Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 25. april 2018 [1]

Sag C-161/17

Land Nordrhein-Westfalen
mod
Dirk Renckhoff

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudicielt spørgsmål – ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet – begrebet overføring til almenheden – tilrådighedsstillelse på en internetportal af et beskyttet værk, som er tilgængeligt for alle internetbrugere på en anden internetportal – situation, hvor værket er blevet kopieret på en server uden samtykke fra indehaveren af ophavsretten«

1. I en ikke så fjern fortid plejede de tematiske plancher, der blev fremstillet på karton i skolerne, at blive anskueliggjort ved fotografier, illustrationer og tegninger fra bøger og magasiner. Når plancherne var færdige, blev de udstillet på uddannelsesinstitutionerne (til glæde for forældrene), uden at ophavsmændene til de anvendte billeder havde for vane at kræve godtgørelse for anvendelsen heraf.

2. Med deres tilpasning til den nuværende teknologi indsætter eleverne også i dag fotografier eller tegninger i deres opgaver, dog med den forskel, at såvel opgaverne som de billeder, der anvendes hertil, er digitale. Der findes på internettet millioner af muligheder for at tilføje grafik til en skoleopgave, og det er forholdsvist nemt at *uploade* den færdige opgave til en internetside, som er tilgængelig for en hvilken som helst internetbruger.

3. Det var netop tilfældet i den foreliggende sag. En kvindelig elev fra Gesamtschule Waltrop (integreret skole i Waltrop) i Land Nordrhein-Westfalen [2] i Forbundsrepublikken Tyskland fandt et fotografi af den spanske by Córdoba på internettet, som hun indsatte i en opgave i faget spansk. Da hun var færdig med opgaven, *tilføjede* hun den til skolens internetside, men den professionelle fotograf, der havde taget billedet, mente, at det var blevet anvendt uden hans samtykke, og at hans ophavsret dermed var blevet krænket (hvorfor han nedlagde påstand om ophør med denne adfærd samt skadeserstatning).

1 – *Originalsprog*: spansk.

2 – Jeg vil i det følgende uden at sondre anvende betegnelserne »delstaten« og »Land Nordrhein-Westfalen«.

4. I denne forbindelse har Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) anmodet Domstolen om at fastlægge rammerne for begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden« (på internettet), som er en forudsætning for den omhandlede krænkelse. Eftersom *tilrådighedsstillelse* er det udtryk, der i den digitale verden svarer til »overføring« i den analoge verden [3], bør retspraksis vedrørende »overføring« [4] i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3 i direktiv 2001/29/EF [5], finde tilsvarende anvendelse herpå.

5. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om dette begreb omfatter et download af fotografiet af Córdoba, efterfulgt af dets indsættelse i en opgave, som lægges op på skolen internetside. Selv om fortolkningen af perifrasen »overføring til almenheden« allerede har været genstand for ikke så få domme, som Domstolen har afsagt i takt med, at den er blevet forelagt spørgsmål vedrørende nye teknikker og metoder til offentliggørelse af beskyttede værker, er denne forelæggelse udtryk for, at de nationale retters fortolkningsmæssige behov endnu ikke er blevet dækket [6].

6. Den forelæggende ret er i tvivl med hensyn til et af Domstolens kriterier: Den ønsker nærmere bestemt oplyst, om det fotografi, der blev indsat i den opgave, som blev lagt op på skolens internetside, er blevet stillet til rådighed for en »ny« almenhed. Jeg mener imidlertid, at det vil være relevant for tvistens afgørelse ligeledes at tage hensyn til andre tekniske elementer samt de omstændigheder, hvorunder det fotografiske værk blev anvendt, og at sammenholde disse med de øvrige af de i retspraksis fastlagte kriterier.

I. Retsforskrifter

A. International ret

1. WIPO-traktaten om ophavsret

7. Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO) vedtog den 20. december 1996 i Genève WIPO-traktaten om ophavsret, som trådte i kraft den 6. marts 2002 og blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF [7].

8. I henhold til traktatens artikel 1, stk. 4, har de kontraherende parter pligt til at overholde bestemmelserne i Bernerkonventionens artikel 1-21 [8].

3 – Dom af 11.9.2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, præmis 42). Jf. ligeledes forklaringen på, hvordan udtrykket »tilrådighedsstillelse« opstod i international ophavsret, hvorfra det blev videreført i direktiv 2001/29, i M.M. Walter, »Article 3 – Rig[ht] o[f] communication to the public«, i M.M. Walter og S. Von Lewinski, *European Copyright Law – A Comentary*, Oxford, 2010, s. 978.

4 – De parter, der har indgivet skriftlige indlæg i den foreliggende præjudicielle sag, er af samme opfattelse, eftersom de har baseret deres indlæg på retspraksis vedrørende overføring.

5 – 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).

6 – Sætningen »der findes intet værre end et skarpt billede af en sløret idé«, som tillægges den amerikanske fotograf Ansel Adams, kan muligvis bidrage til at forstå denne række af sager.

7 – Af 16.3.2000 (EFT 2000, L 89, s. 6).

8 – Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), som ændret den 28.9.1979 (herefter »Bernerkonventionen«).

2. Bernerkonventionen

9. Af Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, følger:

»Udtrykket »litterære og kunstneriske værker« omfatter enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen, såsom […] fotografiske værker, hvormed sidestilles værker, der er kommet til udtryk gennem en fremgangsmåde, der er analog med fotografi; […]«

10. Konventionens artikel 11 bis, stk. 1, nr. II, bestemmer:

»1) Ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker har eneret til at tillade:

[…]

2. enhver offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige.«

B. EU-retten. Direktiv 2001/29

11. 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.

12. Følgende fremgår af 23. betragtning:

»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.«

13. 31. betragtning har følgende ordlyd:

»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. […]«

14. 34. betragtning er affattet som følger:

»Medlemsstaterne bør have mulighed for at indføre visse undtagelser og indskrænkninger f.eks. med henblik på brug til undervisning og forskning, til fordel for offentlige institutioner som f.eks. biblioteker og arkiver, med henblik på redegørelser for dagsbegivenheder, citater, til brug for handicappede, af hensyn til den offentlige sikkerhed eller med henblik på en administrativ eller retslig procedure.«

9 – Rådets direktiv af 29.10.1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EFT 1993, L 290, s. 9, herefter »direktiv 93/98«).

10 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 (EFT 2006, L 372, s. 12).

15. Artikel 2 (»Retten til reproduktion«) bestemmer:

»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

[…]«

16. Artikel 3 (»Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser«), stk. 1, er affattet som følger:

»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.«

17. Artikel 5 (»Undtagelser og indskrænkninger«), stk. 3 og 5, har følgende ordlyd:

»3. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

a) hvis der udelukkende er tale om anvendelse til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning eller med henblik på videnskabelig forskning, såfremt kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og det sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til

[…]

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.«

C. National ret. Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret)[11]

18. § 2, som omhandler lovens anvendelsesområde, henviser udtrykkeligt til såvel fotografiske værker (Lichtbildwerke) som værker, der er fremstillet på tilsvarende vis.

19. I den version, der var gældende på tidspunktet for det faktiske omstændigheder, bestemte § 52 følgende:

»Overføring til almenheden af et offentliggjort værk er tilladt, så længe arrangøren handler uden vinding for øje, almenheden deltager uden beregning, og ingen af de optrædende kunstnere i forbindelse med en konference eller en fremførelse af værket modtager et særskilt vederlag. Der betales et rimeligt vederlag for overføringen. Vederlaget må ikke opkræves i forbindelse med aktiviteter inden for rammerne af […] eller skoleaktiviteter, for så vidt som de på grund af deres sociale og uddannelsesmæssige formål alene er tilgængelige for et begrænset og bestemt antal personer.«

11 – Lov af 9.9.1965 (BGBl. I s. 1273), senest ændret den 1.9.2017 (BGBl. I s. 3346) (herefter »UrhG«).

20. I henhold til § 64, som finder anvendelse på fotografiske værker, gælder ophavsretten i 70 år efter ophavsmandens død. Derimod har »øvrige« fotografier, på trods af, at beskyttelsen af de fotografiske værker i § 72, stk. 1 og 2, finder tilsvarende anvendelse herpå, en begrænset gyldighed på 50 år regnet fra deres offentliggørelse eller deres første overføring, alt efter hvad der kommer først (samme artikels stk. 3).

