

▪ Της **Ευαγγελίας Βαγενά**, Attorney at Law,

Ph.D, DEA Droit et Informatique

ΠΕΡΙΛΗΨΗ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΜΠΡΑΘ 13478/2014:

Η απόφαση απέρριψε αίτηση οργανισμών συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή και συγγενικών δικαιωμάτων κατά των παρόχων υπηρεσιών σύνδεσης στο διαδίκτυο για λήψη ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να υποχρεωθούν οι καθ'ού να λάβουν τα κατάλληλα τεχνολογικά μέτρα ώστε : α) να καταστεί η πρόσβαση των συνδρομητών τους στις επίμαχες ιστοσελίδες μέσω των οποίων κατά τους ισχυρισμούς των αιτούντων λαμβάνει χώρα προσβολή δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή β) να καταστεί αδύνατη η τηλεφόρτωση των μουσικών έργων μέσω των ιστοσελίδων αυτών ή γ) να παρεμβληθούν στις διαδικασίες δρομολόγησης αιτημάτων των συνδρομητών τους προς τις επίμαχες ιστοσελίδες μέσω της εγκατάστασης από το προσωπικό διαχείρισης των δικτύων τους των σχετικών ρητών οδηγιών στους δρομολογητές των δικτύων με σκοπό τη διακοπή της πρόσβασης στη συγκεκριμένη διεύθυνση διαδικτύου ή δ) να λάβουν κάθε κατάλληλο τεχνολογικό μέτρο που θα έχει ως αποτέλεσμα την άρση των προσβολών αυτών.

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Είναι η δεύτερη φορά που δικαστήριο στη χώρα μας καλείται να διατάξει τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων βάσει του α. 64 Α ν. 2121/1993 προκειμένου να διακοπεί η παροχή πρόσβασης σε ιστοσελίδες με βασικό τους περιεχόμενο έργα προστατευόμενα με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας τα οποία καθίστανται προσιτά στο κοινό χωρίς την άδεια των δικαιούχων προστασίας. Πριν από τρία περίπου χρόνια, το 2012, βάσει της απόφασης ΜΠρΑΘ 4658/2012¹ διατάχθηκε για πρώτη φορά η λήψη τεχνολογικών μέτρων παρεμπόδισης της πρόσβασης χρηστών σε ιστοσελίδες μέσω των οποίων διακινούνται παράνομα ψηφιακά έργα με ένα διεξοδικό σκεπτικό και εκτενώς αιτιολογημένο διατακτικό.

Το ζήτημα της ευθύνης των παρόχων και των μέτρων που μπορούν να διαταχθούν να λάβουν προκειμένου για την άρση ή παράλειψη προσβολής δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ρυθμίζεται από διατάξεις που έχουν υιοθετηθεί βάσει εναρμόνισης αντίστοιχων ρυθμίσεων οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και υπάρχει ήδη πλούσια νομολογία του ΔΕΕ επί παρόμοιων υποθέσεων² στις οποίες οφείλουμε να παραπέμψουμε χάριν ερμηνευτικής πληρότητας και ορθότητας.

¹ Βλ. πλήρες κείμενο της απόφασης στην ιστοσελίδα του ΟΠΙ <http://opi.gr/index.php/2013-10-16-15-45-13/2013-11-15-12-29-58/7004-4658-2012> (διαθέσιμη στις 14.04.2015) και αναλυτικά *Κοριατοπούλου Π.*, Η αρχή της αναλογικότητας ως σταθμιστικός παράγοντας για την επιβολή κυρώσεων στις διαδικτυακές προσβολές δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας [με αφορμή την ΜΠρΑΘ 4658/2012], ΔΙΜΕΕ, Τεύχος 1/2013, σελ.33 επ.

² Βλ. αναλυτικά την ενότητα της ιστοσελίδας του Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας στην οποία η υπογράφουσα καταγράφει όλη τη σχετική με την επιβολή των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών στο διαδίκτυο νομολογία αλλά και νομοθεσία <http://opi.gr/index.php/2013-10-03-12-23-43/2013-10-29-08-47-46>.

