Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 26 april 2017 *

”Begäran om förhandsavgörande — Industriell och immateriell äganderätt — Direktiv 2001/29/EG — Harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter — Artikel 3.1 — Överföring till allmänheten — Begrepp — Försäljning av en multimediaspelare — Tilläggsprogram (*add-ons*) — Offentliggörande av verk utan upphovsrättsinnehavarens samtycke — Åtkomst till webbplatser som erbjuder direktuppspelning, även kallat strömning (*streaming*) — Artikel 5.1 och 5.5 — Rätten till mångfaldigande — Undantag och inskränkningar — Laglig användning”

I mål C-527/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland, Nederländerna) genom beslut av den 30 september 2015, som inkom till domstolen den 5 oktober 2015, i målet

Stichting Brein

mot

Jack Frederik Wullems, även under namnet ”Filmspeler”,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Ilešič (referent), domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna A. Prechal, C. Toader och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 september 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Stichting Brein, genom D. Visser och P. de Leeuwe, advocaten,

— J. F. Wullems, även under namnet ”Filmspeler”, genom J. van Groenendaal, D. Stols och F. Blokhuis, advocaten,

— Spaniens regering, genom V. Ester Casas, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: nederländska.

— Frankrikes regering, genom D. Colas och D. Segoin, båda i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,

— Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, T. Rendas och M. Figueiredo, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom J. Samnadda, T. Scharf och F. Wilman, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 8 december 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 3.1, 5.1 och 5.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 2001, s. 10).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Stichting Brein, som är en stiftelse som tillvaratar upphovsrättsinnehavares rättigheter, och Jack Frederik Wullems. Målet rör Jack Frederik Wullems försäljning av en multimediaspelare som gör det möjligt att få fri tillgång till upphovsrättsligt skyddade audiovisuella verk utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke därtill.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Skälen 9, 10, 23, 27 och 33 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”(9) Utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.

(10) För att upphovsmännen och de utövande konstnärerna skall kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet måste de få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk och detsamma gäller producenterna som måste kunna finansiera denna verksamhet. De investeringar som krävs för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, är betydande. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna.

…

(23) I detta direktiv bör upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten harmoniseras ytterligare. Denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidaresändning av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.

…

(27) Enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring skall inte i sig betraktas som överföring i den mening som avses i detta direktiv.

…

(33) Ensamrätten till mångfaldigande bör omfattas av ett undantag som medger vissa fall av tillfälligt mångfaldigande som är flyktigt eller utgör en underordnad användning och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och som uteslutande syftar till att möjliggöra antingen en effektiv överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster. Det aktuella mångfaldigandet bör inte ha något självständigt ekonomiskt värde. I den mån som det uppfyller dessa villkor, bör detta undantag även omfatta åtgärder som gör att webbläsning och cachelagring kan ske, inbegripet sådana som gör att överföringssystem kan fungera effektivt, under förutsättning att mellanhanden inte ändrar informationen och inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används. En användning bör anses laglig om den görs med rättsinnehavarens tillstånd eller inte är otillåten enligt lag.”

4 Artikel 2 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Rätten till mångfaldigande”, har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis

a) för upphovsmän: av deras verk,

b) för utövande konstnärer: av upptagningar av deras framföranden,

c) för fonogramframställare: av deras fonogram,

d) för framställarna av de första upptagningarna av filmer: av original och kopior av deras filmer,

e) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras utsändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar.”

5 I artikel 3 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

2. Medlemsstaterna skall ge ensamrätt att tillåta eller förbjuda tillgängliggörandet för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer,

a) för utövande konstnärer: av upptagningar av deras framföranden,

b) för fonogramframställare: av deras fonogram,

c) för framställarna av de första upptagningarna av filmer: av originalet och kopior av deras filmer, och

d) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras sändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar.

3. De rättigheter som avses i punkterna 1 och 2 skall inte anses vara konsumerade genom någon form av överföring till allmänheten eller genom att alster görs tillgängliga för allmänheten enligt denna artikel.”

6 I artikel 5.1 och 5.5 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Tillfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra

a) en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller

b) en laglig användning

av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse, skall undantas från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2.

