



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. WATHELET  
fremsat den 7. april 2016\*

**Sag C-160/15**

**GS Media BV**  
**mod**  
**Sanoma Media Netherlands BV,**  
**Playboy Enterprises International Inc.,**  
**Britt Geertruida Dekker**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse — ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 2001/29/EF — informationssamfundet — artikel 3, stk. 1 — overføring til almenheden — netsted — tilrådgivningsstilling for almenheden af hyperlinks til værker, der er frit tilgængelige på et andet netsted — manglende samtykke fra rettighedshaveren«

### I – Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse af 3. april 2015, der af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 7. april 2015, vedrører fortolkningen af 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\*\*.

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med en sag mellem GS Media BV (herefter »GS Media«), på den ene side, og Sanoma Media Netherlands BV (herefter »Sanoma«), Playboy Enterprises International Inc. (herefter »Playboy«) og Britt Geertruida Dekker (herefter under ét »Sanoma m.fl.«), på den anden side, vedrørende bl.a. offentliggørelsen på netstedet *GeenStijl.nl* (herefter »GeenStijl«), der administreres af GS Media, af hyperlinks (eller »klikbare links«) til andre netsteder, hvor det var muligt at betragte lækkede fotografier af Britt Geertruida Dekker, der var taget for bladet *Playboy*.

### II – Retsforskrifter

3. Følgende fremgår af 2.-5., 9., 23. og 31. betragtning til direktiv 2001/29:

»(2) Det Europæiske Råd har [...] understreget behovet for at skabe en generel og fleksibel retlig ramme på fællesskabsniveau for at fremme udviklingen af informationssamfundet i Europa. [...].

\* Originalsprog: fransk.

\*\* EFT L 167, s. 10.

- (3) Den foreslåede harmonisering medvirker til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse.
- (4) En harmoniseret retlig ramme for ophavsret og beslægtede rettigheder vil i kraft af den øgede retssikkerhed samtidig med overholdelsen af et højt beskyttelsesniveau for de intellektuelle ejendomsrettigheder medføre betydelige investeringer i kreativ og innovativ virksomhed, herunder i netinfrastruktur, og føre til vækst og øget konkurrenceevne for den europæiske industri både hvad angår udbud af indhold og informationsteknologi og generelt i en række industrisektorer og kulturelle sektorer. [...]
- (5) Den teknologiske udvikling har øget og diversificeret mulighederne for skabelse, produktion og udnyttelse. Der er ikke behov for nye begreber inden for ophavsretlig beskyttelse, men de nugældende retsregler vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder bør tilpasses og suppleres for at tage passende hensyn til de økonomiske realiteter, f.eks. nye former for udnyttelse.

[...]

- (9) Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. [...]

[...]

- (23) 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.

[...]

- (31) 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. [...]

4. Dette direktivs artikel 3 bestemmer:

»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.

[...]

3. Rettighederne efter stk. 1 og 2 udtømmes ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden i henhold til denne artikel.«

5. Dette direktivs artikel 6 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne indfører en passende retlig beskyttelse mod omgåelse af enhver form for effektive tekniske foranstaltninger, som den pågældende foretager, selv om han ved eller burde vide, at dette er formålet.

[...]

3. Ved »tekniske foranstaltninger« forstås i dette direktiv teknologier, anordninger eller komponenter, der under deres normale funktion har til formål at forhindre eller begrænse handlinger i forbindelse med værker eller andre frembringelser, som indehaveren af lovfæstede ophavsrettigheder eller ophavsretsbeslægtede rettigheder eller sui generis-rettigheder efter kapitel III i [Europa-Parlamentet og Rådets] direktiv 96/9/EF [af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT L 77, s. 29)] ikke har givet tilladelse til. Tekniske foranstaltninger skal anses som »effektive«, hvis anvendelsen af beskyttede værker eller andre frembringelser styres af rettighedshaveren ved anvendelse af en adgangskontrol- eller beskyttelsesforanstaltning, f.eks. kryptering, scrambling eller anden omdannelse af værket eller andre frembringelser eller en kopikontrolanordning, der opfylder beskyttelsesformålet.

[...]«

6. Dette direktivs artikel 8 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne indfører passende sanktioner og retsmidler over for krænkelse af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv, og de træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at sanktionerne og retsmidlerne finder anvendelse. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og være afskrækkende.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.«

7. Artikel 14 med overskriften »Oplagring («Hosting»)« i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked\*\*\* bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at tjenesteyderen i tilfælde af levering af en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af information leveret af en tjenestemodtager, ikke pådrager sig ansvar for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager, forudsat:

a) at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår

eller

b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, når tjenestemodtageren handler under tjenesteyderens myndighed eller kontrol.

\*\*\* EFT L 178, s. 1.

3. Denne artikel berører ikke en domstols eller en administrativ myndigheds muligheder for i overensstemmelse med medlemsstaternes retssystemer at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den, eller medlemsstaternes muligheder for at fastlægge procedurer for at fjerne information eller hindre adgangen til den.«

8. Artikel 11, tredje punktum, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder\*\*\*\* bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer endvidere, at rettighedshaverne har mulighed for at ansøge om udstedelse af et påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed, jf. dog artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29[...].«

### III – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. Sanoma, der udgiver månedsbladet *Playboy*, gav C. Hermès i opdrag at udarbejde en fotoreportage om Britt Geertruida Dekker. Britt Geertruida Dekker optræder regelmæssigt i nederlandske fjernsynsudsendelser. Fotografen gav Sanoma fuldmagt til at repræsentere sig hvad angår beskyttelse og håndhævelse af hans intellektuelle ejendomsrettigheder i forbindelse med det omhandlede opdrag.

10. Den 27. oktober 2011 offentliggjorde GS Media, der administrerer netstedet GeenStijl, en artikel med overskriften: »[usømmeligt udtryk]! Nøgenfotografier af [...] Dekker«. Ved artiklen var der på netsidens øverste venstre hjørne placeret et udsnit af et af fotografierne. Artiklen afsluttedes med følgende tekst: »Og nu linket med de billeder, som du sad og ventede på. Den, der [usømmeligt udtryk] først, [usømmeligt udtryk] først. HER. [...]« Ved at klikke på et hyperlink angivet med »HER« videreledtes læseren til det australske netsted for lagring af data Filefactory.com. Ved at klikke på et efterfølgende hyperlink blev et nyt vindue åbnet. Dette vindue indeholdt opfordringen »hent nu« (»Download now«). Ved at klikke på knappen kunne læseren åbne en fil i formatet .zip, der indeholdt 11 filer i formatet .pdf, der hver indeholdt et af fotografierne.

11. Sanoma opfordrede GS Media til at fjerne det omhandlede hyperlink, hvilket GS Media ikke efterkom. Fotografierne var til gengæld blevet fjernet fra netstedet Filefactory.com.

