



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 25 april 2018¹

Mål C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen
mot
Dirk Renckhoff**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Begreppet överföring till allmänheten – Tillgängliggörande på en webbplats av ett skyddat verk som är tillgängligt för alla internetanvändare på en annan webbplats – Situation där verket har kopierats till en server utan upphovsrättsinnehavarens medgivande”

1. För inte alltför länge sedan brukade skoluppsatser i pappersformat illustreras med fotografier, tryck och bilder som publicerats i böcker och tidskrifter. När uppsatserna var färdiga förevisades de på skolan (till föräldrarnas glädje) utan att bildernas upphovsmän brukade kräva ersättning för att deras verk användes.
2. Dagens elever som har anpassat sig till dagens teknik infogar också fotografier och bilder i sina uppsatser, med den skillnaden att de nu gör det i digital form. På internet finns miljontals bilder att använda sig av i ett skolarbete och det är relativt lätt att sedan *lägga upp* det färdiga arbetet på en webbplats som är tillgänglig för alla internetanvändare.
3. Så skedde i det nu aktuella fallet. En elev på Gesamtschule de Waltrop (en grund- och gymnasieskola i Waltrop) i Land Nordrhein-Westfalen (delstaten Nordrhein-Westfalen)² i Förbundsrepubliken Tyskland hittade ett fotografi av den spanska staden Córdoba på internet och infogade det i en uppsats i ämnet spanska. När hon var klar med uppsatsen *lade* hon *upp* den på skolans webbplats. Den yrkesfotograf som hade framställt fotografiet ansåg att det hade använts utan hans medgivande och att det därför hade skett ett intrång i hans upphovsrätt (har yrkade att domstolen skulle meddela ett förbudsföreläggande och förordna om skadestånd).

¹ Original språk: spanska.

² Nedan kallat delstaten Nordrhein-Westfalen.

4. I detta sammanhang vill Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) att domstolen ska klargöra begreppet "tillgängliggörande för allmänheten" (på internet), vilket är en förutsättning för det påstådda intrånget. Eftersom begreppet *tillgängliggörande* i den digitala världen motsvarar begreppet "överföring" i den analoga,³ kan domstolens praxis rörande begreppet "överföring",⁴ vilket återfinns i artikel 3 i direktiv 2001/29/EG,⁵ tillämpas efter nödvändiga anpassningar på det förstnämnda begreppet.

5. Den hänskjutande domstolen vill veta om nedladdningen av fotografiet av Córdoba, som sedan infogades i en uppsats som lades upp på skolans webbplats, omfattas av det begreppet. Även om domstolen redan har tolkat begreppet "överföring till allmänheten" i ett antal domar, efter det att frågor har ställts till den rörande ny teknik och nya metoder för att publicera skyddade verk, visar förevarande begäran om förhandsavgörande att de nationella domstolarnas behov av tolkning inte har tillgodosetts helt och hållet.⁶

6. Den hänskjutande domstolen hyser tvivel rörande ett av de kriterier som domstolen har slagit fast. Den undrar närmare bestämt om det fotografi som infogats i uppsatsen som har lagts upp på skolans webbplats har gjorts tillgängligt för en "ny" allmänhet. Jag anser emellertid att det för att avgöra tvisten kanske är lämpligt att även beakta andra aspekter av tekniken och de omständigheter under vilka det fotografiska verket har använts, och jämföra dessa med de övriga ovannämnda kriterierna i rättspraxis.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Internationell rätt

1. *Wipos fördrag om upphovsrätt*

7. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (Wipo) antog i Genève den 20 december 1996 Wipos fördrag om upphovsrätt, vilket trädde i kraft den 6 mars 2002. Detta fördrag godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG.⁷

8. I artikel 1.4 föreskrivs att de fördragsslutande parterna ska iakta artiklarna 1–21 i Bernkonventionen.⁸

3 Dom av den 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punkt 42). Se förklaringarna till hur begreppet "tillgängliggörande" uppkom inom det internationella upphovsrättsliga området, från vilket det överfördes till direktiv 2001/29, i Walter, M.M., "Article 3 – Right of communication to the public", i Walter, M.M./Von Lewinski, S., *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford, 2010, s. 978.

4 De parter som har yttrat sig i förevarande mål anser också att så är fallet, eftersom de bygger sina argument på domstolens praxis rörande överföring.

5 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 2001, s. 10).

6 Den amerikanske fotografen Ansel Adams formulering "det finns inget värre än en skarp bild av ett diffust begrepp", kanske gör det lättare att förstå denna rad av mål.

7 Av den 16 mars 2000 (EGT L 89, 2000, s. 6).

8 Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, Parisakten av den 24 juli 1971, i dess lydelse enligt ändringen av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen).

2. Bernkonventionen

9. I artikel 2.1 i Bernkonventionen anges följande:

”Uttrycket ’litterära och konstnärliga verk’ innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck, såsom: ... fotografiska verk, med vilka jämföras verk som kommit till uttryck genom ett med fotografi likartat förfarande; ...”

10. I artikel 11 bis.1.2 i konventionen föreskrivs följande:

”1) Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk äger uteslutande rätt:

...

2. att låta med eller utan tråd offentligt återge radioutsändning av verket, när återgivandet anordnas av annat företag än det ursprungliga.”

B. Unionsrätten. Direktiv 2001/29

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

12. I skäl 23 anges följande:

”I detta direktiv bör upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten harmoniseras ytterligare. Denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidareändring av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.”

13. I skäl 31 anges följande:

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

14. Skäl 34 har följande lydelse”

”Medlemsstaterna bör ges möjlighet att besluta om vissa undantag och inskränkningar, t.ex. för pedagogiskt eller vetenskapligt syfte, till förmån för offentliga institutioner, t.ex. bibliotek och arkiv, för användning i nyhetsrapportering, för citat, för användning av funktionshindrade, för allmän säkerhet och för användning i administrativa och rättsliga förfaranden.”

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

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 12 december 2006 (EUT L 372, 2006, s. 12).

15. I artikel 2 ("Rätt till mångfaldigande") föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis

a) för upphovsmän: av deras verk,

..."

16. I artikel 3 ("Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten") föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer."

17. Artikel 5 ("Undantag och inskränkningar"), punkterna 3 och 5, har följande lydelse:

"3. Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

a) Användning uteslutande i illustrativt syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning, i den utsträckning som är motiverad med hänsyn till det icke-kommersiella syfte som skall uppnås, förutsatt att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges när detta är möjligt.

...

5. De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen."

C. Nationell rätt Upphovsrättslagen (Urheberrechtsgesetz)¹¹

18. 2 §, som rör lagens tillämpningsområde, innefattar uttryckligen fotografiska verk (Lichtbildwerke) och verk som skapats på liknande sätt.

19. I 52 §, i den version som var i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, föreskrevs följande:

"Överföring till allmänheten av ett offentliggjort verk är tillåten under förutsättning att den som anordnar överföringen handlar utan vinstsyfte, allmänheten medverkar utan kostnad och, om det rör sig om en föreläsning eller ett framförande av verket, ingen av de framförande artisterna får någon särskild ersättning. En rimlig ersättning ska betalas för överföringen. Ersättning ska inte kunna krävas för arrangemang inom ramen för ... eller för skolarrangemang, i den mån de på grund av sin sociala eller pedagogiska karaktär endast är tillgängliga för ett visst begränsat antal personer."

¹¹ Lag av den 9 september 1965 (BGBl. I s. 1273), senast ändrad den 1 september 2017 (BGBl. I, s. 3346). Nedan kallad UrhG.

20. Enligt 64 §, som är tillämplig på fotografiska verk, ska upphovsrätten fortsätta att gälla i sjuttio år efter upphovsmannens död. Skyddet för "övriga" fotografier gäller dock bara i femtio år efter det att de offentliggjordes eller överfördes första gången, om detta inträffade tidigare, även om de i tillämpliga delar omfattas av det skydd som fotografiska verk har enligt 72 § punkterna 1 och 2 (punkt 3 i samma paragraf).

II. Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

A. Bakgrund

21. Dirk Renckhoff, som är yrkesfotograf, väckte talan mot staden Waltrop och mot delstaten Nordrhein-Westfalen¹² på grund av att en elevuppsats i ämnet spanska publicerats på Gesamtschule Waltrops webbplats från och med den 25 mars 2009. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande innehöll uppsatsen följande avbildade fotografi av den spanska staden Córdoba:



22. Under fotografiet fanns en hänvisning till webbplatsen "www.schwarzaufweiss.de" (som är ett nätbaserat resemagasin), men det fanns ingen uppgift om vem som var upphovsman till fotografiet.¹³

23. Dirk Renckhoff gjorde gällande att han endast hade gett dem som drev det nätbaserade resemagasinet enkel nyttjanderätt. Han ansåg därför att den omständigheten att fotografiet hade lagts upp på skolans webbplats utgjorde intrång i hans rätt (som upphovsman) att ge tillstånd för mångfaldigande och överföring av fotografiet till allmänheten.

B. Förfarandet vid de nationella domstolarna

24. Dirk Renckhoffs talan vid domstolen i första instans bifölls delvis och delstaten Nordrhein-Westfalen ålades att ta bort fotografiet samt att betala 300 euro jämte ränta.

25. Efter det att båda parter hade överklagat domen i första instans, ändrade appellationsdomstolen domen enbart på så sätt att den förbjöd delstaten Nordrhein-Westfalen att mångfaldiga fotografiet för att lägga ut det på internet. Enligt appellationsdomstolen fick Dirk Renckhoff väcka talan om förbudsföreläggande mot delstaten Nordrhein-Westfalen enligt 97 § punkt 1 UrhG, på grund av ett indirekt ansvar (Störerhaftung).

26. Såväl delstaten Nordrhein-Westfalen (som vill att talan helt ska ogillas) som Dirk Renckhoff (som vill att alla hans yrkanden ska bifallas) har överklagat appellationsdomstolens dom till Bundesgerichtshof.

¹² Delstaten Nordrhein-Westfalen utövar skoltillsyn över den kommunstyrelse som skolan hör under och som är arbetsgivare för lärarna på skolan.

¹³ Vid förhandlingen uppgav Dirk Renckhoffs ombud att det i det nätbaserade resemagasinets "impressum" fanns en upplysning om att dess innehåll var upphovsrättsskyddat. I redogörelsen för de faktiska omständigheterna i beslutet att begära förhandsavgörande står det emellertid inget om detta. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i förekommande fall pröva dessa faktiska omständigheter.

27. Den hänskjutande domstolen undrar om det är att betrakta som en "överföring till allmänheten", i den mening som domstolen har tolkat artikel 3.1 i direktiv 2001/29, om det skyddade verket kopieras till en dator och läggs upp på skolans webbplats.

28. Den hänskjutande domstolen anser att en stor del av villkoren för att de aktuella omständigheterna ska betraktas som en "överföring till allmänheten" är uppfyllda. Vad beträffar *överföringen*

- innebär publiceringen på webbplatsen inte någon fysisk och direkt kontakt mellan den person som uppför eller framför verket och den allmänhet som nås genom överföringen,¹⁴
- har den inte heller skett med hjälp av en viss teknik som skiljer sig från den teknik som användes när fotografiet först lades ut på internet, och
- genom att användarna av skolans webbplats fick tillgång till uppsatsen, med fotografiet, vilket de inte skulle ha fått utan elevens och hennes lärares agerande, var de sistnämnda fullt medvetna om konsekvenserna av sitt handlande.¹⁵

29. Vad beträffar den andra delen, *allmänheten*, medger den hänskjutande domstolen till att börja med att det "vid sådana förhållanden ... emellertid [är] tveksamt huruvida ... fotografiet, när det lades ut på skolans webbplats, ska anses ha överförts till en ny publik, det vill säga en publik som upphovsrättsinnehavaren inte redan beaktade när denne lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen".¹⁶

30. Dess slutsats är emellertid att det "inte [kan] antas att en upphovsrättsinnehavare som lämnat sitt tillstånd till att dennes verk läggs ut på en fritt tillgänglig webbplats tänker sig att publiken inte endast utgörs av internetanvändare som besöker denna webbplats direkt eller via en länk placerad på en annan webbplats, utan även av internetanvändare som besöker en annan webbplats där verket lagts ut utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd. Enligt den hänskjutande domstolen utgör de sistnämnda internetanvändarna därmed en ny publik i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis."

31. Den anser vidare att avsaknaden av medgivande från upphovsrättsinnehavaren till att fotografiet kopierades till skolans server och därefter lades ut på internet, skiljer detta mål från de mål där hyperlänkar eller "framing" använts.¹⁷ Den hänskjutande domstolen anser därför att upphovsrätten enligt artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) har företräde framför användarnas yttrandefrihet och informationsfrihet enligt artikel 11.

32. Den hänskjutande domstolen pekar även på användarens centrala roll vid överföringen då han lägger upp och behåller verket på sin egen webbplats, eftersom han beslutar om att göra verket tillgängligt för allmänheten och hur länge det ska vara tillgängligt, i strid med upphovsmannens rätt till mångfaldigande. När det gäller en hyperlänk som länkar till en webbplats, förlorar länken sitt syfte om verket tas bort från den ursprungliga webbplatsen.

14 Genom hänvisning till dom av den 24 november 2011, *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772, punkterna 35 och 36 och där angiven rättspraxis).

15 Den hänvisar bland annat till dom av den 13 februari 2014, *Svensson m.fl.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

16 Den hänvisar bland annat till dom av den 8 september 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 37 och där angiven rättspraxis) (nedan kallad domen *GS Media* eller målet *GS Media*). Den hänskjutande domstolen tolkar det under alla förhållanden så att överföringen skedde med hjälp av en identisk teknik och att det därför ska prövas huruvida överföringen gjordes till denna nya publik, eftersom den delen är underordnad den förstnämnda.

17 Den hänvisar till domen *GS Media*, punkterna 31 och 45.

33. Avslutningsvis anser den hänskjutande domstolen att det inte har någon avgörande betydelse att fotografiet inte användes i vinstsyfte när det lades upp på skolans webbplats.¹⁸

34. Mot bakgrund av detta beslutade Bundesgerichtshof att hänskjuta följande fråga till domstolen för ett förhandsavgörande:

”Ska det anses vara fråga om ett tillgängliggörande för allmänheten, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, i ett fall där en person på sin offentligt tillgängliga webbplats infogar ett verk som finns fritt tillgängligt för alla internetanvändare på en annan webbplats med upphovsrättsinnehavarens tillstånd, när verket först har kopierats till en server och därifrån har laddats upp till den förstnämnda webbplatsen?”

III. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

A. Förfarandet

35. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 31 mars 2017.

36. Delstaten Nordrhein-Westfalen, den italienska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

37. En förhandling hölls den 7 februari 2018, vid vilken företrädarna för delstaten Nordrhein-Westfalen, Dirk Renckhoff, den italienska regeringen, den franska regeringen och kommissionen var närvarande.

38. Vid förhandlingen uppmanade domstolen parterna att uttala sig om betydelsen av domen GS Media och om tolkningen av artikel 5.3 a i direktiv 2001/29.

B. Sammanfattning av parternas argument

39. Enligt delstaten Nordrhein-Westfalen och den italienska regeringen föreligger det i detta mål inte någon överföring till allmänheten, eftersom kriterierna enligt rättspraxis inte är uppfyllda. I synnerhet har eleven och hennes lärare inte handlat avsiktligt och med full kännedom om konsekvenserna av sitt handlande.¹⁹ Eftersom fotografiet redan fanns tillgängligt för internetanvändarna på resemagasinets webbplats, innebär den omständigheten att det lades upp på skolans webbplats inte heller någon annan möjlighet till tillgång (till fotot) än den som de redan hade. Därför hade det inte heller skett någon överföring till en *ny* allmänhet, i den mening som avses i rättspraxis.²⁰

18 Den anser att den omständigheten ”att spridningen av ett skyddat verk görs i vinstsyfte ... visserligen inte [är] oviktigt för att överföringen ska klassificeras som överföring till allmänheten – bland annat för att fastställa en potentiell ersättning för överföringen (se dom av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League och Murphy, punkterna 204–206) – men det är under alla omständigheter inte utslagsgivande (dom av den 31 maj 2016 i mål C-117/15, Reha Training, punkt 49, se även dom av den 8 september 2016 i mål C-160/15, GS Media, punkt 55)”.