II. De faktiske omstændigheder i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

A. De faktiske omstændigheder

21. Den professionelle fotograf Dirk Renckhoff anlagde søgsmål mod byen Waltrop og delstaten [12] for på Gesamtschule Waltrops internetside siden den 25. marts 2009 at have offentliggjort en opgave udarbejdet af en elev i faget spansk, som ifølge forelæggelsesafgørelsen indeholdt et fotografi af Córdoba, som er gengivet heri:



22. Nedenfor billedet, der var hentet på internetportalen »www.schwarzaufweiss.de« (som tilhører et digitalt rejsemagasin med samme navn), havde eleven indsat en henvisning til den pågældende internetside, hvorpå der ikke fandtes nogen angivelse af fotografiets ophavsmand [13].

23. Dirk Renckhoff har anført, at han alene havde givet operatørerne bag magasinets online-portal en simpel brugsret til fotografiet. Han anser således indsættelsen af billedet på skolens internetside for en krænkelse af sin (ophavsretlige) ret til at tillade reproduktion og overføring til almenheden af det nævnte fotografi.

B. Sagsforløbet for de nationale retter

24. Dirk Renckhoffs søgsmål ved retten i første instans blev delvist taget til følge, idet delstaten blev pålagt at fjerne fotografiet og tilpligtet at betale 300 EUR med tillæg af renter.

12 – Delstaten Nordrhein-Westfalen har tilsynet med den kommune, som skolen hører ind under, og er arbejdsgiver for de ansatte lærere på skolen.

13 – Dirk Renckhoffs repræsentant har i retsmødet anført, at der i online-rejsemagasinets impressum fandtes en meddelelse om beskyttelse af ophavsretten til magasinets indhold. Der fremgår imidlertid intet herom under de faktiske omstændigheder i forelæggelsesafgørelsen. Det tilkommer i givet fald den forelæggende ret at bedømme disse faktiske omstændigheder.

25. Dommen i første instans blev appelleret af begge parter, hvorefter appelretten ændrede dommen, om end alene således, at den forbød reproduktionen af fotografiet på internettet. Appelretten lagde til grund, at sagsøgeren over for delstaten var berettiget til at få nedlagt forbud i henhold til UrhG's § 97, stk. 1, og ud fra synspunktet om ansvar for en forstyrrende indgriben (Störerhaftung).

26. Både delstaten (som har fastholdt sin påstand om fuldstændig frifindelse) og Dirk Renckhoff (som har begæret, at samtlige hans påstande tages til følge) har appelleret appeldommen til Bundesgerichtshof (forbundsdomstol).

27. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt det er omfattet af begrebet »overføring til almenheden« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, i den betydning, der er fastlagt i Domstolens praksis, at det beskyttede værk kopieres på en computer og lægges op på skolens internetside.

28. Det er den forelæggende rets opfattelse, at størstedelen af de nødvendige betingelser for at kvalificere det omtvistede forhold som en »overføring til almenheden« er opfyldt. Dette gælder navnlig med hensyn til *overføringen*:

– Offentliggørelsen på internetsiden indebærer ingen fysisk og direkte kontakt mellem dem, der fremfører værket, og det tilsigtede publikum [14].

– Overføringen fandt heller ikke sted efter en specifik teknisk proces, som adskilte sig fra processen for den oprindelige overføring af fotografiet til internettet.

– Ved at give brugerne af skolens internetside en adgang til opgaven inklusive fotografiet, som de ikke ville have haft uden deres mellemkomst, handlede eleven og hendes lærer i fuldt kendskab om følgerne af deres adfærd [15].

29. For så vidt angår det andet element, dvs. *almenheden*, har den forelæggende ret indledningsvis medgivet, at det er »tvivlsomt, om det […] fotografi efter de foreliggende omstændigheder blev overført til et nyt publikum, altså til et publikum, som rettighedshaveren ikke havde taget i betragtning, da han tillod den første overføring til almenheden« [16].

30. Retten ender imidlertid med at fastslå, at det »ikke [kan] lægges til grund, at indehaveren af ophavsretten, som giver sit samtykke til, at hans værk lægges på en frit tilgængelig intern[e]tside, i denne forbindelse ikke kun har de internetbrugere i tankerne som publikum, som besøger denne internetside direkte eller via et link på en anden internetside, men også de internetbrugere, som besøger en anden internetside, som hans værk uden hans samtykke er blevet lagt op på. De sidstnævnte internetbrugere er derfor efter den forelæggende rets opfattelse et nyt publikum som omhandlet i Den Europæiske Unions Domstols praksis«.

31. Den forelæggende ret er ligeledes af den opfattelse, at ophavsmandens manglende samtykke til kopieringen af fotografiet på skolens server og dets efterfølgende offentliggørelse på internettet adskiller den foreliggende sag fra de sager, hvor der blev anvendt hyperlinks eller »framing« [17]. Derfor har ophavsretten som omhandlet i artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (»chartret«) forrang i forhold til brugernes ytrings- og informationsfrihed, som er fastsat i dets artikel 11.

14 – Jf. dom af 24.11.2011, Circul Globus Bucureşti, (C-283/10, EU:C:2011:772, præmis 35 og 36 og den deri nævnte retspraksis).

15 – Den forelæggende ret har bl.a. henvist til dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

16 – Der henvises bl.a. til dom af 8.9.2016, GS Media, (C-160/15, herefter »GS Media-dommen« eller »GS Media-sagen«, EU:C:2016:644, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis). Det er den forelæggende rets opfattelse, at overføringen under alle omstændigheder fandt sted efter den samme tekniske proces, hvorfor det er nødvendigt at undersøge, om overføringen fandt sted til dette nye publikum eller ej, eftersom dette aspekt har subsidiær karakter i forhold til det første.

17 – Jf. GS Media-dommen, præmis 31 og 45.

32. Den har ligeledes fremhævet brugerens afgørende rolle i overføringen, når vedkommende lægger værket på sin egen internetside og stiller det til rådighed, eftersom vedkommende – i strid med ophavsmandens reproduktionsrettigheder – afgør, om værket skal være tilgængeligt for almenheden, og hvor længe. I tilfældet med et hyperlink, som leder til en internetside, ville linket derimod miste sit eksistensgrundlag, når værket var blevet fjernet fra den oprindelige side.

33. Endelig finder den forelæggende ret, at det ikke har afgørende betydning, om anvendelsen af fotografiet består i en tilføjelse heraf til skolens internetside uden vinding for øje [18].

34. Under disse omstændigheder har Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Udgør tilføjelse af et værk, som med tilladelse fra indehaveren af ophavsretten ligger frit tilgængeligt for alle internetbrugere på en fremmed internetside, til ens egen, offentligt tilgængelige internetside en tilrådighedsstillelse for almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29/EF, når værket først kopieres på en server og derfra uploades på ens egen internetside?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes anbringender

A. Retsforhandlingerne

35. Forelæggelsesafgørelsen blev modtaget på Domstolens Justitskontor den 31. marts 2017.

36. Der er indgivet skriftlige indlæg af delstaten Nordrhein-Westfalen, den italienske regering samt Kommissionen.

37. Der blev afholdt retsmøde den 7. februar 2018 med deltagelse af repræsentanterne for delstaten, Dirk Renckhoff, den italienske regering, den franske regering og Kommissionen.

38. Domstolen anmodede parterne om at fremsætte deres bemærkninger på retsmødet angående GS Media-dommens relevans og fortolkningen af artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29.

B. Sammenfatning af parternes anbringender

39. Delstaten Nordrhein-Westfalen og den italienske regering mener ikke, at der i den foreliggende sag har fundet nogen overføring til almenheden sted, eftersom der mangler de elementer, som kræves i henhold til retspraksis. Navnlig har eleven og hendes lærer ikke handlet bevidst og i fuldt kendskab om følgerne af deres adfærd [19]. Eftersom fotografiet allerede var tilgængeligt for internetbrugerne på rejsemagasinets internetportal, indebar tilføjelsen heraf til skolens internetside endvidere ikke nogen mulighed for adgang (til fotografiet), som de ikke allerede havde. Derfor er der efter deres opfattelse heller ikke forekommet nogen overføring til en *ny* almenhed i henhold til retspraksis [20].

18 – Efter rettens opfattelse er det »ganske vist ikke uvæsentligt for klassificeringen af en sådan udbredelse som »overføring til almenheden«, om udbredelsen af et beskyttet værk har erhvervsmæssig karakter – bl.a. med henblik på at fastsætte størrelsen af et muligt vederlag for denne udbredelse (jf. [dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631], præmis 204-206); men det er med sikkerhed ikke afgørende herfor ([jf. dom […] af 31.5.2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 49]; jf. dog også [GS Media-dommen], præmis 55).«

19 – I modsætning til, hvad der kræves ifølge GS Media-dommen, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

20 – Til forskel fra den forelæggende ret mener delstaten, at Domstolens praksis vedrørende hyperlinks og »framing« finder anvendelse på den foreliggende sag, og har i den forbindelse henvist til GS Media-dommen, præmis 52, og dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 18), samt kendelse af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 15).

