Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 8. december 2016 [1]

Sag C-527/15

Stichting Brein
mod
Jack Frederik Wullems, som intervenerer under navnet Filmspeler

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland, Nederlandene))

»Ophavsret og beslægtede rettigheder — informationssamfundet — begrebet »overføring til almenheden« — ret til reproduktion — undtagelser og indskrænkninger«

1. Ophavsmænds ret til at tillade overføring til almenheden af deres værker, som er beskyttet ved artikel 3 i direktiv 2001/29/EF [2], kan forstyrres af links, som henviser fra nogle websteder til andre, hvis der ikke findes den rette balance mellem respekten for intellektuelle ejendomsrettigheder og den frie udvikling af informationssamfundet. Hyperlinks [3] udgør i denne sammenhæng et af internettets vigtigste elementer og er uundværlige for brugen af internettet ved hjælp af websteder eller internetsider, men de kan også medvirke til, at ophavsretten krænkes.

2. Domstolen, som ved flere lejligheder har udtalt sig om begrebet overføring til almenheden [4], har for ganske nylig afsagt en vigtig dom [5] med henblik på at afgøre, om dette begreb, som omhandlet i direktiv 2001/29, gør sig gældende i forbindelse med anbringelse af hyperlinks på et websted, som henviser til andre sider eller steder, hvor der vises digitalt indhold [6] uden tilladelse fra ophavsmændene hertil, og som brugeren kan få adgang til ved blot at klikke på hyperlinket.

3. Det første og det andet af de af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland, Nederlandene) forelagte spørgsmål stemmer til dels overens med de spørgsmål, der gav anledning til dom af 8. september 2016, GS Media. Den nederlandske forelæggende ret, som var bekendt med denne sag, der verserede ved Domstolen, havde overvejet at udsætte den sag, som den havde under behandling, indtil der var afsagt dom i førstnævnte sag. Den forelæggende ret valgte

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 2001, L 167, s. 10).

3 — Begrebet »hyperlink« anvendes synonymt med begrebet »link«. For så vidt angår programmeringssprog og sprogbrug i forbindelse med dokumenter i elektronisk format betegner begge begreber den forbindelse, der etableres mellem de forskellige segmenter af information, således at de forbinder knudepunkter eller blokke af tekst, billede, audio eller video, når de aktiveres.

4 — Jf. dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), vedrørende særligt links og begrebet overføring til almenheden, når der er tale om værker, der er tilgængelige på andre websteder. Kendelsen af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), anvender argumentationen fra denne dom på den såkaldte *framing*-teknik, hvorved brugere, der klikker på linket, videresendes til en portal tilhørende tredjemand, hvor værket befinder sig, hvilket giver indtrykket af, at det hører til indholdet på denne side.

5 — Dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, herefter »GS Media-dommen«, EU:C:2016:644).

6 — Selv om begrebet »værker« anvendes i de nugældende tekster om dette område, vil jeg ligeledes uden sondring anvende udtrykket »digitalt indhold«, idet begge udtryk i denne forbindelse henviser til det, der er ophavsretligt beskyttet.

imidlertid at henvende sig til Domstolen, inden der blev afsagt dom i GS Media-sagen, eftersom der med dens ord[7] er visse forskelle på disse sager, navnlig, at der »i den foreliggende sag ikke anbringes hyperlinks på et eget netsted, men at der installeres add-ons med hyperlinks i Jack Frederik Wullems' medieafspiller […]«.

4. Såfremt GS Media-dommen kan overføres til denne sag, således som jeg vil foreslå, er det tilstrækkeligt at henvise til den praksis, der gøres gældende i denne dom, og derefter undersøge, om der også er tale om overføring til almenheden, når der markedsføres en multimedieafspiller, som omfatter en softwarekomponent (med add-ons), hvorved slutbrugeren videresendes til websteder, som offentliggør digitalt indhold uden ophavsrettighedshaverens samtykke.

5. Den forelæggende ret har desuden givet udtryk for tvivl (tredje og fjerde spørgsmål), som ikke i samme grad vedrører det tekniske hjælpemiddel eller reproduktionsanordningen, men snarere beskyttelsen af ophavsretten – og den tilsvarende ulovlighed af den modsatte adfærd – når slutbrugeren modtager en midlertidig reproduktion (streaming)[8] af beskyttet digitalt indhold, som denne får adgang til ved hjælp af hyperlinket, uden tilladelse fra ophavsrettighedshaveren.

I – **Retsforskrifter** Direktiv 2001/29

6. Tilnærmelsen af medlemsstaternes nationale lovgivninger vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder er hovedsageligt blevet gennemført ved hjælp af direktiv 93/98/EØF[9], der senere er blevet ændret, og som blev ophævet ved direktiv 2006/116/EF[10], der kodificerer de tidligere direktiver. En af disse ændringer havde til formål at regulere beskyttelsen af ophavsret og beslægtede rettigheder i det såkaldte informationssamfund ved hjælp af direktiv 2001/29.

7. 23. betragtning har følgende ordlyd:

»Dette direktiv bør medføre en yderligere harmonisering af ophavsmænds ret til overføring til almenheden. Denne ret skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden, herunder udsendelse i radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger.«

8. 27. betragtning har følgende ordlyd:

»Den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, udgør dog ikke i sig selv overføring i henhold til dette direktiv.«

9. 31. betragtning har følgende affattelse:

»Det er nødvendigt at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugere af beskyttede frembringelser. De i medlemsstaterne gældende undtagelser og indskrænkninger til rettighederne må nyvurderes på baggrund af den nye elektroniske udvikling. […]«

7 — Forelæggelseskendelsens punkt 6.14.

8 — Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147), omhandlede modtagelse af digitalt indhold, som regel audio eller video, ved hjælp af streaming (dvs. uden at indholdet gemmes eller kopieres til de forskellige anordningers hukommelser, bortset fra i bufferhukommelsen).

9 — Rådets direktiv af 29.10.1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EFT 1993, L 290, s. 9).

10 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EUT 2006, L 372, s. 12).

10. 33. betragtning lyder:

»Med hensyn til eneretten til reproduktion bør der gælde en undtagelse for så vidt angår visse midlertidige reproduktionshandlinger, som er flygtige eller tilfældige og udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, som udelukkende foretages med henblik på at muliggøre enten en mellemmands effektive transmission i et net mellem tredjemænd eller en lovlig anvendelse af et værk eller af andre frembringelser. De pågældende reproduktionshandlinger bør ikke have nogen selvstændig økonomisk værdi. For så vidt som handlingerne opfylder disse betingelser, bør denne undtagelse også dække browsing samt handlinger, der muliggør lagringer i cache-hukommelsen, herunder sådanne, som bidrager til, at transmissionssystemerne fungerer effektivt, forudsat at mellemmanden ikke ændrer informationen og ikke foretager indgreb i den lovlige anvendelse af teknologi, som er almindelig anerkendt og anvendt af industrien, med det formål at skaffe sig data om anvendelsen af informationen. En brug bør anses for lovlig, når den er godkendt af rettighedshaveren, eller når den ikke er undergivet lovmæssige restriktioner.«

11. Under overskriften »Retten til reproduktion« bestemmer artikel 2:

»Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[…]«

12. Under overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser« bestemmer direktivets artikel 3, stk. 1:

»1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.«

13. I forbindelse med reguleringen af »Undtagelser og indskrænkninger« (bestemmelsens overskrift) til reproduktionsretten, retten til overføring til almenheden og retten til spredning bestemmer artikel 5, stk. 1 og 5, følgende:

»1. Midlertidige reproduktionshandlinger efter artikel 2, som er flygtige eller tilfældige, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som udelukkende har til formål at muliggøre

a) en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd, eller

b) en lovlig brug

af et værk eller en anden frembringelse, og som ikke har selvstændig økonomisk værdi, er undtaget fra den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion.

