Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 8. februar 2017 [1]

Sag C-610/15

Stichting Brein
mod
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

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

»Ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 2001/29/EF — artikel 3, stk. 1 — overføring til almenheden — begreb — indekseringsside, der gør det muligt at dele beskyttede værker uden tilladelse fra rettighedshaverne — artikel 8, stk. 3 — en tredjemands anvendelse af en mellemmands tjenester med henblik på at krænke ophavsretten — påbud«

Indledning

1. »[…] the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the .torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map« [2].

2. Det er med denne analogi, der er værdig til ophavsretlig beskyttelse, at den australske dommer Justice Cowdroy forklarer, hvorledes delingen af sider under tilsidesættelse af ophavsrettighederne fungerer ved hjælp af *bittorent*-protokollen [3]. Domstolen skal i nærværende sag definere de retlige grundlag og rækkevidden af det eventuelle ansvar for disse krænkelser begået af »kortudbydere«, dvs. sider såsom The Pirate Bay (herefter »TPB«). TPB er faktisk en af de største og mest kendte sider for deling af filer, der indeholder musik- og filmværker. Delingen sker gratis og for flertallet af disse værkers vedkommende under krænkelse af ophavsrettigheder.

3. Europa-Kommissionen, hvis opfattelse det forekommer mig deles af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, gør gældende, at ansvaret for sider af denne type er et spørgsmål om anvendelse af ophavsretten, som ikke kan løses på EU-retligt niveau, men inden for rammerne af medlemsstaternes interne retssystemer. En sådan tilgang ville imidlertid lade dette ansvar og i sidste ende rækkevidden af de rettigheder, der tilkommer indehaverne, være afhængige af de meget forskellige løsninger, der findes i de forskellige nationale retssystemer. Dette ville undergrave formålet

1 — Originalsprog: fransk.

2 — »Den delte fil er skatten, *bittorrent*-kunden er skibet, *torrent*-filen er skattekortet, The Pirate Bay uddeler skattekort gratis, og trackeren er den vise gamle mand, der skal konsulteres for at forstå skattekortet.« (min oversættelse)

3 — Dom fra Federal Court of Australia af 4.2.2010, Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (No. 3) [2010] FCA 24, præmis 70. Denne passage er ligeledes blevet citeret af Robert van Peursem, som er generaladvokat ved Hoge Rad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol), i tvisten i hovedsagen.

med EU-lovgivningen på det relativt begrænsede område for ophavsret, som netop er at harmonisere rækkevidden af de rettigheder, som ophavsmændene og andre indehavere nyder på det indre marked. Dette er grunden til, at svaret på de problemer, der er rejst i nærværende sag, efter min opfattelse snarere skal søges i EU-retten.

4. Jeg vil også gerne indledningsvis fremhæve, at problematikken i den foreliggende sag efter min opfattelse adskiller sig væsentligt fra problematikken i to nylige sager vedrørende retten til overføring af værker til almenheden på internettet, nemlig de sager, der gav anledning til dommen i sagen Svensson m.fl.[4] og GS Media-dommen[5]. Disse sager vedrørte nemlig den sekundære overføring af værker, der allerede er tilgængelige på internettet, foretaget af en person, der udbyder online-indholdet selv, mens nærværende sag vedrører den oprindelige overføring, der foretages inden for rammerne af et *peer-to-peer*-netværk. Jeg mener derfor ikke, at Domstolens ræsonnement i disse sager kan anvendes direkte på den i hovedsagen omhandlede tvist.

Retsforskrifter

5. Artikel 12 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 (»Direktivet om elektronisk handel«) med overskriften »Ren videreformidling (»Mere conduit«)« har følgende ordlyd[6]:

»1. Ved levering af en informationssamfundstjeneste i form af transmission på et kommunikationsnet af information, der leveres af en tjenestemodtager, eller levering af adgang til et kommunikationsnet sikrer medlemsstaterne, at tjenesteyderen ikke er ansvarlig for den transmitterede information […]

[…]

3. Denne artikel berører ikke en domstols eller en administrativ myndigheds mulighed for i overensstemmelse med medlemsstaternes retssystem at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den.«

6. Dette direktivs artikel 14 med overskriften »Oplagring (»Hosting«)« 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.

[…]

4 — Dom af 13.2.2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Dom af 8.9.2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — EUT 2000, 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.«

7. Artikel 3 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 [7] med overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser« bestemmer følgende i stk. 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.«

8. Dette direktivs artikel 8 med overskriften »Sanktioner og retsmidler« bestemmer i stk. 3:

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

9. Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder [8] med overskriften »Anvendelsesområde« bestemmer i stk. 2:

»Dette direktiv berører ikke de særlige bestemmelser om håndhævelse af rettigheder og undtagelser, der er fastsat i fællesskabslovgivningen om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder, særlig […] direktiv 2001/29/EF, navnlig […] artikel 8.«

10. Dette direktivs artikel 11 med overskriften »Påbud« bestemmer:

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

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

11. Sagsøgeren i hovedsagen, Stichting Brein, er en stiftelse efter nederlandsk ret, hvis væsentligste formål er bekæmpelse af ulovlig brug af frembringelser, der er beskyttet af ophavsretten og beslægtede rettigheder, og beskyttelse på dette område af indehaverne af disse rettigheders interesser.

12. De sagsøgte i hovedsagen, Ziggo BV og XS4ALL Internet BV (herefter »XS4ALL«), er selskaber efter nederlandsk ret, hvis aktivitet bl.a. består i at udbyde internetadgang til forbrugerne. Ifølge de oplysninger, der er indeholdt i de skriftlige bemærkninger fra Stichting Brein, er disse selskaber de to største udbydere af internetadgang på det nederlandske marked.

13. Stichting Brein har nedlagt påstand om, at det på grundlag af de bestemmelser i den nederlandske lovgivning, der gennemfører artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 [9], pålægges Ziggo og XS4ALL at blokere adgangen for modtagerne af deres tjenester til internetadressen for TPB-siden, som er en maskine til deling af peer-to-peer-filer. Denne påstand er støttet på det forhold, at det er ved hjælp af denne

7 — EUT 2001, L 167, s. 10.