19 Till skillnad från vad som krävs enligt domen GS Media, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

20 Till skillnad från den hänskjutande domstolen anser delstaten Nordrhein-Westfalen att domstolens praxis rörande hyperlänkar och ”framing” är tillämplig i förevarande mål och hänvisar till domen GS Media, punkt 52, och dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 18), samt beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punkt 15).

40. Delstaten Nordrhein-Westfalen har vidare gjort gällande att vid bedömningen av de motstående intressena, ska förutom artikel 17.2, som rör skyddet för immateriell egendom, och artikel 11, som rör yttrandefrihet och informationsfrihet, båda i stadgan, rätten till utbildning enligt artikel 14 beaktas, med stöd av vilken eleven infogade fotografiet som illustration i uppsatsen. Enligt delstaten Nordrhein-Westfalen bidrar rätten att skapa webbplatser och länkar också till att internet fungerar väl, åtminstone när verken redan är fritt tillgängliga på internet.

41. Avslutningsvis håller delstaten Nordrhein-Westfalen inte med den hänskjutande domstolen om användarens roll. I det nu aktuella fallet har verket frikopplats från sin upphovsman, som godkänt att det offentliggjordes och gjordes tillgängligt för alla internetanvändare på en webbplats som drivs av en tredje man. Det innebär enligt delstaten Nordrhein-Westfalen att han frivilligt avstått från sin rätt att besluta om hur fotografiet används. Dessutom innebär den omständigheten att upphovsmannen inte publicerade någon hänvisning till sin upphovsrätt, att han gick med på att användaren uppfattade det som om verket inte var skyddat av någon särskild rättighet. Delstaten Nordrhein-Westfalen har avslutningsvis påpekat att eleven angav fotografiets källa i uppsatsen och att det inte förelåg något vinstsyfte.

42. Den italienska regeringen anser att verket inte var skyddat genom någon begränsad tillgång på internet, vilket innebar att tillgången till det var obegränsad. Det kunde inte krävas att eleven och hennes lärare skulle vara fullt medvetna om att deras handlingar var olagliga, eftersom de inte var det.

43. Enligt den italienska regeringen skedde det således inte någon överföring till en ”ny” allmänhet, i den mening som avses i rättspraxis,²¹ och den teknik som eleven använde sig av skiljde sig inte från den som ursprungligen användes. Avslutningsvis anser den italienska regeringen att det ursprungliga medgivandet innefattade tillgång till fotografiet på resemagasinets webbplats, utan någon begränsning till vissa kategorier av internetanvändare.

44. Kommissionen anser däremot att publiceringen av fotografiet på skolans webbplats innebär en överföring till allmänheten, eftersom det uppfyller villkoren enligt rättspraxis: a) ett skyddat verk överfördes;²² b) begreppet överföring ska ges en vidsträckt tolkning, så att det omfattar alla överföringar av skyddade verk, oberoende av vilka medel eller tekniska processer som används;²³ c) den tekniska metoden kan vara annorlunda²⁴ eller identisk;²⁵ d) den allmänhet för vilken verket görs tillgängligt behöver inte ha utnyttjat denna möjlighet;²⁶ e) allmänheten består av ett obestämt men ganska stort antal potentiella tittare och inte en liten krets av berörda personer.²⁷

45. Kommissionen, som i sitt skriftliga yttrande gjorde gällande att domstolens praxis rörande hyperlänkar²⁸ inte var tillämplig i förevarande mål, intog en betydligt mer nyanserad ståndpunkt vid förhandlingen. Den vidhöll inte att den omständigheten att upphovsrättsrättsinnehavaren behåller sin förfoganderätt vid omdirigering via hyperlänkar, utgjorde en relevant skillnad i förhållande till förevarande mål. I stället ansåg den att det liksom i domen GS Media fanns ett behov av att göra en individuell bedömning av överföringen, med beaktande av bland annat huruvida eleven var fullt medveten då hon handlade, i synnerhet om den omständigheten att hon kunde förutsätta att fotografiet var fritt tillgängligt för allmänheten.

21 Den hänvisar bland annat till dom av den 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punkt 31 och där angiven rättspraxis), och dom av den 14 juni 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, punkterna 31 och 44) (nedan kallad domen Stichting Brein II).

22 Genom hänvisning till dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 38).

23 Den hänvisar till dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 193).

24 Dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 26).

25 Beslut av den 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punkt 15).

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

27 Dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkterna 41–44).

28 Bland annat dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 26), och domen GS Media, punkterna 41 och 47–51.

46. Liksom den italienska regeringen pekar kommissionen på att undantaget i artikel 5.3 a i direktiv 2001/29, vilket Förbundsrepubliken Tyskland har fört in i 52 § UrhG, eventuellt är tillämpligt i förevarande mål.²⁹

47. Vid förhandlingen gjorde Dirk Renckhoff gällande att kriterierna i domen GS Media inte är tillämpliga i förevarande mål. Utläggandet av fotografiet på skolans webbplats hade inte godkänts av upphovsmannen, vilken hade berövats sin rätt att kontrollera användningen av sitt verk. Dessutom är det andra internetanvändare som besöker skolans webbplats än som besöker resemagasinets webbplats.

48. Dirk Renckhoff anser liksom den franska regeringen att artikel 5.3 a i direktiv 2001/29 inte är tillämplig, eftersom användningen av fotografiet varken var påtvingen eller nödvändig och dess utläggning på skolans webbplats gick utanför den rent utbildningsmässiga ramen. Den franska regeringen tillägger att handlandet strider mot punkt 5 i samma artikel, eftersom det innebär ett oproportionerligt utnyttjande av verket.

49. Dessutom anser den franska regeringen att detta mål i första hand handlar om rätten till mångfaldigande, genom att bilden kopierats till skolans server (artikel 2 i direktiv 2001/29), och bara i ett andra skede om överföring till allmänheten. Att tillämpa slutsatserna i domen GS Media är enligt den franska regeringen oförenligt med syftet att säkerställa en hög skyddsnivå för upphovsrättigheter.

IV. Prövning av tolkningsfrågan

A. Inledande anmärkningar och resonemang

50. Så som den hänskjutande domstolens tolkningsfråga är formulerad inskränker den sig enbart till en prövning av de olika delarna av begreppet *överföring till allmänheten*, så som de har definierats i domstolens praxis.³⁰ Av den hänskjutande domstolens överväganden skulle dessutom slutsatsen kunna dras att den i själva verket bara undrar huruvida fotografiet gjordes tillgängligt för en *ny* allmänhet, i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis.³¹

51. Närmare bestämt handlar domstolens fråga inte om att fotografiet kopierades till skolans dator, eller server, och om detta eventuellt omfattas av artikel 2 i direktiv 2001/29. Om frågan avgränsas på det sättet anser jag att den hänskjutande domstolen gör rätt då den först betraktar det ifrågavarande handlandet i sin helhet, innan den delar upp det i två skilda begrepp (mångfaldigandet och överföringen till allmänheten) som överlappar varandra.

52. Mot bakgrund av den betydelse målet har för miljontals europeiska skolelevers vardag, anser jag emellertid att det är lämpligt att analysera andra faktorer som kan fungera som ram för domstolens svar. Jag kommer således att använda mig av följande upplägg: a) För det första kommer jag att granska kommissionens hänvisning rörande betecknandet av fotografiet av Córdoba som ett *skyddat verk*;³² b) för det andra ska jag göra en genomgång av innehållet i begreppet "överföring till allmänheten", så som domstolen har fastställt det, för att klarlägga huruvida det är tillämpligt i förevarande mål; c) avslutningsvis ska jag undersöka det undantag som artikel 5.3 a i direktiv 2001/29 medger, när ett skyddat verk endast används inom undervisning.