Καταρχήν, το δικαστήριο έκρινε ότι οι καθού πάροχοι δεν υπέχουν ευθύνη σύμφωνα με το άρθρο 11 ΠΔ 131/2003 δεδομένου ότι κατά την κρίση του δικαστηρίου δεν αποδεικνύεται «**πραγματική γνώση**» της παράνομης δραστηριότητας η οποία απαιτεί τουλάχιστον άμεσο δόλο β' βαθμού³. Στην προκείμενη περίπτωση όμως οι αιτούντες οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης στράφηκαν εναντίων των καθού εταιριών λόγω της δραστηριότητάς τους να παρέχουν σύνδεση, πρόσβαση στο διαδίκτυο και ειδικότερα στις επίμαχες διευθύνσεις και όχι επειδή παρείχαν υπηρεσίες φιλοξενίας σε αυτές. Για την διακοπή της παροχής πρόσβασης δεν υφίσταται νομοθετική απαίτηση για πραγματική γνώση του παρόχου προκειμένου να ληφθούν μέτρα που θα αποσκοπούν στην παύση ή πρόληψη της παράβασης. Για την ακρίβεια η παράγραφος 3 του άρθρου 11 ΠΔ 131/2003 δίνει τη δυνατότητα σε διοικητική ή δικαστική αρχή να διατάξει έναν φορέα παροχής πρόσβασης, όπως είναι οι καθού εν προκειμένω, να λάβει μέτρα για την παύση ή την πρόληψη μιας παράβασης ανεξάρτητα από το αν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει ευθύνη ο ίδιος. Στην ίδια λογική κινείται και το άρθρο 64^A του ν. 2121/1993. Δεν τίθεται ζήτημα ευθύνης των παρόχων σε αυτές τις περιπτώσεις καθώς δεν κατηγορούνται για κάποια προσβολή οι ίδιοι ούτε αναζητά κανείς αποζημίωση από αυτούς. Λόγω του καίριου ρόλου τους ζητείται μόνο να συμβάλουν στην αποτροπή της προσβολής που λαμβάνει χώρα μέσω των υπηρεσιών τους χωρίς να ευθύνονται εκείνοι καταρχήν για την τοποθέτηση και ευρύτερη δημοσίευση του επίμαχου περιεχομένου.

³ Βλ. *Γιαννόπουλο Γ.*, Η ευθύνη των παρόχων στο διαδίκτυο, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ 134.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgr=el&nat=&oqp=&dates=&lg=&language=el&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-70%252F10&td=All&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=4010727> (διαθέσιμη στις 14.04.2015).

δεδομένων που αφορούν το σύνολο των πελατών του προκειμένου να αποτραπεί ενδεχόμενη μελλοντική προσβολή δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας. Επομένως, η εν λόγω διαταγή επιβάλλει στον ως άνω ΦΠΠΔ υποχρέωση γενικής επιτηρήσεως την οποία απαγορεύει το άρθρο 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 2000/31» (αιτ. σκ. 40). Σε όλες όμως αυτές τις υποθέσεις επρόκειτο για συστήματα προληπτικής προστασίας δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας για ενδεχόμενες μελλοντικές προσβολές, δεν επρόκειτο (όπως εν προκειμένω) για εκδίκαση αιτήματος διακοπής παροχής πρόσβασης σε συγκεκριμένες ιστοσελίδες που αποδεδειγμένα πρόσβαλαν δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Η αρχή της απαγόρευσης της γενικευμένης επιτήρησης συνεπώς έχει βαθιές ρίζες στο δίκαιο της ΕΕ και υπογραμμίζεται και από τη νομολογία του ΔΕΕ. Επιτρέπονται ωστόσο και επιβάλλονται συγκεκριμένες υποχρεώσεις επιτήρησης όπως προβλέπεται και στην αιτιολογική σκέψη 47 της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο σύμφωνα με την οποία ναι μεν τα κράτη μέλη δεν μπορούν να επιβάλουν γενική υποχρέωση ελέγχου στους φορείς παροχής υπηρεσιών αλλά αυτό δεν αφορά τις υποχρεώσεις ελέγχου σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, και ειδικότερα δεν θίγει τυχόν εντολές των εθνικών αρχών σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία. Στην ίδια κατεύθυνση το ΔΕΕ έκρινε συγκεκριμένα επί αιτήματος διακοπής της παροχής πρόσβασης στην υπόθεση *Telekabel* ότι μπορεί να διαταχθεί νόμιμα η διακοπή παροχής της πρόσβασης σε συγκεκριμένες ιστοσελίδες που προσβάλουν δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας με μέτρα που θα λάβει ένας πάροχος επειδή σύμφωνα με το Δικαστήριο «τα αναγνωριζόμενα από το δίκαιο της Ένωσης θεμελιώδη δικαιώματα έχουν την έννοια ότι δεν αντιτίθενται σε επιβαλλόμενη με δικαστική διάταξη σε φορέα παροχής διαδικτυακής προσβάσεως απαγόρευση να παρέχει στους πελάτες του πρόσβαση σε ιστότοπο ο οποίος θέτει στο διαδίκτυο προστατευόμενα αντικείμενα χωρίς τη συγκατάθεση των δικαιούχων».