40. Delstaten har gjort gældende, at der ved bedømmelsen af de implicerede interesser, sammen med chartrets artikel 17, stk. 2, om beskyttelse af den intellektuelle ejendomsret og artikel 11 om ytrings- og informationsfrihed, bør foretages en afvejning af retten til uddannelse, som er forankret i chartrets artikel 14, inden for rammerne af hvilken eleven indsatte fotografiet som illustration i sin opgave. Efter dens opfattelse bidrager retten til at oprette portaler – på samme måde som links – til at sikre en hensigtsmæssig funktion af internettet, i det mindste når værkerne i forvejen er frit tilgængelige på internettet.

41. Endelig er delstaten uenig med den forelæggende ret med hensyn til den rolle, som brugeren tillægges. I det foreliggende tilfælde er værket blevet koblet fra sin ophavsmand, som har tilladt offentliggørelsen heraf på en internetportal, der drives af tredjemand, og hvor værket er tilgængeligt for enhver internetbruger. Dermed har han frivilligt givet afkald på sin ret til at bestemme, hvordan fotografiet skal anvendes. Det forhold, at værkets ejer har givet afkald på at få offentliggjort en henvisning til sin ophavsret, indebærer endvidere, at han er indforstået med, at brugerne anser værket for ikke at være beskyttet af nogen særlig rettighed. Endelig har delstaten anført, at eleven angav kilden til fotografiet i sin opgave, og fremhævet fraværet af et lukrativt formål.

42. Den italienske regering har gjort gældende, at værket ikke var beskyttet af nogen form for adgangsbegrænsning på internettet, hvorfor der var ubegrænset adgang hertil. Det kunne ikke forlanges af eleven og hendes lærer, at de skulle have fuldt kendskab til retsstridigheden af deres handlinger, eftersom disse ikke var ulovlige.

43. Efter den italienske regerings opfattelse var der således ikke tale om en overføring til et »nyt publikum« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i retspraksis [21], og den teknik, som eleven benyttede sig af, adskilte sig ikke fra den, der oprindeligt var blevet anvendt. Endelig har den anført, at den oprindelige tilladelse omfattede adgang til fotografiet i online-rejsemagasinet, og at denne ikke var begrænset til bestemte kategorier af internetbrugere.

44. Kommissionen mener derimod, at offentliggørelsen af fotografiet på skolens internetportal udgør en overføring til almenheden, eftersom den opfylder de betingelser, der kræves i henhold til retspraksis: a) at der blev overført et beskyttet værk [22], b) at begrebet »overføring« skal forstås i bred forstand, dvs. som omfattende enhver overføring, uafhængigt af hvilket middel eller hvilken teknisk proces der anvendes [23], c) at den tekniske fremgangsmåde kan være forskellig [24] eller identisk [25], d) at det ikke er en forudsætning, at den almenhed, for hvilken værket er tilgængeligt, faktisk benytter adgangen hertil [26], og e) at almenheden består af et ubestemt, men betydeligt, antal potentielle modtagere og ikke af en begrænset gruppe interesserede personer [27].

45. Kommissionen, som i sit skriftlige indlæg afviste, at retspraksis vedrørende hyperlinks finder anvendelse på den foreliggende sag [28], har under retsmødet tilkendegivet en langt mere nuanceret opfattelse. Den har ikke fastholdt sin påstand om, at indehaveren af ophavsretten opretholder sin rådighedsret i de tilfælde, hvor der forekommer en omdirigering via hyperlinks, og at dette udgør en

21 – Der henvises navnlig til dom af 26.4.2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis), og af 14.6.2017, Stichting Brein (C-610/15, herefter »dommen i sagen Stichting Brein II«, EU:C:2017:456, præmis 31 og 44).

22 – Med henvisning til dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 38).

23 – Kommissionen har henvist til dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 193).

24 – Dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 26).

25 – Kendelse af 21.10.2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, præmis 15).

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

27 – Dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 41-44).

28 – Navnlig dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 26), og GS Media-dommen, præmis 41 og 47-51.

væsentlig forskel fra den aktuelle sag. Den er derimod enig i, at der – ligesom det var tilfældet i GS Media-dommen – er behov for at foretage en individuel bedømmelse af overføringen, hvor der tages hensyn til aspekter vedrørende elevens fulde kendskab til sin adfærd, herunder navnlig til den omstændighed, at hun kunne formode, at fotografiet var frit tilgængelig for almenheden.

46. Kommissionen har ligesom den italienske regering fremhævet muligheden for at anvende den undtagelse i artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29, som Forbundsrepublikken Tyskland har gennemført ved UrhG's § 52, på den foreliggende sag [29].

47. Dirk Renckhoff har under retsmødet fastholdt, at kriterierne fra GS Media-dommen ikke finder anvendelse på den foreliggende sag. Tilføjelsen af fotografiet til skolens internetside fandt sted uden ophavsmandens samtykke, og han blev således frataget sin ret til at kontrollere anvendelsen af sit værk. Endvidere udgør de internetbrugere, der besøger den pågældende side, et andet publikum end dem, der besøger online-rejsemagasinet.

48. Dirk Renckhoff har i lighed med den franske regering afvist, at artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29 finder anvendelse, eftersom der hverken forelå en pligt til eller et behov for at anvende fotografiet, og dets tilføjelse til uddannelsesinstitutionens internetside overskred de rent undervisningsmæssige rammer. Den franske regering har tilføjet, at adfærden er i strid med samme artikels stk. 5, eftersom den udgør en urimelig udnyttelse af værket.

49. Endvidere omhandler den foreliggende sag efter den franske regerings opfattelse først og fremmest retten til reproduktion som følge af kopieringen af billedet på skolens server (artikel 2 i direktiv 2001/29), og først i anden række overføringen til almenheden. En anvendelse af konklusionerne fra GS Media-dommen vil være uforenelig med målsætningen om at sikre en høj grad af ophavsretlig beskyttelse.

IV. Vurdering af det præjudicielle spørgsmål

A. Indledende bemærkninger og disposition

50. Ud fra den måde, hvorpå den forelæggende rets spørgsmål er formuleret, er spørgsmålet begrænset til en undersøgelse af de elementer, der kendetegner en *overføring til almenheden*, således som disse er blevet defineret i Domstolens praksis [30]. Ikke nok med det kan det udledes af den forelæggende rets betragtninger, at den i virkeligheden alene er i tvivl om, hvorvidt fotografiet blev stillet til rådighed for et *nyt* publikum i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den nævnte retspraksis [31].

51. Nærmere bestemt omhandler det spørgsmål, som er blevet forelagt Domstolen, ikke selve kopieringen af fotografiet på skolens computer eller server, eller om dette eventuelt henhører under artikel 2 i direktiv 2001/29. Det er min opfattelse, at den forelæggende ret ved på denne måde at begrænse sit spørgsmål på korrekt vis har anlagt en samlet tilgang til den omtvistede adfærd frem for at dele den op i to sideordnede begreber (reproduktion og overføring til almenheden).

52. Henset til sagens betydning for millioner af europæiske skoleelevers dagligdag finder jeg det imidlertid hensigtsmæssigt at undersøge andre faktorer, som kan bidrage til besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Jeg vil således anvende følgende fremgangsmåde: a) I første omgang vil jeg undersøge Kommissionens påstand om, at fotografiet af Córdoba skal kvalificeres som et *beskyttet*

29 – Den har henvist til dom af 11.9.2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, præmis 55).

30 – De vigtigste milepæle i denne retspraksis findes i dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 19-34.

31 – Ibidem, præmis 28. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsens præmis 38 taget udgangspunkt i, at det fotografi, der blev lagt op på internettet i forbindelse med elevens opgave, blev stillet til rådighed for et »nyt« publikum.

værk[32], b) hvorefter jeg vil gennemgå de træk, der ifølge Domstolen kendetegner begrebet »overføring til almenheden«, med henblik på at fastslå, om dette begreb kan finde anvendelse på den foreliggende sag, og endelig c) vil jeg undersøge den undtagelse, der tillades i henhold til artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29, når et beskyttet værk anvendes til rent undervisningsmæssige formål.