…

5. De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.”

Nederländsk rätt

7 I artikel 1 i Auteurswet (nederländska upphovsrättslagen, nedan kallad upphovsrättslagen) föreskrivs följande:

”Upphovsrätten är den ensamrätt som tillkommer upphovsmannen till ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärligt verk eller dennes rättsliga efterföljare att offentliggöra och mångfaldiga verket om inte annat föreskivs i lag.”

8 Artikel 12 i upphovsrättslagen har följande lydelse:

1 Med offentliggörande av ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärligt verk avses bland annat

1. offentliggörande av en reproduktion av verket, helt eller delvis.

…”

9 Artikel 13a i denna lag har följande lydelse:

”Med mångfaldigande av ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärlig verk avses inte tillfälliga former av mångfaldigande som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra

a) en överföring av ett verk i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller

b) laglig användning av ett verk,

och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse.”

10 Artikel 2 i Wet op de Naburige Rechten (lagen om närstående rättigheter) har följande lydelse:

”1. En utövande konstnär har ensamrätt att ge sitt tillstånd till en eller flera av följande handlingar:

…

d. utsändning, vidaresändning, tillgängliggörande för allmänheten eller annat offentliggörande av ett framförande eller en upptagning av ett framförande eller en reproduktion av denna.

…”

11 I artikel 6 i lagen om närstående rättigheter föreskrivs följande:

”1. Den som framställt ett fonogram har ensamrätt att ge sitt tillstånd till

…

c. utsändning, vidaresändning, tillgängliggörande för allmänheten eller annat offentliggörande av ett av denne framställt fonogram eller en reproduktion av detta.

…”

12 Artikel 7a i lagen om närstående rättigheter har följande lydelse:

”1. Den som producerat första upptagningen av en film har ensamrätt att ge sitt tillstånd till:

…

c. tillgänggörande till allmänheten av en av denne framställd första upptagning av en film eller en reproduktion av denna.

…”

13 I artikel 8 i lagen om närstående rättigheter föreskrivs följande:

”Ett radio- och tv-företag har ensamrätt att ge sitt tillstånd till en eller flera av följande handlingar:

…

e. tillgänggörande till allmänheten eller annat offentliggörande av upptagningar av program eller reproduktioner av dessa, oavsett vilka tekniska hjälpmedel som används. …”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14 Stichting Brein är en nederländsk stiftelse som tillvaratar upphovsrättsinnehavares intressen.

15 Jack Frederik Wullems har via olika webbplatser (däribland hans egen www.filmspeler.nl) salufört olika modeller av en multimediaspelare med handelsnamnet ”*filmspeler*”. En multimediaspelare är en apparat som fungerar som ett medium mellan en bild- och/eller ljudsignal och en tv-skärm.

16 På multimediaspelaren har Jack Frederik Wullems installerat en programvara med öppen källkod. Programvaran gör det möjligt för vem som helst att med ett enkelt användargränssnitt starta filer via olika menyer. På multimediaspelaren har han även installerat tilläggsprogram som finns tillgängliga på internet, utan att ändra dessa. Tilläggsprogrammen har skapats av tredje part. Vissa tilläggsprogram hänvisar specifikt till webbplatser där internetanvändarna ges fri tillgång till skyddade verk, utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke därtill.

17 Tilläggsprogrammen innehåller hyperlänkar som, om man med multimediaspelarens fjärrkontroll klickar på dem, länkar vidare till strömningswebbplatser som drivs av tredje parter. Vissa av dessa länkar vidare till digitalt innehåll som gjorts tillgängligt med upphovsrättsinnehavarnas samtycke, medan andra länkar vidare till webbplatser där sådant innehåll tillhandahålls utan rättsinnehavarnas samtycke. Tilläggsprogrammen fungerar på så sätt att man kan strömma önskat innehåll på strömningswebbplatserna och med ett enkelt klick kan man spela upp innehållet på den multimediaspelare som Jack Frederik Wullems säljer och som är kopplad till en tv-skärm.

18 Såsom framgår av beslutet om hänskjutande gjorde Jack Frederik Wullems reklam för sin multimediaspelare *filmspeler*. I reklamen gjordes det gällande att man tack vare mediaspelaren bland annat enkelt och utan kostnad på en tv-skärm kunde ta del av audiovisuellt material som fanns tillgängligt på Interne utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke.