Ταυτόχρονα, τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα κρίθηκαν ότι συνιστούν περιορισμούς των ακόλουθων δικαιωμάτων οι οποίοι **δεν είναι συμβατοί με την αρχή της αναλογικότητας** και το απεριορίστο των ακόλουθων : α) της ελευθερίας της πληροφόρησης (α. 5^α παρ. 1 Σ), β) του δικαιώματος συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας (α. 5 α παρ. 2 Σ), γ) του δικαιώματός προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση των προσωπικών δεδομένων (α. 9 Σ) και δ) του απορρήτου της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας (α. 19Σ) καθώς μέσω αυτών κατά την κρίση του Δικαστηρίου καταστέλλονται αδιακρίτως όχι μόνο παράνομες αλλά και νόμιμες πράξεις και (τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα) δεν πληρούν τα κριτήρια της αναγκαιότητας και καταλληλότητας για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

Είναι γνωστό ότι καταρχήν η πνευματική ιδιοκτησία και η ελευθερία της έκφρασης, έκφανση της οποίας αποτελεί η ελευθερία πληροφόρησης, επί χρόνια θεωρούνταν συμπληρωματικά δικαιώματα⁶ και χαρακτηρίζονται ως «*δύο όψεις του ίδιου νομίσματος*»⁷. Ο νομοθέτης έχει ήδη προνοήσει να θεσμοθετήσει περιορισμούς οι οποίοι εξασφαλίζουν την πρόσβαση του κοινού στην πληροφορία που μπορεί να συνδέεται με ένα έργο. Η ελευθερία έκφρασης συμφιλιώνεται με τα υπόλοιπα δικαιώματα στην 2^η παράγραφο του άρθρου 10

⁶ Lucas A., Droit d'auteur, liberté d'expression et droit du public à l'information σε Droit d'auteur et liberté d'expression, εκδόσεις Larcier, 2006, σελ.123.

⁷ Birnhack M. N., More or better? Shaping the Public Domain, σε The future of the public domain (identifying the commons in information law), Guibault L./ Hugenholtz B.(επιμ.), The future of public domain - Identifying the commons in information law, ό.π., σελ.62.

του πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, σύμφωνα με την οποία⁸ «η άσκηση των ελευθεριών αυτών, [...] δύναται να υπαχθεί σε [...] περιορισμούς [...], οι οποίοι προβλέπονται από τον νόμο και αποτελούν αναγκαία μέτρα, σε μία δημοκρατική κοινωνία για [...] την προστασία της υπολήψεως ή των δικαιωμάτων των τρίτων, [...]». Βάσει αυτού, ο δημιουργός ή συγγενικός δικαιούχος μπορεί να θεωρηθεί «τρίτος» και συνεπώς τα δικαιώματά του να αποτελέσουν καταρχήν περιορισμό στην ελευθερία έκφρασης.

Σχετικά με την επίκληση του δικαιώματός συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας αξίζει να υπενθυμίσουμε ότι αυτό διαπλάθεται ως θετική ελευθερία και έχει ως κανονιστικό περιεχόμενο την ισότιμη πρόσβαση και πλήρη την αξιοποίηση των ευκαιριών οι οποίες προσφέρονται στο νέο πεδίο επικοινωνίας και συναλλαγών το οποίο διαμορφώνεται με τη σύγκλιση των τεχνολογιών των τηλεπικοινωνιών και της πληροφορικής, όπως υποστηρίζεται⁹. Το δικαίωμα αυτό, σύμφωνα με την ορθότερη γνώμη, δεν μπορεί να εκληφθεί ως δικαίωμα πρόσβασης στις πληροφορίες καθώς δεν καθιερώνει «μία αγωγή αξίωση του καθένα να έχει πρόσβαση σε κάθε πληροφορία που διακινείται στον Κυβερνοχώρο»¹⁰ αλλά την υποχρέωση του Κράτους να διευκολύνει την πρόσβαση στα μέσα διακίνησης της πληροφορίας. Ακριβολογώντας, το δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας υποχρεώνει το Κράτος να εξασφαλίζει στους πολίτες τη διευκόλυνση της πρόσβασης στις πληροφορίες που διακινούνται ηλεκτρονικά καθώς και της παραγωγής, ανταλλαγής και διάδοσής τους. Στον πυρήνα του δικαιώματος αυτού, όπως έχει υπογραμμισθεί¹¹, εντοπίζεται η ανεμπόδιστη δυνατότητα πρόσβασης στα τεχνολογικά μέσα και η χρήση των ευχερειών που αυτά παρέχουν. Στις ευχέριες που παρέχουν τα τεχνολογικά μέσα προφανώς δεν ήταν πρόθεση του νομοθέτη να συμπεριλάβει την προσβολή των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

Κρίσιμο πραγματικό στοιχείο προς αξιολόγηση για την στάθμιση των αντιτιθέμενων ως άνω δικαιωμάτων και του δικαιώματος έννομης προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας των αιτούντων στην προκειμένη υπόθεση, θα ήταν η ύπαρξη σημαντικής έκτασης νόμιμου