8 — EUT 2004, L 157, s. 45.

9 — Dvs. artikel 26d i Auteurswet (den nederlandske lov om ophavsret) og artikel 15 i Wet op de naburige rechten (lov om beslægtede rettigheder).

maskine til deling, at modtagerne af de sagsøgte i hovedsagens tjenester, ved at anvende de nævnte tjenester, begår krænkelse af ophavsrettighederne i vidt omfang ved at dele filer, der indeholder beskyttede frembringelser (hovedsagligt musik- og filmværker), uden tilladelse fra indehaverne af disse rettigheder.

14. Denne påstand, som blev taget til følge i første instans, blev forkastet i appellen i det væsentlige med den begrundelse, for det første, at det er modtagerne af de sagsøgte i hovedsagens tjenester, og ikke TPB, der krænker ophavsrettighederne, og for det andet, at den blokering, der var nedlagt påstand om, ikke var proportional i forhold til det tilsigtede mål, nemlig den effektive beskyttelse af ophavsrettigheder. Stichting Brein har iværksat kassationsanke til prøvelse af denne sidstnævnte afgørelse for den forelæggende ret.

15. Under disse omstændigheder har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foretager en administrator af et websted en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i [direktiv 2001/29], såfremt der ikke findes beskyttede værker på administratorens websted, men et system […], hvorved meta-information om beskyttede værker, der befinder sig på brugernes computere, indekseres og kategoriseres, således at brugerne ved hjælp heraf kan spore og up- og downloade de beskyttede værker?

2) Såfremt [det første] spørgsmål […] besvares benægtende:

Er der i […] artikel 8, stk. 3, [i direktiv 2001/29] og artikel 11 [i direktiv 2004/48] hjemmel til at udstede et påbud til en sådan mellemand, som omhandles i disse bestemmelser, såfremt denne mellemmand gør det lettere for tredjemand at [begå] ophavsretskrænkelser på den måde, der er beskrevet i [det første] spørgsmål?«

16. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolen den 18. november 2015. Parterne i hovedsagen, den spanske, den italienske, den portugisiske regering og det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Parterne i hovedsagen, den spanske og den franske regering samt Kommissionen var til stede under retsmødet, der blev afholdt den 27. oktober 2016.

Analyse

17. Med de to præjudicielle spørgsmål i nærværende sag stiller den forelæggende ret i virkeligheden spørgsmål om ansvaret for operatører af indekseringssider for *peer-to-peer*-netværk for krænkelser af ophavsrettigheder begået i forbindelse af anvendelsen af disse netværk. Kan disse operatører anses for selv at begå disse krænkelser, hvilket vil betyde, at de øjeblikkeligt ifalder ansvar (det første spørgsmål)? Eller kan det, selv hvis de ikke er direkte ansvarlige, pålægges dem at blokere adgangen til deres websider, hvilket, som jeg vil forklare nedenfor, kræver en form for indirekte ansvar (det andet spørgsmål)?

18. Jeg vil begynde min analyse med en kort oversigt over den måde, hvorpå *peer-to-peer*-netværk fungerer, og over deres rolle i forbindelse med krænkelsen af ophavsrettigheder.

Indledende bemærkninger – peer-to-peer-*netværk*

19. Selv om internettet blev udformet som et computernetværk, der fungerer uafhængigt, fungerer det mest spektakulære udtryk for internettet, *World Wide Web*, efter en anden model, nemlig en centraliseret arkitektur betegnet »klient-server«-modellen. I denne model er indholdet (sædvanligvis en webside) lagret på en server og kan benyttes af brugerne ved hjælp af deres computere, som kaldes

»klienter«, og deres kundesoftware (en web browser). Det er let at forstå, at en sådan arkitektur for *World Wide Web* gør det relativt let at kontrollere lovligheden af indholdet og at bekæmpe ulovligt indhold: Det er tilstrækkeligt at beslaglægge serveren eller at få dens administrator til at slette det ulovlige indhold. Det skal ligeledes bemærkes, at lovgivningen vedrørende tjenester i informationssamfundet, dvs. hovedsagligt internettet, er særligt tilpasset denne funktionsmodel, idet den bl.a. fastsætter, at der ikke er ansvar for mellemmænd for så vidt angår indholdet, men pålægger dem visse forpligtelser til at samarbejde i forbindelse med bekæmpelsen af ulovligt indhold.

20. *Peer-to-peer*-netværket er organiseret efter et anderledes princip. I denne model er hver brugers computer, dvs. hvert par (*peer*), ikke blot en klient, der modtager information, men også en server, der lagrer disse og stiller den til rådighed for andre par. Netværket er således decentraliseret (ingen centrale servere), og det har en »variabel geometri«, eftersom det alene er forbundne server-par, der udgør nettet på et givent tidspunkt (i modsætning til et »traditionelt« netværk, hvor serverne sædvanligvis er permanent forbundne, og det alene er klienterne, der midlertidigt kobler sig til og fra). En sådan netkonfiguration har mange fordele, bl.a. for så vidt angår optimeringen af anvendelse af lagringskapacitet og transmission af oplysninger. Et sådant netværk er også takket være dets decentraliserede arkitektur mere resistent over for angreb og interventioner fra retshåndhævende myndigheder eller rettighedshavere til ophavsrettigheder. Det er bl.a. vanskeligt at slette indhold i et *peer-to-peer*-netværk, idet det findes på forskellige servere tilhørende forskellige fysiske personer i forskellige lande.

21. *Peer-to-peer*-netværk kan anvendes til forskellige ting, såsom e-mailing, telefonering, softwaredistribution eller endda militære formål. Den mest udbredte anvendelse er imidlertid deling af filer.

22. Er der alene tale om filer, der indeholder ulovlige data, såsom værker, der deles under krænkelse af ophavsrettigheder? Nej. På *peer-to-peer*-netværk kan der deles filer af forskellig art, bl.a. filer, som indeholder data, der ikke er genstand for ophavsretlig beskyttelse, værker spredt med rettighedshavernes samtykke eller af ophavsmændene selv, værker, hvis beskyttelse (under alle omstændigheder for så vidt angår materielle rettigheder) allerede er udløbet eller endda værker under gratis licens.

