Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 8 december 2016 [1]

Mål C-527/15

Stichting Brein
mot
Jack Frederik Wullems, under namnet Filmspeler

(begäran om förhandsavgörande från Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland, Nederländerna))

”Upphovsrätt och närstående rättigheter — Informationssamhället — Begreppet ’överföring till allmänheten’ — Mångfaldiganderätt — Undantag och inskränkningar”

1. Rätten för upphovsmän att ge sitt medgivande till att deras verk överförs till allmänheten, vilken skyddas av artikel 3 i direktiv 2001/29/EG, [2] kan rubbas av länkar som leder från en webbplats till en annan om man inte lyckas upprätthålla en lämplig balans mellan respekten för de immateriella rättigheterna och informationssamhällets fria utveckling. Hyperlänkarna [3] utgör i det här sammanhanget ett av de viktigaste inslagen på internet och de är nödvändiga för att kunna surfa mellan olika webbplatser, samtidigt som de kan möjliggöra intrång i upphovsrätten.

2. Domstolen, som tidigare flera gånger hade uttalat sig om begreppet överföring till allmänheten, [4] har helt nyligen meddelat en viktig dom [5] för att avgöra om en sådan överföring föreligger, i den mening som avses i direktiv 2001/29, när en hyperlänk läggs upp på en webbplats som leder till andra webbplatser där digitalt innehåll visas [6] som lagts upp utan rättighetshavarnas tillstånd, och som en användare kan få tillgång till enbart genom att klicka på hyperlänken.

3. Den första och den andra tolkningsfrågan som Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland, Nederländerna) har hänskjutit i förevarande mål, sammanfaller delvis med de frågor som gav upphov till domen av den 8 september 2016, GS Media. Den nederländska domstolen, som kände till att det målet hade anhängiggjorts vid EU-domstolen, hade övervägt att vilandeförklara det nationella målet fram till dess att EU-domstolen avgjorde det målet. Den valde emellertid att vända sig till EU-domstolen innan denna meddelat dom i målet GS

1 — Originalspråk: spanska.

2 — 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).

3 — Uttrycket ”hyperlänk” används som synonym till ”länk”. I samband med programmeringsspråk och elektroniska dokument syftar båda uttrycken på de förbindelser som upprättas mellan olika informationssegment och som länkar samman olika noder eller textblock, bilder, ljud eller videofilmer när de aktiveras.

4 — Beträffande länkar och begreppet överföring till allmänheten när det rör sig om verk som är tillgängliga på andra webbplatser, se dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76). I sitt beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315) tillämpade domstolen resonemanget i den domen på den teknik som brukar kallas för *framing* och som innebär att användarna när de klickar på en länk leds vidare till en webbplats tillhörande en tredje part där verket finns, vilket ger intryck av att det tillhör innehållet på den webbplatsen.

5 — Dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, nedan kallad domen GS Media, EU:C:2016:644).

6 — Även om uttrycket verk används i de texter som finns rörande detta område, kommer jag även att använda uttrycket ”digitalt innehåll”. Båda uttrycken avser då i det här sammanhanget sådant innehåll som är upphovsrättsligt skyddat.

Media, eftersom det som den hänskjutande domstolen uttryckte det,[7] finns vissa skillnader mellan de båda målen, varav den viktigaste är att det ”i förevarande mål inte tillhandahålls några hyperlänkar på en egen webbplats, utan att tilläggsprogram med hyperlänkar har installerats i Wullems mediespelare …”.

4. Om domen GS Media är tillämplig på förevarande mål, vilket jag anser, räcker det att använda sig av den doktrin som förespråkas där och därefter pröva om det även sker en överföring till allmänheten vid saluförande av en mediespelare som innehåller programvara (med tilläggsprogram eller *add-ons*), med hjälp av vilken slutanvändaren leds vidare till webbplatser som sprider digitalt innehåll utan upphovsrättsinnehavarens medgivande.

5. Den hänskjutande domstolen har även uttryckt andra tvivel (den tredje och den fjärde frågan) som inte i första hand rör det tekniska mediet eller mediet för mångfaldigande utan skyddet av upphovsrätten – och den motsvarande rättsstridigheten hos det motsatta handlandet – när slutanvändaren genom direktuppspelning (strömning)[8] utan rättsinnehavarens tillstånd, tar emot skyddat digitalt innehåll som denne får tillgång till via hyperlänken.

I. **Tillämpliga bestämmelser**

Direktiv 2001/29

6. Tillnärmningen av medlemsstaternas lagstiftning inom området immateriella rättigheter har i första hand skett genom direktiv 93/98,[9] vilket senare ändrats och upphävts genom direktiv 2006/116/EG,[10] genom vilket de tidigare versionerna kodifieras. En av dessa ändringar syftade till att reglera skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter i det så kallade informationssamhället genom direktiv 2001/29.

7. Skäl 23 har följande lydelse:

”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.”

8. Skäl 27 har följande lydelse:

”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.”

7 — Punkt 6.14 i beslutet att begära förhandsavgörande.

8 — Beträffande mottagandet av digitalt innehåll, vanligtvis i form av ljud eller bild, genom direktuppspelning eller strömning (det vill säga utan att spela in det eller kopiera över det till de olika mediernas minnen, utan bara till bufferten) handlade domen av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147).

9 — Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EGT L 290, 1993, s. 9; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 75).

10 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EUT L 372, 2006, s. 12).

9. Skäl 31 har följande lydelse:

”En skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare samt mellan de olika kategorierna av rättsinnehavare och användarna av skyddade alster måste upprätthållas. De befintliga undantag och inskränkningar från rättigheterna som fastställts av medlemsstaterna måste bli föremål för en ny bedömning där hänsyn tas till den nya elektroniska miljön. …”

10. Skäl 33 har följande lydelse:

”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.”

11. I artikel 2, som har rubriken ”Rätt till mångfaldigande”, föreskrivs följande:

”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,

…”

12. Under rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, föreskrivs följande i artikel 3.1:

”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.”

13. Inom ramen för regleringen av ”Undantag och inskränkningar” (som är rubriken på den bestämmelsen) avseende mångfaldiganderätten, rätten till överföring till allmänheten och spridningsrätten, föreskrivs följande i artikel 5.1 och 5.5:

”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.”

II. **Faktiska omständigheter och tolkningsfrågor**

14. Stichting Brein är en stiftelse som har som mål att försvara upphovsrätten och andra närstående rättigheter. Den har bildats av sammanslutningen av tillverkare och importörer av ljud- och bildmedier och sammanslutningen av filmdistributörer. Anslutna till stiftelsen är även sammanslutningen för multimediaproducenter och förlag.

