasuste juhtumipõhise lahendamise vajalikkusele²⁴⁹ ning rõhutatud, et õiguste põhiolemus ei tohi kannatada.²⁵⁰ Seetõttu on Euroopa Kohus saanud erialakirjanduses ka parasjagu kriitikat.²⁵¹

Teatavaid juhtnööre on kohus siiski andnud. *UPC Telekabel Wien* lahendi kohaselt tuleb saavutada korraga kaks tulemust. Õiglane tasakaal on saavutatud, kui võetavad meetmed: a) ei võta internetikasutajatelt põhjendamatult seaduslikku juurdepääsu kättesaadavale informatsioonile, ja b) takistavad keelatud juurdepääsu autoriõigustega kaitstud sisule või vähemalt muudavad selle raskeks.²⁵² *Scarleti* ja *Netlogi* kohtuasjad puudutasid riigisiseste kohtute ettekirjutusi, mis sätestasid internetiteenuse osutajatele (vahendajatele) autoriõiguste kaitseks filtreerimiskohustuse. Kohus leidis, et ettekirjutus võib rikkuda kasutajate väljendusvabadust, kuna filtreerimissüsteem ei pruugi adekvaatselt eristada õiguspärast ja õigusvastast sisu, mis võib viia õiguspärase sisu blokeerimiseni.²⁵³

EIK-i lähenemine kaalumisele on struktureeritum²⁵⁴, kuid juhtnöörid leiduvad mitte autoriõiguse kaasustes, vaid eelkõige kahes solvavaid netikommentaare puudutavas lahendis. *Delfi vs Eesti* kohtuasjas²⁵⁵ tõi EIK esile neli tegurit, millega kaalumisel arvestada: kommentaaride kontekst, internetiplatormi võetud meetmed laimavate kommentaaride vältimiseks või kõrvaldamiseks, kommentaaride tegelike koostajate vastutus alternatiivina

²⁴⁶ EKo C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54, p-d 68 ja 70.

²⁴⁷ Ibidem, p 68.

²⁴⁸ EKo C-324/09, *L'Oréal*, p 143.

²⁴⁹ EKo C-461/10, *Bonnier Audio AB jt versus Perfect Communication Sweden AB*, ECLI:EU:C:2012:219, p-d 59 ja 61.

²⁵⁰ EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*, p 110; EKo C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, p 51.

²⁵¹ Vt nt Griffiths, J. Constitutionalising or harmonising? The Court of Justice, the right to property and European copyright law. 2013, 38, pp 65-78. <https://ssrn.com/abstract=2217562> (01.04.2020).

²⁵² EKo C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, p 63.

²⁵³ EKo C-70/10, *Scarlet*, p 52.

²⁵⁴ Angelopoulos, C., Smet, S., p 274.

²⁵⁵ EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*.

platvormi vastutusele ning riigisisese menetluse tagajärjed platvormi jaoks.²⁵⁶ *MTE vs Ungari*²⁵⁷ kohtuasjas lisas kohus viienda teguri: kommentaari tagajärjed „ohvri“ jaoks; ning täpsustas konteksti faktorit kommentaari sisu mõõtega.²⁵⁸ Nimetatud tegurite rakendatavus autoriõiguse kontekstis pole üheselt selge, võttes eriti arvesse asjaolu, et sarnaste asjaoludega kaasustes jõudis EIK täiesti vastupidistele järeldustele.

Eelneva põhjal võib järeldada, et veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused autoriõiguse kaitsel on legitiimseks, sobivaks ja vajalikuks väljendusvabaduse piiranguks. Piirangu seadusest tulenev kriteeriumi täitmiseks on DSM direktiivi sätete ülevõtmisel oluline jälgida, et kasutajatele oleks ettenähtavad õigusvastaste üleslaadimiste tagajärjed. Eelkõige tuleb selleks täita andmekaitse nõudeid, kuid kasutajale peab olema ka ettenähtav temapoolsele rikkumisele järgnev võimalik tulevaste üleslaadimiste piiramine või olemasolevate blokeerimine. Piirangu õiguspärasus taandub enamasti autoriõiguse ja väljendusvabaduse piirangu kaalumisele konkreetsel juhul. Selles osas on juhtnööre seni veel vähe. Eelkõige on küsitav filtreerimissüsteemi rakendamise kohustuse õiguspärasus, kuna filtreerimistarkvara ei pruugi adekvaatselt eristada õiguspärast ja õigusvastast sisu, mis võib viia õiguspärase sisu blokeerimiseni.

2.2.2. Veebisisu jagamise teenuse osutajatelt nõutav autoriõiguse kaitse tema ettevõtlusvabaduse piiranguna

Ettevõtlusvabadus on sätestatud harta artiklis 16, mis sätestab, et ettevõtlusvabadust tunnustatakse liidu õiguse ning siseriiklike õigusaktide ja tavade kohaselt. Õigus on sõnastatud küll abstraktselt, kuid seda on sisustanud kohtupraktika, mille kohaselt hõlmab ettevõtlusvabadus endas iga ettevõtja õigust oma majandus-, tehnilisi ja finantsressursse vabalt käsutada, vastutuse piires, mida ta kannab omaenda tegude eest.²⁵⁹ EIÕK ei sisalda ettevõtlusvabaduse õigust.

Tegemist ei ole absoluutse õigusega, mistõttu on seda võimalik piirata. Harta artikkel 52 lõike 1 kohaselt saab ettevõtlusvabadust piirata mh teiste isikute õiguste kaitseks. Veebisisu jagamise teenuse osutajate kohustused on kehtestatud autoriõiguste kaitseks. Piirangu seadusest

²⁵⁶ Ibid., p 142.

²⁵⁷ EIKo 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) ja Index.hu Zrt vs. Ungari*.

²⁵⁸ Ibid., p 68-69.

²⁵⁹ EKO C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, p 49.

tulenemise kriteerium, sobivus ja vajalikkus ei erine alapeatükis 2.2.1. kirjeldatust. Proportsionaalsuse kitsamas tähenduses ehk mõõdukuse seisukohast on kohtud *Promusicae* lahandile viidates leidnud, et tagada tuleb ettevõtlusvabaduse õiglane tasakaal autoriõiguse omajatele kuuluvate intellektuaalomandi õiguste kaitsega. Seejuures on Euroopa Kohus intellektuaalomandi õiguse puhul eelkõige analüüsinud selle õiglast tasakaalu just ettevõtlusvabadusega.²⁶⁰

UPC Telekabel Wien kohtuasjas leidis kohus, et veebilehe blokeerimist nõudev ettekirjutus ei olnud internetiühenduse pakkuja ettevõtlusvabaduse rikkumine. Konkreetne ettekirjutus kohustas adressaati vaid lõpptulemuseks, jättes meetmed tema valida. Samuti võimaldas ettekirjutus selle adressaadil vabaneda vastutusest, kui ta tõendab, et ta on võtnud kõik jõukohased meetmed. Seega ei pidanud ettekirjutuse adressaat tooma talumatuid ohvreid.²⁶¹

Scarleti ja *Netlogi* kohtuasjades tähendas ettekirjutuse adressaadile pandud kohustus seda, et autoriõiguse omajate huvides tuleb jälgida kogu internetiühenduse pakkuja võrgus toimuvat elektroonilist sidet, kusjuures jälgimine on ajaliselt piiramata, hõlmab kõiki tulevikus toimuda võivaid rikkumisi ja tähendab seda, et kaitsta tuleb mitte üksnes olemasolevaid teoseid, vaid ka tulevaseid teoseid, mida ei ole selle süsteemi rakendamise hetkeks veel loodud.²⁶² See tähendanuks kohtu hinnangul ettevõtlusvabaduse ilmselget rikkumist, sest see kohustaks teenuseosutajat ainult enda kulul rakendama keeruka, kuluka ja püsiva infotehnoloogilise süsteemi.

Eelneva põhjal võib järeldada, et veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused autoriõiguse kaitseks on seadusest tulenevaks, legitiimseks, sobivaks ja vajalikuks väljendusvabaduse piiranguks. Piirangu õiguspärasus taandub enamasti autoriõiguse ja ettevõtlusvabaduse piirangu kaalumisele konkreetsel juhul. Eelkõige on küsitav filtreerimissüsteemi rakendamise kohustuse õiguspärasus, kuna *Scarleti* ja *Netlogi* lahendite põhjal ei ole proportsionaalne veebisisu jagamise teenuse osutajatele keeruka, kuluka ja püsiva kohustuse kehtestamine, kuid puuduvad selged kriteeriumid otsustamiseks, millised kulud on liiga suured.

²⁶⁰ Micara, A.G. Online piracy and human rights: reflections on the European approach. – Current Politics & Economics of Europe, 2017, Vol. 28 Issue 3/4, pp 229-266, p 253-254.

²⁶¹ EKo C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, p 51-54.

²⁶² EKo C-70/10, *Scarlet*, p 48; EKo C-360/10, *Netlog*, p 46.

2.3. Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustused olukorras, kus luba ei ole

2.3.1. Veebisisu jagamise teenuse osutajalt eeldatav pingutus loa saamiseks

Loa saamise nõue ei ole absoluutne. Ebareaalne oleks nõuda, et veebisisu jagamise teenuse osutajad hangiksid loa absoluutselt kõigilt autoriõiguste omajatelt, kelle teoseid potentsiaalselt nende veebisaitidele võidakse üles laadida.²⁶³ Veebisisu jagamise teenuse osutajad peavad tegema suurimaid võimalikke pingutusi, et luba saada (artikli 17 lõike 4 punkt a). Hindamaks, kas „suurima võimaliku pingutuse“ kriteerium on täidetud tuleb artikli 17 lõike 5 kohaselt võtta proportsionaalsuse põhimõtet arvestades arvesse mh a) teenuste liiki, tarbijaid ja mahtu ning teenuse kasutajate poolt üles laaditud teoste või muu materjali liiki ning b) sobivate ja tõhusate vahendite maksumust ja kättesaadavust teenuseosutajale. Kriteeriumi sisustamisel on abiks ka põhjenduspunkt 66, mis selgitab, et sisu liigist sõltuvalt võivad olla autoriõigusega kaitstud sisu loata kättesaadavuse vältimiseks asjakohased ja proportsionaalsed erinevad vahendid.

Veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustus loa hankimisel on jagatav kolme etappi. Kõigepealt peab ta tuvastama oma platvormile laaditud luba vajavad teosed, seejärel tuvastama isikud, kes omavad autoriõigusi nendele teostele ning lõpuks asuma nendega heauskselt läbirääkimistesse. Teoste tuvastamise staadiumis tekib aga artiklis 17 tugev sisemine vastuolo. Luba vajavate teoste tuvastamiseks on vajalik kogu sisu kontrollimine. See on aga selge üldise jälgimiskohustuse keelu rikkumine. Käesolevas töös on soovitatud tõlgendada üldist jälgimiskohustust kitsalt, mistõttu on kogu sisu konkreetsetel eesmärkil jälgimine käsitatav jälgimisega erijuhul. Kui aga on vajalik kogu sisu kontrollimine absoluutselt igasuguste luba vajavate materjalide tuvastamise eesmärkil, ei tule erijuht kõne alla. Siinkohal on kummaline, et ingliskeelses erialakirjanduses ei ole nimetatud probleemi peaaegu kordagi tõstatatud. Üksikuteks eranditeks on saksakeelsetel allikatel põhinevad artiklid. Saksakeelses erialakirjanduses on probleemi teadvustatud ning lahendusi otsitud. Näiteks Volkmann on avaldanud arvamust, et „suurima võimaliku pingutuse“ mõistet tuleks tõlgendada lõikest 8 tulenevat üldise jälgimiskohustuse keeldu arvestades.²⁶⁴ Sellist lähenemist on siiski peetud raskesti teostatavaks ning artikli 17 sõnastuse ja süsteemiga mitte haakuvaks.²⁶⁵

²⁶³ Angelopoulos, C., Quintais, J. P., p 148.

²⁶⁴ Volkmann, C. Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet? – Computer und Recht, 2019, 35(6), pp 376-384. [viidatud Spindler, G, p 359 kaudu].

²⁶⁵ Spindler, G, p 359.

Käesoleva töö autori hinnangul tuleks siiski lähtuda Volkmani lähenemisest. Autori hinnangul tuleneb selline järeldus artikli 17 süstemaatilise tõlgendamise ning on vajalik artikli sisemiste vastuolude vältimiseks. See tähendab, et veebisisu jagamise teenuse osutajalt saab nõuda vaid sellist sisu jälgimist, mille eesmärgiks on tuvastada, kas veebisaidil on konkreetseid luba vajavaid teoseid. Sellest tuleneb, et teenuseostajad ei pea luba vajavate teoste tuvastamiseks kogu sisu kontrollima. Eelkõige piirdub nende jälgimistegevus teostega, mille puhul on võimalik litsentsileping sõlmida kollektiivse esindamise organisatsioonidega. Praktikasse hakkavad kollektiivse esindamise organisatsioonid ja osad õiguste omajad ka otse suuremate veebisisu jagamise teenuse osutajate poole pöörduma, et litsentsilepingute sõlmimiseks läbirääkimistesse asuda. Seetõttu ei tohiks eelnev luba vajavate teoste tuvastamise kohustuse kitsas tõlgendus praktikasse litsentsilepingute sõlmimist oluliselt piirata.

Loa hankimise etapis tuleb õiguste omaja tuvastada ning temaga läbirääkimistesse asuda. Õiguste omaja tuvastamisel ei saa veebisisu jagamise teenuse osutajalt nõuda ülemäärast pingutust, vaid ainult sellist, mis on kooskõlas artikli 17 lõikest 5 tuleneva proportsionaalsuse põhimõttega. Euroopa Komisjoni korraldatud sidusgruppide dialoogidel avaldati korduvalt arvamust, et „suurim võimalik pingutus“ peaks sisaldama pingutust, hankimaks luba kollektiivse esindamise organisatsioonidelt. Sarnasele järeldusele on jõutud ka erialakirjanduses.²⁶⁶ Käesoleva töö autori hinnangul tulekski nimetatud lähenemine võtta lähtepunktiks. Õigusselguse huvides võib näiteks AutÕS-is sätestada, et kollektiivse esindamise organisatsioonidega läbirääkimistesse asumine on eelduslikult piisav veebisisu jagamise teenuse osutajalt nõutav pingutus. Need õiguste omajad, kes ei ole volitanud kollektiivse esindamise organisatsiooni ennast esindama ega ole nende liikmed, ei jää toodud põhimõtte valguses litsentsilepingute sõlmimisest tingimata kõrvale. Nad saavad soovi korral veebisisu jagamise teenuse osutajaga ise läbirääkimistesse asuda. Täiendava võimaluse pakub veel DSM direktiivi artiklis 12 sätestatud laiendatud kollektiivne litsentsimine.