12. Den 7. november 2011 udkom en artikel på netstedet GeenStijl med overskriften »Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh« [»Nøgen Dekker vil anklage GeenStijl«], der omhandlede en retssag, der var indledt mellem GS Media og Sanoma m.fl. vedrørende de fotografier, som GeenStijl havde gjort tilgængelige. Artiklen sluttede således: »Update: [Dekker-]nøgenbilleder, endnu ikke set dem? De findes HER.« Denne artikel indeholdt også et hyperlink, som førte til netstedet Imageshack.us, hvor der fandtes et eller flere af de omhandlede fotografier. Netstedet Imageshack.us efterkom også en opfordring fra Sanoma om at fjerne fotografierne. Den 17. november 2011 udkom en tredje artikel på GeenStijl med et hyperlink til fotoerne og med følgende titel: »Bye Bye, farvel Playboy«. De internetbrugere, der besøgte GeenStijls forum, indsatte nye links til andre netsteder, hvor der kunne fås adgang til fotografierne.

13. Fotografierne blev offentliggjort i bladet *Playboy* i december 2011.

14. Sanoma m.fl. anlagde sag ved Rechtbank Amsterdam (ret i første instans i Amsterdam) og gjorde bl.a. gældende, at GS Media ved at placere hyperlinksene og et udsnit af et af fotografierne på GeenStijl havde krænket C. Hermès' ophavsret og handlet ulovligt over for Sanoma m.fl. Rechtbank Amsterdam (ret i første instans i Amsterdam) gav i det store og hele medhold i søgsmålet.

\*\*\*\* EUT L 157, s. 45, berigtiget i EUT 2004 L 195, s. 16, og i EUT 2007 L 204, s. 27.

15. Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) ophævede Rechtbank Amsterdams (ret i første instans i Amsterdam) dom, idet appeldomstolen fastslog, at GS Media ved at placere hyperlinksene ikke havde krænket C. Hermès' ophavsret, eftersom fotografierne allerede tidligere var blevet offentliggjort, idet de var lagt online på netstedet Filefactory.com. Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) tog ikke stilling til, om offentliggørelsen af fotoerne på netstedet Filefactory.com udgjorde eller ikke udgjorde en krænkelse af C. Hermès' ophavsret. Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) fastslog til gengæld, at GS Media ved at placere disse hyperlinks havde handlet ulovligt i forhold til Sanoma m.fl., idet disse hyperlinks havde ansporet de besøgende på netstedet GeenStijl til at se de ulovligt anbragte fotografier, der uden hyperlinket ikke nemt havde kunnet findes. Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) fandt endvidere, at GS Media havde krænket C. Hermès' ophavsret ved at placere et udsnit af et af fotografierne på netstedet GeenStijls.

16. GS Media og Sanoma m.fl. har iværksat henholdsvis appel og kontrolappel for Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol).

17. GS Media har kritiseret Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) for at have fastslået, at GS Media har krænket C. Hermès' ophavsret ved på sit netsted at have indsat et udsnit af et af fotografierne ved den artikel, der omhandlede disse fotografier.

18. Sanoma m.fl. har kritiseret Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) for at have fastslået, at GS Media ved placere hyperlinks på sit netsted ikke kan anses for at have stillet fotografierne til rådighed for almenheden. Under henvisning til bl.a. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) har Sanoma m.fl. for Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) gjort gældende, at der foreligger en overføring til almenheden, når et link henviser til et netsted, hvor værket er placeret uden tilladelse fra indehaveren af ophavsretten, uafhængigt af om dette værk forudgående er blevet offentliggjort med rettighedshaverens samtykke eller ej. Sanoma m.fl. har endvidere anført, at netstedet Filefactory.com havde truffet restriktive foranstaltninger som omhandlet i præmis 31 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), »som brugere af GeenStijl kunne omgå i kraft af GS Medias indgreb, således at de lækkede fotografier blev stillet til rådighed for et bredere publikum end det publikum, for hvis skyld fotografierne var blevet placeret under »digital lås«, eller at der i hvert fald blev låst op for disse fotografier for et publikum, der ikke uden anvendelse af mere sofistikerede midler ville have kunnet finde disse fotografier uden det nævnte indgreb, og i forhold til hvilket publikum de derfor ville være forblevet utilgængelige«.

19. Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) har i forbindelse med undersøgelsen af kontraappellen lagt til grund, at det ikke med den fornødne sikkerhed kan udledes af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) og af kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), at der er sket »overføring til almenheden«, når værket forudgående rent faktisk er blevet offentliggjort, men uden rettighedshaverens samtykke. Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) har endvidere bemærket, at der i kontraappellen også er rejst et spørgsmål om omgåelse af restriktive foranstaltninger som omhandlet i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76). Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) har i denne forbindelse anført, at det ikke var umuligt at finde fotografierne, inden GS Media placerede hyperlinket på netstedet GeenStijl, men at det til gengæld ikke var nemt at finde frem til fotografierne, således at placeringen af hyperlinket i høj grad gjorde dette nemmere.



20. På denne baggrund har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) a) Foreligger der en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, når en anden person end indehaveren af ophavsretten ved hjælp af et hyperlink på et netsted, som denne anden person administrerer, henviser til et netsted, som administreres af tredjemand, og som er tilgængeligt for det normale internetpublikum, og hvor værket er stillet til rådighed uden rettighedshaverens samtykke?
- b) Gør det herved nogen forskel, om værket også på anden vis tidligere ikke med rettighedshaverens samtykke er blevet overført til almenheden?
- c) Har det nogen betydning, om »hyperlinkeren« ved eller bør vide, at rettighedshaveren ikke har givet samtykke til at placere værket på det i spørgsmål 1.a) nævnte netsted tilhørende tredjemand, og i givet fald ved eller bør vide, at værket også på anden vis tidligere ikke blev overført til almenheden med rettighedshaverens samtykke?
- 2) a) Såfremt spørgsmål 1.a) besvares benægtende, foreligger der da alligevel en overføring til almenheden, eller kan der foreligge en sådan overføring, såfremt det netsted, som hyperlinket henviser til, og dermed værket, kan findes af det normale internetpublikum, selv om dette ikke er nemt, således at placeringen af hyperlinket i høj grad gør det nemmere at finde værket?
- b) Har det for besvarelsen af spørgsmål 2.a) nogen betydning, om »hyperlinkeren« ved eller bør vide, at det netsted, som hyperlinket henviser til, ikke uden videre kan findes af det almindelige internetpublikum?
- 3) Er der andre omstændigheder, som der skal tages hensyn til ved besvarelsen af spørgsmålet, om der foreligger en overføring til almenheden, såfremt der ved hjælp af et hyperlink gives adgang til et værk, der tidligere ikke med rettighedshaverens samtykke var blevet overført til almenheden?»

#### **IV – Retsforhandlingerne for Domstolen**

21. GS Media, Sanoma m.fl., Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Den Portugisiske Republik, Den Slovakiske Republik og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. GS Media, Sanoma m.fl., Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 3. februar 2016.

#### **V – Parternes bemærkninger**

22. Den Portugisiske Republik har anført, at dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) med forbehold for den endelige løsning, som Domstolen måtte nå frem til, kan påvirke udbredelsen af viden og information på internettet. Den Portugisiske Republik er af den opfattelse, at det af to grunde er vanskeligt at kvalificere anbringelsen af hyperlinks som »overføring«.