⁸ Το πλήρες κείμενο έχει ως εξής στη δημοτική: «Η άσκηση των ελευθεριών αυτών, οι οποίες συνεπάγονται καθήκοντα και ευθύνες δύναται να υπαχθεί σε ορισμένες διατυπώσεις, όρους, περιορισμούς ή κυρώσεις, οι οποίοι προβλέπονται από τον νόμο και αποτελούν αναγκαία μέτρα, σε μία δημοκρατική κοινωνία για την εθνική ασφάλεια, την εδαφική ακεραιότητα ή δημοσία ασφάλεια, την προάσπιση της τάξεως και πρόληψη του εγκλήματος, την προστασία της υγείας ή της ηθικής, την προστασία της υπολήψεως ή των δικαιωμάτων των τρίτων, την παρεμπόδιση της κοινολογήσεως εμπιστευτικών πληροφοριών ή την διασφάλιση του κύρους και αμεροληψίας της δικαστικής εξουσίας.»

⁹ Βλ. Σ. Κοφίνη, Η συμμετοχή στην κοινωνία της πληροφορίας ως ένα νέο συνταγματικό δικαίωμα (α.5^Α παρ.2 Σ), ΔιΜΕΕ 4/2007, σελ.515.

¹⁰ Βλ. Σαραφιανός Δ., Συνταγματική προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας και Κοινωνία της Πληροφορίας. Σχέσεις σύγκρουσης ή παραπληρωματικότητας; Το Σ., τεύχος 4/2003, προσπελάσιμο χωρίς περιορισμούς στην ιστοσελίδα <http://tosyntagma.ant-sakkoulas.gr/theoria/item.php?id=897> (προσπελάσιμο στις 21/10/2007). Αντίθετα, η Μήτρου Λ., Το δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας, σε ομότιτλο βιβλίο σειράς Δίκαιο & Κοινωνία στον 21ο αιώνα, εκδόσεις Σάκκουλα, 2006, σελ.51, ισχυρίζεται ότι η άποψη αυτή είναι εν μέρει ορθή, καθώς η ερμηνεία του δικαιώματος δεν αποκλείει την πρόσβαση στην πληροφορία αυτή καθ'εαυτήν.

¹¹ Βλ. Μήτρου Λ. Το δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας, ό.π., σελ.43.. Η έννοια της πληροφορίας στο πλαίσιο της συνταγματικής αυτής διάταξης περιλαμβάνει όχι μόνο την είδηση, το γεγονός, τη γνώμη, αλλά το σύνολο του επικοινωνιακού υλικού (των δεδομένων) που διακινείται εντός των δικτύων τηλεπικοινωνιών ή αποθηκεύεται, επεξεργάζεται, παράγεται σε συστήματα πληροφορικής, βλ. Κοφίνη Σ., Η συμμετοχή στην κοινωνία της πληροφορίας ως ένα νέο συνταγματικό δικαίωμα (α.5 Α παρ.2 Σ), ό.π., σελ 536.

περιεχομένου στις επίδικες ιστοσελίδες. Δεν προκύπτει όμως από το κείμενο της απόφασης να πιθανολογήθηκε ότι μέσα από τις επίδικες ιστοσελίδες διακινούταν νόμιμο περιεχόμενο σε βαθμό που να δικαιολογεί τη στάθμιση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων σε βάρος του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας (ή συγγενικών).