29 Den hänvisar till dom av den 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punkt 55).

30 Se de viktigaste inslagen i denna rättspraxis i domen Stichting Brein II, punkterna 19–34.

31 Ibidem, punkt 28. Den hänskjutande domstolen förutsätter i punkt 38 i beslutet att begära förhandsavgörande att det fotografi som lades ut på internet tillsammans med elevens uppsats, gjordes tillgängligt för en ny allmänhet.

32 Punkt 4 i dess skriftliga yttrande.

B. Skyddet för ”rena fotografier”

53. Enligt kommissionen är parterna i det nationella målet eniga om att fotografiet i fråga uppfyller villkoren i domen Painer.³³ Enligt den domen kan ett porträttfotografi vara upphovsrättsligt skyddat ”under förutsättning ... att fotografiet är upphovsmannens intellektuella skapelse som avspeglar hans eller hennes personlighet och som kommer till uttryck genom att upphovsmannen gjort fria och kreativa val i samband med skapandet av fotografiet”.³⁴

54. Jag anser emellertid att det är tvivelaktigt om ett enkelt fotografi av staden Córdoba, med den romerska bron i förgrunden, uppfyller de ovannämnda villkoren i domen Painer (utan att för den skull förringa fotografiets kvaliteter). I det fallet prövade domstolen huruvida de tidningsförlag som var svarande i målet behövde Eva-Maria Painers samtycke för att publicera en fantombild som framställts med utgångspunkt i ett fotografi av en person som Eva-Maria Painer hade framställt, ”eftersom skyddet för ett sådant fotografi var begränsat eller till och med obefintligt på grund av att det finns begränsade utformningsmöjligheter”.³⁵

55. Från artikel 6 i direktiv 93/98³⁶ hämtade domstolen de kriterier som skulle vara uppfyllda för att fotografiet i målet Painer skulle åtnjuta det längre skyddet (70 år efter upphovsmannens död) i det direktivet.

56. Den omständigheten att ”rena fotografier” inte uppfyller de krav på originalitet som kan härledas från direktiv 93/98, innebär emellertid inte att de saknar upphovsrättsligt skydd. Det beror på att medlemsstaterna enligt den ovannämnda artikel 6 får fastställa skydd för ”andra fotografier”.

57. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande skyddar 72 § punkterna 1 och 2 UrhG fotografier (Lichtbilder) genom att de bestämmelser som skyddar ”fotografiska verk” (Lichtbildwerke) är tillämpliga på dem. Följaktligen saknar det betydelse huruvida Dirk Renckhoffs fotografi av Córdoba har de egenskaper som krävs för att utgöra ett fotografiskt verk i den mening som avses i Bernkonventionen och i direktiv 93/98, eftersom alla fotografier enligt tysk rätt omfattas av det skydd som UrhG ger.³⁷

58. Även om denna faktor skulle kunna haft betydelse för tvistens utgång, om den hade prövats vid domstolar i en medlemsstat som inte ger skydd för rena fotografier, åtnjuter de sådant skydd i Tyskland. Således ska uppmärksamheten inte riktas mot den konstnärliga och kreativa kvaliteten hos Dirk Renckhoffs fotografi. På så sätt kan den hänskjutande domstolens tystnad beträffande detta bättre förstås.

C. Begreppet ”överföring till allmänheten”

59. Domstolen har i sin praxis slagit fast ett antal tolkningskriterier³⁸ rörande de två delarna av detta begrepp (”överföring” och den ”allmänhet” för vilken överföringen görs tillgänglig). Jag ska analysera dessa kriterier nedan och särskilt se till dem som kan vara mest kontroversiella mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det nationella målet.

³³ Dom av den 1 december 2011 (C-145/10, EU:C:2011:798).

³⁴ Ibidem, punkt 99.

³⁵ Ibidem, punkt 85.

³⁶ Enligt den artikeln ska ”fotografier som är originella på så sätt att de är upphovsmannens egna intellektuella skapelse ... skyddas enligt artikel 1. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas för rätten till skydd. Medlemsstaterna får fastställa skydd för andra fotografier.”

³⁷ Vid förhandlingen klargjordes det att skillnaden i praktiken ligger i skyddstiden: för fotografiska verk gäller 70 år *post mortem auctoris* (64 § UrhG), medan skyddstiden för rena fotografier är 50 år från den tidpunkt då de först publicerades (72 § punkt 3 UrhG).

³⁸ Se redovisningen av dem i domen Stichting Brein II, punkterna 19–29.

1. Överföring

60. Ingen av parterna har egentligen ifrågasatt (varken i målet i de nationella domstolarna eller i förevarande mål om förhandsavgörande) att det genom att skoluppsatsen, med fotografiet av Córdoba, lades ut på Gesamtschule Waltrops webbplats skedde en överföring av ett skyddat verk, oberoende av vilken teknik som användes,³⁹ till en allmänhet som inte var närvarande på den plats från vilken överföringen skedde.

61. Den hänskjutande domstolen anser, och jag instämmer med den på denna punkt, att ”vid den nu aktuella överföringen av fotografiet till skolans webbplats har det inte förekommit någon direkt fysisk kontakt mellan den person som uppför eller framför ett verk och den allmänhet som nås genom överföringen. Den nu aktuella överföringen omfattas av tillämpningsområdet för artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG.” De personer som ingår i denna allmänhet hade således tillgång till verket, oberoende av om de utnyttjade denna möjlighet eller inte.⁴⁰

a) Användarens roll och subjektiva faktorer

62. Det första kriteriet i rättspraxis för att avgöra huruvida det föreligger en överföring handlar om ”användarens centrala roll och avsiktligheten i dennes agerande”.⁴¹ Detta kriterium⁴² innehåller såväl *subjektiva faktorer* som handlar om hur den person som gör överföringen (av vilken det krävs att han har full kännedom om följderna av sitt handlande) har agerat, som *objektiva omständigheter*, eftersom agerandet måste ge tillgång till ett skyddat verk (vilket innebär att ”kunderna” inte skulle få, eller endast med svårighet skulle kunna få tillgång till, det spridda verket utan detta agerande).⁴³

63. Domstolen har vid några tillfällen undersökt ”användarens roll” i rent objektivt hänseende, det vill säga enbart för att försäkra sig om att den nya allmänheten inte skulle ha fått tillgång till det spridda verket utan användarens handlande.⁴⁴

64. I domen GS Media nämnde domstolen emellertid vissa subjektiva faktorer som den ansåg vara ägnade att avgöra huruvida villkoret om ”användarens centrala roll och avsiktligheten i dennes agerande” var uppfyllt vid den individuella prövningen av överföringen. Det är därför som de kan beaktas i detta skede av bedömningen.

65. Den hänskjutande domstolen menar i detta sammanhang att eleven och läraren hade full kännedom om konsekvenserna av sitt handlande, eftersom de ville ge användarna av skolans webbplats tillgång till uppsatsen, inbegripet fotografiet, vilket de inte skulle ha fått utan deras agerande.⁴⁵

39 Dom av den 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

40 Villkor för tillämpning av artikel 3.1 i direktiv 2001/29, enligt dom av den 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punkterna 35 och 36).

41 Dom GS Media, punkt 35.

42 Dess ursprung kan härledas till WIPO:s förklaring till Bernkonventionen för att avgöra under vilka omständigheter agerandet av en överförare av ett skyddat verk till en allmänhet som upphovsmannen inte ursprungligen hade räknat med var av betydelse.

43 Domen Stichting Brein II, punkt 26.

44 Dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkterna 45 och 46), i vilken domstolen inte gjorde någon separat analys av de subjektiva faktorerna, vilka förefaller hänga oupplöst samman med de objektiva.

45 Se punkt 24 i beslutet att begära förhandsavgörande.

66. Detta synsätt innebär emellertid inte en tillräckligt djup granskning av det agerande som påstås ha inneburit ett intrång i upphovsrätten. I synnerhet görs inte en tillräcklig bedömning av a) fotografiets accessoriska karaktär, som en del av en skoluppsats, b) hur lätt det var att få "universell" tillgång till fotografiet, som hade *lagts ut* på internet med upphovsmannens medgivande, vilket innebär att alla internetanvändare kunde se det, och c) det utbildningssammanhang i vilket överföringen skedde, utan "kunder" eller vinstsyfte. Var och en av dessa tre faktorer bör undersökas.