15. Jack Frederik Wullems har via olika webbplatser (däribland hans egen www.filmspeler.nl) salufört olika modeller [11] av en mediespelare med handelsnamnet *”filmspeler”*. En mediespelare är en apparat som fungerar som ett medium mellan en bild- och/eller ljudsignal och en tv-skärm. Skillnaderna mellan modellerna är av teknisk art. De fungerar i allt väsentligt på samma sätt: om mediespelaren ansluts till internet och till en bildskärm (t.ex. en tv-skärm) är det möjligt att genom direktuppspelning (så kallad strömning) spela upp bild och ljud från en portal eller webbplats.

16. Mediespelarens maskinvara kan köpas hos olika leverantörer. På mediespelaren har Wullems installerat en programvara med öppen källkod (XBMC). XBMC-programvaran gör det möjligt för vem som helst att med ett enkelt användargränssnitt starta filer via olika menyer. På mediespelaren har Wullems även installerat tilläggsprogram (*add-ons*). Tilläggsprogram är separata programfiler som har skapats av tredje part och som är fritt tillgängliga på internet. Wullems har integrerat tilläggsprogrammen i XBMC-programvarans användargränssnitt.

17. Tilläggsprogrammen innehåller hyperlänkar som, om man klickar på dem, länkar vidare till webbplatser som drivs av tredje parter (nedan även kallade strömningswebbplatser). På dessa strömningswebbplatser ges fri tillgång till filmer, serier och (livesändningar av) idrottstävlingar, med eller utan rättsinnehavarnas medgivande. Det digitala innehållet börjar automatiskt spelas upp så fort man har klickat på någon av hyperlänkarna. [12]

18. Fjorton av dessa tilläggsprogram [13] länkade vidare till filmer, serier och (livesändningar av) idrottstävlingar som gjordes tillgängliga *utan* rättsinnehavarnas medgivande. Andra tilläggsprogram länkade vidare till strömningswebbplatser där innehåll tillhandahölls med rättsinnehavarnas medgivande. [14]

19. Wullems påverkar eller ändrar inte de tilläggsprogram som han har installerat på filmspelaren och användaren kan även själv installera tilläggsprogram på sin mediespelare. Wullems gjorde via sin webbplats (www.filmspeler.nl) och på andra platser på internet följande reklam för sina produkter:

”– Betala aldrig mer för filmer, serier och sport. Titta direkt utan reklam och väntetid (inga abonnemangskostnader, plug & play). Netflix tillhör nu det förgångna!

– Titta på filmer, serier och sport utan att behöva betala? Vem vill inte det?!

11 — Under namnen Filmspeler X5 fully loaded; Filmspeler Compleet (Raspberry pi); Minix Neo X7; Filmspeler X90 fully loaded y Turbo Sd/usb configuratie.

12 — De är alltså vad som på it-språk brukar kallas ”djupa länkar” (*deep hyperlinks*) och inte bara länkar till ingångssidan till en webbplats.

13 — Det rör sig om tilläggsprogrammen 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com och Go TV.

14 — Såsom Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM och Soundcloud.

– Gå aldrig mer på bio tack vare vår optimerade XBMC-programvara. Gratis HD-filmer och -serier, inklusive filmer som nyligen gått på bio, tack vare XBMC.”

20. Den 22 maj 2014 begärde Stichting Brein att Wullems skulle sluta sälja mediespelaren. Den 1 juli 2014 vände sig Stichting Brein till den hänskjutande domstolen och yrkade att den skulle ålägga Wullems att sluta saluföra mediespelaren och tillhandahålla hyperlänkar som gav användarna olaglig tillgång till upphovsrättsskyddade verk.

21. Stichting Brein anförde som stöd för sitt yrkande att Wullems genom försäljningen av mediespelaren *filmspeler* hade gjort en ”överföring till allmänheten” och därmed handlat i strid med artiklarna 1 och 12 i *Auteurswet* (den nederländska upphovsrättslagen), samt artiklarna 2, 6, 7a och 8 i *Wet op de Naburige Rechten* (lagen om närstående rättigheter).

22. Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland) anser att de nationella bestämmelser som åberopats i målet ska tolkas mot bakgrund av artikel 3 i direktiv 2001/29, vilken införlivats med nederländsk rätt genom de ovannämnda bestämmelserna. Eftersom parterna i det nationella målet är oeniga om huruvida Wullems försäljning av mediaspelaren syftar till att nå en ”ny publik”, i den mening som avses i domstolens praxis, anser den hänskjutande domstolen att varken domen i målet Svensson m.fl.[15] eller beslutet i målet BestWater International[16] ger tillräckligt underlag för att avgöra förevarande tvist. Den anser således att det fortfarande inte är ställt bortom allt rimligt tvivel huruvida det rör sig om en överföring till allmänheten om ett verk visserligen har offentliggjorts tidigare, men utan rättsinnehavarens medgivande.

23. För det andra har den hänskjutande domstolen att ta ställning till Wullems påstående att strömning av upphovsrättsligt skyddade verk från en olaglig källa omfattas av undantaget i artikel 13a i den nederländska upphovsrättslagen. Eftersom den bestämmelsen ska tolkas mot bakgrund av artikel 5.1 i direktiv 2001/29, har den hänskjutande domstolen påpekat att den ännu inte har uttalat sig om innebörden av villkoret om en ”olaglig användning” i artikel 5 i direktivet.

24. Mot bakgrund av detta beslutade Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland) att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG om upphovsrätt tolkas så, att det rör sig om en ’överföring till allmänheten’ i den mening som avses i den artikeln om någon säljer en produkt (mediespelare) 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 medgivande?

2) Gör det därvid skillnad

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

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

15 — Dom av den 13 februari 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

16 — Beslut av den 21 oktober 2014 (C-348/13, EU:C:2014:2315).

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

3) Ska artikel 5 i upphovsrättsdirektivet (direktiv 2001/29/EG) 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 på vilken detta upphovsrättsligt skyddade verk utbjuds utan rättsinnehavarnas medgivande?

4) Om fråga 3 ska besvaras nekande, strider i så fall en slutanvändares tillfälliga mångfaldigande vid strömningen av ett upphovsrättsligt skyddat verk från en webbplats på vilken detta upphovsrättsligt skyddade verk utbjuds utan rättsinnehavarnas medgivande mot ’trestegstestet’ enligt artikel 5.5 i upphovsrättsdirektivet (direktiv 2001/29/EG)?”

III. **Förfarandet vid domstolen och parternas argument**

A. *Förfarandet*

25. Beslutet att begära förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 5 oktober 2015.

26. Parterna i det nationella målet, den spanska, den franska, den italienska och den portugisiska regeringen samt Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden inom den tid som föreskrivs i artikel 23 andra stycket i domstolens stadga.

27. Ombuden för Stichting Brein, Wullems, den spanska regeringen och Europeiska kommissionen medverkade vid den muntliga förhandlingen som hölls den 29 september 2016.