B. Beskyttelse af »almindelige fotografier«

53. Ifølge Kommissionen er parterne i den nationale sag enige om, at det omtvistede fotografi opfylder betingelserne i retspraksis fra Painer-dommen[33]. I henhold til denne dom kan et portrætfotografi opnå ophavsretlig beskyttelse, »hvis det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, som afspejler hans personlighed, og som kommer til udtryk ved hans frie og kreative beslutninger i forbindelse med udførelsen«[34].

54. Det forekommer mig imidlertid tvivlsomt, at et simpelt fotografi af byen Córdoba med den romanske bro i forgrunden skulle opfylde de betingelser, der er fastsat i Painer-dommen (hvilket ikke er sagt for at nedgøre fotografiets kvalitet). I den pågældende sag blev det undersøgt, om offentliggørelsen af et fantombillede, der var fremstillet på grundlag af et portrætfotografi af en person, som var taget af Eva-Maria Painer, forudsatte, at de sagsøgte avisforlag havde opnået tilladelse hertil fra ophavsmanden, »når beskyttelsen af det pågældende fotografi var svagere eller ikke-eksisterende, henset til de få individuelle udformningsmuligheder, der er forbundet hermed«[35].

55. Domstolen udledte af artikel 6 i direktiv 93/98[36] de nødvendige kriterier for, at fotografiet i Painer-sagen kunne nyde den længere beskyttelse (70 år efter ophavsmandens død) i henhold til dette direktiv.

56. Den omstændighed, at et »almindeligt fotografi« ikke opfylder kravene om kreativitet i direktiv 93/98, er imidlertid ikke ensbetydende med, at det ikke kan være omfattet af den til ophavsretten knyttede beskyttelse. Dette skyldes, at det i henhold til den nævnte artikel 6 er tilladt at beskytte »andre fotografier« gennem den nationale lovgivning.

57. Ifølge forelæggelsesafgørelsen beskytter UrhG's § 72, stk. 1 og 2, således fotografier (Lichtbilder) ved at overføre de bestemmelser, der beskytter »fotografiske værker« (Lichtbildwerke), herpå. Følgelig er det uden betydning, om Dirk Renckhoffs billede af Córdoba havde de egenskaber, som kræves af fotografiske værker i henhold til Bernerkonventionen og direktiv 93/98, eftersom alle fotografier i henhold til tysk ret nyder godt af beskyttelsen i UrhG[37].

58. Selv om dette element ville kunne have haft betydning for tvistens afgørelse, hvis den blev behandlet ved domstolene i en medlemsstat, hvor almindelige fotografier ikke er beskyttet, forholder det sig således, at de i Tyskland nyder godt af en sådan beskyttelse. Der er derfor ikke grundlag for at rette fokus mod de kunstneriske og kreative kvaliteter ved Dirk Renckhoffs fotografi. På denne baggrund er det lettere at forstå, at den forelæggende ret ikke har udtalt sig herom.

32 – Punkt 4 i dens skriftlige indlæg.

33 – Dom af 1.12.2011 (C-145/10, EU:C:2011:798).

34 – Ibidem, præmis 99.

35 – Ibidem, præmis 85.

36 – I henhold til denne bestemmelse er »[f]otografier, der er originale i den forstand, at de er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, beskytte[de] i henhold til artikel 1. Der anvendes ingen andre kriterier for at bestemme, om de er berettiget til beskyttelse. Medlemsstaterne kan fastsætte beskyttelse for andre fotografier«.

37 – Det blev under retsmødet forklaret, at forskellen i praksis består i beskyttelsesperioden: For fotografiske værker gælder de 70 år efter ophavsmandens død (UrhG's § 64), mens perioden for almindelige fotografier er begrænset til 50 år efter fotografiets første offentliggørelse (UrhG's § 72, stk. 3).

C. Begrebet »overføring til almenheden«

59. Domstolen har gennem sin praksis udviklet en række fortolkningskriterier [38] vedrørende de to elementer af dette begreb (»overføring« og det »tilsigtede publikum«). Jeg vil i det følgende gennemgå disse og opholde mig ved dem, der kan vise sig at være mest kontroversielle i forhold til de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

1. Overføring

60. Ingen af parterne har (hverken i sagen ved de nationale retter eller i forbindelse med den foreliggende præjudicielle forespørgsel) reelt bestridt, at der ved tilføjelsen af skoleopgaven med fotografiet af Córdoba til Gesamtschule Waltrops portal har foreligget en overføring af et beskyttet værk til en almenhed, som ikke befandt sig på det sted, hvorfra overføringen fandt sted, uafhængigt af hvilken teknisk proces der blev anvendt [39].

61. Som bemærket af den forelæggende ret, hvis standpunkt jeg er enig i på dette punkt, var der »[v]ed den her omhandlede overføring af fotografiet til skolens internetside […] ingen direkte fysisk kontakt mellem den, der fremfører eller fortolker disse værker, og en almenhed, som blev nået ved denne overføring. Der forelå derfor en overføring[, som] er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29/EF«. De personer, der udgør denne almenhed, havde således adgang til værket, uanset om de faktisk benyttede denne mulighed eller ej [40].

a) Brugerens rolle og subjektive elementer

62. Det første af de i retspraksis opstillede kriterier til bestemmelse af, om der foreligger en overføring, omhandler »brugerens afgørende rolle [og det forhold, at dennes handling er bevidst]« [41]. Dette kriterium [42] forener såvel *subjektive faktorer* ved adfærden hos den person, der foretager en overføring (idet det forudsættes, at vedkommende handler med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger), som *objektive omstændigheder*, for så vidt som handlingen skal give adgang til et beskyttet værk (i den forstand, at »kunderne« i mangel af en sådan mellemkomst ikke ville kunne få adgang til det udsendte værk eller ville have vanskeligt herved) [43].

63. Domstolen har ved enkelte lejligheder undersøgt »brugerens rolle« ud fra et rent objektivt synspunkt, dvs. at den alene har sikret sig, at den nye almenhed ikke ville have haft adgang til værket uden den pågældende brugers mellemkomst [44].

64. I GS Media-dommen blev der imidlertid henvist til visse subjektive elementer, som blev fundet egnede til at afgøre, om kravet om »brugerens afgørende rolle [og om det forhold, at dennes handling er bevidst]«, var opfyldt i forbindelse med den særskilte bedømmelse af overføringen. De kan således inddrages i denne fase af vurderingen.

38 – Jf. redegørelsen herfor i dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 19-29.

39 – Dom af 29.11.2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

40 – Betingelser for anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, jf. dom af 26.4.2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, præmis 35 og 36).

41 – GS Media-dommen, præmis 35.

42 – Dets oprindelse kan spores tilbage til vejledningen til Bernerkonventionen, hvor der redegøres for, under hvilke omstændigheder mellemkomsten af en person, der overfører værket til en almenhed, som ophavsmanden ikke oprindeligt havde forestillet sig, har betydning.

43 – Dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 26.

44 – Dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 45 og 46), hvori der ikke blev foretaget en særskilt undersøgelse af de subjektive elementer, der lader til at være uløseligt forbundet med de objektiver elementer.

65. Den forelæggende ret har ud fra denne synsvinkel bemærket, at eleven og hendes lærer handlede i fuldt kendskab til følgerne af deres adfærd, eftersom de ønskede at give brugerne af skolens internetside en adgang til opgaven inklusive fotografiet, som de ikke ville have haft uden deres mellemkomst [45].

66. Med denne tilgang bliver der imidlertid ikke foretaget en tilstrækkeligt dybdegående undersøgelse af den adfærd, der angiveligt har krænket ophavsretten. Der bliver navnlig ikke foretaget en tilstrækkelig bedømmelse af: a) fotografiets accessoriske karakter som element i en skoleopgave, b) muligheden for »universel« adgang til billedet, som var blevet *uploadet* til internettet med ophavsmandens samtykke, således at enhver internetbruger havde adgang til det, og c) den undervisningsmæssige sammenhæng, hvori overføringen fandt sted, uden »kunder« eller vinding for øje. Det vil være hensigtsmæssigt at undersøge hver enkelt af disse tre faktorer.

1) Værkets accessoriske karakter i forhold til elevens opgave

67. Det kan muligvis virke indlysende, men når eleven og hendes lærer tilføjer en opgave i faget spansk til den tyske skoles internetside, har de ingen direkte hensigt om at offentliggøre fotografiet i sig selv, men derimod opgaven i sin helhed, hvori det omtvistede billede af Córdoba indgår.