23. Ifølge de oplysninger, som Stichting Brein har indgivet i tvisten i hovedsagen, og som, hvis jeg forstår det rigtigt, ikke er blevet anfægtet, indeholder 90-95% af de filer, der deles på TPB-netværket, imidlertid beskyttede værker, der er distribueret uden rettighedshavernes samtykke. Dette antal synes at gælde for de fleste populære *peer-to-peer*-netværk. Dette skyldes, at de lovlige indhold har deres egne behørige distributionskanaler, som er enten professionelle eller amatører (klassiske websider, online-butikker, sociale netværk, etc.). *Peer-to-peer*-netværk anvendes derimod meget ofte til at dele indhold, der ellers ikke er gratis til rådighed for offentligheden. Ofte skjuler administratorerne af disse netværk ikke engang dette formål, idet visse af disse netværk er blevet skabt med det erklærede formål at omgå ophavsrettighederne, som anses for at være urimelige [10]. Af denne grund har *peer-to-peer* -netværk, siden de dukkede op, været genstand for kampen mod piratkopiering, som især er fundet sted i De Forenede Stater, hvor disse netværk meget hurtigt blev populære. Napster-tjenesten var det første store *peer-to-peer*-netværk, der blev afviklet for krænkelse af ophavsrettighederne [11].

24. Efter Napster dukkede der nye generationer af *peer-to-peer*-netværk op. For tiden er de mest populære, i hvert fald på det europæiske marked, de netværk, der er baseret på *bittorrent*-protokollen. Denne teknologi gør det, ved hjælp af software, der er frit tilgængelig online (benævnt »*bittorrent* -klient«), muligt at downloade den samme fil, opdelt i små fragmenter, fra flere peer-computere. På grund af denne fragmentering af den downloadede fil overbelastes computerne for de peers, som

10 — F.eks. er TPB blevet grundlagt af medlemmerne af Piratbyrån, der er en svensk anti-ophavsretlig organisation.

11 — Dom fra United States Court of Appeals for the Ninth Circuit af 12.2.2001, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

downloadingen hidrører fra (benævnt »*seeders*«) og som fungerer som servere, og deres internetforbindelser ikke, hvilket muliggør en hurtig downloading af relativt store filer. Eftersom antallet af peers, der er i besiddelse af og deler de samme filer, er afgørende for downloadingens hastighed, tilbydes med *bittorrent*-teknologien hvert fragment af den downloadede fil samtidig til downloading til andre peers, der søger efter den samme fil (»*leechers*«). Sagt på en anden måde, hver klient-computer, der downloader filen, bliver automatisk en server, som derefter stiller den til rådighed for andre peers.

25. Jeg vil ikke gå mere i detaljer om den tekniske funktion af *peer-to-peer*-netværk, som det er let at finde detaljerede beskrivelser af[12]. Som i alle sager om informationsteknologi overhaler den tekniske udvikling nemlig let de lovgivningsmæssige eller retslige procedurer med risiko for, at de juridiske løsninger, der er baseret på en given status quo-teknologi, bliver forældede, allerede inden de vedtages[13]. Det, som man efter min opfattelse skal lede efter for at løse en tvist som den i hovedsagen omhandlede, er den retlige substans af visse handlinger, uafhængigt af den tekniske baggrund for disse handlinger. Det, som er vigtigt fra dette synspunkt, er den rolle, der spilles af sider som TPB i forbindelse med deling af filer i *peer-to-peer*-netværk.

26. Denne rolle er nemlig afgørende. Anvendelsen af ethvert *peer-to-peer*-netværk hviler på muligheden for at finde de disponible peers for at kunne dele den ønskede fil. Disse informationer, uanset om de teknisk set har form af *torrent*-filer, »*magnet*-links« eller andet, befinder sig på sider som TPB. Disse sider tilbyder ikke blot en søgemaskine, men ofte, således som det er tilfældet for TPB, indekser over værker, der er indeholdt i disse filer, ordnet i forskellige kategorier, f.eks. »100 best« eller »de nyeste«. Det er således ikke engang nødvendigt at søge efter et konkret værk, men tilstrækkeligt at foretage et valg mellem de værker, der foreslås, ligesom i et biblioteks katalog (eller rettere sagt et audio- eller videotek, da der hovedsaglig er tale om musik- og filmværker). Disse sider giver ligeledes supplerende informationer, navnlig informationer om den forventede varighed af downloadingen og antallet af aktive *seeders* eller *leechers* for en given fil.

27. Selv om det, som de sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, således teoretisk set er muligt at finde filer, der tilbydes med henblik på deling på et *peer-to-peer*-netværk, uden at anvende en side som TPB, fører søgningen efter sådanne filer i praksis generelt til sådan en side eller til en side, der samler oplysninger fra flere *peer-to-peer*-netværk. Rollen for sider som TPB er således i praksis uundgåelig for disse netværks funktion, i hvert fald for en gennemsnitlig internetbruger.

Det første præjudicielle spørgsmål

28. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det forhold, at operatøren af et websted gør det muligt at finde filer, som indeholder værker, der er beskyttet af ophavsretten, der tilbydes med henblik på deling på et *peer-to-peer*-netværk, ved at indeksere meta-information hidrørende fra disse filer og ved at udbyde en søgemaskine, udgør en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

29. Jeg vil begynde min analyse af dette spørgsmål med en kort oversigt over retsforskrifterne og retspraksis vedrørende retten til overføring til almenheden.

12 — Som første henvisning kan nævnes Wikipedia, der er en meget relevant kilde på internetområdet (indførelse »*peer-to-peer*«, »*bittorent*«, »The Pirate Bay«). Jf. også afgørelse fra den australske retspraksis, der er nævnt i fodnote 3, punkt 43-78, og L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, dokument udarbejdet til Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret, som er til rådighed på dens internetside under nr. WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Således er TPB's side siden indgivelsen af den præjudicielle anmodning i nærværende sag ud over muligheden for at downloade filer blevet forsynet med en *streaming*-option for delte værker på *peer-to-peer*-netværket ved hjælp af ny software. Denne fremgangsmåde blev præsenteret i retsmødet af Stichting Breins repræsentant.