[…]

5. Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«

II – De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen, samt de præjudicielle spørgsmål

14. Stichting Brein er en stiftelse, der beskæftiger sig med beskyttelse af ophavsret og beslægtede rettigheder. Dens medlemmer omfatter foreninger af producenter og importører af billed- og lydbærere, af filmproducenter, af filmdistributører, af multimediaproducenter og af udgivere.

15. Jack Frederik Wullems udbød via forskellige websteder (heriblandt sit eget, www.filmspeler.nl) forskellige modeller [11] af en multimedieafspiller med navnet »Filmspeler« (filmafspiller) til almenheden. Anordningen fungerer som en forbindelse mellem en billed- eller en lydsignalkilde og en tv-skærm. Forskellene på modellerne er af teknisk karakter, men de har i det væsentlige den samme funktion: når medieafspilleren forbindes til internettet og til brugerens skærm (f.eks. en tv-skærm), kan sidstnævnte streame billede og lyd fra en portal eller et websted.

16. Hardwaren til filmafspilleren kan købes hos forskellige leverandører. På filmafspilleren havde Jack Frederik Wullems installeret open source-softwaren XBMC, som gør det muligt at åbne filer ved hjælp af et user interface, der ved hjælp af menustrukturer er let at bruge, og som kan anvendes af alle og enhver. Han tilføjede ligeledes add-ons, dvs. separate softwarefiler, der fremstilles af tredjemand, og som er frit tilgængelige på internettet, og integrerede dem i XBMC-softwarens bruger-interface.

17. Disse add-ons indeholder hyperlinks, som ved hjælp af et klik linker hen til streamingwebsteder, som forvaltes af tredjemand, hvor film, tv-serier og

(live-)sportskonkurrencer er gjort frit tilgængelige, det være sig med eller uden rettighedshaverens samtykke. Afspilningen af det digitale indhold begynder automatisk, så snart der klikkes på det relevante hyperlink [12].

18. 14 af disse add-ons [13] linkede til film, serier og (live-)sportskonkurrencer, som var gjort tilgængelige *uden* tilladelse fra indehaveren af retten til reproduktion. Andre add-ons henviste omvendt til streamingwebsteder, hvor det digitale indhold var gjort tilgængeligt med rettighedshaverens samtykke [14].

19. Jack Frederik Wullems havde ingen indflydelse på add-ons'ene og hverken bearbejdede eller ændrede dem. Desuden kan brugeren også selv installere dem på sin medieafspiller. Såvel på sin portal (www.filmspeler.nl) som på tredjemands websteder annoncerede Jack Frederik Wullems for sine produkter med følgende anprisninger:

»– Aldrig mere betale for film, serier og sport, se straks uden reklamer og ventetid (ingen abonnementsomkostninger, plug & play!) Netflix er hermed fortid!

– Se gratis film, serier og sport uden at skulle betale? Hvem vil ikke det?!

– Aldrig mere i biografen takket være vores optimerede XBMC-software. Gratis HD-film og -serier, inklusive film, der for nylig har været vist i biograferne, takket være XBMC.«

11 — Under navnene Filmspeler X5 fully loaded, Filmspeler Compleet (Raspberry pi). Minix Neo X7, Filmspeler X90 fully loaded og Turbo Sd/usb configuratie.

12 — På it-området tales der om de såkaldte »dybe links« (deep hyperlinks), som ikke blot er links til startsiden på de websteder, som der linkes til.

13 — Det drejer sig om følgende add-ons: 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 og Go TV.

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

20. Den 22. maj 2014 opfordrede Stichting Brein Jack Frederik Wullems til at ophøre med salget af medieafspilleren. Den 1. juli 2014 indgav Stichting Brein et søgsmål ved den forelæggende ret med påstand om, at retten tilpligtede Jack Frederik Wullems at ophøre med at markedsføre anordningerne og tilbyde hyperlinks, som giver brugerne ulovlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker.

21. Til støtte for sin påstand gjorde sagsøgeren gældende, at Jack Frederik Wullems' salg af medieafspilleren Filmspeler udgjorde en »overføring til almenheden« i strid med artikel 1 og 12 i Auteurswet (den nederlandske lov om ophavsrettigheder) samt artikel 2, 6, 7a og 8 i Wet op de Naburige Rechten (den nederlandske lov om rettigheder beslægtet med ophavsret).

22. Ifølge Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) skal de i hovedsagen påberåbte bestemmelser i national ret fortolkes under hensyn til artikel 3 i direktiv 2001/29, som disse bestemmelser gennemfører i nederlandsk ret. Eftersom parterne i hovedsagen er uenige om, hvorvidt salget af Jack Frederik Wullems' multimedieafspiller er rettet mod at nå »et nyt publikum«, som omhandlet i Domstolens praksis, er den forelæggende ret af den opfattelse, at hverken dommen i sagen Svensson m.fl.[15] eller BestWater International-kendelsen[16] indeholder de elementer, der er nødvendige for at afgøre denne strid. Der hersker efter dens opfattelse en rimelig tvivl om, hvorvidt der er tale om overføring til almenheden, når værket tidligere er blevet offentliggjort, om end uden rettighedshaverens samtykke.

23. For det andet står den forelæggende ret over for det af Jack Frederik Wullems fremsatte anbringende om, at streaming af ophavsretligt beskyttede billed- eller lydværker fra en ulovlig kilde falder ind under undtagelsen i artikel 13a i den nederlandske lov om ophavsrettigheder. Eftersom denne bestemmelse skal fortolkes i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, har den forelæggende ret understreget, at Domstolen endnu ikke har udtalt sig vedrørende betydningen af kravet om »lovlig brug« i direktivets artikel 5.

24. På denne baggrund har Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal […] artikel 3, stk. 1, i [direktiv 2001/29/EF om ophavsret] fortolkes således, at der er tale om »en overføring til almenheden« i denne bestemmelses forstand, når en person sælger et produkt (medieafspiller), hvori denne person har installeret add-ons, der indeholder hyperlinks til websteder, på hvilke ophavsretligt beskyttede værker såsom film, serier og liveudsendelser er gjort direkte tilgængelige uden rettighedshaverens samtykke?

2) Gør det herved nogen forskel

— hvis de ophavsretligt beskyttede værker i det hele endnu ikke tidligere eller udelukkende via et abonnement har været offentliggjort på internettet med rettighedshaverens samtykke?

— hvis de add-ons, som indeholder hyperlinks til websteder, hvor ophavsretligt beskyttede værker er gjort direkte tilgængelige uden rettighedshaverens samtykke, er frit tilgængelige og også af brugerne selv kan installeres i medieafspilleren?