68. De ønsker med denne bestræbelse at fremvise opgaven for det publikum, der interesserer sig for spanskundervisning og inden for et (stærkt begrænset) område, der omfatter skolen samt familier, klassekammerater og venner i lokalområdet. Jeg har således vanskeligt ved at se, at der skulle foreligge en hensigt om at udbrede adgangen til fotografiet af Córdoba i et omfang, der rækker langt videre end, hvad der fulgte af tilføjelsen til rejsemagasinets internetportal (hvis potentielle målgruppe med al sandsynlighed overstiger antallet af besøgende på en skoles beskedne internetside).

2) Samtykke fra værkets ophavsmand

69. Tilføjelsen af fotografiet til skolens internetside udgør ganske rigtigt en offentliggørelse *uden* samtykke fra dets ophavsmand. Undlades det at undersøge de supplerende elementer ved denne adfærd, er det muligt at konkludere, at den første betingelse for, at der har fundet en krænkelse af ophavsretten sted, er opfyldt [46].

70. Til forskel fra GS Media-sagen er det i den foreliggende sag ikke relevant, om ophavsmændene til den foreholdte adfærd (eleven og hendes lærer) havde kendskab til, at tredjemands offentliggørelse af værket på internettet var ulovlig. Grunden til, at det ikke er relevant, er, at Dirk Renckhoffs fotografi i forvejen var tilgængeligt på internettet på lovlig vis, dvs. *med* hans samtykke. Det relevante spørgsmål er således, om det kunne forlanges, at de var bevidste om, at det var en ufravigelig forudsætning for reproduktionen af billedet på skolens internetside, at der forelå samtykke fra fotografen. I bekræftende fald ville det kunne formodes, at de havde kendskab til følgerne af deres adfærd.

71. Domstolen har fastslået, at det »navnligt for borgere« kan være vanskeligt at kontrollere, om indehaverne af ophavsretten til værker, der er tilgængelige på internettet, har givet tilladelse til, at de bliver offentliggjort på de pågældende internetsider [47].

45 – Jf. forelæggelsesafgørelsen, præmis 24.

46 – Dom af 16.11.2016, Soulier og Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, præmis 34).

47 – GS Media-dommen, præmis 46.

72. Om end omstændighederne i den foreliggende sag som nævnt adskiller sig fra omstændighederne i GS Media-sagen (som omhandlede hyperlinks, der ledte brugerne videre til beskyttede værker, som var frit tilgængelige på en anden internetside uden tilladelse fra indehaveren af ophavsrettighederne), mener jeg, at argumentationen i den pågældende dom med hensyn til det subjektive element af adfærden hos personer, som ikke har vinding for øje [48], kan finde tilsvarende anvendelse på den foreliggende præjudicielle forespørgsel [49].

73. Navnlig to af disse argumenter er relevante for den foreliggende sag:

– argumentet om, at en person, som ikke har vinding for øje, selv om vedkommende stiller et beskyttet værk til rådighed for almenheden og dermed giver andre internetbrugere direkte adgang hertil, »i almindelighed ikke [handler] med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger med henblik på at give kunderne adgang til et værk, der ulovligt er offentliggjort på internettet«

– argumentet vedrørende vigtigheden af, at det pågældende værk »allerede var tilgængeligt uden nogen adgangsbegrænsende foranstaltninger på denne internetside, som hyperlinket giver adgang til«, dvs. under omstændigheder, hvor »alle internetbrugere i øvrigt i princippet [havde] adgang hertil uden nævnte indgreb« [50].

74. Såfremt de faktorer, der nævnes i disse to argumenter, er til stede, kan det under omstændigheder som i den foreliggende sag udledes, at der ikke er tale om en overføring til almenheden. Denne virkning opstår imidlertid ikke: a) når indehaverne af ophavsretten har meddelt, at det værk, som der gives adgang til, »ulovligt er offentliggjort på internettet« [51], eller b) når adgangen til det pågældende værk gives på en sådan måde, at brugerne af den internetside, hvorpå linket befinder sig, får mulighed for at »omgå restriktive foranstaltninger, der er etableret af den internetside, hvor det beskyttede værk befinder sig« [52]. Virkningen opstår ej heller, når ophavsmanden har meddelt den person, der har til hensigt at offentliggøre hans fotografi på internettet, at han ikke giver tilladelse hertil.

75. Overføres disse retningslinjer til den foreliggende sag, kan det konstateres:

– At der ikke var nogen angivelse af ophavsretten til fotografiet på den specifikke internetside fra rejsemagasinet, hvor det optrådte [53]. Det kunne således helt legitimt formodes, at der var tale om et almindeligt billede af byen Córdoba, som anvendtes til at tiltrække turister, og som derfor ikke var omfattet af den passende beskyttelse af ophavsret.

– At fotografiet var let tilgængeligt (eftersom det ikke var ledsaget af nogen former for restriktioner eller meddelelser) [54] på den pågældende internetside. Denne omstændighed bidrager sammen med den foregående til, at eleven og hendes lærer kunne formode – igen helt legitimt og uden behov for yderligere undersøgelser – at fotografiet var frit tilgængeligt for almenheden.

76. Jeg er ikke enig med delstaten i, at denne tilgang kan lede til den tanke, at ophavsmanden skulle have opgivet sine rettigheder, eller at værket skulle være blevet offentlig ejendom.

48 – Selv om jeg vil behandle betydningen af lukrative formål nedenfor, bør det allerede her fremhæves.

49 – Modargumentet mod en tilsvarende anvendelse er, at retspraksis fra GS Media-dommen alene omhandler de links, der omdirigerer til en internetside, hvor værket allerede findes, mens billedet i den foreliggende sag lægges op på en persons egen internetside, hvorved det bliver direkte tilgængeligt for tredjemand. Jeg mener imidlertid ikke, at denne forskel er relevant for bedømmelsen af de subjektive elementer og de øvrige omstændigheder ved adfærden, som der henvises til i GS Media-dommen. Dette har Kommissionen medgivet i retsmødet.

50 – GS Media-dommen, præmis 48.

51 – Ibidem, præmis 49.

52 – Ibidem, præmis 50.

53 – Jf. fodnote 13 i dette forslag til afgørelse.

54 – Dets ophavsmand kunne have truffet foranstaltninger til hindring af fotografiets kopiering ved at anvende en af de eksisterende tekniske sikkerhedsmetoder.

77. Kan det imidlertid tænkes, at fotografiets ophavsmand implicit har udtrykt sit samtykke til tredjemands anvendelse heraf?[55] Jeg mener ej heller, at der nødvendigvis skal nås frem til dette resultat, når det efter min opfattelse er muligt ud fra en formodning at knytte et andet resultat (af tilsvarende art) til adfærden hos den fotograf, som på den ovenfor angivne måde tillader udbredelsen af sit værk på internettet.

78. Fordelingen af forpligtelser mellem den *almindelige* internetbruger, som ikke har nogen erhvervsmæssig interesse, og indehaveren af ophavsretten kan ikke systematisk og generelt udmønte sig i et krav om, at den førstnævnte skal udvise større omhu end den sidstnævnte[56], når det kommer til beskyttelsen af ophavsret[57]. Nærmere bestemt finder jeg det ikke logisk, at en bruger med disse kendetegn skal pålægges opgaven med at undersøge, om de billeder, der ligger på internettet, og som hverken er forsynet med restriktioner eller meddelelser, er ophavsretligt beskyttede, når vedkommende ønsker at gøre brug heraf til f.eks. undervisningsmæssige formål. Under disse omstændigheder må den pågældende bruger kunne *formode*, at ophavsmanden ikke har nogen indvendinger mod en begrænset anvendelse af disse billeder til undervisningsmæssige formål.

79. Hvis dette ikke var tilfældet, ville anvendelsen af de uanede mængder information, som internettet giver adgang til, blive begrænset. Denne begrænsning ville kunne forringe den ytrings- og informationsfrihed, der er sikret i chartrets artikel 11. I den foreliggende sag ville den endvidere have en negativ indvirkning på retten til uddannelse som omhandlet i chartrets artikel 14, stk. 1.

3) Fraværet af et lukrativt formål og af »kunder«

80. Den tredje faktor i forbindelse med bedømmelsen af elevens og hendes lærers adfærd er den omstændighed, at de har handlet uden vinding for øje[58]. Selv om Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) ikke har tillagt det fortolkningsmæssig værdi[59], har det efter min opfattelse større betydning, end der gives udtryk for.