B. *Argument*

1. Den första och den andra tolkningsfrågan

28. Stichting Brein samt den spanska, den franska, den italienska och den portugisiska regeringen, anser att den första tolkningsfrågan ska besvaras jakande och de menar att de bedömningsfaktorer som anges i strecksatserna i den andra tolkningsfrågan saknar relevans. De anser att de två kumulativa villkor som följer av EU-domstolens praxis, det vill säga en ”överföring” och en ”allmänhet”, är uppfyllda i förevarande fall. [17]

29. Eftersom domstolen i sin praxis även har understrukit att begreppet ”överföring till allmänheten” skall ges en vidsträckt tolkning, [18] anser Stichting Brein och de ovannämnda regeringarna att mediespelaren *filmspeler* ger upphov till ett ”tillgängliggörande” för allmänheten och därmed till en ”överföring” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Domstolen har tidigare slagit fast

17 — Dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147), punkterna 21 och 31.

18 — Dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), punkt 36, och dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631), punkt 186.

att tillhandahållandet, på en webbplats, av klickbara länkar till skyddade verk, som publicerats på en annan webbplats utan begränsningar avseende tillgången till verken, ger användarna av den förstnämnda webbplatsen en direkt tillgång till dessa verk, [19] oberoende av om dessa har utnyttjat denna möjlighet eller inte. [20]

30. Enligt Stichting Brein saknar det betydelse att det inte var Wullems själv utan den aktör som erbjuder de enskilda programfilerna, som tillhandahöll hyperlänkarna till allmänheten. Den franska regeringen har tagit upp två aspekter: a) den allmänhet som de ursprungligen överförda skyddade verken riktade sig till utgjordes enbart av abonnenter till de tv-kanaler som hade tillstånd att sända programmen i fråga, och b) den webbplats där de omtvistade verken fanns skyddades genom olika begränsningar avseende tillgången, enligt vad som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande. Beträffande detta har den spanska regeringen påpekat att det bör beaktas vilka som är möjliga användare, såväl befintliga som framtida. [21]

31. Vad beträffar den ”nya” publiken (det vill säga den publik som upphovsmännen till de skyddade verken inte tog med i beräkningen när de godkände verkens användning i överföringen till den ursprungliga publiken), [22] har Stichting Brein understrukit betydelsen av rättsinnehavarnas godkännande av den ursprungliga överföringen via hyperlänk. Den portugisiska regeringen har tillagt att eftersom agerandet innebär ett tillgängliggörande av skyddade verk genom ett särskilt tekniskt förfarande som skiljer sig från det ursprungliga, behöver det enligt rättspraxis inte prövas om kravet på en ”ny publik” är uppfyllt, eftersom varje ny överföring kräver ett enskilt separat tillstånd från de berörda upphovsmännen. [23]

32. Wullems och kommissionen anser däremot att det i förevarande fall inte föreligger någon ”överföring”. Wullems har inriktat sitt försvar på att tilläggsprogrammen med hyperlänkarna inte finns i mediespelaren när den säljs till slutanvändaren. Han har vidare anfört att en hyperlänk i sig inte kan anses utgöra en överföring till allmänheten.

33. Enligt kommissionen motsvarar den mediespelare som Wullems har salufört begreppet ”fysisk förutsättning” (vilket återfinns i skäl 27 i direktiv 2001/29), eftersom den möjliggör en överföring, även om den inte i sig utgör en sådan. Om den omständigheten att en fysisk förutsättning förses med ett program skulle innebära att den inte längre utgör en sådan förutsättning, skulle skäl 27 i direktiv 2001/29 förlora sin ändamålsenliga verkan, eftersom den då bara kan tillämpas på ett mycket begränsat antal fall. Om motsatsen skulle godtas, skulle bestämmelserna i kapitel III i direktiv 2001/29 bli meningslösa.

34. Sammanfattningsvis befarar kommissionen att en alltför extensiv tolkning av begreppet ”överföring till allmänheten” skulle rubba och äventyra den skäliga avvägningen mellan rättigheter och intressen hos de olika berörda parterna, vilken den anser utgör ett övergripande mål med direktiv 2001/29.

2. Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan

35. Stichting Brein och den spanska och den franska regeringen anser att undantaget i artikel 5 i direktiv 2001/29 inte är tillämpligt på ett mångfaldigande genom strömning av ett upphovsrättsskyddat verk, från en webbplats som drivs av en tredje man på vilken detta verk erbjuds. De anser att punkt 1 i denna artikel enbart rör tillfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som är flyktiga eller utgör

19 — Dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), punkt 18.

20 — Ibidem, punkt 19 och där angiven rättspraxis.

21 — Dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), punkterna 37–39.

22 — Dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147), punkt 37, och dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631) punkt 197.

23 — Genom hänvisning till dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147), punkterna 22–26 och 39.

ett inkluderande av underordnad betydelse, vilket är egenskaper som saknas hos det mångfaldigande som Wullems mediespelare möjliggör, eftersom det inte utgör ”en integrerad och väsentlig del i en teknisk process vars enda syfte är att möjliggöra en laglig användning av ett verk eller annat alster”, vilket krävs enligt artikel 5.1, i synnerhet punkt b.

36. Som svar på den fjärde tolkningsfrågan har dessutom Stichting Brein och den spanska regeringen [24] påpekat att domstolens resonemang då den tolkade det så kallade ”undantaget för privatkopiering” i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, [25] kan tillämpas på ett medgivande av strömning från en olaglig källa. Eftersom den metoden för mångfaldigande från olagliga källor inte har medgivits av rättsinnehavarna, är det uppenbart att den strider mot de tre kumulativa steg som föreskrivs i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och i Bernkonventionen. [26]

37. På samma sätt påpekar de att möjligheten till en omfattande användning av strömning från olagliga källor, utesluter att den bara används i ”vissa särskilda fall” och den utgör dessutom ett hot mot det ”normala utnyttjandet” av de skyddade verken, vilket skadar upphovsrättsinnehavares och innehavare av närstående rättigheters intressen.

38. Wullems har endast erinrat om att strömning är en tillfällig handling som är flyktig och utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process. Den portugisiska regeringen och kommissionen, vilken bara har gjort det gällande i andra hand, [27] utgår från samma premiss och tillägger att enbart ett mottagande av överföringarna (av skyddade verk) genom den omtvistade metoden inte utgör något olagligt utnyttjande i den mening som avses i artikel 5.1 i direktivet. De anser sig finna stöd för detta i den rättspraxis [28] där domstolen slagit fast att cachekopior och bildskärmskopior uppfyller de kumulativa villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, samt villkoren i punkt 5 i samma artikel.