Ένα άλλο αξιοσημείωτο σημείο είναι αυτό σχετικά με την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Το αίτημα συνίστατο στην διακοπή παροχής σύνδεσης σε συγκεκριμένες IP addresses στις οποίες φιλοξενούνταν ιστοσελίδες με συγκεκριμένο όνομα πεδίου (domain name). Ένας βασικός λόγος που οι δικαιούχοι προστασίας πνευματικής ιδιοκτησίας σε όλη την ΕΕ στρέφονται κατά των παρόχων σύνδεσης είναι μεταξύ άλλων η αδυναμία ταυτοποίησης των πραγματικών ιδιοκτητών ή διαχειριστών των ιστοσελίδων των οποίων το περιεχόμενο προσβάλλει τα δικαιώματά τους. Το όνομα πεδίου δεν αποτελεί δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα όπως ακριβώς δεν αποτελεί από μόνο του δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα το σήμα ή ο διακριτικός τίτλος αφού δεν εξατομικεύει πάντα κάποιο φυσικό πρόσωπο (βλ. και κατωτέρω για IP address). Όπως είναι γνωστό το domain name αποδίδεται γιατί δεν είναι εύκολο να θυμόμαστε την ακριβή αριθμητική διεύθυνση μιας ιστοσελίδας στο διαδίκτυο. Ως διεύθυνση IP (Internet Protocol address) ορίζεται ο αναγνωριστικός αριθμός (ταυτότητα) που λαμβάνει κάθε υπολογιστής, ιστοσελίδα ή εν γένει σύνολο δεδομένων με πρόσβαση στο διαδίκτυο. Η Ip Address που λαμβάνει μια ιστοσελίδα στο διαδίκτυο επίσης δεν αποτελεί από μόνη της δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα αλλά μπορεί να καταστεί τέτοιο εφόσον συνδεθεί με τη ένα στοιχείο προσδιορισμού κάποιου φυσικού προσώπου. Όπως για παράδειγμα η διεύθυνση ενός σπιτιού από μόνη της δεν μπορεί να θεωρηθεί δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα παρά μόνο αν συνδεθεί με το ονοματεπώνυμο του κατοίκου της¹². Αυτό που αναντίρρητα γίνεται δεκτό είναι ότι η Ip address που λαμβάνει η σύνδεση ενός χρήστη στο διαδίκτυο θεωρείται δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα¹³. Εν προκειμένω αίτημα ήταν η διακοπή παροχής σε συγκεκριμένη ip address στην οποία λειτουργούσαν ιστοσελίδες με συγκεκριμένο domain name χωρίς καν να είναι γνωστό το όνομα του φυσικού ή νομικού προσώπου στην οποία ανήκαν. Εάν μάλιστα επρόκειτο για νομικό και όχι φυσικό πρόσωπο το οποίο είχε κατοχυρώσει το domain name των επίδικων ιστοσελίδων, θα ήταν εξαρχής χωρίς νόημα ο προβληματισμός καθώς δεδομένα που αφορούν σε νομικά πρόσωπα δεν μπορούν να θεωρηθούν προσωπικά. Συνεπώς δυσκολευόμαστε να αντιληφθούμε με ποιόν τρόπο η λήψη των αιτούμενων μέτρων θα συνεπάγονταν με οποιονδήποτε τρόπο προσβολή δικαιωμάτων ατόμων από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Ομοίως δεν γίνεται εύκολα κατανοητό με ποιο τρόπο η παρεμπόδιση πρόσβασης σε ιστοσελίδες με έργα που παράνομα καθίστανται προσιτά στο κοινό προσβάλλει καθοιονδήποτε τρόπο το έννομο αγαθό του απορρήτου των επικοινωνιών καθώς το αιτούμενο ασφαλιστικό μέτρο δεν εμποδίζει, ούτε αποκαλύπτει το περιεχόμενο της επικοινωνίας κάποιου σε συνθήκες οικειότητας με συνομιλητή (ή συνομιλητές) της επιλογής του με όρους απορρήτου (δηλαδή χωρίς αυτή να γνωστοποιείται σε τρίτα μέρη) ούτε την εν

¹² Βλ. παράδειγμα από Αμαμέντο Π., Σωτηρόπουλο Β., Προσωπικά Δεδομένα, Ερμηνεία Ν. 2472/1997, εκδόσεις Σάκκουλα, 2005, σελ. 21.

¹³ Βλ. αναλυτικά σε Βαγενά Ε., Ζητήματα προστασίας και επιβολής των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στο περιβάλλον του διαδικτύου, ΝοΒ 55, 2007, σελ.1070επ, Φραγκούλη Α., Είναι οι IP διευθύνσεις προσωπικά δεδομένα και με ποιες συνέπειες; ΔιΜΕΕ 2/2008, σελ.198επ.

γίνει αποκάλυψη κάποιου μυστικού που διαβιβάζεται κατά την επικοινωνία οποιασδήποτε μορφής.

Τέλος, κρίθηκε ότι τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα αντιβαίνουν στο άρθρο 16 του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων της ΕΕ, παραβιάζοντας το **δικαίωμα των καθών παρόχων στην επιχειρηματικότητα** αλλά και στην **αρχή της διαδικτυακής ουδετερότητας**.