81. Domstolen har knyttet vindingsøjemed sammen med formodningen om, at der handles i fuldt kendskab til, at der er tale om et beskyttet værk, og det manglende samtykke til offentliggørelse heraf på internettet[60]. Selv om den ikke har udtrykt det eksplicit, er det dens opfattelse, at det i de tilfælde, hvor der handles uden vinding for øje, er nødvendigt at påvise kendskabet til, at placeringen af værket på internetteter ulovlig, til hvilket formål der i hvert enkelt tilfælde skal tages hensyn til samtlige omstændigheder og elementer.

55 – I dom af 16.11.2016, Soulier og Doke (C-301/15; EU:C:2016:878, præmis 35), nævnes muligheden for at udtrykke samtykket implicit. Dommen lægger imidlertid til grund, at den bruger, som ønsker at anvende et værk, kender eller muligvis kender ophavsmanden, og at vedkommende derfor har pligt til på forhånd at informere ophavsmanden behørigt, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Jf. dommens præmis 38 og 39.

56 – Det ville kunne tilskynde til en tilbagelænet holdning hos rettighedshaveren, som ville kunne lade hånt om sin ophavsret og blot hvile på en uforholdsmæssig beskyttelse. En sådan holdning ville endvidere kunne lede til et større antal uoverensstemmelser med de brugere, der har tillid til (og ønsker at tro på) gennemsigtigheden og den frie adgang til den eksisterende information på internettet. Det må således kræves, at ophavsrettens indehaver udviser en vis grad af omhu med hensyn til beskyttelsen heraf.

57 – Jf. et stærkt argument til fordel for denne genskabelse af balance i N. Elkin-Koren, »Copyright in a Digital Ecosystem«, R.L. Okediji (red.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, Cambridge University press, New York, 2017, s. 132 ff., navnlig s. 159.

58 – Domstolen har i nylige domme taget dette subjektive element i betragtning, jf. bl.a. dom af 26.4.2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, præmis 49), og dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 46.

59 – Forelæggelsesafgørelsens præmis 39.

60 – GS Media-dommen, præmis 51: »Når der placeres hyperlinks med vinding for øje, må det forventes af den person, der foretager placeringen, at den pågældende foretager den nødvendige kontrol med henblik på at sikre sig, at det omhandlede værk ikke ulovligt er offentliggjort på det netsted, som disse hyperlinks henviser til, således at det må formodes, at placeringen er foretaget med fuldt kendskab til, at der er tale om et beskyttet værk, og at indehaveren af ophavsretten eventuelt ikke har givet tilladelse til offentliggørelsen på internettet.«

82. Som jeg netop har gjort rede for, kan fraværet af enhver form for meddelelse eller restriktion i brugen af fotografiet på rejsemagasinets internetside i hovedsagen have givet eleven anledning til at tro, at der intet var til hinder for tilføjelsen heraf til skolens internetside. En sådan formodning kan ikke sidestilles med den udtømmelse af rettigheder, som er forbudt i henhold til artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29, eftersom den uden vanskeligheder ville kunne tilbagevises. Den ville endvidere gøre det muligt at afbalancere ophavsretten med tanken om, at internettet skal være »velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk« [61].

83. De manglende angivelser forstærker ikke argument om, at eleven og hendes lærer havde fuldt kendskab til, at der var tale om et beskyttet værk, og at det var nødvendigt at indhente en tilladelse fra indehaveren af ophavsrettighederne – tværtimod.

84. Endvidere har Domstolen udviklet sin praksis på dette område i en kommerciel sammenhæng, hvilket bl.a. kommer til udtryk ved den regelmæssige henvisning til »kunderne«. Der tages således udgangspunkt i, at en bestemt virksomhed (eller erhvervsdrivende) giver sine kunder mulighed for at få adgang til et bestemt beskyttet elektronisk indhold uden at have indhentet indehaverens samtykke. I en undervisningsmæssig sammenhæng [62] er der derimod ikke grundlag for at anvende betegnelsen »kunder« – i sin erhvervsmæssige betydning – for dem, der opnår adgang til fotografiet takket være den opgave, der er blevet lagt op på uddannelsesinstitutionens internetside.

85. Kort sagt giver summen af disse tre faktorer (billedets accessoriske karakter i forhold til skoleopgaven, den frie tilgængelighed til fotografiet, som ikke var forsynet med nogen angivelser om begrænsninger i dets anvendelse, og fraværet af et lukrativt formål i adfærden hos eleven og skolens personale) mig anledning til at konkludere, at der i den foreliggende sag ikke er forekommet en overføring til almenheden i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens praksis.

b) Den anvendte teknik

86. I forelæggelsesafgørelsen undersøges det i forlængelse heraf, om den af eleven og hendes lærer anvendte teknik til at lægge fotografiet op på skolens internetside var forskellig fra den teknik, der var blevet anvendt til at gengive fotografiet på internetportalen hos det rejsemagasin, som ophavsmanden havde givet brugstilladelse til.

87. Transmissionen af et værk ved hjælp af tekniske fremgangsmåder, som er forskellige fra den oprindelige udsendelse, antages som bekendt at være rettet mod en *anden* almenhed, mens en anvendelse af den samme teknik nødvendiggør en undersøgelse af, om der reelt kan tales om en *ny* almenhed [63].

88. Den forelæggende ret, delstaten og den italienske regering har anført, at den teknik, som eleven benyttede sig af, var den samme, som rejsemagasinet havde anvendt på sin internetside. Kommissionen har ikke afvist denne lighed, men har i sit skriftlige indlæg tilbagevist, at retspraksis vedrørende hyperlinks kan finde anvendelse på den foreliggende sag, hvilket den præciserede under retsmødet.

89. Alt peger efter min opfattelse på, at den forudgående reproduktion af billedet, uanset fremgangsmåden (f.eks. kopiering til en USB-nøgle eller til computeren), og den efterfølgende tilføjelse heraf til en internetportal svarer til den samme teknik, som rejsemagasinet har anvendt til at lægge fotografiet op på sin internetside.

61 – Ibidem, præmis 45.

62 – Bedømmelsen af dette kriterium kunne have haft et andet resultat, såfremt skolen opkrævede penge for at besøge den internetside, hvorpå der blev givet adgang til den opgave, som fotografiet indgik i.

63 – Dom af 29.11.2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

90. At denne teknik i den foreliggende sag blev anvendt på en måde, som adskiller sig fra den måde, hvorpå den anvendes i forbindelse med hyperlinks (hvor handlingen alene finder sted på internettet), ændrer ikke ved kriterierne for undersøgelsen af betingelsen vedrørende »overføring«. Det er således nødvendigt at undersøge, om den almenhed, som det til skolens internetside tilføjede værk er rettet mod, udgør en ny almenhed [64].

2. Det tilsigtede publikum

a) Minimumsgrænse?

91. Undersøgelsen af den »almenhed«, som overføringen er rettet mod, skal under alle omstændigheder indledes med det *kvantitative* element: Det skal først og fremmest fastslås, om der er tale om »et ubestemt antal potentielle modtagere og desuden indebærer et betydeligt antal personer«, mens det først er i anden omgang, at der skal tages stilling til, om det er en »ny« almenhed [65]. Logikken i denne retspraksis skal findes i, at der ikke er grundlag for retligt at kvalificere en begrænset gruppe personer, der modtager transmissionen af et værk, som en »almenhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

92. For at fastslå, om minimumsgrænsen [66] er overskredet, er det nødvendigt at tage hensyn til den kumulative virkning af, at værkerne stilles til rådighed, idet det skal vurderes, hvor mange personer der har adgang til det samme værk, ikke kun sideløbende, men ligeledes efter hinanden [67].

93. Domstolen har fastslået, at en overføring på en internetside uden adgangsbegrænsninger er rettet mod alle potentielle brugere (internetbrugere) af den pågældende internetside [68]. Det afgørende er således det *objektive* element, dvs. overføringsmetoden, snarere end den *subjektive* hensigt hos den, der benytter sig af metoden.

94. Det fremgår ikke, at tilføjelsen af elevens opgave til uddannelsesinstitutionens internetside var omfattet af en adgangsbegrænsning (f.eks. begrænset til skolens personale, elevernes forældre eller eleverne selv). Hvis enhver internetbruger således havde mulighed for at frekventere internetsiden og få adgang til det beskyttede værk (fotografiet), var overføringen følgelig egnet til at nå en *potentielt* talrig gruppe personer, dvs. en »almenhed« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

b) Spørgsmålet, om der er tale om en »ny« almenhed

95. Ifølge dette kriterium kan der alene være tale om en »ny« almenhed, når overføringen er rettet mod en anden almenhed end den tilsigtede ved den oprindelige overføring, dvs. når den kan anses for »bredere« [69] end den almenhed, som den oprindeligt var rettet mod.