19 Den 22 maj 2014 begärde Stichting Brein att Jack Frederik Wullems skulle sluta sälja multimediaspelaren. Stichting Brein ansökte den 1 juli 2014 vid den hänskjutande domstolen om stämning av densamme, med yrkande om att rätten skulle förelägga honom att upphöra med försäljningen av sådana multimediaspelare som *filmspeler* eller upphöra med att erbjuda hyperlänkar som olagligen ger användare tillgång till skyddade verk.

20 Vid den hänskjutande domstolen har Stichting Brein anfört att Jack Frederik Wullems genom försäljningen av multimediaspelaren *filmspeler* gjort en ”överföring till allmänheten” och därmed handlat i strid med artiklarna 1 och 12 i upphovsrättslagen, samt artiklarna 2, 6, 7a och 8 i lagen om närstående rättigheter). Dessa bestämmelser ska tolkas mot bakgrund av artikel 3 i direktiv 2001/29, som införlivats med nederländsk rätt genom de ovannämnda bestämmelserna. Enligt den hänskjutande domstolen är det utifrån EU-domstolens praxis inte möjligt att med säkerhet avgöra om det i det nationella målet är fråga om en överföring till allmänheten.

21 Jack Frederik Wullems har vid den hänskjutande domstolen anfört att strömning av upphovsrättsligt skyddade verk från en olaglig källa omfattas av undantaget i artikel 13a i upphovsrättslagen. Den bestämmelsen ska tolkas mot bakgrund av artikel 5.1 i direktiv 2001/29, som införlivats med nederländsk rätt genom nämnda nationella bestämmelse. Den hänskjutande domstolen har dock påpekat att EU-domstolen ännu inte har uttalat sig om innebörden av villkoret om laglig användning i artikel 5.1 b i direktiv 2001/29.

22 Mot denna bakgrund beslutade Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland, Nederländerna) att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 3.1 i direktiv 2001/29 tolkas så, att det rör sig om en ’överföring till allmänheten’ i den mening som avses i den bestämmelsen om någon säljer en produkt (multimediaspelare) i vilken vederbörande har installerat tilläggsprogram som innehåller hyperlänkar till webbplatser på vilka upphovsrättsligt skyddade verk, såsom filmer, serier och liveutsändningar, görs direkt tillgängliga utan rättsinnehavarnas samtycke därtill?

2) Gör det därvid skillnad

— om de upphovsrättsligt skyddade verken över huvud taget inte tidigare har offentliggjorts på internet med rättsinnehavarnas samtycke eller uteslutande via ett abonnemang,

— om de tilläggsprogram som innehåller hyperlänkar till webbplatser på vilka upphovsrättsligt skyddade verk görs direkt tillgängliga utan rättsinnehavarnas samtycke är fritt tillgängliga och även kan installeras i multimediaspelaren av användarna själva, och

— om allmänheten även utan multimediaspelaren kan få åtkomst till webbplatserna och således de upphovsrättsligt skyddade verk som – utan rättsinnehavarnas samtycke – har tillgängliggjorts på dessa platser,

såvitt avser svaret på den första frågan?

3) Ska artikel 5 i direktiv 2001/29 tolkas så, att det inte rör sig om ’laglig användning’ i den mening som avses i punkt 1 b i nämnda artikel om en slutanvändare gör ett tillfälligt mångfaldigande vid strömningen av ett upphovsrättsligt skyddat verk från en webbplats som drivs av en tredje man och på vilken detta upphovsrättsligt skyddade verk utbjuds utan rättsinnehavarnas samtycke?

4) Om den tredje frågan besvaras nekande, strider i så fall en slutanvändares tillfälliga mångfaldigande vid strömningen av ett upphovsrättsligt skyddat verk från en webbplats som drivs av en tredje man och på vilken detta upphovsrättsligt skyddade verk utbjuds utan rättsinnehavarnas samtycke mot ’trestegstestet’ enligt artikel 5.5 i direktiv 2001/29?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första och den andra frågan

23 EU-domstolen kommer att pröva den första och den andra tolkningsfrågan tillsammans. Den hänskjutande domstolen har ställt dessa båda frågor för att få klarhet i huruvida begreppet ” överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att begreppet omfattar försäljning av en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) på vilken har förinstallerats tilläggsprogram som finns tillgängliga på internet och som innehåller hyperlänkar till för allmänheten fritt tillgängliga webbplatser där upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga för allmänheten utan rättsinnehavarnas samtycke därtill.