Olukorras, kus kollektiivse esindamise mehhanismi kasutamise võimalus puudub, peaks veebisisu jagamise teenuse osutaja initsiatiiv erialakirjanduse põhjal piirduma teada olevate autoritega läbirääkimistesse asumisega. Suhteliselt tundmatute teoste autorite tuvastamist aga eeldada ei saa. Loomulikult peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad asuma läbirääkimistesse ka juhul, kui see toimub mõne varem teadmata oleva õiguste omaja algatusel.²⁶⁷ Käesoleva töö autori hinnangul peaks nimetatud põhimõtted kehtima ka olukorras,

²⁶⁶ Spindler, G., p 348; Grisse, K., p 293.

²⁶⁷ Grisse, K., p 893.

kus kollektiivse litsentsimise mehhanismid on olemas. Sel juhul lisanduvad kollektiivse esindamise organisatsioonid ülal nimetatud läbirääkimiste partnerite nimekirjale.

Alternatiivina on erialakirjanduses välja pakutud riikliku registri loomise idee. Õiguste omajad saaksid seal oma õigused masinloetavas vormis registreerida. Sellisel juhul oleks võimalik kehtestada eeldus, et veebisisu jagamise teenuse osutaja täidab oma loa hankimiseks tehtava pingutuse kohustust, asudes läbirääkimistesse nimekirja kuuluvate õiguste omajatega.²⁶⁸ Käesoleva töö autori hinnangul on tegemist ideega, mida Eesti seadusandja võiks kaaluda. Nimetatud lähenemine suurendaks teenuseosutajate õiguskindlust.

Suurima võimaliku pingutuse kriteerium hõlmab ka heas usus läbirääkimiste pidamist. Litsentsilepingud peaksid põhjenduspunkti 61 kohaselt olema õiglased ja säilitama mõistliku tasakaalu mõlema poole vahel. Õiguste omajad peaksid saama oma teoste ja muu materjali kasutamise eest kohast tasu. Erialakirjanduses on leitud, et veebisisu jagamise teenuse osutaja peaks sõlmima litsentsilepingu kõigiga, kes on valmis seda mõistlikel tingimustel tegema.²⁶⁹ „Mõistlikud tingimused“ on aga määratlemata õigusmõiste. Õiguskindluse tagamiseks tasub kindlasti kaaluda mõiste AutÕS-is konkretiseerimist. Eelkõige peab mõistlik olema tasu, mida õiguste omajad soovivad. Üheks võimaluseks oleks sätestada, et keskmise tasu korral, mida asjaomase sisu puhul makstakse, kehtib mõistliku tasu eeldus.

Loa hankimiseks tehtava pingutuse nõue võib artikkel 17 lõikes 5 sätestatud proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt olla veebisisu jagamise teenuse osutajate lõikes erinev. Suurtelt teenuseosutajatelt võib olla mõistlik eeldada keskmisest suuremaid pingutusi. Väikeste ja uute teenuseosutajate puhul võib teatud tingimustel aga olla piisav, kui nad teevad loa omandamiseks pingutusi alles õiguste omajatelt vastava teate saamisel. Viimati nimetatud võimalus tuleneb põhjenduspunktist 66, mis viitab ka sellele, et nõutava pingutuse sisustamisel omab eeldatavasti rolli sisu liik. Erialakirjanduses on näiteks esile toodud, et muusikatööstuses on litsentsilepingute sõlmimine oluliselt lihtsam kui filmitööstuses.²⁷⁰ Vajalike meetmete täpsem sisustamine jääb kohtupraktika kujundada. Käesoleva töö autor nõustub erialakirjanduses²⁷¹ avaldatud seisukohaga, et riigisisises õiguses tuleks sätestada, et läbirääkimiste pidamise ajal on üldsuse juurdepääs asjaomasele sisule lubatav.

²⁶⁸ Spindler, G., p 363.

²⁶⁹ Visser, D.J.G., p 6.

²⁷⁰ Visser, D.J.G., p 6.

²⁷¹ Spindler, G., p 363.

Kokkuvõtvalt oleks ebareaalne nõuda, et veebisisu jagamise teenuse osutajad hangiksid loa kõigilt autoriõiguste omajatelt, kelle teoseid potentsiaalselt nende veebisaitidele võidakse üles laadida. Suhteliselt tundmatute teoste autorite tuvastamist neilt eeldada ei saa. Eelkõige peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad astuma loa omandamiseks läbirääkimistesse kollektiivse esindamise organisatsioonidega ning teada olevate autoritega. Sellistel õiguste omajatel, kes ei ole volitanud kollektiivse esindamise organisatsioone ennast esindama ega ole nende liikmed, on võimalik veebisisu jagamise teenuse osutajaga ise läbirääkimistesse asuda. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peaks sõlmima litsentsilepingu kõigiga, kes on valmis seda mõistlikel tingimustel tegema. Eelkõige tähendab see, et õiguste omajad peaksid saama oma teoste ja muu materjali kasutamise eest kohast tasu. „Mõistlike tingimuste“ sisu on soovitatav riigisisises õiguses konkretiseerida. Samuti tuleks sätestada, et läbirääkimiste pidamise ajal on üldsuse juurdepääs asjaomasele sisule lubatav.

2.3.2. Kättesaadavaks tehtud teoste ja muu materjali kõrvaldamine

Kui autoriõigustega kaitstud teoste või muu kaitstud materjali üldsusele edastamiseks luba ei ole ning veebisisu jagamise teenuse osutaja on saanud õiguste omajalt rikkumise kohta põhjendatud teate, peab teenuseosutajad tegutsema kiiresti, et muuta teatatud teosed või muu materjal kättesaamatuks või kõrvaldada oma veebisaitidelt (artikkel 17 lõike 4 punkti c esimene tingimus). Tegemist on veebisisu jagamise teenuse osutaja reaktiivse kohustusega, mis tekib õiguste omajatelt teate saamisest alates. Seejuures tuleneb viidatud normist, et kaitstud sisu kõrvaldamise kohustus tekib juhul, kui vastava teate edastab õiguste omaja.

Kohustus tähendab nõ *notice-and-takedown* süsteemi rakendamist. Tegemist ei ole üldsegi uue DSM direktiivist tuleneva kohustusega ega ka autoriõiguse kaitse spetsiifilise kohustusega, vaid see kehtis e-kaubanduse direktiivis sätestatuna ka varem.²⁷² Üldistatult tulenes e-kaubanduse direktiivist, et vahendajast teenuseosutajad (nt veebimajutusteenuse pakkujad) ei vastutanud kasutajate poolt nende veebisaitidele laaditud sisu eest, kuid rikkumisest teada saades oli neil kohustus ilma loata üles laaditud kaitstud sisu kättesaamatuks muuta, kusjuures sisuliselt sellega vahendajate kohustus ka piirdus. Teose või muu materjali kättesaamatuks muutmise protsessi algatas seega õiguste omaja. Teate saamisel oli internetiteenuse pakkuja ülesanne hinnata, kas üles laadimine oli õiguspärane või mitte, ning viimasel juhul oli vajalik üles

²⁷² Kohustus tuleb e-kaubanduse direktiivi artikkel 14 lg 1 p-st b.

laaditud teosed või muu materjal kättesaamatuks muuta. Varasem õigus ega ka DSM direktiiv ei anna täpseid juhiseid *notice-and-takedown* süsteemi rakendamiseks.

Notice-and-takedown süsteem on küll seni olnud hinnatud meetod, kuid sageli on juhitud tähelepanu ka selle puudustele.²⁷³ See ei pruugi alati suuta tagada lõikest 7 tulenevat nõuet, mille kohaselt ei tohi veebisisu jagamise teenuse osutajate ja õiguste omajate vahelise koostöö tõttu muutuda kättesaamatuks kasutajate poolt üles laaditud teosed või muu materjal, millega ei rikota autoriõigusi ja autoriõigusega kaasnevaid õigusi. Selline oht tekib eelkõige olukorras, kus õiguste omaja teade teose või muu materjali üleslaadimise lubamatuses osutub ekslikuks. Kuna rikkumise teate saatmine on väga lihtne ning sellega ei kaasne kulusid või on viimased väga väikesed, kipuvad õiguste omajad vahel seda tegema kergekäeliselt.²⁷⁴ Veebisisu jagamise teenuse osutajatel on jällegi stiimul rikkumise teate saamisel viidatud teoste või muu materjali kättesaamatuks muutmiseks, kuna vastasel juhul võivad nad vastutada autoriõiguse rikkumise eest.²⁷⁵ Seetõttu võib ka õiguspärane sisu kättesaamatuks muutuda. Nii võib juhtuda, et *notice-and-takedown* süsteem osutub mitte „kilbiks teenuseosutajate käes, vaid mõõgaks avalikkuse vastu.“²⁷⁶

Nimetatud probleemi vältimiseks on käesoleva töö autori hinnangul oluline, et veebisisu jagamise teenuse osutaja veendub õiguste omajalt rikkumise kohta põhjendatud teate saamisel kõigepealt rikkumise esinemises. See tähendab esmajoones seda, et veebisisu jagamise teenuse osutaja ei tohiks õiguste omajatelt teoste või muu materjali kättesaamatuks muutmise või kõrvaldamise nõude saamisel seda kergekäeliselt või suisa „pimesi“ täita. Eelnevalt tuleb välja selgitada nõude põhjendus, mille eeltingimusena tuleb anda vaidlustatud teose või muu materjali üles laadinud kasutajale võimalus üleslaadimise õiguspärasust tõhusas menetluses kaitsta. Esitatud protseduuri toetavad artikkel 17 lõikes 9 sätestatud menetluse põhimõtteid.

Seetõttu tuleks veebisisu jagamise teenuse osutaja rikkumiste lõpetamisele suunatud kohustust sisustada selliselt, et see ei esine DSM direktiivis oma tavapärasel *notice-and-takedown* kujul, – kus teate saamisel tuleb vahendajal üleslaadimise õiguspärasust hinnata ning rikkumise

²⁷³ Seltzer, W. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. – Harvard Journal of Law & Technology, 2010, 24, pp 171-232. <https://wendy.seltzer.org/writing/seltzer-chill.pdf> (01.04.2020); Kuczerawy, A. Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative. – Computer Law & Security Review, 2015, 31(1), pp 46-56; Marsoof, A. 'Notice and takedown': a copyright perspective. – Queen Mary Journal of Intellectual Property, 2015, 5(2), pp 183-205.

²⁷⁴ Angelopoulos, C., Smet, S., p 24; Seltzer, W., p 178.

²⁷⁵ Angelopoulos, C., Smet, S., p 24; Seltzer, W., p 205–206; Kuczerawy, A. From 'Notice and Take Down'.

²⁷⁶ Angelopoulos, C., Smet, S., p 24-25; Seltzer, W., p 175.

tuvastamisel teos või muu kaitstud materjal kättesaamatuks muuta, – vaid pigem on tegemist selle kahe tuletise hübriidsüsteemiga. Kui kasutaja tema poolt üles laaditu kättesaamatuks muutmise või kõrvaldamisega nõustub või ei vasta, tuleb õiguste omaja nõue täita – seega rakendub *notice-wait-and-takedown* süsteem. Kui kasutaja väidab oma tegevuse õiguspärane olevat, sõltub vaidlusaluse teose või muu kaitstud materjali kättesaadavaks jätmise vaidluse tulemusest – seega rakendub üldjoontes *notice-and-judicial-takedown* süsteem.²⁷⁷ *Notice-wait-and-takedown* koos õiglase vaidluste lahendamise menetlusega aitab vältida klassikalise *notice-and-takedown* kohustuse puudusi, säilitades samal ajal viimase kasuteguri. See on kasutajate väljendusvabadusega kooskõlas, kuna kättesaamatuks muudetakse teate alusel vaid sisu, mille puhul on tuvastatud selle üldsusele edastamise õigusvastatus. Euroopa Kohus ongi leidnud, et *notice-and-take-down* süsteem, millega kaasneb kiiret reageerimist võimaldav efektiivne menetlus, on paljudel juhtudel sobiv vahend erinevate osapoolte õiguste tasakaalustamisel.²⁷⁸ Selline *notice-and-takedown* toimib kilbina kõigi osapoolte käes.

Kokkuvõtvalt on rikkumiste lõpetamisele suunatud *notice-and-takedown* kohustus tõhusaks autoriõiguste kaitse meetmeks, mis tagab õiglase tasakaalu osapoolte põhiõiguste vahel. Kohustust tuleks sisustada õiguspärase sisu kättesaamatuks muutumist minimeerides. Õiguste omajalt rikkumise kohta põhjendatud teate saamisel tuleb veebisisu jagamise teenuse osutajal anda vaidlustatud teose või muu materjali üles laadinud kasutajale võimalus üleslaadimise väidetav õigusvastatus vaidlustada. Alles juhul, kui kasutaja seda ei tee või kui tõhusas vaidluse lahendamise menetluses leiab üleslaadimise õigusvastatus tõendamist, peaks veebisisu jagamise teenuse osutaja vaidlusaluse materjali veebisaidilt eemaldama.

2.3.3. Teoste ja muu materjali kättesaadavaks tegemise ennetamine

Teoste ja muu materjali kättesaadavaks tegemise ennetamine läheb kaugemale *notice-and-takedown* süsteemist, kus veebisisu jagamise teenuse osutajal on reaktiivne kohustus tegutseda teate alusel, sätestades talle proaktiivse kohustuse tagada, et autoriõiguste rikkumine üldse aset ei leiaks ehk kaitstud sisu ilma loata internetiplatvormile üles ei laaditaks. Rikkumisi ennetav kohustus on veebisisu jagamise teenuse osutajale selgelt koormavam kui rikkumisi lõpetav kohustus.