Retten til overføring til almenheden

30. Hvad angår spredningen af ophavsmænds værker har ophavsmændene traditionelt en eneret til at tillade eller forbyde dels spredning af eksemplarer af disse værker, dels præsentation af dem for den del af offentligheden, som befinder sig på stedet for præsentationen. Typiske eksempler er koncerter og teaterstykker.

31. Fremkomsten af tekniske kommunikationsmidler, idet det første var lyd via radioudsendelser, gjorde det nødvendigt at beskytte ophavsrettighederne for så vidt angår denne mulighed for udnyttelse af deres værker. Denne ret blev indført for første gang i international ret ved artikel 11 bis i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker som revideret (herefter »Bernerkonventionen«) [14]. For tiden fastsætter Bernerkonventionens artikel 11 bis i den affattelse, der følger af Paris-akten af 24. juli 1971, ændret den 28. september 1979, eneret for ophavsmændene til at tillade radioudsendelse eller enhver anden gengivelse til offentligheden uden tråd af deres værker, og »sekundær« gengivelse af det radioudsendte værk foretaget af en anden organisation end den oprindelige [15].

32. Denne regulering af retten til overføring til almenheden blev udarbejdet til – og særligt tilpasset – den »lineære« kommunikationstype for at gentage terminologien fra direktiv 2010/13/EU [16]. I denne overføringsmodel »skubbes« signalet til modtageren (derfra det engelske ord *push*), som blot kan modtage det (eller ikke) på det tidspunkt, hvor det udsendes. Det er således relativt let at afgøre, hvornår overføring fandt sted, hvem den hidrørte fra, og hvem der var dens modtagere, dvs. offentligheden. Det er den klassiske model for, hvordan radio- og tv-spredning foregår.

33. Med udviklingen af *video on demand* og derefter især internettet er der fremkommet en ny overføringsmåde, hvor overføringens indhold blot er stillet til rådighed for potentielle brugere, idet disse kan nyde godt af dette på det ønskede tidspunkt og sted. I denne model er det kun på det tidspunkt, hvor brugeren beslutter sig for at modtage indholdet, at signalet faktisk overføres til den pågældende (*pull*). Der har været tvivl om, hvorvidt denne fremgangsmåde svarede til begrebet »overføring til almenheden« som omhandlet i Bernerkonventionen [17].

34. Bernerkonventionen er blevet suppleret, bl.a. med henblik på tilpasning af dens bestemmelser i forhold til de tekniske fremskridt, ved Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsrets traktat om ophavsret, der blev vedtaget i Genève den 20. december 1996 (herefter »WCT«) [18]. Begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden« er blevet indført udtrykkeligt ved denne traktat. WCT's artikel 8 fastsætter nemlig en eneret for ophavsmænd til at tillade overføring af disse til almenheden på en hvilken som helst måde, det være sig ved trådoverføring eller trådløst, »herunder også at værkerne gøres tilgængelige for almenheden på en sådan måde, at den enkelte kan få adgang til værkerne fra et sted og på et tidspunkt, som vedkommende selv kan vælge«. Denne bestemmelse begrænser sig således ikke til overføring via radio eller tv-spredning, men omfatter ethvert teknisk kommunikationsmiddel. Den begrænser sig heller ikke til lineær overføring, men udstrækker sig til, at indholdet stilles til rådighed for en modtagelse, der er forskudt i tid. Det er netop denne sidstnævnte måde for overføring til almenheden, der er særligt relevant for tilfældet internettet, navnlig for *peer-to-peer*-netværk.

14 — Berlin-akten fra 1908.

15 — Den nuværende formulering af artikel 11 bis i Bernerkonventionen følger af Bruxelles-akten fra 1948.

16 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 10.3.2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (EUT 2010, L 95, s. 1). Der er tale om en lineær overføring i tid, dvs. som kun kan modtages på tidspunktet for udsendelsen [jf. artikel 1, stk. 1, litra e), i direktiv 2010/13].

17 — Jf. bl.a. S. von Lewinski og M. Walter, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, s. 973-980.

18 — Traktaten blev godkendt på vegne af Det Europæiske Fællesskab ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000 (EFT 2000, L 89, s. 6).

35. WCT's artikel 8 blev gennemført i EU-retten ved artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, som er den bestemmelse, der ønskes fortolket inden for rammerne af nærværende sag. Denne bestemmelse gentager næsten identisk den formulering, der er anvendt i WCT.

36. Direktiv 2001/29 indeholder imidlertid ingen definition af begrebet »overføring til almenheden« eller af begrebet »tilrådighedsstillelse for almenheden«. Det er således Domstolen, der har skullet fastsætte rammerne for denne definition. Ifølge retspraksis er to elementer uomgængeligt nødvendige for at fastslå, at der foreligger en overføring til almenheden: overføringshandlingen og tilstedeværelsen af en almenhed [19].

37. Hvad angår det første element har Domstolen fremhævet den afgørende rolle, som den aktør, der foretager overføringshandlingen, har, og det forhold, at dennes handling er bevidst. Denne aktør foretager nemlig en overføring, når denne med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give sine kunder adgang til et beskyttet værk, og navnlig når den pågældendes kunder i princippet ikke ville have haft adgang til værket, hvis denne ikke havde foretaget denne handling [20].

38. Det skal hertil føjes, som jeg har anført ovenfor, at overførelseshandlingen i tilfælde af tilrådighedsstillelse for almenheden af et værk med henblik på modtagelse på det tidspunkt, som modtagerne ønsker, skal vurderes under hensyntagen til det særlige ved denne overføringsmåde. I modsætning til den overføring, der foretages på initiativ af den, der foretager denne overføringshandling, sker den effektive transmission af værket i tilfælde af en tilrådighedsstillelse således kun potentielt og på modtagerens initiativ. Imidlertid realiseres indehaveren af ophavsrettighedernes mulighed for at modsætte sig denne overføring på tidspunktet for tilrådighedsstillelsen, uafhængigt af om og hvornår den effektive overføring finder sted [21].