24 Enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ska medlemsstaterna ge upphovsmän ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

25 Upphovsmännen har således enligt denna bestämmelse en rätt av förebyggande natur som medför att de kan ingripa mot eventuella användare av upphovsmännens verk som planerar att överföra nämnda verk till allmänheten, och därvid förbjuda sådan överföring (dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 30, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

26 I och med att begreppet ”överföring till allmänheten” inte preciseras i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, ska begreppets innebörd och omfattning bedömas med utgångspunkt i de mål som eftersträvas med detta direktiv och det sammanhang som den tolkade bestämmelsen ingår i (dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

27 Det framgår av skälen 9 och 10 i direktiv 2001/29 att direktivets huvudsakliga syfte är att införa en hög skyddsnivå till förmån för upphovsmän. En sådan skyddsnivå medför att upphovsmännen erhåller en skälig ersättning när deras verk används, särskilt vid överföring av deras verk till allmänheten. Begreppet ”överföring till allmänheten” bör följaktligen förstås i vid mening, vilket för övrigt anges uttryckligen i skäl 23 i detta direktiv (dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 36, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

28 EU-domstolen har dessutom preciserat att begreppet ” överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 förutsätter en individualiserad bedömning (dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

29 Det framgår av artikel 3.1 i direktiv 2001/29 att begreppet överföring till allmänheten innehåller två kumulativa förutsättningar, nämligen ”överföring” av ett verk och överföring av detta verk till ”allmänheten” (dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 37, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

30 Bedömningen av om en användare gjort en överföring till allmänheten, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, ska ske med beaktande av flera kompletterande, ej självständiga och av varandra beroende kriterier. De ska därmed tillämpas såväl individuellt som med hänsyn till deras inbördes samspel, då de i olika konkreta situationer kan uppvisa mycket olika grader av intensitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punkterna 78 och 79, dom av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punkt 30, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 34).

31 Bland dessa kriterier har EU-domstolen för det första betonat omständigheten att användarens agerande är av mycket stor betydelse. Denna användare genomför nämligen en överföring när han eller hon agerar med full kännedom om följderna av sitt handlande för att ge sina kunder tillgång till ett skyddat verk, och detta bland annat då kunderna utan ett sådant agerande i princip inte skulle kunna få tillgång till det spridda verket (dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 46, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

32 EU-domstolen har för det andra preciserat att begreppet ”allmänheten” avser ett obestämt antal potentiella mottagare och dessutom förutsätter ett ganska stort antal personer (dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl., C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 32, dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 41, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

33 Det framgår för övrigt av EU-domstolens fasta praxis att för att kvalificeras som ”överföring till allmänheten” ska ett skyddat verk ha överförts genom en särskild teknik som skiljer sig från den teknik som fram till dess har använts eller åtminstone till en ”ny publik”, det vill säga till en publik som upphovsrättsinnehavarna inte redan beaktade när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga

överföringen av deras verk till allmänheten (dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl., C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 26, dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl., C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 24, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 37).

34 För det tredje har EU-domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast att det inte saknar betydelse huruvida en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 har ett vinstsyfte (se, bland annat, dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 204; dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl., C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 42, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 38).

35 Vad för det första gäller frågan huruvida försäljning av en multimediaspelare som den i det nationella målet är att anse som ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, påpekar EU-domstolen följande. Det framgår av skäl 23 i direktiv 2001/29 att upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten, vilken framgår av artikel 3.1, omfattar all sändning eller vidaresändning av ett verk till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker, på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar.

36 Såsom framgår av artikel 3.1 i direktiv 2001/29 är det för att det ska föreligga ”överföring” tillräckligt att verket görs tillgängligt för en publik på ett sådant sätt att de personer som tillhör denna kan få tillgång till verket, oberoende av om dessa har utnyttjat denna möjlighet eller inte (se dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl., C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

37 EU-domstolen har redan slagit fast att tillhandahållandet på en webbplats av hyperlänkar till skyddade verk, som har gjorts fritt tillgängliga på en annan webbplats, ger användarna av den första webbplatsen direkt tillgång till nämnda verk (dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl., C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 18; se även, för ett liknande resonemang, beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, punkt 15, och dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 43).

38 Detta gäller även då det är fråga om försäljning av en sådan multimediaspelare som den som är aktuell i det nationella målet.