96. For så vidt som både online-rejsemagasinets offentliggørelse af fotografiet og tilføjelsen heraf på internetsiden i forbindelse med skoleopgaven i den foreliggende sag var tilgængelig for enhver internetbruger uden begrænsninger, var den almenhed, som den ene og den anden internetside gav potentiel adgang, den samme i begge tilfælde (internetsamfundet).

64 – Ibidem, præmis 50 a contrario sensu.

65 – Dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 41), og af 29.11.2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, præmis 45), samt dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 41.

66 – Det er denne benævnelse, der anvendes i dom af 15.3.2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140), præmis 86.

67 – Ibidem, præmis 87.

68 – Dom af 29.11.2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, præmis 46 og 47), og af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 22).

69 – Dette adjektiv anvendes i vejledningen til Bernerkonventionen.

97. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl med hensyn til denne antagelse, idet den mener: a) at brugeren, når vedkommende tilføjer og opretholder værket på sin egen internetside, har en afgørende rolle i overføringen, b) at indehaveren af ophavsrettighederne, som giver sit samtykke til, at hans værk offentliggøres på en frit tilgængelig internetside, alene har det publikum, der besøger den pågældende internetside – direkte eller via et link – i tankerne, og c) at en godtagelse af den modsatte løsning vil medføre en udtømmelse af ophavsretten, hvilket udtrykkeligt er forbudt i henhold til artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29.

98. Jeg mener ikke, at disse forbehold giver mulighed for at opretholde kvalifikationen som »ny« almenhed i den foreliggende sag[70]. Domstolen har i denne forbindelse opstillet nogle kriterier, som den anvender uden forskel såvel på overføring af værker via tv- og radiosignaler[71] som på overføring via hyperlinks på internettet[72], dvs. uafhængigt af den tekniske fremgangsmåde. En sådan almenhed eksisterer, når den på den ene side ikke ville have kunnet nyde værket uden brugerens mellemkomst, og på den anden side ikke blev taget i betragtning, dengang der oprindeligt blev givet tilladelse til offentliggørelsen[73].

99. For så vidt angår elevens og hendes lærers mellemkomst, er det vanskeligt at forestille sig, at dem, der besøgte skolens internetportal, ikke også skulle have mulighed for på samme måde (og uden større vanskeligheder) at besøge rejsemagasinets internetside, hvor fotografiet af Córdoba oprindeligt blev offentliggjort. Den generelle almenhed, der bruger internettet, er således den samme, når den besøger rejsemagasinets internetside, som når den interesserer sig for skolens internetportal.

100. Når billedet nemt og lovligt (dvs. med rettighedsindehaverens samtykke) er tilgængeligt for *samtlige* internetbrugere, er det vanskeligt at se, hvordan elevens og hendes lærers mellemkomst skulle kunne være *afgørende* for, at et *endnu større* antal personer kan få adgang.

101. Internettet fungerer således, at når de billeder, der er lagt op herpå med deres ophavsmænds samtykke, er frit og gratis tilgængelige – uden nogen angivelser eller foranstaltninger, der peger i en anden retning – er det umuligt at segmentere antallet eller kategorierne af potentielle besøgende eller at forudse, at kun nogle, og ikke andre, vil nyde godt af billederne.

102. Hvis vi begrænser os til internettet, som er det område, der er relevant i den foreliggende sag, har den nye almenhed hidtil snarere været forbundet med den omstændighed, at en bestemt gruppe brugere har fået adgang til et beskyttet værk, og at de derved har haft mulighed for at omgå de restriktive foranstaltninger, der er etableret af den oprindelige internetside. Under denne forudsætning er der ganske rigtigt tale om »et nyt publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden ikke havde taget i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring«[74].

103. I den foreliggende sag blev der imidlertid hverken tilsidesat nogen (ikke-eksisterende) beskyttelsesforanstaltning eller givet adgang til et værk, som befandt sig på internettet uden indehaverens tilladelse. Sammen med den væsentlige kontinuitet i antallet af potentielle besøgende på de to internetsider, hvor fotografiet befandt sig, gør fraværet af disse to objektive elementer det muligt at fastslå, at der ikke forekom nogen overføring til en ny almenhed i den ovenfor nævnte forstand.

70 – Det ville i denne sammenhæng muligvis være mere hensigtsmæssigt at anvende udtrykket »yderligere almenhed«.

71 – Dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 197 og 198).

72 – Dommen i sagen Stichting Brein II, præmis 44 og 45.

73 – Dom af 31.5.2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, præmis 60).

74 – Dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 31).

104. Som jeg tidligere har nævnt, er dette resultat ikke ensbetydende med en *udtømmelse* af ophavsretten i strid med artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/29. Det er snarere et udtryk for den logiske konsekvens af den måde, hvorpå fotografiets ophavsmand har overdraget brugen heraf, idet han vidste eller burde have vidst, at fraværet af enhver form for beskyttelsesforanstaltning mod kopiering af billedet kunne give internetbrugerne anledning til at tro, at det var frit tilgængeligt for almenheden.

105. Under disse omstændigheder mener jeg ikke, at det er urimeligt at forlange, at en erhvervsdrivende, som selv eller gennem tredjemand offentliggør et værk på internettet, træffer de fornødne foranstaltninger, herunder af teknisk art, for i det mindste at gøre opmærksom på sin ophavsret og sit ønske om at kontrollere udbredelsen af værket, og dermed undgå den modsatte opfattelse.

106. Jeg mener endvidere, at et krav om sådanne forholdsregler ikke indebærer en nedsættelse af det høje beskyttelsesniveau for indehaverne af ophavsrettighederne til billederne (idet disse forbliver uskadte, såfremt de behørige meddelelser tilføjes), men bidrager til at opretholde ligevægten mellem disse rettigheder og internetbrugernes legitime interesser, uden at det er til skade for logikken bag internettet.

107. Endelig mister rettighedsindehaveren ikke kontrollen over det fotografi, der anvendes på skolens internetside, eftersom han kan kræve, at det bliver fjernet, såfremt han mener, at det forvolder ham skade.

108. På baggrund af det ovenstående er det kort sagt min opfattelse, at spørgsmålet fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) bør besvares benægtende.

D. Undtagelsen i forbindelse med anvendelse til undervisningsmæssige formål

109. Reelt set forudsætter den besvarelse, som jeg foreslår, ikke en anvendelse af de mulige undtagelser til ophavsretten, som er omhandlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29, og den forelæggende ret har heller ikke stillet spørgsmål herom.

110. Det er muligt, at denne tavshed skyldes en overbevisning om, at den retsforskrift, hvorved den tyske lovgiver har gennemført disse undtagelser i national ret, ikke tillader et tilfælde som dette [75].

111. For fuldstændighedens skyld, og for det tilfælde, at Domstolen ikke måtte være enig i mit forslag, finder jeg det imidlertid nødvendigt at undersøge anvendelsen af artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 på den foreliggende sag, eftersom Domstolen i sin dom dermed kan foretage yderligere præciseringer for den forelæggende ret, som – ud over de præciseringer, der udelukkende vedrører dens spørgsmål – kan være den til nytte i forbindelse med fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse [76].

75 – UrhG's § 52a sondrer mellem værker af mindre omfang (»Werke geringen Umfangs«) i stk. 1, hvis overføring er begrænset til den kreds af elever, der deltager i hver lektion, og værker (»Werke«) i stk. 2, som i alle tilfælde kræver ophavsmandens samtykke. Denne artikel er blevet ophævet ved artikel 1, stk. 7, i Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (lov om tilpasning af ophavsretten til de nuværende krav i vidensamfundet af 1.9.2017, der trådte i kraft den 1.3.2018 og er den seneste reform af UrhG). Den er blevet erstattet af den nye artikel 60a om lovligt godkendte anvendelser til uddannelse, videnskab og institutioner, hvis stk. 1 har erstattet værkernes format som kriteriet for at bestemme omfanget af tilladt brug, idet den har ændret det til den maksimale procentdel af værket (15%), som kan kopieres, stilles til rådighed eller gøres offentligt tilgængeligt. Dette ændringsforslag påvirker ikke den foreliggende sag ratione temporis.

76 – Disse præciseringer vil til sin tid kunne bidrage til en fortolkning af de nationale bestemmelser i lyset af de EU-bestemmelser, som de gennemfører.