23. Den Portugisiske Republik har for det første anført, at et hyperlink i det digitale samfund kan sammenlignes med en fodnote i den analoge kulturelle verden\*\*\*\*, og at et sådant hyperlink ikke kan kvalificeres som »overføring«. For det andet er den, der direkte stiller et værk til rådighed for almenheden, og som derfor foretager en »overføring« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, efter Den Portugisiske Republiks opfattelse den person, der anbringer værket på den server, hvorfra internetbrugeren har adgang til værket. Den Portugisiske Republik har anført, at det ikke er

\*\*\*\* Eller et vejskilt på motorvejen, således som GS Media foreslog i retsmødet.

den, der anbringer hyperlinket – og som blot foretager en sekundær eller indirekte »overføring« – der gør det muligt for »almenheden [at] få[...] adgang til [værker] på et individuelt valgt sted og tidspunkt«. Den handling, der egentlig har denne følge, udføres af den person, som foretager den første overføring.

24. Den Portugisiske Republik har anført, at den omstændighed, at en anden person end indehaveren af ophavsretten ved hjælp af et hyperlink på et netsted, som denne anden person administrerer, henviser til et netsted, som administreres af tredjemand, og som er tilgængeligt for det normale internetpublikum, og hvor værket er stillet til rådighed med eller uden rettighedshaverens samtykke, ikke udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

25. Kommissionen har anført, at den i sit indlæg i den sag, der gav anledning til dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), argumenterede for, at der ikke kunne foreligge »overføring« i en situation, hvor et klikbart link (eller »et hyperlink«) på et bestemt netsted henviste til et ophavsretligt beskyttet værk, der var gengivet på et andet netsted, hvor brugerne af det første netsted derved fik adgang til dette værk, idet der hverken var sket transmission eller retransmission som omhandlet i direktiv 2001/29.

26. GS Media, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Portugisiske Republik\*\*\*\*\*, Den Slovakiske Republik og Kommissionen foreslår at besvare den forelæggende rets første spørgsmål, litra a) og b), benægtende. De nævnte parter har anført, at der ikke foreligger »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, når et hyperlink henviser til et netsted tilhørende en tredjemand, der er frit tilgængeligt for det normale internetpublikum, og hvor værket er stillet til rådighed uden rettighedshaverens samtykke, og at dette også gælder i det tilfælde, hvor værket endnu ikke er blevet offentliggjort på anden måde med rettighedshaverens samtykke.

27. Hvad angår det første spørgsmål, litra c), har GS Media, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Portugisiske Republik og Kommissionen anført, at det ikke er relevant at tage hensyn til subjektive omstændigheder i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en »overføring til almenheden«, idet en sådan vurdering skal foretages på et objektivt grundlag. Den Portugisiske Republik har imidlertid subsidiært anført, at en sådan overføring for det tilfælde, at Domstolen måtte besvare det første og det andet præjudicielle spørgsmål bekræftende, forudsætter, at den, der leverer hyperlinket, klart var vidende om, at der ikke var givet samtykke til den første overføring. Den Slovakiske Republik er derimod af den opfattelse, at det er relevant, om den person, der anbringer et hyperlink til et beskyttet værk, ikke var uvidende om, at værket tidligere var blevet gjort tilgængeligt for almenheden uden rettighedshaverens samtykke. For at sikre formålet med direktiv 2001/29 bør den pågældende således, når rettighedshaveren har underrettet vedkommende om dette forhold, eller når den pågældende af andre grunde ikke kan være uvidende herom, hindre, at der foretages endnu en krænkelse af ophavsretten ved at undlade at foretage en ny overføring til almenheden af det beskyttede værk.

28. Hvad angår det andet spørgsmål, litra a) og b), har GS Media, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Portugisiske Republik, Den Slovakiske Republik og Kommissionen anført, at disse spørgsmål skal besvares benægtende. Det følger nemlig af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at det eneste afgørende forhold er, om hyperlinket gør det muligt at omgå de restriktive foranstaltninger, der er etableret af det netsted, hvor det beskyttede værk er placeret, for derved at begrænse almenhedens adgang til værket. Såfremt dette ikke er tilfældet, og netstedet og dermed det værk, der anbragt dér, kan tilgås af det normale internetpublikum, er det uden betydning, om dette hyperlink gør det nemmere at finde frem til værket. Den omvendte løsning ville ikke være praktisk mulig at gennemføre og ville skabe en væsentlig retsusikkerhed til skade for ytrings- og informationsfriheden.

\*\*\*\* Den Portugisiske Republik har fremsat de følgende bemærkninger subsidiært i forhold til de bemærkninger, der er anført i punkt 22-24 i dette forslag til afgørelse, for det tilfælde, at Domstolen måtte finde, at den praksis, der følger af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), ikke finder anvendelse.

29. Sanoma m.fl. har foreslået at besvare det første til det tredje spørgsmål med, at den, som under omstændigheder såsom dem, der foreligger i hovedsagen, bevidst og med fuldt kendskab anbringer et hyperlink, der gør det muligt at få adgang til et ophavsretligt beskyttet værk, der ikke tidligere har været stillet til rådighed for almenheden med rettighedshaverens samtykke, foretager en handling, der udgør en overføring til almenheden. Sanoma m.fl. har anført, at det følger af Domstolens praksis, at der skal tages hensyn til flere kriterier, der bl.a. omfatter, for det første, om en bruger bevidst giver en tredjemand direkte adgang til beskyttede værker, for det andet, om brugeren gennem sin handling spiller en væsentlig rolle i forbindelse med tilrådighedsstillelsen af disse værker, for det tredje, om almenheden, som derved får adgang til beskyttede værker, udgøres af et ubestemt antal potentielle brugere eller et forholdsvist stort antal personer, for det fjerde, om brugeren ved sin handling har udvidet kredsen af personer, som har adgang til de beskyttede værker, til en gruppe, som indehaveren af ophavsretten til de beskyttede værker ikke tog i betragtning, da den pågældende gav sit samtykke til den første brug, og, for det femte, om brugeren har foretaget overføringen med vinding for øje. Ifølge Sanoma m.fl. er samtlige disse kriterier opfyldt i hovedsagen.

30. Den Franske Republik har anført, at tilrådighedsstillelse af de pågældende værker under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende ved hjælp af et klikbart link medførte, at de omhandlede værker blev overført til et nyt publikum, fordi det, selv om det ikke var umuligt at finde de omtvistede fotografier, inden GS Media anbragte det klikbare link på netstedet GeenStijl, kun var de personer, der havde en digital nøgle, der nemt kunne få adgang til de omtvistede fotografier, inden de klikbare links blev anbragt på netstedet. Den Franske Republik har anført, at der ikke foreligger omstændigheder, der gør det muligt at fastslå, at brugerne af GeenStijl nemt kunne finde frem til de omtvistede fotografier uden GS Medias bistand. Den Franske Republik har i denne forbindelse anført, at den forelæggende ret fastslog, at placeringen af det klikbare link i høj grad gjorde det nemmere at finde frem til fotografierne. Den Franske Republik er under disse omstændigheder af den opfattelse, at det skal fastslås, at et klikbart link, der i høj grad gør det nemmere at få adgang til et lagringssted, der indeholder ophavsretligt beskyttede fotografier, som ikke er blevet offentliggjort, udgør en ny overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

31. Den Franske Republik har anført, at det for vurderingen af, om der er foretaget en »overføring til almenheden«, hverken er relevant, om indehaveren af ophavsretten har givet sit samtykke til, at værket må stilles til rådighed på det netsted, som det klikbare link henviser til, eller om den, der leverer det klikbare link, vidste, at rettighedshaveren ikke havde givet sit samtykke til en sådan tilrådighedsstillelse af værket.