39. Hvad angår det andet element om tilstedeværelsen af en almenhed omfatter dette ifølge Domstolens praksis to krav. Ifølge det første krav skal overføringen være rettet mod et ubestemt, men betydeligt antal potentielle modtagere. Dette kriterium er normalt opfyldt, når der er tale om en side, som alle internetbrugere i princippet har adgang til [22].

40. Ifølge det andet krav skal den almenhed, som den omhandlede overføring er rettet imod, være et »nyt publikum«. For så vidt angår tilrådighedsstillelse på internettet er det Domstolens opfattelse, at overføringen ikke er blevet foretaget til et nyt publikum, når den vedrører et værk, der allerede er stillet til rådighed for almenheden med fri adgang på en anden internetside. I en sådan situation tilsigter overføringen nemlig i det mindste potentielt det samme publikum som det, der tilsigtes med den oprindelige tilrådighedsstillelse, dvs. samtlige internetbrugere [23].

41. Denne frihed for internetbrugere er dog begrænset. Ved anvendelsen af kriteriet om et nyt publikum skal der nemlig ifølge Domstolen ikke tages hensyn til det publikum, der faktisk har adgang til værket, men alene det publikum, som indehaveren af ophavsrettighederne tog i betragtning ved den oprindelige overføring. Hvis værket derimod er blevet stillet til rådighed, men uden rettighedshaverens samtykke, har denne ikke taget noget publikum i betragtning, og enhver ny tilrådighedsstillelse tilsigter således nødvendigvis et nyt publikum og skal derfor anses for at være en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 [24].

19 — Jf. senest dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 35).

21 — Jf. i denne retning dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 19).

22 — Jf. i denne retning dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 22).

23 — Jf. dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, præmis 24-27).

24 — Dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 43).

42. Der er imidlertid ikke anledning til at undersøge, om overføringen er rettet mod et nyt publikum i det tilfælde, hvor denne er blevet foretaget ved hjælp af en særlig teknisk fremgangsmåde, dvs. en teknisk fremgangsmåde, der er forskellig fra den, der anvendtes til den oprindelige overføring [25]. I et sådant tilfælde er der således altid tale om en overføring til offentligheden som omhandlet i direktiv 2001/29.

43. Disse elementer skal nu bedømmes i sammenhæng med *peer-to-peer*-netværk.

Overføring til almenheden i peer-to-peer-netværk

44. Det kan efter min opfattelse ikke nægtes, at der, når værker, som er beskyttet ved ophavsretten, deles i et *peer-to-peer*-netværk, finder en tilrådighedsstillelse for almenheden sted af disse værker.

45. For det første stilles værkerne til rådighed på brugerne af netværkets computere, således at enhver anden bruger kan downloade dem. Det forhold, at de filer, der indeholder disse værker, i *bittorent* -systemet er fragmenterede og downloadede i fragmenter fra forskellige computere, er en teknisk særegenhed uden betydning. Genstanden for beskyttelsen af ophavsretten er nemlig ikke en fil, men værket. Værkerne stilles til rådighed i deres helhed og overføres til brugerne, der ligeledes downloader dem i deres helhed, medmindre der er tekniske uheld.

46. For det andet udgør de potentielle brugere af et åbent *peer-to-peer*-netværk som TPB uden tvivl et ubestemt og betydeligt antal personer.

47. For det tredje er kriteriet om, at der skal være tale om et nyt publikum, ligeledes opfyldt, uanset det forhold, at der er tale om et specifikt teknisk middel, i hvert fald for så vidt angår de værker, der deles uden ophavsmændenes samtykke. Som jeg allerede har anført i punkt 41 i nærværende forslag til afgørelse, skal kriteriet om et nyt publikum bedømmes i forhold til det publikum, som ophavsmanden tog i betragtning, da denne gav sit samtykke [26]. Hvis ophavsmanden til værket imidlertid ikke har samtykket til, at dette deles i et *peer-to-peer*-netværk, udgør brugerne af det nævnte netværk pr. definition et nyt publikum [27].

48. Det skal stadig afgøres, hvilke personer i et *peer-to-peer*-netværk der foretager tilrådighedsstillelsen af de værker, der deles deri: brugerne af netværket eller operatøren af en indekseringsside som TPB.

49. Brugerne stiller bevidst – ved på deres computere at installere og opstarte delesoftwaren (*bittorrent-klienten*), idet de giver TPB de *torrents*, som gør det muligt at spore de filer, der findes på deres computere, og lader disse computere være i drift, således at de kan være aktive på nettet – de værker, som de er i besiddelse af, til rådighed for andre brugere af netværket.

50. Disse værker ville imidlertid ikke være tilgængelige, og netværket ville ikke kunne fungere eller ville i hvert fald være mere meget kompleks og mindre effektiv at anvende uden sider som TPB, der gør det muligt at finde og få adgang til værkerne. Operatørerne af disse sider organiserer således det system, der gør det muligt for brugerne at få adgang til værker, der er stillet til rådighed af andre brugere. Deres rolle kan således anses for at være nødvendig [28].

25 — Jf. dom af 7.3.2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, præmis 39).

26 — Jf. bl.a. dom af 13.2.2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, præmis 24), og af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 37 og 42).

27 — Hvilket også følger stiltiende af præmis 43 i dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

28 — Jf. hertil ligeledes punkt 26 og 27 i nærværende forslag til afgørelse.

51. Det er rigtigt, at en sådan side begrænser sig til at registrere det indhold, der findes på *peer-to-peer* -netværket, dvs. den meta-information, som hidrører fra værkerne, der tilbydes med henblik på deling af netværkets brugere. Operatøren af siden har således i princippet ingen indflydelse på, hvornår et givent værk fremkommer på dette netværk. Denne er kun en mellemmand, der gør det muligt for brugerne af dele indholdet *peer-to-peer*. Denne mellemmand kan derfor ikke tillægges den afgørende rolle i overføringen til almenheden af et givent værk, så længe den pågældende ikke ved, at værket er stillet til rådighed ulovligt, eller så længe den pågældende, efter at være blevet opmærksom på denne ulovlighed, handler loyalt for at afhjælpe den. Fra det tidspunkt, hvor denne operatør har kendskab til det forhold, at tilrådighedsstillelsen finder sted under krænkelse af ophavsrettigheder, og ikke handler for at hindre adgangen til det omhandlede værk, kan den pågældendes adfærd imidlertid anses for at have til formål udtrykkeligt at gøre det muligt at fortsætte den ulovlige tilrådighedsstillelse af dette værk og således for at være bevidst.