39 I skäl 27 i direktiv 2001/29 preciseras visserligen att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring inte i sig ska betraktas som ”överföring” i den mening som avses i direktivet.

40 Vad gäller tillhandahållande av tv-apparater i hotellrum, har EU-domstolen emellertid slagit fast följande: Även om ”enbart tillhandahållandet av fysiska förutsättningar” inte i sig utgör ”överföring” i den mening som avses i direktiv 2001/29, kan dessa förutsättningar inte desto mindre göra det tekniskt möjligt för allmänheten att få tillgång till radioutsända verk. Om ett hotell således, via tv-apparater som är installerade på detta sätt, sprider signalen till sina rumsgäster är det fråga om överföring till allmänheten, utan att det är nödvändigt att veta vilken teknik som används vid sändningen (dom av den 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punkt 46).

41 På samma sätt finner EU-domstolen att det i förevarande fall inte kan vara fråga om ”enbart” ett tillhandahållande av fysiska förutsättningar för att möjliggöra eller genomföra en överföring. Såsom generaladvokaten funnit i punkterna 53 och 54 i förslaget till avgörande har Jack Frederik Wullems nämligen – med full kännedom om konsekvenserna av sitt agerande – på den av honom saluförda multimediaspelaren *filmspeler* låtit förinstallera tilläggsprogram; dessa tilläggsprogram möjliggör specifikt för den som köper mediespelaren att få tillgång till skyddade verk som publiceras på streamingwebbsidor utan upphovsrättsinnehavarnas tillstånd, samt att spela upp dessa verk på en tv-skärm (se, analogt, dom av den 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punkt 42).

Detta tillvägagångssätt gör det möjligt att skapa en direkt förbindelse mellan de webbplatser som olagligen sprider verk och den som köper multimediaspelaren, och utan detta tillvägagångssätt skulle köparen av mediaspelaren endast svårligen kunna få tillgång till skyddade verk; det är inte möjligt att anse att ett sådant agerande utgör enbart ett tillhandahållande av fysiska förutsättningar på sätt som anges i skäl 27 i direktiv 2001/29. Det framgår av de yttranden som getts in till EU-domstolen att de streamingwebbplatser som är aktuella i det nationella målet inte är lätta att hitta för allmänheten, och att en majoritet av dessa webbplatser ofta ändras.

42 EU-domstolen finner således att den i det nationella målet aktuella multimediaspelaren – tack vare de tilläggsprogram som förinstallerats på den – gör det möjligt för användarna att via strukturerade menyer få tillgång till länkar som dessa tilläggsprogram innehåller; när dessa länkar aktiveras via multimediaspelarens fjärrkontroll ges användarna direkt tillgång till skyddade verk som publicerats utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke därtill. Detta är att anse som överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

43 För det andra krävs det även att de skyddade verken faktiskt överförs till en allmänhet för att agerandet ska omfattas av uttrycket ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 (dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl., C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 31).

44 EU-domstolen har preciserat att begreppet ”allmänheten” är förenat med ett visst minimikrav, varför begreppet inte omfattar en alltför liten eller till och med obetydlig krets av berörda personer. För att bedöma antalet personer ska man beakta de kumulativa effekter som följer av att verk tillgängliggörs för eventuella mottagare. Det gäller således inte bara att veta hur många personer som har tillgång till ett och samma verk vid samma tillfälle, utan även hur många av dem som i följd efter varandra har tillgång till verket (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punkt 35; dom av den 27 februari 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, punkt 28, och dom av den 31 maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

45 Den hänskjutande domstolen har uppgett att multimediaspelaren *filmspeler* har införskaffats av ett ganska stort antal personer. Den aktuella överföringen avser dessutom samtliga potentiella köpare av mediespelaren vilka har en internetuppkoppling. Dessa personer kan parallellt få tillgång till de skyddade verken genom ”live streaming” via internet. Denna överföring riktar sig således till ett obestämt antal potentiella mottagare och förutsätter ett stort antal personer (se, analogt, dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl., C-607/11, EU:C:2013:147, punkterna 35 och 36).

46 De skyddade verken har således faktiskt överförts till en ”allmänhet” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 genom den i det nationella målet aktuella överföringen.