— hvis de [websteder] og således de ophavsretligt beskyttede værker herpå, som – uden rettighedshaverens samtykke – er gjort tilgængelige, også kan afspilles af almenheden uden medieafspilleren?

15 — Dom af 13.2.2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

16 — Kendelse af 21.10.2014 (C-348/13, EU:C:2014:2315).

3) Skal artikel 5 i […]direktivet […] fortolkes således, at der ikke er tale om »lovlig brug« som omhandlet i denne artikels stk. 1, litra b), såfremt en slutbruger ved hjælp af streaming fremstiller en midlertidig reproduktion af et ophavsretligt beskyttet værk fra et netsted tilhørende tredjemand, hvor dette værk tilbydes uden rettighedshaverens eller rettighedshavernes samtykke?

4) Såfremt spørgsmål [3]) besvares benægtende, er det da i strid med »tretrinsprøvelsen« som omhandlet i artikel 5, stk. 5, i […]direktivet […], såfremt en slutbruger ved hjælp af streaming fremstiller en midlertidig reproduktion af et ophavsretligt beskyttet værk fra et netsted tilhørende tredjemand, hvor dette værk tilbydes uden rettighedshaverens eller rettighedshavernes samtykke?«

III – **Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes anbringender**

A – *Retsforhandlingerne*

25. Forelæggelseskendelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 5. oktober 2015.

26. Parterne i hovedsagen samt den spanske, den franske, den italienske og den portugisiske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg inden for den i artikel 23, stk. 2, i statutten for den Europæiske Unions Domstol fastsatte frist.

27. På retsmødet den 29. september 2016 gav repræsentanterne for Stichting Brein, Jack Frederik Wullems, den spanske regering og Europa-Kommissionen fremmøde.

B – *Parternes påstande*

1. Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

28. Ligesom den spanske, den franske, den italienske og den portugisiske regering har Stichting Brein anført, at det første spørgsmål bør besvares bekræftende, og er desuden af den opfattelse, at de vurderingselementer, der er nævnt i det andet spørgsmåls tre led, ikke er relevante. De er af den opfattelse, at de to betingelser, der kræves kumulativt opfyldt i henhold til Domstolens praksis, dvs. at der skal være tale om en »overføring« og en »almenhed«, er opfyldt [17].

29. Eftersom denne praksis har bekræftet behovet for, at begrebet »overføring« fortolkes i bred forstand [18], er Stichting Brein og de nævnte regeringer af den opfattelse, at anordningen Filmspeler medfører en »tilrådighedsstillelse« for almenheden og dermed en »overføring« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Domstolen har allerede udtalt, at den omstændighed, at der på en internetside leveres klikbare links til beskyttede værker, som er udgivet uden adgangsrestriktioner på en anden internetside, giver den første internetsides brugere en direkte adgang til disse værker [19], uanset om disse brugere faktisk benytter denne mulighed eller ej [20].

30. Ifølge Stichting Brein er det ikke relevant, at det ikke er Jack Frederik Wullems, men derimod den operatør, som udbyder de enkelte softwarefiler, der har stillet hyperlinkene til rådighed for almenheden. Den franske regering har gjort opmærksom på to aspekter: a) Det publikum, som de beskyttede værker oprindeligt blev overført til, bestod udelukkende af abonnenter på tv-kanaler, der

17 — Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 21 og 31).

18 — Dom af 7.12.2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 36), og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 186).

19 — Dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 18).

20 — Ibidem, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis.

havde tilladelse til at sende de relevante programmer, og b) det websted, hvorpå de i hovedsagen omstridte værker befandt sig, var beskyttet af forskellige adgangsrestriktioner, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen. I denne forbindelse har den spanske regering understreget, at det er nødvendigt at tage potentielle, nuværende og fremtidige brugere i betragtning [21].

31. For så vidt angår det »nye« publikum (dvs. et publikum, som de beskyttede værkers ophavsmænd ikke havde taget i betragtning, da de godkendte deres anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum [22]) har Stichting Brein understreget betydningen af tilladelsen fra ophavsrettighedshaverne til den oprindelige overføring ved hjælp af hyperlink. Den portugisiske regering har tilføjet, at for så vidt som handlingen udgør en tilrådighedsstillelse af beskyttede værker ved hjælp af en specifik teknisk procedure, der er forskellig fra den oprindelige procedure, er det i henhold til retspraksis ikke nødvendigt at behandle kravet om et »nyt publikum«, eftersom hver af disse transmissioner skal tillades individuelt og særskilt af de pågældende ophavsmænd [23].

32. Jack Frederik Wullems og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at der i dette tilfælde ikke er tale om en »overføring«. Jack Frederik Wullems har koncentreret sit forsvar om den omstændighed, at add-ons'ene med hyperlinkene ikke befinder sig i anordningen, når den sælges til slutbrugeren. Han har desuden tilføjet, at et hyperlink i sig selv ikke kan udgøre en overføring til almenheden.

33. Ifølge Kommissionen er den af Jack Frederik Wullems solgte Filmspeler omfattet af begrebet »fysisk facilitet« (som omhandlet i 27. betragtning til direktiv 2001/29), for så vidt som den muliggør, men ikke i sig selv udgør, en overføring. Hvis en installation af et program på en fysisk facilitet medfører, at den mister denne egenskab, har 27. betragtning til direktiv 2001/29 ingen effektiv virkning, idet den blot vil gøre sig gældende i yderst få tilfælde. Såfremt det modsatte synspunkt antages, berøves bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2001/29 al betydning.

34. Kommissionen frygter kort sagt, at en uforholdsmæssig lempelig fortolkning af begrebet »overføring til almenheden« ændrer og er til fare for den rimelige balance mellem alle de berørte parters rettigheder og interesser, som den anser for at være et generelt formål med direktiv 2001/29.

2. Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål

35. Stichting Brein samt den spanske og den franske regering har afvist, at undtagelsen i artikel 5 i direktiv 2001/29 finder anvendelse på reproduktion i form af streaming af et ophavsretligt beskyttet værk fra en tredjemands websted, hvor det udbydes. De er af den opfattelse, at denne artikels stk. 1 udelukkende vedrører midlertidige reproduktioner, som er flygtige eller tilfældige, hvilke er egenskaber, som ikke gør sig gældende for den af Filmspeler skabte reproduktion, eftersom den ikke udgør »en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som udelukkende har til formål at muliggøre […] en lovlig brug af et værk eller en anden frembringelse«, således som det er påkrævet i henhold til nævnte artikel 5, stk. 1, navnlig bestemmelsens litra b).

21 — Dom af 7.12.2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 37-39).

22 — Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 37), og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 197).

23 — Under henvisning til dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 22-26 og 39).

36. Som svar på det fjerde præjudicielle spørgsmål har Stichting Brein og den spanske regering [24] desuden gjort opmærksom på, at Domstolens ræsonnement i forbindelse med fortolkningen af den såkaldte »undtagelsesregel om privatkopiering« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 [25] kan overføres til tilladelsen til streaming fra en ulovlig kilde. Eftersom denne form for reproduktion fra ulovlige kilder ikke har tilladelse fra rettighedshaverne, er den tydeligvis i strid med de tre kumulative trin, der er fastlagt i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 og i Bernerkonventionen [26].