²⁷⁷ Nimetatud süsteemide täpsemat käsitlust vt: Angelopoulos, C., Smet, S.

²⁷⁸ EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*, p 159; EIKo 22947/13, *MTE*, p 91.

Tegemist ei ole absoluutse kohustusega. Kui autoriõigustega kaitstud teoste või muu kaitstud materjali internetiplatvormile laadimiseks luba ei ole ning veebisisu jagamise teenuse osutaja on saanud õiguste omajalt konkreetsete teoste või muu materjali kohta asjakohast ja vajalikku teavet, peab ta püüdma ranged tööstusharu ametialase hoolikuse nõudeid järgides igati tagada, et nimetatud ei oleks kättesaadavad (artikkel 17 lõike 4 punkt b). Seega on veebisisu jagamise teenuse osutaja roll küll oluliselt aktiivsem, kui rikkumisi lõpetava kohustuse puhul, kuid esialgne initsiatiiv tuleb ikkagi õiguste omajatelt, kes esitavad veebisisu jagamise teenuse osutajatele rikkumiste ennetamiseks asjakohast ja vajalikku teavet. Ilma sellise teabeta langeb põhjenduspunkti 66 kohaselt veebisisu jagamise teenuse osutaja vastutus ära, kui viimastel pole vaatamata rangete tööstusharu ametialase hoolikuse nõuete täitmisele võimalik vältida kaitstud sisu loata kättesaadavust oma teenuste kaudu. „Asjakohase ja vajaliku teabe“ mõistet tuleks seega sisustada nii, et see peab võimaldama veebisisu jagamise teenuse osutajatel vajaliku hoolikuse nõudeid täites rikkumisi ennetada. Seetõttu tuleb enne mõistele täpsemate piiride andmist selgitada välja, millised on „ranged tööstusharu ametialase hoolikuse nõuded“, mida veebisisu jagamise teenuse osutajad peavad täitma.

Mõistet „ranged tööstusharu ametialase hoolikuse nõuded“ aitab sisustada samuti põhjenduspunkt 66, mille kohaselt tuleb selleks arvesse võtta, kas veebisisu jagamise teenuse osutaja on võtnud kõik meetmed, mida hoolikas ettevõtja oleks võtnud, et takistada loata teoste või muu materjali kättesaadavaks tegemist oma veebisaidil, võttes arvesse valdkonna parimaid tavasid. Erialakirjanduses on mitmel korral rõhutatud, et arvesse tuleb võtta ka seda, et veebisisu jagamise teenuse osutajatel võib olla raske hinnata, kas tema veebilehele laaditu on seal õigusvastaselt või mitte.²⁷⁹ Kuigi otsesõnu ei ole veebisisu jagamise teenuse osutajatele filtreerimise kohustust kehtestatud, tuleneb erialakirjandusest selgelt, et sätestatud nõudeid on võimalik täita vaid automaatsete üleslaadimise filtrite kasutamisega.²⁸⁰ Sama on tunnistanud ka

²⁷⁹ Nt Montéro, E. La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux. – Le Commerce Electronique Européen sur les Rails, 2001, pp 273-295, p 290-291. <http://www.crid.be/pdf/public/4572.pdf> (02.04.2020).

²⁸⁰ Angelopoulos, C. jt. The Copyright Directive: Misinformation and Independent Enquiry: Statement from EuropeanAcademics to Members of the European Parliament in advance of the Plenary Vote on the Copyright Directive, p 1, 3. <https://hdl.handle.net/11245.1/b274883c-b7e9-475a-80cd-81c96e194841> (01.04.2020); Quintais, J.P. jt, p 19; Montagnani, M. L., Trapova, A.Y. New Obligations for Internet Intermediaries in the Digital Single Market - Safe Harbors in Turmoil? – Journal of Internet Law, 2019, Vol. 22 Issue 7, p 3-11. <https://ssrn.com/abstract=3361073> (01.04.2020); Samuelson, P. The EU's Controversial Digital Single Market Directive; Leistner M., Metzger A., p 381; Montagnani, M. L., Trapova, A.Y. Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market. – International Journal of Law and Information Technology, 2018, Volume 26, Issue 4, pp 294–310, p 302; Romero-Moreno, F. ‘Notice and staydown’ and social media: amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright. – International Review of Law, Computers & Technology, 2019, 33(2), pp 187-210. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2018.1475906?af=R> (02.04.2020); Romero-Moreno, F. ‘Upload filters’, p 2.

DSM direktiivi ettevalmistamisel osalenud Euroopa Komisjoni ametnikud.²⁸¹ Automaatsed filtrid aitavad tuvastada, kas üles laaditav sisu vastab autoriõigustega kaitstud sisule ning positiivse vastuse korral blokeerivad üles laadimise. Ilmselt tuntuimaks filtreerimistarkvaraks on 2007. aastal loodud YouTube'i „Sisu ID“ (*Content ID*), mis võimaldab autoriõiguste omajatel esitada nõude juba üles laaditud sisu kohta. Kõigepealt esitavad õiguste omajad YouTube'ile audio- või visuaalsel kujul võrdlusfailid, mis võimaldavad nende loomingut identifitseerida. „Sisu ID“ loob failidest „sõrmejäljed“, mis moodustavad andmebaasi. Kui mingi fail laaditakse YouTube'i üles, teeb „Sisu ID“ päringu varem loodud andmebaasist, kontrollides üles laaditud faili sõrmejälje vastavust õiguste omajatelt saadud võrdlusfailide sõrmejälgedega.²⁸²

Kuna rikkumisi ennetavat kohustust on võimalik täita filtreerimistarkvara abil, tuleb õiguste omajate antavat „asjakohast ja vajalikku teavet“ käsitada teabena, mis võimaldab sellist tarkvara edukalt rakendada. Võrdlusfailidega analoogne info peakski praktikas olema mõõdupuuks, mille puhul saab eeldada, et õiguste omajad on andnud „asjakohast ja vajalikku“ teavet.²⁸³ Ülaltoodu põhjal võimaldab rikkumisi ennetada eelkõige tarkvara poolt loetav võrdlusfail, kuid erialakirjanduses on põhjendatult leitud, et veebisisu jagamise teenuse osutajad ei saa selliseid nõuda.²⁸⁴ Eelneva põhjal oleks esialgne järeldus, et veebisisu jagamise teenuse osutaja peab asuma rikkumisi ennetama, kui talle on õiguste omajatelt laekunud kirjeldatud võrdlusfail või sellega samaväärne teave. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab seejärel kontrollima kõigi üleslaaditavate failide vastavust võrdlusfailiga ning positiivse tulemuse korral takistama üleslaaditava üldsusele kättesaadavaks muutmist.

Selline järeldus on aga ennatlik. Filtreerimissüsteemidega kaasneb nii veebisisu jagamise teenuse osutaja kui ka kasutajate põhiõiguste riive.²⁸⁵ Küsitav on ka selle kooskõla lõikest 8 tuleneva üldise jälgimiskohustuse keeluga. Seetõttu kohtas käsitletava kohustuse sätestamine kogu DSM direktiivi vastuvõtmise protsessi jooksul tugevat vastuseisu. Just selle kohustuse

²⁸¹ Vt nt Kuczerawy, A. General Monitoring Obligations; Masnick, M. EU Commissioner Gunther Oettinger Admits: Sites Need Filters To Comply With Article 13. <https://www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eucommissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml> (02.04.2020).

²⁸² Elkin-Koren, N. After Twenty Years: Copyright Liability of Online Intermediaries. – Frankel, S., Gervais, D.J. (eds.). *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age* (Forthcoming). <https://ssrn.com/abstract=2483877> (02.04.2020). Vt lähemalt YouTube Help Center'ist: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en>.

²⁸³ Sama on järeldanud Visser, D.J.G., p 6.

²⁸⁴ Spindler, G., p 350.

²⁸⁵ Vt nt: Senftleben, M. Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market, 2019, p 5-10. <https://ssrn.com/abstract=3367219> (01.04.2020).

tõttu on artiklit 17 seostatud „meile teada oleva interneti surmaga“²⁸⁶ ning kriitikud on soovitanud artikli DSM direktiivist üldse välja jätta.²⁸⁷ Osad poliitikud on avaldanud arvamust üleslaadimise filtrid direktiivi riigisisse ülevõtmisel välistada.²⁸⁸ Filtreerimistarkvara rakendamine on eeldatavasti ka põhjuseks, miks Poola Vabariik on esitanud Euroopa Kohtule ELTL artikli 263 alusel hagi DSM direktiivi artikkel 17 lõige 4 punkti b ja punkti c viimase lauseosa tühistamiseks. Seetõttu tuleb välja selgitada, millises ulatuses on filtreerimistarkvara rakendamine EL õigusega kooskõlas. Selleks tuleb selgitada välja kohustuse vastavus EL esmasele õigusele²⁸⁹ ning kooskõla DSM direktiivi enda muude sätetega.²⁹⁰ Kooskõla EL teisese õigusega pole iseenesest vajalik, kuna DSM direktiiv toimib varasemate direktiivide suhtes kui *lex posteriori* ning artikliga 17 tihedamalt seotud olevate direktiivide asjaomaste sätete suhtes enamasti ka kui *lex specialis*. Eelkõige peab filtreerimistarkvara rakendamise kohustus olema kooskõlas üldise jälgimiskohustuse keeluga ning tagama õiglase tasakaalu osapoolte põhiõiguste vahe.

Kõiki nimetatud asjaolusid arvestas Euroopa Kohus eelnevalt juba mitmel puhul viidatud *Scarlet*i ja *Netlogi* kohtuasjades. Mõlemad lahendid puudutasid riigisiseste kohtute ettekirjutusi, mis sätestasid internetiteenuse osutajatele (vahendajatele) autoriõiguste kaitseks filtreerimiskohustuse. *Scarlet*it kohustati tuvastatud autoriõiguse rikkumine lõpetama sel viisil, et ta muudab oma klientidele võimatuks võrdõigusvõrgu tarkvara abil mis tahes moel saata või vastu võtta SABAM-i registrisse kuuluvat muusikateost sisaldavaid faile. Nagu juba eelnevalt käsitletud, tuvastas Euroopa Kohus:

1. üldise jälgimiskohustuse keelu rikkumise, kuna teenusepakkujat kohustati aktiivselt jälgima *kõigi klientide kogu teavet*, et ära hoida igasugune tulevikus toimuda võiv intellektuaalomandi õiguste rikkumine,²⁹¹
2. ettevõtlusvabaduse rikkumise, kuna *Scarlet*it kohustati ainult enda kulul rakendama *keeruka, kuluka ja püsiva* infotehnoloogilise süsteemi,²⁹²
3. kasutajate väljendusvabaduse tõenäolise rikkumise, kuna süsteem ei pruugi adekvaatselt eristada õiguspärast ja õigusvastast sisu, mis võib viia *õiguspärase sisu blokeerimiseni*.²⁹³

²⁸⁶ Mitmed kriitikud on väitnud, et DSM direktiivi artikkel 17 tähendab „meile teada oleva interneti surma“. Vt nt Samuelson, P. The EU's Controversial Digital Single Market Directive, p 23.

²⁸⁷ EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age. – Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres, p 7. https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_24_02_2017.pdf (05.04.2020).

²⁸⁸ Grisse, K., p 894.

²⁸⁹ See toimub alapeatükis 2.2. käsitletud põhimõtete toel.

²⁹⁰ See toimub alapeatükis 2.1. käsitletu toel.

²⁹¹ EKo C-70/10, *Scarlet*, p 37-40.

²⁹² Ibid., p 48-49.

²⁹³ EKo C-70/10, *Scarlet*, p 52.

*Netlogi*²⁹⁴ kohtuasjas olid ettekirjutuse adressaadi kohustused *Scarleti* lahendiga tähelepanuväärselt sarnased.²⁹⁵ Kohus kordas sisuliselt sõna-sõnalt *Scarleti* lahendis sedastatut.

Nendes lahendites tuvastas kohus küll põhimõtteliselt kõik võimalikud rikkumised, kuid sellest ei järeldu üheselt, et filtreerimissüsteemid iseenesest oleksid liidu õigusega kokkusobimatud. Teistsugused süsteemid, mis on kasutajate ja veebisisu jagamise teenuse osutaja enda õigusi vähem piiravad, võivad olla liidu õigusega kooskõlas. Tulevasi rikkumisi ennetavad meetmed iseenesest keelatud ei ole.²⁹⁶

Üles laaditava sisu filtreerimine selle võrdlusfailiga vastavuse kontrollimiseks on väga lähedane üldisele jälgimiskohustusele. Siin tõusetub varem mainitud sisemine vastuolu DSM direktiivi artikkel 17 lõige 4 punkti b ning lõike 8 vahel. Erialakirjanduses on avaldatud arvamust, et filtreerimistarkvara viib paratamatult üldisele jälgimiskohustusele.²⁹⁷ Käesolevas töös on soovitatud vastuolu ületamiseks tõlgendada üldist jälgimiskohustust selliselt, et võtmetähtsust omab jälgimise eesmärk, mitte ulatus. Sellest tulenevalt on konkreetse rikkumise ennetamise eesmärgil toimuv jälgimine käsitatav jälgimisena erijuhul ka siis, kui sellega kaasneb kõigi kasutajate kogu sisu jälgimine. Selliselt tõlgendatud üldise jälgimiskohustuse keeld on kooskõlas käsitletava rikkumisi ennetava kohustusega. See tähendab, et kuna veebisisu jagamise teenuse osutaja ei pea ennetama igasuguseid rikkumisi, vaid ainult selliseid, mille kohta ta on saanud asjakohast ja vajalikku teavet võrdlusfailide või samaväärse info näol, ei ole talle kehtestatud üldist jälgimiskohustust. Samal ajal läheneb filtreerimise kohustus isegi soovitatud tõlgenduse puhul tugevalt üldisele jälgimiskohustusele, kui õiguste omajatelt saadud võrdlusfailid moodustavad kogu veebisaidi sisust olulise osa. See probleem jääb kohtupraktika lahendada.

