

I am a hyperlink!



I am not a hyperlink.



AALBORG UNIVERSITY

DENMARK

Titel: Linking på internettet i et ophavsretligt perspektiv
Forfattere: Sophie Amalie Bøje (20154009)
Reem Barakji (20156475)
Vejleder: Anders Ørgaard
Uddannelse: Jura
Uddannelsessted: Aalborg Universitet
Dato: 19-05-2020

Abstract

This thesis aims to examine and critically analyze the interpretation of the communication to the public within the meaning of article 3.1 of the Infosoc-directive. The ambition of the thesis is therefore to provide a comprehensive picture of the legal situation regarding linking to copyright protected works published on internet with or without authorization from the copyright holder as well as the strictly legal and principally interpreted EU-harmonized interpretation of the transfer concept in the Infosoc-directive. In order to determine whether linking constitutes a communication to the public, the thesis is based on the legal dogmatic method.

This topic is highly relevant as there has been a rapid development in the digitalization spectra where new ways have arisen in which protected works are created, produced and distributed. The copyright legislation must adapt to a new digital reality while securing a fair balance of interests between rightsholders and users of protected works. As the possibility to easily access and share copyright protected works on the internet has increased, new requirements for legislation are necessary. In this context, linking – such as hyperlinks and embedded links – plays a central role in the use on the internet. However, linking is not mentioned anywhere in the Danish or European copyright legislation but must be deduced from the European Court of Justice (ECJ) case law. The copyright owner has an exclusive right to his work which includes an exclusive right to communicate his protected work to the public. This right is guaranteed by article 3.1 of the Infosoc-directive. The question is therefore, whether using a link to someone's copyright protected work published on the internet may infringe with the copyright legislation.

CJEU introduced *the new public criterion* in C-306/05 (SGAE) in regard to retransmissions on the internet. The new public criterion was further developed by CJEU in C-466/12 (Svensson) and C-348/13 (BestWater) which dealt with links that referred to freely accessible copyright protected works with the copyright holder's authorization. From these cases, it can be concluded that linking to freely accessible copyright protected work put on the internet with the copyright holder's authorization is not a '*communication to the public*' nor that the works are made available to a new audience regardless of the technique chosen - unless the link allows circumvention of access restrictions.

Regarding linking to copyright protected works published on internet without authorization from the copyright holder it can be concluded from C-160/15 (GS Media) that this kind of linking imply that copyright protected work is made available to a new audience if the linking is done in bad faith, which is a presumption if the linking is done with a financial gain in mind. In C-160/15 (GS Media) CJEU also introduced two additional criteria in regard to cases concerning linking to freely accessible copyright protected works on internet but without the authorization of the copyright holder. These two additional criteria were "*the knew or ought to have known criterion*" and "*the profit criterion*". The present dilemma consists of obtaining a judicious and "fair balance" between the interests of copyright holders to their copyright protected works while safeguarding the interests of internet users.¹ It is to be concluded that the CJEU has not achieved a fair balance between the interests of copyright holders and the interests of internet users in the present legal system in regards to internet users who use links when the linking is carried out for profit in contrary to private internet users.

¹ Direktiv 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

Indholdsfortegnelse

FORKORTELSER	5
DEL 1 INTRODUCERENDE DEL	6
KAPITEL 1. INTRODUKTION	6
1.1 INDLEDNING	6
1.2. PROBLEMFOMULERING.....	7
1.3. METODE	7
1.4. RETSKILDER	8
1.5. AFGRÆNSNING	9
DEL 2 LINKING RENT TEKNISK	10
KAPITEL 2. REDEGØRELSE FOR LINKING	10
2.1 BAGGRUND.....	10
2.2 LINKTYPER.....	10
2.2.1 Hypertekstlinks.....	11
2.2.2 Inline links.....	13
DEL 3 DEN OPHAVSRETLIGE REGULERING	14
KAPITEL 3. RETSGRUNDLAGET: DE OPHAVSRETLIGE REGELSÆT	14
3.1 OPHAVSRETTEGEN GENERELT.....	14
3.2 INTERNATIONALE KONVENTIONER.....	14
3.2.1 Bernerkonventionen.....	14
3.2.2 WIPO Copyright Treaty (WCT).....	16
3.2.3 Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).....	17
3.3 EU-RETTEGEN.....	18
3.3.1 Infosoc-direktivet.....	18
3.4 OPHAVSRETSLOVEN.....	19
3.4.1 Beskyttelsens objekt.....	20
3.4.2 Beskyttelsens subjekt.....	22
3.4.3 Beskyttelsens indhold.....	22
DEL 4 ANALYSE AF BEGREBET "OVERFØRING TIL ALMENHEDEN"	29
KAPITEL 4. INTRODUKTION	29
4.1 OVERFØRING TIL ALMENHEDEN.....	29
4.1.1 Overførbegrebet.....	30
4.1.2 Almenhedsbegrebet.....	34
DEL 5 LINKING I FORHOLD TIL TILGÆNGELIGGØRELSESRETTEGEN	41
KAPITEL 5. ER LINKING OFFENTLIG FREMFØRELSE?	41
5.1 OVERFØRING TIL ALMENHEDEN.....	41
5.1.1 Lovligt materiale.....	41
5.1.2 Ulovligt materiale.....	51
5.1.3 Harmonisering.....	60
5.1.4 Sammenfatning.....	64
KAPITEL 6. KLAR RETSTILSTAND?	65
6.1 EUDS FORTOLKNING AF INFOSOC-DIREKTIVETS ARTIKEL 3.1.....	65
6.1.1 Kritikpunkt et - linking bør ikke udgøre en overføring.....	65
6.1.2 Kritikpunkt to - EUDs fortolkning af "nyt publikum" i relation til almenhedsbegrebet i Svensson-sagen.....	66
6.1.3 Kritikpunkt tre - "Nyt publikum" - konsumtionsprincip uden juridisk støtte?.....	67

6.1.4 Kritikpunkt fire - "Nyt publikum" - i modstrid med princippet om automatisk beskyttelse?.....	69
6.2 INFORMATIONSFRIHEDEN & INFOSOC-DIREKTIVETS BESKYTTELSESNIVEAU	70
DEL 7 AFSLUTNING	73
KAPITEL 7. KONKLUSION.....	73
LITTERATURLISTE	75

Forkortelser

ALAI	L'Association Littéraire et Artistique Internationale (The International Literary and Artistic Association)
EU	Den Europæiske Union
EUD	Den Europæiske Unions Domstol
Infosoc-direktivet / Direktivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet
Ophavsretsloven/OPHL	Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret
NIR	Nordiskt Immaterialt Rättsskydd
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	Verdenshandelsorganisationen (World Trade Organization)

DEL 1 INTRODUCERENDE DEL

Kapitel 1. Introduktion

1.1 Indledning

Den moderne globaliserede verden er i konstant udvikling. Dette reflekteres også i digitaliseringspektret, hvor der er sket en eksplosiv udvikling af det verdensomspændende internet.² Et af de nye fænomener, som er opstået med internettet og som kan forklare denne eksplosive udvikling, er brugen af såkaldte hypertext-links.³ Denne teknik gør det muligt hurtigt og nemt at tilgå og dele ophavsretligt beskyttet materiale.⁴

I lyset af den hurtige udvikling på det digitale område, er der opstået nye måder, hvorpå beskyttede værker bliver skabt, produceret og distribueret. Dette har resulteret i, at indehavere af en ophavsret har fået sværere ved at kontrollere den digitale værksudnyttelse af ophavsretligt beskyttet materiale. Dette har i relation til ophavsretten givet anledning til en række forskelligartede juridiske problemstillinger og udfordringer, der skal ses i lyset af ophavsrettens funktion.

Ophavsrettens funktion er at skabe en balance mellem ophavsmandens interesse i en stærk juridisk beskyttelse af sine ophavsretlige eksklusive rettigheder og den sociale interesse ved en effektiv formidling af information.⁵ Dette formål søges sikret ved den eksklusive eneret, der tildeles ophavsmanden ved præstation af en intellektuel frembringelse. Denne eneret giver ophavsmanden eneret til to ting; dels en ret til at foretage eksemplar fremstilling af værket og dels en ret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden.⁶ Dette betyder, at ophavsmanden kan forbyde andre at gøre brug af værket på en af de anførte måder, men også ved samtykke at give andre mulighed for at udnytte det ophavsretligt beskyttede værk.

Et centralt ophavsretligt spørgsmål er i den forbindelse, hvorvidt internetbrugerens handling gennem en sådan linking til ophavsretsbeskyttet materiale udgør en ophavsretlig handling, herunder en overføring til almenheden, der i bekræftende fald kræver samtykke fra ophavsretsmanden?⁷

Følgelig handler dette speciale om den retlige regulering af links. Mere præcist vil det besvare spørgsmålet om, hvorvidt linking til ophavsretligt beskyttede værker på internettet udgør en overføring til almenheden, der i bekræftende fald kræver samtykke fra ophavsretsmanden.

² Andersen, Mads Bryde. U.2000B.311, side 1.

³ Andersen, Mads Bryde. U.2000B.311, side 1.

⁴ Andersen, Mads Bryde. U.2000B.311, side 1.

⁵ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 29.

⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 127.

⁷ Andersen, Mads Bryde. U.2000B.311, side 1.

1.2. Problemformulering

Specialet ønsker at afklare, hvorvidt linking til ophavsretligt beskyttede værker til offentlig fremførelse, udgør en overføring til almenheden.

Problemformuleringen lyder som følgende:

- *Udgør et link på internettet til ophavsretligt beskyttede værker en overføring til almenheden i henhold til artikel 3.1 i direktiv 2001/29?*

I lyset af problemformuleringen vil følgende forhold blive belyst:

- (1) Hvordan skal almenhedsbegrebet fortolkes i henhold til linking?
- (2) Kan medlemsstater indføre en mere omfattende beskyttelse for ophavsmænds eneret end, hvad der følger af art. 3?
- (3) Skal forskellige linktyper behandles forskelligt?
- (4) Hvilken betydning har det i henhold til nyt publikumskriteriet, at adgangsrestriktioner omgås ved linking?

1.3. Metode

Ved behandlingen af specialets problemformulering benyttes den retsdogmatiske metode. Denne metode er en retsvidenskabelig metode, der har det formål at finde og klarlægge, fortolke og systematisere gældende ret (*de lege lata*),⁸ men også de juridiske regler, der bør gælde (*de lege ferenda*).⁹

Den retsdogmatiske metode anvendes i teoretiske sammenhænge inden for retsvidenskaben, og er uundgåelig når retstilstanden på et givet retsområde ønskes klarlagt.¹⁰

På denne måde adskiller retsdogmatikken sig fra den juridiske metode, der anvendes til at løse faktiske juridiske problemstillinger i det praktiske liv.¹¹ Hvor praktikerer med udgangspunkt i den juridiske metode afgør uenigheder og problemstillinger, anvendes den retsdogmatiske metode, når retstilstanden på et givent område ønskes klarlagt gennem en systematisk, metodisk og transparent redegørelse og analyse af relevante retskilder.¹²

I henhold til specialet, anvendes den retsdogmatiske metode med henblik på at klarlægge retstilstanden for linking på internettet. Beskrivelsen vil ske med udgangspunkt i relevante danske-, EU-retlige- og folkeretlige retskilder, heriblandt dansk lovgivning, EU-ret, lovforarbejder og retspraksis fra EU-Domstolen (herefter *EUD*). De anvendte retskilder beskrives i det næste afsnit.

⁸ Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Sten. *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, side 212; Munk- Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori* (2018), side 64 og 204; Blume, Peter. *Juridisk Metodelære*, side 161 ff.

⁹ Munk- Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori* (2014), side 86.

¹⁰ Riis, Thomas; Trzaskowski, Jan. *Skriftlig Jura*, side 80.

¹¹ Munk- Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori* (2018), side 193

¹² Munk- Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori* (2014), side 204; Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina. *Retskilder & Retsteorier*, side 31-34.

1.4. Retskilder

De i dette speciale omtalte problemstillinger gennemgås ved anvendelse af de relevante nationale-, EU-retlige- og folkeretlige retskilder.

Nationale retskilder er i denne henseende dansk lovgivning. Når det skal vurderes, hvorvidt linking på internettet udgør en overføring til almenheden, finder den danske ophavsretslov anvendelse.¹³ Ophavsretten er territorielt afgrænset, hvilket betyder, at den danske ophavsretslov kun finder anvendelse på ophavsretligt relevante handlinger, der finder sted i Danmark.¹⁴ Størst fokus vil være den danske ophavsretslov, herunder særligt OPHL § 2, stk. 4, nr. 1.

Da ophavsretten er et EU-retligt reguleret område, vil specialet inddrage EU-retslige kilder. De EU-retlige retskilder, som anvendes til belysning af, hvorvidt linking til ophavsretligt beskyttede værker udgør en overføring til almenheden, er særligt Direktiv 2001/29/EF29 (*Infosoc-direktivet*) relevant. Størst fokus vil være på Infosoc-direktivets art. 3.1, da denne retskilde har størst betydning for specialets efterfølgende afsnit. Udgangspunktet i dansk ret er, at EU-retten har forrang fremfor dansk ret. Dette betyder, at Infosoc-direktivet og EUD-praksis i tilfælde af uoverensstemmelse med dansk ret, skal tillægges forrang.¹⁵ Udgangspunktet fraviges i den situation, hvor den Danske Grundlov er i modstrid med EU-retten.¹⁶ Som følge af princippet om EU-rettens forrang for national lovgivning vil EU-retten skulle vægtes højere end national ret i tilfælde af regelkollision.

Eftersom den ophavsretlige lovgivning ikke specifikt benævner linking, og dermed ikke selvstændigt belyser reguleringen af links, vil retspraksis i stort omfang inddrages. Da ophavsretten som nævnt, er et EU-retligt område, hidrører den retspraksis der belyser retsområdet hovedsageligt fra EUD. Eftersom national retspraksis er sparsom på de områder, som specialet behandler, vil specialet ikke inddrage national retspraksis.

EU-retten antages at være i overensstemmelse med de internationale konventioner. De internationale konventioner inddrages derfor for at opnå en overordnet forståelse af retsområdet. De folkeretlige retskilder, som berøres kort i specialet er de mest relevante internationale konventioner, herunder Bernerkonventionen, TRIPS-aftalen og WIPO Copyright Treaty (WCT).¹⁷

Juridiskfaglig litteratur og artikler anvendes som understøttelse for forståelsen af retsområdet og som fortolkningsbidrag til analysen af praksis. Hertil skal bemærkes, at juridisk litteratur ikke anses for værende en traditionel retskilde. Dette skyldes, at juridisk litteratur ikke indgår i den retslige trinfølge, og derfor ikke kan stå alene.¹⁸ Derudover har forfattere af juridisk litteratur ikke legitimitet til at fastlægge gældende ret.¹⁹ Den juridiske litteratur anvendes derfor som

¹³ Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret (Ophavsretsloven).

¹⁴ Riis, Thomas. *Immaterialret og IT*, side 133 og 134; Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 29.

¹⁵ Elo Rytter, Jens. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, side 36.

¹⁶ Høilund, Dorte. *Retsikkerhed og juridisk metode*, side 48.

¹⁷ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 66.

¹⁸ Munk- Hansen, Carsten. (2014). *Retsvidenskabsteori*, side 86.

¹⁹ Munk- Hansen, Carsten. (2018). *Retsvidenskabsteori*, side 372.

fortolkningsbidrag til beskrivelsen og analysen af de anvendte retskilder i vurderingen af, hvorvidt linking udgør en overføring til almenheden.²⁰

Specialet inddrager ikke alene anerkendte retskilder som ophavsretsloven, Infosoc-direktivet og retspraksis, men også forarbejder til hhv. loven og direktivet. Motiverne omfatter dokumenter, der er blevet til under udviklingen af ophavsretsloven og Infosoc-direktivet, og de udgør derfor et fortolkningsbidrag hertil.²¹

Generaladvokatens forslag til en afgørelse inddrages ligeledes som et fortolkningsbidrag.

1.5. Afgrænsning

Eftersom problemformuleringen er linking på internettet, leder det også til en række problemer indenfor andre immaterialretlige discipliner og retsområder, som f.eks. indenfor markedsføringsretten. Specialet er afgrænset til kun at behandle internetlinking fra et ophavsretligt perspektiv, hvorfor de øvrige immaterialretlige discipliner og andre retsområder udelades. Specialet tager sigte på at analysere retstilstanden for linking dels i forhold til den danske lovgivning herunder OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, og dels i forhold til Infosoc-direktivet art. 3.1 og EUD-praksis. Andre bestemmelser i OPHL og Direktivet behandles ikke i samme omfang.

Da specialet har til formål at behandle forholdet mellem linking og overførsingsretten vil fokus være på eneretten ”*overføring til almenheden*”, hvorfor de øvrige økonomiske rettigheder og ideelle rettigheder kun berøres i et begrænset omfang. Internationale instrumenter, der f.eks. vedrører nærtstående rettigheder, såsom Romkonventionen og WPPT, diskuteres heller ikke. Nærtstående rettigheder vil inddrages i specialet, men kun i relation til, hvordan EUDs harmonisering af disse adskiller sig fra harmoniseringen af overføring til almenheden.

Da fokusområdet er de ophavsretlige aspekter knyttet til linking, er de retshåndhævelsesmæssige aspekter udeladt. Af samme grund vil det strafferetlige sanktionssystem, der leveres i henhold til ophavsret ikke blive behandlet.

Specialet tager kun stilling til om linking udgør en selvstændig ophavsretskrænkelse. Specialet fokuserer således udelukkende på den sekundære overføring af værket. Specialet afgrænses derfor fra den oprindelige overføring med undtagelse af spørgsmålet om, hvorvidt den oprindelige overføring er sket med eller uden ophavsmandens samtykke, da dette er en vigtig sondring i vurderingen af, om linking udgør en overføring til almenheden. Spørgsmål om medvirkenansvar er således ikke relevant at behandle. Af samme årsag behandles retstillingen for de internetbrugere, der aktiverer links ikke.

²⁰ Tvarnø, Christina D.; Denta, Sarah Maria. *Få styr på metoden – introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode*, side 53.

²¹ Munk- Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori* (2014), side 299.

DEL 2 LINKING RENT TEKNISK

Kapitel 2. Redegørelse for linking

2.1 Baggrund

Internettet indtager i dag en meget stor og vigtig rolle i vores dagligdag i form af adgang til hjemmesider, nyhedsartikler, e-mails, billeder, mv.²² Digitaliseringen har medført, at ophavsretlige værker nu kan gengives i flere forskellige digitale former på verdensplan, hvilket bevirker, at internettet i dag står over for flere komplicerede udfordringer.²³

Formålet med internettet er at gøre information tilgængeligt, og her udgør links en af de fundamentale hjørnestene.²⁴ Linking er meget centralt for internetbrugere, da de ved hjælp af links hurtigt og nemt kan navigere rundt mellem den store mængde af information og materiale, der er offentliggjort på internettet. På denne måde kan internetbrugere hurtigere finde frem til det ønskede materiale uden nødvendigvis at have forudgående kendskab til internetadressen, hvor det ønskede materiale er placeret.²⁵

Dette har også medført, at ophavsretligt beskyttet materiale på internettet er blevet nemmere at få adgang til, hvilket har givet anledning til diskussioner om links retlige kvalifikation.²⁶ Der findes ikke en juridisk definition af links i dansk eller international ret. For at kunne undersøge hvorvidt internetlinking er lovligt i henhold til ophavsretten, er det centralt at forstå de grundlæggende elementer i den underliggende teknologi.²⁷ Beskrivelsen er således vigtig for forståelsen af den retlige kvalifikation af linking,²⁸ og danner også grundlag for specialets domsanalyser.

2.2 Linktyper

Man differentierer mellem forskellige typer af links. Det afgørende for, hvilken linktype der er tale om afhænger af, hvilke dele af en hjemmeside der linkes til, og hvordan det linkede materiale præsenteres for internetbrugeren.²⁹ I nærværende speciale forstås ved begrebet ”links” og ”linking”, at der indføres en digital henvisning til noget, der i forvejen ligger på internettet, og som brugeren ledes hen til, når vedkommende klikker på linket.³⁰

²² Ahlberg, Kerstin. *Din upphovsrätt och andras handbok för journalister*, side 134 - 135.

²³ Olsson, Henry. *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, side 29; Stokes, Simon. *Digital copyright: law and practice*, side 11.

²⁴ Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 43.

²⁵ Westman, Daniel. *Länkning som upphovsrättslig överföring till allmänheten?*, side 800 og 805.

²⁶ Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 43.

²⁷ Kempas, Tobias. *Länkning och ideell rätt*, side 126.

²⁸ Se bl.a. Rognstad NIR 2005 II, side 348; Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt*, side 184.

²⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87.

³⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2015), side 189.

Der differentieres mellem to hovedkategorier inden for linking; ”hypertekstlinks” og ”inline links”.³¹

2.2.1 Hypertekstlinks

Hypertekstlinks er den mest almindelige type af links.³² Et hypertekstlink fremtræder normalt som en understreget fremhævet del af en klikbar tekst i et dokument, og kan f.eks. have en anden farve end almindelig tekst. Et klik på de understregede ord omdirigerer internetbrugeren til en anden hjemmeside.³³ Linkets hjemmeside kan åbnes i et nyt browservindue eller i det allerede åbne browservindue, som internetbrugeren befinder sig på.³⁴ Internetbrugeren omdirigeres her til en anden hjemmeside end den oprindelige med en ny hjemmesideadresse.

Det er derfor klart for internetbrugeren, at de er blevet flyttet til et nyt sted på internettet.³⁵ På denne måde behøver internetbrugeren ikke manuelt at indtaste adressen i adressefeltet for at få adgang til det ønskede materiale.³⁶

2.2.1.1 Surface-links/referencelinks

En almindelig type af hypertekstlink betegnes ”*surfcelinks*” eller ”*referencelinks*”, og er den mest simple og almindelige form af linking. Surface-links eller referencelinks betegner links, der kun fører til en hjemmesides forside via et hypertekstlink som f.eks. www.dr.dk.³⁷

Hjemmesider består almindeligvis af en forside og en række undersider, som man kan trykke sig hen til via forsiden.³⁸ Ved at klikke på det pågældende link aktiveres linket, og internetbrugeren flyttes til den ønskede hjemmesides forside.³⁹ Herefter kan internetbrugeren navigere sig videre ind på hjemmesidens indhold, og derfra videre til underordnede dokumenter, filer, hjemmesider mv. som findes på den besøgte hjemmeside.⁴⁰ Det er derfor ofte klart for internetbrugeren, at der sker en bevægelse fra en hjemmeside til en anden.⁴¹

2.2.1.2 Deep links

En anden underkategori til hypertekstlink er deep links. Deep links er kendetegnet ved, at internetbrugeren ved et klik på linket føres direkte til en underside eller en fil, der ligger på en

³¹ ALAI (2013) – *Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet*, afsnit (iv) a).

³² Andersen, Mads Bryde. U.2000B.311, side 1 ff.; Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 169-172.

³³ Stokes, Simon. *Digital copyright*, side 14; Kempas, Tobias. *Länkning och ideell rätt*, side 127.

³⁴ Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 173.

³⁵ Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 170-172.

³⁶ Lindberg, Agne; Westman, Daniel. *Praktisk IT-rätt*, side 278.

³⁷ ALAI - *Focus on linking techniques on the Internet*, afsnit (iv) a.; Westman, Daniel. *Länkning som upphovsrättslig överföring*, side 800.

³⁸ Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 81; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87.

³⁹ Heine, Kasper mfl. *Internetjura*, side 444.

⁴⁰ Westman, Daniel. *Länkning som upphovsrättslig överföring*, side 800; ALAI - *Focus on linking techniques on the Internet*, afsnit (iv) a).

⁴¹ Rosén, Jan. *Medie- och upphovsrätt*, side 163ff.

hjemmeside.⁴² Dette kan eksempelvis være et link der fører til en bestemt medarbejders CV på et universitet eller et link, der fører til et bestemt program på *DR.dk*.⁴³ Denne linktype er kun klikbar, hvorfor en internetbruger ikke ville kunne omdirigeres til en underside eller en fil, der ligger på en hjemmeside, hvis vedkommende ikke klikker på linket.

En vigtig forskel mellem referencelinks og dybe links er, at et deep link i modsætning til referencelinket går uden om forsiden og direkte til en efterfølgende side.⁴⁴

En ophavsretlig udfordring ved deeplinks er, at det ikke altid fremgår tydeligt for internetbrugeren, hvem der tilvejebringer og leverer det materiale, som internetbrugeren får adgang til ved at klikke på linket.⁴⁵ For ved deep linking omgås henvisningen til hjemmesidens forside, og internetbrugeren ledes direkte hen til f.eks. et ophavsretligt beskyttet materiale.⁴⁶

2.2.1.3 Framing links

En anden type af hypertextlinks er framing links, der er en særlig form for kvalificerede deep links.

“Framing” betyder, at det materiale, der linkes til vises indrammet på webstedets skærmoverflade i forskellige rammer, i såkaldte ”frames” - heraf navnet.⁴⁷ Disse rammer kan, men behøver ikke at være synlige for internetbrugeren.⁴⁸ Framing dækker over situationer, hvor det materiale, der linkes til, visuelt og automatisk præsenteres på linkerens egen hjemmeside, således, fremtræder værket som en del af linkerens hjemmeside.⁴⁹

URL'en til den oprindelige hjemmeside vil stadig være synlig i adresselinjen, hvorefter internetbrugeren forbliver på den pågældende hjemmeside.⁵⁰ Hvis man f.eks. indsætter et “framing” link til en youtube-video på en hjemmeside vil det fremstå som om, at videoen befinder sig dér, selvom den ligger på youtube.⁵¹ Dette har medført, at det er blevet sværere for internetbrugere at vide, hvor værket oprindeligt stammer fra.⁵²

Denne type af link er som regel klikbar, men i kan i kombination med et inline link aktiveres uden et klik.

⁴² Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 87; Stokes, Simon. *Digital copyright*, side 145.

⁴³ F.eks. https://www.dr.dk/drtv/saeson/kender-du-typen_160278. Se også Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87; Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 189.

⁴⁴ Riis, Thomas. *Immaterialret og IT*, side 154; Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 174.

⁴⁵ Ahlberg, Kerstin. *Din upphovsrätt och andras handbok för journalister*, side 136; Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 48; Rosén, Jan. *Medie- och upphovsrätt*, side 163.

⁴⁶ Stokes, Simon. *Digital copyright*, side 145.

⁴⁷ Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 172.

⁴⁸ Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 44.

⁴⁹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 87; Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 44; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87.

⁵⁰ Kempas, Tobias. *Länkning och ideell rätt*, side 126.

⁵¹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 87.

⁵² Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 172–173.

2.2.2 Inline links

Den anden hovedkategori af links er ”*inline links*”. Disse links kaldes også embedded links. Inline links er ligesom framing en kvalificeret form for deep links, og kan på mange måder fungere som et deep link, dog med visse tekniske forskelle.⁵³ Gennem en speciel kode kan internetbrugere gennem denne linktype omdirigeres til filer, der findes på en tredjeparts hjemmeside, uden at internetbrugeren forflyttes dertil.⁵⁴ Det kan være billeder eller lydfiler, som bliver eksponeret, og som fremstår som en integreret del af oprindelige hjemmeside.⁵⁵

I modsætning til hypertextlinks, henter internetbrugers browser automatisk dette link, når internetbrugeren bevæger sig ind på hjemmesiden uden, at internetbrugeren aktivt behøver at klikke på linket.⁵⁶ Inline links er således ikke klikbare.

Da værket er integreret med webstedets eget materiale, kan internetbrugeren foranlediges til at tro, at værket stammer fra den oprindelige hjemmeside, som vedkommende befinder sig på. Dét at den oprindelige adresse stadig vises i adressefeltet, er med til at bestyrke internetbrugers tvivl om, hvor værket stammer fra.⁵⁷ Et typisk eksempel er klip fra YouTube, der er integreret i en hjemmeside, og afspilles automatisk sammen med det øvrige indhold på websiden - samtidig med internetbrugers besøg på hjemmesiden.⁵⁸

⁵³ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 87.

⁵⁴ Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 48.

⁵⁵ ALAI - *Focus on linking techniques on the Internet*, afsnit (iv) a.

⁵⁶ ALAI - *Focus on linking techniques on the Internet*, afsnit (iv) a. Se også Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87; Westman, Daniel. *Länkning som upphovsrättslig överföring*, side 804.

⁵⁷ Carlén- Wendels, Thomas. *Nätjuridik*, side 170–172; Edmar, Malin. *Internetpublicering och sociala medier*, side 48.

⁵⁸ <https://www.youtube.com/>

DEL 3 DEN OPHAVSRETLIGE REGULERING

Kapitel 3. Retsgrundlaget: de ophavsretlige regelsæt

3.1 Ophavsretten generelt

Globaliseringen har haft en stor effekt på ophavsretten. Det er derfor vigtigt for den interne internationale samhandel, at der så vidt muligt gælder ensartede ophavsretsregler i forskellige lande, og derfor er ophavsretten i dag reguleret på tre niveauer.⁵⁹

For det første på et internationalt folkeretligt niveau i kraft af en række internationale konventioner, som harmoniserer og ensretter en række af de ophavsretlige regler i de kontraherende lande.⁶⁰ Danmark har tiltrådt en række internationale konventioner inden for ophavsretten.⁶¹ Disse internationale konventioner og aftaler administreres og udvikles af *FN organisationen World Intellectual Property Organization* (WIPO).⁶² De relevante traktater i forhold til tilgængeliggørelsesretten er Bernerkonventionen, WIPO Copyright Treaty og TRIPS-aftalen. Konventionerne stiller krav på den nationale beskyttelse, hvilket har medført, at udenlandske værker nyder samme beskyttelse som danske værker.⁶³

For det andet på et multinationalt niveau i form af en række direktiver, der harmoniserer ophavsretten i EU-medlemsstaterne, navnlig Infosoc-direktivet fra 2001.⁶⁴

For det tredje på et nationalt niveau i form af danske regler, der som følge af fortolknings- og formodningsreglerne skal fortolkes i overensstemmelse med EU-direktiver og de tiltrådte konventioner. De ophavsretlige regler findes i ophavsretsloven.⁶⁵

I det følgende gives et overblik over de anvendte nationale og internationale regelsæt, da en redegørelse for den ophavsretlige regulering er afgørende for forståelsen af den usikkerhed og problematik, som har præget linking.