47 Vad vidare gäller frågan huruvida dessa verk har överförts till en ”ny” publik i den mening som avses i rättspraxis (se punkt 33 ovan), påpekar EU-domstolen följande. EU-domstolen har – i dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkterna 24 och 31) och i beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315) – slagit fast att en ny publik är en publik som verkens upphovsmän inte beaktade när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen. I sin dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 43) har EU-domstolen betonat att dessa avgöranden bekräftar vikten av ett tillstånd från upphovsrättsinnehavaren av skyddade verk som gjorts fritt tillgängliga på en webbplats vid tillämpningen av artikel 3.1 i direktiv 2001/29, eftersom denna bestämmelse just föreskriver att varje överföring av ett verk till allmänheten kräver tillstånd från upphovsrättsinnehavaren.

48 Det framgår nämligen av de domar som nämns i föregående punkt att uppladdningen på en webbsida av hyperlänkar till ett skyddat verk som gjorts fritt tillgängligt på en annan webbplats med upphovsrättsinnehavarens tillstånd, inte kan anses utgöra ”överföring till allmänheten” i den mening

som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. EU-domstolen har konstaterat att när och i den utsträckning som detta verk är fritt tillgängligt på en webbplats som hyperlänken länkar till, ska det anses att när upphovsrättsinnehavarna till detta verk gav sitt tillstånd till en sådan överföring så har de haft i åtanke samtliga internetanvändare som publik, vilket innebär att överföringen inte gjorts till en ny publik. Samma överväganden kan emellertid inte göras utifrån dessa domar om något sådant tillstånd inte lämnats (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkterna 42 och 43).

49 EU-domstolen har således slagit fast följande: När det har konstaterats att den som tillhandahåller direkt tillgång till skyddade verk kände till eller borde ha känt till att den hyperlänk som personen laddat upp ger tillgång till ett verk som olagligen publicerats på internet, så utgör tillhandahållandet av länken en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Detta gäller även för det fall denna länk gör det möjligt för internetanvändarna av den webbplats på vilken denna återfinns att kringgå de begränsningar som ställts upp av den webbplats på vilken det skyddade verket finns i syfte att endast abonnenter ska ges tillgång till verket. Tillhandahållandet av en sådan länk utgör då en avsiktlig åtgärd utan vilken användarna inte skulle kunna ta del av de spridda verken. När tillhandahållandet av hyperlänkar görs i vinstsyfte, kan det slutligen förväntas av den som tillhandahåller länken att denne utför nödvändig kontroll för att försäkra sig om att det aktuella verket inte olagligen publicerats på den webbplats som hyperlänkarna hänvisar till. Detta innebär att det kan antas att detta tillhandahållande har skett med full kännedom om att det är fråga om ett skyddat verk och att upphovsrättsinnehavaren eventuellt inte har gett sitt tillstånd till publiceringen på internet. Under sådana omständigheter, och förutsatt att denna motbevisbara presumtion inte motbevisas, utgör tillhandahållandet av en hyperlänk till ett verk som olagligen publicerats på internet en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 (se dom av den 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punkterna 49–51).

50 Det är i målet utrett att multimediaspelaren *filmspeler* har sålts med full kännedom om att de med hyperlänkar försedda tilläggsprogram som förinstallerats på mediespelaren ger tillgång till verk som olagligen publicerats på internet. Såsom framgår av punkt 18 ovan, görs det i reklamen för multimediaspelaren specifikt gällande att man tack vare mediespelaren bland annat enkelt och utan kostnad på en tv-skärm kan ta del av audiovisuellt material som finns tillgängligt på internet utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke.

51 Det är vidare obestridligen så, att den aktuella multimediaspelaren säljs i vinstsyfte; köparen erlägger betalning för mediespelaren för att få direkt tillgång till skyddade verk som finns tillgängliga på strömningswebbplatser utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke. I likhet med vad som betonats av den portugisiska regeringen, finner EU-domstolen att den främsta anledningen för presumtiva kunder att köpa mediespelaren just är att det i spelaren finns förinstallerade program som möjliggör för användaren att få åtkomst till webbplatser där upphovsrättsligt skyddade filmer finns tillgängliga utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke därtill.

52 Försäljningen av en sådan multimediaspelare är således att anse som ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

53 Mot denna bakgrund ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att begreppet omfattar försäljning av en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) på vilken har förinstallerats tilläggsprogram som finns tillgängliga på internet och som innehåller hyperlänkar till för allmänheten fritt tillgängliga webbplatser där upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga för allmänheten utan rättsinnehavarnas samtycke därtill.