Kasutajate väljendusvabadusega seonduv filtreerimistarkvara peamine probleem seisneb paljude ekspertide²⁹⁸ väitel asjaolus, et see võib tuvastada nõ vale-positiivse tulemuse. See tähendab, et tarkvara võib hinnata õigusvastaseks ja seetõttu blokeerida täiesti õiguspärase sisu. Eelkõige ei pruugi tarkvara suuta tuvastada, et kaitstud sisu kasutamine on hõlmatud mõne autoriõiguse erandiga. Selline olukord oleks mh vastuolus artikkel 17 lõikega 7, mille kohaselt

²⁹⁴ Netlog – Facebookiga sarnane süsteem, kus kasutajad saavad luua profiili ja seejärel sinna materjali postitada.

²⁹⁵ Vt lahendi lähemat analüüsi nt: Flint, D. Intellectual property whither net filtering. – Business Law Review, 2012, 33(4), pp 87-91.

²⁹⁶ Vt nt EKo C-324/09, *L'Oréal*, p-d 131–134.

²⁹⁷ Nt Quintais, J.P., p 19.

²⁹⁸ Nt Kuczerawy, A. EU Proposal; Grisse, K., p 894.

ei tohi koos lubamatu teosega muutuda kättesaamatuks ka lubatud teosed. Erialakirjanduses on järeldatud, et üleslaadimise filtrid, mis tuvastatud rikkumise puhul sisu automaatselt blokeerivad, ei taga põhiõiguste vahel õiglast tasakaalu ega tohiks omada kohta liidu autoriõiguses.²⁹⁹ Käesoleva töö autori arvates on võimalik filtreerimissüsteemi rakendada viisil, mis nimetatud õiglast tasakaalu ei riku. Väljendusvabaduse riivet saab leevendada, kui rikkumise tuvastamisele ei järgne automaatne blokeerimine, vaid kõigepealt teavitatakse süsteemi poolt tuvastatud rikkumisest üleslaadimise teostanud kasutajat, võimaldades viimasel üleslaadimise õigusvastasus vaidlustada. Süsteemi kujundamisel tuleks võtta eeskujul protseduurist, mis toimub olukorras, kus veebisaidil väidetavalt õigusvastaselt oleva sisu eemaldamise nõue tuleb õiguste omajalt.³⁰⁰ See tähendab, et kasutajal peaks olema lihtne viis näiteks tugineda mõnele autoriõiguse erandile. Kui ta seda teeb, peaks järgnema alapeatükis 2.1.2. käsitletule sarnane menetlus. Sarnase ideega on erialakirjanduses³⁰¹ pakutud alternatiiv, kus kasutajal on võimalik kohe üleslaadimise käigus määrata sisu autoriõiguse erandi alla kuuluvaks. Kui ta seda teeb, ei peaks asjaomasele sisule automaatset filtreerimist rakendatama. Läheneda miinuseks on selle võimalikud kuritarvitused, kuid mitmete rikkumistega kasutajate puhul saaks sellise võimaluse välistada. Usaldusväärsete kasutajate kaitseks on erialakirjanduses³⁰² õigustatult pakutud ideed, mille kohaselt võiks nende üleslaadimistele filtreerimistarkvara mitte rakendada.

Filtreerimistarkvaraga kaasnev veebisisu jagamise teenuse osutaja ettevõtlusvabaduse riive seondub eelkõige vajaliku süsteemi rakendamise kulukusega. Praktikas kipub efektiivne filtreerimissüsteem ilmselt paratamatult kulukaks osutama.³⁰³ Kulukuse hindamisel tuleb arvestada sellega, et efektiivseks toimimiseks peab süsteem võimaldama õiguspärase sisu kättesaadavuse säilimise. Muu hulgas näeb artikkel 17 lõige 7 ette kohustuslikud erandid ja piirangud. Nimetatud nõuete täitmiseks läheb vaja keerukat ja kulukat süsteemi, mis tähendab intensiivset ettevõtlusvabaduse riivet. Võib arvata, et kulud osutuvad ülejõukäivateks eelkõige uutele ja väikestele teenuseosutajatele.

Õlekõrrena tuleneb lõikest 5, et selle kindlaks tegemiseks, kas teenuseosutaja on täitnud oma lõikest 4 tulenevaid kohustusi – sh rikkumiste ennetamise kohustust, – tuleb proportsionaalsuse

²⁹⁹ Angelopoulos, C., Smet, S., p 20-21.

³⁰⁰ Vt lähemalt alapeatükist 2.3.1.

³⁰¹ Spindler, G. p 364-365.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Vt nt Brunner, L. The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content: The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after Delfi v Estonia. – Human Rights Law Review, 2016, Volume 16, Issue 1, pp 163–174.

põhimõtet arvestades võtta muu hulgas arvesse järgmist: a) teenuste liik, tarbijad ja maht ning teenuse kasutajate poolt üles laaditud teoste või muu materjali liik; ning b) sobivate ja tõhusate vahendite maksumus ja kättesaadavus teenuseosutajale. Sellest järeldub, et filtreerimiskohustus on veebisisu jagamise teenuse osutajatel vaid juhul, kui see ei ole neile ebaoproportsionaalselt koormav. Seega on võimalik kohustuse ulatust erinevate veebisisu jagamise teenuse osutajate lõikes diferentseerida. Filtreerimise kohustus on eelkõige suurtel rikastel teenuseosutajatel, väiksemate jaoks võib see osutada ebaoproportsionaalseks. Sellest lähtuvalt on erialakirjanduses leitud, et liikmesriikidel on võimalik uued ja väikesed teenuseosutajad üleslaadimise filtrite rakendamise kohustusest sõnaselgelt vabastada,³⁰⁴ kuid avaldatud on ka arvamust, et selline vabastus läheks „tagaukse kaudu“ mööda lõikes 6 sätestatust, mille kohaselt on rikkumiste ennetamisest vabastatud direktiivis sätestatud kindlatele tingimustele vastavad uued ja väikesed teenuseosutajad.³⁰⁵ Käesoleva töö autor jagab esimest seisukohta. Senikaua, kuni filtreerimise kohustusest vabastatud teenuseosutajate jaoks oleks filtreerimistarkvara rakendamine ebaoproportsionaalne, on nimetatud vabastus artikliga 17 kooskõlas. Lõikest 6 tulenev erand ei too kaasa seda, et kõik erandi alla mitte kuuluvad teenuseosutajad peaksid rikkumisi ennetama. Pakutava idee eelis seisneb eelkõige õigusselguses, vähendades erialakirjanduses³⁰⁶ leitud võimalust, et artikliga 17 kaasnev kõrvalmõju võib seisneda selles, et veebisisu jagamise teenuse osutajad hakkavad vastutusest vabanemiseks filtreerimissüsteeme igaks juhuks kasutusele võtma.

Arvestada tuleb sellega, et filtreerimiskohustuse olemasolu ei erine ainult teenuseosutajate lõikes, vaid on ka ajas muutuv. Efektiivne filtreerimistarkvara võib käesoleval hetkel olla osade teenuseosutajate jaoks liiga kallis, kuid see võib tehnoloogilise arengu tõttu märgatavalt odavneda, muutes vastava tarkvara kättesaadavamaks. Seetõttu võib tehnoloogia areng viia selleni, et veebisisu jagamise teenuse osutajad peavad rikkumiste ennetamiseks võtma rangemaid meetmeid. Sellest tulenevalt ei tohiks liikmesriigid filtreerimissüsteemi rakendamist igas olukorras kohustuslikuks teha. Samuti ei ole käesoleva töö autori hinnangul artikkel 17 lõikega 4 kooskõlas olukord, kus riigisiselt filtreerimissüsteemidest otseselt loobutakse. Rikkumisi ennetav kohustus tuleks seetõttu sõnastada abstraktselt.³⁰⁷ Autor nõustub

³⁰⁴ Gielen, N., Tiessen, M. Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. – EuZW, 2019, pp 639-646. [viidatud Spindler, G., p 362 kaudu].

³⁰⁵ Spindler, G., p 364.

³⁰⁶ Angelopoulos, C. Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe. – IRIS plus (Supplement to IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory), 2009-4; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-04; Institute for Information Law Research Paper No. 2012-04, p 8. <https://ssrn.com/abstract=1983866> (02.04.2020); Elkin-Koren, N., p 20 (tuues esile vabatahtlike filtritega kaasneva väljendusvabaduse vähenemise).

³⁰⁷ Sama on leidnud Grisse, K., p 895.

erialakirjanduses³⁰⁸ avaldatud seisukohaga, et kohustus tuleb sõnastada paindlikult, kusjuures soovitatav on põhiosas direktiivi sõnastuse ülevõtmine AutÕS-i. Täpsemaid juhiseid on oodata Euroopa Komisjoni suunistest ning Euroopa Kohtu praktikast.

Käesoleva töö autori hinnangul tuleb ülal toodud asjaolude alusel sisustada kasutajate poolt üleslaaditava sisu filtreerimise kohustust minimaalsena, kuna sellega kaasneb nii kasutajate väljendusvabaduse kui ka veebisisu jagamise teenuse osutaja ettevõtlusvabaduse riive. Kohustuse aluseks on õiguste omajatelt saadav asjakohane ja vajalik info, mis peab veebisisu jagamise teenuse osutajal võimaldama oma rikkumiste ennetamise kohustust täita. Eelkõige on selliseks teabeks võrdlusfailid, mida veebisisu jagamise teenuse osutaja rakendatav tarkvara saab võrrelda kasutajate poolt veebisaidile üleslaaditava sisuga. Filtreerimistarkvara kasutamine on kohustuslik juhul, kui see ei ole eproportsionaalselt kulukas ega põhjusta õiguspärase sisu kättesaamatuks muutumist. Selleks on vajalik, et kasutajatel oleks võimalik tarkvara poolt üleslaadimise õigusvastaseks tuvastamine lihtsal teel vaidlustada. Alternatiivina peaks kasutajatel olema võimalus kohe faili üleslaadimisel märgistada see autoriõiguse erandiga hõlmatuks, mille tagajärjel ei tohiks sellele automaatne filtreerimine rakenduda. Soovitatav on mitte rakendada üleslaadimise filtreid usaldusväärsete kasutajate puhul, kes pole minevikus rikkumisi toime pannud. Soovitatav on rikkumisi ennetav kohustus sõnastada abstraktselt ja paindlikult, lähtudes direktiivi sõnastusest.

2.3.4. Kättesaamatuks muudetud või kõrvaldatud sisu uuesti kättesaadavaks muutmise ennetamine

Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja saab õiguste omajalt põhjendatud teate autoriõigusi rikkuva teose või muu materjali kättesaadavusest tema veebilehel, peab ta selle artikkel 17 lõige 4 punkti c teise osa ning punkti b koostoimest tulenevalt mitte ainult „maha võtma“, vaid ka „maha jätma“. Tegemist on seega *notice-and-stay-down* kohustusega, millel on ühiseid jooni nii passiivse *notice-and-takedown* kohustusega kui ka proaktiivse rikkumisi ennetava kohustusega. Kohustus tähendab seda, et kui veebisisu jagamise teenuse osutaja on täitnud oma *notice-and-takedown* kohustuse, peab ta aktiivselt tagama, et see sama rikkumine sama või mõne muu kasutaja poolt uuesti ei korduks.³⁰⁹ Erinevus eelmises punktis kirjeldatust seisneb selles, et ennetada tuleb ainult juba esinenud rikkumise kordumist. Rikkumise varasem

³⁰⁸ Grisse, K., p 895.

³⁰⁹ Kuczerawy, A. From ‘Notice and Take Down’.

tuvastatus on oluline erisus ka *notice-and-takedown* kohustusega võrreldes, kus just rikkumise tuvastamise menetluse tõhusus mängis olulist rolli.

Notice-and-stay-down ei ole EL õiguses uus kohustus. Varasemates regulatsioonides see sõnaselgelt puudus, kuid on tulnud liidu õigusesse kohtupraktikast läbi sätete tõlgendamise. *Notice-and-stay-down* ei ole absoluutne kohustus. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab artikkel 17 lõike 4 punktide b ja c koostoime kohaselt „rangeid tööstusharu ametialase hoolikuse nõudeid järgides“ tegema „suurimaid võimalikke pingutusi“, et takistada teostatud teoste või muu materjali üleslaadimist tulevikus. Hinnates seda, kas veebisisu jagamise teenuse osutaja on nimetatud hoolsuskohustust täitnud, tuleks põhjenduspunkti 66 kohaselt arvesse võtta, kas ta on võtnud kõik meetmed, mida hoolikas ettevõtja oleks võtnud, et takistada loata teoste või muu materjali kättesaadavaks tegemist oma veebisaidil. Seega on kohustuse ulatuse tõlgendamisel abiks samad kriteeriumid nagu eelmises punktis käsitletud kohustuse puhul. Artiklist 17 ei tulene see sõnaselgelt, kuid on raske näha, et veebisisu jagamise teenuse osutaja saaks efektiivselt takistada rikkumise kordumist muul viisil peale filtreerimistarkvara rakendamise.³¹⁰

Otsustav küsimus *notice-and-stay-down* süsteemi puhul on, millised on rikkumised, mille kordumist peab veebisisu jagamise teenuse osutaja vältima? Siin saab eristada kolme alternatiivset lähenemist, millest lähtuvalt tuleb vältida: a) konkreetse autoriõigusi rikkunud kasutaja kõiki tulevase lubamatuid üleslaadimisi või b) sama teose või muu materjali uuesti üles laadimist esialgse rikkuja ning ka muude kasutajate poolt või c) sama teose või muu materjali uuesti üles laadimist esialgse rikkuja poolt. Häid juhtnööre pakub lisaks eelmises punktis käsitletud *Scarleti* ja *Netlogi* kohtuasjale *L'Oreali* kaasus. Euroopa Kohus järeldas, et intellektuaalomandi õiguse rikkuja vastu saab kasutada esialgset õiguskaitset, et „vältida sama kaupleja poolt uute samalaadsete rikkumiste toimepanemist seoses samade kaubamärkidega“³¹¹ (lahend puudutas kaubamärki). Seega viitas kohus olukorrale, kus nii rikkumise toimepanija kui ka rikkumise ese on samad. Sellise topeltsamasuse avastamine filtreerimistarkvara abil on liidu õiguses järelikult lubatav meede. Lahendist ei tulene, kas õiguspärased võivad olla ka laialdasemat monitoorimist kaasa toovad meetmed. Siiski viitas kohus nõustumisele kohtujuristi arvamusega antud asjas. Viimane leidis, et ära hoidma saab kohustada vaid sellist

³¹⁰ Vt ka punkt 2.3.2.