1) Verkets accessoriska karaktär i förhållande till elevens uppsats

67. Även om det kan tyckas uppenbart bör det påpekas att när eleven och hennes lärare lägger upp en uppsats i ämnet spanska på den tyska skolans webbplats, är deras direkta avsikt inte att publicera själva fotografiet utan uppsatsen som helhet, i vilken det omtvistade fotografiet av Córdoba ingick.

68. Avsikten var således att visa upp uppsatsen för den del av allmänheten som var intresserad av undervisningen i spanska vid deras skola (vilket måste ha varit en begränsad krets) och för familjer, klasskamrater och andra vänner i området. Jag uppfattar således inte att det fanns någon avsikt att av fotografiet av Córdoba skulle spridas i så mycket större omfattning än när det lades upp på resemagasinets webbplats (som sannolikt hade ett större antal potentiella besökare än en modest webbplats för en skola).

2) Upphovsmannens medgivande

69. Att fotografiet lades upp på skolans webbplats innebar förvisso en publicering *utan* upphovsmannens medgivande. Om inte omständigheterna kring detta agerande undersöks, skulle slutsatsen kunna dras att det första villkoret för att det ska anses föreligga ett intrång i upphovsrätten är uppfyllt.⁴⁶

70. Till skillnad från vad som var fallet i målet GS Media, saknar det betydelse huruvida de som företog den kritiserade handlingen (eleven och hennes lärare) kände till att det var olagligt för tredje man att publicera verket på internet. Det saknar betydelse på grund av att Dirk Renckhoffs fotografi fanns lagligt på internet, det vill säga *med* hans medgivande. Den adekvata frågan är nu om det kunde krävas att eleven och läraren var medvetna om att de måste ha fotografens samtycke för att få återge bilden på skolans webbplats. Om så vore fallet skulle det kunna förutsättas att de insåg följderna av sitt handlande.

71. Domstolen har slagit fast att det kan vara svårt, "bland annat för enskilda", att kontrollera om upphovsrättsinnehavarna till verken har gett tillstånd till publicering på internet.⁴⁷

72. Även om omständigheterna i förevarande mål som nämnts skiljer sig från dem i målet GS Media (i vilket det rörde sig om hyperlänkar till skyddade verk som var fritt tillgängliga på en annan webbplats utan upphovsrättsinnehavarens medgivande), anser jag att resonemanget i den domen rörande den subjektiva delen med personers agerande utan vinstsyfte⁴⁸ kan tillämpas, efter nödvändig anpassning, i förevarande mål.⁴⁹

⁴⁶ Dom av den 16 november 2016, Soulier och Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, punkt 34).

⁴⁷ Domen GS Media, punkt 46.

⁴⁸ Även om jag ska ta upp betydelsen av vinstsyftet längre fram, bör det understrykas redan här.

⁴⁹ De som anser att resonemanget i den domen inte kan tillämpas här menar att domen GS Media bara rör länkar till en webbplats där verket redan finns, medan bilden det i förevarande målet laddas upp på en egen webbplats och görs direkt tillgänglig för tredje man. Jag anser emellertid att den skillnaden saknar betydelse för att bedöma de subjektiva faktorerna och de övriga omständigheterna kring agerandet som det hänvisas till i domen GS Media. Detta medgav kommissionen vid förhandlingen.

73. Av de resonemangen är två av särskilt intresse här:

- Dels det som betonar att även om en person som inte har något vinstsyfte gör ett skyddat verk allmänt tillgängligt genom att ge andra internetanvändare direkt tillgång till det, "agerar denne ... i allmänhet inte med full insikt om konsekvenserna av sitt agerande att ge användare tillgång till ett verk som är olagligt publicerat på internet".
- Dels det som understryker betydelsen av att verket "redan var tillgängligt utan begränsningar på den webbplats som hyperlänken dirigerar en till", det vill säga i ett fall där "samtliga internetanvändare i princip redan [kunde] ha tillgång till verket utan denna åtgärd".⁵⁰

74. Om de faktorer föreligger som dessa två resonemang syftar på, kan slutsatsen dras, under förhållanden som de nu aktuella, att det inte föreligger någon överföring till allmänheten. Så är emellertid inte fallet a) när upphovsrättsinnehavarna påpekar att verket som det ges tillgång till "olagligen publicerats på internet";⁵¹ eller b) när det ges tillgång till verket på ett sådant sätt att det är möjligt för användarna av den webbplats på vilken verket återfinns att "kringgå de begränsningar som ställts upp av den webbplats på vilken det skyddade verket finns".⁵² Så är inte heller fallet när upphovsmannen har underrättat den som avser att publicera hans fotografi på internet att han inte medger det.

75. Tillämpas dessa riktlinjer i förevarande mål, kan följande konstateras:

- På den särskilda webbplats för resemagasinet där fotografiet fanns angavs inte vem som var upphovsman till det.⁵³ Det var således berättigat att uppfatta det så, att det enbart rörde sig om en bild av staden Córdoba som användes för att locka dit turister och som inte åtnjöt något sådant skydd som tillkommer skyddade verk.
- Fotografiet var lättåtkomligt (eftersom det inte omgärdades av några begränsningar eller varningstexter)⁵⁴ på den webbplatsen. Denna omständighet bidrog, tillsammans med den föregående, till att det var berättigat för eleven och hennes lärare att anta att fotografiet var fritt tillgängligt för allmänheten och att inga efterforskningar behövde göras i efterhand.

76. Jag anser inte såsom delstaten Nordrhein-Westfalen att detta resonemang leder till en föreställning om att upphovsmannen hade avstått från sin rätt eller antyder att verket var allmänt.

77. Kan det i stället tänkas förhålla sig så, att fotografiets upphovsman underförstått medgav att det användes av tredje man?⁵⁵ Jag anser heller inte att en sådan slutsats måste dras, eftersom det enligt min uppfattning är möjligt att med hjälp av presumtion dra en annan slutsats (med ett liknande utfall) som är knuten till agerandet hos den fotograf som på ovan angivna sätt medger att hans verk sprids på internet.

⁵⁰ Domen GS Media, punkt 48.

⁵¹ Ibidem, punkt 49.

⁵² Ibidem, punkt 50.

⁵³ Jag hänvisar till fotnot 13 i detta förslag till avgörande.

⁵⁴ Upphovsmannen skulle kunna ha vidtagit åtgärder för att förhindra kopiering av fotografiet, genom att använda sig av någon av de tekniska säkerhetsmetoder som finns att tillgå.

⁵⁵ I sin dom av den 16 november 2016, Soulier och Doke (C-301/15; EU:C:2016:878, punkt 35), fann domstolen att ett underförstått samtycke var möjligt. Det förutsätter emellertid att den användare som vill använda ett verk vet eller har möjlighet att ta reda på vem upphovsmannen är och därmed är skyldig att informera honom på ett effektivt sätt och på förhand, vilket inte är fallet här. Se punkterna 38 och 39 i den domen.

78. Ansvarsfördelningen mellan en *normal* internetanvändare, som inte har något kommersiellt intresse, och en upphovsrättsinnehavare, kan inte på ett systematiskt och generellt sätt medföra att det krävs att den förstnämnde visar större omsorg än den sistnämnde,⁵⁶ när det rör sig om att skydda upphovsrätter.⁵⁷ Närmare bestämt anser jag inte att det är logiskt att ålägga en sådan användare bördan att undersöka om bilder som lagts ut på internet utan begränsningar eller varningstexter är upphovsrättsskyddade, när denne vill använda dem för exempelvis undervisningsändamål. Under sådana omständigheter kan användaren *presumera* att upphovsmannen inte har något emot en begränsad användning av bilderna, för undervisningsändamål.

79. I annat fall skulle användningen av information på internet begränsas i mycket stor omfattning. En sådan begränsning skulle kunna innebära en inskränkning av den yttrande- och informationsfrihet som föreskrivs i artikel 11 i stadgan. I förevarande mål skulle det dessutom inverka menligt på rätten till utbildning enligt artikel 14.1 i stadgan.

