

**Sag C-442/19****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

12. juni 2019

**Forelæggende ret:**

Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene)

**Afgørelse af:**

7. juni 2019

**Appellant:**

Stichting Brein

**Indstævnt:**

News-Service Europe BV

**Hovedsagens genstand**

Kassationssag vedrørende spørgsmålet, om News-Service Europe BV (herefter »NSE«), der er en forhenværende udbyder af Usenet-tjenester, er ansvarlig for spredning af beskyttede værker via Usenet uden samtykke fra rettighedshaverne, hvis interesser varetages af Stichting Brein.

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

Fortolkningen af begrebet overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29/EF ved hjælp af en platform, på hvilken brugere fra en oversigt over nyhedsgrupper og/eller ved en særlig message-id kan finde og downloade beskyttede værker, og af forbindelsen mellem artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29/EF og artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF. Artikel 267 TEUF.

## Præjudicielle spørgsmål

1. Foretager en operatør af en platform til Usenet-tjenester (således som NSE var det) under de herunder i punkt 3.1 og 4.2.3 beskrevne omstændigheder en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 167, s. 10, herefter »ophavsretsdirektivet«)?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende (og der således er tale om en overføring til almenheden):

Er konstateringen af, at operatøren af en platform til Usenet-tjenester foretager overføringer til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i ophavsretsdirektivet til hinder for anvendelsen af artikel 14, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (EFT L 178, s. 1, herefter »direktivet om elektronisk handel«)?

3. Såfremt spørgsmål 1 eller 2 i direktivet om elektronisk handel besvares benægtende (og det derfor i princippet er muligt at påberåbe sig en ansvarsfritagelse i henhold til fra artikel 14, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel):

Spiller operatøren af en platform til Usenet-tjenester, der yder tjenester som beskrevet herunder i punkt 3.1 og 4.2.3 en aktiv rolle, der på anden måde er til hinder for at anvende artikel 14, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel?

4. Kan det forbydes operatøren af en platform til Usenet-tjenester, der foretager en overføring til almenheden, og som er berettiget til fritagelse i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel, at fortsætte med krænkelsen, eller kan der gives ham et påbud, der går videre end bestemt i artikel 14, stk. 3, i direktivet om elektronisk handel, eller vil dette være i strid med artikel 15, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel?

## Anførte EU-retlige bestemmelser

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet: 27. betragtning, artikel 3, stk. 1 og 2

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«): artikel 14, stk. 1 og 3, artikel 15, stk. 1

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 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: artikel 17, stk. 1 og 3

### **Anførte domme fra Domstolen**

Dom af 7. december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764

Dom af 23. marts 2010, Google France og Google, forenede sager C-236/08-C-238/08, EU:C:2010:159

Dom af 12. juli 2011, L'Oréal m.fl. C-324/09, EU:C:2011:474

Dom af 31. maj 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379

Dom af 26. april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300

Dom af 14. juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456

Dom af 7. august 2018, SNB-REACT, C-521/17, EU:C:2018:639

### **Anførte nationale bestemmelser**

Burgerlijk Wetboek (den borgerlige lovbog): artikel 6:196c, stk. 1, 4 og 5

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne**

- 1 Stichting Brein har ifølge sine vedtægter til formål at forhindre uretmæssig brug af databærere og data og varetage interesserne for rettighedsindehaverne til disse data og deres retmæssige brugere.
- 2 NSE var operatør af en platform til Usenet-tjenester. Efter dommen fra rechtbank Amsterdam (ret i første instans, herefter »rechtbank«) i denne sag har NSE indstillet sine aktiviteter som Usenet-udbyder.
- 3 Usenet har eksisteret siden 1979 og er en underdel af internettet. Det er en verdensomfattende platform til deling af nyheder. Usenet består af en række diskussionsgrupper (nyhedsgrupper), der er hierarkisk inddelt efter emne. Usenet-brugere kan også selv starte en nyhedsgruppe. De kan placere (uplade eller poste) nyheder i en nyhedsgruppe efter eget valg. Hovedet (header) til den uploadede tekst placeres i oversigten (overview) over nyhedsgruppen, og ved hjælp heraf kan andre brugere finde den i nyhedsgruppen. Nyhederne indeholder også en særlig message-id, som genereres automatisk, når en bruger placerer en nyhed. Nyhederne kan også genfindes ved hjælp af denne message-id. Usenet-brugere kan således søge nyheder i oversigten over nyhedsgruppen og udvælge en