³¹¹ Ibid, p 141.

tulevast rikkumist, millel esineb topeltsamasus teatatud juba toimunud rikkumisega.³¹² *Mc Faddeni* lahendis kordas kohus, et kogu üleslaaditava teabe jälgimise kohustus ei ole lubatud.³¹³

Vastuolus nimetatud lahenditega leidis kohus *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* kohtuasjas, et lubatav on ka kogu teabe jälgimise kohustus, kui see on suunatud konkreetse rikkumise kordumise vältimiseks. Seejuures leidis kohus, et lisaks identsele sisule on liidu õigusega kooskõlas ka samaväärse sisu kättesaadavaks muutmise ennetamine, kui erinevused selle sisu sõnastuses võrreldes ebaseaduslikuks tunnistatud sisuga ei ole sellised, et asjaomane veebimajutusteenuse pakkuja peaks olema sunnitud seda sisu eraldi hindama, vaid saab kasutada automatiseeritud meetodeid ja otsinguid.³¹⁴ See lahend võib olla märgiks teatavast kohtupraktika muutusest, kusjuures just seal toodud järeldused tunduvad kõige paremini ühtivat DSM direktiivi artikli 17 eesmärkidega.

Käesoleva töö autori soovitus on lähtuda käsitletava kohustuse tõlgendamisel üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamisest, laiendades *notice-and-stay-down* kohustuse üldise jälgimiskohustuse piirini. Kuna käesolevas töös on soovitatud lähtuda üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamisel kohustuse eesmärgist mitte ulatusest, on konkreetse rikkumise kordumise vältimisele suunatud kõigi üleslaadimiste jälgimise puhul tegemist spetsiifilise jälgimiskohustusega. Seetõttu tuleks *notice-and-stay-down* kohustust tõlgendada nii, et see hõlmab juba kõrvaldatud rikkumiste kordumist nii rikkumise toime pannud kasutaja kui ka teiste kasutajate poolt. *Glawischnig-Piesczek vs Facebook* lahendist tulenevalt peaks kohustus hõlmama nii varasema tuvastatud rikkumisega identse kui ka samaväärse sisu üleslaadimise kordumise vältimist, kui sellega ei kaasne veebisisu jagamise teenuse osutajale ebaproportsionaalseid kohustusi. Viimane järeldus viib *notice-and-stay-down* kohustuse üpris lähedaseks eelmises alapeatükis käsitletud üldisema rikkumisi ennetava kohustusega. Olulise erinevusena on käesoleva kohustuse aluseks õiguste omaja teade veebilehele õigusvastaselt laaditud kaitstud sisust.

Notice-and-stay-down kohustuse ulatus võib teenuseosutajate lõikes erineda. Artikkel 17 lõike 5 kohaselt tuleb kohustuste sisustamisel võtta proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt muu hulgas arvesse järgmist: a) teenuste liik, tarbijad ja maht ning teenuse kasutajate poolt üles laaditud teoste või muu materjali liik; ning b) sobivate ja tõhusate vahendite maksumus ja

³¹² EKo C-324/09, *L'Oréal SA jt versus eBay International AG jt*, ECLI:EU:C:2010:757, kohtujurist N. Jääskinena ettepanek, p-d 161-168, 182.

³¹³ EKo C-484/14, *Mc Fadden*, p 87.

³¹⁴ EKo C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, p-d 33-47.

kättesaadavus teenuseosutajale. Seetõttu võib teatud teenuseosutajate puhul piisata *notice-and-stay-down* kohustuse täitmiseks ülalkirjeldatust vähematest meetmetest. Eelkõige võiks madalamad nõuded kehtida väikestele ja uutele teenuseosutajatele. Kindlatele tingimustele vastavad *start-up* 'id on lõike 6 kohaselt *notice-and-stay-down* kohustusest vabastatud. Erand ei kehti sellistele *start-up* 'idele, kelle veebisaite külastab üle viie miljoni üksikkülastaja kuus.

Eelneva olulise järelalusena on rikkumise kordumise ennetamise kohustus, mis praktikas tähendab filtreerimistarkvara rakendamist, liidu õigusega kooskõlas. Ühtset järelust *notice-and-stay-down* kohustuse täpse sisustamise kohta aga veel teha ei saa. Kindlasti peaks veebisisu jagamise teenuse osutaja jälgima tuvastatud rikkumise toimepanija edasist tegevust sama rikkumise kordumise ennetamiseks. Kohtupraktika hiljutise arengu valguses laieneb veebisisu jagamise teenuse osutaja kohustus ka kõigi teiste kasutajate tegevuse jälgimisele eesmärgiga vältida konkreetse juba toimunud rikkumise kordumist. Seejuures peaks kohustus hõlmama mitte ainult varasema tuvastatud rikkumisega identse, vaid ka samaväärse sisu üleslaadimise kordumise vältimist, kui sellega ei kaasne veebisisu jagamise teenuse osutajale ebaproportsionaalseid kohustusi.

KOKKUVÕTE

Euroopa Liidu autoriõiguse põhimõtted on oluliste muutuste künnisel. Seni on veebiplatvormid saanud nautida e-kaubanduse direktiivist tulenevat nn *ohutu sadama (safe harbor)* režiimi, millest tulenevalt nad ei vastutanud kasutajate poolt üles laaditava materjali eest. Uue DSM direktiivi artikkel 17 sätestab paljudele neist aga otsese vastutuse kasutajate poolt toime pandud autoriõiguse rikkumise eest.

Artikkel 17 on ilmselt direktiivi keerulisim ja vastuolulisim artikkel. Vaatamata rohkele käsitlesele, puudub üksmeel artikli täpse sisu ja ulatuse osas. Artikli eesmärk on nn väärtuslõhe vähendamine, kuid mitmed uurijad on leidnud, et seda püüdes on vastu võetud normid, mille puhul on kaheldav nende kooskõla varasemate direktiivide ja Euroopa Kohtu praktikaga ning isegi Euroopa põhiõiguste harta ja EIÕK-iga. Käesolev töö pakub seniste uuringute põhisuunast mõnevõrra erineva vaatenurga. Töö pakub välja artikli 17 tõlgenduse, mis tagab nii artikli sisemiste vastuolude puudumise kui ka kooskõla liidu esmase õigusega. Tegemist on autorile teadaolevalt esimese eestikeelse käesolevat teemat ulatuslikult ja süvitsi käsitleva uurimisega.

Artikkel 17 kohaldub veebisisu jagamise teenuse osutajatele. Need on defineeritud DSM direktiivi artikkel 2 punktis 6 kui sellise infoühiskonna teenuse osutajad, mille peamine või üks peamistest eesmärkidest on talletada ja teha üldsusele juurdepääsetavaks suur hulk teenuse kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teoseid või muud kaitstud materjali, mida teenuse osutaja tulu saamise eesmärgil korrastab ja reklaamib. Definitsiooni ulatus pole üheselt selge, kuna mõiste „suur hulk“ on määratlemata. Õigusselguse huvides on soovitatav nimetatud mõiste riigisiseses õiguses kvantitatiivselt määratleda. Hõlmatud on suured veebiplatvormid nagu näiteks YouTube või Facebook, aga ka sätestatud tingimustele vastavad väiksemad veebiplatvormid, mis võimaldavad kasutajatel faile jms platvormile laadida ja üldsusele edastada. Veebisisu jagamise teenuse osutajaks ei loeta neid teenuse osutajaid, kes pakuvad mittetulunduslikke veebientsüklopeediaid, mittetulunduslikke hariduslike ja teaduslike eesmärkidega teabehoidlaid, avatud lähtekoodiga tarkvara arendus- ja jagamisplatvorme, elektroonilise side teenuseid, internetipõhiseid kauplemiskohti, ettevõtjatevahelisi pilveteenuseid ja pilveteenuseid, mille kasutajad saavad sisu oma tarbeks üles laadida.

Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja annab üldsusele juurdepääsu tema kasutajate poolt üles laaditud autoriõigusega kaitstud teostele või muule kaitstud materjalile, tähendab see nende üldsusele edastamist või üldsusele kättesaadavaks tegemist DSM direktiivi artikli 17

tähenduses. Nimetatud mõisteid tuleks sisustada mõnevõrra erinevalt infoühiskonna direktiivi alusel kujundatud kohtupraktikast. Mõlemal juhul on vajalikud nii üldsusele suunamise toiming kui ka kaitstud sisu suunatus üldsusele, millega autor ei arvestanud oma teose esialgset üldsusele suunamist lubades. Veebisisu jagamise teenuse osutaja teeb üldsusele kättesaadavaks tegemise toiming, kui ta võimaldab kaitstud sisu üleslaadimist ja jagamist oma platvormil. Erinevalt infoühiskonna direktiivi alusel kujundatud kohtupraktikast ei mõjuta veebisisu jagamise teenuse osutaja teadlikkus kasutajate poolt toime pandud rikkumistest seda, kas tema tegevus kvalifitseerub üldsusele kättesaadavaks tegemiseks. Veebisisu jagamise teenuse osutaja definitsioonist tulenevalt peab edastamise toiming toimuma kasumi saamise eesmärgil.

Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja tegevus on käsitatav üldsusele edastamise või üldsusele kättesaadavaks tegemisenä DSM direktiivi artikli 17 tähenduses, on tal kaks teed vastutusest vabanemiseks. Esimene võimalus on õiguste omajatelt loa hankimine. Loa saamiseks on võimalik sõlmida litsentsileping otse õiguste omajaga või kasutada kollektiivse litsentsimise mehhanisme. Viimasel juhul on võimalik nii tavapärase vabatahtlik kui ka laiendatud kollektiivne litsentsimine. Käsitletavate õiguste kohustuslik kollektiivne litsentsimine ei ole käesoleva töö autori hinnangul õiguslikult lubatav. Kaitstud teose üldsusele edastamiseks või üldsusele kättesaadavaks tegemiseks võib tuleneda õigustus ka seaduses sätestatud eranditest ja piirangutest.

Loa hankimise nõue ei ole absoluutne. Eelkõige peavad veebisisu jagamise teenuse osutajad omal initsiatiivil astuma loa omandamiseks läbirääkimistesse kollektiivse esindamise organisatsioonidega ning teada olevate autoritega. Suhteliselt tundmatute teoste autorite tuvastamist neilt eeldada ei saa. Kui aga viimastelt tuleneb läbirääkimiste initsiatiiv, puudub veebisisu jagamise teenuse osutajatel alus keeldumiseks. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peaks sõlmima litsentsilepingu kõigiga, kes on valmis seda mõistlikel tingimustel tegema. „Mõistlike tingimuste“ sisu on soovitatav riigisiseses õiguses konkretiseerida. Eelkõige tähendab see, et õiguste omajad peaksid saama oma teoste ja muu materjali kasutamise eest kohast tasu. Samuti tuleks sätestada, et läbirääkimiste pidamise ajal on üldsuse juurdepääs asjaomasele sisule lubatav.

Teine vastutusest vabanemise võimalus tekib juhul, kui veebisisu jagamise teenuse osutaja on küll teinud suurimaid võimalikke pingutusi, kuid luba ikkagi ei saa. Sel juhul peavad olema täidetud artikli 17 lõikes 4 toodud tingimused. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab 1) tegutsema pärast õiguste omajalt piisavalt põhjendatud teate saamist kiiresti, et muuta teatatud

teosed või muu materjal kättesaamatuks või kõrvaldada need oma veebisaitidelt, 2) püüdma rangeid tööstusharu ametialase hoolikuse nõudeid järgides igati tagada, et konkreetset teosed ja muu materjal, mille kohta ta on saanud õiguste omajatelt asjakohast ja vajalikku teavet, ei oleks kättesaadavad, ning 3) tegema suurimaid võimalikke pingutusi, et takistada rikkumise tõttu kättesaamatuks muudetud teoste või muu materjali üleslaadimist tulevikus. Nimetatud kohustus tuleb sisustada, võttes arvesse lõikes 8 sisalduvat ning ka varasemalt eksisteerinud üldise jälgimiskohustuse kehtestamise keeldu ning lõikes 7 sisalduvat nõuet, mille kohaselt ei tohi kättesaamatuks muutuda kasutajate poolt õiguspäraselt üleslaaditavad teosed või muu materjal. Arvestada tuleb ka asjaoluga, et autoriõiguste kaitse on antud kontekstis nii kasutajate väljendusvabaduse kui ka veebisisu jagamise teenuse osutaja ettevõtlusvabaduse piiranguks. Sellises põhiõiguste konkurentsisisuatsioonis tuleb nende vahel tagada õiglase tasakaal.

Nimetatud põhimõtteid aitab ülal toodud kolmest kohustusest kõige paremini tagada esimene. Tegemist on nn *notice-and-take-down* kohustusega, kus veebisisu jagamise teenuse osutaja tegutsemiskohustus tekib alles õiguste omajalt vastava teate saamisel. Kohustus tuleks kujundada ning ilmselt ongi artiklis 17 kujundatud nii, et tegemist on omamoodi *notice-wait-and-takedown* ja *notice-and-judicial-takedown* hübriidiga. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab kõigepealt andma vaidlustatud teose või muu materjali üles laadinud kasutajale võimaluse üleslaadimise väidetav õigusvastasus vaidlustada. Vaidlustamise võimalus peab olema praktiline ja tõhus, mitte teoreetiline ja illusoorne. Kui viimane seda teeb, peaks üleslaaditu jääma üldjuhul esialgu kättesaadavaks. Kui aga ka õiguste omaja oma nõudest ei loobu, tuleks üleslaadimise õiguspärasus tõhusas menetluses välja selgitada. Tegemist peaks olema kiire ja lihtsa menetlusega, kusjuures üles laaditud sisu kättesaamatuks muutmise või kõrvaldamise otsused tuleb inimese poolt läbi vaadata. Kasutajatele peab jääma õigus pöörduda kohtu või muu asjaomase kohtuasutuse poole, et nõuda autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste suhtes erandi või piirangu kasutamist.