Το δικαίωμα στην **επιχειρηματικότητα** των παρόχων βάσει του άρθρου 16 του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων της αναφέρθηκε στην αιτιολογική σκέψη 46 της Απόφασης του Δικαστηρίου (τρίτο τμήμα) της 24ης Νοεμβρίου 2011 επί της υπόθεση C-70/10, Scarlet Extended SA κατά Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)¹⁴, ως ακολούθως: «*υπό συνθήκες όπως αυτές της υποθέσεως της κύριας δίκης, οι εθνικές αρχές και τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν, μεταξύ άλλων, να διασφαλίζουν ότι η προστασία των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, των οποίων απολαύουν οι δικαιούχοι του δικαιώματος του δημιουργού, θα εναρμονίζεται με την προστασία της επιχειρηματικής ελευθερίας η οποία ισχύει για φορείς όπως οι φορείς παροχής υπηρεσιών προσβάσεως στο διαδίκτυο δυνάμει του άρθρου 16 του Χάρτη*». Στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω υπόθεση του ΔΕΕ το αιτούμενο μέτρο ήταν η εφαρμογή εκ μέρους των ISPs ενός φίλτρου (α) για το σύνολο των επικοινωνιών μέσω διαδικτύου οι οποίες πραγματοποιούνται μέσω των υπηρεσιών του, ιδίως με τη χρήση προγραμμάτων «peer-to-peer», (β) όσον αφορά το σύνολο αδιακρίτως της πελατείας του, προληπτικά, με δικά του αποκλειστικώς έξοδα, και για απεριόριστο χρονικό διάστημα, ικανό να εντοπίσει εντός του δικτύου του φορέα αυτού τη διακίνηση ηλεκτρονικών αρχείων που περιλαμβάνουν μουσικά, κινηματογραφικά ή ραδιοτηλεοπτικά έργα επί των οποίων ο αιτών διατείνεται ότι κατέχει δικαιώματα και, στη συνέχεια, να παρεμποδίσει τη μεταφορά αρχείων των οποίων η ανταλλαγή συνιστά προσβολή του δικαιώματος του δημιουργού¹⁵. Στην υπόθεση όμως επί της οποίας εκδόθηκε η σχολιαζόμενη απόφαση το αίτημα ήταν εντελώς διαφορετικό. Ζητήθηκε η διακοπή παροχής πρόσβασης σε συγκεκριμένες ιστοσελίδες με σφόδρα πιθανολογούμενο παράνομο περιεχόμενο προκειμένου να αρθεί η αποδεικνυόμενη προσβολή. Συνεπώς, το αιτούμενο ασφαλιστικό μέτρο ήταν πολύ στοχευμένο και περιορισμένης έκτασης, με δυνατότητα ορισμού εκτέλεσης του για συγκεκριμένη χρονική διάρκεια και η οικονομική επιβάρυνση στους παρόχους πολύ μικρότερη¹⁶.

Σχετικά με την αρχή της **διαδικτυακής ουδετερότητας** θα πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα. Με το άρθρο 1 § 1β της Οδηγίας 2009/140/ΕΕ η Ευρωπαϊκή Ένωση έθεσε σε

¹⁴ Συλλογή της Νομολογίας 2011 I-11959, διαθέσιμη στο διαδίκτυο στην ιστοσελίδα <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=el&num=C-70/10> (διαθέσιμη στις 07.04.2015)

¹⁵ Και το ΔΕΕ είχε κρίνει πιο αναλυτικά ότι «*Η επιβληθείσα με τη διαταγή υποχρέωση έχει ως συνέπεια την κατάφωρη προσβολή της επιχειρηματικής ελευθερίας του εμπλεκόμενου φορέα καθόσον θα τον υποχρέωνε να θέσει σε λειτουργία ένα σύστημα πληροφορικής που είναι περίπλοκο, δαπανηρό και θα λειτουργεί σε μόνιμη βάση με δικά του αποκλειστικώς έξοδα, πράγμα το οποίο είναι επίσης αντίθετο προς τις οριζόμενες στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/48 προϋποθέσεις κατά τις οποίες τα μέτρα που λαμβάνονται για την προστασία των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας δεν πρέπει να είναι περίπλοκα ή δαπανηρά άνευ λόγου. Επομένως, η επιβολή της εν λόγω υποχρέωσης είναι αντίθετη προς την απαίτηση να διασφαλιστεί η εναρμόνιση μεταξύ, αφενός, της προστασίας των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, των οποίων απολαύουν οι δικαιούχοι του δικαιώματος του δημιουργού, και, αφετέρου, της προστασίας της επιχειρηματικής ελευθερίας της οποίας απολαύουν οι φορείς παροχής υπηρεσιών προσβάσεως στο διαδίκτυο.*»

¹⁶ Βλ. αναφορά σε σελ. 60 απόφασης ΜΠρΑΘ 4658/2012 καθώς στη σχολιαζόμενη δεν υφίσταται καμία αντίστοιχη αξιολόγηση.