37. I denne forbindelse har de understreget, at en eventuel omfattende brug af streaming fra ulovlige kilder udelukker, at der kun er tale om »visse specielle tilfælde«, og desuden truer »den normale udnyttelse« af de beskyttede værker, hvilket er til skade for de legitime interesser hos indehaverne af ophavsret og beslægtede rettigheder.

38. Jack Frederik Wullems har blot mindet om, at streaming er en midlertidig, flygtig eller tilfældig handling, og at den udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces. Den portugisiske regering og Kommissionen, som blot har gjort det gældende subsidiært [27], har taget udgangspunkt i samme præmis og har tilføjet, at den blotte modtagelse af transmissioner (af beskyttede værker) ved hjælp af den omstridte metode ikke udgør en ulovlig brug som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 1. De har anført, at de finder støtte herfor i retspraksis [28], hvorefter kopier i cachen og på skærmen kumulativt opfyldte de to betingelser i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29 samt betingelserne i nævnte artikels stk. 5.

39. Den portugisiske regering har anført, at de midlertidige reproduktionshandlinger ved hjælp af streaming ikke genererer yderligere økonomiske fordele ud over den, der opstår ved modtagelsen af værkerne. Den har endelig gjort gældende, at når reproduktionshandlingerne opfylder betingelserne i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, opfylder de ligeledes betingelserne for anvendelse i samme artikels stk. 5, hvilket den har udledt af Domstolens praksis [29].

IV – **Behandling af de præjudicielle spørgsmål**

A – *Det første og det andet præjudicielle spørgsmål*

40. Eftersom der er en tæt forbindelse mellem de to første præjudicielle spørgsmål, er jeg af den opfattelse, at de bør behandles samlet. Svaret på begge spørgsmål påvirkes i høj grad af visse forudsætninger, som begrænser tvistens genstand som følger: a) Jack Frederik Wullems sælger (med gevinst for øje) en multimedieafspiller, hvori der er installeret hyperlinks, der henviser til websteder, der tilbyder fri og gratis adgang til ophavsretligt beskyttet digitalt indhold [30], b) indehaverne af disse rettigheder eller værker har ikke givet tilladelse til overføring af værkerne til almenheden, eller også

24 — Den franske regering har ikke fremsat anbringender til det fjerde præjudicielle spørgsmål, som er subsidiært i forhold til det tredje præjudicielle spørgsmål, på grund af dens foreslåede løsning til sidstnævnte.

25 — Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 37 og 39).

26 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Paris-akten af 24.7.1971), som ændret den 28.9.1979.

27 — Kommissionen nærer tvivl for så vidt angår behovet for at besvare det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål, eftersom a) de ikke vedrører salget af *filmspeler*, men derimod *streaming*-teknologien, og b) de ikke vedrører adfærden hos sælgeren af multimedieafspilleren, men derimod hos slutbrugeren.

28 — Dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

29 — Kendelse af 17.1.2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, præmis 57), og dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 181).

30 — Der tilbydes samme fri og gratis adgang til andet indhold, hvis offentliggørelse heller ikke er tilladt af dem, der oprindeligt transmitterer det, men som ikke er beskyttet af ophavsretten i snæver forstand. Dette er f.eks. tilfældet med direkte transmissioner af visse sportsbegivenheder, som ikke har karakter af originalværker som omhandlet i direktiv 2001/29 (selv om reproduktionsrettigheder, som er tildelt ved hjælp af eksklusivlicenser til bestemte tv-selskaber, kan støtte sig på beskyttelse efter andre bestemmelser). Domstolen har udtalt sig desangående i dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 98), hvor den konstaterede, at »[s]ortsbegivenheder […] imidlertid ikke [kan] anses for intellektuelle frembringelser, der kan kvalificeres som værker i ophavsretsdirektivets forstand«.

har de udelukkende givet tilladelse for så vidt angår bestemte sider, som kun er tilgængelige ved hjælp af et abonnement, c) brugerne kan selv erhverve add-ons, som installerer hyperlinks til websteder, hvor der uden ophavsrettighedshavernes samtykke er fri adgang til de beskyttede værker, og d) disse websteder er tilgængelige på internettet, uden at det er nødvendigt at anvende en medieafspiller, som den af Jack Frederik Wullems solgte.

41. Selv om jeg er fristet til at gøre rede for udviklingen i retspraksis, som er blevet formet af en omfattende række af domme vedrørende fortolkningen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, er det efter min opfattelse ikke hensigtsmæssigt at repetere hverken analysen af udtrykket »overføring til almenheden« eller af de enkelte elementer heri, dvs. »overføring« af et værk og det »publikum«, som den er rettet mod. Jeg foretrækker at henvise til Domstolens præciseringer i GS Media-dommen samt baggrunden herfor [31]. Selv om retsinstanserne ikke skal anvende princippet om stare decisis kategorisk, skal de af hensyn til sikkerheden i forbindelse med anvendelsen af retten udvise forsigtighed og holde sig til det, som de efter moden overvejelse selv har besluttet i forbindelse med en forelagt retlig problemstilling. Således bør det efter min opfattelse være tilfældet med den praksis, der er fastlagt (eller stadfæstet) i GS Media-dommen vedrørende forholdet mellem hyperlinks og overføring til almenheden inden for rammerne af direktiv 2001/29.

42. På denne baggrund vil jeg lægge følgende præmisser, som Domstolen allerede har konstateret, til grund for mine bemærkninger: a) den omstændighed, at der leveres klikbare links til beskyttede værker, betragtes som »tilrådighedsstillelse« og er derfor en »overføring til almenheden« [32], b) denne bestemmelse omfatter enhver overføring af de beskyttede værker, uafhængigt af, hvilket middel eller hvilken teknisk proces der anvendes [33], og c) der foreligger en afkræftelig formodning om, at anbringelsen af et hyperlink, som henviser til et værk, der er offentliggjort ulovligt (dvs. uden rettighedshaverens samtykke) på internettet, udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, når dette sker med gevinst for øje.

43. I denne forbindelse vil jeg minde om, at overføring til almenheden af et beskyttet værk efter Domstolens opfattelse enten kræver, at overføringen sker ved hjælp af en specifik teknik, som er forskellig fra den hidtil anvendte teknik, eller, såfremt dette ikke gør sig gældende, at værket overføres til et »nyt publikum«, som anses for at være et publikum, som indehaverne af rettighederne til de beskyttede værker ikke havde i betragtning, da de oprindelig gav samtykke til en (begrænset) offentliggørelse heraf [34].

31 — GS Media-dommen, især præmis 32 og den deri nævnte retspraksis. Efter dommen begynder der som vanligt at dukke kommentarer – nogle kritiske, andre
rosende – op i fagmedierne. Blandt de kommentarer, der ligger tidsmæssigt tættest på domsdatoen, se bl.a. indlægget på *European Law Blog*, af 20.9.2016: *Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C160/15, Gs Media v Sanoma)*, eller debatten på plenarforsamlingen den 20.9.2016 under den 47. verdenskongres i *International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI)*, vedrørende *The CJEU case law on hyperlinking* samt den tidligere rapport fra arbejdsgruppen, der beskæftigede sig med emnet *Linking and making available on the Internet*.