112. I henhold til artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 kan medlemsstaterne indføre undtagelser fra retten til reproduktion, overføring og tilrådighedsstillelse for almenheden. Blandt disse undtagelser er det tilfælde, hvor der udelukkende er tale om anvendelse af de beskyttede værker til »anskueliggørelse i forbindelse med undervisning«[77]. Den italienske regering har henledt opmærksomheden på behovet for subsidiært at tage stilling til denne undtagelse, mens Kommissionen har anført, at Tyskland har indført den ved UrhG's § 52.

113. Medmindre jeg tager fejl, er det første gang, at Domstolen skal tage stilling til undtagelsen i litra a). Selv om rækkevidden af undtagelserne og indskrænkningerne ifølge Domstolens faste praksis skal fortolkes indskrænkende, for så vidt som de kan påvirke ejendomsretten til intellektuelle frembringelser[78], må det ikke glemmes, at retten til uddannelse ligeledes er forankret i chartrets artikel 14, stk. 1[79]. Følgelig bør der ved fortolkningen foretages en rimelig afbalancering af de to rettigheder.

1. Undervisningsmæssige formål

114. Undtagelsen fra ophavsretten, når anvendelsen af de beskyttede værker alene har undervisningsmæssige formål, kan ikke reduceres til et absolut minimum, således som det ville være tilfældet, hvis den blev begrænset til kun at tillade, at lærerne tilføjer illustrationer til indholdet i deres lektioner eller forelæsninger.

115. En fortolkning, hvor der lægges større vægt på retten til uddannelse som omhandlet i chartrets artikel 14, stk. 1, kan fremhæve elevernes aktive og ikke rent passive rolle ved at tillade, at også de – med samme undervisningsmæssige (eller i dette tilfælde indlæringsmæssige) formål – anvender ophavsretligt beskyttede billeder. På denne måde bidrages der til, at undervisningen opfylder sin hovedopgave, nemlig at udvikle den menneskelige personlighed fuldt ud[80].

116. Undtagelsen gælder ikke kun i forbindelse med reproduktion af beskyttede værker og tilrådighedsstillelse heraf på internettet med henblik på *videnskabelig forskning*. Bestemmelsen stiller denne hensigt på samme niveau som hensigten om at fremme *undervisningen*, hvorfor såvel eleverne som lærerne på det ikke-universitære område skal nyde godt heraf, når de øvrige betingelser for anvendelsen i øvrigt er opfyldt.

117. Under retsmødet var der faktisk en vis enighed om, at der ikke ville have fundet en overføring til almenheden sted (i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29), hvis elevens opgave var blevet lagt op på en skolen tilhørende internetside, hvortil adgangen var begrænset til skolens nærmiljø. Selv om jeg finder denne fortolkning alt for snæver[81], afspejler den efter min opfattelse forbindelsen mellem det undervisningsmæssige formål og tilføjelsen af fotografiet til skolens internetside.

77 – Artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29.

78 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

79 – Det, der ligger til grund i disse tilfælde, er kort sagt den ved retspraksis anerkendte samfundsmæssige funktion af den private ejendomsret, som gør det muligt at begrænse denne rettighed, så længe begrænsningerne er nødvendige for at tilgodese almene hensyn, og de ikke udgør et uforholdsmæssigt og uacceptabelt indgreb, der krænker selve den garanterede rettigheds kerne. Jf. dom af 15.1.2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 113), og af 12.5.2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia og ERSA (C-347/03, EU:C:2005:285, præmis 119 og den deri nævnte retspraksis).

80 – Således anerkendes det i artikel 26, stk. 2, i verdenserklæringen om menneskerettigheder fra 1948 og i artikel 13, stk. 1, i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (ICESCR), som blev vedtaget af FN's Generalforsamling ved resolution 2200 A (XXI) af 16.12.1966, og som har været i kraft siden den 3.1.1976, jf. dens artikel 27.

81 – Henset til kendetegnene ved en skoles internetside mener jeg ikke, at der er væsentlig forskel på at vise fotografiet på skolens *intranet*, *extranet* eller internetside: Det publikum, der frekventerer den pågældende side, vil med al sandsynlighed være identisk i de tre tilfælde, dvs. eleverne og deres familiemedlemmer eller venner samt lærerstaben.

2. Angivelse af kilden og ophavsmandens navn

118. I henhold til artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 er undtagelsen i forbindelse med undervisningsmæssige formål betinget af, at »kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt«.

119. Nuvel, i den opgave, der blev lagt op på skolens internetportal, var der i forbindelse med tilføjelsen af fotografiet angivet navnet på det magasin (*Schwarzaufweiss*), hvori det var fundet. Eleven og hendes lærer handlede med omhu, og de kan ikke foreholdes ikke at have nævnt fotografens navn, når det ikke fremgik nedenfor billedet.

3. Ikke-kommercielt formål

120. Det kræves ligeledes i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29, at anvendelsen af det beskyttede værk til undervisningsmæssige formål »sker i et omfang, som det ikke-kommercielle formål berettiger til«.

121. Som jeg allerede har bemærket, er der ingen tvivl om, at tilføjelsen af opgaven fra spanskfaget til skolens internetportal ikke havde noget kommercielt formål. Det kan lægges til grund, at anvendelsen af billeder, der downloades fra internettet i forbindelse med digitale opgaver, i dag er en uomgængelig del af visse undervisningsmæssige aktiviteter.

4. Testen i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29

122. Uanset om anvendelsen af fotografiet er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29, er det fortsat nødvendigt at bestå *testen* i samme artikels stk. 5, hvorfor det er nødvendigt at undersøge betingelserne for anvendelsen heraf[82]. Jeg vil i den forbindelse benytte samme fremgangsmåde som i mit forslag til afgørelse i Stichting Brein-sagen[83].

123. Eftersom der er tale om en anvendelse inden for undervisningsområdet uden vinding for øje, forekommer det mig i første omgang klart, at den ikke strider mod den normale udnyttelse af værket (anden del af testen). Med tilføjelsen til skolens internetside har hverken eleven eller læreren (og ej heller skolen eller delstaten) fjernet de mulige økonomiske fordele, der er forbundet med fotografiets tilstedeværelse på internettet, eller opnået en kommerciel fordel til skade for ophavsmanden.

124. En anden legitim interesse (tredje del af testen) kunne være angivelsen af ophavsmandens navn med henblik på beskyttelse af hans droit moral. Droit moral forbliver imidlertid uden for anvendelsesområdet for direktiv 2001/29, således som det fremgår af 19. betragtning til dette.

125. Det mest omtålelige punkt vedrører den første del af testen, hvorefter undtagelserne kun må anvendes i *visse specielle tilfælde*.

126. Selv om den foreliggende sag ganske vist er enkeltstående, vil dens resultat kunne have relevante konsekvenser for en lang række lærere og elever (og ligeledes for fotograferne) i analoge situationer. Det er således ikke for dristigt at formode, at den her beskrevne form for adfærd gentager sig dagligt i de forskellige medlemsstater.

82 – Jeg er imidlertid enig i tanken om at gå væk fra en mekanisk anvendelse af denne test, baseret på de tre kriteriers kumulative karakter, for i stedet at afveje vigtigheden af hvert enkelt af disse elementer. Jf. R.M. Hilty, Ch. Geiger og J. Griffiths, »Declaration: A balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law«, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 6/2008, s. 707-713, navnlig s. 709.

83 – Sag C-527/15, EU:C:2016:938, punkt 73-81.

127. Såfremt de her undersøgte omstændigheder foreligger i alle disse tilfælde, vil en afbalanceret fortolkning af denne sidste del af testen, hvor der på samme tid foretages en afvejning af andre legitime interesser (i den foreliggende sag de interesser, der følger af retten til uddannelse), imidlertid gøre det muligt at konkludere, at det ikke er antallet af identiske eller tilsvarende handlinger, der har afgørende betydning, men derimod, at deres rammer er tilstrækkeligt præciseret, således at de ikke strider mod den normale udnyttelse af værkerne og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Der ville – med dette forbehold – være tale om den samme konkrete sag[84].

128. Kort sagt ville undtagelsen i artikel 5, stk. 3, litra a), i direktiv 2001/29 i sidste ende finde anvendelse.

V. Forslag til afgørelse

129. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Tilføjelse af en skoleopgave, som indeholder et fotografi, der var frit og gratis tilgængeligt for enhver internetbruger, til en skoles internetside uden vinding for øje og med angivelse af kilden, udgør ikke en tilrådighedsstillelse for 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, når billedet allerede fandtes på et rejsemagasins internetportal uden meddelelser om restriktioner for anvendelsen heraf.«

84 – Jf. en tilsvarende fremgangsmåde i dom af 11.9.2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, præmis 34).