39. Den portugisiska regeringen menar att tillfälliga former av mångfaldigande genom strömning, inte ger någon ytterligare ekonomisk fördel utöver den som är förknippad med själva mottagandet av verken. Den portugisiska regeringen har avslutningsvis gjort gällande att när mångfaldigandet uppfyller villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, uppfyller det även de tillämpliga villkoren i punkt 5 i samma artikel, vilket den härleder från viss rättspraxis vid domstolen. [29]

IV. **Prövning av tolkningsfrågorna**

A. *Den första och den andra tolkningsfrågan*

40. Jag anser att de två första tolkningsfrågorna bör prövas gemensamt, på grund av det nära sambandet mellan dem. Svaret på dem båda påverkas i stor utsträckning av vissa förutsättningar som avgränsar tvisteföremålet på följande vis: a) Wullems säljer (i vinstsyfte) en mediespelare på vilken han har installerat hyperlänkar till webbplatser som erbjuder fri och gratis tillgång till upphovsrättsskyddat

24 — Den franska regeringen har inte yttrat sig avseende den fjärde tolkningsfrågan, vilken är underordnad den tredje, på grund av det svar som den föreslår på den sistnämnda frågan.

25 — Dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254), punkterna 37 och 39.

26 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886 (reviderad i Paris den 24 juli 1971), i dess lydelse efter ändringen av den 28 september 1979.

27 — Kommissionen har ifrågasatt om frågorna 3 och 4 behöver besvaras, eftersom a) de inte har ställts med avseende på mediespelaren utan med avseende på tekniken med direktuppspelning eller strömning, och b) de inte avser agerandet från den som säljer mediespelaren utan från slutanvändaren.

28 — Dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

29 — Beslut av den 17 januari 2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16), punkt 57; och dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631), punkt 181.

digitalt innehåll;[30] b) innehavarna av dessa rättigheter har antingen inte godkänt att de överförs till allmänheten eller så har de gjort det enbart med avseende på vissa webbplatser som man får tillgång till genom abonnemang; c) användarna kan själva köpa de tilläggsprogram (*add-ons*) som innehåller hyperlänkarna till de webbplatser på vilka det, utan rättsinnehavarnas medgivande, ges fri tillgång till de skyddade verken; och d) dessa webbplatser kan nås via internet utan att det krävs någon mediespelare som den som Wullems erbjuder.

41. Även om det skulle vara frestande att redogöra för den utveckling av rättspraxis som skett genom en lång rad domar rörande tolkningen av artikel 3.1 i direktiv 2001/29, anser jag inte att det är nödvändigt att här upprepa bedömningen av uttrycket ”överföring till allmänheten” eller av dess två enskilda beståndsdelar, det vill säga ”överföringen” av ett verk och den ”allmänhet” som den riktas till. Jag nöjer mig med att hänvisa till domstolens påpekanden i domen i målet GS Media, där den tar upp sin egen praxis.[31] En säker rättstillämpning kräver visserligen inte att domstolarna utan undantag ska tillämpa principen om att appellationsdomstolar är bundna av sina egna avgöranden i principfrågor och att den högsta instansens avgöranden är bindande för underinstanserna (*stare decisis*), men däremot att de ska vinnlägga sig om att hålla sig till vad de själva, efter moget övervägande, har beslutat rörande ett visst rättsligt problem. Det gäller enligt min uppfattning även den praxis som domstolen lade fast (eller bekräftade) i domen i målet GS Media med avseende på förhållandet mellan hyperlänkar och överföring till allmänheten, inom ramen för direktiv 2001/29.

42. Följaktligen kommer jag vid min granskning att använda mig av de utgångspunkter som domstolen redan har slagit fast, nämligen att a) tillhandahållandet av klickbara länkar till skyddade verk ska anses utgöra ”tillgängliggörande” och följaktligen ”överföring”;[32] b) detta begrepp omfattar alla överföringar av skyddade verk, oberoende av vilka medel eller tekniska processer som används;[33] och c) det föreligger en motbevisbar presumtion att tillhandahållandet av en hyperlänk som ger tillgång till ett verk som olagligen (det vill säga utan medgivande av rättsinnehavarna) har offentliggjorts på internet utgör en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/79, när det sker i vinstsyfte.

30 — Fri och gratis tillgång erbjuds även till annat innehåll, vars spridning till allmänheten inte heller har medgetts av dem som ursprungligen vidaresänder det, men som inte åtnjuter något upphovsrättsligt skydd i egentlig mening. Så är till exempel fallet med direktsändningar av vissa idrottsevenemang som inte har karaktären av originalverk i den mening som avses med direktiv 2001/29 (även om sändningsrättigheter som beviljats vissa programföretag genom exklusiva tillstånd kan omfattas av skydd enligt andra bestämmelser). Domstolen har redan uttalat sig rörande detta 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), punkt 98, och slagit fast att ”[i]drottsevenemang … inte [kan] anses utgöra sådana intellektuella skapelser som kan klassificeras som verk i den mening som avses i upphovsrättsdirektivet”.

31 — Dom GS Media, i synnerhet punkt 32 och där angiven rättspraxis. Efter det att den domen meddelades började det, som logiskt och brukligt är, dyka upp kommentarer i fackmedia, varav vissa var kritiska och andra lovordande. Se exempelvis, bland dem som ligger tidsmässigt närmast domen, inlägget i *European Law Blog*, av den 20 september 2016, *Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, Gs Media v Sanoma)*; eller diskussionen vid plenarsessionen den 20 september 2016 vid den 47:e världskongressen för *International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI)*, rörande *The CJEU case law on hyperlinking* och den föregående rapporten från arbetsgruppen för temat *Linking and making available on the Internet*.

32 — Dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), punkt 20. I det målet uteslöt domstolen slutligen att det skulle ha skett en överföring till en ”ny” publik. Den publik som den ursprungliga överföringen riktade sig till utgjordes nämligen av samtliga internetanvändare, eftersom tillgången till de skyddade verken på den berörda webbplatsen inte var föremål för någon begränsning (punkterna 18, 25 och 26).

33 — Dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), punkt 38.

43. På samma sätt vill jag erinra om att domstolen har slagit fast att begreppet överföring till allmänheten av det skyddade verket kräver att det antingen sker med hjälp av en särskild teknik som skiljer sig från dem som dittills använts, eller att det sprids till en ”ny publik”, varmed avses en publik som upphovsmännen till de skyddade verken inte tog med i beräkningen när de godkände den ursprungliga (begränsade) spridningen. [34]

44. Om de faktiska omständigheterna i målet granskas mot bakgrund av ovanstående premisser, är det lätt att dra slutsatsen att den praxis som följer av domen GS Media rörande sambandet mellan hyperlänkar och begreppet överföring till allmänheten är tillämplig på dessa omständigheter, vilket till stor del påverkar svaret på de två första tolkningsfrågorna.

45. Som jag tidigare nämnt installerade Wullems tilläggsprogrammen (*add-ons*) i XBMC-programvarans användargränssnitt, med hyperlänkar till webbplatser som ger fri tillgång till upphovsrättsskyddade verk. Förutom att han tillhandahöll länken var Wullems medveten om (eller borde ha varit det) att 14 av dessa tilläggsprogram innehöll länkar till digitalt innehåll som lagts upp på internet utan upphovsrättsinnehavarnas medgivande eller med medgivande som lämnats på villkor att endast vissa personer skulle få tillgång till det, genom abonnemang eller andra former av pay-per-view. Det behöver knappast påpekas att Willems handlade i vinstsyfte, eftersom han sålde sina mediespelare.