3) Avsaknaden av vinstsyfte och "kunder"

80. Den tredje faktorn vid bedömningen av elevens och hennes lärares agerande är att de handlat utan vinstsyfte.⁵⁸ Även om Bundesgerichtshof inte tillmäter denna faktor något större tolkningsvärde,⁵⁹ anser jag att den har större betydelse än vad den har getts.

81. Domstolen har knutit förekomsten av vinstsyfte till presumptionen att det skett med full kännedom om att verket var skyddat och att det saknades samtycke till att publicera det på internet.⁶⁰ Även om den inte uttryckligen anger det, anser den att när en person har handlat utan vinstsyfte, måste det styrkas att denne hade kännedom om att det var olagligt att lägga ut verket på internet, varvid alla särskilda omständigheter och faktorer i det enskilda fallet ska beaktas.

82. I det nationella målet kunde, som ovan nämnts, avsaknaden av varningstexter eller begränsningar på resemagasinets webbplats rörande användningen av fotografiet, ge eleven intryck av att inte fanns något hinder mot att lägga upp det på skolans webbplats. Denna presumption kan inte likställas med en sådan konsumtion av rättigheten som är förbjuden enligt artikel 3.3 i direktiv 2001/29, eftersom den kan motbevisas utan svårighet. Den skulle dessutom göra det möjligt att väga upphovsrätten mot att "internet fungerar väl, liksom till utbyte[t] av åsikter och information i detta nätverk".⁶¹

83. Avsaknaden av upplysningar ger inte stöd för att eleven och läraren skulle ha haft full kännedom om att verket var skyddat och att det krävdes tillstånd från upphovsrättsinnehavaren, snarare tvärtom.

56 Det skulle innebära att man i alltför hög grad gynnade en anpasslig inställning från upphovsrättsinnehavarens sida, vilken skulle kunna nonchalera den genom att förlita sig på ett oproportionerligt skydd. En sådan inställning skulle dessutom kunna bidra till en ökning av antalet tvister med användare som förlitar sig (och vill tro) på öppenheten och den fria tillgången till information på internet. Det krävs således en viss omsorg från upphovsrättsinnehavarens sida beträffande skyddet.

57 Se en kraftfull plädering för ett sådant återställande av jämvikten i Elkin-Koren, N., "Copyright in a Digital Ecosystem", Okediji, R. L. (red.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, Cambridge University press, New York, 2017, s. 132 och följande sidor., särskilt s. 159.

58 I domar på senare tid har domstolen beaktat denna subjektiva faktor; se dom av den 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punkt 49), och domen Stichting Brein II, punkt 46.

59 Punkt 29 i beslutet att begära förhandsavgörande.

60 Domen GS Media, punkt 51: "När tillhandahållandet av hyperlänkar görs i vinstsyfte, kan det förväntas av den som tillhandahåller länken att denne utför nödvändig kontroll för att försäkra sig om att det aktuella verket inte olagligen publicerats på den webbplats som hyperlänkarna hänvisar till. Detta innebär att det kan antas att detta tillhandahållande har skett med full kännedom om att det är fråga om ett skyddat verk och att upphovsrättsinnehavaren eventuellt inte har gett sitt tillstånd till publiceringen på internet."

61 Ibidem, punkt 45.

84. Dessutom har domstolens praxis rörande detta område tillkommit i kommersiella sammanhang, vilket den återkommande användningen av ordet ”kunder” visar. Det förutsätts att ett visst företag (eller en viss näringsidkare) ger sina kunder möjlighet att få tillgång till visst skyddat digitalt innehåll, utan att inhämta rättsinnehavarens samtycke. I skolsammanhang kan däremot inte⁶² de som får tillgång till fotografiet tack vare den uppsats som lagts upp på skolans webbplats anses vara ”kunder”.

85. Sammantaget gör dessa tre faktorer (att bilden är accessorisk i förhållande till skoluppsatsen, att fotografiet var fritt tillgängligt och att inget angavs om begränsningar för dess användning samt avsaknaden av vinstsyfte i elevens och skolpersonalens agerande) att jag anser att det i förevarande mål inte skett någon överföring till allmänheten, i den mening som avses i domstolens praxis.

b) Den teknik som använts

86. I beslutet att begära förhandsavgörande undersöks därefter huruvida den teknik som eleven och läraren använt sig av för att lägga upp fotografiet på skolans webbplats skiljer sig åt från den som använts för att återge fotot på resemagasinets webbplats.

87. Som bekant innebär den omständigheten att ett verk överförs med andra tekniska medel än den ursprungliga sändningen att det förutsätts att den riktar sig till en *annan* allmänhet, medan användningen av samma teknik innebär att man kan gå vidare och undersöka huruvida det verkligen rör sig om en *ny* allmänhet.⁶³

88. Den hänskjutande domstolen, delstaten Nordrhein-Westfalen och den italienska regeringen anser att den teknik som eleven använde sig av var densamma som resemagasinet hade använt sig av på sin webbplats. Kommissionen, som inte förnekar att det rörde sig om samma teknik, anförde i sitt skriftliga yttrande att rättspraxis rörande hyperlänkar inte kan tillämpas i förevarande mål, en ståndpunkt som den nyanserade vid förhandlingen.

89. Enligt min uppfattning tyder allt på att ett föregående mångfaldigande av bilden, oavsett teknik (den skulle kunna ha kopierats till ett USB-minne eller en dator) och dess efterföljande uppläggning en webbplats, utgör samma teknik som resemagasinet använt för att lägga upp fotografiet på sin webbplats.

90. Att denna teknik i detta fall tillämpas på ett annat sätt än det som används med hyperlänkar (där handlingen bara företas på internet), innebär inte att kriterierna för bedömning av villkoret rörande ”överföring” ändras. Således ska det klarläggas huruvida den allmänhet som det verk som lagts upp på skolans webbplats riktade sig till utgör en ny allmänhet.⁶⁴

⁶² Detta kriterium skulle kunna bedömas annorlunda om skolan hade tagit betalt för att ge tillgång till den webbplats där uppsatsen med fotografiet lagts upp.

⁶³ Dom av den 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

⁶⁴ Ibidem, punkt 50, *e contrario*.

2. Allmänhet för vilken överföringen görs tillgänglig

a) De minimis

91. En prövning av vilken "allmänhet" överföringen görs tillgänglig för börjar alltid med den *kvantitativa* aspekten: det måste först klarläggas huruvida det rör sig om "ett obestämt antal potentiella tittare eller åhörare och dessutom förutsätter ett ganska stort antal personer". Först därefter ska det prövas om det rör sig om en "ny" allmänhet.⁶⁵ Logiken i denna rättspraxis ligger i att en begränsad grupp av personer som verket överförs till i rättsligt hänseende inte kan anses utgöra en "allmänhet" i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

92. För att avgöra om *de minimis*-kravet är uppfyllt⁶⁶ ska de kumulativa effekter som följer av att verk sprids beaktas, genom att en bedömning görs av hur många personer som får tillgång till verket, inte bara vid ett och samma tillfälle utan även i följd efter varandra.⁶⁷

93. Domstolen har slagit fast att överföring på en webbplats, utan begränsat tillträde, avser samtliga potentiella användare av denna webbplats.⁶⁸ Således är det den *objektiva* faktorn som är avgörande, det vill säga hur överföringen har skett, snarare än användarens *subjektiva* vilja.

94. Det finns ingen uppgift om att uppläggningsen av elevens uppsats på skolans webbplats skulle ha skett med begränsat tillträde (till exempel genom att bara ge tillträde för lärare, föräldrar eller elever). Om vilken internetanvändare som helst kunde gå in på webbplatsen och få tillgång till det skyddade verket (fotografiet), var överföringen således ägnad att nå ut till ett *potentiellt* stort antal personer, det vill säga till en "allmänhet" i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

b) Huruvida det rör sig om en "ny" allmänhet

95. Detta kriterium innebär att den allmänhet som sändningen riktar sig till bara kan anses vara "ny" om den skiljer sig från den som den ursprungliga överföringen riktades till, det vill säga, om den kan betecknas som "mer omfattande"⁶⁹ än den ursprungliga.