## VI – Bedømmelse

### A – Indledende bemærkninger

32. Det fremgår af de for Domstolen forelagte sagsakter med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse, at de beskyttede værker, dvs. fotografierne, blev stillet til rådighed for brugerne af netsteder såsom Filefactory.com og Imageshack.us uden samtykke fra indehaveren af ophavsretten, men at denne ophavsretskrænkelser ikke er genstand for den foreliggende sag.

33. Placeringen af et udsnit af de omhandlede fotografier på netstedet GeenStijl er endvidere heller ikke genstand for denne anmodning om præjudiciel afgørelse\*\*\*\*\*, der udelukkende vedrører hyperlinksene til dette netsted.

\*\*\*\*\* Jf. bl.a. punkt 10 og 14-17 i dette forslag til afgørelse.



34. Den forelæggende ret ønsker nemlig med sine spørgsmål i det væsentlige oplyst, om artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at placering på et netsted af et hyperlink til et andet netsted, der administreres af en tredjemand, og som er tilgængeligt for det normale internetpublikum, og hvor de ophavsretligt beskyttede værker er stillet til rådighed *uden* samtykke fra indehaveren af ophavsretten, udgør en overføring til almenheden.

35. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om den omstændighed, at den, der placerer et hyperlink til et netsted, ved eller bør vide, at indehaveren af ophavsretten ikke har givet samtykke til den første overføring af værkerne til et nævnte netsted, har betydning for anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om og i givet fald under hvilke omstændigheder det har betydning for anvendelsen af denne bestemmelse, at et hyperlink gør det nemmere at få adgang til de pågældende værker.

36. Tvisten i hovedsagen følger i kølvandet på dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) og kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), hvori Domstolen fastslog, at placering på et netsted af et hyperlink til et beskyttet værk, der er frit tilgængeligt på et andet netsted, ganske vist udgør en »overføring« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29<sup>\*\*\*\*\*</sup>, men ikke en »overføring til almenheden« som omhandlet i samme bestemmelse. Domstolen fastslog nemlig i præmis 24 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at »for at være omfattet af begrebet »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal en overføring [...] vedrøre de samme værker som dem, der er omfattet af den oprindelige overføring, og være foretaget [...] med de samme tekniske midler [som den første overføring] og rette sig mod *et nyt publikum*, dvs. mod et publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden ikke havde taget i betragtning, da de tillod den første overføring til almenheden«<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

37. Den forelæggende ret har anført, at Domstolen i disse sager ikke præciserede, om det havde betydning for konstateringen af, at der ikke forelå overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, om indehaveren af ophavsretten havde givet samtykke til, at det beskyttede værk blev stillet til rådighed på det netsted, som hyperlinket henviste til.

38. Det skal bemærkes, at Domstolen i det første punkt i domskonklusionen i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) fastslog, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skulle fortolkes således, at tilrådighedsstillelse på en internetside af klikbare links til værker, der er frit tilgængelige<sup>\*\*\*\*\*</sup> på en anden internetside<sup>\*\*\*\*\*</sup>, ikke udgjorde en overføring til almenheden, der var omfattet af denne bestemmelse.

39. Selv om det er korrekt, at Domstolen flere gange i dommens præmisser nævnte, at »rettighedshaverne [...] oprindeligt tillod overføringen«<sup>\*\*\*\*\*</sup>, omtalte den ikke på nogen måde i dommens konklusion spørgsmålet om, hvorvidt indehaveren af ophavsretten havde eller ikke havde givet samtykke til den første tilrådighedsstillelse af det beskyttede værk.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 20).

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Jf. i denne henseende kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 14). Min fremhævelse.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Domstolen har anvendt udtrykkene »librement accessibles« og »librement disponibles« (frit tilgængelige) som synonyme udtryk. Det synes endvidere at følge af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at det i denne sag omhandlede hyperlink førte brugerne af et netsted direkte til værker, der var frit tilgængelige på et andet netsted. I hovedsagen syntes de omhandlede hyperlinks imidlertid med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse imidlertid ikke at føre brugerne af netstedet GeenStijl direkte til de omhandlede værker, men til andre netsteder, hvor de ophavsretligt beskyttede værker var lagrede. Jeg er af den opfattelse, at denne omstændighed i forbindelse med anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal behandles på samme måde, idet det ophavsretligt beskyttede værk var frit tilgængeligt på det netsted, som hyperlinket henviste til.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Jf. endvidere dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), præmis 32.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Jf. bl.a. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), præmis 27.

40. Det bemærkes endvidere, at det fremgår af præmis 4 i kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), at tilrådighedsstillingen af det beskyttede værk og dermed den første overføring til almenheden ikke var sket med samtykke fra indehaveren af ophavsretten. Domstolen fulgte imidlertid sin praksis i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) og fastslog, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 ikke var blevet tilsidesat.

41. Det synes således at følge af kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), at det ikke har betydning for anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, at indehaveren af ophavsretten ikke gav samtykke til den første overføring til almenheden.

42. Det bemærkes imidlertid i denne forbindelse, at det præjudicielle spørgsmål, som Domstolen blev forelagt i den sag, der gav anledning til kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315)\*\*\*\*\*, ikke specifikt vedrørte spørgsmålet om manglende samtykke, og at Domstolens begrundelse i den omhandlede kendelse ikke indeholdt nogen henvisning hertil\*\*\*\*\*.

43. Den foreliggende sag giver således Domstolen mulighed for at afgøre, om det er nødvendigt, at indehaveren af ophavsretten har givet sit samtykke til, at det beskyttede værk stilles til rådighed på det andet netsted (den »første« overføring), for at fastslå, at der ikke foreligger en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

44. Inden den forelæggende rets spørgsmål besvares, vil jeg undersøge Den Portugisiske Republiks\*\*\*\*\* og Kommissionens argument\*\*\*\*\* om, at Domstolen ikke bør anvende den praksis, der følger af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) vedrørende begrebet »overføring«, som er en nødvendig forudsætning for at fastslå, at der foreligger en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, og for at kunne anvende dette begreb på hyperlinks.

45. Såfremt Domstolen måtte fastslå, at placering på et netsted af hyperlinks til beskyttede værker, der er frit tilgængelige på et andet netsted, ikke kan kvalificeres som en »overføring«, er spørgsmålet om, hvorvidt indehaveren af ophavsretten gav samtykke til, at værket blev anbragt på andre netsteder, der administreredes af tredjemænd, nemlig ikke længere relevant.

#### B – De to kriterier i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29

46. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 bestemmer, at ophavsmænd har eneret til at tillade eller forbyde overføring til almenheden af deres værker. Det følger heraf, at indehaveren af ophavsretten skal give samtykke til enhver overføring\*\*\*\*\* af et værk til almenheden.

\*\*\*\*\* I denne sag besluttede Domstolen at træffe afgørelse ved begrundet kendelse i henhold til artikel 99 i Domstolens procesreglement, der har overskriften »Besvarelse ved begrundet kendelse«, og hvoraf fremgår, at »[s]åfremt et præjudicielt spørgsmål er identisk med et spørgsmål, Domstolen allerede har afgjort, såfremt besvarelsen af et sådant spørgsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, kan Domstolen til enhver tid på forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse«.