Den tredje och den fjärde frågan

Huruvida den tredje och den fjärde frågan kan tas upp till sakprövning

54 Kommissionen har i sitt yttrande gjort gällande att den tredje och den fjärde frågan är hypotetiska, eftersom de avser strömning av upphovsrättsligt skyddade verk och inte försäljningen av en multimediaspelare.

55 EU-domstolen erinrar om att enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av unionsrätten (se, bland annat, dom av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl., C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

56 En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se, bland annat, dom av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl., C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

57 Detta är emellertid inte fallet i förevarande mål. Det finns nämligen ett samband mellan, å ena sidan, den tredje och den fjärde frågan och, å andra sidan, de verkliga omständigheterna i det nationella målet, i det att den hänskjutande domstolen – som svar på en begäran från EU-domstolen om klarläggande enligt artikel 101 i rättegångsreglerna – uppgett att dessa frågor behöver besvaras för att den ska kunna ta ställning till det som gjorts gällande av Stichting Brein; Stichting Brein har bland annat hemställt att den hänskjutande domstolen ska slå fast att strömning av upphovsrättsligt skyddade verk från en olaglig källa inte är att anse som ”laglig användning” i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 2001/29.

58 Av detta följer att den tredje och den fjärde frågan kan prövas i sak.

Prövning i sak

59 EU-domstolen kommer att pröva den tredje och den fjärde frågan tillsammans. Den hänskjutande domstolen har ställt dessa båda frågor för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i artikel 5.1 och 5.5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en tillfällig form av mångfaldigande på en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) av ett upphovsrättsligt skyddat verk som strömmas från en webbplats som drivs av tredje man och på vilken detta verk finns tillgängligt utan upphovsrättsinnehavarens samtycke därtill ska anses uppfylla de villkor som anges i nämnda bestämmelser.

60 Enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/29 ska mångfaldigande undantas från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 endast om fem villkor är uppfyllda, nämligen om

— det är fråga om en tillfällig form av mångfaldigande,

— mångfaldigandet är flyktigt eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse,

— mångfaldigandet utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process,

— det enda syftet med denna process är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster, och

— mångfaldigandet inte har någon självständig ekonomisk betydelse.

61 EU-domstolen påpekar att villkoren är kumulativa på så vis att om ett enda av dem inte är uppfyllt innebär det att mångfaldigandet inte undantas enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/29 från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 i samma direktiv (dom av den 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 55; beslut av den 17 januari 2012, Infopaq International, C-302/10, EU:C:2012:16, punkt 26).

62 Det framgår vidare av rättspraxis att de villkor som anges ovan ska tolkas restriktivt, eftersom artikel 5.1 i direktiv 2001/29 utgör ett undantag från den allmänna regel som fastställs i direktivet enligt vilken samtycke från upphovsrättsinnehavaren krävs för varje mångfaldigande av ett skyddat verk (dom av den 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punkterna 56 och 57, dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 162, beslut av den 17 januari 2012, Infopaq International, C-302/10, EU:C:2012:16, punkt 27, och dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association, C-360/13, EU:C:2014:1195, punkt 23).

63 Detta gäller desto mer som detta undantag ska tolkas mot bakgrund av artikel 5.5 i direktiv 2001/29. Enligt denna bestämmelse får undantaget endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen (dom av den 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 58).

64 Vad avser villkoret att det enda syftet med den aktuella processen är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster, har den hänskjutande domstolen uppgett att syftet med det i det nationella målet aktuella mångfaldigandet inte är att möjliggöra en sådan överföring. EU-domstolen ska därmed pröva huruvida det enda syftet med mångfaldigandet har varit att möjliggöra en laglig användning av ett skyddat verk eller alster.

65 Såsom framgår av skäl 33 i direktiv 2001/29 ska en användning anses laglig om den görs med rättsinnehavarens tillstånd eller inte är otillåten enligt lag (se även dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 168, och beslut av den 17 januari 2012, Infopaq International, C-302/10, EU:C:2012:16, punkt 42).