Teine kohustus tähendab rikkumiste ennetamist. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab tagama, et autoriõiguste rikkumine üldse aset ei leiaks ehk kaitstud sisu ilma loata internetiplatvormile üles ei laaditaks. See on praktikas võimalik filtreerimistarkvara rakendamisega. Veebisisu jagamise teenuse osutaja peab rakendama rikkumisi ennetavaid meetmeid, kui ta on selleks saanud õiguste omajatelt asjakohast ja vajalikku teavet. Eelkõige on selliseks teabeks võrdlusfailid või nendega samaväärne teave, mis võimaldab filtreerimistarkvaral lubamatuid üleslaadimisi tuvastada. Selleks, et artikkel 17 lõige 4 punktis b sätestatud rikkumiste ennetamise kohustuse ning lõikest 8 tuleneva üldise jälgimiskohustuse

keelu vahel ei tekiks vastuolu, tuleb üldist jälgimiskohustust sisustada nii, et see hõlmab veebilehele üleslaaditava sisu jälgimist igasuguste rikkumiste ennetamise eesmärgil, mitte aga konkreetsete rikkumiste ennetamise eesmärgil. Kuna üleslaadimiste filtreerimine toimub õiguste omajatelt saadud teabe alusel konkreetsete rikkumiste vältimiseks, on tegemist jälgimisega erijuhul.

Rikkumiste ennetamise kohustus tuleks sisustada kasutajate väljendusvabaduse riivet minimeerides. Rikkumise tuvastamisele ei tohiks seetõttu järgneda sisu automaatne blokeerimine, vaid kõigepealt tuleks süsteemi poolt tuvastatud rikkumise toime pannud kasutajal võimaldada üleslaadimise õigusvastasus vaidlustada. See tähendab, et kasutajal peaks olema lihtne viis näiteks tugineda mõnele autoriõiguse erandile. Süsteemi kujundamisel tuleks võtta eeskjuju *notice-and-takedown* protseduurist. Alternatiivselt peaks kasutajal olema võimalik kohe üleslaadimise käigus määrata sisu autoriõiguse erandi alla kuuluvaks. Sellisel juhul ei peaks asjaomasele sisule automaatset filtreerimist rakendatama. Usaldusväärsete kasutajate kaitseks on soovitatav nende üleslaadimistele filtreerimistarkvara mitte rakendada.

Filtreerimistarkvara kasutamine on kohustuslik vaid juhul, kui see ei ole ebaproportsionaalselt kulukas. Seetõttu ei tohiks liikmesriigid filtreerimissüsteemi rakendamist igas olukorras kohustuslikuks teha. Samuti ei ole käesoleva töö autori hinnangul põhjendatud olukord, kus riigisisest filtreerimissüsteemidest otseselt loobutakse. Rikkumisi ennetav kohustus tuleks sõnastada abstraktselt ja paindlikult, kusjuures soovitatav on põhiosas direktiivi sõnastuse ülevõtmine.

Kui veebisisu jagamise teenuse osutaja on täitnud oma *notice-and-takedown* kohustuse, peab ta omal initsiatiivil tagama, et see sama rikkumine ei korduks. Tegemist on *notice-and-stay-down* kohustusega. Ka see kohustus eeldab filtreerimissüsteemi rakendamist, kuna on raske näha, et veebisisu jagamise teenuse osutaja saaks muul viisil efektiivselt takistada rikkumise kordumist.

Käesoleva töö autori soovitus on lähtuda käsitletava kohustuse tõlgendamisel üldise jälgimiskohustuse mõiste sisustamisest, laiendades *notice-and-stay-down* kohustuse üldise jälgimiskohustuse piirini. Seetõttu tuleks *notice-and-stay-down* kohustust tõlgendada nii, et see hõlmab juba kõrvaldatud rikkumiste kordumist nii rikkumise toime pannud kasutaja kui ka teiste kasutajate poolt. Kohustus peaks hõlmama nii varasema tuvastatud rikkumisega identse

kui ka samaväärse sisu üleslaadimise kordumise vältimist, kui sellega ei kaasne veebisisu jagamise teenuse osutajale ebaproportsionaalseid kohustusi.

THE OBLIGATIONS AND LIABILITY OF ONLINE CONTENT-SHARING SERVICE PROVIDERS ON THE PROTECTION OF COPYRIGHT IN THE INTERNET – STRIKING A FAIR BALANCE BETWEEN COMPETING FUNDAMENTAAL RIGHTS

Summary

In the European Union, the legal framework of copyright law has mainly been defined by virtue of the E-Commerce Directive³¹⁵ which provides a safe harbor regime for internet intermediaries. Intermediaries were generally not liable for copyright infringements that their users commit.

However the changes are coming. On 17 April 2019 the Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market³¹⁶ (DSM directive) entered into force. One of the most complicated and controversial provision of the directive is Article 17. It is intended to address the *value gap* - the alleged imbalance between the value that online sharing platforms derive from copyright-protected content and the revenue returned to the rightholders. However many authors have doubted that such value gap actually exists and there is arguably no empirical evidence supporting it.

Article 17 of the DSM directive might fundamentally reshape EU copyright law. It changes existing law in more than one way. According to paragraph (1) an online content-sharing service provider (OCSSP) performs an act of communication to the public or an act of making available to the public for the purposes of DSM directive when it gives the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users. As a result, these platforms become directly liable for their users' uploads. According to paragraph (3) OCSSPs no longer benefit from the safe harbor regime. In addition paragraph (4) introduces a special liability mitigation mechanism.

Many commentators argued during the legislative process that the obligations introduced by Article 17 (Article 13 in the draft) would be incompatible with pre-existing EU directives, with

³¹⁵ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). – Official Journal L 178, pp 1-16.

³¹⁶ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. – Official Journal of the European Union L 130, pp 92-125.

the case-law of European Court of Justice (CJEU) and with the EU Charter of Fundamental Rights. It was argued that the freedom of expression of users would be hindered. Many academics expressed the opinion that Article 17 needed radical reform that may not be achievable through amendments within its structure. They advised removing the article from the DSM directive. Despite some amendments to the draft a lot of questions around Article 17 still remain open. Due to the potential impact of this provision on freedom of expression, the Polish government has already filed an action for annulment under Article 263 TFEU.³¹⁷

Despite the fact that the DSM directive has entered into force only recently there are quite a lot of studies covering its' most controversial article. However the comprehensive analyses in Estonian is certainly lacking. Clear majority of papers have been critical about Article 17. Shortcomings of it has been pointed out, its incompatibility with EU copyright *acquis* has been highlighted and better wordings have been suggested. This paper offers quite a novel approach. Article 17 in its exact wording is interpreted in a way that achieves the best possible compatibility with the EU primary law and CJEU case-law and strikes fair balance between the fundamental rights of parties involved. The approach is actually not fundamentally different from many previous researches but the emphasis of this paper is quite rare.

To fulfill the aim, this paper offers a focused examination of Article 17. Section 1 covers the aspects about OCSSPs obtaining an authorization from the rightholders in order to communicate to the public or make available to the public works or other subject matter. Subsection 1 starts with exploring the scope of Article 17. It first presents and analyses the definition of OCSSPs and then examines the nature of the provision's right of communication to the public. Subsection 2 explores the potential authorization mechanisms for it. Section 2 covers the situations where no authorization is granted to OCSSPs. Subsection 1 examines Article 17's rights and safeguards for users and OCSSPs. Subsection 2 examines the fundamental rights of parties involved and explores the criteria which lead to the fair balance between them. Subsection 3 explores the obligations of OCSSPs. It provides the interpretation of these obligations which is fully compatible with CJEU case-law, ensures conformity between the provisions of DSM directive and also ensures fair balance between the fundamental rights of rightholders, OCSSPs and users.

³¹⁷ Treaty on the Functioning of the European Union. – Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2012/C 326/01. – Official Journal C 326, pp 1-390.

Article 17 regulates “online content-sharing service providers” (OCSSPs). These are defined in Article 2(6) as providers of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes. The use of vague terms („large amount“) causes some uncertainty as to the definition of an OCSSP and, thus, the scope of Article 17. Recital 62 is meant to clarify things but in practice does not provide much help. According to recital 62 the definition should „target only online services that play an important role on the online content market“, but it is not a very helpful statement since a term „an important role“ is also vague. It is advised in this paper that national legislator should quantitatively fill in and specify the "large amount" criteria. However it runs the risk that in individual cases the CJEU will consider the number chosen to be unrepresentative. The definition clearly includes internet giants like YouTube or Facebook, but also any type of user-upload platform that fits the definition and is not expressly excluded in the provision’s non-exhaustive list of carve-outs, namely not-for-profit online encyclopedias, not-for-profit educational and scientific repositories, open source software-developing and-sharing platforms, providers of electronic communications services, online marketplaces, business-to-business cloud services and cloud services that allow users to upload content for their own use.

When an online content-sharing service provider gives the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, it performs an act of communication to the public or an act of making available to the public. As the concept of “communication to the public” is not defined in the directives, the meaning and scope of that concept has been shaped by the case-law of CJEU in light of the objectives pursued in InfoSoc directive.³¹⁸ An act of communication to the public involves two cumulative criteria: an “act of communication” of a work and the communication of that work to a “public.” In addition it must be a “new public” – a public that was not already taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication of their work to the public. Failing that, a protected work must be communicated using technical means different from those previously used. All this holds true for OCSSPs as well. However as regards to the “act of communication” DSM directive goes beyond current case-law of the CJEU. OCSSPs perform an act of communication of a work when they enable users to upload and share such works. It follows that OCSSPs communicate protected subject matter uploaded by users simply by providing the

³¹⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. – Official Journal L 167, pp 10-19.

platform and access. Hence, the knowledge of the legality of actions of users is largely irrelevant. It follows from the definition of OCSSPs that when they give the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, it performs an act of communication to the public or an act of making available to the public only if this is performed for profit-making purposes.

OCSSPs that engage in “communication to the public” have two avenues to avoid liability. They may obtain a license or other authorization according to paragraph (1). Most of the usual licensing mechanisms are available. These include a direct licensing from the rightholder and different collective licensing mechanisms (voluntary, extended), as well as statutory licensing. However mandatory collective licensing is not permitted.

Failing to obtain a license, OCSSPs need to meet the criteria set out in paragraph (4). OCSSPs have to demonstrate that they have: (a) made best efforts to obtain an authorisation, and (b) made, in accordance with high industry standards of professional diligence, best efforts to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the relevant and necessary information; and in any event (c) acted expeditiously, upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightholders, to disable access to, or to remove from their websites, the notified works or other subject matter, and made best efforts to prevent their future uploads in accordance with point (b).

These obligations will potentially infringe the freedom of expression of users, as well as the freedom to conduct a business of OCSSPs. To avoid such negative effects Article 17 comprises a few provisions which help protecting the rights of users and OCSSPs. According to paragraph (7) the cooperation between OCSSPs and rightholders shall not result in the prevention of the availability of works or other subject matter uploaded by users, which do not infringe copyright and related rights, including where such works or other subject matter are covered by an exception or limitation. In order to accomplish it paragraph (9) provides that OCSSPs shall put in place an effective and expeditious complaint and redress mechanism that is available to users of their services in the event of disputes over the disabling of access to, or the removal of, works or other subject matter uploaded by them. In addition, paragraph (8) prohibits Member States to impose any general monitoring obligation on OCSSPs.

Additionally the judgments of CJEU and European Court of Justice (ECJ) about the conflicts of fundamental rights have an important role to play in present matter. The CJEU has emphasised that Member States must, when transposing the directives, take care to rely on an interpretation of the directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. All abovementioned provisions and principles must be taken account when interpreting the obligations of OCSSPs.

Obligation to obtain a license is not absolute. OCSSPs need to make “best efforts” to obtain a license. Paragraph (5) provides that in determining whether the OCSSP has complied with its obligations, the following shall be taken into account: (a) the type, the audience and the size of the service and the type of works or other subject matter uploaded by the users of the service; and (b) the availability of suitable and effective means and their cost for service providers. OCSSPs can only be reasonably expected to make initiative efforts to obtain licenses from collecting societies and known rightholders. They shall not be expected to engage in a search for unknown rightholders. However when being addressed by a previously unknown rightholder, the OCSSPs would then need to start negotiations. The OCSSPs will have to obtain a license from anyone who is willing to give it to them on reasonable terms. It is advised to spell out the meaning of „reasonable terms“ in national legislation.

Generally speaking, three obligations of OCSSPs can be distinguished in addition to the obligation to make best efforts to obtain an authorisation. Comparing them, “notice-and-take-down” should be preferred. In this system the role of OCSSPs is reactive. The process of take-down of the infringing content is always initiated by the rightholders. OCSSPs only need to act upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightholders. Existing notice-and-takedown systems have come under increased scrutiny for failing to provide a viable compromise between clashing fundamental rights. Copyright holders are prone to issuing dubious notices. At the same time intermediaries often unquestioningly follow up on notices received and remove the content at issue in order to avoid liability for copyright infringement. False takedowns are therefore a real risk. Despite the shortcomings the “notice-and-take-down” is still clearly a way to go since the shortcomings can be and have been mitigated considerably in DSM directive.