\*\*\*\*\* I denne sag rejste den forelæggende ret nemlig alene spørgsmålet, om »medtagelsen på en persons egen internetside af en anden persons værk, der er gjort tilgængeligt for offentligheden på en anden internetside under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende [udgør] »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, selv om den anden persons værk hermed ikke overføres til et nyt publikum, og overføringen ikke sker ved anvendelse af en særlig teknisk fremgangsmåde, der adskiller den fra den oprindelige overføring«. Jf. kendelse BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 11).

\*\*\*\*\* Jf. punkt 22-24 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Jf. punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 15). Som det fremgår af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29 udtømmes denne eneret nemlig ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighedsstilling for almenheden i henhold til artikel 3 i direktiv 2001/29.

47. Selv om direktiv 2001/29 ikke fastsætter en definition af, hvad der udgør en »overføring til almenheden«<sup>\*\*\*\*\*</sup>, følger det af Domstolens faste praksis, at dette begreb indeholder to kumulative kriterier, nemlig »overføring« af et værk og overføring af dette værk til »almenheden«<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

#### 1. Det første kriterium

48. Hvad angår begrebet »overføring« bemærkes, at det i 23. betragtning til direktiv 2001/29 bl.a. anføres, at overføring til almenheden »omfatter enhver [...] trådbunden eller trådløs *transmission eller retransmission* af et værk til almenheden, [der ikke er tilgængeligt på det sted, hvorfra overføringen sker,] herunder udsendelse i radio og fjernsyn«<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

49. Domstolen fastslog endvidere i præmis 40 i dom *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772)<sup>\*\*\*\*\*</sup>, at retten til overføring til almenheden »[ikke] omfatter [...] handlinger, der ikke indebærer en »transmission« eller »retransmission« af et værk«<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

50. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 indeholder imidlertid ikke en henvisning til transmission eller retransmission, men foreskriver mere bredt, at overføring til almenheden omfatter »*tilrådighedsstillelse af [...] værker[ne for] almenheden*«<sup>\*\*\*\*\*</sup>. Denne brede forståelse<sup>\*\*\*\*\*</sup> af begrebet »overføring« opfylder efter min opfattelse EU-lovgivers ønske om at sikre »et højt beskyttelsesniveau for de intellektuelle ejendomsrettigheder«<sup>\*\*\*\*\*</sup> og sikrer endvidere, at begrebet »overføring« er fleksibelt og ikke hurtigt bliver forældet som følge af den konstante teknologiske udvikling<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

51. Ordlyden af 23. betragtning til direktiv 2001/29 fik i den sag, der gav anledning til dom *Svensson* (C-466/12, EU:C:2014:76), Kommissionen til at forsvare standpunktet om, at begrebet »overføring« burde begrænses til »transmission« eller »retransmission«, hvilket ikke er tilfældet for et hyperlink på et bestemt netsted, der henviser til et ophavsretligt beskyttet værk, som er gengivet på et andet netsted, hvor de besøgende på det første netsted derigennem får adgang til værket<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

\*\*\*\*\* Dom *Football Association Premier League m.fl.* (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 184 og 185).

\*\*\*\*\* Jf. dom *Svensson m.fl.* (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis). Jf. analogt dom *C More Entertainment* (C-279/13, EU:C:2015:199, præmis 25), der vedrørte artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29.

\*\*\*\*\* Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Det bemærkes, at denne dom blev afsagt før dom *Svensson m.fl.* (C-466/12, EU:C:2014:76).

\*\*\*\*\* Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Og teknisk set neutrale forståelse.

\*\*\*\*\* Jf. 4. og 9. betragtning til direktiv 2001/29 og dom *Football Association Premier League m.fl.* (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 186). Domstolen fastslog i præmis 54 i dom *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816), at »[d]et følger af 23. betragtning til direktiv 2001/29, at begrebet »overføring til almenheden« skal forstås i *bred forstand*. En sådan fortolkning forekommer endvidere uomgængeligt nødvendig for at nå det primære formål med det nævnte direktiv, som i henhold til niende og tiende betragtning er at indføre et højt beskyttelsesniveau for bl.a. ophavsmænd, således at disse kan modtage et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, bl.a. i tilfælde af en overføring til almenheden«. Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Domstolen fastslog i præmis 38 i dom *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772), at »[h]vad [...] angår det formål, der forfølges med direktiv 2001/29, bemærkes, at det fremgår af direktivets anden og femte betragtning, at dette tilsigter at skabe en generel og fleksibel ramme på EU-niveau for at fremme udviklingen af informationsområdet og tilpasse og supplere de nugældende retsregler vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder for at tage hensyn til den teknologiske udvikling, der har indebåret nye former for udnyttelse af beskyttede værker«.

\*\*\*\*\* Jf. punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

52. Dette standpunkt blev ikke taget til følge, idet Domstolen i præmis 19 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) fastslog, at det »er [...] tilstrækkeligt for, at der foreligger »overføring«, at et værk gøres tilgængeligt for almenheden på en sådan måde, at de personer, der udgør denne, kan have adgang hertil, uanset om de faktisk benytter denne mulighed eller ej«.

53. Når dette er sagt, foreligger der da en »overføring«, når et hyperlink på et netsted henviser til et andet netsted og derved giver de besøgende adgang til et beskyttet værk, der er frit tilgængeligt på et andet netsted?

54. Selv om det er korrekt, at hyperlinks, der placeres på et netsted, i høj grad gør det nemmere at finde frem til andre netsteder og de beskyttede værker, der er tilgængelige på disse netsteder \*\*\*\*\* , og dermed giver brugerne af det førstnævnte netsted en hurtigere og mere direkte adgang \*\*\*\*\* til disse værker, er det min opfattelse, at hyperlinks, der henviser selv direkte til beskyttede værker, ikke »*stiller [værkerne] til rådighed*« for almenheden, når de allerede er frit tilgængelige på et andet netsted, idet de udelukkende gør det nemmere at finde frem til disse værker. Som Den Portugisiske Republik har anført i sit skriftlige indlæg, er det den person, der foretager den første overføring, som foretager den egentlige »tilrådgivningsstilling« \*\*\*\*\* .

55. Jeg bemærker endvidere, at Domstolen i dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631), hvori det blev fastslået, at der forelå en »overføring [af et værk] til almenheden«, udtalte, at et hotels gæster eksempelvis ikke ville have adgang til et værk, *uden at hotellet havde foretaget en handling* i form af at opstille fjernsynsapparater på hotellets værelser for derigennem at tilbyde adgang til et tv-signal \*\*\*\*\* .

56. Domstolen fastslog i denne forbindelse i præmis 195 og 196 i dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631), at indehaveren af en restauration foretager en »overføring til almenheden«, når vedkommende bevidst gør det muligt for de gæster, som er til stede i dette etablisement, at få adgang til en udsendelse indeholdende beskyttede værker ved hjælp af en tv-skærm og højttalere, »*eftersom disse gæster ikke uden denne indehavers handling har adgang til de udsendte værker, selv om de befinder sig inden for den nævnte udsendelses modtagerområde*« \*\*\*\*\* .