3.2 Internationale konventioner

3.2.1 Bernerkonventionen

En af de vigtigste og dominerede globale konventioner er Bernerkonventionen⁶⁶ fra 1886, til værn for litterære og kunstneriske værker.⁶⁷ Konventionen har gennemgået flere ændringer, fordi man allerede i det 19. århundrede kom til erkendelse af immaterialrettens potentielle globale spredning.⁶⁸

⁵⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 65; Bernitz, Ulf mfl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, side 10; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 44; Lindberg, Agne; Westman, Daniel. *Praktisk IT-rätt*, side 220.

⁶⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 66.

⁶¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 74.

⁶² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54.

⁶³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 74; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 66.

⁶⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 66.

⁶⁵ Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret. Se også Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 65.

⁶⁶ » *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraire et artistique* «.

⁶⁷ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54.

Danmark tiltrådte konventionen og implementerede den i den nationale lovgivning i år 1903,⁶⁹ og har herudover også ratificeret de senere ændringer.⁷⁰ Bernerkonventionen har vundet stor udbredelse, og er i dag tiltrådt af mere end 160 lande,⁷¹ herunder alle EU-medlemslandene, USA og Kina,⁷² hvilket giver ophavsmanden en praktisk talt verdensomspændende beskyttelse.⁷³ De lande, der har ratificeret Bernerkonventionen, udgør en union, der beskytter hhv. industrielle rettigheder, herunder patenter, design og varemærker og ophavsrettigheder.⁷⁴ Konventionen har betydet en internationalisering af ophavsretsreglerne med henblik på en grundlæggende global og international beskyttelse for ophavsmændene.⁷⁵

Grundstrukturen og hovedprincipperne i Bernerkonventionen er først og fremmest, at den nationale lovgivning med udgangspunkt i territorialprincippet kun gælder i det pågældende unionsland. Herudover opstiller konventionen nogle mindstekrav til den nationale lovgivning, som skal være opfyldt før, at en ratificering af konventionen kan ske. For eksempel stiller konventionen krav til beskyttelsestidens længde.⁷⁶

For det andet gælder der et fundamentalt krav om national behandling.⁷⁷ Kravet indebærer et generelt forbud mod enhver form for forskelsbehandling inden for unionen. Det betyder, at borgere fra andre medlemsstater skal nyde mindst samme retsbeskyttelse som landets egne borgere, og have samme adgang til at erhverve rettigheder. Andre større krav kan dog stilles i andre internationale aftaler, forudsat, at de ikke er i modstrid med bestemmelserne i Bernerkonventionen.

Et af de vigtigste principper i Bernerkonventionen for ophavsretten, er reglen om, at der ikke må stilles formalitetskrav som betingelse for at opnå ophavsretlig beskyttelse.⁷⁸ Princippet er centralt og indebærer, at enhver forfatter og kunster uden videre har beskyttelse i alle unionslandene.⁷⁹ Princippet har givet anledning til diskussion, jf. afsnit 6.2.5.

Danmark har tiltrådt alle de vigtige konventioner og implementeret dem i den nationale lovgivning.⁸⁰ Traktattekster har derfor betydning ved fortolkningen af de nationale regler, herunder

⁶⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54.

⁶⁹ For det aktuelle tal for antal tilknyttede lande i dag:

https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

⁷⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret*, side 54.

⁷¹ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 44 og 138. For det aktuelle tal for antal tilknyttede lande i dag:

https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

⁷² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56.

⁷³ Goldstein, Hugenholtz, *International copyright*, side 10; Olsson, Henry. *Copyright*, side 357.

⁷⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54; Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt*, side 42.

⁷⁵ Levin, Marianne. (2011). *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt*, side 42.

⁷⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56.

⁷⁷ Bernerkonventionens grundprincip om *national behandling* gælder ikke undtagelsesfrit, se bl.a. art. 7 om beskyttelsestidsafkortning. Inden for EU skal der altid ydes national behandling, jf. diskriminationsforbuddet i art. 12 EF. Se også Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56.

⁷⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 57.

⁷⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 57.

⁸⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54.

ved fortolkning af ophavsretsloven.⁸¹ Det følger af de almindelige juridiske principper om lovforklning, at der gælder en formodning om, at lovgiver har villet opfylde sine folkeretlige forpligtelser. I tilfælde af fortolkningstvivil bør derfor vælges den fortolkning, som stemmer bedst overens med de traktatmæssige forpligtelser.⁸² Bernerkonventionen har dermed afgørende betydning for indholdet af ophavsretsloven.

3.2.2 WIPO Copyright Treaty (WCT)⁸³

I 1996 blev Bernerkonventionen suppleret med WIPO Copyright Treaty (herefter *WCT*), der trådte i kraft den 6. marts 2002.⁸⁴ WCT blev indgået af FN's agentur for intellektuel ejendom, WIPO. Denne moderniserede fællesskabslovgivning om ophavsret skete i forbindelse med udviklingen og den udbredte anvendelse af internettet.⁸⁵ WCT's formål er netop at inkorporere den ophavsretlige regime fra konventionslandene ind i nutidens teknologi.⁸⁶

Traktaten udgør en international aftale, der er i overensstemmelse Bernerkonventionen.⁸⁷ Aftalen fastslår, at der er ophavsret til edb-programmer og databaser, og at eneretten til eksemplarfrestillinger også finder anvendelse på den digitale teknologi.⁸⁸ WCT medførte derved en modernisering af ophavsretten ved at blandt andet at anerkende ophavsretlig beskyttelse til disse. Det medførte også, i forhold til Bernerkonventionen, en øget ophavsretlig beskyttelse ved at indføre mere omfattende rettigheder.⁸⁹

WCT-traktatens art. 8 statuerer ophavsmandens ret til at godkende eller forbyde alle former af ”overførsler til almenheden”⁹⁰ af ophavsbeskyttede værker.⁹¹ Det fremgår også af bestemmelsen, at retten inkluderer at gøre værket ”tilgængeligt for offentligheden”, på en sådan måde, at almenheden kan få adgang til værkerne på et individuelt valgt sted og tidspunkt.⁹²

Traktaten ligger dermed til grund for antagelsen, at man kan tale om offentlig fremførelse af et værk, hvor de enkelte brugere selv kan vælge tid og sted for værksbenyttelsen, f.eks. på internettet.⁹³

⁸¹ Høilund, Dorte. *Retsikkerhed og juridisk metode*, side 53.

⁸² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54; Høilund, Dorte. *Retsikkerhed og juridisk metode*, side 53.

⁸³ WCT er en forkortelse for *WIPO Copyright Treaty*, og vil herefter blive benævnt på denne måde.

⁸⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56; Trzaskowski, Jan. Internetretten, fodnote på side 44.

⁸⁵ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56.

⁸⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56-57; Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt*, side 44; Rosén, Jan. *Medie- och upphovsrätt*, side 158.

⁸⁷ Levin, Marianne. (2011). *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt*, side 44; Rosén, Jan. *Medie- och upphovsrätt*, side 158.

⁸⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret*, side 56-57.

⁸⁹ Det er også i enighed med Bernerkonventionen artikel 20. Se også Kur, Annette; Dreier, Thomas. *European Intellectual Property Law*, side 32 f. og http://en.wikipedia.org/wiki/WIPO_Copyright_Treaty

⁹⁰ "Communication to the public".

⁹¹ WCT artikel 8.

⁹² WCT artikel 8.

⁹³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 56-57.

WCT har været tiltrådt i Danmark siden 2009, og er i dag implementeret af 104 stater.⁹⁴ Tilføjes af denne supplerende aftale resulterede endvidere i, at EU vedtog Infosoc-direktivet i 2001 med det formål at tilpasse reglerne til aftalen.⁹⁵ Det medførte også, at den danske ophavsretslov blev ændret.⁹⁶

3.2.3 Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)⁹⁷

Parallelt med WIPO-arbejdet blev det internationale regelsæt om ophavsret, TRIPS, vedtaget. TRIPS-aftalen er en del af WTO-overenskomsten.⁹⁸ Danmark har været medlem af Verdenshandelsorganisationen (WTO)⁹⁹ siden 1. januar 1995,¹⁰⁰ der i dag består af 164 medlemmer (herunder EU).¹⁰¹

Behovet for en velfungerende international intellektuel ejendomsbeskyttelse eskalerede i løbet af det 20. århundrede, efterhånden som den internationale handel ekspanderede i omfang, og en utilfredshed fra de industrialiserede lande voksede mht. den ineffektive beskyttelse i udviklingslandene.¹⁰² Dette er baggrunden for, at TRIPS-aftalen i år 1994 blev vedtaget. TRIPS blev vedtaget inden for rammerne af WTO¹⁰³ om et nyt og sammenhængende internationalt beskyttelsessystem for international handel med intellektuel ejendomsret.

TRIPS er den konvention med det bredeste anvendelsesområde, da dens regler finder anvendelse på hele immaterialretten.¹⁰⁴ I TRIPS-aftalens art. 2.2 fremgår det, at strukturen og det materielle indhold i TRIPS-aftalen i vid udstrækning er baseret på Bernerkonventionen og andre ældre konventioner inden for intellektuel ejendomsret.¹⁰⁵ Derudover præciserer art. 9.1, at medlemmer er forpligtet til at overholde alle bestemmelserne i art. 1-21 i Bernerkonventionen og dens bilag, med undtagelse af art. 6bis. Således er Bernerkonventionen indarbejdet i sin helhed og indgår i TRIPS-aftalen - med undtagelse af art. 6bis om ideelle rettigheder.¹⁰⁶ TRIPS-aftalen indeholder blandt andet en række minimumsregler for, hvordan medlemsstaternes retlige beskyttelse skal udformes, hvilket giver Bernerkonventionen en udvidet beskyttelse.¹⁰⁷

⁹⁴ For det aktuelle tal for antal tilknyttede lande i dag:

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16

⁹⁵ I betragtning 15 i Infosoc-direktivet angives der, at begge WIPO-aftaler er med til at harmonisere ophavsrettens område.

⁹⁶ Lovbekendtgørelse nr. 587 af 20. juni 2008 om ophavsret (Ophavsretsloven).

⁹⁷ TRIPS er en forkortelse for *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, og vil herefter blive benævnt på denne måde.

⁹⁸ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, fodnote på side 44.

⁹⁹ World Trade Organisation.

¹⁰⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54-55.

¹⁰¹ Det aktuelle tal for antal tilknyttede lande i dag: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm

¹⁰² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54-55.

¹⁰³ <https://um.dk/da/udenrigspolitik/handelspolitik/wto/>

¹⁰⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54-55.

¹⁰⁵ Se artikel 2 i TRIPS-aftalen.

¹⁰⁶ Olsson, Henry. *Copyright*, side 357; Kur, Annette; Dreier, Thomas. *European Intellectual Property Law*, side 25.

¹⁰⁷ Bernitz, Ulf mfl. (2017) *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, side 14-15.

Trips indeholder udover de traditionelle immaterialretlige regler, baseret på mindstebeskyttelse og krav på national ligebehandling, også en forpligtelse for medlemslandene til at tilbyde en effektiv håndhævelse af immaterialretligheder.¹⁰⁸ Herudover indeholder TRIPS-aftalen et mestbegunstigelsesprincip.¹⁰⁹ Princippet indebærer, at en fordel ved den intellektuelle ejendomsbeskyttelse, som en medlemsstat yder en borger i en anden stat, straks skal anerkendes af alle juridiske enheder i alle tilknyttede lande til TRIPS.¹¹⁰ TRIPS afspejler på denne måde immaterialrettens globale betydning og dertilhørende udfordringer og problemer.

3.3 EU-retten

3.3.1 Infosoc-direktivet

I *Grøn bog om ophavsretten og den teknologiske udfordring*, der blev udarbejdet i juni 1988, udtrykte den Europæiske kommission bekymring over udviklingen af ophavsretten, da forskellene mellem medlemsstaternes ophavsretssystemer, og den manglende harmonisering fra Fællesskabet forstyrrede det indre marked.¹¹¹ Det var i lyset af en mangel på harmonisering og et ineffektivt indre marked, at ophavsretsdirrektiverne blev implementeret i EU-lovgivningen.¹¹²

På nuværende tidspunkt reguleres den europæiske ophavsret af ti direktiver.¹¹³ Hensigten med direktiverne har været at skabe en harmonisering af regler vedrørende beskyttelse af ophavsretlige objektiver såsom fotografier, computerprogrammer og databaser.

Det væsentligste direktiv i forhold til internettet og som dermed også har størst betydning for specialets problemstilling er, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, ofte forkortet *Infosoc-direktivet*.¹¹⁴ Fokus i dette direktiv er hovedsagelig ophavsretten i informationssamfundet. Infosoc-direktivet indeholder regler vedrørende eksemplarfremstilling, eksemplarspredning og overføring til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker. Med vedtagelsen af dette direktiv blev nogle af de udfordringer ophavsretten stod overfor i forbindelse med digitaliseringen og internettet løst.¹¹⁵

¹⁰⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 54-55. Se også TRIPS del III.

¹⁰⁹ Benævnt ”*Most-favoured-nation*” på engelsk, jf. <https://um.dk/da/udenrigspolitik/handelspolitik/wto/regler-i-wto/>

¹¹⁰ Bernitz, Ulf mfl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, side 15. Se også TRIPS artikel 4.

¹¹¹ *Grøn bog om ophavsret og den teknologiske udfordring - ophavsretlige problemer, der nødvendiggør øjeblikkelig handling*, COM/1988/0172, artikel 1.4.9. Se også Seville, Catherine. *EU intellectual property law and policy*, side 24.

¹¹² Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt*, side 57.

¹¹³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 63. Direktiverne er gennemført i dansk ret for at minimere forskellene inden for ophavsret i EU.

¹¹⁴ Direktiv 2001/29 af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

¹¹⁵ Trzaskowski, Jan *Internetretten*, side 44; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 70. Infosoc-direktivet gennemførte endvidere forpligtelserne i henhold til WIPO-traktaten fra 1996 jf. Infosoc-direktivets betragning 15.

I EU-kommissionens grønbog om *Copyright in the Information Society* fremgår nogle af de underliggende overvejelser bag Infosoc-direktivet.¹¹⁶ Europa-Kommissionen antager blandt andet, at for, at informationssamfundet fortsat skal kunne udvikle sig effektivt skal de varer og tjenester, der er skabt inden for Unionen, kunne drage fordele af ”de elektroniske motorveje” som digitaliseringen har medført.¹¹⁷ Europa-Kommissionen konstaterede endvidere, at en mangelfuld harmonisering vedrørende reglerne om eksklusive rettigheder vil kunne resultere i markedsopdelinger i informationssamfundet som ikke var der tidligere.¹¹⁸

Et af formålene med vedtagelsen af Infosoc-direktivet var således at fremme en større grad af harmonisering, og samtidig indføre en ambitiøs strategi med henblik på at fjerne den negative indvirkning på det indre marked,¹¹⁹ forårsaget af de fragmenterede nationale ophavsretlige regler.¹²⁰ Den teknologiske udvikling har også nødvendiggjort en regulering af nye former for anvendelse af værker ved teknologisk udvikling, som tidligere ikke har været behandlet i lovgivningen.¹²¹ Direktivet er derfor primært rettet mod de ophavsretlige problemer, der er opstået som følge af den digitale revolution og det nye informationssamfund, og har til hensigt at koordinere Unionens ophavsretlige regulering af denne nye teknologi.¹²²

3.4 Ophavsretsloven

De ophavsretlige regler i Danmark findes i ophavsretsloven og bygger på lov nr. 395 af 14. juni 1995 med senere ændringer.¹²³ Loven gentager regler fra den tidligere ophavsretslov af 1961.¹²⁴

Herudover implementerer ophavsretsloven, som nævnt, også en række traktater og EU-direktiver såsom de ovenfor nævnte.¹²⁵ Særligt Infosoc-direktivet medførte en helt afgørende ændring af ophavsretsloven i 2002, hvor direktivet blev implementeret.¹²⁶ De implementerede direktivbestemmelser udgør fundamentet for beskyttelsen af digitale værker, og har siden ikke gennemgået væsentlige ændringer.¹²⁷

¹¹⁶ EU-kommissionens “*Green paper on copyright and the challenge of technology - copyright issues requiring immediate action*” fra 1988.

¹¹⁷ EU-kommissionens “*Green paper on copyright and related rights in the information society*” fra 1995, side 3. Egen oversættelse.

¹¹⁸ EU-kommissionens “*Green paper on copyright and related rights in the information society*” fra 1995, side 4. Egen oversættelse.

¹¹⁹ Derudover har direktivet til formål at bidrage til øget beskæftigelse, da en stærkere beskyttelse af ophavsret tilskynder til kreativitet, hvilket igen fører til et konkurrencedygtigt europæisk marked, jf. Infosoc-direktivets fjerde betragtning.

¹²⁰ Kur, Annette; Dreier, Thomas. *European Intellectual Property Law*; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 36 og 70.

¹²¹ Infosoc-direktivets betragtning 5.

¹²² InfoSoc-direktivet betragtning 5-6. Seville, Catherine. *EU intellectual property*, side 60.

¹²³ Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret (ophavsretsloven).

¹²⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immateriel ret (2018)*, side 73.

¹²⁵ Bernerkonventionen, Verdenskonventionen, Romkonventionen, TRIPS-aftalen, WIPO Copyright Treaty og Infosoc-direktivet.

¹²⁶ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 70.

¹²⁷ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 70.

Således er Direktivets art. 3.1 også implementeret i ophavsretsloven. Da bestemmelsen regulerer, hvornår der er tale om ”overføring til almenheden”, er den særlig relevant for specialets problemformulering. ”Overføring til almenheden” gennemgås nærmere i næste afsnit.

For en udførlig fremstilling af retsgrundlaget vil det ophavsretlige beskyttelsesobjekt, indhold og subjekt blive gennemgået nedenfor.

3.4.1 Beskyttelsens objekt

For at kunne konstatere, om en linking udgør en ophavsretskrænkelse, må det først og fremmest afklares, om det materiale, der linkes til, er ophavsretligt beskyttet, dvs. om materialet har ophavsretlig beskyttelse. Hvis spørgsmålet kan besvares bekræftende, opstår spørgsmålet om, hvorvidt der ved linking sker en tilgængeliggørelse af ophavsretligt beskyttede materiale, der kræver ophavsmandens tilladelse, jf. OPHL § 2, stk. 3-4.

Ophavsretsloven er teknologineutral, hvilket betyder, at det er underordnet for spørgsmål om ophavsret, om et værk skabes i fysisk form, f.eks. på papir eller i elektronisk form eller som et digitalt værk på internettet.¹²⁸ Det afgørende er, om de grundlæggende betingelser, der fremgår af OPHL § 1 om at nyde ophavsretlig beskyttelse, er opfyldt. Ifølge OPHL § 1 beskytter loven litterære og kunstneriske værker.¹²⁹ OPHL beskytter også andre frembringelser, der ikke nødvendigvis kan karakteriseres som værker, men som alligevel har behov for beskyttelse.¹³⁰ Sidstnævnte beskyttelse behandles i OPHL kapitel 5 og betegnes naborettigheder.¹³¹ Naborettighederne er som altovervejende hovedregel mere begrænset.¹³²

For at frembringelsen kan være et ophavsretligt beskyttet værk, skal frembringelsen efter sin art kunne karakteriseres som et litterært eller kunstnerisk værk.¹³³ Begreberne kunst og litteratur skal forstås i bred forstand. Ophavsretslovens § 1 opregner de beskyttede værksarter.¹³⁴ Værksarterne kan inddeles i to overordnede kategorier: *litterære værker* og *kunstneriske værker*. De litterære værksarter er skønlitterære eller faglitterære fremstillinger, der også kaldes sprogværker, samt beskrivende værker (stk. 2) og edb-programmer (stk. 3). Der findes to slags kunstneriske værker: kunstværker herunder billedkunst, brugskunst, bygningskunst og fotografier og kunstneriske værker, der ikke er kunstværker, men alligevel kunstneriske. Sidstnævnte dækker over musikværker, sceneværker og filmværker.¹³⁵ OPHL § 1 opregner de beskyttede værksarter.¹³⁶ Lovens opremsning af værkstyper er dog ikke udtømmende. Det ses af formuleringen i § 1, stk.1,

¹²⁸ Med infoc-direktivet er princippet om teknologineutralitet også fastslået som et harmoniseret EU-ophavsretligt princip, jf. Kyst, Martin. U.2001B.305, punkt 2.1. Se også Strömbäck, Per. *Gratis? om kvalitet, pengar och skapandets villkor*, side 52.

¹²⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 66.

¹³⁰ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 9.

¹³¹ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 14.

¹³² Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 14.

¹³³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 76.

¹³⁴ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 110.

¹³⁵ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 68.

¹³⁶ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 110.

der slutter med ordene "[...] eller det er kommet til udtryk på anden måde".¹³⁷ Bestemmelsen er således dynamisk og nye værkstyper kan derfor inkorporeres i loven uden, at en lovændring er nødvendig.¹³⁸

Ud over at frembringelsen skal opfylde definitionen på at være litterært eller kunstnerisk skal frembringelsen også være original.¹³⁹ I Danmark defineres originalitetskravet som en frembringelse, der bærer præg af ophavsmandens personligt skabende indsats.¹⁴⁰ Nogle forfattere anvender udtrykket "værkshøjde" i stedet for "originalt", men begreberne betyder det samme.¹⁴¹ Originalitetskravet fremgår ikke udtrykkeligt i OPHL, men følger derimod af forarbejderne, retspraksis og juridisk litteratur.¹⁴² Originalitetskravet er i dag et EU-harmoniseret begreb med et EU-harmoniseret indhold,¹⁴³ og nyder derfor beskyttelse ifølge den EU-retlige originalitetsopfattelse, hvis værket er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, dvs. et resultat af fri og kreativ indsats.¹⁴⁴

Der skal som udgangspunkt ikke meget til for at statuere, at værket er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, og at der dermed foreligger en personlig skabende indsats.¹⁴⁵ Grænsen går typisk ved, hvorvidt der ved statuering af beskyttelse vil være en risiko for, at en anden uafhængig person skaber et tilsvarende værk, dvs. hvorvidt der er risiko for dobbeltfrembringelser.¹⁴⁶ Det betyder, at hvis to identiske frembringelser, der dog er frembragt uafhængigt af hinanden, kan, hvis originalitetskravet er opfyldt, begge beskyttes som selvstændige værker. Der stilles således kun krav om subjektiv nyhed, dvs. at der skal være tale om en personlig, individuel, selvstændig og skabende indsats.¹⁴⁷ Det manglende krav om objektiv nyhed, indebærer, at ophavsretten ikke er nogen prioritetsbeskyttelse.¹⁴⁸

¹³⁷ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 45.

¹³⁸ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 45.

¹³⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 76.

¹⁴⁰ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 106; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 67.

¹⁴¹ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 67; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 10.

¹⁴² Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 46.

¹⁴³ Det følger af C-5/08 (Infopaq I) præmis 3, "der er tale om et begreb, der skal underlægges en selvstændig og ensartet fortolkning i hele fællesskabet".

¹⁴⁴ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 46; Schovsbo, Jens mfl. (2018), side 77.

¹⁴⁵ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 123; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 67.

¹⁴⁶ Hvis der er en vis sandsynlighed for, at to person uafhængigt af hinanden kan skabe et tilsvarende værk, er det et indicium for, at frembringelsen ikke er resultat af en selvstændigt skabende indsats, og at originalitetskravet derfor ikke er opfyldt.

¹⁴⁷ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 124.

¹⁴⁸ Det siges, at ophavsretten er en efterligningsbeskyttelse og ikke en prioritetsret. Se også Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 124; Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 47.

3.4.2 Beskyttelsens subjekt

Det er et grundprincip i ophavsretten, at ophavsrettigheder til værker opstår hos ophavsmanden.¹⁴⁹ Den opstår aldrig hos juridiske personer, men kan overdrages til juridiske personer.¹⁵⁰ Med ”*ophavsmand*” forstås således den oprindelige skaber eller den nuværende rettighedshaver.¹⁵¹ Endvidere er den ophavsretlige retserhvervelse formløs, og opstår automatisk i samme sekund som værket skabes og varer i 70 år efter ophavsmandens død.¹⁵²

3.4.3 Beskyttelsens indhold

Ophavsretten indebærer, at ophavsmanden tildeles *økonomiske rettigheder* og *ideelle rettigheder*.¹⁵³ OPHL § 2 vedrører de økonomiske enerettigheder og giver ophavsmanden en eneret til at råde over værket i økonomisk henseende, da de i juridisk forstand er formuerettigheder.¹⁵⁴ En sådan råden kan efter bestemmelsen bestå i at fremstille eksemplarer af værket ved visning, fremførelse og spredning eller tilgængeliggørelse for almenheden.

OPHL § 3 vedrører ophavsmandens ideelle rettigheder, der betegnes *droit moral-beskyttelse*. *Droit moral* dækker over rettigheder i forbindelse med navneangivelse, dvs. at ophavsmandens navn altid skal angives i forbindelse med anvendelse af værket og en respektret, der går ud på, at værket ikke må ændres eller anvendes på en for ophavsmanden krænkende måde.¹⁵⁵

Eneretten indebærer, at ingen anden person må råde over værket på én af de i §§ 2-3 anførte måder, medmindre ophavsmanden har givet tilladelse hertil, eller at det er tilladt efter undtagelserne til eneretten,¹⁵⁶ der findes i OPHL kapitel 2.¹⁵⁷ OPHL kapitel 2 indeholder nogle indskrænkninger til eneretten, herunder blandt andet §§ 19 og 20 om konsumtion af sprednings- og visningsretten og § 21, der vedrører indskrænkninger af eneretten til offentlig fremførelse. Disse undtagelser vil dog ikke blive behandlet i nærværende fremstilling.

¹⁴⁹ Med undtagelse af OPHL §§ 3, 7 og 38, hvor der alene tages sigte på den oprindelige skaber. Se også Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 113.

¹⁵⁰ Det kan f.eks. ske via aftaler eller lovgivningen, jf. Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 13; Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 137.

¹⁵¹ Med undtagelse af OPHL §§ 3, 7 og 38, hvor der alene tages sigte på den oprindelige skaber.

¹⁵² Trzaskowski, Jan *Internetretten*, side 47; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 82; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 12.

¹⁵³ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 126; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 16.

¹⁵⁴ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 153.

¹⁵⁵ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 126; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 16; Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 268.

¹⁵⁶ De vigtigste indskrænkninger i eneretten er §§ 12 (kopiering til privat brug), 19 (konsumtion af spredningsretten) og 22 (citaretten).

¹⁵⁷ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 268; Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 124; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 16; Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 53.

I det følgende vil de økonomiske og de ideelle rettigheder blive beskrevet. Da det er tilgængeliggørelsesretten, der er særlig relevant i forhold til dette speciale, vil dette blive gjort til genstand for den primære fremstilling. Eksemplar fremstillingsretten og de ideelle rettigheder beskrives overordnet med henblik på en mere fuldkommen forståelse af beskyttelsens indhold.

3.4.3.1 De økonomiske rettigheder

De rettigheder ophavsmanden har efter OPHL § 2 kaldes for økonomiske rettigheder, fordi det er dem, ophavsmanden primært kan tjene sine penge på.¹⁵⁸ Baggrunden for denne beskyttelse er, som tidligere nævnt, ophavsmandens interesse i en bred økonomisk og ideel beskyttelse. Herudover er der de såkaldte ideelle rettigheder, som prøver at beskytte ophavsmandens ikke-økonomiske interesser.¹⁵⁹

3.4.3.1.1 Retten til eksemplar fremstilling

Retten til eksemplar fremstilling fremgår af OPHL § 2, stk. 1, 1. pkt., og er nærmere præciseret i § 2, stk. 2 som implementerer Infosoc-direktivets art. 2. Infosoc-direktivets art. 2 anfører, at ophavsmanden har eneret til eksemplar fremstilling af et ophavsretligt beskyttet værk, dvs.: *”tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis”*. Retten til eksemplar fremstilling er dermed EU-harmoniseret, hvilket indebærer, at der ikke er plads til selvstændigt at fortolke begrebet samt fastlægge, hvornår der foreligger en ret til kopiering af værket.¹⁶⁰ Grundlæggende indebærer eksemplar fremstillingsretten, at andre personer ikke må kopiere værket. Derfor kaldes eksemplar fremstilling også *”reproduktion”* eller *”kopiering”*.¹⁶¹

OPHL § 2, stk. 2 indeholder en meget bred definition af, hvad der er eksemplar fremstilling. Ifølge ordlyden kan enhver kopiering principielt være omfattet af eneretten.¹⁶² Ifølge bestemmelsen omfatter eneretten hel eller delvis varig eller midlertidig, direkte eller indirekte fikseringer af værker, uanset måden eller formen for eksemplar fremstillingen.¹⁶³

Ifølge OPHL § 2, stk. 2, 2.pkt omfatter eksemplar fremstilling også det forhold, at værket overføres på indretninger, som kan gengive det, dvs. omarbejdelse i anden teknik f.eks. ved digitalisering af et analogt værk. Det betyder, at det ikke uden ophavsmanden samtykke er tilladt at overføre f.eks. en artikel i trykt fysik form til digital form. Ej heller er det tilladt at fremstille en digital kopi af et værk, hvis det i forvejen foreligger i digital form.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 96.

¹⁵⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 96.

¹⁶⁰ C-5/08 (Infopac I) præmis 37; C-510/10 (DR, TV2 Danmark A/S) præmis 5.

¹⁶¹ C-5/08 (Infopac I) præmis 27; C-510/10 (DR, TV2 Danmark A/S) præmis 33.

¹⁶² Eksemplarer kan f.eks. være film, musik, plakater mv. Billeder af værker anses ligeledes for eksemplarer af værkerne.

¹⁶³ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 157; Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 16.

¹⁶⁴ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 268.