“Notice-and-take-down” in DSM directive is actually a hybrid of “notice-wait-and-take-down” and “notice-and-judicial-take-down.” Upon receiving a substantiated notice from the rightholders, OCSSPs in order to comply with paragraph (7) have to forward it to the user who

uploaded the allegedly infringing content. According to paragraph (9) OCSSPs shall inform their users that they can use works and other subject matter under exceptions or limitations. Users must be provided with clear and easy way to contest the alleged infringement. If they do that the content shall stay up until the unlawfulness of an upload is established. Complaints submitted by users shall be processed without undue delay, and decisions to disable access to or remove uploaded content shall be subject to human review. In addition out-of-court redress mechanisms shall be available for the settlement of disputes and users have to have access to a court or another relevant judicial authority to assert the use of an exception or limitation to copyright and related rights. Considering all that it seems that the safeguards provided in Article 17 ensure that fair balance between competing fundamental rights will be reached with the “notice-and-take-down” mechanism.

Quite the opposite to the reactive “notice-and-take-down” is the proactive obligation to prevent the availability of specific works and other subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the relevant and necessary information. A lot of scholars have pointed out that this can only be achieved by using automated filters. This method has numerous shortcomings which are the following.

- The filtering obligation virtually requires OCSSPs to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. This resembles to a general monitoring obligation which is prohibited not only by pre-existing directives but also by Article 17 (8) DSM directive itself.
- Filtering will have a deep impact on users. They may still try to upload works to a website (eg Facebook and other platforms) but these uploads will never arrive at the platform if they are identified as infringing by the filtering mechanisms applied. Because of the false-positives some lawful content will be blocked. Consequently the freedom of information would be undermined. This would also be contrary to the Paragraph (7) which requires that the cooperation between OSSPs and rightholders shall not result in the prevention of the availability of works or other subject matter uploaded by users, which do not infringe copyright and related rights.
- This obligation would require OCSSPs to install a complicated and costly filtering system. The CJEU has judged that this kind of obligation is to be regarded as not respecting the requirement that a fair balance be struck between, on the one hand, the protection of the copyright enjoyed by rightholders, and, on the other hand, that of the freedom to conduct business enjoyed by OCSSPs.

Despite that there is still room for upload filters. Filtering systems *per se* are not prohibited by the EU law. Since filters are used to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the relevant and necessary information, the obligation to filter shall not amount to a general monitoring obligation. However it is important to implement the obligation properly in order to ensure compliance with the EU primary law. First, users shall have the possibility to contest the unlawfulness of the upload identified by the filtering software. An alternative measure would be the "flagging" of content by users, so that this content is automatically sorted out and subjected to human examination. Second, when implementing the directive, Member States shall keep the wording of this preventive obligation flexible to ensure the best possible effect of the proportionality principle provided in paragraph (5). It is advised to stick to the wording of Paragraph 4 (b). In addition it is advised to exclude certain users who have not committed any infringements in the past from a filter beforehand.

“Notice-and-stay-down” requires that OCSSPs, after receiving a notification of illegal information hosted on its systems, not only block or remove the information, but also take additional measures to ensure that it is not subsequently reposted by the same user or others. This also requires a filtering system. However it is aimed at preventing the reoccurrence of specific previous infringements. OCSSPs must ensure that not only identical information is not reposted but also the content equivalent to the content of information which was previously declared to be unlawful, provided that the differences in the wording of that equivalent content, compared with the wording characterising the information which was previously declared to be illegal, are not such as to require the host provider to carry out an independent assessment of that content.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Aleinikoff, T. A. Constitutional law in the age of balancing. – Yale Ij, 1986, 96, pp 943-1006.
2. Alexy, R. Constitutional rights and proportionality. – Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 2014 (22), pp 51-65. <https://doi.org/10.4000/revus.2783> (01.04.2020).
3. Angelopoulos, C. Are Blocking Injunctions against ISPs Allowed in Europe? Copyright Enforcement in the Post-Telekabel EU Legal Landscape. – Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Volume 9, Issue 10, pp 812–821.
4. Angelopoulos, C. Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe. – IRIS plus (Supplement to IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory), 2009-4; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-04; Institute for Information Law Research Paper No. 2012-04. <https://ssrn.com/abstract=1983866> (02.04.2020).
5. Angelopoulos, C. On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (2017). <https://ssrn.com/abstract=2947800> (01.04.2020).
6. Angelopoulos, C. jt. The Copyright Directive: Misinformation and Independent Enquiry: Statement from EuropeanAcademics to Members of the European Parliament in advance of the Plenary Vote on the Copyright Directive. <https://hdl.handle.net/11245.1/b274883c-b7e9-475a-80cd-81c96e194841> (01.04.2020).
7. Angelopoulos, C., Quintais, J. P. Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement. – Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, (2019), 10(2), pp 147-172.
8. Angelopoulos, C., Smet, S. Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. – Journal of Media Law, 8:2, pp 266-301, DOI: 10.1080/17577632.2016.1240957.
9. Autoriõigus ja sellega seotud õigused infoühiskonnas. Kokkuvõte: direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I26053> (31.03.2020).
10. Axhamn, J. Exceptions, limitations and collective management of rights as vehicles for access to information. – Access To Information And Knowledge: 21st Century Challenges

- in Intellectual Property and Knowledge Governance, pp. 164–186.
<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-107485> (01.04.2020).
11. Axhamn, J., Guibault, L. Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe’s Cultural Heritage. – Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-22. <https://ssrn.com/abstract=2001347> (01.04.2020).
 12. Bridy, A. The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform. – Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Forthcoming, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3412249> (04.04.2020).
 13. Brunner, L. The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content: The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after *Delfi v Estonia*. – *Human Rights Law Review*, 2016, Volume 16, Issue 1, pp 163–174.
 14. Gerards, J. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. – *Human Rights Law Review*, 2018, Volume 18, Issue 3, pp 495–515. <https://doi-org.ezproxy.utlib.ut.ee/10.1093/hrlr/ngy017> (01.04.2020).
 15. Colangelo, G., Maggiolino, M. ISPs’ copyright liability in the EU digital single market strategy. – *International Journal of Law & Information Technology*, 2018, 26(2), pp 142–159.
 16. De Schrijver, S., Geulette, A. Liability of Internet Service Providers: A Belgian Perspective. – *Business Law Review*, 2002, 23, pp 257-284.
 17. De Vries, S.A. Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice. – *Utrecht Law Review*, 2013, 9(1), pp. 169–192, p 170. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.220> (01.04.2020).
 18. Elkin-Koren, N. After Twenty Years: Copyright Liability of Online Intermediaries. – Frankel, S., Gervais, D.J. (eds.). *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age* (Forthcoming). <https://ssrn.com/abstract=2483877> (02.04.2020).
 19. EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age. – Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres. https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_24_02_2017.pdf (05.04.2020).
 20. Euroopa Liidu Nõukogu. EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline.
 21. Euroopa Komisjoni sidusgruppide dialoogid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/stakeholder-dialogue-application-article-17-directive-copyright-digital-single-market> (12.04.2020).

22. Flint, D. Intellectual property whither net filtering. – *Business Law Review*, 2012, 33(4), pp 87-91.
23. Frosio, F.G. From Horizontal to Vertical: an Intermediary Liability Earthquake in Europe. – *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2017, 12, pp 565-575.
24. Fosio, G. F, The Death of ‘No Monitoring Obligations’: A Story of Untameable Monsters. – *JIPITEC*, 2017, 8, pp 199-215. <https://ssrn.com/abstract=2980786> (01.04.2020).
25. Frosio, G., Mendis, S. Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend? – Frosio, G. (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (OUP, 2019 Forthcoming); Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-05. <https://ssrn.com/abstract=3411615> (01.04.2020).
26. Gielen, N.,Tiessen, M. Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. – *EuZW*, 2019, pp 639-646. [viidatud Spindler, G. kaudu].
27. Ginsburg, J. C. The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmseper* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017). – *Auters & Media*, 2017, Vol. 2017, p. 7; *Columbia Law & Economics* No. 572; *Columbia Public Law & Legal Theory Paper* No. 14-557, 2017. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2053 (01.04.2020).
28. Griffiths, J. Constitutionalising or harmonising? The Court of Justice, the right to property and European copyright law. 2013, 38, pp 65-78. <https://ssrn.com/abstract=2217562> (01.04.2020).
29. Grisse, K. After the storm - examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790. – *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Volume 14, Issue 11, pp 887–899, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpz122>.
30. Groussot, X. Case C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) v. Telefonica de Espana SAU*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 January 2008, Not Yet Reported. – *Common Market L. Rev.*, 2008, 45, pp 1745-1766.
31. Hugenholtz, P. B., van Velze, S. Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a ‘New Public’. <https://ssrn.com/abstract=2811777> (01.04.2020).
32. Husovec, M. How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement. – Synodinou, T.E. (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (Kluwer law, Forthcoming); *TILEC Discussion Paper* No. 2019-16. <https://ssrn.com/abstract=3372230> (31.03.2020).

33. Husovec, M. The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And Why? – Columbia Journal of Law & the Arts, Forthcoming; Tilburg Law School Research Paper Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3239040> (01.04.2020).
34. Husovec, M., Quintais, J.P. How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms. <https://ssrn.com/abstract=3463011> (31.03.2020).
35. Jans, J. H. Proportionality revisited. – Legal Issues of Econ. Integration, 2000, 27(3), pp 239-265.
36. Jütte, B. J. Reconstructing European copyright law for the digital single market: between old paradigms and digital challenges. – Nomos Verlag, 2017, Vol. 10. <https://pdfs.semanticscholar.org/8fb5/b35bfaf2f2ee928c349e4b277121d005ecf5.pdf> (01.04.2020).
37. KPMG. Analüüs Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi(EL) 2019/790 art 17 kohaldamise kohta Eesti ettevõtjatele. https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/analuus-dsm-direktiivi-kohaldamise-kohta-eesti-ettevotjatele_ab-kpmg-law-ja-kpmg-baltics_16.12.2019.pdf (10.04.2020).
38. Karapapa, S. The requirement for a “new public” in EU copyright law. – European Law Review, 2017(1), pp 63-81. <https://ssrn.com/abstract=3047062> (01.04.2020).
39. Kleinschmidt, B. An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content. – International Journal of Law and Information Technology, 2010, Volume 18, Issue 4, pp 332–355.
40. Kuczerawy, A. EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime. – Petkova, B., Ojanen, T. (eds.). Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries, 2019, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3309099> (01.04.2020).
41. Kuczerawy, A. Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative. – Computer Law & Security Review, 2015, 31(1), pp 46-56.
42. Kuczerawy, A. From ‘Notice and Take Down’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression. – Giancarlo Frosio (ed), The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online, 2019, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3305153> (01.04.2020).

43. Kuczerawy, A. General Monitoring Obligations: A New Cornerstone of Internet Regulation in the EU?, Forthcoming. – "Rethinking IT and IP Law - Celebrating 30 years CiTiP", Intersentia, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3449170> (01.04.2020).
44. Leistner, M. Closing the Book on Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU's Caselaw and Proposal for European Legislative Reform. – EIPR, 2017, vol 39, No 6, pp 327-333. <https://doi.org/10.9785/cr-2017-1214> (01.04.2020).
45. Leistner, M. Is the CJEU Outperforming the Commission? <https://ssrn.com/abstract=3077615> (01.04.2020).
46. Leistner, M., Metzger, A. The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages. – IIC, 2017, 48, pp 381–384. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0586-x>.
47. Lucas-Schoetter, A. Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (Recitals 38, 39, Article 13). – The European Authors' Societies, 2017. <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schoetter-analysis-copyright-directive-en.pdf> (01.04.2020).
48. Marsoof, A. 'Notice and takedown': a copyright perspective. – Queen Mary Journal of Intellectual Property, 2015, 5(2), pp 183-205.
49. Masnick, M. EU Commissioner Gunther Oettinger Admits: Sites Need Filters To Comply With Article 13. <https://www.techdirt.com/articles/20190329/15501341902/eucommissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13.shtml> (02.04.2020).
50. Mendel, T. A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights. <https://rm.coe.int/16806f5bb3> (01.04.2020).
51. Micara, A.G. Online piracy and human rights: reflections on the European approach. – Current Politics & Economics of Europe, 2017, Vol. 28 Issue 3/4, pp 229-266.
52. Montagnani, M.L. A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3398160> (01.04.2020).
53. Montagnani, M. L., Trapova, A.Y. New Obligations for Internet Intermediaries in the Digital Single Market - Safe Harbors in Turmoil? – Journal of Internet Law, 2019, Vol. 22 Issue 7, p 3-11. <https://ssrn.com/abstract=3361073> (01.04.2020).
54. Montagnani, M. L., Trapova, A.Y. Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market. – International Journal of Law and Information Technology, 2018, Volume 26, Issue 4, pp 294–310.
55. Montéro, E. La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux. – Le Commerce Electronique Européen sur les Rails, 2001, pp 273-295. <http://www.crid.be/pdf/public/4572.pdf> (02.04.2020)

56. Montero, E., Van Enis, Q. Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle? – *Computer Law & Security Review*, 2011, 27(1), pp 21-35.
57. Quintais, J.P. The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look. – *European Intellectual Property Review*, 2020 (1) (Forthcoming). <https://ssrn.com/abstract=3424770> (29.03.2020).
58. Quintais, J.P. jt. Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3484968> (31.03.2020).
59. Romero-Moreno, F. ‘Notice and staydown’ and social media: amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright. – *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, 33(2), pp 187-210.
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2018.1475906?af=R> (02.04.2020).
60. Romero-Moreno, F. ‘Upload filters’ and human rights: implementing article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. – *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, pp 1-30. DOI: 10.1080/13600869.2020.1733760.
61. Rosati, E. The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms. – *European Intellectual Property Review*, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3006591> (01.04.2020).
62. Rosati, E. GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture. – *Common Market Law Review*, 2017, 54(4), pp 1221-1242.
63. Samuelson, P. Copyright and freedom of expression in historical perspective. – *J. Intell. Prop. L.*, 2003, 10, pp 319-344.
64. Samuelson, P. Europe's controversial digital copyright directive finalized. – *Communications of the ACM*, 2019, 62(11), pp 24-27. <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3363179> (05.04.2020).
65. Samuelson, P. The EU's Controversial Digital Single Market Directive: Should copyright enforcement have precedence over the interests of users in information privacy and fundamental freedoms? – *Communications of the ACM*, 2018, Vol. 61 Issue 11, pp 20-23, <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3277562> (02.04.2020).
66. Sauter, W. Proportionality in EU law: a balancing act? – *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2013, 15, pp 439-466.