96. I den mån som, i förevarande mål, såväl resemagasinets publicering av fotografiet på internet som uppläggningsen av det på skolans webbplats som en del av skoluppsatsen, innebar att fotografiet gjordes tillgängligt för alla internetanvändare, utan begränsningar, var den allmänheten, för vilken båda webbplatserna potentiellt gav tillträde, densamma i båda fallen (samtliga internetanvändare).

97. Den hänskjutande domstolen hyser emellertid tvivel kring denna slutsats eftersom den anser att a) när användaren lägger upp och behåller verket på sin egen webbplats, spelar han en central roll i överföringen, b) den upphovsrättsinnehavare som ger sitt medgivande till att hans verk finns på en fritt tillgänglig webbplats, beaktar bara den allmänhet som besöker den webbplatsen, direkt eller via en länk och c) om den motsatta ståndpunkten godtogs, skulle det leda till att upphovsrätten konsumeras, vilket är uttryckligen förbjudet enligt artikel 3.3 i direktiv 2001/29.

65 Dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 41), och dom av den 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punkt 45); samt domen Stichting Brein II, punkt 41.

66 Denna beteckning används i dom av den 15 mars 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, punkt 86).

67 Ibidem, punkt 87.

68 Dom av den 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punkterna 46 och 47), och dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 22).

69 Detta uttryck används i WIPO:s förklaring till Bernkonventionen.

98. Jag anser inte att dessa förbehåll innebär att allmänheten i förevarande mål kan betecknas som "ny".⁷⁰ Domstolen har beträffande detta använt sig av vissa kriterier, som den tillämpar undantagslöst såväl vid överföringar av verk med hjälp av radio- och televisionssignaler,⁷¹ som vid överföringar via hyperlänkar på internet,⁷² det vill säga oberoende av tekniskt medium. En sådan allmänhet finns, dels om den inte skulle ha kunnat ta del av verket utan användarens agerande och dels om den inte beaktades när det ursprungliga medgivandet till tillgängliggörandet lämnades.⁷³

99. Vad beträffar elevens och hennes lärares medverkan, är det svårt att föreställa sig att den som gick in på skolans webbplats inte också kunde (utan större svårigheter) gå in på resemagasinet, där fotografiet av Córdoba ursprungligen publicerades. Den internetanvändande allmänheten är således densamma när den besöker resemagasinet webbplats som när den intresserar sig för skolans webbplats.

100. Eftersom bilden var lätt och lagligen (det vill säga med upphovsrättshavarens samtycke) tillgänglig för *alla* internetanvändare, är det svårt att se hur elevens och hennes lärares agerande skulle kunna vara *avgörande* för att möjliggöra tillgång för ett *större* antal personer.

101. Internets logik är sådan att när tillgängligheten till bilder som lagts ut på internet med upphovsmannens samtycke är fri och gratis, och det inte finns några anvisningar eller varningstexter som säger något annat, är det omöjligt att skilja ut hur många de potentiella besökarna är eller vilka kategorier de tillhör, eller föreskriva att bara vissa men inte andra får titta på den.

102. Om vi håller oss till internets område, som är det som är relevant i förevarande mål, har frågan huruvida allmänheten är ny hittills snarast kopplats samman med den omständigheten att en viss grupp av användare ges tillgång till ett skyddat verk och därigenom kan undvika begränsande åtgärder som vidtagits på den ursprungliga webbplatsen. I det fallet rör det sig förvisso om "en ny publik som verkens upphovsmän inte tagit i beaktande när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen".⁷⁴

103. I detta fall bröts det inte mot någon (obefintlig) skyddsåtgärd och det gavs inte heller tillgång till ett verk som fanns på internet utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd. Avsaknaden av dessa två objektiva omständigheter, samt den omständigheten att antalet möjliga besökare på de två webbplatser där fotografiet fanns väsentligen var detsamma, gör att det kan hävdas att det inte skedde någon överföring till en ny allmänhet, i den mening som jag redovisat ovan.

104. Detta innebär som sagt inte att upphovsrätten på något sätt *konsumeras*, i strid med artikel 3.3 i direktiv 2001/29. Det utgör snarast en logisk följd av det sätt på vilket innehavaren av rätten till fotografiet medgav att det användes, samtidigt som han visste eller borde ha vetat att avsaknaden av alla slags skyddsåtgärder mot kopiering av bilden kunde få internetanvändarna att tro att den var fritt tillgänglig för allmänheten.

105. Under sådana förhållanden anser jag inte att det är orimligt att kräva att en yrkesman, när han publicerar ett verk på internet, själv eller genom andra, vidtar lämpliga åtgärder, även av teknisk karaktär, för att åtminstone informera om sin upphovsrätt och sin vilja att kontrollera spridningen av sitt verk och undvika att ge intryck av motsatsen.

70 I detta sammanhang är det kanske lämpligare att använda begreppet "kompletterande allmänhet".

71 Dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkterna 197 och 198).

72 Domen Stichting Brein II, punkterna 44 och 45.

73 Dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 60).

74 Dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 31).

106. Att kräva en sådan åtgärd sänker dessutom, enligt min uppfattning, inte den höga skyddsnivå som ska tillförsäkras innehavare av rättigheter till bilder (som inte skadas om nödvändiga varningstexter läggs till) utan bidrar till att upprätthålla jämvikten mellan dessa och internetanvändarnas legitima intressen, utan att det undergräver internets egen logik.

107. Avslutningsvis förlorar rättsinnehavaren inte kontrollen över kopieringen av det fotografi som använts på skolans webbplats utan han kan kräva att det tas bort om han anser att det skadar honom.

108. Av alla dessa skäl anser jag sammanfattningsvis att svaret på Bundesgerichtshofs fråga bör vara nekande.

D. Undantaget för användning inom undervisning

109. Strängt taget kräver det svar som jag föreslår inte att man använder sig av de möjliga undantag från upphovsrätten som föreskrivs i artikel 5.3 i direktiv 2001/29, och den hänskjutande domstolen har inte heller ställt någon fråga om detta.

110. Det är möjligt att domstolens tystnad beror på att den är övertygad om att den bestämmelse genom vilken den tyska lagstiftaren förde in dessa undantag i den nationella rätten, inte gör det möjligt att innefatta ett fall som detta.⁷⁵

111. För att komplettera min redogörelse och för det fall att domstolen inte skulle följa mitt förslag, är det lämpligt att analysera tillämpningen av artikel 5.3 i direktiv 2001/29 på förevarande mål, eftersom det, i den dom som domstolen meddelar, kan ge den hänskjutande domstolen ytterligare preciseringar som kan vara till användning, utöver dem som strikt rör dess fråga, rörande tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse.⁷⁶

112. Enligt artikel 5.3 i direktiv 2001/29 får medlemsstaterna föreskriva undantag eller inskränkningar i rätten att mångfaldiga, överföra och göra verk tillgängliga för allmänheten. Bland dessa finns användning av skyddade verk som uteslutande sker ”i illustrativt syfte inom undervisning”.⁷⁷ Den italienska regeringen har pekat på behovet av att i andra hand använda sig av detta undantag och kommissionen har påpekat att Tyskland har fört in det i 52 § UrhG.

113. Om jag inte misstar mig är det första gången som domstolen ska pröva undantaget i artikel 5.3 a. Även om dess praxis kräver att räckvidden av undantag och begränsningar ska tolkas restriktivt, i den mån de kan påverka äganderätten till intellektuella skapelser,⁷⁸ ska det erinras om att även rätten till utbildning föreskrivs i artikel 14.1 i stadgan.⁷⁹ Följaktligen ska en rimlig balans mellan de båda rättigheterna iakttas vid tolkningen.

⁷⁵ 52a § UrhG skiljer mellan verk med ringa omfattning (”Werke geringen Umfangs”) i punkt 1, som bara överförs till de elever som deltar på varje lektion, och verk (”Werke”) i punkt 2, som under alla förhållanden kräver upphovsmannens medgivande. Denna paragraf har upphävts genom 1 § punkt 7 i lagen för att anpassa upphovsrätten till kunskapssamhällets nuvarande krav av den 1 september 2017 (”Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft”; vilket är den senaste ändringen av UrhG som trädde i kraft den 1 mars 2018). Den har ersatts av den nya 60a § rörande lagligt tillåten användning inom utbildning, forskning och institutioner, vars punkt 1 har ersatt verkens omfattning som kriterium för att avgöra inom vilket område användning är tillåten. Det har ersatts av den maximala andel av verket (15 procent) som får kopieras, tillgängliggöras eller överföras till allmänheten. Denna ändring berör inte förevarande mål av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*).