ισχύ διατάξεις δικαίου για την προστασία της δικτυακής ουδετερότητας στα δημόσια δίκτυα ηλεκτρονικών επικοινωνιών και πρωτίστως στο διαδίκτυο. Η διάταξη αυτή ενσωματώθηκε στο Ελληνικό δίκαιο με το άρθρο 3 παρ. 2ζ του Ν. 4070/2012 το οποίο προβλέπει ότι τυχόν μέτρα από δημόσιες αρχές που αφορούν στην πρόσβαση των τελικών χρηστών σε υπηρεσίες και εφαρμογές ή στη χρήση από τους τελικούς χρήστες υπηρεσιών και εφαρμογών μέσω δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών πρέπει να τελούν σε αρμονία με τα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα και τις γενικές αρχές του Κοινοτικού δικαίου και, ιδιαιτέρως, να είναι κατάλληλα, αναλογικά και αναγκαία σε μία δημοκρατική κοινωνία, να εξασφαλίζουν δίκαιη και αμερόληπτη προκαταρκτική διαδικασία, η οποία περιλαμβάνει το δικαίωμα ακροάσεως του ενδιαφερομένου ή των ενδιαφερομένων, να υπόκεινται στις λοιπές διαδικαστικές διασφαλίσεις που προβλέπονται από την νομολογία του ΕΔΔΑ και τις γενικές αρχές του Κοινοτικού δικαίου και να διασφαλίζουν το δικαίωμα των θιγόμενων σε αποτελεσματικό και έγκαιρο δικαστικό έλεγχο του λαμβανόμενου μέτρου¹⁷. Η σχολιαζόμενη απόφαση όμως δεν εξειδικεύει σε ποιο σημείο δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις οι οποίες τίθενται στις ανωτέρω διατάξεις. Αντιθέτως υπό το πρίσμα της ανωτέρω ανάλυσης σχετικά με την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας εν προκειμένω μπορεί να υποστηριχθεί ότι η προστασία των προσβαλλόμενων δικαιωμάτων εν προκειμένω με την λήψη των αιτούμενων ασφαλιστικών μέτρων υπερτερεί των αντιτασσόμενων δικαιωμάτων στο βαθμό που πραγματικά αυτά θίγονται.

Η σχολιαζόμενη απόφαση γενικότερα κάνει λογικά άλματα, επικαλούμενη ένα υπερεθνικό νομοθετικό πλαίσιο αόριστα και ανατιολόγητα χωρίς να εξειδικεύει τους λόγους και τα πραγματικά περιστατικά ή έστω να επικαλείται τα προσκομιζόμενα αποδεικτικά στοιχεία η αξιολόγηση των οποίων θεμελιώνει την αντίθεση των αιτημάτων στις επικαλούμενες αρχές και διατάξεις. Πολλώ δε μάλλον που απορρίπτεται με συνοπτικές διαδικασίες και χωρίς καμία βάσιμη αιτιολόγηση το επικουρικό αίτημα λήψης οποιουδήποτε άλλου τεχνολογικού ή μη άλλης φύσεως μέτρου που θα έχει ως στόχο αφενός την άρση της προσβολής και αφετέρου την παράλειψη της στο μέλλον. Ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι το αιτούμενο τεχνολογικό μέτρο είναι αβάσιμο, το αίτημα λήψης άλλων ασφαλιστικών μέτρων ακόμα και μη τεχνολογικών, πρόσφορων να άρουν την προσβολή, η οποία σημειωτέον δεν αμφισβητήθηκε από το Δικαστήριο, θα μπορούσε να γίνει δεκτό, εκτός αν η αίτηση απορρίπτονταν λόγω μη πιθανολόγησης της προσβολής. Για παράδειγμα, θα μπορούσε κατ' ελάχιστον να διαταχθεί ανάρτηση κάποιας ενημερωτικής δημοσίευσης σχετικά με την δικαστική αμφισβήτηση της νομιμότητας του περιεχομένου της ιστοσελίδας στην οποία ζητείται πρόσβαση ακόμα και με απλή ανακοίνωση στην ιστοσελίδα των παρόχων.

Το ζήτημα της εμπλοκής των παρόχων διαδικτυακών υπηρεσιών σε περιπτώσεις που παρέχουν πρόσβαση σε ιστοσελίδες με παράνομο περιεχόμενο είναι περίπλοκο. Η γενική τάση που σκιαγραφείται είναι αυτή της επίταξης της ευθύνης των παρόχων για το παράνομο περιεχόμενο ακόμα και όταν απλά παρέχουν πρόσβαση σε αυτό. Νομοθετικά επιβάλλεται ρητά η διακοπή παροχής πρόσβασης σε περιεχόμενο παιδικής πορνογραφίας¹⁸ ή

¹⁷ Βλ. αναλυτικά σε Μπρούμα Α., Διακοπή πρόσβασης σε διαδικτυακό περιεχόμενο και πνευματική ιδιοκτησία, δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα http://lawandtech.eu/2013/12/27/internet_access_blocking/ (διαθέσιμη στις 07.04.2015) και Κανέλο Λ., Η ουδετερότητα του διαδικτύου: οι ατομικές ελευθερίες σε κίνδυνο; ΝοΒ, τ.62, 2014, σελ. 816 επ.