Begrebet omfatter også lagringsmedier, selvom de ikke lader den pågældende person opleve værket, medmindre denne har en computer.¹⁶⁵ Når digitalt udstyr gengiver et værk, ved for eksempel at *stream*¹⁶⁶ en film fra internettet på internetbrugerens computer, bliver filmen af tekniske grunde lagret kortvarigt i forskellige former for hukommelse herunder ”*cache-ram*”, dvs. der lagres hele tiden små bidder af filmen. Denne slags flygtige lagring er eksemplar fremstilling idet eksemplar fremstillingsretten omfatter ”*enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form*”, som derfor kræver den pågældende ophavsretsmands tilladelse.

I forlængelse af ovenstående er det nærliggende at vurdere, hvorvidt linking udgør en selvstændig eksemplar fremstilling. Når en internetbruger ved hjælp af links navigerer rundt mellem forskellige hjemmesider på internettet, sker der teknisk det, at der automatisk og uden internetbrugerens, mellemkomst, fremstilles en midlertidig kopi, som lagres kortvarig på internetbrugerens computer.¹⁶⁷ Det der sker på internetbrugerens computer er, at der foretages et midlertidigt eksemplar i det øjeblik linket aktiveres. Midlertidige eksemplar fremstillinger er undtaget efter OPHL § 11 a. OPHL § 11 a implementerer Infosoc-direktivets art. 5.1, og bestemmer, at brugere med lovligt forlæg kan skabe midlertidig eksemplar fremstilling uden samtykke fra rettighedshaver.¹⁶⁸ Linking udgør således ikke en selvstændig eksemplar fremstilling, der kræver ophavsmandens samtykke.¹⁶⁹ Desuden er der i litteraturen en bred enighed om, at linking ikke udgør en selvstændig eksemplar fremstilling.¹⁷⁰

Linking kan være relevant i andre ophavsretlige henseender f.eks. ved brug af ”*thumbnails*”, som er en gengivelse af originale komprimerede billeder.¹⁷¹ Et andet eksempel er såkaldte ”*snippets*”, hvor selve linket udgør et udsnit fra en hjemmeside i form af ren tekst eller billeder.¹⁷² En overvejelse man kan gøre sig i den forbindelse er citatretten, herunder kunstcitatreglen i § 23 for thumbnails’enes vedkommende.¹⁷³ Dette ligger dog uden for specialets emne, og behandles derfor ikke yderligere.

3.4.3.1.2 Retten til tilgængeliggørelse for almenheden

Ophavsmanden har ud over retten til eksemplar fremstilling, også en eneret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden. Dette fremgår af OPHL § 2, stk. 1, og er nærmere reguleret i OPHL §

¹⁶⁵ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 127.

¹⁶⁶ Streamer defineres ifølge Den Danske Ordbog som ”*Overføre og afspille digital lyd eller film løbende uden forudgående lagring*”.

¹⁶⁷ Denne proces, hvorunder internetudbydere og netværksoperatører transmitterer indhold på internettet til internetbrugeren, involverer ofte, at der fremstilles automatiske og flygtige kopier med det formål at muliggøre eller lette selve transmissionen af data. Se også Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 268.

¹⁶⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 127.

¹⁶⁹ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 289.

¹⁷⁰ Heine, Kasper mfl. *Internetjura*, side 444; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 424; Schovsbo, Jens og Udsen, Henrik. NIR 2006.47, side 50.

¹⁷¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 148.

¹⁷² Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 86.

¹⁷³ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

2, stk. 3 og stk. 4. Eneretten omfatter offentlig eksemplarspredning, offentlig eksemplarvisning og offentlig fremførelse af værket, herunder udsendelse i radio og tv.¹⁷⁴

I modsætning til spredning og visningsretten sker der ingen konsumtion af fremførelsesretten ved den første offentlige fremførelse. Med andre ord, bevarer ophavsmanden eneret til offentlig fremførelse ved fornyet offentlig fremførelse.¹⁷⁵

I de følgende afsnit beskrives sprednings-, visnings- og overføringsretten for at give et komplet overblik over den grundlæggende ophavsret.

3.4.3.1.2.1 Spredningsretten

Retten til spredning er beskrevet i OPHL § 2, stk. 2, nr. 1. Bestemmelsen giver ophavsmanden en eneret til enhver form for spredning af fysiske eksemplarer af det beskyttede værk til almenheden. Det omfatter spredning f.eks. via salg, udlån og udlejning.¹⁷⁶ Infosoc-direktivet harmoniserer kun retten til spredning ved salg, mens retten til spredning ved lån og leje reguleres i låne- og lejedirektivet.¹⁷⁷

OPHL § 19 indeholder en undtagelse, som betegnes som *konsumptionsundtagelsen*. Ifølge OPHL § 19 konsumeres spredningsretten fra det tidspunkt eksemplaret med ophavsmandens samtykke er overdraget. Dette bevirker, at en køber af et værk frit bl.a. kan sælge eksemplaret videre. Hvis der ikke var undtagelser til spredningsretten, ville det betyde, at det vil være ulovligt f.eks. at videresælge en bog, som er købt i en boghandel.

I relation til onlinetjenester på internettet fastslår Infosoc-direktivets betragtning 28 og 29, at konsumtion alene sker ved spredning af værkseksemplarer i fysisk form og ikke i forbindelse med tjenester, herunder onlinetjenester. Et omdiskuteret spørgsmål i lyset af EUDs afgørelse i sag C-128/11 (UsedSoft) er, om der også gælder digital konsumtion af digitale eksemplarer. Afgørelsen fastlår, at edb-programmer nu er omfattet af konsumptionsprincippet. Dommen og dens rækkevidde er omdiskuteret for så vidt angår andre typer af værker end edb-programmer såsom musik, film og e-bøger. Dommen tager dermed ikke stilling til adgangen til viderespredning af digitale værkseksemplarer generelt, men tendensen peger i retning af en ligestilling af fysiske og digitale eksemplarer.¹⁷⁸ Af hensyn til specialets omfang udelades en nærmere diskussion af konsumptionsprincippet.

¹⁷⁴ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 158.

¹⁷⁵ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 177.

¹⁷⁶ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 19; *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 171.

¹⁷⁷ Direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret. Se også Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 19; Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 171.

¹⁷⁸ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 64.

Retstilstanden er stadig uklar for så vidt angår digitale eksemplarer og på denne baggrund må det afvises, at linking udgør eksemplarspredning.¹⁷⁹

3.4.3.1.2.2 Visningsretten

Efter OPHL § 2, stk. 3, nr. 2, gøres værket tilgængeligt for almenheden, når eksemplarer af værket vises offentligt, dvs. når værket fysisk anbringes et sted, hvor almenheden har mulighed for at se det, uden at nogen nødvendigvis har tilgået det.¹⁸⁰ Derudover er det kun fysiske eksemplarer, der er omfattet af begrebet visning.¹⁸¹ Der skal således være tale om et fysisk eksemplar, der anbringes foran et tilstedeværende publikum.¹⁸² På internettet foreligger der digitale eksemplarer og allerede af denne grund kan det afvises, at linking berøres af visningsretten.¹⁸³

3.4.3.1.2.3 Overførelsesretten

Ud over spredning- og visningsretten har ophavsmanden eneret til offentlig fremførelse, jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3. Begrebet ”fremførelse” er i modsætning til visning betinget af en aktiv proces, dvs. en proces, der gør modtageren i stand til at tilegne sig værket.¹⁸⁴ Visning forudsætter en passiv proces, dvs. at ophængning af en avis på et offentligt sted vil udgøre en visning, hvorimod en oplæsning af avisen vil indebære en aktiv handling, og dermed udgøre en fremførelse.¹⁸⁵

Traditionelt har tilgængeliggørelse reguleret den situation, hvor et værk fremføres for en kreds af tilhører på et tidspunkt og sted valgt af fremføreren.¹⁸⁶ Med internettet opstod en mulighed for, at internetbrugeren selv kunne bestemme tid og sted for fremførelsen.¹⁸⁷ Herved opstod der en tvivl i de fleste EU-lande om, hvorvidt tilgængeliggørelse af værker via hjemmesider var omfattet af fremførelsesbegrebet.¹⁸⁸ For at sikre, at eneretten også omfattede tilrådighedsstillelse af værker via internettet indførtes Infosoc-direktivets art. 3.1,¹⁸⁹ der var specifikt udviklet med henblik på digitale transmissioner på internettet.¹⁹⁰ Bestemmelsen fastslår udtrykkeligt, at denne type af handlinger er omfattet af eneretten.¹⁹¹

Implementeringen af Infosoc-direktivet i OPHL i 2002 resulterede i OPHL § 2, stk. 4, nr. 1,¹⁹² hvorved begrebet ”overføring” blev introduceret som en underkategori til fremførelsesretten.¹⁹³

¹⁷⁹ Schovsbo, Jens mfl. (2015). *Immaterielret (2018)*, side 192.

¹⁸⁰ Det er f.eks. tilfældet, hvis et maleri fremvises på et museum.

¹⁸¹ Schovsbo, Jens mfl. (2015). *Immaterielret (2018)*, side 130.

¹⁸² Schovsbo, Jens mfl. (2015). *Immaterielret (2018)*, side 130.

¹⁸³ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 20.

¹⁸⁴ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 82.

¹⁸⁵ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 82.

¹⁸⁶ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 82.

¹⁸⁷ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 83.

¹⁸⁸ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 83.

¹⁸⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 83.

¹⁹⁰ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 83.

¹⁹¹ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 83.

¹⁹² Bestemmelsen er en implementering af Infosoc-direktivets artikel 3.1, hvorefter: ”Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker,

Ved implementeringen i OPHL § 2, stk. 4, nr. 1 blev det fastslået, at tilgængeliggørelse af værker via internettet, herunder på hjemmesider, er en offentlig fremførelse.¹⁹⁴ Ifølge motiverne til loven var ændringen blot af lovteknisk karakter, hvorfor dette ikke havde nogen betydning for den hidtil gældende retstilstand, hvorefter digitale overførsler kan være offentlig fremførelse.¹⁹⁵ Bestemmelsen har således alene præciserende karakter.¹⁹⁶

Endvidere er retten til offentlig fremførelse ikke begrænset til et tilstedeværende publikum.¹⁹⁷ Eneretten omfatter både *direkte offentlig fremførelse* og *trådløs eller trådbunden overføring til almenheden*.¹⁹⁸

Direkte offentlig fremførelse

Differentieringen mellem begreberne *direkte offentlig fremførelse* og *trådløs eller trådbunden overføring* tager afsæt i, at *direkte offentlig fremførelse* dækker over en fremførelse, der sker for et tilstedeværende publikum,¹⁹⁹ dvs. en fremførelse, der udgår samme sted hvor publikum er nærværende.²⁰⁰ Et eksempel herpå er fremførelse af musik til koncerter eller forelæsninger for studerende i en forelæsningsaal.²⁰¹

Trådløs eller trådbunden overføring til almenheden

Begrebet *offentlig fremførelse* dækker også over teknisk overføring.²⁰² Herved sigtes på fremførelse, der sker ved hjælp af elektroniske midler, og som udgår fra et andet sted end der, hvor publikum befinder sig, dvs. hvor der foreligger et distanceelement imellem internetbrugeren og værket.²⁰³ Bestemmelsens ordlyd i § 2, stk. 4, nr. 1 nævner bl.a. ”*trådbunden eller trådløs overføring, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn*”. Det er derfor en fremførelse, hvis en bar udsender et værk i tv. Som offentlig fremførelses anses offentlig også ”*tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt*”.²⁰⁴ Sidstnævnte beskriver den elektroniske proces i linking. Begrebet omfatter således også det der i ophavsretlig terminologi kaldes ”*tilrådighedsstillelse on demand*”,²⁰⁵ dvs. tilfælde,

herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt”.

¹⁹³ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 174; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 84.

¹⁹⁴ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 84.

¹⁹⁵ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 176.

¹⁹⁶ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 84.

¹⁹⁷ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 43.

¹⁹⁸ Ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 1.

¹⁹⁹ Publikum har en ”*fysisk og direkte kontakt*” med den, der fremfører værkerne, jf. C-403/08 og C-429/08 (forenede sager, Premier League) præmis 201-203.

²⁰⁰ Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 93.

²⁰¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 131; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 90.

²⁰² Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 72; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 87.

²⁰³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 164-166.

²⁰⁴ OPHL § 2, stk. 4, nr. 1.

²⁰⁵ Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 76.

hvor værker lægges på internettet, og hvor publikum på ethvert tidspunkt kan få adgang til materiale.²⁰⁶

Grænsen mellem visning og fremførelse har ikke altid været skarp. Grænsen har især været omdiskuteret i forhold til skærmfremvisning.²⁰⁷ Problemstillingen er belyst ved lovmotiverne til 2002-ophavsretsloven.²⁰⁸ Visningsretten dækker over direkte visning af et fysisk eksemplar af et værk for et tilstedeværende publikum, f.eks. udstilling af et maleri på et museum.²⁰⁹ Ifølge OPHL 2, stk. 4, nr. 1 dækker fremførelsesretten derimod tilfælde, hvor værket ”*gengives som led i eller på grundlag af en trådbunden eller trådløs overføring*”. Det betyder, at internettransmissioner og tv-udsendelser af eksempelvis et kunstværk skal betragtes som *fremførelse* af værket – og ikke som *visning*.²¹⁰

”*Trådløs eller trådbunden overføring til almenheden*”, herefter benævnt som ”*overføring til almenheden*” må således, som udgangspunkt, betragtes som den relevante del af OPHL § 2, stk. 4 i henhold til linking. Begrebet ”*overføring til almenheden*” behandles nærmere i kapitel 4.

3.4.3.2 De ideelle rettigheder (droit moral)

De ideelle rettigheder findes i OPHL § 3, og består af *faderskabs-* og *respektretten*.²¹¹ Faderskabsretten fremgår af OPHL § 3, stk. 1 og indebærer, at ophavsmanden kan kræve, at dennes navn bliver nævnt i overensstemmelse med god skik i forbindelse med, at nogen fremstiller eksemplar af værket eller gør det tilgængeligt for almenheden.²¹²

Respektretten som fremgår af OPHL § 3, stk. 2, giver ophavsmanden ret til at ”*forbyde andre at ændre eller gøre vedkommendes værk tilgængeligt på en måde, der krænker vedkommendes litterære eller kunstneriske anseelse*”.²¹³ Herunder falder endvidere spredning, hvor den pågældende person ”*viser eller fremfører det offentligt på en måde eller i en sammenhæng*” der krænker ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse.²¹⁴

De ideelle rettigheder kan kun i begrænset omfang overdrages i modsætning til rettigheder efter OPHL § 2, jf. OPHL § 3, stk. 3.²¹⁵

²⁰⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 131; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 90.

²⁰⁷ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 175.

²⁰⁸ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 175.

²⁰⁹ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 175.

²¹⁰ Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 175.

²¹¹ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 96.

²¹² Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 93; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 96.

²¹³ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 97; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 93.

²¹⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 97; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 93.

²¹⁵ Fx vil en aftale mellem ophavsmanden og en anden om, at ophavsmanden helt fraskriver sig sine ideelle rettigheder være ugyldig.

DEL 4 ANALYSE AF BEGREBET ”OVERFØRING TIL ALMENHEDEN”

Kapitel 4. Introduktion

Det forudgående kapitel har behandlet udformningen af ophavsretten og dens regulering samt de tekniske aspekter ved linking, og dermed bistået med den nødvendige baggrundsviden for en juridisk undersøgelse af emnet.

Dette kapitel har til formål at behandle begrebet ”overføring til almenheden” i henhold til Infosoc-direktivets art. 3.1 og OPHL § 2, stk. 4, hvorefter linking-problematikken analyseres.

4.1 Overføring til almenheden

Begrebet ”overføring til almenheden” er et generelt begreb i international ophavsret.²¹⁶ Retten fremgår af en række bestemmelser i internationale konventioner, som Danmark har tiltrådt.²¹⁷ Som beskrevet i afsnit 3.2-3.3 i kapitel 3, er dansk ophavsret underlagt internationale aftaler og en række EU-direktiver. Gennem Infosoc-direktivet har EU-medlemslande, herunder Danmark, været nødt til at gennemføre en række ændringer af deres ophavsretslovgivning, såsom ved at indføre ”trådløs eller trådbunden overføring til almenheden”²¹⁸ i loven.²¹⁹ Dette var et af de vigtigste ændringer, som implementeringen af direktivet medførte.²²⁰

Begrebet overføring til almenheden er reguleret i OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, og består af to led. Efter bestemmelsens første led, kan en overføring bestå af udsendelse i radioen eller fjernsynet, mens det efter andet led kan bestå af en tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt sted og tidspunkt.²²¹

Begrebet ”tilrådighedsstillelse” fremgår af Infosoc-direktivets art. 3.1, og er en oversættelse af det engelske udtryk ”making available”. Begrebet skal ifølge Infosoc-direktivets betragtning 25, forstås som interaktive bestillingstransmissioner²²² såsom *on demand*-tjenester og andre former for interaktive kommunikationer via internet-hjemmesider.²²³ Den slags fremførelse som omfatter ”tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et

²¹⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 132.

²¹⁷ Bernerkonventionen (1971-udgaven), TRIPS artikel 14.1 og 3 og WPPT artikel 6, nr. i. Se også Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 132.

²¹⁸ Begrebet ”overføring til almenheden”, jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, er en oversættelse af det engelske ”communication to the public”, som fremgår af Infosoc-direktivets artikel 3.1.

²¹⁹ Begrebet oversættes også nogle gange til ”kommunikation til offentligheden”, jf. Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 132.

²²⁰ Det fremgår af betragtning 23 til artikel 3.1. Se også Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 47.

²²¹ OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, 1. og 2. led.

²²² Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 181.

²²³ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 181.

individuel valgt sted og tidspunkt” kaldes med et teknisk udtryk for ”*tilrådighedsstillelse on demand*” ifølge OPHL § 2, stk. 4, nr. 1.²²⁴

Tilrådighedsstillelse on demand ifølge OPHL § 4, stk. 2, nr. 1. som fremgår af det sidste led, foreligger kun i de tilfælde, hvor almenheden selv kan bestemme, hvor og hvornår de ønsker at tilgå det materiale, der stilles til rådighed via en overføring.²²⁵ Det betyder, at *live streaming*, dvs. direkte transmissioner på internettet, hvor publikum har valgfrihed med hensyn til, hvornår transmissioner tilgås, ikke er *tilrådighedsstillelse on demand*. Det kan eksempelvis være sportsbegivenheder som udspringer sig i realtid.²²⁶ Disse situationer er derimod omfattet af det bredere begreb ”*overføring til almenheden*” i OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, 1.led.

Sker der en *overføring til almenheden* på internettet, kræver det samtykke fra ophavsmanden.²²⁷ Spørgsmålet er herefter, hvorvidt linking til ophavsretligt beskyttede værker til offentlig fremførelse udgør en overføring til almenheden, hvormed samtykke af ophavsretsmanden kræves. Det kan hverken ud fra Infosoc-direktivet eller OPHL udledes, hvorvidt linking udgør overføring til almenheden. For at kunne besvare dette spørgsmål, må der først foretages en vurdering af, hvornår der foreligger en *overføring til almenheden* ifølge retspraksis.

Det følger af fast retspraksis, at begrebet omfatter to kumulative kriterier. Der skal foreligge en ”*overføring*” af et værk, og så skal overføringen ske til ”*almenheden*”.²²⁸ Det følgende afsnit vil med udgangspunkt i retspraksis beskrive, hvad disse to betingelser indebærer.

4.1.1 Overføringsbegrebet

I Infosoc-direktivets art. 3.1 følger retten til overføring og tilrådighedsstillelse for almenheden. Overføringsbegrebet er som tidligere beskrevet EU-harmoniseret, og er omfattet af Infosoc-direktivet.²²⁹ Det betyder, at medlemslande ikke har mulighed for til at tilføje eller supplere med nogle andre regler om samme forhold som dem, direktiverne regulerer.²³⁰ Det EU-retlige udgangspunkt er, at EU-retlige bestemmelser skal ”*undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i medlemslandene, medmindre andet undtagelsesvis fremgår af dem.*”²³¹

²²⁴ Nogle gange betegnes det bare som ”tilrådighedsstillelse”, jf. Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 131-132.

²²⁵ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 181.

²²⁶ Se EU-Domstolens afgørelse i C-279/13 (C More).

²²⁷ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 130.

²²⁸ C-466/12 (Svensson) præmis 16.

²²⁹ § 2, stk. 4, nr. 1, blev indsat ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 for at gennemføre artikel 3 i direktiv 2011/29/EF (Infosoc-direktivet) i dansk ret. Se desuden Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 128 ff. og Infosoc-direktivets artikel 3 og 4.1.

²³⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 166.

²³¹ Se bla. C-306/05 (SGAE) præmis 31, der fastslog, at begrebet ”*almenheden*” ”*i hele Fællesskabet [...] undergives en selvstændig og ensartet fortolkning*”, selvom det ikke er defineret i direktivet.

Overføringsbegrebet skal således fortolkes i overensstemmelse med en klassisk formålsfortolkning.²³² Dette betyder, at der ved fortolkning af begrebet, udover artiklens ordlyd, skal tages hensyn til formålet med Infosoc-direktivet og den sammenhæng, hvori begrebet indgår.²³³ Dette bekræftes i sagerne C-306/05 (SGAE) og C-403/08 (Premier League), hvor det understreges, at ”overføringsbegrebet” betydning og rækkevide må fastlægges under hensyn til den sammenhæng, den fortolkede bestemmelse indgår og ud fra direktivets mål.²³⁴ Det gør sig tillige gældende for det EU-retlige almenheds- og offentlighedsbegreb, der behandles i næste afsnit.²³⁵

Det følger af EU-praksis, at begrebet ”overføring” skal forstås i bred forstand.²³⁶ At Infosoc-direktivets overføringsbegreb og tilrådighedsstillelsesbegreb skal fortolkes bredt er i overensstemmelse med Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 23 og 24. Af direktivets 23. og 24. betragtning fremgår det, at begrebet omfatter enhver overføring og tilgængeliggørelse til almenheden, som befinder sig et andet sted end derfra, hvor overføringen og tilgængeliggørelsen finder sted. Det betones samtidig, at retten ikke bør omfatte andre handlinger.²³⁷

Af Infosoc-direktivets 27. betragtning følger endvidere, at den der dog blot muliggør eller bevirker overføring ved at stille fysiske faciliteter til rådighed, ikke foretager en overføring i direktivets forstand. Herved indrømmes en vis ansvarsfritagelse for formidlere på internettet.²³⁸

Overføringsbegrebet indebærer og forudsætter dermed et distanceelement imellem internetbrugeren og værket²³⁹ i modsætning til ”direkte fremførelse”, som sker for et tilstedeværende publikum.²⁴⁰ Et eksempel på sidstnævnte kan være en teaterforestilling i et teater, hvor fremførelsen udgår fra det samme sted, hvor publikum befinder sig.²⁴¹

Kravet på distance har været genstand for diskussion i en række domme.²⁴² Alle domme bygger på hinanden, hvorfor der i det følgende kun tages udgangspunkt i den mest centrale dom på området, Premier League fra 2011.²⁴³

²³² C-283/10 (Circul Globus Bucuresti) præmis 32.

²³³ C-306/05 (SGAE) præmis 34 og C-403/08 (Premier League), præmis 185.

²³⁴ C-306/05 (SGAE) præmis 34 og C-403/08 (Premier League), præmis 185.

²³⁵ C-283/10 (Circul Globus Bucuresti) præmis 31-32.

²³⁶ Af C-403/08 (Premier League) præmis 193 skal begrebet ”forstås i bred forstand, dvs. som omfattende enhver overføring af de beskyttede værker, uafhængigt af hvilket middel eller hvilken teknisk proces der anvendes”.

²³⁷ Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 23 og 24

²³⁸ Riis, Thomas. (2001). *Immaterielret og IT*, side 153.

²³⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 133-134.

²⁴⁰ Publikum har en ”fysisk og direkte kontakt” med den, der fremfører værkerne, jf. C-403/08 og C-429/08 (forenede sager, Premier League) præmis 201-203.

²⁴¹ OPHL § 2, stk. 3, nr. 3.

²⁴² Dommene C-306/05 (SGAE), C-135/10 (SCF), C-403/08 (Premier League), C-162/10 (Phonographic Performance), C-607/11 (ITV Broadcasting).

²⁴³ C-403/08 (Premier League).

Sagen omhandler salg af rettigheder til transmission af engelske fodboldkampe. Anmodningen blev fremsat af Football Association Premier League Limited (herefter FALP)²⁴⁴, der er repræsentant for 20 Premier League-klubbers tv-interesser.

FALP administrerer rettighederne til Premier League, og sælger rettighederne til licenshavere i forskellige områder²⁴⁵ efter en åben udbudsprocedure²⁴⁶, dog således, at der kun findes f.eks. én svensk licenshaver, én dansk licenshaver, én britisk licenshaver osv. Når en bydende for et område erhverver rettigheder til at sende Premier League-kampe direkte, tildeles denne en eneret til at sende kampene i dette område. Dette er ifølge FALP nødvendigt med henblik på at opnå den maksimale kommercielle værdi af rettighederne.²⁴⁷ For at beskytte alle radio- og tv-selskabernes geografiske eksklusivitet påtager hvert selskab sig i en licensaftale med FALP en forpligtelse til at forhindre, at almenheden uden for det aftalte geografiske område modtager udsendelserne.²⁴⁸ For at kunne vise *Premier League* i Storbritannien, er en abonnementsaftale med de forskellige licenshavere således påkrævet. FALP havde blandt andet indgået en aftale med den britiske licenshaver BSkyB Ltd. (SKY). Dette betød, at britiske statsborgere kun havde mulighed for at følge Premier League i fjernsynet via den britiske licenshaver SKY.²⁴⁹ Endvidere indebar licensaftalen en forpligtelse for den britiske licenshaver SKY, til at forhindre statsborgere i andre lande end Storbritannien i at modtage signal til kampene.²⁵⁰ Kun igennem et dekoderkort til signalet havde briterne, herunder engelske pubejere, adgang til at vise kampene.²⁵¹

Den græske licenshaver NOVA havde dog et langt billigere abonnement, hvorfor de britiske pubber i stedet købte licens fra licenshaver NOVA.²⁵² Trods det græske signal det blev sendt fra, var der engelske kommentarer, hvorfor mange pubejere var interesseret heri. Herefter anlagde den oprindelige rettighedshaver FALP sag mod NOVA og nogle udenlandske pubber, b.l.a. de britiske.²⁵³ Årsagen hertil var, at eksklusiviteten til rettighederne ville blive udhulet og dermed værdien væsentligt forringet.²⁵⁴

I den her forbindelse, blev der forelagt EUD præjudicielle spørgsmål.²⁵⁵ Et af spørgsmålene angik fortolkningen af Infosoc-direktivets art. 3.1, herunder, om der var sket en overføring til almenheden.²⁵⁶ EUD fastlog, at der var sket en overføring til almenheden.²⁵⁷ Dette uddybes straks nedenfor.

²⁴⁴ C-403/08 (Premier League) præmis 2.

²⁴⁵ C-403/08 (Premier League) præmis 31-32.

²⁴⁶ C-403/08 (Premier League) præmis 33.

²⁴⁷ C-403/08 (Premier League) præmis 34.

²⁴⁸ C-403/08 (Premier League) præmis 35.

²⁴⁹ C-403/08 (Premier League) præmis 41.

²⁵⁰ C-403/08 (Premier League) præmis 35.

²⁵¹ C-403/08 (Premier League) præmis 35.

²⁵² C-403/08 (Premier League) præmis 42.

²⁵³ C-403/08 (Premier League) præmis 44.

²⁵⁴ C-403/08 (Premier League) præmis 43.

²⁵⁵ Sjette spørgsmål i C-403/08 (Premier League).

²⁵⁶ C-403/08 (Premier League) præmis 183.

²⁵⁷ C-403/08 (Premier League) præmis 207.

4.1.1.1 Distanceelementet

Som forannævnt, forudsætter overføring til almenheden efter Direktivets betragtning nr. 23 et distanceelement mellem den der overfører værket og modtageren. I overensstemmelse hermed fastslog forarbejderne til OPHL fra 2002, at der ved tv-udsendelser i butikker og restauranter ikke var det nødvendige distanceelement til at udgøre en overføring til almenheden, da overføringen skete fra det samme sted, som publikum befandt sig.²⁵⁸

EUD har sidenhen tilsidesat denne fortolkning af distanceelementet og i stedet lavet en bredere fortolkning. Ifølge EUD var formålet med betragtning nr. 23 at præcisere, at overføring til almenheden, som omhandlet i direktivet ikke omfatter, ”direkte forestilling eller fremførelse”, dvs. overførsler, hvor publikum har en ”fysisk og direkte kontakt” med fremføreren.²⁵⁹ Distanceelementet i direktivets betragtning nr. 23 omfatter således tilfælde, hvor der ikke er en fysisk og direkte kontakt med publikum. Det afgørende er ifølge EUD således, stedet, hvor udsendelse oprindeligt udsendes. På denne baggrund bekræftede EUD, at der er tale om en overføring, når en pubejer tænder for sit tv, og dermed overfører værket via tv til tilstedeværende gæster i pubben.

I ovennævnte anlægger EUD dermed en ret vidtgående fortolkning af distanceelementet. Afgørelsen medfører, at tilfælde, hvor værker lægges ud på internettet eller lignende netværk, hvor almenheden selv kan få adgang til dem, når de vil, er en overføring, da disse, ligesom en tv-udsendelse, bliver lagt ud fra et andet sted end det oprindelige publikum er.²⁶⁰

Begrebet overføring omfatter også videretransmission. Det betyder, at når nogle personer videretransmitterer fremførelser, som andre allerede har igangsat, foretages der en ny selvstændig fremførelse.²⁶¹ Som eksempel kan nævnes, at en person har tændt for en radio på sin restaurant. Heraf følger at publikum befinder sig et andet sted end den radiostation, udsendelsen oprindeligt udsendes fra, og at den fornødne distance dermed er til stede.²⁶² Dette indebærer, at det er overføring og ikke direkte fremførelse at videretransmittere stof, andre har lagt ud på internettet.²⁶³ Selve direktivet nævner ikke udtrykkeligt ”transmission” eller ”retransmission” i art. 3.1. I den forbindelse bør man huske på, at overføringsbegrebet, som nævnt, skal forstås i bred forstand og dermed omfatte enhver trådløs eller trådbunden overføring til almenheden, dvs. omfatte overføring i enhver form uanset den valgte teknik.²⁶⁴

²⁵⁸ F.eks. var der ikke den fornødne distance, når f.eks. en butiksejer tændte for et tv i sin fabrik. Se endvidere bemærkningerne til nr. 3 og 4 til lovforslag om ændring af ophavsretsloven fremsat den 2. oktober 2002.