32 — Dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 20). I denne dom blev det endelig afvist, at der var tale om en overføring til et »nyt« publikum, eftersom modtagerne af den oprindelige overføring var internetbrugere generelt, og hyperlinkene henviste til beskyttede værker, der var udgivet uden adgangsrestriktioner på en anden internetside (præmis 18, 25 og 26).

33 — Dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 38).

34 — Præmis 31 i dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), har følgende ordlyd: »I det tilfælde, hvor et klikbart link derimod giver brugere af den internetside, hvorpå linket befinder sig, mulighed for at omgå restriktive foranstaltninger, der er etableret af den internetside, hvor det beskyttede værk befinder sig, for derved at begrænse den offentlige adgang til værket til abonnenter, og linket således udgør en indgriben, uden hvilken disse brugere ikke får adgang til de offentliggjorte værker, må alle disse brugere betragtes som et nyt publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden ikke havde taget i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring, og hermed er indehavernes tilladelse til en sådan overføring til almenheden påkrævet.« Samme opfattelse gøres gældende i kendelse af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 14). Det er afgørende, at de personer, der udgør almenheden, har adgang til det digitale indhold, og ikke, at disse personer faktisk gør brug af denne mulighed, hvilket følger af dom af 7.12.2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 43).

44. Hvis sagens faktiske omstændigheder undersøges på baggrund af de præmisser, som jeg netop har oplistet, er det ikke vanskeligt at konkludere, at praksis i GS Media-dommen vedrørende forholdet mellem hyperlinks og begrebet overføring til almenheden finder anvendelse herpå, hvilket i høj grad er afgørende for svaret på de to første præjudicielle spørgsmål.

45. Således som jeg har nævnt, installerede Jack Frederik Wullems add-ons i XBMC-softwarens bruger-interface med hyperlinks til websteder, som tilbyder fri adgang til ophavsretligt beskyttede værker. Ud over at levere linket var eller burde Jack Frederik Wullems være vidende om, at 14 af disse add-ons indeholdt links til digitalt indhold, som var blevet gjort tilgængeligt på internettet uden ophavsrettighedshaverens samtykke eller med tilladelser, der er betinget af, at kun visse personer kan få adgang til dette indhold ved hjælp af abonnementer eller andre former for »pay-per-view«. Det er indlysende, at Jack Frederik Wullems handlede med gevinst for øje, for så vidt som han solgte sin multimedieafspiller.

46. Striden drejer sig således om, hvilken relevans der skal tillægges en yderligere faktor, som ikke indgik i GS Media-sagen, og som Jack Frederik Wullems og Kommissionen har henvist til i deres anbringender, idet de har fremhævet, at sagen vedrører salg af en multimedieafspiller og ikke levering af hyperlinks. De er begge af den opfattelse, at dette salg og anbringelsen af hyperlinks på et websted er forhold, der ikke kan sidestilles, og begrebet »overføring til almenheden« kan, selv om det fortolkes i bred forstand, ikke udvides uendeligt, således at det også omfatter salg af en multimedieafspiller [35].

47. Under retsmødet understregede Jack Frederik Wullems og Kommissionen, at førstnævntes indgriben var af »ikke-væsentlig« karakter, idet han blot »muliggjorde«, at almenheden fik adgang til indhold, som kan downloades fra andre websteder. Filmspeler er således ikke »væsentlig« for den proces, der fører fra det websted, som ulovligt stiller det beskyttede indhold til rådighed, og hen til slutbrugeren. I denne forbindelse giver salget af Jack Frederik Wullems' anordning ikke direkte, men derimod indirekte adgang til det nævnte indhold, således at koblingen eller bindeleddet mellem anordningen og tilrådighedsstillelsen af beskyttede værker for almenheden er begrænset og en del af en mere omfattende transmissionskæde.

48. Jack Frederik Wullems' og Kommissionens påstand forekommer umiddelbart tiltalende. Eftersom salget er en aftale om levering af en multimedieafspiller mod en købspris, forekommer det at være »neutralt«, dvs. at det ikke har nogen direkte forbindelse til overføringen af beskyttede værker. Kommissionen har desuden anført, at der bør være visse grænser for udvidelsen af betydningen af begrebet »overføring til almenheden« [36].

49. Denne påstand er i praksis og efter min opfattelse imidlertid for snæver. Salget af Filmspeler er mere vidtrækkende end blot salg af en teknisk anordning, som ifølge Kommissionen kan henhøre under begrebet »fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring«, hvis »tilrådighedsstillelse […] dog ikke i sig selv [udgør] overføring i henhold til dette direktiv« [37].

35 — Kommissionen har gjort opmærksom på den omstændighed, at den foreliggende sag netop omhandler »salg« af multimedieafspilleren Filmspeler, som efter dens opfattelse er omfattet af begrebet »fysisk facilitet« som omhandlet i 27. betragtning til direktiv 2001/29. Kommissionen har anført, at Filmspeler muliggør overføring, men ikke kan sidestilles hermed.

36 — Efter at Kommissionen under retsmødet erkendte, at den ikke var tilfreds med dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), og GS Media-dommen, gjorde den opmærksom på den retlige usikkerhed, som denne retning i retspraksis kan medføre. På den anden side har flere aktører kritiseret Domstolen for, at den med sine domme på dette område skaber lovgivning frem for at fortolke den gældende. Jeg kan ikke tilslutte mig sidstnævnte kritik, eftersom Domstolen blot understreger virkningen – som der indtil da ikke var blevet gjort tilstrækkeligt opmærksom på – af et retligt begreb (»overføring til almenheden«), der har upræcise rammer, og tilpasser dets anvendelse til teknologier, der udvikler sig meget hurtigt, og som til enhver tid anvendes til at stille ophavsretligt beskyttede værker til rådighed for almenheden.

37 — 27. betragtning til direktiv 2001/29.

50. Med den nævnte anordning tilbyder Jack Frederik Wullems en uadskillelig hardware og software, som er nødvendige for og direkte sigter mod [38], at køberne får adgang til ophavsretligt beskyttede værker på internettet uden samtykke fra indehaverne af disse. Leveringen af denne direkte adgang til et ubestemt publikum er en del af merværdien af Jack Frederik Wullems' ydelse, som han modtager købsprisen for – eller i det mindste en væsentlig del af denne – til gengæld for medieafspilleren.

51. Jeg mener ikke, at der er væsentlige forskelle mellem anbringelsen af hyperlinks, der henviser til beskyttede værker, på websteder [39], og, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, anbringelse heraf i en multimedieanordning, der netop er beregnet til at blive anvendt på internettet (navnlig med henblik på, at brugerne ved hjælp af denne anordning uden problemer kan få direkte og umiddelbar adgang til digitalt indhold, hvilket rettighedshaverne hertil ikke har givet samtykke til). Tilvejebringelsen af links til dette beskyttede indhold og tilrådighedsstillelse for almenheden er et fælles træk for begge handlinger, hvis umiddelbart flygtige eller accessoriske karakter ikke kan maskere det faktum, at de er aktiviteter, der har til formål at sikre, at enhver, der blot klikker på hyperlinket, kan få adgang til de beskyttede værker [40].