57. Det følger heraf, at for at det kan fastslås, at der foreligger en overføring, skal den handling, der foretages af den person, som placerer hyperlinks, være nødvendig og afgørende \*\*\*\*\* , for at der kan opnås adgang til værkerne.

\*\*\*\*\* Henset til den meget store mængde af informationer, der er tilgængelig på internettet, er det min opfattelse, at det i høj grad ikke ville være muligt at finde frem til sådanne informationer uden hyperlinks. Hyperlinks udgør efter min opfattelse på nuværende tidspunkt en uundværlig del af internettets opbygning.

\*\*\*\*\* Jf. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 18).

\*\*\*\*\* Jf. punkt 22-24 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Jf. endvidere, analogt, domme SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, præmis 82 og 92) og Phonographic Performance (Irland) (C-162/10, EU:C:2012:141, præmis 31), der ikke vedrørte artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, men »radiokommunikation til offentligheden« af fonogrammer som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115 af 12.12.2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EUT L 376, s. 28).

\*\*\*\*\* Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Jf. navnlig præmis 82 i dom SCF (C-135/10, EU:C:2012:140), hvori Domstolen i forbindelse med en undersøgelse af, om der var foretaget overføring i henhold til Domstolens praksis i dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631), henviste til »*brugerens afgørende rolle*«, dvs. at operatøren af et hotel og en café/restaurant i det konkrete tilfælde spillede en afgørende rolle, da denne med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirkede til at give sine gæster adgang til en radioudsendelse, der indeholdt det beskyttede værk. Min fremhævelse.



58. Det bemærkes imidlertid, at Domstolen i andre domme, herunder bl.a. dom SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 42) og dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 27 og 31), har foretaget en analyse af dette kriterium om, at handlingen skal være nødvendig, for at det kan fastslås, at der ikke foreligger en overføring til *et nyt publikum*\*\*\*\*\*.

59. Efter min opfattelse er kriteriet om, at en handling skal være nødvendig, kun relevant i forbindelse med undersøgelsen af, om der foreligger en overføring\*\*\*\*\*. Det er nemlig i den situation, at der kan være tale om »tilrådighedsstillelse« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

60. Følgelig er jeg af den opfattelse, at hyperlinks på et netsted, der henviser til ophavsretligt beskyttede værker, som er frit tilgængelige på et andet netsted, ikke kan kvalificeres som en »overføring« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, idet det ikke er nødvendigt, at den, der administrerer det netsted, hvor hyperlinket placeres, dvs. i det foreliggende tilfælde GS Media, foretager en handling for, at de omhandlede fotografier stilles til rådighed for internetbrugerne, herunder dem, der besøger netstedet GeenStijl.

61. Da et af de kumulative kriterier, der er nødvendigt for at fastslå, at der foreligger en »overføring til almenheden« i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, ikke er opfyldt, er det andet spørgsmål om, hvorvidt indehaveren af ophavsretten gav samtykke til, at værket blev anbragt på netsteder, der blev administreret af tredjemænd\*\*\*\*\*; efter min opfattelse ikke relevant.

62. Følgelig er det min opfattelse, at den forelæggende rets første spørgsmål, litra a) og b), skal besvares benægtende.

63. Selv om det endvidere klart fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter, at GS Media var vidende om, at de omhandlede fotografier, der var tilgængelige på netsteder såsom Filefactory.com og Imageshack.us, var blevet lækket, og at GS Media i klar strid med ophavsretten til disse værker havde anbragt hyperlinks på netstedet GeenStijl, der henviste til andre netsteder, er det min opfattelse, at da der ikke foreligger en overføring som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, er GS Medias argumenter og den omstændighed, at selskabet vidste eller burde vide, at Sanoma ikke havde givet samtykke til den første overføring af de omhandlede fotografier til andre netsteder, eller at disse fotografier ikke tidligere var blevet stillet til rådighed for almenheden med Sanomas samtykke, ikke relevante for anvendelsen af den nævnte bestemmelse.

64. Det følger heraf, at den forelæggende rets første spørgsmål, litra c), skal besvares benægtende.

## 2. Det andet kriterium

65. Da jeg er af den opfattelse, at et af de kumulative kriterier, der er nødvendige for at fastslå, at der foreligger en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, ikke er opfyldt, vil jeg for fuldstændighedens skyld undersøge det andet kriterium i direktiv 2001/29, nemlig overføring af et værk til »almenheden«\*\*\*\*\*.

\*\*\*\*\* Jf. punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Dvs. det første kriterium i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, der skal være opfyldt, for at der kan foreligge en overføring til almenheden. Hvad angår det andet kriterium, jf. punkt 65-70 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Bl.a. netstederne Filefactory.com og Imageshack.us. Jf. i denne retning dom SBS Belgium (C-325/14, EU:C:2015:764, præmis 15 og 24).

\*\*\*\*\* Jf. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).



66. Det er ubestridt, at eftersom de hyperlinks, der var anbragt på netstedet GeenStijl var rettet mod alle potentielle brugere af dette netsted, dvs. et ubestemt og betydeligt antal modtagere, var de nævnte hyperlinks rettet mod en almenhed\*\*\*\*\*. Jeg er til gengæld af den opfattelse, at kriteriet om »et nyt publikum«, der fremgår af præmis 24 og 31 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), ikke finder anvendelse og under alle omstændigheder ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

67. Det fremgår bl.a. af dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 197) og dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 24 og 31), at kriteriet om et nyt publikum kun finder anvendelse, når indehaveren af ophavsretten har givet samtykke til den første overføring til almenheden. Da indehaveren af ophavsretten ikke har givet et sådant samtykke i hovedsagen, finder kriteriet om et »nyt publikum« ikke anvendelse.

68. Domstolen fastslog endvidere i præmis 28 og 30 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at når »der ikke er tale om et nyt publikum, er en tilladelse til en sådan overføring [...] fra indehaverne af ophavsrettigheden under alle omstændigheder ikke påkrævet« i forhold til det pågældende publikum, dvs. i det foreliggende tilfælde placeringen af hyperlinks, der henviste til andre netsteder, hvorfra de ophavsretligt beskyttede værker var frit tilgængelige for almenheden.

69. Såfremt Domstolen måtte fastslå, at dette kriterium finder anvendelse, når indehaveren af ophavsretten ikke har givet samtykket til den første overføring til almenheden, følger det i øvrigt af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 27), at dette kriterium kun er opfyldt, når det er nødvendigt, at den person, der administrerer et netsted, foretager en handling i form af at anbringe et hyperlink, for at værkerne stilles til rådighed for et nyt publikum\*\*\*\*\*, dvs. et publikum, som indehaveren af ophavsretten ikke tog i betragtning, da han gav samtykke til den første overføring af de omhandlede værker.

70. Såfremt fotografierne var frit tilgængelige for alle internetbrugere på andre netsteder\*\*\*\*\* , ville en sådan handling fra GS Medias side imidlertid ikke være nødvendig for en sådan tilrådighedsstillelse. Der er således ikke tale om et »nyt publikum«, og spørgsmålet om, hvorvidt indehaveren af ophavsretten har givet samtykke til den første overføring, opstår derfor ikke.