46. Tvisten handlar således om vilken betydelse som ska tillmätas en annan faktor, som inte förelåg i målet GS Media, till vilken Wullems och kommissionen har hänvisat i sina yttranden, när de framhåller att målet rör försäljning av en mediespelare och inte tillhandahållande av hyperlänkar. Båda menar att en sådan försäljning och tillhandahållande av hyperlänkar på en webbplats är fenomen som inte kan likställas, och även om begreppet ”överföring till allmänheten” ges en vid tolkning kan det inte utsträckas så till den grad att det även omfattar försäljning av en mediespelare. [35]

47. Vid förhandlingen betonade Wullems och kommissionen att Wullems agerande ”inte var avgörande”, utan att han endast hade ”underlättat” för allmänheten att få tillgång till visst innehåll som kan laddas ned från andra webbplatser. Enligt dessa parter utgör mediespelaren således inte en ”väsentlig del” i den process som leder det skyddade innehållet från webbplatsen där det (olagligt) finns tillgängligt för slutanvändaren. På samma sätt ger Wullems försäljning av mediespelaren inte en direkt, utan indirekt, tillgång till det ovannämnda innehållet, vilket innebär att sambandet mellan mediespelaren och tillgängliggörandet av skyddade verk för allmänheten är svagt och endast utgör en del av en längre överföringskedja.

34 — I punkt 31 i dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) slog domstolen fast att ”[f]ör det fall en klickbar länk gör det möjligt för användarna av den webbplats på vilken länken återfinns att kringgå begränsningar – som ställts upp av den webbplats på vilken det skyddade verket finns i syfte att endast abonnenter ska ges tillgång till verket – och således utgör en åtgärd utan vilken användarna inte skulle kunna ta del av verken i fråga, ska … samtliga dessa användare anses utgöra en ny publik som verkens upphovsmän inte tagit i beaktande när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen, vilket innebär att upphovsmännens medgivande krävs för en sådan överföring till allmänheten”. Samma tankegång återfinns i beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), punkt 14. Det avgörande är att de som utgör publiken kan få tillgång till det digitala innehållet, inte att dessa personer faktiskt har använt sig av denna möjlighet, vilket framgår av dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), punkt 43.

35 — Kommissionen pekar på den omständigheten att förevarande mål just rör ”försäljningen” av mediespelaren *filmspeler*, vilken enligt kommissionen motsvarar begreppet ”fysisk förutsättning” i skäl 27 i direktiv 2001/29. Enligt kommissionen möjliggör denna mediespelare överföring, men den kan inte likställas med det.

48. Wullems och kommissionens ståndpunkt förefaller vid första anblicken vara värd att beakta. Försäljningen, i form av ett avtal om leverans av en mediespelare i utbyte mot det pris som betalas, kan tyckas ”neutral”, det vill säga att den inte har något direkt samband med överföringen av skyddade verk. Dessutom menar kommissionen att det måste finnas en gräns för vad begreppet ”överföring till allmänheten” kan anses omfatta. [36]

49. Jag anser emellertid att denna ståndpunkt i själva verket är alltför begränsande. Saluföringen av mediespelaren innebär inte bara en försäljning av ett tekniskt tillbehör, vilket enligt kommissionen skulle kunna omfattas av uttrycket ”de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring”, varav ”tillhandahållandet … inte i sig betraktas som en överföring i den mening som avses i detta direktiv”. [37]

50. Wullems erbjuder i mediespelaren, som en oskiljaktig del, den maskinvara och programvara som krävs och som direkt syftar till [38] att köparna via internet ska få tillgång till upphovsrättsskyddade verk, utan rättsinnehavarnas medgivande. Att underlätta denna omedelbara tillgång för en obestämd publik utgör en del av mervärdet av Wullems prestation och för detta erhåller han det pris som betalas – eller åtminstone en väsentlig del av det – för mediespelaren.

51. Jag anser inte att det är någon större skillnad mellan att på en webbplats lägga upp hyperlänkar till skyddade verk [39] och att, som i förevarande fall, lägga upp dem i en mediespelare som just är avsedd att användas på internet (närmare bestämt för att användarna med hjälp av den på ett enkelt, direkt och omedelbart sätt ska få tillgång till digitalt innehåll utan upphovsmännens medgivande). Tillhandahållandet av länkar till detta skyddade innehåll, att det görs tillgängligt för allmänheten, är ett gemensamt drag hos båda förfarandena och att det skenbart är av accessorisk eller underordnad karaktär kan inte dölja det faktum att det syftar till att vem som helst enbart genom att aktivera hyperlänken ska kunna få tillgång till de skyddade verken. [40]

52. Oavsett vilken teknisk metod som används då de läggs upp, underlättar hyperlänkarna för tredje man att få tillgång till digitalt innehåll som redan har ”lagts upp” – i det här fallet olagligt – på internet. Det viktiga med den överföring till allmänheten som sker med hjälp av dem är att den ökar kretsen av möjliga användare, vilka tillhandahålls en funktion där man på förhand har valt ut de webbplatser som gör det möjligt att se digitalt innehåll utan att betala för det.

53. Wullems agerande kan här således anses nödvändigt, i den mening som avses i domstolens praxis, [41] vid överföringen av skyddade verk till allmänheten. Det är också avsiktligt och han har full kännedom av konsekvenserna av det. Detta framgår inte minst av de exempel på reklam som han har använt sig av för att marknadsföra mediespelaren. [42]

36 — Efter det att kommissionen vid förhandlingen hade medgett att den inte var nöjd med domarna av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) och GS Media, varnade den för att denna inriktning i rättspraxis kan skapa rättsosäkerhet. Ur andra perspektiv har olika intressenter kritiserat domstolen för att den genom sina uttalanden inom detta område skapar rätt i stället för att tolka den befintliga rätten. Jag delar inte denna kritik. Domstolen har endast betonat konsekvenserna, vilka dittills inte hade uppmärksammats tillräckligt, av ett rättsligt begrepp (”överföring till allmänheten”) med vaga konturer och anpassat tillämpningen av det till den mycket snabba utvecklingen av ny teknik, med hjälp av vilken upphovsrättsskyddade verk fortlöpande görs tillgängliga för allmänheten.

37 — Skäl 27 i direktiv 2001/29.

38 — Den installation av tilläggsprogram med hyperlänkar till webbplatser som Wullems har gjort med hjälp av XBMC-programvaran, gör det möjligt att titta och lyssna på de skyddade verken. Tack vare de menyer som finns i XBMC-programvarans gränssnitt med länkarna till dessa webbplatser, blir den tv-tittare som använder mediespelaren en internetanvändare som kan gå in på dessa webbplatser.