67. Seltzer, W. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. - Harvard Journal of Law & Technology, 2010, 24, pp 171-232. <https://wendy.seltzer.org/writing/seltzer-chill.pdf>, (01.04.2020).
68. Senftleben, M. Bermuda Triangle - Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3367219> (01.04.2020).
69. Senftleben, M. Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. – Information Law Series Set, Vol. 13. The Hague, Kluwer Law International, 2004, p 22, https://pure.uva.nl/ws/files/3645247/37378_Thesis.pdf (01.04.2020).
70. Senftleben, M. jt. The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. – European Intellectual Property Review, 2018, Vol. 40, Issue 3, pp. 149-163, <https://ssrn.com/abstract=3054967> (31.03.2020).
71. Shapiro, T., Hansson, S. The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same. – European Intellectual Property Review, 2019, 41, pp 404-410.
72. Spindler, G. The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation: Contravening Prohibition of General Monitoring Duties. – J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L., 2019, 10, pp 344-374.
73. Stalla-Bourdillon, S. jt. A Brief Exegesis of the Proposed Copyright Directive, 2016. <https://ssrn.com/abstract=2875296> (04.04.2020).
74. Strowel, A. The European extended collective licensing model. – Colum. JL & Arts, 2010, 34, pp 665-669.
75. Sweeney, J. A. Margin of Appreciation in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights. – Legal Issues of Econ. Integration, 2007, 34, pp 27-52.
76. Sweet, A. S., Mathews, J. Proportionality balancing and global constitutionalism. – Colum. J. Transnat'l L, 2008, 47, pp 72-164.
77. Van Eecke, P. Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. – Common Market L. Rev., 2011, 48, pp 1455-1502.
78. Vasamäe, E. Autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste jätkusuutlik kollektiivne teostamine. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2014.
79. Visser, D.J.G. Trying to Understand Article 13, (2019). <https://ssrn.com/abstract=3354494> (31.03.2020).
80. Volkmann, C. Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet? – Computer und Recht, 2019, 35(6), pp 376-384. [viidatud Spindler, G. kaudu].

Kasutatud õigusaktid

81. 19. novembri 1992. aasta Nõukogu direktiiv 92/100/EMÜ rentimis- ja laenutamise õiguse ja teatavate autoriõigusega kaasnevate õiguste kohta intellektuaalomandi vallas. – ELT L 346, lk 120-125.
82. 27. septembri 1993. aasta Nõukogu direktiiv 93/83/EMÜ teatavate satelliitlevile ja kaabli kaudu taasedastamisele kohaldatavaid autoriõigusi ja sellega kaasnevaid õigusi käsitlevate eeskirjade kooskõlastamise kohta. – ETL L 248, lk 15-21.
83. 9. detsembri 1997. aasta Komisjoni teatis 97/C 372/03 asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. – ELT C 372/5, lk 155-163.
84. 22. juuni 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 98/34/EÜ, millega nähakse ette tehnilistest standarditest ja eeskirjadest teatamise kord. – ELT L 204, lk 337-348.
85. 20. novembri 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 98/84/EÜ tingimusjuurdepääsul põhinevate või seda sisaldavate teenuste õiguskaitse kohta. – ELT L 320, lk 147-150.
86. 8. juuni 2000. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – ELT L 178, lk 399-414.
87. 22. mai 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas. – ELT L 167, lk 230-239.
88. 27. septembri 2001. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2001/84/EÜ algupärase kunstiteose autori õiguse kohta saada hüvitist edasimüügi korral. – EÜT L 272, lk 32-36.
89. 29. aprilli 2004. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/48/EÜ intellektuaalomandi õiguste jõustamise kohta. – ELT L 157, lk 45-86.
90. 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/115/EÜ rentimis- ja laenutamise õiguse ja teatavate autoriõigusega kaasnevate õiguste kohta intellektuaalomandi vallas. – ELT L 376, lk 28-35.
91. 26. veebruari 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/26/EL autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste kollektiivse teostamise ning muusikateose internetis kasutamise õiguse multiterritoriaalse litsentsimise kohta siseturul. – ELT L 84, lk 72-98.

92. 9. septembri 2015. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2015/1535, millega nähakse ette tehnilistest eeskirjadest ning infoühiskonna teenuste eeskirjadest teatamise kord. – ELT L 241, lk 1-15.
93. 29. novembri 2017. aasta Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa majandus- ja sotsiaalkomiteele. Suunised intellektuaalomandi õiguste jõustamist käsitleva Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/48/EÜ teatavate aspektide kohta. COM(2017) 708.
94. 11. detsembri 2018. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2018/1972, millega kehtestatakse Euroopa elektroonilise side seadustik. – ETL L 321, lk 36-214.
95. 17. aprilli 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv (EL) 2019/790, mis käsitleb autoriõigust ja autoriõigusega kaasnevaid õigusi digitaalsel ühtsel turul ning millega muudetakse direktiive 96/9/EÜ ja 2001/29/EÜ. – ELT L 130, lk 92-125.
96. Autoriõiguse seadus. – RT I, 19.03.2019, 55.
97. Berni kirjandus- ja kunsteoste kaitse konventsioon. – RT II 1994, 16, 49.
98. Euroopa Liidu lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 202, lk 1-366.
99. Euroopa Liidu põhiõiguste harta. – ELT C 83, lk 389-403.
100. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 1996, 11, 34.
101. Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping. – RT II 1999, 22, 123.
102. Karistusseadustik. – RT I, 28.02.2020, 5.
103. Konkurentsiseadus. – RT I, 13.03.2019, 92.
104. Teose esitaja, fonogrammitootja ja ringhäälinguorganisatsiooni kaitse rahvusvaheline konventsioon. – RT II 1999, 27, 165.
105. Võlaõigusseadus. – RT I, 08.01.2020, 10.
106. WIPO autoriõiguse leping (WCT). – ELT L 89, lk 210-216.
107. WIPO esituse ja fonogrammide leping (WPPT). – ELT L 89, lk 217-225.

Kasutatud kohtupraktika

108. RKTkm 2-14-56641.
109. EIKo 214/56, *Becker vs. Belgia*.
110. EIKo 5493/72, *Handyside vs. Ühendkuningriik*.
111. EIKo 6538/74, *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*.
112. EIKo 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH ja Klaus Beermann vs. Saksamaa*.
113. EIKo 11801/85, *Kruslin vs. Prantsusmaa*.
114. EIKo 12726/87, *Autronic AG vs. Šveits*.
115. EIKo 13585/88, *Observer ja Guardian vs. Ühendkuningriik*.

116. EIKo 15450/89, *Casado Coca vs. Hispaania*.
117. EIKo 22479/93, *Öztürk vs. Türgi*.
118. EIKo 25088/94 jt, *Chassagnou jt vs. Prantsusmaa*.
119. EIKo 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. vs. Portugal*.
120. EIKo 75615/01, *Stefanec vs. Tšehhi*.
121. EIKo 3002/03 ja 23676/03, *Times Newspapers Ltd vs. Ühendkuningriik*.
122. EIKo 19247/03, *Balan vs. Moldova*.
123. EIKo 28743/03, *Melnychuk vs. Ukraina*.
124. EIKo 16354/06, *Mouvement raëlien suisse vs. Šveits*.
125. EIKo 50084/06, *RTBF vs. Belgia*.
126. EIKo 2668/07 jt, *Dink vs. Türgi*.
127. EIKo 27520/07, *Altuğ Taner Akçam vs. Türgi*.
128. EIKo 36769/08, *Ashby Donald jt vs. Prantsusmaa*.
129. EIKo 39954/08, *Axel Springer AG vs. Saksamaa*.
130. EIKo 64569/09, *Delfi AS vs. Eesti*.
131. EIKo 3111/10, *Ahmet Yildirim vs. Türgi*.
132. EIKo 40397/12, *Fredrik Neij ja Peter Sunde Kolmisoppi (Pirate Bay) vs. Rootsi*.
133. EIKo 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete ja Index.hu Zrt vs. Ungari*.
134. EKO C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH versus Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114.
135. EKO C-34/79, *Regina versus Maurice Donald Henn ja John Frederick Ernest Darby*, ECLI:EU:C:1979:295.
136. EKO C-352/85, *Bond van Adverteerders ja teised versus Madalmaade riik*, ECLI:EU:C:1988:196.
137. EKO C-51/96 ja C-191/97, *Christelle Deliège*, ECLI:EU:C:2000:199.
138. EKO C-89/04, *Mediakabel BV versus Commissariaat voor de Media*, ECLI:EU:C:2005:348.
139. EKO C-192/04, *Lagardère Active Broadcast versus Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) ja Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, ECLI:EU:C:2005:475.
140. EKO C-479/04, *Laserdisken ApS versus Kulturministeriet*, ECLI:EU:C:2006:549.
141. EKO C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) versus Rafael Hoteles SA*, ECLI:EU:C:2006:764.
142. EKO C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54.

143. EKo C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH versus Tele2 Telecommunication GmbH*, ECLI:EU:C:2009:107.
144. EKo C-58/08, *Vodafone Ltd jt versus Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECLI:EU:C:2010:321.
145. EKo C-236/08, *Google France SARL ja Google Inc.*, ECLI:EU:C:2010:159.
146. EKo C-403/08 ja C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2011:631.
147. EKo C-92/09 ja C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR*, ECLI:EU:C:2010:662.
148. EKo C-324/09, *L'Oréal SA jt versus eBay International AG jt*, ECLI:EU:C:2011:474.
149. EKo C-324/09, *L'Oréal SA jt versus eBay International AG jt*, ECLI:EU:C:2010:757, kohtujurist N. Jääskinena ettepanek.
150. EKo C-70/10, *Scarlet Extended SA versus Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:771.
151. EKo C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) versus Marco Del Corso*, ECLI:EU:C:2012:140.
152. EKo C-145/10, *Eva-Maria Painer versus Standard VerlagsGmbH jt*, ECLI:EU:C:2013:138.
153. EKo C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited versus Iirimaa ja Attorney General*, ECLI:EU:C:2012:141.
154. EKo C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) versus Netlog NV*, ECLI:EU:C:2012:85.
155. EKo C-461/10, *Bonnier Audio AB jt versus Perfect Communication Sweden AB*, ECLI:EU:C:2012:219.
156. EKo C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd jt versus TVCatchup Ltd*, ECLI:EU:C:2013:147.
157. EKo C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH versus Constantin Film Verleih GmbH ja Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2014:192.
158. EKo C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. versus Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110.
159. EKo C-466/12, *Nils Svensson jt versus Retriever Sverige AB*, ECLI:EU:C:2014:76.
160. EKo C-117/13, *Technische Universität Darmstadt versus Eugen Ulmer KG*, ECLI:EU:C:2014:2196.
161. EKo C-201/13, *Johan Deckmyn ja Vrijheidsfonds VZW versus Helena Vandersteen jt*, ECLI:EU:C:2014:2132.
162. EKo C-291/13, *Sotiris Papasavvas versus O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*, ECLI:EU:C:2014:2209.

163. EKo C-348/13, *BestWater International GmbH versus Michael Mebes ja Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315.
164. EKo C-484/14, *Tobias Mc Fadden versus Sony Music Entertainment Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2016:689.
165. EKo C-484/14, *Tobias Mc Fadden versus Sony Music Entertainment Germany GmbH*, ECLI:EU:C:2016:170, kohtujurist M. Szpunari ettepanek.
166. EKo C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH versus Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)*, ECLI:EU:C:2016:379.
167. EKo C-160/15, *GS Media BV versus Sanoma Media Netherlands BV jt*, ECLI:EU:C:2016:644.
168. EKo C-301/15, *Marc Soulier ja Sara Doke versus Premier ministre ja Ministre de la Culture et de la Communication*, ECLI:EU:C:2016:878.
169. EKo C-494/15, *Tommy Hilfiger Licensing LLC jt versus DELTA CENTER a.s.*, ECLI:EU:C:2016:528.
170. EKo C-527/15, *Stichting Brein versus Jack Frederik Wullems*, ECLI:EU:C:2017:300.
171. EKo C-610/15, *Stichting Brein versus Ziggo BV ja XS4All Internet BV*, ECLI:EU:C:2017:456.
172. EKo C-138/16, *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) versus Zürs.net Betriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2017:218.
173. EKo C-265/16, *VCAST Limited versus RTI SpA*, ECLI:EU:C:2017:913.
174. EKo C-397/16 ja C 435/16, *Acacia Srl versus Pneusgarda Srl ja Audi AG ning Acacia Srl ja Rolando D'Amato versus Dr. Ing. h.c.F. Porsche AG*, ECLI:EU:C:2017:992.
175. EKo C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen versus Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634.
176. EKo C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen versus Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:279, kohtujurist M.C. Sanches-Bordana ettepanek.
177. EKo C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH versus Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2019:623.
178. EKo C-516/17, *Spiegel Online GmbH versus Volker Beck*, ECLI:EU:C:2019:625.
179. EKo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek versus Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821.
180. EKo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek versus Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:458, kohtujurist M. Szpunari ettepanek.

181. EKo C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers versus Tom Kabinet Internet BV jt*, ECLI:EU:C:2019:1111.
182. EKo C-621/18, *Andy Wightman jt versus Secretary of State for Exiting the European Union*, ECLI:EU:C:2018:999.
183. EKo C-682/18, *LF versus Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, eelotsusetaotlus.
184. EKo C-753/18, *Stim ja SAMI versus Fleetmanager Sweden AB ja Nordisk Biluthyrning AB*, ECLI:EU:C:2020:268.
185. EKo C-753/18, *Stim ja SAMI versus Fleetmanager Sweden AB ja Nordisk Biluthyrning AB*, ECLI:EU:C:2020:4, kohtujurist M. Szpunari ettepanek.
186. EKo C-401/19, *Poola Vabariik vs Euroopa Parlament ja Euroopa Liidu Nõukogu*, pooleliolev kohtuasi.
187. EKo C-500/19, *Puls 4 TV GmbH & Co. KG versus YouTube LLC, Google Austria GmbH*, eelotsusetaotlus.