71. Jeg skal straks tilføje, at denne konklusion støttes på den forudsætning, at de omhandlede værker var »frit tilgængelige« for alle internetbrugere på netsteder, der administreres af tredjemænd\*\*\*\*\* , hvilket ikke klart fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse. Var GS Medias handling nødvendig, for at værkerne blev stillet til rådighed for

\*\*\*\*\* Domstolen fastslog i præmis 21 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at »[f]or så vidt angår det andet af de ovennævnte kriterier, nemlig at det beskyttede værk rent faktisk skal være overført til en »almenhed«, følger det af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, at »almenheden« som omhandlet i denne bestemmelse tager sigte på et ubestemt antal potentielle modtagere og desuden indebærer et betydeligt antal personer«. Domstolen tilføjede i præmis 22, at »[e]n overføring som den, der er foretaget af en internetsides administrator ved hjælp af klikbare links, er rettet mod alle potentielle brugere af den internetside, som administreres af denne person, dvs. et ubestemt og betydeligt antal modtagere« og udgør følgelig en overføring til almenheden. Jf. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 23).

\*\*\*\*\* Jf. endvidere analogt dom SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, præmis 42), hvori Domstolen fastslog, at »[g]æsterne på et hotel udgør et sådant nyt publikum. Viderespredningen af det radio- eller tv-udsendte værk til disse gæster ved hjælp af fjernsynsapparater udgør ikke et rent teknisk middel til at sikre eller forbedre modtagelsen af den oprindelige udsendelse i modtagerområdet. Tværtimod er hotellet den organisation, der med fuldt kendskab til konsekvenserne af dens handlinger medvirker til at give sine gæster adgang til det beskyttede værk. Hvis hotellet ikke havde foretaget denne handling, ville hotelgæsterne, selv om de befinder sig inden for det nævnte sendeområde, i princippet ikke have adgang til værket«. Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Bl.a. netstederne Filefactory.com og Imageshack.us.

\*\*\*\*\* Det bemærkes i denne forbindelse, at de værker, der var genstand for den sag, som gav anledning til dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 25 og 26), var frit tilgængelige, fordi adgangen til disse værker på Göteborgs-Postens internetside ikke var underlagt nogen restriktive foranstaltninger. Alle internetbrugere havde derfor fri adgang til dem.

de besøgende på netstedet GeenStijl? Det fremgår nemlig på selvmodsigende vis af de for Domstolen fremlagte sagsakter dels, at de netsteder, der administreres af tredjemænd, havde truffet adgangsbegrænsende foranstaltninger vedrørende de omhandlede fotografier, dels, at hyperlinksene kun gjorde denne adgang lettere i et vist omfang\*\*\*\*\*.

72. Den forelæggende ret synes endnu ikke at have taget stilling til dette spørgsmål vedrørende de faktiske omstændigheder, hvilket det tilkommer denne ret at efterprøve.

73. Det fremgår under alle omstændigheder af dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 31), at hvis et hyperlink giver brugere af det netsted, hvorpå linket befinder sig, mulighed for at »omgå restriktive foranstaltninger«\*\*\*\*\*, der er etableret på de netsteder, der administreres af tredjemænd for at begrænse adgangen til de beskyttede værker\*\*\*\*\* , udgør det omhandlede hyperlink således en indgriben, uden hvilken de nævnte brugere ikke kunne få adgang til værkerne. Det følger heraf, at denne indgriben stiller de omhandlede værker til rådighed for de besøgende på det omhandlede netsted, dvs. i det foreliggende tilfælde de besøgende på netstedet GeenStijl, og dermed udgør en overføring til et publikum, som kræver samtykke fra indehaveren af ophavsretten i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

74. Det fremgår derimod klart af præmis 31 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76), at det ikke er tilstrækkeligt, at hyperlinket gør det nemmere eller mere simpelt for internetbrugerne at få adgang til det omhandlede værk\*\*\*\*\*. Jeg er derfor enig i de bemærkninger, som GS Media, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Portugisiske Republik, Den Slovakiske Republik og Kommissionen har anført, og som er gengivet i punkt 28 i dette forslag til afgørelse, hvorefter den forelæggende rets andet spørgsmål, litra a) og b), skal besvares benægtende.

### C – Den forelæggende rets tredje spørgsmål og eksistensen af andre omstændigheder

75. Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål oplyst, om der er andre omstændigheder, som der skal tages hensyn til ved besvarelsen af spørgsmålet, om der foreligger »overføring til almenheden«, såfremt der ved hjælp af et hyperlink gives adgang til et værk, der endnu ikke med samtykke fra indehaveren af ophavsretten er blevet overført til almenheden.

\*\*\*\*\* Gerechtshof Amsterdam (appeldomstol i Amsterdam) konstaterede, at Sanoma m.fl. ikke havde ført bevis for, at de filer, som en bruger havde anbragt på Filefactory, havde privat karakter, og fastslog, at »[n]oget andet ville være tilfældet, såfremt brugeren udbreder kendskabet til sin digitale nøgle, eller såfremt en tredjemand gør det«. Sanoma m.fl. iværksatte i denne forbindelse en kontraappel for den forelæggende ret og anførte, at »fotoerne var blevet placeret under digital lås, eller at der i hvert fald blev låst op for disse fotoer for et publikum, der ikke uden vanskeligheder havde kunnet finde disse fotoer uden det nævnte indgreb, og i forhold til hvilket publikum de derfor ville være forblevet utilgængelige«. Jf. punkt 6.1.2 og 6.1.3 i anmodningen om præjudiciel afgørelse.

\*\*\*\*\* Jf. i denne retning de effektive tekniske foranstaltninger, der er nævnt i artikel 6 i direktiv 2001/29.

\*\*\*\*\* Domstolen fastslog, at »i det tilfælde, hvor et klikbart link [...] 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«. Jf. dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 31). Jf. analogt artikel 6 i direktiv 2001/29 om forpligtelser vedrørende tekniske foranstaltninger og dom Nintendo m.fl. (C-355/12, EU:C:2014:25, præmis 24).

\*\*\*\*\* Der skal foreligge »en indgriben, uden hvilken [...] bruger[ne] ikke får adgang til [...] værker[ne]«. Dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 31). Min fremhævelse.

76. Jeg bemærker, at Domstolen i præmis 41 i dom Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76) fastslog, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en medlemsstat indfører en mere omfattende beskyttelse for indehavere af en ophavsrettighed ved at fastsætte, at begrebet »overføring til almenheden« omfatter flere handlinger, end hvad der følger af denne bestemmelse.

77. Ud over den omstændighed, at anbringelsen af hyperlinks i hovedsagen efter min opfattelse ikke udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, mener jeg, at enhver anden fortolkning af denne bestemmelse vil udgøre en væsentlig hindring for internettets funktion og skade et af de grundlæggende mål med direktiv 2001/29, nemlig at fremme udviklingen af informationssamfundet i Europa \*\*\*\*\*. En sådan fortolkning ville endvidere kunne vanskeliggøre tilvejebringelsen af »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« \*\*\*\*\*.