52. Uanset, hvordan de teknisk set anbringes, tjener hyperlinkene til at give tredjemand adgang til digitalt indhold, der allerede er »uploadet« – på ulovlig vis i dette tilfælde – til internettet. Det afgørende ved den overføring til almenheden, der finder sted herved, er, at den udvider dækningsområdet for potentielle brugere, som tilvejebringes en funktion – og her gentager jeg – hvor der på forhånd er blevet udvalgt websteder, der muliggør visning af digitalt indhold uden betaling herfor.

53. Der kan således henvises til den afgørende rolle i henhold til retspraksis [41], som Jack Frederik Wullems spiller i forbindelse med overføringen af beskyttede værker til almenheden. Han foretager denne indgriben forsætligt og med fuldt kendskab til de konsekvenser, den medfører. Dette følger især af de eksempler på markedsføring, som Jack Frederik Wullems anvendte til at annoncere for sit produkt [42].

54. Alt i alt kan Filmspeler ikke anses for at være blot en »fysisk facilitet« i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i 27. betragtning til direktiv 2001/29, men derimod en form for overføring til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker, som tidligere er blevet »uploadet« ulovligt til internettet. Jack Frederik Wullems' adfærd i forbindelse med anbringelsen af hyperlinks til disse værker i sine anordninger, åbenlyst med gevinst for øje og velvidende, at dette er ulovligt, hjælper køberne af Filmspeler til at undgå modydelsen for lovlig adgang til værkerne, dvs. betaling af det skyldige vederlag til rettighedshaverne, som normalt finder sted i form af abonnementer eller andre former for »pay-per-view«.

55. Eftersom det er fastslået, at Filmspeler foretager en overføring til almenheden, som er omfattet af direktivets artikel 3, stk. 1 [43], skal det afgøres, hvorvidt dette publikum kan anses for at være »nyt«, således som det hidtil er blevet fortolket.

38 — Modtagelsen af beskyttede billed- og lydværker er mulig takket været den installation af add-ons med hyperlinks til websteder, som Jack Frederik Wullems har foretaget i XBMC-softwaren. Takket være de installerede menuer i bruger-interfacen i XBMC-softwaren med add-ons, der henviser til websteder, bliver den tv-seer, der anvender Filmspeler, til en internetbruger, der har adgang til disse steder.

39 — Således som det var tilfældet med de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), GS Media-dommen samt kendelse af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Selv om Jack Frederik Wullems' adfærd ikke er fuldt ud identisk med den i sag C-306/05 (EU:C:2006:764), som blev afgjort ved dom af 7.12.2006, SGAE, omhandlede, minder den på den anden side om den. Et signal, som et hotel transmitterede ved hjælp af fjernsynsapparater på dets værelser, udgjorde ifølge Domstolen en overføring til almenheden som omhandlet i direktiv 2001/29.

41 — GS Media-dommen, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

42 — Jf. punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

43 — GS Media-dommen, præmis 51.

56. Ifølge Domstolens praksis gør kravet om et »nyt publikum« sig kun gældende, såfremt overføringen af det beskyttede værk *ikke* sker *ved hjælp af en specifik teknik, som er forskellig fra den hidtil anvendte teknik*[44]. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at foretage denne bedømmelse af fakta, forekommer den af Jack Frederik Wullems anvendte teknik ikke at udvise nogen innovative træk, men nærmere at være en samling af eksisterende teknikker. For at forenkle debatten kunne det således accepteres, at der i denne sag ikke er tale om en »specifik og forskellig teknik« som omhandlet i retspraksis, og dermed skal det undersøges, hvorvidt de potentielle købere af Filmspeler kan anses for at være et »nyt publikum«.

57. Det fremgår af sagens akter, således som den franske regering korrekt har understreget, at rettighedshaverne enten ikke har givet tilladelse til, at de beskyttede værker spredes på internettet, eller også har de udelukkende givet tilladelse hertil til websteder med abonnenter, dvs. med begrænset adgang. Dermed udvider den af Jack Frederik Wullems solgte multimedieafspiller gruppen af modtagere i forhold til de af rettighedshaverne bestemte modtagere, for så vidt som de både linker til websteder, der uden samtykke offentliggør dette digitale indhold, og websteder, der råder over beskyttede værker og kun tilbyder dem til bestemte brugere, som skal betale for adgangen hertil.

58. Uanset muligheden for at finde add-ons på markedet og de samme hyperlinks gratis på internettet medfører Filmspeler endvidere en ubestridelig fordel for et ikke ubetydeligt segment af dette publikum: det segment, der som internetbrugere ikke har megen erfaring med at finde ulovlige sider, hvor man kan se film og tv-serier og andet digitalt indhold. Det er muligt, at dette segment af publikummet foretrækker den brugervenlige menu, som Filmspeler tilbyder på sin skærm, frem for den til tider omstændelige søgning efter websteder, der udbyder dette indhold.

59. Under alle omstændigheder er Jack Frederik Wullems' spredning af beskyttede værker rettet mod et publikum, som indehaverne af rettighederne hertil ikke havde i betragtning, eftersom de ikke gav samtykke til deres visning eller udelukkende gav samtykke til dette for betalingstjenester, og dermed er betingelsen om et »nyt publikum« opfyldt[45].

60. Derfor foreslår jeg, at de to første af de af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) forelagte spørgsmål besvares således, at salget af en (multi-)medieafspiller, hvori sælgeren har installeret hyperlinks, som giver direkte adgang til beskyttede værker, som f.eks. film, serier og direkte programmer, som er tilgængelige på andre websteder uden samtykke fra ophavsrettighedshaveren, udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

B – *Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål*

61. Den forelæggende ret har med disse to spørgsmål rejst en tvivl, der som nævnt ikke vedrører multimedieafspilleren, men derimod spørgsmålet om, hvorvidt adfærden hos slutbrugeren, som ved hjælp af nævnte anordning fremstiller »en midlertidig reproduktion af et ophavsretligt beskyttet værk fra et netsted tilhørende tredjemand, hvor dette værk tilbydes uden rettighedshaverens eller rettighedshavernes samtykke«, er i overensstemmelse med direktiv 2001/29. Den ønsker navnlig at få opklaret, om denne type adfærd kan være understøttet af nævnte direktivs artikel 5, stk. 1 og 5.

44 — Kendelse af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

45 — Det skal imidlertid påpeges, at det kun er den spredning, som Filmspeler foretager til slutbrugeren ved hjælp af de hyperlinks, der er samlet i de 14 add-ons, som specifikt henviser til websteder, hvor der kan streames beskyttede værker uden samtykke fra ophavsrettighedshaverne, der udgør »overføring til almenheden« som fortolket af Domstolen. For så vidt angår linkene til film, serier og sportskonkurrencer, som er tilladt af de pågældende rettighedshavere og ikke er underlagt nogen restriktioner, er adgangen hertil fri, og dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 25 og 26), finder anvendelse.

62. I deres nuværende affattelse har de to spørgsmål givet anledning til indsigelser mod en realitetsbehandling, eftersom de forekommer at overskride grænserne for den sag, som omhandler Stichting Brein og Jack Frederik Wullems. Efter den forelæggende rets forklaringer bør disse indsigelser imidlertid forkastes, idet en af Stichting Breins påstande i hovedsagen var pådømmelse af Jack Frederik Wullems som ophavsmand til vildledende reklame og urimelig handelspraksis, idet han i sine annoncer – som reklame for at øge sit salg – gav udtryk for, at det er lovligt blot at streame værker fra ulovlige kilder (i modsætning til download af disse værker). På denne baggrund har den forelæggende ret, som skal tage stilling til denne konkrete påstand, behov for Domstolens svar for at kunne fortolke artikel 5 i direktiv 2001/29.