⁷⁶ Dessa preciseringar kan så småningom underlätta tolkningen av de nationella bestämmelserna mot bakgrund av den unionsrätt som de införlivar.

⁷⁷ Artikel 5.3 a i direktiv 2001/29.

⁷⁸ Dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

⁷⁹ Det som ligger till grund för dessa fall är kort sagt den privata äganderättens samhälleliga funktion som domstolen har erkänt i sin praxis, vilken medför att begränsningar kan införas i utövandet av äganderätten, förutsatt att begränsningarna svarar mot mål av allmänintresse och inte innebär ett, i förhållande till det eftersträfvade målet, orimligt och icke godtagbart ingrepp som påverkar kärnan i denna rättighet. Se dom av den 15 januari 2013, Křižan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 113), och dom av den 12 maj 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia och ERSA (C-347/03, EU:C:2005:285, punkt 119 och där angiven rättspraxis).

1. Användning inom undervisning

114. Undantaget från upphovsrätten, när de skyddade verken enbart används inom undervisning, kan inte reduceras till ett minimum, vilket skulle vara fallet om man enbart tillät att lärare kompletterar innehållet i sina kurser eller lektioner med illustrationer.

115. En tolkning som lägger större vikt vid rätten till utbildning, i den mening som avses i artikel 14.1 i stadgan, kan betona elevernas aktiva, och inte enbart passiva, roll, vilket gör det möjligt även för dem att använda upphovsrättsskyddade bilder för samma undervisningsändamål (eller inlärningsändamål i förekommande fall). På så sätt bidrar man till att utbildningsväsendet kan genomföra sin viktigaste uppgift: att utveckla personligheten till fullo.⁸⁰

116. Undantaget gäller inte bara mångfaldigande av skyddat material och tillgängliggörande av det på internet, för *vetenskapliga forskningsändamål*. Bestämmelsen placerar detta syfte och syftet att stimulera *utbildning*, vilken innebär att den måste rikta sig till både elever och lärare inom annan utbildning än universitetsutbildning, när de övriga villkoren för tillämpning är uppfyllda.

117. Vid förhandlingen rådde en viss samstämmighet om att det inte skulle ha skett någon överföring till allmänheten (i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29) om elevens uppsats hade lagts upp på en webbplats tillhörande skolan som endast personer med anknytning till skolan hade tillgång till. Även om jag anser att denna tolkning är alltför reduktionistisk,⁸¹ anser jag att den avspeglar sambandet mellan undervisningsändamålet och infogandet av fotografiet på skolans webbplats.

2. Angivande av källa och upphovsmannens namn

118. Enligt artikel 5.3 i direktiv 2001/29 får undantag göras för undervisningsändamål ”förutsatt att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt”.

119. I den uppsats som lagts upp på skolans webbplats angavs vid det infogade fotografiet namnet på den tidskrift (*Schwarzaufweiss*), som fotografiet hade hämtats från. Eleven och läraren handlade med omsorg och de kan inte kritiseras för att inte ha nämnt fotografens namn, vilket inte fanns angivet under bilden.

3. Icke-kommersiellt syfte

120. Vidare föreskrivs i artikel 5.3 i direktiv 2001/29 att det skyddade verket får användas för undervisningsändamål förutsatt att det är motiverat ”med hänsyn till det icke-kommersiella syfte som skall uppnås”.

121. Det råder som nämnts inget tvivel om att uppläggningsen av uppsatsen i ämnet spanska på skolans webbplats inte hade något kommersiellt syfte. Vad beträffar frågan om det är motiverat, kan det konstateras att det nuförtiden är nödvändigt att använda bilder som hämtats från internet för vissa undervisningsändamål, när det rör sig om digitala arbeten.

⁸⁰ Detta erkänns i artikel 26.2 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna från 1948 och i artikel 13.1 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, vilken antogs av Förenta nationernas generalförsamling genom resolution 2200 A (XXI) av den 16 december 1966, vilken trädde i kraft den 3 januari 1976, enligt artikel 27 i konventionen.

⁸¹ Med hänsyn till egenskaperna hos en skolas webbplats anser jag inte att det är någon större skillnad mellan att visa fotot på skolans *intranät*, *extranät* eller webbplats: den allmänhet som besöker den sidan är med all sannolikhet identisk i alla tre fallen, det vill säga eleverna och deras familjer och vänner samt lärarna.

4. Testet i artikel 5.5 i direktiv 2001/29

122. Även om det godtas att användningen av fotografiet kan omfattas av undantaget i artikel 5.3 a i direktiv 2001/29, måste den klara testet i punkt 5 i samma artikel, vilket innebär att villkoren för dess tillämpning behöver granskas.⁸² Jag ska här använda mig av samma metod som jag gjorde i mitt förslag till avgörande i målet Stichting Brein.⁸³

123. För det första anser jag att det är uppenbart att det inte strider mot det normala utnyttjandet av verket (testets andra steg), eftersom det rör sig om en användning i samband med undervisning som inte sker i vinstsyfte. Genom att lägga upp fotografiet på skolans webbplats tar varken eleven eller läraren (eller skolan eller delstaten Nordrhein-Westfalen) bort eventuella ekonomiska fördelar av fotografiets förekomst på internet och inte heller utnyttjar de det kommersiellt, till men för upphovsmannen.

124. Ett annat legitimt intresse (testets tredje steg) skulle kunna vara att upphovsmannens namn anges, för att skydda hans ideella rättigheter. Ideella rättigheter omfattas emellertid inte av tillämpningsområdet för direktiv 2001/29, vilket framgår av skäl 19 i direktivet.

125. Den känsligaste punkten rör testets första steg, nämligen det som kräver att undantagen bara används i *vissa särskilda fall*.

126. Även om förevarande mål är unikt, skulle utgången av det kunna få betydande konsekvenser för en stor mängd elever och lärare (och även för fotografer) under liknande omständigheter. Det kan i själva verket antas att handlingar som de som beskrivs här företas dagligen i medlemsstaterna.

127. Om de omständigheter som här provats föreligger i samtliga dessa fall, skulle en välavvägd tolkning av detta sista steg i testet, som samtidigt beaktade andra legitima intressen (i detta fall de som bygger på rätten till utbildning), kunna leda till slutsatsen att det inte spelar så stor roll hur många de identiska eller liknande handlingarna är, utan att de är tillräckligt avgränsade för att inte strida mot det normala utnyttjandet av verken och inte oskäligt inkräkta på rättsinnehavarnas legitima intressen. Med detta förbehåll rör det sig således om samma konkreta fall.⁸⁴

128. Sammanfattningsvis är undantaget i artikel 5.3 a i direktiv 2001/29 i sista hand tillämpligt.

V. Förslag till avgörande

129. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) har hänskjutit på följande sätt:

Det ska inte anses vara fråga om ett tillgängliggörande för allmänheten, i den mening som avses i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, i ett fall där det på en skolas webbplats, utan vinstsyfte och med angivande av källan, läggs upp en uppsats som innehåller en fotografisk bild som fanns fritt och gratis tillgänglig för alla internetanvändare på en webbplats tillhörande ett resemagasin, utan några upplysningar om vilka begränsningar som fanns för dess användning.

⁸² Jag anser emellertid att det finns fog för förslaget att undvika en mekanisk tillämpning av det testet som bygger på att de tre kriterierna är kumulativa, och i stället pröva betydelsen av var och en av dessa faktorer. Se Hilty, R.M./Geiger, Ch./Griffiths, J., "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, i synnerhet s. 709.

⁸³ Mål C-527/15, EU:C:2016:938, punkterna 73–81.

⁸⁴ Se ett liknande tillvägagångssätt i dom av den 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punkt 34).