52. Jeg vil præcisere, at dette kendskab for operatøren af siden skal være effektivt. Det er bl.a. tilfældet i den situation, hvor denne operatør af rettighedshaveren udtrykkeligt er blevet gjort opmærksom på den ulovlige karakter af den information, der er på denne side[29]. Det vil derfor ikke være passende for så vidt angår en sådan side at anvende en formodning om, at den pågældende har kendskab herom, som er analog med den, der blev fastslået af Domstolen i GS Media-dommen, som vedrørte personer, der havde placeret et hyperlink med vinding for øje[30]. En sådan formodning ville nemlig føre til, at der blev pålagt operatørerne af indekseringssider i *peer-to-peer*-netværk, som normalt fungerer med vinding for øje, en generel overvågningsforpligtelse for så vidt angår det indekserede indhold.

53. Interventionen fra disse operatører opfylder således de kriterier om en nødvendig og bevidst karakter, der er opstillet i Domstolens praksis.[31] Det skal således efter min opfattelse lægges til grund, at disse operatører også samtidig og sammen med brugerne af netværket stiller værker, der deles inden for rammerne af netværket uden indehaveren af ophavsrettighedernes samtykke, til rådighed for almenheden, hvis de er bevidste om denne ulovlighed og ikke reagerer for at hindre adgangen til disse værker.

54. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at det forhold, at operatøren af et websted ved at indeksere filer og levere en søgemaskine gør det muligt at finde filer, som indeholder værker, der er beskyttet af ophavsretten, der tilbydes med henblik på deling på et *peer-to-peer* -netværk, udgør en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, hvis denne operatør har kendskab til det forhold, at et værk er stillet til rådighed på netværket uden indehaverne af ophavsrettighedernes samtykke og ikke reagerer for at hindre adgangen til dette værk.

Det andet præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

55. Det andet præjudicielle spørgsmål er blevet stillet af den forelæggende ret for det tilfælde, at Domstolen besvarer det første spørgsmål, som jeg foreslår en bekræftende besvarelse af, benægtende. Hvis Domstolen imidlertid ikke deler min analyse, der er blevet fremlagt ovenfor, bliver en analyse af det andet præjudicielle spørgsmål nødvendig. Jeg vil derfor ligeledes foreslå en besvarelse af dette andet spørgsmål.

29 — Dette er ifølge de oplysninger, der fremgår af sagen, tilfældet for TPB-siden i tvisten i hovedsagen.

30 — Dom af 8.9.2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 51).

31 — Dom af 8.9.2016 GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

56. Det andet præjudicielle spørgsmål nævner både artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og artikel 11 i direktiv 2004/48. Imidlertid berører bestemmelserne i direktiv 2004/48 ifølge dette direktivs artikel 2, stk. 2, og mere direkte ifølge dette direktivs artikel 11, andet punktum, ikke bestemmelserne i direktiv 2001/29, navnlig artikel 8. Det følger efter min opfattelse deraf, at artikel 8 i direktiv 2001/29, for så vidt angår de områder, der er omfattet deraf, har forrang frem for artikel 11 i direktiv 2004/48. Det følger heraf, at det alene er artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, der er relevant for besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål. Under alle omstændigheder har disse to bestemmelser lignende indhold.

57. Med dette andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at der i denne bestemmelse er hjemmel til at nedlægge forbud mod en udbyder af internetadgang med henblik på at pålægge denne at blokere sine brugeres adgang til et *peer-to-peer*-netværks indekseringsside, via hvilken der er begået krænkelser af ophavsrettigheder, selv hvis operatøren af denne side ikke selv til almenheden overfører de værker, der er blevet stillet til den pågældendes rådighed på det nævnte netværk.

Anvendeligheden af foranstaltninger i henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 på sider som TPB

58. Jeg minder om, at ifølge artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 skal rettighedshaverne kunne kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke deres ophavsrettigheder.

59. I tvisten i hovedsagen er det ubestridt, at de sagsøgte som udbydere af internetadgang er mellemmænd som omhandlet i den ovennævnte bestemmelse.

60. Det er efter min opfattelse ligeledes klart, at disse mellemmænds tjenester anvendes af tredjemænd til at krænke ophavsrettigheder. Det er nemlig blevet konstateret, at visse brugere af disse tjenester anvender *peer-to-peer*-netværket til derpå at dele værker uden tilladelse fra indehaverne af ophavsrettighederne. Denne deling udgør en tilrådighedsstillelse for almenheden af et værk uden tilladelse fra indehaveren af ophavsrettighederne og følgelig en krænkelse af disse rettigheder.

61. Det særlige ved tvisten i hovedsagen er, at den foranstaltning, der er nedlagt påstand om træffes, dvs. blokeringen af adgangen til TPB-siden, påvirker ikke blot de brugere, der krænker ophavsrettighederne, men også TPB-siden, der ikke kan udbyde sine tjenester til de brugere, der er koblet på internettet via sagsøgtes mellemmand i hovedsagen.

62. Domstolen har ganske vist anerkendt muligheden for en sådan foranstaltning i dommen i sagen UPC Telekabel Wien [32]. I denne sag var der imidlertid tale om at blokere adgangen til et websted, hvis operatør selv blev anset for at have foretaget krænkelsen af ophavsrettighederne. De værker, der ulovligt blev stillet til rådighed for almenheden, befandt sig nemlig på det omhandlede websted og blev downloadet af brugerne fra denne side. Det var under disse omstændigheder, at Domstolen kunne fastslå, at operatøren af den nævnte side anvendte tjenesterne fra udbyderen af internetadgang for de personer, der benyttede denne side, til at begå krænkelser af ophavsrettighederne.