²⁵⁹ C-403/08 (Premier League) præmis 201-203.

²⁶⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 133 ff.

²⁶¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 133 ff. Se også Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 457.

²⁶² C-403/08 (Premier League) præmis 200-201.

²⁶³ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 134. Se også Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 459.

²⁶⁴ Se Infosoc-direktivets betragtning 23. Fra EU-Domstolens praksis kan nævnes C-351/12 (OSA) præmis 23, de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (forenede sager, Premier League) præmis 186 og 193, C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 20, C-306/05 (SGAE) præmis 36, C-466/12 (Svensson) præmis 17, C-117/15 (Reha Training) præmis 38 og C-160/15 (GS Media) præmis 30.

Ved ikke at angive specifikt, hvilke overføringer overføringsbegrebet dækker over, sikres en vis fleksibilitet og dynamik i bestemmelsen. Som følge heraf, vil bestemmelsen også kunne omfatte nye forhold, som opstår i takt med den teknologiske udvikling. Dette vil i overensstemmelse med direktivets anden og femte betragtning fremme informationssamfundets udvikling, og tilpasse ophavsretten i lyset af den teknologiske udvikling.²⁶⁵ En vidtgående fortolkning af begrebet overføring til almenheden er også nødvendig for at nå det primære formål med direktivet, som er at indføre et højt beskyttelsesniveau for rettighedshaverne, jf. Direktivets niende og tiende betragtning.²⁶⁶

Hvorvidt der foreligger en overføring til almenheden, afhænger som nævnt af to kriterier, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt, at fremførelsen alene er et udtryk for en overføring. En overføring forudsætter også, som tidligere nævnt, at den sker til ”almenheden”. Hvornår det er tilfældet, vil blive behandlet i det næste afsnit.

4.1.2 Almenhedsbegrebet

Fælles for spredning-, visning- og overførelsesretten er, at beskyttelsen kun gælder i forhold til ”almenheden”, dvs. offentligheden.²⁶⁷ Begrebet ”almenheden” anvendes i Infosoc-direktivets art. 3.1 og OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, men der findes ingen lovmæssig definition af begrebet.

I henhold til fremførelsesretten har begrebet ”almenheden” været behandlet meget i litteraturen og retspraksis, og kan i dette speciale sammenfattes til at fastslå, at der i dansk ret i dag er to offentlighedskriterier; et dansk og et EU-harmoniseret, som skal anvendes alt efter om fremførelsen sker direkte eller som en overføring.²⁶⁸ *Overføring til almenheden* er i modsætning til *direkte fremførelser* EU-harmoniseret, hvilket betyder, at direkte fremførelse ikke er omfattet Infosoc-direktivets.²⁶⁹ Ved vurdering af, hvorvidt en fremførelse, der har karakter af overføring, sker til almenheden, skal der således tages udgangspunkt i nogle EU-retlige kriterier. Hvornår direkte fremførelser er offentlige afhænger derimod af nogle nordiske kriterier.²⁷⁰

4.1.2.1 Det traditionelle nordiske offentlighedsbegreb

Efter traditionel nordisk opfattelse, er det afgørende i vurderingen af, hvorvidt overføringen sker til almenheden, hvorvidt der foreligger et personligt bånd mellem den ansvarlige for fremførelsen og det publikum overføringen retter sig mod.²⁷¹ Modsatningen til almenheden er privatsfæren, og handlinger knyttet dertil, er ikke omfattet af eneretten til tilgængeliggørelse, og kræver derfor ikke

²⁶⁵ Sidstnævnte stemmer overens med Direktivets anden og femte betragtning.

²⁶⁶ C-306/05 (SGAE) præmis 36 og C-403/08 (Premier League) præmis 193.

²⁶⁷ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 19; Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 170; Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 269.

²⁶⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 131 ff.

²⁶⁹ Se desuden Infosoc-direktivets artikel 3 og 4.1.

²⁷⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 134.

²⁷¹ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 19; Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 170; Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 269; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 73.

tilladelse.²⁷² Det betyder, at f.eks. udlån af en bog mellem et kærestepar, eller sang for ens børn ikke er offentlig fremførelse, og derfor ikke er omfattet af ophavsmandens eneret.²⁷³

Kriteriet om det personlige bånd er blevet suppleret med yderligere vejledende kriterier.²⁷⁴ Publikums størrelse og om fremførelsen er erhvervsmæssig indgår også i vurderingen.²⁷⁵ Herefter vil afgrænsningen som udgangspunkt bero på, hvor stort et publikum fremførelsen retter sig mod.²⁷⁶ Det afgørende i den forbindelse er, hvor mange der har mulighed for at benytte sig af værket, og ikke hvor mange, der rent faktisk benytter sig heraf.²⁷⁷ En tilrådighedsstillelse af et værk på internettet udgør derfor en tilgængeliggørelse for almenheden, selvom hjemmesiden har ingen eller få besøgende internetbrugere.²⁷⁸ Hvis adgangen til en hjemmeside er teknisk afgrænset, f.eks. ved at hjemmesiden kræver en adgangskode, vil det bero på en konkret vurdering af, hvor mange og hvilke, der kan skaffe sig adgang til hjemmesiden, og om der foreligger en tilgængeliggørelse for almenheden.²⁷⁹

I forbindelse med teknisk overføring har EUD afsagt en række domme om, hvornår der er tale om offentlig fremførelse.²⁸⁰ Dette behandles i det næste afsnit.

4.1.2.2 Det EU-retslige offentlighedsbegreb

Da retten til overføring til almenheden af beskyttede værker er EU-harmoniseret i Direktivets art. 3.1, har Danmark pligt til at lægge de EU-retlige offentlighedskriterier til grund ved spørgsmål om, hvorvidt en fremførelse sker til almenheden.²⁸¹ EUD har afsagt en række domme, der fastlægger de grundlæggende kriterier for, hvornår en handling ophavsretligt set er overføring til ”almenheden”.²⁸² Det kan skabe forvirring, at der i sager om direkte fremførelse ikke er pligt til at anvende de EU-retlige kriterier, og at der derfor skal anvendes to regelsæt afhængigt af, hvilken karakter fremførelsen har.²⁸³

”Almenheden” i den forstand, hvori udtrykket anvendes i direktivets art. 3.1, betyder ”et ubestemt antal potentielle modtagere”,²⁸⁴ hvorfor værket ikke skal være begrænset til en lukket målgruppe.²⁸⁵

²⁷² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2015)*, side 91; Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 77.

²⁷³ Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. *Entertainmentret*, side 19; Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 170; Jakobsen, Søren Sandfeld. *Elektronisk medieret*, side 269; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 73.

²⁷⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 129-134.

²⁷⁵ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

²⁷⁶ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 134.

²⁷⁷ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 77; Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 134; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 75.

²⁷⁸ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 77.

²⁷⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*, side 77.

²⁸⁰ Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 74.

²⁸¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2015)*, side 94; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 93.

²⁸² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret (2018)*, side 139-140.

²⁸³ Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 93; Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 472.

²⁸⁴ C-117/15 (Reha Training) præmis 41, C-160/15 (GS Media) præmis 36, C-306/05 (SGAE) præmis 37 og 38.

²⁸⁵ C-117/15 (Reha Training) præmis 42.

Derudover er det et krav, at der er tale om et betydeligt antal personer.²⁸⁶ Der er således en minimumsgrænse til offentlighedsbegrebet, hvilket betyder, at en flertal af personer kan være for lille eller endog ubetydelig og dermed udelukkes fra begrebet.²⁸⁷

Den kumulative virkning af fremførelsen indgår også i vurderingen. Det betyder, at det skal tages i betragtning, hvor mange der har adgang til værket samtidig og forskudt.²⁸⁸ En overføring kan derfor også være offentlig, hvis værket fremføres flere gange over for mennesker, der udgør en bred, ubestemt kreds, når de sammenlægges og ikke kun, hvis værket fremføres én gang for et betydeligt antal personer.²⁸⁹ Det kom EUD frem til i sag C-306/05 (SGAE), hvor Domstolen konstaterede, at der var tale om en offentlig fremførelse, når et hotel har tv på værelserne ”*I vurderingen af, hvor mange mennesker, der havde adgang til tv og radio på hotelværelserne, var det ikke alene afgørende, hvor mange mennesker der var til stede på hotellet samtidig, men det skulle også tages i betragtning, at der med korte mellemrum sker udskiftning af gæster på hotelværelserne*”.²⁹⁰

Det er underordnet, hvorvidt modtagerne rent faktisk benytter sig af muligheden for at opleve det ophavsretlige beskyttede værk. Det afgørende er alene, hvorvidt værket gøres tilgængeligt for et passende antal personer på en sådan måde, at de har muligheden.²⁹¹ Overføring af værker til en hjemmeside er derfor en overføring, selvom siden ikke tilgås.

Endvidere er det ifølge EUD kun tale om *overføring til almenheden*, hvis den, der står for overføringen, gør det bevidst med henblik på at give andre adgang til værket.²⁹² Hvis man derfor blot leverer et teknisk middel, der muliggør, at andre kan foretage overførsler, er kravet ikke opfyldt.²⁹³ Kendskabskriteriet indebærer dermed et krav om, at den der foretager overførslen skal have fuldt kendskab til konsekvenserne af overføringen. Dette kriterium er blevet præciseret med EUDs afgørelse i C-160/15 (GS Media). Kriteriet uddybes i afsnit 5.1.2.2.

Som nævnt tidligere, sker visse typer af overføring ved, at nogen viderefører en fremførelse, som andre har iværksat. Det er f.eks. overføring til almenheden, når en erhvervsdrivende spiller radio eller tv i deres lokaler, eller hvis lærere viser film fra Youtube for deres elever.²⁹⁴ EUD har lagt til grund, at der først er tale om en overføring mod almenheden, hvis den valgte videretransmission retter sig mod et ”*nyt publikum*”. EUD udtalte følgende: ”*[...]et publikum, som de beskyttede værkers ophavsmænd ikke havde taget i betragtning, da de godkendte deres anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum*”.²⁹⁵

²⁸⁶ Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 74. Se også C-306/05 (SGAE) præmis 37 og 38.

²⁸⁷ C-117 (Reha Training) præmis 43.

²⁸⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 140-141; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 74.

²⁸⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 140-141; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 93.

²⁹⁰ Præmis 38.

²⁹¹ C-466/12 (Svensson) præmis 18 ff. og C-527 (Stichting Brein) præmis 36.

²⁹² Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 93; Rosenmeier, Morten. *Ophavsret for begyndere*, side 74.

²⁹³ C-306/05 (SGAE) præmis 42.

²⁹⁴ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret (2018)*, side 142.

²⁹⁵ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 25.

Retten introducerede dette kriterie i C-306/05 (SGAE) med inspiration i en WIPO-vejledning til Bernerkonventionens art. 11(bis)(1)(II).²⁹⁶ I sagen blev det hævdet, at et hotel ulovligt havde spillet baggrundsmusik, og vist materiale på hotellets tv-apparater, som tilhørte SGAE. Der blev forelagt EUD et præjudicielt spørgsmål der angik, hvorvidt en sådan videretransmission udgjorde en overføring til almenheden efter direktivets art. 3.1.²⁹⁷ EUD fremhævede, at begrebet ”almenheden” skal tillægges en vidtgående fortolkning for at være i overensstemmelse med direktivets formål, herunder betragtning nr. 23 i direktivet. Herefter fastlog Domstolen i præmis 40, at overføringen som den i hovedsagen omhandlede “[...] anses for at være en overføring udført af en anden retransmissionsorganisation end den oprindelige. En sådan transmission foretages således for et andet publikum end det publikum, som den oprindelige overføring af værket var rettet mod, dvs. for et nyt publikum.”

Herefter fremsætter og præciserer domstolen kravet til et nyt publikum med henvisning til et ikke bindende fortolkningsdokument udarbejdet af WIPO til Bernerkonventionen,²⁹⁸ et begreb, der er centralt i Svensson-dommen. EUD mener, at ophavsmanden ved tilladelse til at overføre et værk til offentligheden kun giver tilladelse til at transmittere til direkte brugere. dvs. at målgruppen skal betragtes som den private sfære f.eks. en indehaver af et tv eller radioenhed.²⁹⁹ Alt ud over dette skal betragtes, som et nyt publikum, hvorefter ophavsmandens oprindelige tilladelse ikke finder anvendelse. I sagens præmis 41, konstateres, at når programmerne udsendes til et større publikum med vinding for øje, så ”[...] vil et nyt udsnit af det publikum, der modtager dem, have mulighed for at høre eller se værket, og gengivelsen af udsendelsen ved hjælp af højtaler eller andet lignende medium udgør da — ifølge vejledningen — ikke blot en modtagelse af udsendelsen, men er en selvstændig handling, hvorved det udsendte værk gengives for et nyt publikum [...]” I den forbindelse bør det nævnes, at WIPO i sin vejledning giver udtryk for, at en sådan gengivelse til et nyt publikum er omfattet af eneretten. EUD ligger til grund, at hotelgæster udgør et nyt publikum, jf. præmis sagens 42.

EUD pointerer i præmis 43, at det er underordnet, at ikke alle gæsterne havde tændt for fjernsynet og haft adgang til værkerne. Det afgørende er, at muligheden foreligger. Endvidere bemærkede EUD i præmis 42, at viderespredningen ikke udgjorde et rent teknisk middel til at muliggøre modtagelsen af den oprindelige udsendelse i modtagerområdet efter direktivets art. 27, men at hotellet tværtimod velvidende om konsekvenserne af dets handlinger muliggjorde, at hotelgæsterne kunne udnytte værket. EUD konkluderede, at videretransmission var en overføring til almenheden med den konsekvens, at videretransmissionen var betinget af en selvstændig tilladelse.

EUD har senere i sagen C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 37, præciseret, at kriteriet om nyt publikum, kun er relevant i tilfælde, hvor videretransmissionen sker ved brug af samme tekniske

²⁹⁶ Præmis 40 og 42.

²⁹⁷ C-306/05 (SGAE) præmis 23.

²⁹⁸ C-306/05 (SGAE) præmis 41.

²⁹⁹ C-306/05 (SGAE) præmis 41.

midler som den oprindelig overføring, og at det derfor er ulovligt at transmittere tv-udsendelser, som andre har udsendt via kabel, videre på internettet.³⁰⁰

Sagen vedrører tredjemands, TV Catchup Limiteds (TVC), videretransmission af tv-udsendelser på internettet, der oprindeligt var udsendt via kabel, uden tilladelse for sagsøgerne. Herved anlagde sagsøgerne sag mod TVC med påstand om, at der forelå en krænkelse af sagsøgernes ophavsrettigheder til deres tv-udsendelser og film som følge af overføring til almenheden.³⁰¹ Den forelæggende ret kunne ikke på baggrund af tidligere praksis afgøre, om der var tale om en overføring til almenheden i Direktivets art. 3.1 forstand, hvorfor sagen blev udsat og forelagt EUD.³⁰² Det første præjudicielle spørgsmål var, hvorvidt videretransmissionen udgjorde en overføring til almenheden efter direktivets art. 3.1.³⁰³

Indledningsvis konstaterer EUD, at der foreligger en overføring, da TVCs handling ikke tilsigter at forbedre kvaliteten af udsendelsen og dermed ikke kan betegnes som et rent teknisk middel.³⁰⁴ Udsendelsen er således ikke omfattet af denne undtagelse.³⁰⁵ Dernæst vurderer EUD, hvorvidt fremførelsen er udtryk for en overføring til almenheden.³⁰⁶ EUD finder, at overføringen skal være overført til offentligheden (almenheden) i henhold til det samme ræsonnement, der blev anvendt i SGAE.³⁰⁷ EUD kom frem til, at viderespredningen af værker over internettet er rettet mod et ubestemt og betydeligt antal potentielle modtagere, da alle med bopæl i Storbritannien med en internetforbindelse, og som hævdede at have en tv-licens i Storbritannien havde tilgang til tv-udsendelserne.³⁰⁸ TCV argumenterede dog på denne baggrund, at der ikke var tale om et nyt publikum i henhold til kriterierne i SGAE.³⁰⁹ TVC gjorde gældende, at modtagerne af den retransmission, der foretages af TVC har ret til at se tv-udsendelsen med det identiske indhold via tv-apparater.³¹⁰ TCV mente derfor modtagerne af retransmission var et publikum, som ophavsmanden havde taget i betragtning ved tilladelse til den oprindelige overføring, hvorfor kravet om nyt publikum ikke var opfyldt.³¹¹

EUD finder imidlertid, at dette ikke er relevant sagen. I henhold til, hvad EUD konstaterer i sagens præmis 24 til 26 antages, at eftersom videretransmissionen via internettet ikke sker med de samme tekniske midler, som den oprindelig fremførelse, skal hver af de pågældende udsendelser have separate tilladelser fra den oprindelige ophavsmand.³¹²

³⁰⁰ Se dommens præmis 38–39. Se også Sanna Wolk i (red). Liber Amicorum Jan Rosén. *En Ny Publik – En Upphovsrättslig Lösning eller Chimär?*, side 888 ff.

³⁰¹ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 16.

³⁰² C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 17.

³⁰³ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 19.

³⁰⁴ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 28 og 30.

³⁰⁵ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 28 og 30.

³⁰⁶ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 31.

³⁰⁷ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 32-33.

³⁰⁸ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 35 og 36.

³⁰⁹ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 37.

³¹⁰ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 37.

³¹¹ C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 37.

³¹² C-607/11 (ITV Broadcasting) præmis 39.

ITV-sagen har således bygget videre på den praksis, der er dannet i SGAE dommen. Den etablerede praksis efter SGAE tog udgangspunkt i traditionelle medier, og dermed ikke internettet, som er tilfældet i ITV-sagen. Ved at definere anvendelsen af en anden teknologi som en del af ophavsmandens ret til at overføre værker til offentligheden er informationssamfundets indflydelse på ophavsretten blevet adresseret. Men et af de største gennembrud kom med C-466/12 Svensson, der behandles i kapitel 5.

EUD har endvidere i en række sager fastslået, at det har en vis vejledende betydning, hvorvidt overføringen sker for vindings skyld eller ej.³¹³ At det er et vejledende kriterium betyder, at betingelsen er fravigelig. Det følger af bl.a. SGAE og Premier League dommene, at den omstændighed, at indehaveren af hhv. hotellet og restauranten udførte overføringen med *vinding for øje* ”ikke var uden relevans” for vurderingen af, hvorvidt der var sket en overføring.³¹⁴ I Premier League dommene anførte Domstolen, at videretransmissionen af tv-udsendelserne på en pub ”[...] påvirker følgelig frekventeringen af dette etablissement, og i sidste ende på etablissementets økonomiske resultater.”³¹⁵ Ud fra denne udtalelse, mener Domstolen af denne grund, at det er afgørende for vindingskriteriet, at overførslen har resulteret i en *økonomisk vinding* samt en stigende besøgsfrekvens i det pågældende etablissement.³¹⁶ I SGAE trak det eksempelvis i retning af, at der var sket en overføring til almenheden, hvor der skete fremførelse via tv på hotelværelserne.³¹⁷ I sagens præmis 44 blev det anført, at hotellet kunne tjene mere på hotelværelserne, hvis der var fjernsyn på værelserne.

Kriteriet indgår også i sagen C-135/10 (SFC), hvor en tandlæge spillede radio i sin klinik. Kriteriet var her en medvirkende grund til, at der ikke var tale om en kommunikation til almenheden efter lån- og lejedirektivets art. 8, stk. 2. Musikken havde desuden ingen betydning for hverken frekventeringen i klinikken eller klinikens priser. Domstolen begrundede dette med, at man ikke går til tandlæge for at høre musik, at overføringen ikke sker for at tiltrække flere patienter og så giver overførslen heller ikke mulighed for at hæve priserne.³¹⁸ Det var tilfældigt og uafhængigt af patienterne, at de hørte musikken.³¹⁹ Domstolen fandt under disse omstændigheder, at en tandlæges normale kundekreds ikke var modtagelig for udbredelsen.³²⁰

Der har været tvivl i praksis, om hvorvidt vindingskriteriet kun gælder i sager om låne- og lejedirektivets art. 8 og dermed er irrelevant for, hvorvidt der er sket en overføring efter Infosoc-

³¹³ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 463.

Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 144; Schovsbo, Jens mfl. *Informationsret*, side 93.

³¹⁴ C-403/08 og C-429/08 (forenede sager, Premier League) præmis 204, C-135/10 (SCF) præmis 88, C-306/05 (SGAE), præmis 44.

³¹⁵ C-429/08 og C-403/08 (forenede sager, Premier League) præmis 205.

³¹⁶ C-429/08 og C-403/08 (forenede sager, Premier League) præmis 205 og C-117/15 (Reha Training) præmis 51.

³¹⁷ C-306/05 (SGAE), præmis 44.

³¹⁸ C-135/10 (SCF) præmis 90 og 97.

³¹⁹ C-135/10 (SCF) præmis 98.

³²⁰ C-135/10 (SCF) præmis 98.

direktivet.³²¹ Det er dog i sag C-117/15 (Reha Training) blevet fastslået, at der er tale om et alment kriterium, der gælder både efter låne- og lejedirektivet og Infosoc-direktivet.³²² Det bemærkes hertil, at størrelsen af det vederlag rettighedshaveren kan opkræve for overføringen, er det som primært er mest relevant for kriteriet.³²³

Kriteriet er siden brugt i en række sager vedrørende overføring til almenheden.³²⁴ Kriteriet anvendes også i EUDs afgørelse på området for linking, herunder C-160/15 GS Media, der analyseres særskilt i afsnit kapitel 5.

Som nævnt tidligere, er *vindingskriteriet* kun et vejledende kriterium, mens de resterende kriterier er bindende. En overførsel til almenheden forudsætter af denne grund, at alle betingelser på nær vindingskriteriet skal være opfyldt.³²⁵ Dog kan det følge af kriterierne selv, at disse ikke er relevante i alle sager. F.eks. er nyt publikum-kriteriet ikke relevant, hvis der ikke foreligger en fornyet fremførelse. Da skal kriteriet selvsagt udelades.³²⁶ Det skal således vurderes fra sag til sag, om almenhedskriterierne efter deres indhold er relevante. I bekræftende fald er kriterierne kumulative og skal anvendes såvel individuelt som i forhold til deres samspil med hinanden.³²⁷ Kriterierne er nemlig ikke selvstændige, men indbyrdes forbundne i forhold til hinanden. Det er i tråd med, at EUD lægger vægt på, at der skal foretages en helhedsvurdering af alle kriterier i en sag.

4.1.2.2.1 Sammenfatning

Når det skal vurderes, hvorvidt der foreligger en overføring til ”*almenheden*”, som omhandlet i Direktivets art. 3.1, er det centrale således, om

- overføringen retter sig mod et betydeligt, ubestemt antal modtagere. I den forbindelse skal der lægges vægt på den kumulative virkning af fremførelsen.
- overføringen sker bevidst, dvs. om fremføreren har fuldt kendskab til sine handlinger og konsekvenserne heraf ved tilgængeliggørelse af værker for tredjepersoner, der ellers ikke ville have haft adgang til disse.
- der er tale om et nyt publikum. Betingelsen er kun relevant ved videretransmission af en fremførelse. Med ny publikum menes, et publikum, ophavsmanden ikke tog i betragtning ved tilladelse til den oprindelige værksudnyttelse.
- overføringen sker for vindings skyld. Her er det vigtigt at være opmærksom på, at kriteriet er af vejledende karakter.

Kriterierne skal enten være opfyldt eller tillægges betydning.

³²¹ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 464.

³²² C-117/15 (Reha Training) præmis 34, jf. præmis 22 ff. Kriteriet er siden brugt i C-160/15 (GS Media) om Infosoc-direktivets artikel 3.1.

³²³ C-117/15 (Reha Training) præmis 49. Se også Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 464.

³²⁴ C-527/15 (Stichting Brein).

³²⁵ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

³²⁶ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

³²⁷ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465. Se også C-135/10 (SCF) præmis 79.

DEL 5 LINKING I FORHOLD TIL TILGÆNGELIGGØRELSESRETEN

Kapitel 5. Er linking offentlig fremførelse?

Kapitel 4 opridsede nogle af de vigtigste afgørelser truffet af EUD vedrørende fortolkningen af begrebet *overføring til almenheden* i henhold til art. 3.1 i Infosoc-direktivet. De betragtninger, som afgørelserne bygger på, ligger også til grund for, hvordan EUD sidenhen har vurderet, hvorvidt bestemmelsen er anvendelig, når der linkes til diverse sider på internettet, der indeholder ophavsretligt beskyttet materiale.

Som tidligere nævnt bidrager Infosoc-direktivet ikke selvstændigt med svar på, hvorvidt linking på internettet til et værk er en handling, der kan henføres under ordlyden i Infosoc-direktivets art. 3.1. Svaret må af denne grund udledes af en anden retskilde - nemlig retspraksis. I det følgende kapitel vil der af denne grund foretages en analyse af retspraksis. Analysen tager udgangspunkt i EUDs følgende sager C-466/12 (Svensson), C-348/13 (BestWater), C-279/13 (C More) og C-160/15 (GS Media). De tre førstnævnte sager angår linking til materiale, der er lagt på internettet med ophavsmandens samtykke, dvs. til *lovligt materiale*. Sidstnævnte afgørelse forholder sig til linking, der er lagt på internettet uden ophavsmandens samtykke, dvs. til *ulovligt materiale* og behandles særskilt i afsnit 5.1.2.

De ovenfor nævnte afgørelser, herunder særligt Svensson og GS Media, er i høj grad med til at bidrage til en afklaring af den ophavsretlige regulering af linking. BestWater og C More inddrages, da de i høj grad belyser konsekvensen af Svensson.

5.1 Overføring til almenheden

Svensson, GS Media, BestWater og C More behandles i det følgende med henblik på at fastlægge, hvorvidt linking udgør en overføring til almenheden i henhold til Infosoc-direktivets art. 3.1.

5.1.1 Lovligt materiale

5.1.1.1 Hypertekstlinking

Som beskrevet i kapitel 2 er hypertekstlinkteknologien en væsentlig og nødvendig del af internettet. Denne linktype er karakteriseret ved at være klikbar, hvilket indebærer, at linket kun kan aktiveres med en aktiv handling fra brugeren. Ved at klikke på et link indsat på en hjemmeside i form af en tekst eller et billede omdirigeres brugeren direkte til den ønskede webside, jf. kapitel 2.2.1. Denne hjemmeside kan indeholde ophavsretligt beskyttet materiale. Spørgsmålet er herefter, om linking til en sådan hjemmeside udgør en overføring til almenheden, jf. Infosoc-direktivets art. 3.1, hvorved samtykke af ophavsmanden er påkrævet. Dette var hovedspørgsmålet i EUDs afgørelse i sagen C-466/12 (Svensson). Sagsøger i sagen var fire journalister,³²⁸ der havde skrevet nogle avisartikler, der blev offentliggjort i avisen Göteborgs-Posten og i avisens online-udgave, hvor artiklerne var frit

³²⁸ Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman og Pia Gadd.

tilgængelige.³²⁹ Sagsøgte i sagen var Retriever Sverige AB (herefter Retriever Sverige). Retriever Sverige drev en hjemmeside, hvor dennes brugere blev tilbudt lister med klikbare links til artikler på andre hjemmesider, herunder hjemmesiden til den avis, hvor journalisternes artikler var blevet publiceret.³³⁰ Retriever Sverige havde oprettet de pågældende links uden samtykke fra ophavsmændene.³³¹ Sagsøger anlagde sag mod Retriever Sverige ved byretten i Stockholm med påstand om, at Retriever Sverige havde krænket deres eneret til at stille værkerne til rådighed for almenheden uden samtykke.³³² Sagsøgte blev frifundet i byretten.³³³ Sagsøgerne ankede dommen til appelretten Svea Hovrätt,³³⁴ hvorefter sagen blev forelagt EUD i februar 2014.³³⁵ Der ønskedes i det væsentligste svar på, hvorvidt der sker en overføring til almenheden efter Infosoc-direktivets art. 3.1, når der linkes til et værk, der er gjort frit tilgængelig på en anden internetside med samtykke fra ophavsmændene.³³⁶ Endvidere ønskedes svar på, hvorvidt det har betydning, at adgangen til den hjemmeside, hvor linket henviser til ikke er underlagt nogen restriktive foranstaltninger, og hvorvidt retsstillingen er forskellig afhængigt af, hvilken type link, der anvendes.³³⁷

Ved besvarelse af de præjudicielle spørgsmål henviser EUD indledningsvis til Infosoc-direktivets art. 3.1, der konstaterer, at enhver overføring af et værk til almenheden er betinget af en tilladelse fra ophavsmanden.³³⁸ Herefter konstaterer EUD, at art. 3.1 indeholder to kumulative betingelser; der skal foreligge en overføring af værket, og overføringen af værket skal ske til almenheden.³³⁹

Med hensyn til det første af disse to betingelser påpeger EUD i linje med gennemgangen af overføringsbegrebet i afsnit 4.1.1, at begrebet skal forstås i bred forstand for at sikre ophavsmændene et højt beskyttelsesniveau i overensstemmelse med Direktivets betragtning 4 og 9.³⁴⁰ EUD konstaterer dernæst, at der er tale om en *overføring* som omhandlet i Direktivets art. 3.1, fordi der offentliggøres klikbare links til beskyttede værker, som er udgivet uden adgangsbegrænsninger på den oprindelige hjemmeside, og som dermed giver direkte adgang for internetbrugerne, hvis de klikker på linket.³⁴¹ EUD mener i forlængelse af dette, at det ikke er nødvendigt, at internetbrugeren rent faktisk har klikket på linket, men at det er tilstrækkeligt, at internetbrugeren har mulighed for det.³⁴²

For så vidt angår det andet kriterium om, at overføringen skal ske til almenheden, bemærker EUD, at en overføring, der er foretaget af en internethjemmesidens administrator ved hjælp af klikbare

³²⁹ C-466/12 (Svensson) præmis 8.