39 — Vilket var fallet med de faktiska omständigheter som låg till grund för domarna av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76); och GS Media samt för beslutet av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Ur ett annat perspektiv liknar Wullems agerande (även om det inte är helt identiskt med det) det som förelåg i mål C-306/05 (EU:C:2006:764), vilket avgjordes genom dom av den 7 december 2006, SGAE. Den signal som hotellet sände via tv-apparaterna i hotellrummen, utgjorde enligt domstolen en överföring till allmänheten enligt direktiv 2001/29.

41 — Dom GS Media, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

42 — Se punkt 19 i detta förslag till avgörande.

54. Sammanfattningsvis kan mediespelaren inte enbart anses vara en ”teknisk förutsättning” i den mening som avses i skäl 27 i direktiv 2001/29, utan ett sätt att till allmänheten överföra upphovsrättsskyddade verk som dessförinnan olagligt har ”lagts upp” på internet. Wullems agerande då han i mediespelarna, i uppenbart vinstsyfte och i vetskap om att det är olagligt, har lagt upp hyperlänkar till dessa verk, hjälper dem som köper mediespelarna att kringgå de motprestationer som krävs för att få tillgång till verken lagligt, det vill säga betalningen av ersättning till upphovsmännen, vilken vanligtvis sker genom abonnemang eller andra former av pay-per-view.

55. Efter det att det slagits fast att mediespelaren möjliggör en överföring till allmänheten som omfattas av artikel 3.1 i direktivet,[43] återstår att pröva huruvida det rör sig om en ”ny” publik, såsom det begreppet hittills har tolkats.

56. Enligt domstolens praxis gäller villkoret att verken sprids till en ”ny publik” endast om överföringen av det skyddade verket inte sker *med hjälp av en särskild teknik som skiljer sig från sådan teknik som dittills använts*.[44] Även om det ankommer på den nationella domstolen att göra denna bedömning av de faktiska omständigheterna, förefaller den teknik som Wullems använder sig av inte ha några nyskapande drag, utan den utgör snarast ett tillägg till annan befintlig teknik. Enkelt uttryckt skulle det sålunda kunna godtas att det i förevarande fall inte förelåg någon ”särskild teknik som skiljer sig”, i den mening som avses i rättspraxis, vilket innebär att det ska prövas huruvida de potentiella köparna av mediespelaren kan anses utgöra en ”ny publik”.

57. Det framgår av handlingarna i målet – och den franska regeringen har med rätta understrukit detta – att rättsinnehavarna antingen inte hade medgett att de skyddade verken spreds via internet, eller att de endast hade medgett det för webbplatser för abonnenter, det vill säga med begränsad tillgång. Den mediespelare som Wullems säljer utökar således kretsen av mottagare i förhållande till den krets som upphovsmännen hade avsett, eftersom den länkar till såväl webbplatser som utan medgivande sprider detta digitala innehåll som webbplatser som innehåller skyddade verk och som endast erbjuder dem till vissa användare som måste betala för att få tillgång till dem.

58. Även om det är möjligt att via internet få gratis tillgång till de tilläggsprogram som finns på marknaden och till själva hyperlänkarna, innebär mediespelaren en obestridlig fördel för ett betydande segment av denna publik, nämligen den som inte har särskilda kunskaper om hur man på internet hittar olagliga webbplatser för att se filmer och tv-serier och annat digitalt innehåll. Det är möjligt att detta publiksegment skulle föredra den lättanvända meny som mediespelaren tillhandahåller, framför den stundtals omständliga sökningen på de webbplatser som erbjuder sådant innehåll.

59. Oavsett vilket riktar sig Wullems spridning av de skyddade verken till en publik som upphovsmännen inte hade i åtanke då de inte medgav att verken spreds eller bara medgav att det skedde mot betalning, vilket innebär att villkoret om en ”ny publik” är uppfyllt.[45]

60. Jag föreslår således att de två första frågorna från Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland) besvaras så att det rör sig om en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, om någon säljer en mediespelare i vilken vederbörande har installerat hyperlänkar som möjliggör direkt tillgång till skyddade verk, såsom filmer, serier och liveutsändningar, som finns tillgängliga på andra webbplatser utan rättsinnehavarnas medgivande.

43 — Dom GS Media, punkt 51.

44 — Beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), punkt 14 och där angiven rättspraxis.

45 — Det bör emellertid påpekas att det bara är omfattningen av ”överföringen till allmänheten”, enligt domstolens tolkning, som berörs av den spridning som mediespelaren tillhandahåller slutanvändaren genom de hyperlänkar som finns i de 14 tilläggsprogram som särskilt länkar till webbplatser där man genom strömning kan få tillgång till skyddade verk utan upphovsrättsinnehavarnas medgivande. Beträffande länkar till filmer, tv-serier och idrottsevenemang som godkänts av rättsinnehavarna, och som inte omfattas av några begränsningar, är tillgången fri och där är domen av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), punkterna 25 och 26, tillämplig.

B. *Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan*

61. Den hänskjutande domstolen tar i dessa två tolkningsfrågor upp aspekter som, vilket jag tidigare har nämnt, inte rör mediespelaren utan huruvida det är förenligt med direktiv 2001/29 att slutanvändaren med hjälp av denna spelare gör ett ”tillfälligt mångfaldigande vid strömningen av ett upphovsrättsskyddat verk från en webbplats som drivs av en tredje man på vilken detta upphovsrättsligt skyddade verk utbjuds utan rättsinnehavarnas medgivande”. Närmare bestämt vill den hänskjutande domstolen veta om den här typen av agerande skulle kunna omfattas av artikel 5.1 och 5.5 i direktivet.

62. Så som de är formulerade har dessa två frågor gett upphov till vissa invändningar mot att de kan tas upp till sakprövning, eftersom de kan tyckas gå utanför gränserna för tvisten mellan Stichting Brein och Wullems. Efter den hänskjutande domstolens förklaringar anser jag emellertid att dessa invändningar inte kan godtas, eftersom ett av Stichting Breins yrkanden i det nationella målet var att Wullems skulle fällas till ansvar för vilseledande reklam och otillbörliga affärsmetoder, genom att han i sina annonser, som lockbete för att öka försäljningen, har angett att det är lagligt att enbart strömma verk som kommer från olagliga källor (till skillnad från när verken laddas ned). Det är därför som den hänskjutande domstolen, för att kunna pröva just det yrkandet, behöver ett svar från EU-domstolen om hur artikel 5 i direktiv 2001/29 ska tolkas.

63. Nedanstående överväganden ska anses avse de faktiska omständigheterna i det nationella målet, mot bakgrund av kärandens ovannämnda yrkande, och tillämpningen av artikel 5 i direktiv 2001/29.

1. Undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/29

64. I listan över undantag från rätten till mångfaldigande i artikel 5.1 i direktiv 2001/29 anges bland annat ”[t]illfälliga 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 … en laglig användning av ett verk eller annat alster …”. Detta undantag gäller även slutanvändare och inte bara de som tillhandahåller tjänster på internet eller mellanhänder, vilket man skulle kunna tro om man ser till skäl 33 i direktiv 2001/29. [46]

65. Jag anser inte att det är nödvändigt att i förevarande mål klarlägga huruvida en strömning av ett verk, som nås via hyperlänkar i mediespelaren, saknar den prägel av ”flyktighet” eller ”underordnad betydelse” som avses i den ovannämnda artikeln. [47] För att besvara den frågan skulle det först krävas vissa bedömningar av utpräglat teknisk karaktär (med avseende på lagringen i bufferten och erhållandet av cachekopior eller skärmkopior), [48] vilket jag inte anser är nödvändigt att gå in på här, [49] eftersom en av de andra centrala förutsättningarna för ett undantag enligt min uppfattning inte föreligger, nämligen att mångfaldigandet syftar till att möjliggöra ”en laglig användning” av det skyddade verket.

46 — Detta följer underförstått av dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

47 — Det är i detta sammanhang av betydelse att den engelska och den tyska versionen innehåller orden ”transient” respektive ”flüchtig”, som leder tankarna till en kortvarig tidsrymd. I den nederländska versionen används uttrycket ”voorbijgaande” och i den spanska ”transitorio”, vilka ligger närmare en handlings övergående karaktär.

48 — Cachekopior och skärmkopior uppfyller villkoren i artikel 5.1 och 5.5 i direktiv 2001/29, enligt dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), punkterna 26 och 27.

49 — Vid denna form av mångfaldigande, där kopieringen av filer ersätts av en lagring av det nedladdade materialet i användarens buffert, ”förbrukar” användaren produkten samtidigt som han eller hon tittar på den och på så sätt undviker man de problem som är förknippade med att kopiering av filer genom nedladdning går långsammare. Det skulle kunna hävdas att detta mångfaldigande visserligen inte läggs i en särskild databärare utan bara visas på skärmen, men att det (när det exempelvis gäller filmer eller tv-serier) har en alltför lång varaktighet för att kunna betecknas som tillfälligt. Om mångfaldigande genom strömning hypotetiskt sett skulle anses vara tillfälligt, skulle det på samma sätt kunna ifrågasättas om det ”utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process”, vilket är ett av de andra villkor som måste vara uppfyllda för att undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/29 ska vara tillämpligt.

66. Således är det inte fråga om ”laglig användning” av skyddade verk när slutanvändaren får tillgång till dem under sådana förutsättningar som i förevarande mål. Det rör sig här om digitalt innehåll vars spridning upphovsmännen antingen har förbjudit eller begränsat och de har inte gett sitt medgivande till att de skyddade verken fritt överförs till allmänheten på de webbplatser som hyperlänkarna i mediespelaren leder till.

67. Det handlar således inte om att göra en allmän prövning av fenomenet strömning, utan om att mot bakgrund av den ovannämnda bestämmelsen bedöma användarens agerande, på de villkor som föreligger i förevarande mål, vilken med hjälp av ovannämnda teknik mångfaldigar skyddade filmer och serier på skärmen.

68. Utvecklingen inom telekommunikationsområdet (bland annat utbyggnaden av de fiberoptiska näten som möjliggör mycket höga uppkopplingshastigheter) har medfört att fenomenet olaglig nedladdning på datamedier – vilket väckte så mycket uppmärksamhet fram till för några år sedan – successivt håller på att trängas undan, eller ersättas, av strömning av digitalt innehåll, vilket nu har blivit den mest efterfrågade formen. Strömning av material från betalplattformar skapar inga större problem i immaterialrättsligt hänseende och detta gäller även när användaren tittar eller lyssnar på digitalt innehåll som är fritt tillgängligt via webbplatser som erbjuder det gratis och lagligt.

69. Annorlunda förhåller det sig däremot med webbplatser som gör piratversioner [50] av detta innehåll tillgängligt för användarna. I domen GS Media tog domstolen upp ett fall där en hyperlänk till skyddat innehåll lagts upp på internet utan tillstånd från rättsinnehavaren. Ett sådant agerande måste prövas mot bakgrund dels av huruvida det görs i vinstsyfte (om så är fallet, utgör det en motbevisbar presumtion att personen som gör det är medveten om att verket finns på internet olagligt) och dels av huruvida personen känner till, eller rimligen borde ha känt till, att det saknas tillstånd för att offentliggöra innehållet på internet. [51]

70. Jag anser att om den avgörande faktorn för den som lägger upp en hyperlänk utan vinstsyfte är huruvida personen känner till – eller rimligen borde ha känt till – att det skyddade verket finns olagligt på internet, blir det svårt att inte tillämpa detta kriterium även på den som bara använder hyperlänken, utan vinstsyfte. [52]

71. Jag anser emellertid att det subjektiva rekvisitet är lämpligare för att utesluta en persons ansvar än för att pröva huruvida det föreligger en rättsstridighet i objektivt hänseende och, i förekommande fall, huruvida handlandet i fråga uppfyller rekvisiten för detta. För att tillhandahålla en lämplig tolkning av artikel 5.1 i direktiv 2001/29, bör det emellertid erinras om att enligt skäl 33 i direktivet, är lagligheten, i objektivt hänseende, snarast beroende av huruvida upphovsrättsinnehavaren eller licenstagaren har lämnat sitt medgivande. [53] Om det fanns godtagbara skäl för att slutanvändaren inte kände till att

50 — Uttrycken ”piratkopiering” och ”pirat” är i det här sammanhanget inte enbart fantasieggande, utan de håller på att bli ett naturligt inslag i den upphovsrättsliga terminologin. Domstolen använde sig av uttrycket ”otillåtna kopior av verk” som gör intrång i det normala utnyttjandet av upphovsrättsskyddade verk, enligt direktiv 2001/29, i sin dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254), punkt 39.

51 — Denna ståndpunkt motiveras av att det är svårt att kontrollera om webbplatsen som länkarna leder till ger tillgång till skyddade verk och om upphovsrättsinnehavarna till verken har gett tillstånd till att de offentliggörs på internet. Detta framgår av punkterna 46, 47 och 48 i domen GS Media.

52 — I takt med att internetanvändarna blir allt mer medvetna om att rättigheterna för dem som skapar innehåll måste respekteras och att utbudet av plattformar som gör innehållet lagligt tillgängligt samtidigt ökar, blir det allt svårare ett motivera mångfaldigandet av otillåtna kopior av verk, via hyperlänkar, med att man inte kände till att upphovsrättsinnehavarna inte hade lämnat sitt medgivande till det.

53 — I motiveringen till gemensam ståndpunkt nr 48/2000 antagen av rådet den 28 september 2000 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT C 344, 2000, s. 1) anges följande: ”… I skäl 33 har rådet lagt till en *definition* av termen ’laglig användning’ …”. Min kursivering.

något sådant medgivande inte hade lämnats, eller om han eller hon inte rimligen borde ha känt till det, skulle det utan tvekan kunna befria honom eller henne från ansvar,[54] men det innebär inte att det ”användande” som avses i artikel 5.1 i direktiv 2001/29 – i rent objektivt hänseende – inte är olagligt.