¹⁸ Βλ. άρθρο 25 Οδηγίας 2011/92/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 2011 σχετικά με την καταπολέμηση της σεξουαλικής κακοποίησης και της σεξουαλικής εκμετάλλευσης παιδιών

παράνομου διαδικτυακού τζόγου¹⁹. Στον τομέα της πνευματικής ιδιοκτησίας υφίσταται το νομοθετικό πλαίσιο βάσει του οποίου μπορεί το Δικαστήριο κατά την κρίση του να προβεί σε στάθμιση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων και να επιτρέψει ή απαγορεύσει τη διακοπή παροχής πρόσβασης σε συγκεκριμένες ιστοσελίδες. Ακριβώς όμως λόγω των λεπτών ισορροπιών μεταξύ των διαφορετικών συμφερόντων και δικαιωμάτων, θα ήταν ευκαίριο οι σχετικές αποφάσεις -ακόμα και σε επίπεδο ασφαλιστικών μέτρων- να είναι προσεχτικά τεκμηριωμένες. Διαφορετικά θα μπορούσε να ασκηθεί πίεση από τους δικαιούχους προστασίας οι οποίοι δεν θα καταφέρνουν να υπερασπισθούν τα δικαιώματά τους στο διαδίκτυο (παρά την ύπαρξη του θεσμικού πλαισίου που τους δίνει θεωρητικά τη δυνατότητα αυτή) για την υιοθέτηση πιο κατασταλτικών μέτρων, με περισσότερο ενεργή ανάμιξη των παρόχων, ανοίγοντάς τους ασκούς του Αιόλου σχετικά με την ανατροπή του «τεκμηρίου ανεύθυνου» που τους αναγνωρίζεται μέχρι σήμερα.

- Όπως δημοσιεύτηκε στο περιοδικό **ΔιΜΕΕ**,
Τεύχος 2/2015 (σελ.253)

και της παιδικής πορνογραφίας και την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2004/68/ΔΕΥ του Συμβουλίου: «2. Τα κράτη μέλη δύνανται να λάβουν μέτρα για τη φραγή της πρόσβασης σε ιστοσελίδες που περιλαμβάνουν ή διαδίδουν παιδική πορνογραφία στους χρήστες του Διαδικτύου στην επικράτειά τους. Τα μέτρα αυτά πρέπει να καθορίζονται με διαφανείς διαδικασίες και να παρέχουν επαρκείς εγγυήσεις, ειδικότερα για να εξασφαλίζεται ότι η φραγή περιορίζεται στις απαραίτητες και αναλογικές προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ενέργειες, και ότι οι χρήστες θα ενημερώνονται για τους λόγους μιας τέτοιας απαγόρευσης. Στις εν λόγω εγγυήσεις περιλαμβάνεται επίσης και η δυνατότητα άσκησης δικαστικής προσφυγής».

¹⁹ Βλ. Ε.Ε.Ε.Π. αριθμ. απόφ. 51/3/26.4.2013 Τροποποίηση και κωδικοποίηση της υπ' αριθμ. 23/3/23-10-2012 (Β' 2952) απόφασης της Ε.Ε.Ε.Π με τίτλο: «Ρυθμίσεις θεμάτων, τα οποία διέπονται από τον Κανονισμό Διεξαγωγής και Ελέγχου Παιγνίων ως προς την επιβολή διοικητικών κυρώσεων, οι οποίες επιβάλλονται στην περίπτωση παροχής υπηρεσιών τυχερών παιγνίων που διεξάγονται μέσω του διαδικτύου χωρίς την προβλεπόμενη άδεια», άρθρο 6 παρ. 6.2.2.: «Στους παρόχους υπηρεσιών διαδικτύου (ISPs) με καταστατική έδρα ή έδρα πραγματικής διοίκησης ή μόνιμη εγκατάσταση στην Ελλάδα σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις του Ν.2238/1994, που επιτρέπουν την πρόσβαση, όταν αυτή επιχειρείται από IP που βρίσκονται στην Ελληνική Επικράτεια, σε ιστότοπο μη αδειοδοτημένου παρόχου, ο οποίος αναφέρεται στον κατάλογο (black list) που τηρεί η Ε.Ε.Ε.Π. και που δεν διακόπτουν την πρόσβαση αυτή εντός δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών από την κοινοποίηση σε αυτούς του παραπάνω καταλόγου, επιβάλλεται πρόστιμο ανά ημέρα μη διακοπής της πρόσβασης είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ ανά μη αδειοδοτημένο πάροχο. Μετά τη βεβαίωση επτά (7) συνολικά παραβάσεων, συνεχόμενων ή μη και ανεξάρτητα του χρόνου τέλεσης, το πρόστιμο διπλασιάζεται.»