³³⁰ C-466/12 (Svensson) præmis 8.

³³¹ C-466/12 (Svensson) præmis 9.

³³² C-466/12 (Svensson) præmis 9.

³³³ C-466/12 (Svensson) præmis 10.

³³⁴ C-466/12 (Svensson) præmis 10.

³³⁵ C-466/12 (Svensson) præmis 13.

³³⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 13-14.

³³⁷ C-466/12 (Svensson) præmis 13-14.

³³⁸ C-466/12 (Svensson) præmis 15.

³³⁹ C-466/12 (Svensson) præmis 16.

³⁴⁰ C-466/12 (Svensson) præmis 17.

³⁴¹ C-466/12 (Svensson) præmis 18.

³⁴² C-466/12 (Svensson) præmis 17-20.

links, retter sig mod alle potentielle brugere af denne hjemmeside og dermed mod et ubestemt og betydeligt antal modtagere, dvs. almenheden.³⁴³ EUD henviser til sin faste retspraksis, herunder sagerne C-306/05 (SGAE) og C-607/11 (ITV Broadcasting) der tilskriver, at en videretransmissionen, dvs. en overføring i andet led, der sker ved samme tekniske fremgangsmåde som den oprindelige overføring, skal rette sig mod et ”*nyt publikum*”, dvs. et publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden ikke havde taget i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring.³⁴⁴ Det afgørende for, hvorvidt linkingen til værkerne falder ind under art. 3.1, bliver således spørgsmålet om overføringen via linkingen retter sig mod et publikum, som journalisterne ikke havde taget i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring til almenheden via Göteborgs-Postens hjemmeside.³⁴⁵

EUD konstaterer, at alle internetbrugere er potentielle modtagere af den originale hjemmeside og derfor udgør det samme ”[...] *publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden havde for øje, da de oprindeligt tillod overføringen*”.³⁴⁶ EUD anser hermed, at overføringen som den i hovedsagen omhandlede ikke medfører, at værkerne overføres til et nyt publikum. Dog bemærker EUD, at linkingen ville indebære en tilgængeliggørelse for et nyt publikum, hvis den omgik restriktive foranstaltninger.³⁴⁷

EUD uddyber i dommens præmis 31, at hvis der linkes til en side, som har etableret restriktive foranstaltninger, vil et link, der omgår disse foranstaltninger, og som giver andre end det tilsigtede publikum mulighed for at tilgå materialet på siden, udgøre en ophavsretskrænkelse. Dette skyldes, at hjemmesiden ikke kan formodes at have dette publikum for øje, hvorfor linkingen indebærer en tilgængeliggørelse for et nyt publikum.³⁴⁸ EUD angiver i dommen, at et eksempel på en restriktiv foranstaltning er, hvis et værk kun er tilgængeligt for abonnenter på en hjemmeside.³⁴⁹ I et sådant tilfælde vil et klikbart link, der gør det muligt at omgå foranstaltningerne etableret af hjemmesiden, hvor det beskyttede værk befinder sig udgøre en ophavsretskrænkelse.³⁵⁰ For at eksemplificere dette, udtaler EUD, at det er et nyt publikum, og at en tilladelse af ophavsmændene er påkrævet, når “[...] *værket ikke længere er tilgængeligt for almenheden på den internetside, hvor det oprindeligt blev offentliggjort eller det fremover kun er tilgængeligt på denne internetside for et begrænset publikum, men også er tilgængeligt på en anden internetside uden tilladelse fra indehaverne af ophavsrettigheden*.”³⁵¹

På denne baggrund fastslår EUD, at de oprettede links til Göteborgs-postens hjemmeside ikke udgør en overføring til almenheden,³⁵² da Göteborgs-Postens hjemmeside ikke var underlagt nogen

³⁴³ C-466/12 (Svensson) præmis 21-22.

³⁴⁴ C-466/12 (Svensson) præmis 24.

³⁴⁵ C-466/12 (Svensson) præmis 24-25.

³⁴⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 25.

³⁴⁷ C-466/12, (Svensson) præmis 31.

³⁴⁸ C-466/12 (Svensson) præmis 31

³⁴⁹ C-466/12, (Svensson) præmis 30.

³⁵⁰ C-466/12, (Svensson) præmis 30.

³⁵¹ C-466/12, (Svensson) præmis 31.

³⁵² C-466/12, (Svensson) præmis 26.

restriktive foranstaltninger, og journalisterne derfor kunne ses for at have accepteret, at andre aktører på internettet, såsom Retriever, gennem linking kunne give flere internetbrugere inden for det allerede tilsigtede publikum adgang til avisartiklerne.³⁵³ Linkingen forudsatte derfor ikke tilladelse fra ophavsmændene, da overføringen ikke skete til et nyt publikum.³⁵⁴

I forlængelse heraf konstaterede EUD, at det er uden betydning for afgørelsen, hvilken form for linking der anvendes, dvs. at det er uden betydning for bedømmelsen, om værkerne ved et klik på linket præsenteres for internetbrugerne på en sådan måde, at det giver indtryk af, at værket vises på den hjemmeside, der linkes fra selvom, at værket faktisk stammer fra en anden hjemmeside.³⁵⁵

Sammenfattende kan det konstateres, at EUD fortolker Direktivets art. 3.1 således, at tilrådighedsstillelse på en hjemmeside af en hvilken om helst type klikbart link til et værk, som er frit tilgængelige på en anden hjemmeside, ikke udgør en overføring til almenheden som omhandlet i art. 3.1, hvorved samtykke ikke er påkrævet.³⁵⁶

I modsætning til ovenstående, mente EUD i C-279/13 (C More), at tilrådighedsstillelsen af links udgjorde en overføring til almenheden. C More-sagen adskiller sig fra Svensson-sagen ved, at der i C More var sket en omgåelse af restriktive foranstaltninger via links. C More-sagen angik betalingskanalen C More Entertainment, der mod betaling udsendte live hockey-kampe, der var tilgængelige for visning på deres hjemmeside. Sagsøgte i sagen, Linus Sandberg, havde i den forbindelse oprettet klikbare hyperlinks på sin egen hjemmeside, der gav de internetbesøgende, der klikkede på de pågældende links adgang til live hockey-kampe på C Mores streamingside.³⁵⁷ C Mores liveudsendelser af disse hockey-kampe blev beskyttet af en betalingsmur, hvor abonnenter kun kunne se udsendelserne, hvis de først erlagde betaling.³⁵⁸ Linket, som Linus Sandberg tilgængeliggjorde, omgik imidlertid denne betalingsmur, og internetbesøgende der klikkede på linket behøvede således ikke at betale for at se live udsendelsen³⁵⁹ - noget som ellers var påkrævet for brugere af C Mores streamingtjeneste.³⁶⁰ Sagen endte for den svenske Højesteret, Högsta domstolen (herefter benævnt *HD*).³⁶¹

HD skulle bedømme, hvorvidt linking udgjorde en overføring til offentligheden. HD bemærkede, at linking til værker, der allerede er offentliggjort og frit tilgængeligt på et andet sted, som udgangspunkt ikke udgør overføring til almenheden.³⁶² Herefter henviste retten til afgørelsen i Svensson, hvor det blev slået fast, at ”[...] i tilfælde af, at et klikbart link muliggør for brugere af det websted som linket findes på at omgå begrænsninger, der er opstillet af det sted, hvor det

³⁵³ C-466/12, (Svensson) præmis 24-28.

³⁵⁴ C-466/12, (Svensson) præmis 24-28.

³⁵⁵ C-466/12, (Svensson) præmis 29.

³⁵⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 31 og 42

³⁵⁷ C-279/13 (C More) præmis 12.

³⁵⁸ C-279/13 (C More) præmis 10-11.

³⁵⁹ C-279/13 (C More) præmis 2 og 10-12.

³⁶⁰ C-279/13 (C More) præmis 12 og 14.

³⁶¹ C-279/13 (C More) præmis 18.

³⁶² C-279/13 (C More) præmis 19.

*beskyttede arbejde er, med det formål at udelukkende give abonnenter adgang til værket, og således udgør en foranstaltning, for uden ville medføre brugerne ikke kunne få adgang til de pågældende værker, er det en overførsel til offentligheden, der kræver ophavsmandens samtykke [...]”.*³⁶³ Da linket gjorde det muligt at omgå en sådan restriktion, konstaterede HD, at linket udgjorde en overførsel til almenheden.³⁶⁴ Hvad der faktisk udgør en passende adgangsrestriktion til et værk, udtalte HD sig ikke om i afgørelsen.³⁶⁵ HD konkluderede, at C Mores rettigheder var blevet krænkede, da der var sket en overførsel til almenheden uden samtykke.³⁶⁶

5.1.1.2 Embedded links

Man kan spørge om de betragtninger, der lægges til grund i Svensson og C More og deres betydning for vurderingen af, hvorvidt hypertextlinking udgør en overførsel til almenheden også gælder ved linking til beskyttet materiale, der sker ved brug af embedded links? I Svensson-sagen fastslog EUD, at det er uden betydning for resultatet i Svensson-sagen, om internetbrugere ved aktivering af linket bliver præsenteret for værket som en integreret del af den hjemmeside, som de befinder sig på, eller om de ved aktivering af linket videreføres til Göteborgs-Posten hjemmeside.³⁶⁷ Med afsæt i overvejelserne fra Svensson-sagen tog EUD i kendelse C-348/13 af 21. oktober 2013 (BestWater) stilling til, om embedded linking er i strid med ophavsretten. Kendelsen er kortfattet, da EUD har benyttet sig af den korte procedure, der er nedfældet i art. 99³⁶⁸ i EUDs procesreglement.³⁶⁹

Kendelsen vedrører brugen af en 2-minutters lang reklamefilm om vandforurening skabt af sagsøger, BestWater International Gmb, (herefter BestWater), der producerer og sælger vandfiltre. Uden virksomhedens vidende blev reklamefilmen publiceret på Youtube, hvorfra den var frit tilgængelig. To konkurrenter til BestWater havde derefter uden tilladelse fra BestWater på deres respektive hjemmeside etableret links til den frit tilgængelige reklamefilm på YouTube. Konkurrenterne linkede gennem linktypen framing, hvorved klippet blev synlig på deres egen hjemmeside. Mere specifikt anvendte konkurrenterne embedded links med framing-teknikken. BestWater var indehaver af ophavsrettighederne til reklamefilmen, og hævdede som følge heraf, at denne linking var en overførsel til almenheden, som krævede samtykke.

Det præjudicielle spørgsmål i kendelsen omhandler, hvorvidt en indsættelse af et frit tilgængeligt beskyttet værk på en anden hjemmeside end den oprindelige ved brug af framing-teknikken udgør en overførsel til almenheden ifølge Direktivets art. 3.1.³⁷⁰ I henhold til linktypen som sagen drejer

³⁶³ Egen oversættelse af NJA 2015 side 1097, præmis 14.

³⁶⁴ NJA 2015 side 1097, præmis 15.

³⁶⁵ Schovsbo, Jens mfl. (2018). *Immaterielret*, side 124.

³⁶⁶ NJA 2015 side 1097, egen oversættelse 15.

³⁶⁷ C-466/12, (Svensson) præmis 29-30.

³⁶⁸ I henhold til denne artikel kan retten til enhver tid på forslag fra dommeren og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse. Artiklen kan kun anvendes i tilfælde, hvor EUD forelægges et præjudicielt spørgsmål, der er identisk med et spørgsmål EUD allerede har afgjort, og svaret hvis svaret klart kan udledes af retspraksis eller såfremt besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål ikke giver anledning til nogen tvivl.

³⁶⁹ C-348/13 (BestWater) præmis 12-13.

³⁷⁰ C-348/13 (BestWater) præmis 11. Se også Seville, Catherine. *EU intellectual property*, side 68.

sig om, skal det bemærkes, at linking til materiale på internettet gennem framing er karakteriseret ved, at internetbrugere tilgår indholdet uden at besøge en ny hjemmeside. Ved framing præsenteres brugeren for det der linkes til, som en integreret del af den hjemmeside, hvorfra der linkes, jf. kapitel 2 afsnit 2.2.1.3. Et link, der benytter sig af framing-teknikken er som nævnt tidligere som udgangspunkt klikbart. Hvis dette link kombineres med embedded links aktiveres linket automatisk. Dette betyder, at internetbrugerne automatisk præsenteres for videoen i en særskilt ramme ("*frame*") på sagsøgtes hjemmeside.

EUD tager i sin besvarelse alene stilling til, hvorvidt linkingen udgør en overføring til almenheden. EUD forholder sig ikke til det forhold, at videoen oprindeligt er publiceret uden BestWaters tilladelse.

Ved EUDs besvarelse af, hvorvidt linkingen udgør en overføring til almenheden, bemærker EUD, at vejledning kan hentes fra Svensson-sagen, hvor EUD har udtalt, at resultatet i Svensson-sagen ikke påvirkes af, om internetbrugeren får et indtryk af, at de bliver flyttet til det sted, hvor materialet er placeret.³⁷¹ Med henvisning til Svensson-sagen bekræfter EUD, at et ophavsretligt beskyttede værk ikke bliver gjort tilgængelig for et "*nyt publikum*", hvis værket allerede er gjort frit tilgængelig for almenheden med ophavsmandens samtykke, da alle internetbrugere i realiteten har fri adgang til værket.³⁷²

EUD følger op på sit ræsonnement i Svensson-sagen og fastslår, at dette princip også gælder ved brug af teknikken framing, og at linkingen derfor ikke kan kvalificeres som en *overføring til almenheden*. Det skyldes, at værket hentes fra den originale hjemmeside og afspilles på den hjemmeside, hvor internetbrugeren befinder sig.³⁷³ Internetbrugeren forlader således aldrig den hjemmeside, han befinder sig på.³⁷⁴ EUD vurderer derfor, at ophavsmændene har taget alle internetbrugerne i betragtning ved tilladelse til den oprindelige overføring gennem framing.³⁷⁵

Sammenfattende kan det anføres, at embedded links skal bedømmes på samme måde som hypertextlinks ved vurdering af, hvorvidt et værk er overført til almenheden.

5.1.1.3 Momenter i EU-Domstolens vurdering

5.1.1.3.1 Krænkelser forudsætter "nyt publikum"

På baggrund af Svensson-sagen kan det konstateres, at linking på internettet til værker, der er offentliggjort med ophavsmandens samtykke, udgør en overføring til almenheden, hvis værkerne der linkes til, overføres til et nyt publikum. Før Svensson-sagen var kriteriet "*nyt publikum*" blevet

³⁷¹ C-466/12 (Svensson) præmis 29. Se også EUDs mål C-348/13; *BestWater International/Mebes m.fl.-Sammanfattning*, side 2 og C-348/13 (BestWater) præmis 17.

³⁷² C-348/13 (BestWater) præmis 18.

³⁷³ C-348/13 (BestWater) præmis 18-19.

³⁷⁴ C-348/13 (BestWater) præmis 18-19.

³⁷⁵ C-348/13 (BestWater) præmis 18.

anvendt i en række afgørelser³⁷⁶ ved vurderingen af, hvorvidt en brug af værket var tilladt eller krævede samtykke fra ophavsmændene.³⁷⁷ Svensson-sagen var den første afgørelse, der tog stilling til, hvordan det forholder sig med overføring af værker, der sker via internettet.

I Svensson-sagen kom EUD frem til, at kriteriet om nyt publikum ikke var opfyldt i modsætning til tidligere praksis. Tidligere praksis omfatter blandt andet SGAE-dommen³⁷⁸, Premier League-dommen³⁷⁹, Airfield-dommen³⁸⁰ og OSA-dommen³⁸¹. EUD har i de nævnte afgørelser lagt til grund, at der sker en overføring til et nyt publikum, når et hotel videresender radio- og tv-udsendelser til hotelværelser,³⁸² og når der vises tv-udsendelser for gæsterne i en restaurant³⁸³, samt når en leverandør af satellitpakker videretransmittere tv-udsendelser udsendt af andre³⁸⁴ og når en kurbadeanstalt videresender radio og tv til gæsternes værelser.³⁸⁵ Fælles for disse domme er, at EUD anser kriteriet om nyt publikum for opfyldt. EUD begrundet dette med, at ophavsmændene, når de afgiver tilladelse til den oprindelige overføring kun formodes at tage de direkte internetbrugere i betragtning, og dermed ikke andre.

De øvrige internetbrugere vil af denne grund betragtes som et nyt publikum, hvilket EUD også fastlog i de forende sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League).³⁸⁶ I Svensson-sagen kom EUD frem til, at kriteriet om nyt publikum ikke var opfyldt. Dette blev begrundet med, at rettighavere ved en tilladelse til en overføring af værker via internettet, formodentligt må have taget alle internetbrugere i betragtning, såfremt adgangen til værkerne ikke er begrænset. Hvad dette nærmere indebærer behandles i afsnit 5.1.1.3.1.1. Sammenholder man tidligere praksis med Svensson-sagen, kan det udledes, at kredsen af personer i Svensson-sagen er blevet udvidet. I modsætning til dommene om videretransmission af fjernsyns- og radioudsendelser udvides publikumskredsen ikke ved linking, da kredsen ikke kan udvides yderligere, hvis der linkes til frit tilgængelige værker. EUD anser dermed internettet for at være én samlet enhed med det samme publikum.

Spørgsmålet er, om det i lyset af de ældre afgørelser om ”*nyt publikum*” er en logisk og konsekvent afgørelse.³⁸⁷ Føres ræsonnement bag videretransmissioner af fjernsynsprogrammer over på linking-

³⁷⁶ C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 197, C-351/12 (OSA) præmis 31 samt C-431/09 og C-432/09 (Airfield) præmis 72.

³⁷⁷ C-306/05 (SGAE), C-403/08 og C-429/08 (Premier League), C-431/09 og C-432/09 (Airfield) og C-607/1(TVCatchup).

³⁷⁸ C-306/05 (SGAE).

³⁷⁹ C-403/08 og C-429/08 (Premier League).

³⁸⁰ C-432/09 (Airfield).

³⁸¹ C-351/12 (OSA).

³⁸² C-306/05 (SGAE) præmis 55.

³⁸³ C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 211, nr.7.

³⁸⁴ C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 207.

³⁸⁵ C-351/12 (OSA) præmis 36.

³⁸⁶ I sagen havde en indehaver af en restaurant tændt for et tv for de tilstedeværende gæster. Domstolen kom i sagen frem til, at der var tale om et nyt publikum, da gæsterne på restauranten ikke var et publikum som ophavsmændene havde regnet med, da de tillod den oprindelige overføring. EUD bemærkede, at der er en formodning for, at ophavsmænd til tv-udsendelser kun tager direkte brugere i betragtning, når de afgiver samtykke til, at deres værker udsendes på tv.

³⁸⁷ Schönning, Peter. U.2014B.417, side 2.

problematikken vil det betyde, at en overføring af et værk, der bliver foretaget af en ny udbyder sker til et nyt publikum, som ophavsmanden ikke oprindeligt har taget i sin betragtning. Dette skyldes, at det er en klar indikation af, at det ikke er en udnyttelse, som ophavsmanden har regnet med, når et værk udnyttes af en anden end den man har givet tilladelse. Selvom internetbrugeren har mulighed for at tilgå den oprindelige hjemmeside på egen hånd, må det fortsat anses for at være en udnyttelse af et nyt publikum.³⁸⁸ Sådan forholder det sig dog ikke ved linking, da EUD som udgangspunkt anser alle internetbrugere for potentielle modtagere af den oprindelige overføring. Forskellen kan forklares med, at internettet i modsætning til tv-distribution har en særlig karakter, hvor links udgør en integreret del af internettet, og er en sædvanlig måde at bruge internettet på.³⁸⁹

Hvis samtlige brugere af internettet ikke blev betragtet som potentielle modtagere af den oprindelige overføring, ville ethvert oprettet link til beskyttede værker som udgangspunkt være i strid med ophavsretten. Ved at kriteriet ”*nyt publikum*” inddrages i vurderingen af, om linking udgør en overføring til almenheden, hindrer man ikke fuldstændigt adgangen til at anvende de nye fænomener, som internetteknologien giver. EUD udtrykker dermed et behov for at fortolke begrebet i lyset af den teknologiske udvikling, hvilket er i overensstemmelse med Direktivets femte betragtning.

5.1.1.3.1 Restriktive foranstaltninger

Afgørelserne Svensson og C More viser, at et væsentligt moment i vurderingen af, om linking retter sig mod et nyt publikum, er hvorvidt linket tillader internetbrugere at omgå restriktioner. Hvis et link giver internetbrugere mulighed for at omgå restriktioner, der er etableret med et formål om at begrænse adgangen til et beskyttet værk, vil disse internetbrugere være et nyt publikum.

Når en ophavsmand benytter sig af beskyttelsesforanstaltninger, er det med henblik på at begrænse adgangen til en bestemt personkreds. Når andre internetbrugere omgår disse foranstaltninger, som f.eks. via linking og dermed tilegner sig adgang til materialet, betragtes alle internetbrugere af hjemmesiden, hvorfra linkes, som et nyt publikum. I eksempelvis Svensson-sagens præmis 31 konstaterede EUD, at hvis den hjemmeside, der linkes til har etableret restriktive foranstaltninger vil et link, der omgår disse foranstaltninger - og dermed giver andre end det tilsigtede publikum mulighed for at tilgå materialet på siden - udgøre en tilgængeliggørelse for et nyt publikum.³⁹⁰

Herefter er det naturligt at spørge, hvorvidt disse restriktioner skal være af teknisk karakter eller om det er tilstrækkeligt, hvis foranstaltningen alene er af retlig karakter?³⁹¹ Der er en formodning om, at den type restriktion, som EUD havde i tankerne i Svensson-sagen, var foranstaltninger af teknisk karakter, som f.eks. en betalingsmur³⁹² og ikke retlige restriktioner.³⁹³ Til støtte herfor kan nævnes,

³⁸⁸ Schönning, Peter. U.2014B.417, side 2.

³⁸⁹ Schönning, Peter. U.2014B.417, side 3.

³⁹⁰ C-466/12 (Svensson) præmis 31.

³⁹¹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

³⁹² Betalingsmure, også populært benævnt paywall, er teknologiske systemer, der sigter mod at forhindre internetbrugere i at få adgang til indhold på en hjemmeside uden f.eks. betaling for abonnement, jf. Kerikmae, Tanel. *Regulating eTechnologies in the European Union: Normative Realities and Trends*, side 112.

at EUD i C More med henvisning til Svensson-sagen kom frem til, at en betalingsmur var en tilstrækkelig begrænsning. Et eksempel på en foranstaltning af retlig karakter er f.eks. vilkår på en hjemmeside, der forbyder andre end betalende internetbrugere at tilgå materialet, selvom der teknisk set er uhindret adgang til disse.³⁹⁴

Begrebet ”*restriktive foranstaltninger*” er ikke nærmere defineret i dommene, udover med beskrivende terminologi. Der kan derfor ikke fastlægges, hvad der ligger bag begrebet.³⁹⁵ Da etablering af restriktive foranstaltninger er det eneste middel, som en ophavsmand har til at beskytte sit værk på internettet, er det uheldigt, at EUD ikke udtaler sig konkret om, hvad der faktisk udgør en passende adgangsrestriktion. En følge af denne uklarhed kan være, at hver medlemsstat anlægger en selvstændig fortolkning af, hvad der udgør en restriktiv foranstaltning, og hvornår denne er tilstrækkelig. Dette kan resultere i en uoverensstemmelse mellem de nationale domstoles fortolkninger af begrebet, hvilket ikke er gunstigt for et ensartet indre marked inden for ophavsretten.

Den vejledning som findes i EUDs praksis for, hvad der udgør en restriktiv foranstaltning findes i Svensson-sagen. EUD fastslår i Svensson-sagen, at en forudsætning for, at et link er i strid med ophavsretten er, at det gør materialet tilgængeligt for et nyt publikum, ”*som indehaverne af ophavsrettigheden ikke havde taget i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring [...]*”.³⁹⁶ Herefter er det naturligt, at foranstaltninger af retlig karakter bør betragtes som ”*restriktive foranstaltninger*”, da brugere, der tilgår materiale i strid med opstillede vilkår, ikke er taget i betragtning ved tilladelse til den oprindelige overføring og derfor udgør et nyt publikum. At der teknisk set er uhindret adgang til materialet bør ikke ændre på, at de internetbrugere der omgår vilkårene, udgør et nyt publikum.³⁹⁷ Til støtte herfor anføres, at når ophavsmanden opretter sådanne vilkår, sker det med henblik på at begrænse adgangen til en bestemt målgruppe. Dette peger i retning af, at begrænsninger, der har retlig karakter, godt kan udgøre restriktive foranstaltninger.³⁹⁸ Det vil indebære, at internetbrugeren der linker, bliver pålagt en pligt til at undersøge, om der er opstillet nogle vilkår med forbud om linking på diverse hjemmesider.³⁹⁹

I Svensson-sagens præmis 31 fremgår det imidlertid, at et afgørende moment for, hvorvidt linket udgør en restriktiv foranstaltning er, at linket giver internetbrugeren ”*mulighed for at omgå restriktive foranstaltninger*”, og at det er selve linket, der muliggør denne omgåelse.⁴⁰⁰ Et link, der fører internetbrugeren forbi retlige begrænsninger er derfor ikke omfattet, da en internetbruger altid har mulighed for selv at tilsidesætte disse, uanset om linket aktiveres eller ej.⁴⁰¹ Derudover er det ikke sprogligt naturligt at bruge ordet ”*omgå*” om den situation, hvor kontraktuelle vilkår, der er for

³⁹³ Kerikmae, Tanel. *Regulating eTechnologies in the European Union: Normative Realities and Trends*, side 112.

³⁹⁴ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

³⁹⁵ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

³⁹⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 31.

³⁹⁷ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

³⁹⁸ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89.

³⁹⁹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰⁰ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰¹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

brug af hjemmesiden ikke iagttages.⁴⁰² En omgåelse sker derimod, hvis linket fører internetbrugeren forbi en teknisk beskyttelsesforanstaltning.⁴⁰³ I sagens præmis 31 konstaterer EUD, at ” [...] *linket således udgør en indgriben, uden hvilken disse brugere ikke får adgang til de offentliggjorte værker* [...]”. Dette betyder med andre ord, at internetbrugerne ikke ville haft adgang til disse værker uden linket. Svensson-sagen giver en klar indikation om, at restriktive foranstaltninger skal have teknisk karakter, og at linket skal muliggøre en omgåelse af en sådan restriktiv foranstaltning. I litteraturen er der ligeledes enighed om, at begrebet ”*restriktive foranstaltninger*” omfatter tekniske beskyttelsesforanstaltninger.⁴⁰⁴ På baggrund af disse betragtninger må det formodes, at restriktive foranstaltninger skal være af teknisk karakter.⁴⁰⁵

Spørgsmålet er herefter, hvornår en beskyttelsesforanstaltning kan betragtes som en tilstrækkelig foranstaltning. Som forannævnt tager EUD ikke stilling hertil, men det afgørende i dommen er, at de ”*restriktive foranstaltninger*” har begrænset adgangen til en nærmere afgrænset målgruppe, og at linket gør materialet tilgængeligt for andre personer.⁴⁰⁶ Kravene til, hvornår en beskyttelsesforanstaltning kan anses at udgøre en restriktiv foranstaltning må således sættes lavt eftersom, at tekniske beskyttelsesforanstaltninger sender et klart signal om, at adgangen ønskes begrænset af ophavsmanden.

Sammenfattende kan det anføres, at indførelsen af begrebet ”*restriktive foranstaltninger*” er med til at præcisere begrebet ”*nyt publikum*.” Omgår linket en restriktiv foranstaltning sker der en overføring til et nyt publikum. EUDs indførelse af begrebet ”*restriktive foranstaltninger*” kan betragtes som et forsøg på at skabe en rimelig balance mellem hensynet til ophavsmandens interesser på den ene side og hensynet til internetbrugere på den anden side. Da adgangen til at linke som følge af Svensson-sagen er ganske bred på grund af internettets særlige karakter, har EUD opvejet for dette ved at begrænse omfanget af fri brug af links. Svensson-sagen antyder, at det ikke er ethvert hyperlink, der krænker ophavsretten. EUD differentierer mellem link til materiale, der generelt er tilgængeligt, dvs. er lagt ud med rettighedshaverens samtykke og link til materiale, som adgangen er begrænset til.⁴⁰⁷ Differentieringen afspejler sig i C More, hvor EUD konstaterer, at linkingene retter sig mod et nyt publikum, da linkingene omgår restriktive foranstaltninger. Afgørelserne kan dermed ses som et udtryk for en rimelig interesseafvejning af ophavsmændenes interesse i beskyttelse af sit værk på den ene side og internetbrugernes interesse i værkerne på den anden side. Dette er i overensstemmelse med Direktivets betragtning nr. 31, der tilskriver, at det er nødvendigt at bevare en rimelig balance mellem ophavsmændenes og internetbrugerne af de beskyttede frembringelser.

⁴⁰² Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰³ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰⁴ Schovsbo, Jens mfl. (2018). *Immaterielret*, side 191; Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰⁵ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 31.

⁴⁰⁷ Bently, Lionel; Sherman, Brad; Gangjee, Johnson Philip. *Intellectual Property Law*, side 169.

5.1.2 Ulovligt materiale

I afsnit 5.1.1 blev det med udgangspunkt i sagerne Svensson, BestWater og C More belyst, hvorvidt links til lovligt materiale udgør en selvstændig overføring til almenheden. I disse afgørelser fastlog EUD, at tilgængeliggørelsen af links til et frit tilgængeligt værk ikke udgør en overføring til almenheden, medmindre adgangen er begrænset til en bestemt målgruppe. Logikken bag disse afgørelser er, at ophavsmanden har taget alle internetbrugere i betragtning, når denne giver tilladelse til den første overføring af værket på en frit tilgængelig internetside, hvorfra overføringen ikke sker overfor et nyt publikum.