63. Situationen er en helt anden i den foreliggende sag, for selv om det er godtgjort, at TPB ikke selv foretager overføringen til almenheden af værker uden indehaverne af ophavsrettighedernes samtykke, kan det ikke konkluderes, at TPB anvender tjenesterne fra udbyderne af internetadgang for brugerne af *peer-to-peer*-netværket for at begå krænkelser af ophavsretten.

32 — Dom af 2.3.2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

64. Det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, forudsætter, at der er en forbindelse mellem forbuddets genstand og krænkelsen af ophavsrettighederne. En foranstaltning til blokering af et websted forudsætter, at det er blevet konstateret, at operatøren af den nævnte side har et ansvar for en krænkelse af ophavsrettighederne ved hjælp af tjenester fra den mellemmand, som forbuddet er rettet imod. Det er på denne betingelse, at denne operatør har status af tredjemand, der krænker ophavsrettighederne som omhandlet i artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29.

65. Hvis den omhandlede operatør ikke selv påvirker den handling, der er omfattet af ophavsmandens monopol (f.eks. overføring til almenheden), kan denne krænkelse kun være indirekte. I betragtning af det forhold, at ansvaret for denne form for krænkelser ikke er harmoniseret på EU-plan, skal det været udtrykkeligt fastsat i den nationale lovgivning. Det tilkommer de nationale retter at undersøge, om et sådant ansvar findes i deres nationale lovgivning.

66. Hvis et sådant ansvar kan konstateres for operatøren af en indekseringsside i et *peer-to-peer* -netværk, hvorpå beskyttede værker deles uden tilladelse fra indehaverne af ophavsrettighederne, skal det lægges til grund, at denne operatør anvender disse tjenester fra udbyderne af internetadgangen, hvis kunder deler filerne på dette netværk, analogt med en person, der selv direkte foretager en krænkelse af ophavsrettighederne.

67. Denne konstatering drages ikke i tvivl af det forhold, at en side som TPB kunne henhøre under kategorien for hosting-tjenesteydere, hvis ansvar for den lagrede information i princippet er udelukket i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31. Denne immunitet er nemlig betinget. Den ydes alene, hvis tjenesteyderen ikke havde kendskab til den ulovlige karakter af den lagrede information eller den aktivitet, der foretages ved hjælp af denne information, og på den betingelse, at den pågældende, så snart denne har fået kendskab til denne ulovlighed, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.

68. Hvis mellemmanden ikke opfylder disse betingelser, dvs. hvis den pågældende havde kendskab til ulovligheden af den lagrede information, men ikke har taget skridt for at fjerne den eller hindre adgangen til den, kan den pågældende holdes indirekte ansvarlig for denne information.

69. Dette er bl.a. tilfældet for operatøren for en indekseringsside i et *peer-to-peer*-netværk, som havde kendskab til, eller som var blevet gjort opmærksom på, at *torrent*-filerne leveret af brugerne af netværket gjorde det muligt at dele værker stillet til rådighed på dette netværk uden tilladelse fra indehaverne af ophavsretten, og ikke har handlet for at fjerne disse filer. I tvisten i hovedsagen er det ubestridt, at dette er tilfældet for TPB. Artikel 14 i direktiv 2000/31 er således ikke til hinder for, at denne ifalder ansvar på grund af krænkelser af de ophavsrettigheder, der følger af denne tilrådighedsstillelse.

70. Det skal endvidere undersøges, om en sådan foranstaltning er forenelig med de grundlæggende rettigheder.

Spørgsmålet, om blokering af adgangen til et websted er forenelig med de grundlæggende rettigheder

71. De foranstaltninger, der træffes på grundlag af artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, skal være i overensstemmelse med de anvendelige grundlæggende rettigheder [33]. Spørgsmålet, om denne forenelighed for så vidt angår en foranstaltning, hvormed det pålægges at blokere brugerne af en udbyder af internetadgangs tjenesters mulighed for at benytte en side, som anses for at være ansvarlig for en krænkelse af ophavsrettigheder, er blevet analyseret grundigt af Domstolen i dommen i sagen UPC Telekabel Wien [34]. Domstolen har tilladt en sådan foranstaltning, henset til de grundlæggende rettigheder, idet den har opstillet tre betingelser [35].

72. For det første skal den tjenesteyder, der modtager pålægget, kunne vælge, hvilke tekniske midler der skal anvendes for at efterkomme pålægget, og skal kunne befri sig fra sine forpligtelser ved at godtgøre, at den pågældende har truffet alle rimelige foranstaltninger til dette formål. Dette er betingelser fastsat i national lovgivning, hvis overholdelse henhører under de nationale retters kontrol.

73. For det andet må de trufne foranstaltninger ikke unødigt fratage internetbrugerne muligheden for at få retmæssig adgang til den foreliggende information. Det er klart, at en foranstaltning med blokering af en given side fratager internetbrugerne adgangen til den information, der findes dér, uanset om den er retmæssig eller ikke.

74. Bedømmelsen af lovligheden af en sådan foranstaltning skal derfor efter min opfattelse foretages i det konkrete tilfælde, idet der skal foretages en analyse af proportionaliteten mellem på den ene side foranstaltningen og den fratagelse af adgang til den information, der følger deraf, og på den anden side betydningen og alvorligheden af de krænkelser af ophavsrettighederne, der er begået ved hjælp af den nævnte side.

75. Hvad angår TPB indeholder mere end 90% af de filer, som der er givet adgang til via denne side, ifølge de oplysninger, som sagsøgeren i hovedsagen har indgivet, hvilke oplysninger skal efterprøves af den forelæggende ret, værker, der er stillet til rådighed for almenheden uden tilladelse fra indehaverne af ophavsrettighederne. Operatørerne af TPB er endvidere ved flere lejligheder blevet gjort opmærksom på den ulovlige karakter af indholdet af deres side og er blevet pålagt at fjerne det, hvilket de udtrykkeligt har nægtet at gøre.