66 I det nationella målet har upphovsrättsinnehavarna inte gett tillstånd till att de aktuella verken används. EU-domstolen ska därför pröva huruvida syftet med mångfaldigandet var att möjliggöra en användning av verk som inte är otillåten enligt tillämplig lag. Såsom EU-domstolen angett (se punkt 63 ovan) ska man vid en sådan bedömning nödvändigtvis beakta att undantaget i artikel 5 i direktiv 2001/29 endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.

67 I sin dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkterna 170–172) har EU-domstolen slagit fast att kortvariga mångfaldiganden – vilka möjliggör att satellitdekodern och tv-skärmen fungerar korrekt – ur tv-tittarnas synvinkel gör det möjligt att ta emot sändningar som innehåller skyddade verk. Att endast ta emot dessa sändningar i sig, det vill säga att ta in dem och visa dem, i en privat krets utgör inte en handling som är otillåten enligt tillämplig lagstiftning. En sådan mottagning av sändningar måste anses vara laglig vid sändningar från en annan medlemsstat, när denna mottagning sker med hjälp av en utländsk

avkodningsutrustning. EU-domstolen kom i ovannämnda dom fram till att de aktuella mångfaldigandena hade som enda syfte att möjliggöra en ”laglig användning” av verken i den mening som avses i artikel 5.1 b i direktiv 2001/29.

68 Likaledes har EU-domstolen, i beslutet av den 17 januari 2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, punkterna 44 och 45), slagit fast att även om upphovsrättsinnehavarna till de aktuella tidningsartiklarna inte lämnat tillåtelse till utarbetning av sammanfattningar av artiklarna, så var denna verksamhet inte otillåten enligt tillämplig lagstiftning, vilket innebar att användningen inte kunde anses som olaglig.

69 Mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet – särskilt med beaktande av innehållet i reklamen för den aktuella multimediaspelaren (se punkt 18 ovan) samt av att den främsta anledningen för presumtiva kunder att köpa mediespelaren just är att det i spelaren finns förinstallerade tilläggsprogram (se punkt 51 ovan) – finner EU-domstolen däremot att det i princip var avsiktligt och med vetskap om omständigheterna som köparen av en sådan mediespelare tog del av skyddade verk som erbjöds gratis och utan samtycke från rättsinnehavarna.

70 En tillfällig form av mångfaldigande på en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) av upphovsrättsligt skyddade verk som strömmas från webbplatser som drivs av tredje man och på vilka dessa verk finns tillgängliga utan upphovsrättsinnehavarnas samtycke därtill, ska i princip anses strida mot det normala utnyttjandet av verken och oskäligt inkräkta på rättsinnehavarnas legitima intressen. Såsom även angetts av generaladvokaten i punkterna 78 och 79 i förslaget till avgörande, anser EU-domstolen nämligen att detta normalt sett kommer att föranleda en minskad volym av lagliga transaktioner avseende dessa skyddade verk, vilket på ett oskäligt sätt kommer att åsamka upphovsrättsinnehavarna skada (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl., C-435/12, EU:C:2014:254, punkt 39).

71 Nämnda mångfaldigande kan således inte anses uppfylla de villkor som anges i artikel 5.1 och 5.5 i direktiv 2001/29.

72 Mot denna bakgrund ska den tredje och den fjärde frågan besvaras enligt följande. Bestämmelserna i artikel 5.1 och 5.5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en tillfällig form av mångfaldigande på en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) av ett upphovsrättsligt skyddat verk som strömmas från en webbplats som drivs av tredje man och på vilken detta verk finns tillgängligt utan upphovsrättsinnehavarens samtycke därtill ska inte anses uppfylla de villkor som anges i nämnda bestämmelser.

Rättegångskostnader

73 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) Begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället ska tolkas så, att begreppet omfattar försäljning av en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) på vilken har förinstallerats tilläggsprogram som finns tillgängliga på internet och som innehåller hyperlänkar till för allmänheten fritt tillgängliga webbplatser där upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga för allmänheten utan rättsinnehavarnas samtycke därtill.

2) Bestämmelserna i artikel 5.1 och 5.5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en tillfällig form av mångfaldigande på en multimediaspelare (såsom den som är aktuell i det nationella målet) av ett upphovsrättsligt skyddat verk som strömmas från en webbplats som drivs av tredje man och på vilken detta verk finns tillgängligt utan upphovsrättsinnehavarens samtycke därtill inte ska anses uppfylla de villkor som anges i nämnda bestämmelser.

Underskrifter