Hvad der gælder ved links til materiale, der er gjort tilgængeligt på internettet uden ophavsmændenes samtykke, blev første gang belyst i C-160/15 (GS Media).⁴⁰⁸ EUD havde i sine tidligere afgørelser ikke berørt betydningen af et link, der henviser til et ophavsretligt beskyttet værk, der er frit tilgængeligt på internettet, men offentliggjort uden samtykke fra ophavsmanden.⁴⁰⁹

Sagsøgte i sagen var GS Media BV⁴¹⁰ (herefter GS Media), der administrerede hjemmesiden *www.GeenStijl.nl*⁴¹¹, hvor der findes ”nyheder, skandaleafsløringer og journalistisk efterforskning af lette emner og herligt åndsvagt vanvid”⁴¹², og som dagligt har 230.000 internetbrugere, hvilket gør hjemmesiden til den tiende mest besøgte nyhedshjemmeside i Nederlandene.⁴¹³ Sagsøger i sagen var Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. og Britt Geertruida Dekker (herefter *Sanoma mfl.*). Baggrunden for sagen var, at Sanoma mfl. påstod, at deres rettigheder var blevet krænket af GS Media BV.⁴¹⁴

Sanoma, der er udgiveren af tidsskriftet *Playboy*, havde i forbindelse med tidsskriftets december-udgave taget kontakt til fotografen C. Hermès for at få taget en række fotografier af den hollandske tv-vært Britt Geertruida Dekker (herefter *Britt Dekker*).⁴¹⁵ Fotografen overdrog eneretten til offentliggørelse af fotografierne og bemyndigelsen til at udøve de rettigheder, som tilkom ham ifølge ophavsretten, til Sanoma.⁴¹⁶

Kort tid efter fotograferingen blev der i oktober 2011 offentliggjort hypertextlinks af GS Media på deres hjemmeside, *GeenStijl*, til den australske side *www.Filefactory.com*, hvor det var muligt at se disse billeder. Fotografierne var blevet uploadet på hjemmesiden uden Sanomas samtykke.⁴¹⁷ Senere samme dag som billederne var blevet offentliggjort af GS Media, fremsendte Sanoma en skrivelse til GS Medias moderselskab, hvori de opfordrede til at fjerne linket fra hjemmesiden

⁴⁰⁸ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴⁰⁹ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 90.

⁴¹⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 2.

⁴¹¹ C-160/15 (GS Media) præmis 7.

⁴¹² C-160/15 (GS Media) præmis 7.

⁴¹³ C-160/15 (GS Media) præmis 7.

⁴¹⁴ C-160/15 (GS Media) præmis 2.

⁴¹⁵ C-160/15 (GS Media) præmis 6.

⁴¹⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 6.

⁴¹⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 7-8 og 10.

GeenStijl.⁴¹⁸ Denne opfordring efterkom GS Media ikke.⁴¹⁹ I stedet valgte hjemmesiden GeenStijl at offentliggøre billederne yderligere to gange, hhv. den 7. og 17. november 2011. Offentliggørelsen skete via et hypertextlink på nyhedsstedet til et andet uafhængigt datalagringssted, der igen henviste til fotografierne. Offentliggørelsen skete inden udgivelsen af Playboy i december 2011.⁴²⁰ Internetbrugerne indsatte dernæst links på Geenstijls forum, der henviste til andre hjemmesider, hvor der også var mulighed for at se fotografierne.⁴²¹

Sagen endte for Højesteret i Nederländerne, *Hoge Raad der Nederlanden*.⁴²² Højesteretten udtalte, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed fra hverken Svensson-sagen eller BestWater-kendelsen kunne udledes, om et link, der henviser til et værk, som forudgående er blevet offentliggjort uden samtykke fra rettighedsindehaveren, udgør en *overføring til almenheden* i henhold til art. 3.1 i Infosoc-direktivet.⁴²³

Højesteretten i Nederländerne besluttede derfor at udsætte sagen og forelægge EUD tre præjudicielle spørgsmål.⁴²⁴ Højesteretten i Nederlandenes ønskede klarlagt,

*"[...] om og under hvilke omstændigheder placeringen af et hyperlink på en internetside til beskyttede værker, der er frit tilgængelige på en anden internetside, uden tilladelse fra indehaveren af ophavsretten udgør en »overføring til almenheden« som omhandlet i art. 3.1, i direktiv 2001/29?"*⁴²⁵

Ydermere ønskede Højesteretten i Nederländerne besvaret, hvorvidt det har nogen betydning, at:

- i. *"at de omhandlede værker endnu ikke er blevet offentliggjort på anden måde med indehaverens tilladelse"*,⁴²⁶
- ii. *"og til den omstændighed, at den person, som anbringer disse klikbare links, var, eller burde være, bekendt med disse forhold og vide, at den pågældende indehaver ikke har givet tilladelse til en offentliggørelse af de omhandlede værker på den sidstnævnte side"*.⁴²⁷

⁴¹⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 11.

⁴¹⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 11.

⁴²⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 14-15.

⁴²¹ C-160/15 (GS Media) præmis 15.

⁴²² Nederlandenes øverste domstol.

⁴²³ C-160/15 (GS Media) præmis 21.

⁴²⁴ C-160/15 (GS Media) præmis 24-25.

⁴²⁵ C-160/15 (GS Media) præmis 25.

⁴²⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 26.

⁴²⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 26.

5.1.2.1 En individualiseret bedømmelse

EUD besvarer spørgsmålene samlet. Ved besvarelse af spørgsmålene indleder EUD med at understrege, at formålet med Infosoc-direktivet er at opretholde en rimelig balance mellem ophavsmænds interesse i beskyttelsen af deres værker på den ene side og beskyttelsen af internetbrugernes interesse i at benytte værkerne ud fra et ytrings- og informationsfrihedsperspektiv på den anden side.⁴²⁸ Herefter konstaterer EUD, at en overføring til almenheden i overensstemmelse med tidligere praksis på området forudsætter, at der er foreliggende en overføring, og at denne overføring sker til almenheden, hvormed menes ”*et ubestemt antal potentielle modtagere og desuden indebærer et betydeligt antal personer*”.⁴²⁹

I forlængelse heraf fremhæver EUD, at begrebet ”*overføring til almenheden*” skal være genstand for en *individualiseret* vurdering, hvor der skal tages hensyn til flere supplerende kriterier.⁴³⁰ Med supplerende kriterier forstås de EU-retlige almenhedskriterier, som er oplyst i afsnit 4.1.2.2.1. Hvorvidt kriterierne skal anvendes, afhænger af den konkrete situation og de tilstedeværende omstændigheder, hvorfor kriterierne ”*skal anvendes såvel individuelt som i forhold til deres samspil med hinanden*”.⁴³¹

For det første understreger EUD, at der kun er tale om en overføring til almenheden, når internetbrugeren linker med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger og giver internetbrugere adgang til disse værker, og især hvis de pågældende internetbrugere ikke ville have haft adgang til værket uden linket.⁴³² EUD præciserer, at ”*begrebet ”almenheden” angiver et ubestemt antal potentielle modtagere og desuden indebærer et betydeligt antal personer*”.⁴³³ EUD henviser til sin faste praksis, hvor det fremgår, at overføringen yderligere skal benytte en ”*særlig teknisk fremgangsmåde, der adskiller sig fra den, der hidtil har været anvendt, eller være rettet mod et nyt publikum*”.⁴³⁴ Definitionen er således i overensstemmelse med definitionen i Svensson-sagen og BestWater-kendelsen.⁴³⁵ EUD fastlår for det tredje, at vinding for øje ikke er uden relevans ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om en ”*overføring til almenheden*” som omhandlet i art. 3.1, i Infosoc-direktivet.⁴³⁶

I sagen gør GS Media, den tyske-, den portugisiske- og den slovakiske regering samt Europa-Kommissionen gældende, at hvis EUD konstaterer, at links offentliggørelse af et værk på andre hjemmesider uden tilladelse fra rettighedsindehaverne automatisk skal kvalificeres som ”*overføring*

⁴²⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 31.

⁴²⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 35-36, som henviser til C-135/10 (SCF) præmis 82 og 84.

⁴³⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 32-34.

⁴³¹ C-160/15 (GS Media), præmis 34, som henviser til bl.a. C-135/10 (SCF) præmis 79, C-162/10 (Phonographic Performance Ireland) præmis 30 og C-117/15 (Reha Training) præmis 35.

⁴³² C-160/15 (GS Media) præmis 35, som henviser til bl.a. C-135/10 (SCF) præmis 82, C-162/10 (Phonographic Performance Ireland) præmis 31.

⁴³³ C-160/15 (GS Media) præmis 35-36, som henviser til C-135/10 (SCF) præmis 82 og 84.

⁴³⁴ C-160/15 (GS Media) præmis 37, jf. bl.a. C-466/12 (Svensson) præmis 24 og C-348/13 (BestWater) præmis 14.

⁴³⁵ C-160/15 (GS Media) præmis 42, jf. C-466/12 (Svensson) præmis 24-28 og C-348/13 (BestWater) præmis 15, 16 og 18.

⁴³⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 38, jf. bl.a. C-466/12 (Svensson), præmis 24 og C-348/13 (BestWater), præmis 14.

til almenheden” i Direktivets forstand, vil handlingen ”[...] være yderst begrænsende for ytrings- og informationsfriheden”.⁴³⁷ Dette vil også være modvirkende til den rimelige balance som Infosoc-direktivet søger at opretholde mellem almenhedens ytrings- og informationsfrihed på den ene side, og ophavsmændenes interesse i en effektiv beskyttelse af deres arbejde på den anden side.⁴³⁸ EUD tilslutter sig dette synspunkt med henvisning til ”[...] at internettet er særligt vigtigt for ytrings- og informationsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11, og at hyperlinks medvirker til, at internettet er velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk, der er karakteriseret ved adgang til uanede mængder af information”.⁴³⁹

EUD påpeger endvidere, at det ved links desuden er vanskeligt for internetbrugere at kontrollere, om den hjemmeside, som disse links må formodes at henvise til, giver adgang til værker, som er beskyttede, og i givet fald om ophavsmændene til disse værker har givet tilladelse til, at de bliver offentliggjort på internettet.⁴⁴⁰ For at skabe en balance udtaler EUD, at der ved den individualiserede vurdering af, om et hyperlink til et værk, der er frit tilgængeligt på en anden internetside uden samtykke fra ophavsmanden, skal tages hensyn til, ”[...] den omstændighed, at denne person ikke ved, og ikke med rimelighed kan vide, at dette værk er blevet offentliggjort uden tilladelse fra indehaveren af ophavsretten.”⁴⁴¹ EUD konstaterer, at hvis den internetbrugere som linker, ikke med rimelighed ved eller kan vide, at værket er offentliggjort uden tilladelse fra ophavsmanden handler den pågældende internetbruger ikke ”[...] med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger med henblik på at give kunderne adgang til et værk, der ulovligt er offentliggjort på internettet.”⁴⁴² Linking i god tro vil således ikke udgøre en overføring til almenheden. Herudover påpeger EUD, at hvis værket allerede er offentliggjort på internettet ”[...] uden nogen adgangsbegrænsende foranstaltninger”, vil alle internetbrugere have adgang til værket uden benyttelse af hypertextlinket.⁴⁴³

Omvendt påpeger EUD, at et link udgør en overføring til almenheden, som foreskrevet i Infosoc-direktivets art. 3.1, hvis det kan konstateres, at personen vidste, eller burde vide, at det pågældende hyperlink var ulovligt offentliggjort på internettet uden tilladelse fra ophavsmanden, dvs. er i ond tro.⁴⁴⁴ Et eksempel ifølge EUD på, hvornår en person vidste, eller burde være vidende om den ulovlige offentliggørelse er, hvis internetbrugeren der har placeret linket er blevet underrettet herom af ophavsmændene.⁴⁴⁵ EUD henviser i øvrigt til Svensson-sagen, hvor EUD i analogi med dommen anser at det samme gør sig gældende, og kan betragtes som en *overføring til almenheden* i de tilfælde, hvor hypertextlinket tillader internetbrugere at omgå adgangsrestriktioner, som er opstillet.⁴⁴⁶

⁴³⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 44.

⁴³⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 44.

⁴³⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 45.

⁴⁴⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 46.

⁴⁴¹ C-160/15 (GS Media) præmis 47.

⁴⁴² C-160/15 (GS Media) præmis 48.

⁴⁴³ C-160/15 (GS Media) præmis 48.

⁴⁴⁴ C-160/15 (GS Media) præmis 49.

⁴⁴⁵ C-160/15 (GS Media) præmis 49.

⁴⁴⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 50 jf. C-466/12 (Svensson) præmis 27 og 31.

Endvidere fastslår EUD, at det ikke er uden relevans for vurderingen, om linket placeres med vinding for øje,⁴⁴⁷ hvor det i disse tilfælde, [...] *forventes af den person, der foretager placeringen, at den pågældende foretager den nødvendige kontrol med henblik på at sikre sig, at det omhandlede værk ikke ulovligt er offentliggjort på det netsted, som disse hyperlinks henviser til* [...] ⁴⁴⁸ Linkes der med vinding for øje, er der således en formodning om, at internetbrugeren ved placeringen af linket har været fuldt bevidst om, at værket ikke er tilgængeliggjort på internettet med samtykke fra ophavsmanden.⁴⁴⁹ I forlængelse heraf anfører EUD, at hvis denne formodning ikke kan afkræftes, udgør placeringen af hyperlinket til et ulovligt offentliggjort værk en overføring til almenheden.⁴⁵⁰ Internetbrugeren der linker anses også for at være i ond tro, hvis linket muliggør en omgåelse af restriktive foranstaltninger på den hjemmeside, hvor værket befinder sig.⁴⁵¹ Dette skyldes en forventning om, at en internetbruger, hvis denne linker med vinding for øje, foretager en nødvendig kontrol af, hvorvidt den oprindelige overføring af materialet er sket med ophavsmandens samtykke.⁴⁵²

EUD konstaterer imidlertid, at dette standpunkt ikke ændrer på tidligere praksis, hvorefter linking til materiale, der frit tilgængeligt på internettet med ophavsmandens samtykke kun udgør en overføring til almenheden efter Direktivets art. 3.1,⁴⁵³ hvis overføringen benytter et teknisk middel, der adskiller sig fra den, der hidtil har været anvendt eller hvis overføringen retter sig mod et nyt publikum.⁴⁵⁴ Kriteriet om nyt publikum finder således fortsat anvendelse, hvorfor resultatet i Svensson-sagen fortsat gælder.⁴⁵⁵

For så vidt angår GS Medias offentliggørelse af hyperlinks på deres hjemmeside *GeenStijl* til filer med de omhandlede fotografier konstaterede EUD, at GS Media havde handlet med vinding for øje og, at det var ubestridt, at Sanoma ikke havde givet tilladelse til offentliggørelsen af disse fotografier på internettet.⁴⁵⁶ Derudover konstaterede EUD, at GS Media var bekendt med, at offentliggørelsen var ulovlig, og at GS Media ikke kunne afkræfte formodningen herom.⁴⁵⁷ På baggrund af dette, fandt EUD, at GS Media ved placeringen af disse links havde foretaget en overføring til almenheden, som omhandlet i Infosoc-direktivets art. 3.1.⁴⁵⁸

⁴⁴⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 38, som henviser til C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 204.

⁴⁴⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 51.

⁴⁴⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 51.

⁴⁵⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 51.

⁴⁵¹ C-160/15 (GS Media) præmis 50, jf. C-466/12 (Svensson), præmis 27 og 31.

⁴⁵² C-160/15 (GS Media) præmis 51.

⁴⁵³ C-160/15 (GS Media) præmis 52.

⁴⁵⁴ Jf. bl.a. C-466/12 (Svensson), præmis 24 og C-348/13 (BestWater) præmis 14.

⁴⁵⁵ Jf. bl.a. C-466/12 (Svensson), præmis 24 og C-348/13 (BestWater) præmis 14.

⁴⁵⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 54.

⁴⁵⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 54.

⁴⁵⁸ C-160/15 (GS Media) præmis 56.

5.1.2.2 Momenter i EU-Domstolens vurdering

I det følgende gøres nogle bemærkninger til GS Media-sagens centrale momenter og deres betydning i vurderingen af, hvorvidt linkingen udgør en overføring til almenheden.

5.1.2.2.1 Kendskabskriteriet

Som beskrevet i afsnit 4.1.2.2 formulerede domstolen i SGAE-dommen *bevidsthedskriteriet* som et krav om, at internetbrugeren skal have fuldt kendskab til konsekvenserne af overføringen.⁴⁵⁹ Spørgsmålet er, om retstillingen har ændret sig med afsigelsen af GS Media, således, at det er tilstrækkeligt med en burde-viden.

I GS Media blev det fastslagt, at linking til værker, der er gjort frit tilgængelige på internettet uden tilladelse fra ophavsmandens eller som omgår tekniske foranstaltninger udgør en overføring til almenheden, såfremt internetbrugeren er vidende om den manglende tilladelse, dvs. er i ond tro.⁴⁶⁰ Omvendt var den slags linking ikke en overføring til almenheden, hvis internetbrugeren var i god tro, dvs. at han hverken vidste eller med rimelighed kunne vide, at linket førte til noget ulovligt.⁴⁶¹ EUD begrundede dette med, at internetbrugeren i sidstnævnte tilfælde ikke gør det bevidst. Desuden har EUD opstillet en formodning om, at internetbrugeren er i ond tro, hvis linking sker med vinding for øje. Der er således et vist samspil mellem kendskabskriteriet og vindingskriteriet.⁴⁶² Såfremt ophavsmanden kan bevise, at linking er sket med vinding for øje, indebærer formodningsreglen, at internetbrugeren må afkræfte dette. Ifølge GS Media-sagen er burde-viden således nok til at anse, at linking foretages bevidst. Dette fremgår også af C-527/15 (Stichting Brein), der citerer dommens udtalelser.⁴⁶³ Om retstillingen har ændret sig som følge af GS Media-sagen, således, at burde-viden nu generelt er nok, er ifølge professor *Morten Rosenmeier* ”sandsynligt”.⁴⁶⁴

EUD indfører dermed et subjektiv moment i vurderingen af, om et link udgør en overføring til almenheden, når der lægges vægt på internetbrugers *kendskab* om de underliggende ulovlige offentliggørelsesforanstaltninger. Både i GS Media og i Svensson-sagen konstaterer EUD, at begrebet overføring til offentligheden forudsætter to kumulative kriterier; en ”overføring”, der sker til ”almenheden”. I Svensson-sagen inddrager EUD dog ikke internetbrugers subjektive forhold, hvorfor vurderingen i Svensson-sagen i modsætning til vurderingen i GS Media må betragtes som en objektiv vurdering. Normalt har subjektive forhold kun en betydning for sanktionsspørgsmålet, når der skal foretages en vurdering af, om krænkelsen af et ophavsretligt materiale skal ifaldes et erstatnings- eller strafansvar. Når EUD alligevel inddrager internetbrugers subjektive forhold i vurderingen af, om denne har begået en ophavsretlig relevant handling, kan det skyldes et ønske om at nå en afbalanceret løsning.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ Schovsbo, Jens mfl. (2018). *Immaterialret*, side 142.

⁴⁶⁰ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465

⁴⁶¹ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

⁴⁶² C-160/15 (GS Media) præmis 48 ff., jf. præmis 35 ff.

⁴⁶³ Schovsbo, Jens mfl. (2018). *Immaterialret*, side 142; Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

⁴⁶⁴ Schovsbo, Jens mfl. (2018). *Immaterialret*, side 142; Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 465.

⁴⁶⁵ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 91.

I GS Media påpeger EUD, at det ikke kan forventes, at enkeltpersoner kan vide, om et værk er offentliggjort uden ophavsmandens samtykke.⁴⁶⁶ I praksis skulle dette nærmest indebære en formodning om, at et link ikke udgør en overføring til almenheden, hvis internetbrugeren ikke har *vinding for øje* – uanset om værket er offentliggjort uden ophavsmændenes samtykke på en hjemmeside. Det bidrager til åbenlyse vanskeligheder, da det indebærer, at en ophavsmand skal bevise den enkelte internetbrugers viden om, at linket udgør en overføring til almenheden. Dette gør det svært for indehavere af en ophavsrettighed at hævde deres eksklusive rettigheder på internettet. Samtidig kan det være svært for internetbrugeren at vurdere lovligheden af materialet.

Desuden fremlægger EUD ikke klare retningslinjer for, hvordan denne subjektive undersøgelse skal foretages i praksis, hvilket besværliggøre en fremtidig håndhævelse ved de nationale domstole. Udover de tilfælde, hvor ophavsmanden har gjort internetbrugeren opmærksom på sin eksklusive ret, angiver EUD ikke, hvordan ophavsmanden skal løfte bevisbyrden for, at internetbrugeren har haft konkret viden om, at denne har offentliggjort et værk på ulovlig vis. Med indførelsen af denne subjektive test kan det dermed konstateres, at der tilføjes en tærskel ved vurderingen, der reducerer omfanget af ophavsmandens eksklusive rettigheder. En sådan subjektiv test kan dermed ikke anses for at sikre et højt beskyttelsesniveau for ophavsmænd.

5.1.2.2.1.1 Underretning fra ophavsmanden til linker

Såfremt der linkes i god tro, kan en ophavsmand bringe den pågældende linker i ond tro. EUD bemærker i sag C-160/15 (GS Media), at ophavsmanden kan bringe den pågældende internetbruger, der placerer links i ond tro ved for eksempel at meddele internetbrugeren om den ulovlige offentliggørelse.⁴⁶⁷ Ophavsmanden har dermed mulighed for faktisk at begrænse linkerens udnyttelse af værket.

En sådan fremgangsmåde, hvor meddelelse til internetbrugeren kan være afgørende for bedømmelsen, har karakter af en *"notice and action"*-procedure.⁴⁶⁸ Proceduren indebærer, at internetbrugeren kun er ansvarlig, såfremt denne ikke reagerer på en underretning fra ophavsmanden om den ulovlige tilgængeliggørelse af materialet. Internetbrugers ansvarsfrihed bortfalder eksempelvis, hvis internetbrugeren fjerner linket.⁴⁶⁹ Et sådant notice and action- ansvar kan resultere i en tung byrde for internetbrugere, der benytter sig af de pågældende links. Dette kan medføre en risiko for, at den hurtige og gratis formidling af information på internettet hæmmes, og at den frie udbredelse af værker og information på internettet hindres.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 91.

⁴⁶⁷ Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 89 og 91. Se også C-160/15 (GS Media) præmis 53.

⁴⁶⁸ Jütte, Bernd Justin. (2016). *Saving the internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, GS Media v Sanoma)*. Se også Smith Graham. (2016) Will, *CJEU's GS Media copyright linking decision draws a line: ordinary internet user or commercial website?*; Schovsbo, Jens mfl. (2015). *Immaterielret*, side 805.

⁴⁶⁹ Jütte, Bernd Justin. (2016). *Saving the internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, GS Media v Sanoma)*.

⁴⁷⁰ Smith Graham. (2016) Will, *CJEU's GS Media copyright linking decision draws a line: ordinary internet user or commercial website?*

En sådan fortolkning af art. 3.1 anser EUD for at sikre det høje beskyttelsesniveau for ophavsmænd som søges opnået med Infosoc-direktivet.⁴⁷¹

5.1.2.2.2 Linking med eller uden ”vinding for øje”

Vindingskriteriet er EUDs primære brændpunkt i sag C-160/15 (GS Media). EUD bemærker, at det ”ikke er uden relevans”, om internetbrugeren har ”vinding for øje”, dvs. et erhvervsmæssigt sigte.⁴⁷² Dette betyder, at vindingskriteriet skal tillægges betydning, men - som det eneste kriterium - ikke behøver at være opfyldt.⁴⁷³ EUD kommer i GS Media frem til, at linkingen udgør en overføring til almenheden, hvorefter det er naturligt at antage, at de resterende kriterier er opfyldt. Kriteriet kan dermed være det udslagsgivende moment i sager, hvor der ikke er afgivet samtykke af ophavsmanden.

Kriteriet er meget vigtigt, da det har betydning for, om det formodes, at internetbrugeren er i god eller ond tro om værkets lovlighed. EUD fastslår i GS Media, at linking til ulovligt materiale udgør en overføring til almenheden, når internetbrugeren ved eller burde vide, at materialet er tilgængeliggjort uden ophavsmandens samtykke. EUD fastslår også, at det formodes, at internetbrugeren er i ond tro, såfremt linkingen sker med vinding for øje. I GS Media blev *GeenStijl.nl* drevet kommercielt, hvorfor linkingen utvivlsomt blev foretaget med henblik på at opnå en økonomisk vinding. EUD tog derfor ikke stilling til, hvordan vindingskriteriet skal forstås eller fastlægges i praksis, herunder om gevinsten skal være væsentlig eller om en ubetydelig gevinst også kan være tilstrækkelig.⁴⁷⁴

I en række ældre afgørelser er det blevet påvist, at vindingskriteriet er opfyldt, hvis overføringen har medvirket til en større besøgsfrekvens, en konkurrencemæssig fordel, en højere indtjening eller har bidraget til status og attraktivitet.⁴⁷⁵ Fælles for disse afgørelser er, at der drages en økonomisk fordel af overføringen. Det er dog fortsat uklart, om vindingskriteriet indebærer et krav om, at administratoren af en hjemmeside har til hensigt at drage en økonomisk fordel af linket, eller om, som det er tilfældet i GS Media-sagen, er tilstrækkeligt, at den hjemmeside, hvorfra linkingen sker, drives kommercielt.

Der er typisk ikke en kommerciel hensigt bag private internetbrugeres linking på internettet, hvorfor private internetbrugere som udgangspunkt må anses for at være i god tro, om den ulovlige tilgængeliggørelse.⁴⁷⁶ Vindingskriteriet vil derfor hovedsageligt påvirke retstillingen for erhvervsdrivende, da det oftest vil være de erhvervsdrivende internetbrugere, der linker med vinding for øje. En internetbruger, der ønsker at drage en økonomisk fordel ved linking til materiale

⁴⁷¹ C-160/15 (GS Media) præmis 53.

⁴⁷² C-160/15 (GS Media) præmis 38, som henviser til C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 204.

⁴⁷³ C-160/15 (GS Media) præmis 38, som henviser til C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 204.

⁴⁷⁴ Jütte, Bernd Justin. *Saving the internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, GS Media v Sanoma)*.

⁴⁷⁵ C-403/08 og C-429/08 (Premier League) præmis 205, C-117/15 (Reha Training) præmis 51 og C-306/05 (SGAE) præmis 44 samt C-162/10 (Phonographic Performance Ireland) præmis 44.

⁴⁷⁶ Præmis 47.

på internettet, forventes at foretage en kontrol af lovligheden af dette materiale. Linking til ulovligt materiale vil derfor indeholde en formodning om viden. Udgangspunktet må derfor være, at internetbrugere, der linker til ulovligt materiale uden vinding for øje, ikke krænker ophavsmandens ophavsrettigheder, som internetbrugere med vinding for øje gør.

Såfremt der linkes med vinding for øje, skal internetbrugeren godtgøre, at denne "[...]foretager den nødvendige kontrol med henblik på at sikre sig, at det omhandlede værk ikke ulovligt er offentliggjort på det netsted, som disse hyperlinks henviser til".⁴⁷⁷ Internetbrugeren er således underlagt en kontrolpligt, såfremt linkingen sker med vinding for øje. Denne kontrolpligt indebærer, at internetbrugeren skal foretage en "nødvendig kontrol" af, at de værker der linkes til, er lagt ud på internettet med ophavsmandens samtykke. Hvis internetbrugeren ikke kan afkræfte, at denne er i ond tro om den ulovlige linking, udgør linket til værket en overføring til almenheden. EUD beskriver ikke, hvordan denne kontrol skal foretages i praksis. Ved at EUD ikke har præciseret, hvad en "nødvendig kontrol" indebærer i praksis, vil der kunne opstå en risiko for, at de nationale domstole fortolker kontrolpligten forskelligt, hvilket kan føre til forskellige afgørelser og dermed hindre et effektivt indre marked.

At der tilføjes et yderligere kriterium til vurdering af, om der sket en krænkelse af ophavsmændenes ophavsret, kan betragtes som en begrænsning i ophavsmandens eksklusive rettigheder i form af overføring til almenheden. ALAI har i en rapport påpeget, at der ikke er bestemmelser i internationale konventioner, herunder i Bernerkonventionen eller WCT, som tyder på, at overføring til almenheden skal forstås som overføring til almenheden med fortjeneste.⁴⁷⁸

Sammenfattende kan manglen på klare retningslinjer for, hvordan en formodning, om "vinding for øje" kan afkræftes og bedømmes, og hvordan en nødvendig kontrol skal udføres i praksis, betragtes som problematisk i forhold til den øgede betydning af "vinding for øje", som et afgørende vurderingskriterium af, om linking til ulovligt materiale udgør en overføring til almenheden.

5.1.2.2.3 Restriktive foranstaltninger

EUD anvender begrebet "restriktive foranstaltninger" i GS Media-sagen, og som i sagerne, Svensson og C More, undlader EUD at redegøre og definere begrebets indhold.

I GS Media præmis 49 og 50 konstaterer EUD, at ophavsmanden kan gribe ind over for personer, der linker uden vinding for øje, hvorefter EUD i analogi med Svensson-sagens præmis 27 og 31 fastslår, at et link udgør en overføring til almenheden efter Infosoc-direktivets art. 3.1, hvis linket giver internetbrugerne mulighed for at omgå restriktive foranstaltninger, der er etableret med henblik på at begrænse adgangen til det ophavsretlige beskyttede værk.⁴⁷⁹ Links oprettet i god tro og uden vinding for øje udgør således en overføring til almenheden, hvis de pågældende links

⁴⁷⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 51

⁴⁷⁸ ALAI opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union, side 12, fodnote 21.