76. Under disse omstændigheder vil den fratagelse af internetbrugernes adgang til den information, der følger af foranstaltningen med blokering af TPB-siden, efter min opfattelse stå i forhold til betydningen og alvorligheden af de krænkelser af ophavsrettigheder, der begås på denne side. Min bedømmelse er baseret både på omfanget af det ulovlige indhold og på holdningen hos den nævnte sides operatører. Dette gælder så meget desto mere som det, hvis værker lovligt deles på et *peer-to-peer*-netværk, er meget sandsynligt, at de også er let og gratis tilgængelige ved andre midler, eller at de let kan stilles til rådighed. Situationen ville være en helt anden, hvis der var tale om et websted, hvorpå det ulovlige indhold kun var marginalt, og hvor operatørerne samarbejdede loyalt for at fjerne dem.

77. Naturligvis tilkommer den endelige analyse vedrørende proportionaliteten af den tilsigtede foranstaltning de nationale retter.

33 — Dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).

34 — Dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 46-63).

35 — Dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 64).

78. Endelig skal foranstaltningen for det tredje have til virkning, at de uberettigede benyttelser af de beskyttede frembringelser hindres eller i det mindste gøres vanskelige at gennemføre, og at de internetbrugere, der anvender adressaten for forbuddets tjenester, i høj grad afholdes fra at benytte sig af disse frembringelser, der er stillet til deres rådighed under tilsidesættelse af ophavsretten. Sagt på en anden måde, foranstaltningen skal have til formål at standse og forebygge krænkelsen af ophavsrettighederne, og den skal være rimeligt effektiv ved forfølgelsen af dette formål.

79. I den foreliggende sag rejser de sagsøgte i hovedsagen alvorlig tvivl om effektiviteten af den foranstaltning, der består i at blokere adgangen til TPB's side. Ifølge de sagsøgte vil denne foranstaltning for det første være ineffektiv, fordi de samme værker kan findes og udveksles på internettet ved hjælp af andre midler end TPB. For det andet vil foranstaltningen, der består i at blokere en internetadresse, være let at omgå for enhver erfaren internetbruger.

80. Det skal imidlertid for det første bemærkes, at det ifølge Domstolens praksis ikke er nødvendigt, at beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret sikres på en absolut måde, dvs. at den tilsigtede foranstaltning fører til et totalt stop af krænkelser af ophavsrettigheder. Det er nemlig tilstrækkeligt, at den i høj grad afholder internetbrugerne fra et begå sådanne krænkelser ved at gøre dem vanskelige [36]. Henset til den rolle, som internetsider som TPB har i *peer-to-peer*-netværks funktion, forekommer det mig umuligt at nægte, at blokeringen af adgangen til en sådan side vil hindre eller gøre det vanskeligt for de fleste af brugerne at finde de værker, der stilles til rådighed på et sådant netværk, og således at downloade dem under krænkelse af ophavsretten.

81. For det andet fjerner det forhold, at andre internetsider end TPB kan udfylde den samme rolle, intet ved effektiviteten af den foranstaltning, der er nedlagt påstand om i tvisten i hovedsagen, eftersom der kan nedlægges påstand om tilsvarende foranstaltninger for at blokere adgangen til disse sider for disses vedkommende. Hvis de sagsøgte i hovedsagens ræsonnement blev accepteret, ville det betyde, at det blev godtaget, at ingen foranstaltning til forebyggelse af en tilsidesættelse af loven kunne være effektiv, fordi der altid vil blive begået nye krænkelser af andre personer.

82. Endelig vil jeg for det tredje minde om, at en foranstaltning, der sikkert er mere effektiv, og som består i at blokere al internettrafik vedrørende værker, der er blevet delt ulovligt på *peer-to-peer* -netværk, allerede er blevet bedømt af Domstolen. Domstolen forkastede en sådan foranstaltning, idet den fandt, at den var for bindende for udbyderne af internetadgang, og at den blandede sig for meget i brugernes rettigheder [37].

83. Hvis en foranstaltning, der er mindre bindende for tjenesteyderne, og som udgør en mindre indblanding i brugernes rettigheder, nu skulle forkastes med den begrundelse, at den ikke er tilstrækkeligt effektiv, ville udbyderne af internetadgang i sidste ende de facto blive fritaget for deres pligt til at samarbejde i bekæmpelsen af ophavsretskrænkelser. De fravigelser på området for mellemmænds ansvar, der er fastsat i direktiv 2000/31, udgør et af elementerne i den balance mellem de forskellige berørte interesser, der ifølge 41. betragtning til dette direktiv er blevet skabt ved dette direktiv. Modvægten til disse fravigelser inden for rammen af denne balance er ikke blot fraværet af enhver medvirken til krænkelserne af loven fra mellemmænds side, men ligeledes deres samarbejde for at undgå og forebygge disse krænkelser. De kan ikke unddrage sig denne forpligtelse ved efter omstændighederne at påberåbe sig enten den for bindende karakter af disse foranstaltninger, eller at de er ineffektive.

36 — Dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 61-63). Ifølge Domstolen opfylder selv en foranstaltning, der ikke direkte hindrer krænkelsen af ophavsrettigheder, men som alene kræver af brugerne, at de skal identificere sig for at få adgang til internettet, disse kriterier (dom af 15.9.2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 95 og 96)).

37 — Dom af 24.11.2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, præmis 38-52).

84. Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, foreslår jeg følgelig Domstolen at besvare det andet spørgsmål med, at artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at denne bestemmelse tillader, at der i forhold til en mellemmand udstedes et påbud om, at denne blokerer sine brugeres adgang til et *peer-to-peer*-netværks indekseringsside, hvis operatøren af den nævnte side i henhold til national ret kan holdes ansvarlig på grund af krænkelser af ophavsretten begået af brugerne af det nævnte netværk, på den betingelse, at denne foranstaltning står i forhold til betydningen og alvoren af de begåede krænkelser af ophavsrettigheder, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.

Forslag til afgørelse

85. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen at give følgende svar på de præjudicielle spørgsmål fra Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol):

»Det forhold, at operatøren af et websted ved at indeksere filer og levere en søgemaskine gør det muligt at finde filer, som indeholder værker, der er beskyttet af ophavsretten, som udbydes til deling på et *peer-to-peer*-netværk, udgør en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, hvis denne operatør havde kendskab til det forhold, at et værk var stillet til rådighed på netværket uden indehaverne af ophavsrettighedernes samtykke, og ikke har reageret for at hindre adgangen til dette værk.«