63. Følgende overvejelser skal ses i lyset af de faktiske omstændigheder i hovedsagen i forbindelse med den påstand, som jeg netop har opsummeret, og i lyset af anvendelsen af artikel 5 i direktiv 2001/29.

1. Undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29

64. I rækken af undtagelser fra retten til reproduktion omfatter artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29 »[m]idlertidige reproduktionshandlinger […], som er flygtige eller tilfældige, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som udelukkende har til formål at muliggøre […] en lovlig brug af et værk eller en anden frembringelse […]«. Undtagelsen gør sig også gældende for slutbrugeren og ikke blot for udbyderne af internettjenester eller mellemmænd, således som 33. betragtning til direktiv 2001/29 kunne give indtryk af[46].

65. For så vidt angår denne sag er det efter min opfattelse ikke nødvendigt at afgøre, hvorvidt streaming af et værk ved hjælp af Filmspelers hyperlinks er kendetegnet ved træk som »flygtighed« eller »tilfældighed«, som førnævnte retsakt henviser til[47]. En afgørelse på denne strid på den ene eller anden måde ville kræve forudgående vurderinger af særlig teknisk karakter (vedrørende lagring af data i bufferhukommelsen og frembringelse af kopier i cache-hukommelsen eller på skærmen[48]). Det forekommer mig unødvendigt at fortabe mig i en sådan undersøgelse[49], når en af de andre vigtige betingelser for undtagelsen efter min opfattelse ikke er opfyldt: muliggørelse af »en lovlig brug« af det beskyttede værk.

66. Der kan i praksis ikke være tale om »en lovlig brug« af beskyttede værker, når slutbrugeren får adgang til dem på de i hovedsagen omhandlede betingelser, dvs. som vedrører digitalt indhold, som de pågældende rettighedshavere enten har afvist at sprede eller har begrænset spredningen af. De har ikke givet samtykke til fri overføring til almenheden på de websteder, som de i Filmspeler indeholdte hyperlinks henviser til.

67. Det drejer sig dermed ikke om at afsige en generel dom over streaming, men derimod – henset til førnævnte bestemmelse – over adfærden hos brugeren, som under de i nærværende sag omhandlede omstændigheder ved hjælp af den nævnte teknik reproducerer beskyttede film og serier på sin skærm.

46 — Dette følger indirekte af dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

47 — Det er i denne forbindelse væsentligt, at der i henholdsvis den engelske og den tyske version forekommer ordene »transient« og »flüchtig«, som afspejler et flygtigt eller kortvarigt tidsrum. Den nederlandske version anvender begrebet »voorbijgaande« og den spanske »transitorio«, som snarere vedrører en handlings forbigående karakter.

48 — Ifølge dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, præmis 26 og 27), opfylder kopier i cachen og kopier på skærmen betingelserne i artikel 5, stk. 1 og 5, i direktiv 2001/29.

49 — Ved denne reproduktionsmetode, hvor kopiering af filer erstattes med lagring af det streamede indhold i brugerens bufferhukommelse, »forbruger« sidstnævnte produktet, samtidig med at det vises, og undgår dermed problemer i form af langsomme hastigheder ved download af kopier af filer. Selv om denne reproduktion ikke lagres i en bestemt elektronisk form og kun kommer til syne på skærmen, kan det gøres gældende, at den (ved f.eks. film eller tv-serier) er af en varighed, der er for lang til, at den kan anses for at være flygtig. Hvis det i teorien accepteres, at streaming har en flygtig karakter, vil det i denne forbindelse være tvivlsomt, om den »udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces«, som er endnu et ufravigeligt krav for, at den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29 fastlagte undtagelse kan gøre sig gældende.

68. Udviklingen i telekommunikationstjenester (herunder udbredelsen af optiske fibernet, der sikrer meget hurtige forbindelser) har medført, at ulovlige downloads i elektronisk form – som der indtil for få år siden var et stort fokus på – gradvist er blevet fortrængt, eller endda erstattet, af reproduktion af digitalt indhold ved streaming, som nu er en af de mest anvendte metoder. Streaming fra betalingsplatforme medfører ikke større vanskeligheder ud fra et ophavsretligt perspektiv, hvilket heller ikke er tilfældet, når brugeren ser eller lytter til digitalt indhold, hvortil der er ubegrænset adgang, på websteder, som tilbyder dette indhold gratis og lovligt.

69. Situationen er imidlertid en anden, når der er tale om websteder, som stiller piratkopier [50] af dette indhold til rådighed for brugerne. Domstolens svar i GS Media-dommen vedrører personer, som uden tilladelse fra rettighedshaveren anbringer et hyperlink på internettet, som henviser til beskyttet indhold. Adfærden hos en person, der handler således, bør på den ene side vurderes under hensyn til gevinsten for øje (såfremt denne er til stede, foreligger der en afkræftelig formodning om, at denne person er bevidst om, at værket befinder sig ulovligt på internettet) og på den anden side til, om denne person ikke ved – og ikke med rimelighed kan vide – at dette værk er blevet offentliggjort på internettet uden tilladelse [51].

70. Hvis det springende punkt for den person, der anbringer hyperlinket uden gevinst for øje, er kendskabet – i det mindste den rimelige mulighed for kendskab – til, at det beskyttede værk befinder sig ulovligt på internettet, ville det efter min opfattelse være vanskeligt ikke at udvide dette kriterium til den person, der udelukkende gør brug af nævnte hyperlink, ligeledes uden gevinst for øje [52].

71. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at det subjektive kriterium er mere passende end en vurdering af den objektive retsstridighed eller eventuelt adfærdens strafbarhed, når det kommer til at udelukke en persons ansvar. For at sikre en korrekt fortolkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal det i overensstemmelse med 33. betragtning til direktivet bemærkes, at lovligheden objektivt set navnlig afhænger af tilladelsen fra rettighedshaveren eller licenstageren [53]. Den omstændighed, at slutbrugeren er undskyldeligt uvidende eller med rimelighed ikke har kendskab til, at en sådan tilladelse ikke foreligger, kan uden tvivl fritage denne fra ansvar [54], men dette fjerner ikke – ud fra et udelukkende objektivt synspunkt, understreger jeg – den ulovlige karakter af »brugen«, som der henvises til i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29.

72. Idet det fremgår af sagens akter, at de beskyttede værker, som de i Jack Frederik Wullems' Filmspeler anbragte hyperlinks henviser til, ikke havde tilladelse fra ophavsrettighedshaverne, herunder retten til reproduktion i artikel 2 i direktiv 2001/29, er en slutbrugers streaming ved hjælp af nævnte anordning ikke i overensstemmelse med en »lovlig brug« som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), i nævnte direktiv.

50 — Udtrykkene »piratkopiering« og »pirat« er i denne sammenhæng ikke blot ledende, men er ved at blive almindeligt forekommende i den ophavsretlige terminologi. Domstolen har henvist til »piratkopier«, som forringer den normale udnyttelse af de ophavsretligt beskyttede værker som omhandlet i direktiv 2001/29, i sin dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 39).