⁴⁷⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 50.

omgår eksempelvis beskyttelsesforanstaltninger og kopispæringer, der gør det ulovlige materiale tilgængeligt.⁴⁸⁰ Det fremgår midlertidig ikke af dommen, at dette forhold har haft betydning for afgørelsen. Sammenholdes GS Media-sagen med Svensson-sagen, må udgangspunktet derfor være, at links der omgår restriktive foranstaltninger altid vil udgøre en overføring til almenheden. God tro vil aldrig foreligge, hvis linket omgår restriktive foranstaltninger. Efter GS Media-sagen kan anvendelsen af restriktive foranstaltninger fortsat anses for ophavsmandens redskab til begrænse udnyttelsen af værket på ulovlig vis.

5.1.3 Harmonisering

Begrebet ”overføring til almenheden” skal forstås i bred forstand og omfatte enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Samtidig understreges det i Direktivets præambelbetragtning nr. 23, at retten ikke bør omfatte andre handlinger.⁴⁸¹

At begrebet er et totalharmoniseret begreb, og at den nationale ret i EU-medlemsstaterne ikke kan indeholde mere eller mindre end Infosoc-direktivets begreber, kan udledes af EUDs praksis. EUD blev i sag C-466/12 (Svensson) bl.a. stillet spørgsmålet,⁴⁸² om det er muligt for en medlemsstat at indføre en mere omfattende beskyttelse af ophavsmænds eneret ved at lade overføring til almenheden omfatte flere rettigheder end, hvad der følger af art. 3.1, i Infosoc-direktivet.⁴⁸³

EUD henviser indledningsvist til Direktivets første, sjette og syvende betragtning,⁴⁸⁴ hvor EUD påpeger, at Infosoc-direktivet ifølge betragtningerne blandt andet har til formål at ”[...] *afhjælpe forskelle i medlemsstaternes lovgivning og retlig uvished i forbindelse med beskyttelse af ophavsret*”, og at dette formål vil blive bragt i fare, hvis forskellige medlemsstater har mulighed for at udvide begrebet ”overføring til almenheden” til at omfatte flere handlinger de i art. 3.1 i direktivet anførte.⁴⁸⁵ Det følger af Direktivets syvende betragtning, at Direktivets formål ikke har til hensigt at fjerne eller undgå nationale forskelle i den teknologiske udvikling, der ikke påvirker det indre markeds funktion negativt. Ifølge EUD vil en udvidelse af begrebet kunne have negative virkninger på det indre markeds funktion.⁴⁸⁶ Derudover understreger EUD, at denne vurdering ikke påvirkes af medlemsstaternes evne i henhold til art. 20 i Bernerkonventionen til at indgå særlige aftaler med henblik på at tilbyde ophavsmænd mere vidtgående rettigheder end dem, der følger af Bernerkonventionen.⁴⁸⁷ I denne sammenhæng gør EUD også opmærksom på sin tidligere praksis. EUD henviser til sag C-277/10 (Luksan) præmis 62, og understreger, at ”[...] *når en konvention åbner mulighed for, at en medlemsstat kan træffe en foranstaltning, som viser sig at være i strid*

⁴⁸⁰ C-160/15 (GS Media) præmis 50. Se også Trzaskowski, Jan. *Internetretten*, side 91.

⁴⁸¹ Præambelbetragtning nr. 23.

⁴⁸² Det fjerde præjudicielle spørgsmål.

⁴⁸³ C-466/12 (Svensson) præmis 13.

⁴⁸⁴ C-466/12 (Svensson) præmis 34.

⁴⁸⁵ C-466/12 (Svensson) præmis 34 og 35.

⁴⁸⁶ C-466/12 (Svensson) præmis 36.

⁴⁸⁷ C-466/12 (Svensson) præmis 38.

*med EU-retten, uden dog at forpligte den dertil, skal medlemsstaten afholde sig fra at træffe en sådan foranstaltning”.*⁴⁸⁸

Artikel 3.1 bliver således af EUD betragtet som en hindring for, at en medlemsstat indfører en mere omfattende beskyttelse for ophavsmændene ved at lade begrebet ”overføring til almenheden” omfatte flere handlinger end, hvad der følger af denne bestemmelse.⁴⁸⁹ Retten til overføring for almenheden, ifølge Infosoc-direktivets art. 3.1 er derved totalharmoniseret. Heraf følger, at de nationale implementeringer af begrebet ”overføring til almenheden” ikke kan omfatte mere end, hvad der følger af Infosoc-direktivet.

I den såkaldte C More-sag behandledes spørgsmålet, hvor grænserne går ved anvendelsesområdet for art. 3.2 – mere specifik art. 3.2, litra d i Infosoc-direktivet.⁴⁹⁰ Den er interessant at kaste et lys over, da der i sagen bliver foretaget nogle afklaringer med hensyn til harmoniseringsaspekterne af beslægtede rettigheder. Ydermere findes der også en række relevante betragtninger i henhold til samspillet mellem overføring til almenheden og links som bør nævnes.

I sagen var der en uoverensstemmelse mellem den svenske lovgivning og Infosoc-direktivet. Den svenske lovgivning gav mere vidtgående ophavsretsbeslægtede rettigheder i forhold til dem, der er anført i art. 3.2, litra d i Infosoc-direktivet.⁴⁹¹ Artikel § 3.2, litra d giver radio- og tv-selskaber en eksklusiv ret til at stille deres udsendelser til rådighed for offentligheden “[...] på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt” dvs. en eksklusiv ret til offentliggørelse med et *on demand*-kriterium.

I Sverige er denne ret dog ikke begrænset til kun tilgængeliggørelse på anmodning (*on demand*)

*”[...] den omhandlede nationale lovgivning fastsætter ophavsretsbeslægtede rettigheder, der er mere vidtgående end dem, der er anført i art. 3, stk. 2, i direktiv 2001/29, idet den beskyttelse, som svensk ret giver, til forskel fra den nævnte bestemmelse ikke er begrænset til handlinger vedrørende tilrådighedsstillelse efter »bestilling».”*⁴⁹²

Den svenske Højesteret forelagde sagen for EUD, hvor den ønskede svar på, hvorvidt en medlemsstat kan

*”[...] indføre en mere omfattende eneret for rettighedshaver[ne] ved at lade overføring til almenheden omfatte flere handlinger end dem, der er anført i [...] art. 3, stk. 2 [, i direktiv 2001/29]?”*⁴⁹³

⁴⁸⁸ C-466/12 (Svensson) præmis 39.

⁴⁸⁹ C-466/12 (Svensson) præmis 41.

⁴⁹⁰ C-466/12 (Svensson) præmis 1 og 22.

⁴⁹¹ C-279/13 (C-More) præmis 19.

⁴⁹² C-279/13 (C-More) præmis 19.

⁴⁹³ C-279/13 (C-More) præmis 20-21.

EUD konstaterede, at spørgsmålet i sagen vedrørte, hvorvidt Infosoc-direktivets art. 3.2, litra d, kunne udvides til at omfatte live-udsendelser af sportsbegivenheder på internettet som de i hovedsagen omhandlede.⁴⁹⁴ I denne forbindelse fastlog EUD i sagen, at begrebet ”overføring til almenheden”⁴⁹⁵ er bredere end begrebet ”*tilrådighedsstillelse for almenheden*”, der findes i både Infosoc-direktivets art. 3.1 og art. 3.2.⁴⁹⁶

Begrebet ”*tilrådighedsstillelse for almenheden*” skal forstås som blandt andet interaktive bestillingstransmissioner,⁴⁹⁷ herunder on demand-tjenester,⁴⁹⁸ hvor almenheden kan få adgang til værkerne på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. kapitel 4, afsnit 4.1.⁴⁹⁹ EUD fandt, at Infosoc-direktivets art. 3.2, der alene angår tilrådighedsstillelse for almenheden, var uanvendelig i sagen.⁵⁰⁰ Dette blev begrundet med, at publikum ved live streaming ikke selv kan vælge, hvornår de vil tilgå transmissionen. Handlingen kunne derimod omfattes af det bredere begreb ”*overføring til almenheden*”, der dog falder uden for anvendelsesområdet af Direktivets art. 3.2.⁵⁰¹ EUD tog således alene stilling til ”tilrådighedsstillelse” for almenheden og ikke ”overføring” til almenheden.

EUD forsøger herefter at besvare spørgsmålet med udgangspunkt i direktiv 2006/115 (låne- og lejedirektivet) art. 8.3.⁵⁰² EUD henviste til betragtning 16⁵⁰³, som eksplicit foreskriver, at ” [...] *Medlemsstaterne bør have mulighed for at fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse*⁵⁰⁴ af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end den, der forlanges i henhold til dette direktivs bestemmelser i relation til radio- og fjernsynsudsending og kommunikation til offentligheden”.⁵⁰⁵ EUD påpeger, at Infosoc-direktivet kun harmoniserer de ophavsretlige områder, der er nødvendige for at opretholde et effektivt indre marked. Herefter ligger EUD til grund, at Infosoc-direktivet art. 3.2, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale retsfor skrifter, som tildeler en mere vidtgående eneret til de radio- og fjernsynsforetagender, der er omhandlet i direktivets art. 3.2, litra d i forhold til handlinger vedrørende overføring til almenheden, som kan være live udsendelser af sportsbegivenheder på internettet, jf. præmis 37.⁵⁰⁶ Det er dog forudsat, at en sådan udvidende beskyttelse ikke underminerer den ophavsretlige beskyttelse.⁵⁰⁷

⁴⁹⁴ C-279/13 (C-More) præmis 22.

⁴⁹⁵ C-279/13(C-More) præmis 24.

⁴⁹⁶ C-279/13 (C-More) præmis 24.

⁴⁹⁷ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 181.

⁴⁹⁸ Schönning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*, side 181.

⁴⁹⁹ C-279/13 (C-More) præmis 26.

⁵⁰⁰ C-279/13 (C More) præmis 25-27.

⁵⁰¹ C-279/13 (C More) præmis 28.

⁵⁰² Det følger af låne- og lejedirektivets artikel 8.3, at: ”*Medlemsstaterne tillægger radio- og fjernsynsselskaber eneret til at tillade eller forbyde viderespredning af deres udsendelser ved hjælp af radiobølger samt kommunikation til offentligheden af deres udsendelser, hvis denne foretages på steder, hvortil der er offentlig adgang mod betaling af entré.*”

⁵⁰³ Direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (Låne og leje-direktivet).

⁵⁰⁴ Egen fremhævelse.

⁵⁰⁵ ”*Kommunikation til offentligheden*” er, ligesom ”*overføring til almenheden*”, en oversættelse af ”*communication to the public*”. Se også C-279/13 (C More) præmis 29 og 33.

⁵⁰⁶ C-279/13 (C More) præmis 37.

⁵⁰⁷ C-279/13 (C More) præmis 37.

Afgørelsen kan ses som en mulighed for medlemsstaterne til at udvide den eksklusive eneret som radio- og fjernsynsforetagenders har til at forhindre linking til direkte udsendelser uden ophavsmandens samtykke. Dette kan give anledning til nogle overvejelser, når medlemsstater indrømmes en ret til selv at fastsætte videregående beskyttelse af broadcasteres rettigheder til overføring til almenheden. Det kan blandt andet overvejes, hvorvidt medlemsstaterne i henhold til radio- og fjernsynsforetagenders udsendelser, med undtagelse af en demand tilrådsstilling, har mulighed for selv at fastsætte og definere almenhedsbegrebet.⁵⁰⁸

Som bekræftet i Svensson-sagen forhindrer Direktivets art. 3.1, at medlemsstaterne udvider beskyttelsen i national lovgivning i forhold til den, der er omhandlet i Direktivet. På grund af C More-sagen er det imidlertid blevet klarlagt, at Direktivets art. 3.2 ikke er til hinder for regler på nationalt plan, der udvider beskyttelsen.⁵⁰⁹ Der er således en markant forskel mellem art. 3.1 og art. 3.2 i Infosoc-direktivet, da medlemsstaterne efter Direktivets art. 3.2 kan give en mere omfattende beskyttelse af nærtstående rettigheder, når disse overføres til almenheden, via bl.a. radio- og tv-selskaber. Forskellen kan udledes af en sammenholdelse af disse to afgørelser; EUD erklærede i C More, at det ikke er uforeneligt med Direktivet, at medlemsstaterne yder en mere omfattende beskyttelse end den, der er omhandlet i art. 3.2. I Svensson-sagen understregede EUD derimod vedrørende art. 3.1, at medlemsstaterne ikke har lov til at yde en mere vidtgående beskyttelse, da der er et harmoniseringsmål i art. 3.1.⁵¹⁰ Årsagen til, hvorfor art. 3.2 i forhold til art. 3.1 indeholder en større mulighed for beskyttelse skyldes harmoniseringsgraden af bestemmelserne.

Denne forskel ses som at være u hensigtsmæssig i forhold til EUDs ønske om en mere harmoniseret regulering af ophavsretten indenfor unionen. Forskellen i harmoniseringsgraden kan medføre, at radio- og tv-selskabers eksklusive enerettigheder varierer fra medlemsstat til medlemsstat, hvilket kan resultere i et flertal varierende regler, og dermed skabe en juridisk usikkerhed mellem medlemsstaterne. Sagen kan derfor ses som afvigende fra den generelle tendens til så vidt muligt at mindske forskellene mellem medlemsstaternes ophavsretlige love.

Set fra tv-selskabernes konkurrencesynspunkt, kan juridiske forskelle afhængigt af den nationale lovgivning ikke betragtes som helt optimale. Med hensyn til benyttelsen af links på internettet vil en sådan ordning potentielt gøre det vanskeligt at forstå de juridiske forskelle mellem medlemsstaterne i forbindelse med benyttelse af links og dermed føre til et voksende tilbageholdenhed blandt internetbrugere.

C-More-sagens resultat må dog anses at være i overensstemmelse med Direktivets syvende betragtning, da det primære formål med Direktivet er, at der skal ske en harmonisering af ophavsretten og beslægtede rettigheder, i det omfang, at det skønnes at være nødvendigt for det indre marked.

⁵⁰⁸ Rosenmeier, Morten. NIR 2016.441, side 466.

⁵⁰⁹ Schönning, Peter. NIR 2015.563, side 564.

⁵¹⁰ I Svensson-sagen vedrørende art. 3.1 konstaterede EUD bl.a i præmis 34, at hvis en medlemsstat fik mulighed for at yde mere omfattende beskyttelse end artiklen foreskrev, ville der skabes juridisk usikkerhed for tredjepart.

5.1.4 Sammenfatning

På baggrund af kapitel 5 kan det fastslås, at man i vurderingen af, om linking udgør en overføring til almenheden, først og fremmest skal differentiere, hvorvidt værket er offentliggjort på internettet med eller uden ophavsmandens samtykke. Svensson-sagen vedrører den situation, hvor den oprindelige overføring til almenheden er sket med ophavsmandens samtykke. GS Media angår derimod det tilfælde, hvor den oprindelige overføring er sket uden ophavsmandens tilladelse. Disse afgørelser er blevet suppleret af BestWater-kendelsen og C More-sagen, der demonstrerer konsekvensen af Svensson-sagen. På baggrund af Svensson-sagen kan det konstateres, at links til værker, der allerede er udgivet på en anden internetside med indehaverens af ophavsretten tilladelse ikke udgør en ”overføring til almenheden”. Dette begrundes med, at overføringen ikke sker for et nyt publikum. Endvidere følger det af Svensson-sagen og BestWater-kendelsen, at dette udgangspunkt gælder uanset linktype. Desuden følger det af Svensson-sagen, at medlemsstater ikke indrømmes en ret til at indføre en mere omfattende beskyttelse end anført i Infosoc-direktivets art. 3.1. Af C More-sagen følger, at medlemsstaterne efter Direktivets art. 3.2 kan give en mere omfattende beskyttelse af nærtstående rettigheder, når disse overføres til almenheden, via. bl.a. radio- og tv-selskaber.

Er et værk udgivet på en anden hjemmeside uden indehaveren af ophavsrettens tilladelse, følger det af GS Media, at der skal differentieres om, hvorvidt internetbrugeren har vinding for øje. Der er en formodning om, at internetbrugeren har handlet velvidende om den ulovlige offentliggørelse af værket og dermed været i ond tro, hvis linking sker med vinding for øje. Denne formodning kan dog afkræftes f.eks. ved at indehaveren af ophavsretten meddeler internetbrugeren om den ulovlige tilgængeliggørelse. Dette begrundes med, at internetbrugeren skal foretage en kontrol af linkets lovlighed, såfremt linket sker med vinding for øje. Omvendt vil linking i god tro, om at værket er offentliggjort uden samtykke ikke udgøre en overføring til almenheden.

Sammenholdes Svensson-sagen og GS Media-sagen kan det anføres, at links der omgår restriktive foranstaltninger altid vil udgøre en overføring til almenheden.

Kapitel 6. Klar retstilstand?

Med udgangspunkt i sagerne Svensson, BestWater, C More og GS Media undersøgte kapitel 5, hvilke betingelser linking til ophavsretligt beskyttede værker udgør indenfor anvendelsesområdet for retten til *overføring til almenheden* som omhandlet i Infosoc-direktivet art. 3.1. Dette kapitel vil diskutere EUDs fortolkning af art. 3.1, og hvilke konsekvenser denne fortolkning har for rettighedshaveren og internetbrugeren.

6.1 EUDs fortolkning af Infosoc-direktivets artikel 3.1

Ophavsretten skal virke for en samfundsmæssig balance, hvor den ikke må blive for dominerende med hensyn til samfundet, omgivelserne og brugerne.⁵¹¹ Det er blevet slået fast allerede fra de tidligste retsdannelser på immaterialrettens område, at netop immaterialretlighederne, herunder ophavsretten, må tåle meget betydelige begrænsninger med henblik på en korrekt afbalancering af forholdet mellem samfundet og den enkelte rettighedshaver og dermed sikre et velfungerende ophavsretligt regelsæt.⁵¹² En sådan hensynsafvejning har EUD haft til hensigt at benytte i sine afgørelser vedrørende Direktivets art. 3.1, under hvilke afgørelserne om linking falder ind under. Den udvikling, der er sket inden for ophavsretten med hensyn til EUDs fortolkning af overførings- og almenhedsbegrebet i henhold til Infosoc-direktivets art. 3.1, er blevet dog kritiseret på fire væsentlige punkter.⁵¹³ Disse kritikpunkter vil blive uddybet i det følgende.

6.1.1 Kritikpunkt et - linking bør ikke udgøre en overføring

Et kritikpunkt er, at linking ikke udgør en overføring.⁵¹⁴ Generaladvokat M. Wathelet har i sit forslag til afgørelse af 7. april 2016 i GS Media-sagen fremsat kritiske bemærkninger om dennes fortolkning af overføringsbegrebet.⁵¹⁵ M. Wathelet har understreget i sit forslag, at ophavsmanden som udgangspunkt skal godkende alle overføringer af ophavsretligt beskyttede værker til almenheden. M. Wathelets mener dog ikke, at hyperlinks er omfattet af denne beskyttelse.⁵¹⁶ M. Wathelets argumenterer i sit forslag til afgørelse i GS Media for, at EUD delvist bør underkende den fortolkning EUD ligger til grund for overføringsbegrebet i Svensson-sagen. Dette begrundes med, at hyperlinks, der leder til ophavsretlige beskyttede værker, ikke udgør selve krænkelsen, da værkerne allerede er blevet offentliggjort for almenheden.⁵¹⁷

Det er ifølge M. Wathelets kun den person, der foretager den første overføring, som foretager den egentlig tilrådighedsstillelse.⁵¹⁸ Ifølge M. Wathelets kan linking til beskyttede værker, som er frit tilgængelige på en anden internethjemmeside derfor ikke kvalificeres som en ”overføring” [...], idet det ikke er nødvendigt, at den, der administrerer det netsted, hvor hyperlinket placeres, [...],

⁵¹¹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2015), side 223.

⁵¹² Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 31.

⁵¹³ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media).

⁵¹⁴ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 60.

⁵¹⁵ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media).

⁵¹⁶ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 18.

⁵¹⁷ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 54.

⁵¹⁸ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 54 og 57.

*foretager en handling for, at de omhandlede fotografier stilles til rådighed for internetbrugerne [...].*⁵¹⁹

EUD har imidlertid været uenige om hvorvidt en overføring kræver en transmission eller hvorvidt det er tilstrækkeligt, at der blot stilles værker til rådighed. Adskillelige sager har understøttet tanken om, at der er tale om en ”overføring til almenheden” inden for art. 3.1, når der foreligger en transmission af et værk uanset de tekniske midler eller den anvendte proces.⁵²⁰ I en række andre sager, har en transmission ikke været påkrævet.⁵²¹ I sidstnævnte tilfælde har EUD fundet det tilstrækkeligt, at der foreligger en ”overføring”, hvis et værk stilles til rådighed på en sådan måde, at almenheden kan få adgang til værket, uanset om de benytter sig af muligheden.

EUDs kontrasterende tilgange sammenholdt med generaladvokaten M.Wathelets kritik af overføringsbegrebet, kan tages til indtægt for, at der fortsat er usikkerhed omkring identifikationen af den korrekte tilgang til linking.

6.1.2 Kritikpunkt to - EUDs fortolkning af ”nyt publikum” i relation til almenhedsbegrebet i Svensson-sagen

EUDs fortolkning af kriteriet ”nyt publikum” i relation til almenhedsbegrebet i Svensson-sagen har også været genstand for kritik. Ifølge ALAI er ”nyt publikum” kriteriet i forhold til rettighedshavers subjektive betragtning blevet undergivet en udvidet og bredere fortolkning af EUD i forhold til EUDs tidligere afgørelser. Som beskrevet i afsnit 5.1.1.3.1 formodede EUD i de tidligere afgørelser, at rettighedshavere kun tog ”direkte brugere” i betragtning, når de benyttede sig af sin eneret.⁵²² ALAI mener, at konsekvensen af den brede forståelse af begrebet er, at fortolkningen anlagt i Svensson-sagen, får karakter af et ”konsumptionsprincip” af eneretten, hvilket ALAI mener er uhensigtsmæssigt, da ophavsmandens eneret ellers ikke er genstand for konsumtion.⁵²³

Generaladvokaten M. Wathelet kritiserer også EUDs fortolkning af nyt publikum kriteriet. Generaladvokaten anfører, at det i Svensson-sagen ved fortolkningen blev lagt betydelig vægt på relevansen af rettighedshaverens samtykke og det publikum, der var taget i deres betragtning ved tilladelse til den oprindelige overføring af værket til almenheden.⁵²⁴ Anvendelse af dette 'psykologiske' element i kriteriet ”nyt publikum” ville føre til den konklusion, at linking til ulovligt materiale pr. automatik ville rette sig mod et nyt publikum og dermed falde indenfor anvendelsesområdet af art. 3.1 i Infosoc-direktivet. Generaladvokat M. Wathelets mener, at en automatisk kategorisering af linking som en overføring til almenheden ville have udløst uønskede og negative konsekvenser i lyset af den stigende brug af internettet.⁵²⁵ Først og fremmest ville det

⁵¹⁹ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) præmis 60.

⁵²⁰ C-283/10 (Circul Globus București) præmis 40, C-351/12 (OSA) præmis 25, C- 325/14 (SBS Belgium), C-117/15 (Reha Training) præmis 38.

⁵²¹ C-306/05 (SGAE) præmis 43, C-466/12 (Svensson-sagen) præmis 19, C-160/15 (GS Media) præmis 27.

⁵²² Se bl.a. C-306/05 (SGAE) præmis 41.

⁵²³ ALAI - opinion on the criterion “New Public”, side 2.

⁵²⁴ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) præmis 65-74.

⁵²⁵ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) præmis 77.

ikke have være foreneligt med ideen om at skabe en rimelig og god balance mellem forskellige interesser.⁵²⁶ For det andet ville det være vanskeligt i praksis at kontrollere, at de pågældende links fører til lovligt materiale, og at dette materiale forbliver lovligt.⁵²⁷

På baggrund af generaladvokat M. Wathelet og ALAI's argumenter angående den brede forståelse og fortolkning af overføringsbegrebet mener de, at udgangspunkt i Svensson-sagen bør underkendes.

EUD fulgte dog ikke op på generaladvokat M. Wathelet forslag til afgørelse i GS Media, men kom frem til det modsatte resultat i GS Media og videreførte desuden GS Media-dommens stadfæstede praksis i Stichting Brein-sagen. Generaladvokat M. Campos er modsætning till generaladvokat M. Wathelet og ALAI's fortaler for, at den stadfæstede praksis i Svensson-sagen fastholdes i sit forslag til afgørelse i Stichting Brein-sagen.⁵²⁸ Generaladvokaten M. Campos begrundet dette med, at en underkendelse af nyligt afsagte domme af EUD vil være uforenligt med retssikkerheden. Herudover understregede Generaladvokat M. Campos, at en kategorisk anvendelse ville være i strid med EUDs dynamiske fortolkning.⁵²⁹

På baggrund af ovenstående uenigheder om, hvorvidt Svensson-sagen er et godt udgangspunkt og, hvorvidt Svensson-sagen delvis bør underkendes eller danne præcedens for efterfølgende afgørelser, må der tages indtægt for, at der fortsat er usikkerhed om identifikationen af den korrekte tilgang til linking, og hvorvidt EUDs fortolkning af overførings- og almenhedsbegrebet bør opretholdes.

6.1.3 Kritikpunkt tre - "Nyt publikum" - konsumtionsprincip uden juridisk støtte?

Det nye kriterium "*nyt publikum*" er ikke kun blevet anfægtet med hensyn til EUDs fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3.1 i henhold til overførings- og almenhedsbegrebet, men er også som nævnt i forrige punkt blevet kritiseret for at have skabt en form for konsumtionsprincip uden juridisk støtte. EUDs fortsatte anvendelse af "*nyt publikum*" kriterium har givet anledning til at overveje, hvorvidt kriteriet indfører en form for konsumtion af retten til overføring til almenheden, hvormed retten konsumeres, når værkerne offentliggøres på diverse hjemmesider på internettet.⁵³⁰

⁵²⁶ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) præmis 77.

⁵²⁷ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) præmis 77.

⁵²⁸ Generaladvokat M. Campos fremhæver i forslag til afgørelse i Stichting Brein-sagen (C-527/15) i præmis 41, at: "*Selv om retsinstanserne ikke skal anvende princippet om stare decisis kategorisk, skal de af hensyn til sikkerheden i forbindelse med anvendelsen af retten udvise forsigtighed og holde sig til det, som de efter moden overvejelse selv har besluttet i forbindelse med en forelagt retlig problemstilling. Således bør det efter min opfattelse være tilfældet med den praksis, der er fastlagt (eller stadfæstet) i dom GS Media vedrørende forholdet mellem hyperlinks og overføring til almenheden inden for rammerne af direktiv 2001/29.*"

⁵²⁹ Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i sag C-527/15 (Stichting Brein) præmis 34 og 41.

⁵³⁰ Axhamn, Johan. Internet Linking and the Notion of "New Public", side 131.

ALAI har i en rapport udtalt,⁵³¹ at de ikke anser at den anlagte fortolkning af EUD er forenelig med en række internationale traktater, såsom bl.a. Infosoc-direktivets art. 3.⁵³² Forfatterne *Jan Rosén* og *Claes Granmar* fremhæver ligeledes, at det nye kriterium mangler støtte i Bernerkonventionen, TRIPS, WIPO-traktaterne og endda Infosoc-direktivet.⁵³³ Dette skyldes blandt andet, at fortolkningen af "nyt publikum" kriteriet som nævnt i forrige afsnit er bredere i Svensson-sagen end i tidligere afgørelser, hvor EUD formodede, at rettighedshaverne ved tilladelse til at transmittere værker kun tog direkte brugere i betragtning.⁵³⁴

I SGAE-sagen henviser EUD i punkt 6 til Bernerkonventionens art. 11bis som lyder "Ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker har eneret til at tillade: [...] enhver offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige". Ifølge ALAI og de to forfattere Rosén og Granmar er artiklen meget klar; det eneste krav er, at gengivelsen skal udføres af en "anden organisation end den oprindelige".⁵³⁵ Der er ingen eksplicit betingelse om et "nyt publikum".

Endvidere foreligger der et memorandum fra de belgiske myndigheder i Forberedelsesmaterialet til Bernerkonventionen som støtter denne påstand.⁵³⁶ Her diskuteres betydningen af, hvorvidt et ophavsretligt beskyttet værk kræver "a new circle of listeners or viewers", inden det kræver samtykke af rettighedshaveren.⁵³⁷ Forberedelsesmaterialet til WIPO-guiden til Bernerkonventionen fra 1978-guiden støtter sig endvidere på de samme argumenter, som dem i SGAE-sagen.⁵³⁸ Hertil mener forfatteren Johan Axhamn det modsatte; at det nye kriterium "nyt publikum" kan udledes af en panelrapport mellem EU og USA vedrørende den amerikanske OPHL overholdelse af TRIPS-aftalen.⁵³⁹

⁵³¹ "While the CJEU in Svensson-sagen gave a correct and positive response to the basic question of whether hyperlinking is (interactive) making available/ communication [...] The "new public" criterion developed in the CJEU's case law construing the exclusive right of communication to the public is in conflict with international treaties and EU directives." jf. ALAI opinion on the criterion "New Public", side 2.

⁵³² Andre bestemmelser som ALAI mener fortolkningen er i strid med er også Bernerkonventionens artikel 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii), 14(1) og 14bis(1); WCT artikel 8; WPPT artikel 2, 10, 14 og 15.

⁵³³ Rosén, Jan; Granmar, Claes, *Länkning på internet*, side 361. ALAI – Opinion on the criterion "New Public", side 10 f.

⁵³⁴ Se bl.a. C-306/05 (SGAE) præmis 41.

⁵³⁵ ALAI opinion on the criterion "New Public", side 2 ff.; Rosén, Jan; Granmar, Claes, *Länkning på internet*, side 361. ALAI – Opinion on the criterion "New Public", side 10 f.