78. Det er alment kendt, at internetbrugernes brug af hyperlinks både er af systematisk betydning og nødvendig for internettets aktuelle opbygning \*\*\*\*\*. Selv om omstændighederne i hovedsagen er særligt klare \*\*\*\*\* , er det min opfattelse, at internetbrugere i almindelighed ikke ved og ikke på nogen måde kan kontrollere, om den første overføring til almenheden af et beskyttet værk, der er frit tilgængeligt på internettet, er foretaget med eller uden samtykke fra indehaveren af ophavsretten. Såfremt internetbrugere udsættes for en risiko for at blive genstand for et søgsmål om ophavsretskrænkelser i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, hver gang de anbringer et hyperlink til et værk, der er frit tilgængeligt på et andet netsted, ville de være væsentlige mere tilbageholdende med at anbringe sådanne links på internettet, hvilket ville skade selve internettets opbygning og funktion samt udviklingen af informationssamfundet.

79. Efter min opfattelse bør et sådant indgreb i internettets funktionsmåde undgås. Jeg er under alle omstændigheder af den opfattelse, at en udvidelse af begrebet »overføring til almenheden«, der omfatter anbringelse af hyperlinks til beskyttede værker, der er frit tilgængelige på andre netsteder, vil kræve tiltag fra EU-lovgivers side.

#### D – De for indehaveren af ophavsretten tilgængelige retsmidler

80. Selv om den, der administrerer et netsted såsom GS Media, efter min opfattelse principielt ikke \*\*\*\*\* tilsidesætter artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 ved at anbringe de i hovedsagen omhandlede hyperlinks, er dette imidlertid ikke ensbetydende med, at indehaveren af ophavsretten ikke kan anlægge et søgsmål for at sikre beskyttelsen og håndhævelsen af vedkommendes intellektuelle ejendomsrettigheder.

\*\*\*\*\* Jf. anden betragtning til direktiv 2001/29.

\*\*\*\*\* Jf. 31. betragtning til direktiv 2001/29.

\*\*\*\*\* Jf. punkt 54 og fodnote 28 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* GS Media synes at have handlet med fuldt kendskab til situationen og uden på nogen måde at tage hensyn til Sanomas interesser. Jf. punkt 11 i dette forslag til afgørelse.

\*\*\*\*\* Denne konklusion er baseret på en forudsætning om, at de omhandlede værker er frit tilgængelige på et andet netsted.

81. Det er klart, at indehaveren af ophavsretten kan anlægge sag og nedlægge påstand om, at den pågældendes intellektuelle ejendomsrettigheder er blevet krænkede, mod den person, der har foretaget den første overføring til almenheden uden den pågældendes samtykke \*\*\*\*\*. Det er korrekt, at eftersom denne person er ukendt i det foreliggende tilfælde, vil et sådant søgsmål næppe have indehaveren af ophavsrettens interesse.

82. Det bemærkes imidlertid, at indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder i henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 kan kræve nedlagt forbud over for operatører af netsteder såsom Filefactory.com og Imageshack.us, der optræder som mellemmand \*\*\*\*\* som omhandlet i disse bestemmelser, eftersom deres tjenester vil kunne anvendes af brugerne af sådanne netsteder til at krænke intellektuelle ejendomsrettigheder \*\*\*\*\*.

83. I denne forbindelse indeholder 59. betragtning til direktiv 2001/29, der vedrører »mellemmand«, en særlig klar formulering. Det fremgår af denne betragtning, at »[m]ellemmands tjenester [...] navnlig på det digitale område i stadig stigende grad [kan] anvendes af tredjemand til krænkelse. I mange tilfælde er sådanne mellemmand bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. Med forbehold af eventuelle andre sanktioner og retsmidler, der kan anvendes, bør rettighedshaverne derfor have mulighed for at kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af et beskyttet værk eller andre frembringelser i et netværk. [...]« \*\*\*\*\*.

84. Det følger heraf, at et forbud i henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 vedrører den første overføring til almenheden, der er foretaget i strid med ophavsretten, og som efter min opfattelse udgør et direkte og passende middel til at afhjælpe denne krænkelse.

85. Operatører af netsteder såsom Filefactory.com og Imageshack.us kan endvidere under visse omstændigheder ifalde ansvar i henhold til national ret for på deres servere at have lagret informationer, som brugerne af disse netsteder har tilvejebragt.

86. Selv om artikel 14 i direktiv 2000/31 har til formål at begrænse eller undtage de tilfælde, hvor en udbyder af formidlingsydelser i informationssamfundet kan ifalde ansvar i henhold til national ret, er de omhandlede undtagelser underlagt strenge betingelser. Domstolen fastslog i denne forbindelse i præmis 119 i dom L'Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2011:474), at en hosting-tjenesteyder \*\*\*\*\* , når denne udelukkende har foretaget en rent teknisk og automatisk behandling af oplysningerne, i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 er fritaget for ansvaret for de ulovlige informationer, som han har lagret, »under forudsætning af, at han ikke har haft »konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information« og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har haft »kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår«, eller at han fra det øjeblik, hvor han fik et sådant kendskab, straks tog skridt til at fjerne den omhandlede information eller hindre adgangen til den«.

\*\*\*\*\* Jf. bl.a. de retsmidler, der er fastsat i artikel 9-16 i direktiv 2004/48.

\*\*\*\*\* Det må med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse antages, at operatører, der administrerer netsteder såsom Filefactory.com og Imageshack.us, der på deres servere lagrer de informationer, som brugerne af disse netsteder tilvejebringer, udgør hosting-tjenesteydere som omhandlet i artikel 14 i direktiv 2000/31 og »mellemmand« som omhandlet i artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48. Jf. i denne retning dom SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, præmis 27 og 28).

\*\*\*\*\* Jf. i denne retning dom SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

\*\*\*\*\* Min fremhævelse.

\*\*\*\*\* Som omhandlet i artikel 14 i direktiv 2000/31.

87. Det bemærkes, at operatøren af netstederne Filefactory.com og Imageshack.us fulgte Sanomas opfordring om at fjerne de omhandlede fotografier fra deres netsteder\*\*\*\*\*. Det følger heraf, at hyperlinksene på netstedet GeenStijl til andre netsteder blev gjort uvirksomme.

## VII – Forslag til afgørelse

88. På grundlag af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) har forelagt, på følgende måde:

- »1) 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 skal fortolkes således, at anbringelsen af et hyperlink på et netsted, der henviser til et andet netsted, hvor ophavsretligt beskyttede værker er frit tilgængelige for almenheden uden samtykke fra indehaveren af ophavsretten, ikke udgør en overføring til almenheden som omhandlet i denne bestemmelse.
- 2) Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det ikke er relevant, om den, der på et netsted anbringer et hyperlink, som henviser til et andet netsted, hvor ophavsretligt beskyttede værker er frit tilgængelige for almenheden, ved eller bør vide, at indehaveren af ophavsretten ikke har givet samtykke til at placere de pågældende værker på det andet netsted, eller at disse værker ikke tidligere på anden vis er blevet stillet til rådighed for almenheden med samtykke fra indehaveren af ophavsretten.
- 3) Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at et hyperlink til et andet netsted, hvor ophavsretligt beskyttede værker er frit tilgængelige for almenheden, som gør det nemmere for internetbrugere at få adgang til de pågældende værker, ikke udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i denne bestemmelse.«

\*\*\*\*\* Jf. punkt 11 og 12 i dette forslag til afgørelse.