51 — Denne holdning begrundes med, at det er vanskeligt at efterprøve, om det websted, som hyperlinkene henviser til, giver adgang til værker, der er beskyttede, og om indehaverne af ophavsretten har givet tilladelse til, at de offentliggøres på internettet. Dette følger af præmis 46, 47 og 48 i GS Media-dommen.

52 — Efterhånden som internetbrugere bliver mere bevidste om nødvendigheden af at respektere indholdsskabernes rettigheder, og der samtidig sker en stigning i udbuddet af platforme, som lovligt stiller indholdet til rådighed, vil det blive mere vanskeligt at støtte reproduktionen af piratkopier ved hjælp af hyperlinks uden kendskab til den manglende tilladelse fra ophavsrettighedshaverne.

53 — Begrundelsen til fælles holdning (EF) nr. 48/2000 fastlagt af Rådet den 28.9.2000 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/.../EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 2000, C 344, s. 1) lyder som følger: »[…] I [33.] betragtning […] har Rådet tilføjet en *definition* af ordene »lovlig brug« […]« Min fremhævelse.

54 — Der er tale om »handlinger, der udføres af slutforbrugerne, når de handler i god tro« som omhandlet i 14. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

2. Anvendelsen af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29

73. Ud fra et rent dialektisk synspunkt kunne anvendelsen af Jack Frederik Wullems' Filmspeler falde ind under undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, selv om den ville skulle bestå *testen* i samme artikels stk. 5, som den forelæggende rets fjerde præjudicielle spørgsmål vedrører. Det skal således undersøges, om betingelserne i nævnte direktivs artikel 5, stk. 5, er opfyldt i dette tilfælde [55].

74. Denne bestemmelse fastlægger, at den i (bl.a.) stk. 1 fastsatte undtagelse vedrørende midlertidige reproduktioner kun finder anvendelse »i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser«.

75. Efter min opfattelse er ingen af de tre betingelser opfyldt i denne sag. For det første giver den anordning, som Jack Frederik Wullems sælger, anledning til utallige downloads af film, serier, sportsbegivenheder og andre former for udsendelser uden samtykke fra indehaverne af retten til reproduktion. Således som Stichting Brein og den spanske regering har anført, kan det derfor ikke gøres gældende, at der er tale om »specielle tilfælde«, hvilket den omhandlede bestemmelse kræver.

76. For det andet er det ud fra et teknisk synspunkt ikke muligt at sammenligne adfærden hos en person, der benytter internettet og besøger websteder, med adfærden hos en person, der reproducerer beskyttede film og serier ved hjælp af streaming. Ved førstnævnte adfærd kan den midlertidige kopi, som skabes under den tekniske proces, medføre en normal udnyttelse af værkerne, som gør det muligt for internetbrugere at benytte sig af den overføring til almenheden, som udgiveren af den pågældende internetside har foretaget [56]. Omvendt, og for så vidt angår den internetbruger, der streamer beskyttede værker på sin skærm, er der ikke tale om en »normal udnyttelse« af værket, som følger af den teknologi, der er nødvendig for at benytte internettet, men derimod en handling af »unormal« karakter i retlig forstand, som skyldes brugerens forsætlige mål om at benytte sig af det digitale indhold uden at betale nogen form for økonomisk modydelse takket være Filmspeler.

77. Under disse omstændigheder ville det være i strid med direktiv 2001/29 at acceptere vilkårlige eller generelle reproduktioner fra ulovlige kilder, eller som foretages under omgåelse af adgangsbegrænsningerne. En blåstempling af disse reproduktioner ville både fremme spredningen af digitalt piratindhold og samtidig undergrave beskyttelsen af ophavsretten i alvorlig grad og fremme ulovlige former for handel til skade for det indre markeds funktion [57].

78. Eftersom retten til reproduktion ifølge sagsakterne udelukkende er blevet indrømmet til tjenester, som slutbrugeren kan få adgang til mod betaling (f.eks. abonnementer eller andre lignende betalingsformer), indebærer disse utallige visninger ved hjælp af streaming – uden nogen økonomisk modydelse til rettighedshaveren – for det tredje, i sagens natur, en tilsvarende reduktion i antallet af abonnenter på disse tjenester, hvilket igen er »til skade for den normale udnyttelse af de beskyttede værker« for at anvende terminologien i dom af 10. april 2014, ACI Adam m.fl. [58].

55 — »[…] For at være omfattet af den i den nævnte bestemmelse [artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29] fastsatte undtagelse, som fortolket i den foregående præmis i denne dom, skal disse handlinger dog tillige opfylde betingelserne i artikel 5, stk. 5, i [samme] direktiv […]« ifølge dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, præmis 53).

56 — Ibidem, præmis 61.

57 — Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 35 og 36).

58 — Ibidem, præmis 39.

79. Her er det relevant at nævne Domstolens bemærkninger i dommen i sagen ACI Adam m.fl., hvor den i forbindelse med fortolkningen af betingelserne i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 fastslog, »[en] anerkendelse af, at sådanne reproduktioner kan foretages fra en ulovlig kilde, tilskynder […] til handel med forfalskede værker eller piratkopier, hvilket nødvendigvis reducerer mængden af salg eller af andre lovlige transaktioner vedrørende beskyttede værker, hvilket er til skade for den normale udnyttelse af disse« [59]. Salget af Filmspeler er dermed i strid med »ophavsrettighedshaverens legitime interesser«, idet denne ikke havde givet tilladelse til fri spredning af sine værker.

80. Når alt kommer til alt, er jeg af den opfattelse, at streaming af beskyttet digitalt indhold uden tilladelse fra ophavsrettighedshaverne ikke opfylder betingelserne i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, eftersom denne streaming ikke udgør et specielt tilfælde, strider mod den normale udnyttelse af værket og indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.

81. I betragtning af, at førnævnte betingelser er kumulative, hvilket Domstolen har gjort opmærksom på [60], gør de tre forbehold for undtagelsen i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 sig gældende i denne sag. Således kan fritagelsen for retten til reproduktion ikke gøres gældende.

82. Derfor foreslår jeg, at det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares således, at streaming, under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder ikke kan falde ind under undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, for så vidt som denne streaming ikke er omfattet af begrebet »lovlig brug« i nævnte bestemmelses litra b) og under alle omstændigheder er i strid med tretrinsprøvelsen som omhandlet i nævnte direktivs artikel 5, stk. 5.

V – **Forslag til afgørelse**

83. På baggrund af ovenstående argumenter foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland, Nederlandene) forelagte spørgsmål således:

»Salget af en multimedieafspiller som den i hovedsagen omhandlede, hvori sælgeren har installeret hyperlinks, som henviser til websteder, som uden samtykke fra ophavsrettighedshaveren tilbyder fri adgang til ophavsretligt beskyttede værker som f.eks. film, serier og direkte programmer,

— udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet og

— kan ikke falde ind under undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, for så vidt som det ikke er omfattet af begrebet »lovlig brug« i nævnte bestemmelses litra b) og under alle omstændigheder ikke opfylder betingelserne for anvendelse af nævnte direktivs artikel 5, stk. 5.«

59 — Ibidem.

60 — Dom af 5.6.2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).