⁵³⁶ "According to the explanatory memorandum prepared by the Belgian authorities and the Bureau of the Union, any broadcast aimed at a new circle of listeners or viewers, whether by means of a new emission over the air or by means of a transmission by wire, must be regarded as a new act of broadcasting, and as such subject to the author's specific authorization. Consequently, the majority (12 votes to six) decided in favour of a Belgian proposal presupposing the intervention of a body other than the original one as a condition for the requirement of a new authorization" jf. Berne Convention Centenary: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986, side 185.

⁵³⁷ Ibid.

⁵³⁸ C-306/05 (SGAE).

⁵³⁹ Axhamn, Johan. *Hyperlinking*, side 558, fodnote 90, hvor Axhamn henviser til "Panel report, United States – Section 110(5) of US Copyright Act (WT/DS160/R, dated 15 June 2000), paras. 6.19-29, 6.131-134, 6.152, 6.173 with footnote 155, 6.175 and 6.206. This interpretation was also put forward by the European Community during the proceedings, see Communication, from the Permanent Delegation of the European Commission to the Chairman of the

På denne baggrund er det ikke utænkeligt at stille spørgsmålstegn ved EUDs juridiske støtte til det nye kriterium. De nævnte kilder er dog relativt svage kilder eftersom de enten er gammelt forberedende materiale eller uforpligtende memorandum, men kan selvsagt udgøre et vist fortolkningsmateriale til en vis grad.

Af hensyn til specialets omfang vil en mere dybdegående gennemgang af, hvorvidt det nye publikums-kriterium er foreneligt med internationale traktater udelades.

6.1.4 Kritikpunkt fire - ”Nyt publikum” - i modstrid med princippet om automatisk beskyttelse?

Som beskrevet i afsnit 3.4.2 i kapitel 3, er den ophavsretlige retserhvervelse formløs. Dette princip kan føres tilbage til Bernerkonventionen.⁵⁴⁰ Det er på denne baggrund blevet argumenteret for, at kriteriet ”*nyt publikum*” endvidere kan være i strid med Bernerkonventionens forbud mod formaliteter og princippet om automatisk beskyttelse.⁵⁴¹ Forbuddet indebærer, at ophavsretlig beskyttelse ikke må være afhængig af en formel procedure.⁵⁴²

EUD fandt i Svensson-sagen, at der ikke var tale om et nyt publikum, fordi værkerne oprindeligt var gjort tilgængelige uden adgangs begrænsninger på den oprindelige hjemmeside. ALAI har i sin rapport drøftet EUDs tilgang til adgangsrestriktioner.⁵⁴³ ALAI har i den rapport kritiseret EUDs uklarehed med hensyn til, hvad der rent faktisk udgør restriktioner.⁵⁴⁴ ALAI har desuden argumenteret for, at krav til sådanne adgangsrestriktioner, som fremsat af EUD i er i strid med Bernerkonventionens formalitetsforbud.⁵⁴⁵ I rapporten fremhæver ALAI, “*to the extent that Svensson-sagen indicates that the “new public” criterion will not apply if restrictions accompany the work’s making available, the decision risks establishing an obligation to reserve rights or protect works etc. by technical protection measures, in violation of the Berne Convention’s prohibition of formalities that condition the exercise of exclusive rights*”.

Rosén og Granmar tilslutter sig dette synspunkt ved at påpege, at “[...] *rettighedsindehavere, efter Svensson-sagen og BestWater-domme, typisk er nødt til at placere deres værker bag tekniske hindringer eller andre adgangsrestriktioner, hvis de overhovedet kan nyde deres grundlæggende ophavsretlige beskyttelse for overførsler.*”⁵⁴⁶

Dispute Settlement Body, WT/DS160/5 concerning United States – Section 110(5) of US Copyright Act (WT/DS160/5, dated 15 April 1999), para. 44, and the parties respective replies to Q4 on p. 112 and 174.

⁵⁴⁰ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterielret* (2018), side 75.

⁵⁴¹ Bernerkonventionen artikel 5.2. ALAI fremhæver i sin rapport, at kriteriet om ”*nyt publikum*” kan være i strid med Bernerkonventionens forbud mod formaliteter.

⁵⁴² Bernerkonventionen forbyder kravet om arbejdsregistrering eller lignende formaliteter. Se også Bernitz, Ulf mfl. *Immateriellätt och otillbörlig konkurrens*, side 46.

⁵⁴³ ALAI – Opinion on the criterion “*New Public*”.

⁵⁴⁴ ALAI – Opinion on the criterion “*New Public*”, side 1 ff.

⁵⁴⁵ ALAI – Opinion on the criterion “*New Public*”, side 22 ff.

⁵⁴⁶ Egen oversættelse. Rosén, Jan; Granmar, Claes, *Länkning på internet*, side 363.

Med dette i tankerne er det ikke umiddelbart nemt for en ophavsmand at beskytte sit værk, hvis adgangsrestriktionerne også skal være af teknisk karakter. Dette kan indebære et krav om en form for teknisk viden. Det kan snarere anses som mere byrdefuldt for rettighedshaverne at opnå reel beskyttelse. Omvendt forsvinder yderligere en tærskel for beskyttelsen ved at fjerne kravet om et ”*nyt publikum*”, hvilket kan anses at gavne rettighedshavernes interesse i et højt beskyttelsesniveau.

På dette grundlag kan det endvidere antages, at EUD rent teoretisk bygger sin begrundelse vedrørende adgangsrestriktioner som et forsøg på at afbalancere begrænsningen af den ophavsretlige beskyttelse, som det nye kriterium indebærer. Rent praktisk kan der imidlertid stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt fremgangsmåden med hensyn til adgangsrestriktionerne snarere indebærer et formalitetskrav for rettighedshaverne.

6.2 Informationsfriheden & Infosoc-direktivets beskyttelsesniveau

Som nævnt i afsnit 6.1.2, følger EUD ikke generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i GS Media-sagen, men EUD adresserer til gengæld en række kritikpunkter fremsat af generaladvokaten mfl.⁵⁴⁷ Det er bl.a. hensynet til internettets funktion, ytrings- og informationsfriheden, men også Direktivets formål om en rimelig balance. Disse kritikpunkter blev fremsat som en konsekvens af EUDs fastholdelse af dens fortolkning af Direktivets art. 3.1.⁵⁴⁸

I GS Media understregede EUD med hensyn til ovenfor nævnte kritikpunkter, at internet- og hypertextlinks er af særlig betydning for informationsfriheden.⁵⁴⁹

Den tyske-, den portugisiske- og den slovakiske regering samt Europa-Kommissionen gjorde i GS Media-sagen gældende, men hvis EUD konstaterede, at linking til ulovligt materiale automatisk skulle kvalificeres som ”*overføring til almenheden*” i Direktivets forstand, ville handlingen ”[...] *være yderst begrænsende for ytrings- og informationsfriheden*”.⁵⁵⁰ Dette vil også være modvirkende til den rimelige balance som Infosoc-direktivet søger at opretholde mellem almenhedens ytrings- og informationsfrihed på den ene side, og indehaverne af en ophavsrets interesse i en effektiv beskyttelse af deres arbejde på den anden side.⁵⁵¹ EUD tilsluttede sig dette synspunkt med henvisning til ”[...] *at internettet er særligt vigtigt for ytrings- og informationsfriheden, som er sikret ved chartrets art. 11, og at hyperlinks medvirker til, at internettet er velfungerende og til udveksling af meninger og information på dette netværk, der er karakteriseret ved adgang til uanede mængder af information*”.⁵⁵²

⁵⁴⁷ GS Media, den tyske-, den portugisiske- og den slovakiske regering og Europa-Kommissionen.

⁵⁴⁸ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 77-79 og præmis 74, jf. præmis 28.

⁵⁴⁹ C-160/15 (GS Media) præmis 45.

⁵⁵⁰ C-160/15, (GS Media) præmis 44.

⁵⁵¹ C-160/15, (GS Media) præmis 44.

⁵⁵² C-160/15 (GS Media) præmis 45.

EUD understreger, at de er opmærksomme på, at man kan frygte, at en begrænsning af linking vil skabe problemer i forhold til ytringsfriheden og internettets funktionalitet, da internetbrugere vil blive begrænset i at ytre sig ved ikke at kunne linke til værket.⁵⁵³

I GS Media adresserer generaladvokaten mfl.⁵⁵⁴ ligeledes, at en opretholdelse af den nuværende fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3.1, vil hindre internettets funktion og udviklingen af informationssamfundet i Europa. Det vil skabe en væsentlig retssikkerhed til skade for ytrings- og informationsfriheden samt ”*vanskeliggøre tilvejebringelsen af ”en rimelig balance med hensyn til rettigheder og interesser mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og mellem de forskellige kategorier af rettighedshavere og brugere af beskyttede frembringelser.”*”⁵⁵⁵ Generaladvokaten bemærker således, at en retstilling, hvor ethvert link ville være en ophavsretskrænkelse ville have en skadelig virkning på internettets funktion, eftersom internetbrugere i så fald vil afholde sig fra at benytte hyperlinks af frygt for at begå en ophavsretskrænkelse.

EUD understreger hermed, at den fortolkning som EUD foretager af Infosoc-direktivets art. 3.1 med fokus på vindingskriteriet, netop skyldes EUDs ønske om at skabe en rimelig balance mellem hensynet til almenheden og rettighedshaverne og et ønske om ikke at begrænse internettets funktion og ytrings- og informationsfrihed. I forlængelse konstaterer EUD også, at det vejledende vurderingskriterium dermed skal fungere som en sikkerhedsventil for private, således, at linking til ulovligt materiale ikke automatisk opfattes som en ophavsretskrænkelse.

I GS Media-sagen fastslår EUD endvidere, at linking til ulovligt materiale udgør en overføring til almenheden, når linkeren er i ond tro om, at materialet er tilgængeliggjort uden rettighedshaverens samtykke.⁵⁵⁶ Som tidligere nævnt, opstiller EUD en formodning om ond tro, såfremt linking sker med vinding for øje. Linkeren skal i så fald godtgøre, at denne "*foretager den nødvendige kontrol med henblik på at sikre sig, at det omhandlede værk ikke ulovligt er offentliggjort på det netsted, som disse hyperlinks henviser til*".⁵⁵⁷ Dette udgangspunkt vil hovedsageligt påvirke retstillingen for erhvervsdrivende internetbrugere og ikke private.

Vindingskriteriet indebærer dermed en indirekte differentiering mellem erhvervsdrivende og private.

Kriteriet indebærer således, at private som udgangspunkt kan linke frit, hvilket kan forklares med, at private internetbrugere ofte vil være i god tro, da de sjældent linker med vinding for øje. Private internetbrugere er derfor som hovedregel ikke underlagt en kontrolpligt. Retstilstanden efter GS Media-sagen må således ses som hensigtsmæssig med hensyn til de private, da de private aktører

⁵⁵³ C-160/15 (GS Media) præmis 45.

⁵⁵⁴ GS Media, den tyske, den portugisiske og den slovakiske regering samt Europa-Kommissionen.

⁵⁵⁵ Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i C-160/15 (GS Media) præmis 77-79 og præmis 74, jf. præmis 28.

⁵⁵⁶ C-160/15 (GS Media) præmis 50-51.

⁵⁵⁷ C-160/15 (GS Media) præmis 51.

som ønsker sig at benytte sig af linking kan gøre det frit, såfremt det sker uden vinding for øje og i god tro. Og som beskrevet i forrige kapitel kan ophavsmanden via meddelelse eller ved at etablere restriktive foranstaltninger bringe internetbrugerne i ond tro. På denne baggrund må det antages, at der er en fin balance mellem parternes retstilling på området.

Det forholder sig dog anderledes for erhvervsdrivende internetbrugere. Virksomheder på internettet formodes at have en kommerciel hensigt, hvorfor der er en formodning om, at erhvervsdrivende ofte linker med vinding for øje. Udgangspunktet i GS Media indebærer, at erhvervsdrivende ved placering af et link altid skal foretage en ”nødvendig” kontrol af, hvorvidt linket fører til materiale, der er tilgængeliggjort med rettighedsmandens samtykke. Erhvervsdrivende på internettet vil derfor som hovedregel være underlagt en kontrolpligt. Dette må ses som en meget byrdefuld opgave og desuden en vanskelig bevisbyrde at løfte.

For en aktør som GS Media og ligesom mange andre nyhedshjemmesider, som er profitstyret, opstår spørgsmålet, om afgørelsen i GS Media-sagen skal fortolkes på en sådan måde, at informationsfriheden for disse typer af aktører er begrænset, når der benyttes links til ulovligt materiale.

Der er det en risiko for, at linking undlades af frygt for ophavsretskrænkelser. Det må anses som problematisk, da adgangen hertil ikke bør begrænses unødigt af hensyn til den grundlæggende afvejning mellem dem der har skabt værket og hensynet til alle dem, der har interesse i at benytte dette værk.

Når man som udtalt i Infosoc-direktivets præambelbetragtning nr. 9 har valgt at indføre et højt beskyttelsesniveau for rettighedshaverne kan der opstå problemer i forholdet mellem immaterialretten og grundrettigheder.⁵⁵⁸ Der opstår et modsætningsforhold mellem på den ene side ophavsretten, der begrænser ytringsfriheden, fordi man som følge af ophavsmandens eneret ikke vil kunne ytre sig ved at tilgængeliggøre andres værker og på den anden side ophavsmandens ret til et højt beskyttelsesniveau.⁵⁵⁹

Ved at EUD tilføjer kendskabs- og vindingskriteriet, herunder formodningsreglen i GS Media, opvejer EUD i høj grad rettighedshaverne for den brede tilgang, som de havde til linking i Svensson-sagen. EUD udtaler imidlertid ingen specifikke retningslinjer for, hvordan de nye kriterier skal forstås eller fastlægges i praksis. Det er derfor uklart, hvad der gælder, hvis man linker med vinding for øje. Dette kan medføre, at internetbrugeren af frygt for juridiske sanktioner undlader at linke, såfremt linkeren ikke er i stand til at bedømme, hvorvidt rettighedshaver har tilladt offentliggørelsen af værket. Denne balance må anses for at være udtryk for en urimelig balance af de forskellige grundlæggende interesser mellem parterne.

⁵⁵⁸ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 35, angiver at ”Konflikten består i, at immaterialretten indebærer en eneret til den erhvervsmæssige udnyttelse af værker, opfindelser mv., hvorimod realiseringen af en række grundrettigheder kan siges at kræve adgang til de beskyttede ressourcer.”

⁵⁵⁹ Schovsbo, Jens mfl. *Immaterialret* (2018), side 35.

DEL 7 AFSLUTNING

Kapitel 7. Konklusion

Formålet med dette speciale har været at undersøge, *hvorvidt et link på internettet til ophavsretligt beskyttede værker udgør en overføring til almenheden i henhold til Infosoc-direktivets artikel 3.1.*

Det er i afhandlingen blevet analyseret, hvordan almenhedsbegrebet skal fortolkes i henhold til linking. Almenhedsbegrebet er ikke nærmere beskrevet i hverken ophavsretsloven § 2, stk. 4, nr. 1 eller Infosoc-direktivets art. 3.1. Det kan dog udledes af EUDs faste praksis, at begrebet indeholder to kumulative betingelser; der skal foreligge en overføring, og den skal ske til almenheden, jf. C-466/12 (Svensson) præmis 16. Det følger af Direktivets betragtning nr. 23, at overføringsbegrebet skal forstås i bred forstand, dvs. omfattende enhver overføring til den af almenheden, der ikke befinder sig på stedet for selve overføringen. For så vidt angår almenhedsbegrebet, har EUD udviklet en række generelle kriterier, der enten skal være opfyldt eller tillægges betydning i vurderingen af, hvorvidt en overføring sker til almenheden. Disse kriterier er: *kendskabskriteriet*, *formodningskriteriet*, *nyt publikumskriteriet*, og så skal fremførelsen rette sig mod *et ubestemt antal potentielle modtagere*, evt. beregnet kumulativt. Formodningsreglen er som det eneste kriterie fravigeligt.

Når der linkes til et allerede offentligt værk på internettet, sker der en videretransmission. Ved videretransmissioner, der sker med samme tekniske midler, som den oprindelige overføring, skal overføringen ske til et *nyt publikum*, som ophavsmanden ikke tog i betragtning ved den oprindelige transmission, jf. C-306/05 (SGAE) og C-607/11 (ITV Broadcasting).

På baggrund af EUDs praksis, herunder C-466/12 (Svensson), C-348/13 (BestWater) og C-279/13 (C More), kan det konkluderes, at Infosoc-direktivets art. 3.1, skal fortolkes således, at linking til værker, der er lagt på internettet med tilladelse fra ophavsmanden, ikke indebærer, at værkerne gøres tilgængelige for et nyt publikum. Endvidere kan det ud fra en sammenholdelse af C-466/12 (Svensson) og C-348/13 (BestWater) konkluderes, at de forskellige linktyper - hypertextlinking og inlinelinking - skal behandles ens, og en ophavsretlig sondring mellem dem derfor er unødvendig. Linking til værker, der er lagt på internettet uden tilladelse, indebærer derimod, at værkerne gøres tilgængelige for et nyt publikum, jf. C-466/12 (Svensson). Dette skyldes, at værket ikke præsenteres for et nyt publikum. Endvidere kan det konkluderes, at art. 3.1 i Infosoc-direktivet om overføring til almenheden er fuldt harmoniseret i denne henseende, jf. C-466/12 (Svensson). Dette er ikke tilfældet for beslægtede rettigheder i Infosoc-direktivets art. 3.2, jf. C-279/13 (C More).

I sag C-160/15 (GS Media), der i modsætning til førstnævnte afgørelser behandler linking til værker, der oprindeligt er blev offentliggjort på internettet uden ophavsmandens samtykke, præciserer EUD begrebet *overføring til almenheden* ved at indføre kendskabskriteriet, herunder formodningsreglen. Af sag C-160/15 (GS Media) følger det, at den slags linking ikke udgør en overføring til almenheden, såfremt linkeren er i god tro, dvs. at han hverken vidste eller med rimelighed burde vide, at linket førte til noget ulovligt. Derudover opstiller EUD en formodning

om, at linkeren er i ond tro, såfremt linkingen sker med vinding for øje. Sammenholdes C-466/12 (Svensson) og C-160/15 (GS Media) kan det konkluderes, at linking, der muliggør omgåelse af tekniske foranstaltninger altid indebærer en tilgængeliggørelse for et nyt publikum.

EUDs indførelse af kendskabskriteriet, herunder formodningsreglen i C-160/15 (GS Media) indebærer en indirekte differentiering mellem erhvervsdrivende og private internetbrugere, idet private internetbrugere sjældent linker med vinding for øje. Udgangspunktet i C-160/15 (GS Media) indebærer, at erhvervsdrivende ved placering af et link altid skal foretage en "nødvendig" kontrol af, hvorvidt linket fører til materiale, der er tilgængeliggjort med rettighedsmandens samtykke. Herved opstår der en risiko for, at linking undlades af frygt for ophavsretskrænkelser. Dette resulterer i problemer i forholdet mellem rettighedshaverens ret til at nyde et højt beskyttelsesniveau, og almenhedens interesse i et velfungerende internet, herunder ytrings- og informationsfriheden. EUD har i sagerne om linking forsøgt at skabe en balance mellem hensynet til rettighedshaver og hensynet til internettets funktion.

Afslutningsvis konkluderes det, at retsstillingen for erhvervsdrivende på internettet hverken kan anses for hensigtsmæssig eller udtryk for en rimelig balance, da disse er underlagt en kontrolpligt og en vanskelig bevisbyrde, når der linkes med vinding for øje til ulovligt materiale. Balancen mellem private og ophavsmanden må derimod anses som fin, da private oftest vil være i god tro, da de sjældent linker med vinding for øje. Ophavsmanden kan dog bringe den pågældende internetbruger i ond tro via meddelelse eller restriktive foranstaltninger.

LITTERATURLISTE

Lovgivning, forarbejder mm.

- Aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPS).
- Bekendtgørelse nr. 24 af 09/03/1965 om andre landes stilling til verdenskonventionen om ophavsret af 6. september 1952 med tre tillægsprotokoller (Verdenskonventionen).
- Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886 som revideret i Paris den 24. juli 1971.
- Beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc-direktivet).
- Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2000/C 364/01).
- Den internationale konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere.
- Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.
- Direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (Låne og leje-direktivet).
- Direktiv 2006/116/EF om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder.
- Direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer.
- Direktiv 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.
- Direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.
- Direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender (Romkonventionen).
- Fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender (Romkonventionen).
- Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret (Ophavsretsloven).

- Lovforslag nr. L 119 til lov om ophavsret.
- WIPO-traktat om ophavsret af 20. december 1996 (WCT).

Publikationer, meddelelser og forslag fra Kommissionen

- Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, En strategi for et digitalt indre marked i EU (COM (2015) 192 final).
- Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, På vej mod en tidsvarende, mere europæisk ramme for ophavsret (COM (2015) 626 final).
- EU-kommissionens Grønbog "*Green paper on copyright and the challenge of technology - copyright issues requiring immediate action*" (COM (1988) 172 final).
- EU-kommissionens Grønbog "*Green paper on copyright and related rights in the information society*" (COM (1995) 382 final - Not published in the Official Journal)

Retspraksis fra EU-domstolen

- C-527/15 (Stichting Brein)
- C-160/15 (GS Media)
- C-117/15 (Reha Training)
- C- 325/14 (SBS Belgium)
- C-348/13 (BestWater)
- C-279/13 (C More)
- C-466/12 (Svensson)
- C-351/12 (OSA)
- C-607/11 (ITV Broadcasting)
- C-128/11 (UsedSoft)

- C-283/10 (Circul Globus București)
- C-510/10 DR, TV2 Danmark A/S mod NCB
- C-135/10 (SCF)
- C-162/10 (Phonographic Performance)
- C-431/09 og C-432/09 (Airfield)
- C-429/08 og C-403/08 (forenede sager, Premier League)
- C-5/08 (Infopaq I)
- C-306/05 (SGAE)

Udenlandsk retspraksis

- Högsta domstolens dom i sag B3510-11 af 29. december 2015 (NJA 2015 s. 1097) (Svensson)

Generaladvokatens forslag til afgørelser

- Generaladvokat M. Wathelet forslag til afgørelse i sag C-160/15 (GS Media).
- Generaladvokat Maciej Szpunar forslag til afgørelse i sag C-527/15 (Stichting Brein).
- Generaladvokat General Manuel Campos Sánchez-Bordona forslag til afgørelse i sag C-527/15 (Stichting Brein).

Litteratur

- Ahlberg, Kerstin. (2008). Din upphovsrätt och andras handbok för journalister (1. udgave). Kartonnage
- Andersen, Mads Bryde. (2005). IT Retten (2. udgave). Gjellerup.
- Bently, Lionel; Sherman, Brad; Gangjee, Johnson Philip (2014). Intellectual Property Law (5. udgave). Oxford University Press.

- Bernitz, Ulf; Pehrson, Lars; Rosén, Jan; Sandgren, Claes. (2017) Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens - upphovsrätt - patent - mönster - varumärken - namn - firma - otillbörlig konkurrens (14. udgave). Jure Förlag.
- Blume, Peter. (2010). Juridisk Metodelære (1. Udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Carlén- Wendels, Thomas. (2000). Nätjuridik (3. udgave). Norstedts Juridik AB.
- Edmar, Malin. (2015). Internetpublicering och sociala medier en juridisk vägledning (5. udgave). Norstedts Juridik AB.
- Elo Rytter, Jens. (2006) Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret (2. udgave). Forlaget Thomson A/S.
- Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Sten. (2004). Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære (1. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Goldstein, Paul. (2012). International Copyright: Principles, Law, and Practice (3. udgave). Oxford University Press.
- Halpern, Sheldon W; Johnson, Philip. (2014). Harmonising copyright law and dealing with dissonance (1. udgave). Edward Elgar.
- Heine, Kasper; Grønæk, Martin von Haller og Trzaskowski, Jan. (2002). Internetjura (2. udgave). Thomson – Gad Jura.
- Højlund, Dorte. (2018). Retsikkerhed og juridisk metode (2. udgave). HansReitzels.
- Jakobsen, Søren Sandfeld. (2006). Lærebog i elektronisk medieret (1. udgave). Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Kerikmae, Tanel. (2014). Regulating eTechnologies in the European Union: Normative Realities and Trends (1. udgave). Springer.
- Kur, Annette; Dreier, Thomas. (2013) European Intellectual Property Law (1. Udgave). Edward Elgar.
- Levin, Marianne. (2011). Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt” (10. udgave). Norstedts Juridik.
- Lindberg, Agne; Westman, Daniel. (2001) Praktisk IT-rätt (3.udgave). Norstedts Juridik AB.

- Linkis, Jacob. (2016). Dansk rets fleksibilitet (1. Udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk- Hansen, Carsten. (2014). Retsvidenskabsteori (1. Udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk- Hansen, Carsten. (2018). Retsvidenskabsteori (2. Udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina. (2017) Retskilder & Retsteorier, (5. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Olsson, Henry. (2015) Copyright: svensk och internationell upphovsrätt, (9 udgave). Norstedts juridik.
- Plesner, Mathiasen Jakob; Lau Nielsen, Lasse. (2019). Lærebog i entertainmentret (1. Udgave). Karnov Group.
- Riis, Thomas; Trzaskowski, Jan. (2013). Skriftlig Jura (1. udgave). Ex Tuto.
- Riis, Thomas. (2001). Immaterialret og IT (1. udgave). Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Rosén, Jan. (2012) Medie- och upphovsrätt (1. Udgave). Jure Förlag samt Stockholms universitet, Juridiska fakulteten.
- Rosén, Jan. (2016). European Intellectual Property Law (1. Udgave). Edward Elgar Publishing.
- Rosenmeier, Morten. (2014). Ophavsret for begyndere, En bog til ikke-jurister (3. Udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten og Petersen, Clement Salung. (2018). Immaterialret (5. udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten og Petersen, Clement Salung. (2015). Immaterialret (4. udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten; Riis, Thomas; Borberg, Vibeke og Udsen, Henrik. (2016). Lærebog i informationsret (1. udgave). Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Schønning, Peter. (2016). Ophavsretsloven med kommentarer (6. udgave). Karnov Group.
- Seville, Catherine (2016). EU intellectual property law and policy (2. udgave). Edward Elgar.
- Stokes, Simon. (2014) Digital copyright: law and practice (4. udgave). Hart.

- Strömbäck, Per. (2011). "Gratis? om kvalitet, pengar och skapandets villkor (2. udgave). Volante.
- Sørensen, Karsten Engsig; Hartig Danielsen, Jens. (2019). EU-Retten (7. udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Trzaskowski, Jan mfl. (2019). Internetretten (3. udgave). Ex Tuto.
- Tvarnø, Christina D.; Denta, Sarah Maria. (2015) "Få styr på metoden – introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode" (1. udgave). Ex Tuto.
- Udsen, Henrik. (2019). IT-ret (4. udgave). Ex Tuto.
- Udsen, Henrik. (2009). De informationsretlige grundsætninger (1. udgave). Ex Tuto.

Hjemmesider

- denstoredanske.dk
- eur-lex.europa.eu/
- europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/
- humanrights.se/
- karnov.dk
- lagen.nu/
- um.dk/
- wipo.int/
- wipo.org
- wto.org/
- youtube.com/

Artikler

- Andersen, Mads Bryde. (2000). Linking og robottering på Internet. U.2000B.311.
- Axhamn, Johan. (2015). Hyperlinking: Case C-466/12 Svensson and Others and its impact on Swedish Copyright Law. DIVA.
- Axhamn, Johan. (2014). Internet Linking and the Notion of “*New Public*”. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2014.2.
- Axhamn, Johan. (2010). EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 4/2010.
- Jütte, Bernd Justin. (2016). Saving the internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, GS Media v Sanoma).
- Kempas, Tobias. (2012). Länkning och ideell rätt; hur bör 3 § upphovsrättslagen tolkas?. Karnov Group.
- Kyst, Martin. (2001). Direktivet om ophavsret i informationssamfundet. U.2001B.305.
- Rognstad, Ole-Andreas. (2015). The CJEU’s Recent Findings on Digital Exhaustion and Linking and their Impact on Nordic Copyright Law. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2015.624.
- Rognstad, Ole-Andreas. (2015) *Restructuring the Economic Rights in Copyright – Some Reflections on an ‘Alternative Model’*. University of Oslo Faculty of Law, Research Paper Series No. 2015-12.
- Rosenmeier, Morten. (2016). EU-rettens betydning for den ophavsretlige sondring mellem offentlig og privat. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2016.441.
- Rosén, Jan; Granmar, Claes. (2015). Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internationell rätt. Svensk Juristtidning 2012.
- Schønning, Peter. (2014). Lovligheden af links på internettet efter Svensson/Retriever-dommen. U.2014B.417.
- Schønning, Peter. (2015). *Konsekvenser af C More Entertainment- dommen*. Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2015.563.

- Schovsbo, Jens og Udsen, Henrik. (2006). Ophavsrettens missing link? Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 2006.47.
- Smith, Graham. (2016). CJEU's GS Media copyright linking decision draws a line: ordinary internet user or commercial website?.
-
- Torvund, Olav. (2008). Enerett til lenking – en keiser uten klær?. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 2008.417.
- Westman, Daniel, Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik. Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 3/2002.
- Westman, Daniel. (2012). Länkning som upphovsrättslig överföring till allmänheten?. Svensk Juristtidning 2012.
- Wolk, Sanna, En Ny Publik – En Upphovsrättslig Lösning eller Chimär?, 2016. I Karnell, Gunnar, Kur, Anette, Nordell, Per Jonas m.fl., Liber Amicorum Jan Rosén Visby, 2016.

Øvrige kilder

- Association Littéraire et Artistique (2014). ALAI opinion on the criterion “*New Public*”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public.
- Association Littéraire et Artistique (2013). ALAI Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet. NIR 2013.515.
- The European Copyright Society (2013). Opinion on the reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson.
- International Bureau of Intellectual Property (1986). Berne Convention Centenary: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986.