72. Eftersom det av handlingarna i målet framgår att de skyddade verk som de hyperlänkar som installerats på Wullems mediespelare leder till saknade medgivande från upphovsrättsinnehavarna, vilket innefattar rätten till mångfaldigande enligt artikel 2 i direktiv 2001/29, kan en slutanvändares strömning med hjälp av denna mediespelare inte anses utgöra en ”laglig användning” i den mening som avses i artikel 5.1 b i direktivet.

2. Tillämpningen av artikel 5.5 i direktiv 2001/29

73. Om användningen av Wullems mediespelare i rent dialektiskt hänseende skulle kunna omfattas av undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, måste den ändå underkastas det test som avses i punkt 5 i samma artikel, vilket den hänskjutande domstolens fjärde fråga handlar om. Det handlar således om att pröva huruvida villkoren i artikel 5.5 i direktivet är uppfyllda i förevarande fall.[55]

74. I denna bestämmelse anges (bland annat) att det undantag som föreskrivs i punkt 1 med avseende på tillfälliga former av mångfaldigande, endast ska 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”.

75. Enligt min uppfattning är inget av de tre villkoren uppfyllt i förevarande mål. För det första ger den mediespelare som Wullems säljer upphov till ett oräkneligt antal nedladdningar av filmer, serier, idrottsevenemang och andra typer av sändningar, utan medgivande från innehavarna av mångfaldiganderätten. Således kan man inte som Stichting Brein och den spanska regeringen hävda att det endast rör sig om vissa ”särskilda fall”, vilket krävs enligt bestämmelsen i fråga.

76. För det andra kan agerandet hos den som surfar på internet och besöker webbplatser i tekniskt hänseende inte likställas med agerandet hos den som genom strömning mångfaldigar skyddade filmer och serier. I det förstnämnda fallet kan den tillfälliga kopia som den tekniska processen kräver utgöra ett normalt utnyttjande av verken, som gör det möjligt för internetanvändarna att dra fördel av den överföring till allmänheten som utgivaren av den berörda webbplatsen gör.[56] Den internetanvändare som tittar på skyddade verk på sin bildskärm, genom strömning, ägnar sig däremot inte åt ett ”normalt utnyttjande” av verket som tekniken för surfande på nätet kräver, utan företar en handling av ”onormal” karaktär i rättsligt hänseende, med det avsiktliga syftet att med hjälp av mediespelaren komma i åtnjutande av det digitala innehållet utan att erlägga någon ekonomisk motprestation.

77. Under sådana förhållanden skulle det strida mot direktiv 2001/29 att allmänt och utan åtskillnad godta mångfaldiganden som härrör från olagliga källor eller som sker genom att gränserna för tillgång kringgås. Om det medgavs skulle det innebära att spridning av otillåtet kopierat digitalt innehåll främjas, samtidigt som det allvarligt skulle undergräva det upphovsrättsliga skyddet och uppmuntra till olagliga former av saluföring, vilket är till skada för en fungerande inre marknad.[57]

54 — Det handlar om ”handlingar som utförs av slutkonsumenter i god tro”, i den mening som avses i skäl 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

55 — I sin dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), slog domstolen i punkt 53 fast att ”[f]ör att kunna åberopa det undantag som föreskrivs i nämnda bestämmelse [artikel 5.1 i direktiv 2001/29], såsom den tolkats i föregående punkt, krävs det dock även att dessa kopior uppfyller villkoren i artikel 5.5 i [samma] direktiv …”.

56 — Ibidem, punkt 61.

57 — Dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254), punkterna 35 och 36.

78. För det tredje, eftersom rätten till mångfaldigande enligt vad som framgår av handlingarna i målet endast hade beviljats för tjänster som slutanvändarna fick tillgång till mot betalning (genom ett abonnemang eller liknande), innebär detta oräkneliga antal strömmade visningar, utan ekonomisk motprestation till rättsinnehavaren, oundvikligen att antalet abonnenter av sådana tjänster samtidigt minskar, vilket skulle vara ”till men för det normala utnyttjandet av upphovsrättsskyddade verk”, för att använda sig av formuleringen i domstolens dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. [58]

79. Här är domstolens resonemang i domen ACI Adam m.fl. tillämpligt. Domstolen tolkade där villkoren i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och slog fast att ”om det medgavs att sådant mångfaldigande kan ske från olagliga källor skulle det uppmuntra omsättningen av otillåtna kopior av verk och därmed ofrånkomligen minska volymen av försäljning eller andra lagliga transaktioner avseende de skyddade verken, vilket skulle vara till men för ett normalt utnyttjande av dessa”. [59] Försäljningen av mediespelaren *filmspeler* inkräktar således på ”rättsinnehavarens legitima intressen”, vilken inte hade medgivit att hans eller hennes verk spreds öppet.

80. Sammanfattningsvis anser jag att strömning av skyddat digitalt innehåll, utan rättsinnehavarnas medgivande, inte uppfyller villkoren i artikel 5.5 i direktiv 2001/29, eftersom den inte avser ett särskilt fall, är till men för det normala utnyttjandet av verket och på ett omotiverat sätt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.

81. Mot bakgrund av att de ovannämnda villkoren är kumulativa, vilket domstolen har slagit fast, [60] är de tre undantagen från undantagen i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 tillämpliga i förevarande fall. Följaktligen kan inte undantaget från mångfaldiganderätten åberopas.

82. Jag föreslår således att den tredje och den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras så att under sådana omständigheter som de som är i fråga i det nationella målet, kan ett mångfaldigande vid strömning av ett upphovsrättsskyddat verk inte omfattas av undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, eftersom det inte omfattas av begreppet ”laglig användning” i punkt 1 b i nämnda artikel och under alla förhållanden strider mot trestegstestet enligt artikel 5.5 i direktivet.

V. **Förslag till avgörande**

83. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Rechtbank Midden-Nederland (Förstainstansdomstolen i Midden-Nederland) på följande vis:

Försäljningen av en mediespelare, såsom den som är i fråga i det nationella målet, i vilken säljaren har installerat hyperlänkar till webbplatser på vilka upphovsrättsligt skyddade verk, såsom filmer, serier och liveutsändningar, görs fritt tillgängliga utan upphovsrättsinnehavarnas medgivande,

— utgör en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses 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 och

— den kan inte omfattas av undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, eftersom den inte omfattas av begreppet ”laglig användning” i punkt 1 b i nämnda artikel och under alla förhållanden inte uppfyller villkoren för tillämpning i artikel 5.5 i direktivet.

58 — Ibidem, punkt 39.

59 — Ibidem.

60 — Dom av den 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), punkt 53 och där angiven rättspraxis.