nyhed eller direkte konsultere den via den særlige message-id. Hvis det ønskes, kan de også downloade de nyheder, de har fundet.

- 4 Usenet understøttes af et stort antal udbydere. Såfremt en nyhed placeres af en bruger af en bestemt Usenet-udbyder, deles den en gang med alle andre Usenet-udbydere. Denne proces benævnes synkronisering eller peering. Usenet-udbyderne lagrer ikke kun de nyheder, de har fået fra deres egne brugere på deres servere, men også de nyheder, de har fået fra andre udbydere ved synkronisering. De ældste nyheder slettes automatisk for at skaffe plads til nye. Den periode, i hvilken nyhederne oplagres, benævnes referenceperioden. I maj 2011 androg referenceperioden hos NSE 400 dag. Udbuddet af artikler hos alle Usenet-udbydere er i princippet det samme på grund af synkroniseringen eller peeringen. Eventuelle forskelle skyldes udløb af forskellige referenceperioder (og eventuelle forstyrrelser eller slettelse som følge af en såkaldt notice and takedown-procedure (herefter »NTD-procedure«).
- 5 Usenet bruges blandt andet til spredning af nyheder, der indeholder billeder, lyd eller software. Herved bliver en binær fil (eksempelvis en spillefilm, et musikstykke eller et spil) opsplittet på brugerens computer ved hjælp af software og koderet i en stort antal alfanumeriske nyheder, som efterfølgende sættes på Usenet. De nyheder, der skabes ved opsplittning af en binær fil, benævnes binaries. Disse binaries kan samles af andre brugere og efterfølgende sammenføjes ved hjælp af software og afkodes for at nå frem til den oprindelige binære fil. Den hertil fornødne software er gratis tilgængelig på internettet. Denne software er hverken udviklet, udbudt eller leveret af NSE. Der findes forskellige søgemaskiner og software-applikationer, hvormed en bruger (ved hjælp af message-id'er) kan finde og udvælge musik eller spillefilm på Usenet.
- 6 NSE's kunder var eksempelvis leverandører af internettjenester, der havde adgang til Usenet indeholdt i deres pakker med internettjenester til forbrugeren. Kunden kunne også være en såkaldt reseller, der sælger abonnementer til forbrugere, der gav direkte adgang til NSE's servere. I begge tilfælde blev kunden sat i stand til at downloade indhold fra NSE's servere. NSE kontraherede ikke direkte med kunden.
- 7 NSE indførte på et tidspunkt efter den 6. april 2009 en NTD-procedure. På et tidspunkt før den 24. maj 2011 indførte NSE også en såkaldt Fast Track-procedure. Denne procedure giver visse parter (uden NSE's mellemkomst) ret til direkte at fjerne retsstridige artikler fra NSE's servere.
- 8 I denne sag har Stichting Brein nærmere bestemt nedlagt påstand om, at (i) det fastslås, at NSE krænker de ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, for hvilke Stichting Brein varetager rettighedsindehavernes interesser, (ii) det fastslås, at NSE er ansvarlig den skade, der er lidt som følge af denne krænkelse, og (iii) der gives NSE et til binaries begrænset påbud om at ophøre med og undlade krænkelsen. Til støtte for sine påstande har Stichting Brein anført, at NSE selv krænker ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder tilhørende de

rettighedshavende, der er tilsluttet NSE og derudover også handler ulovligt ved med gevinst for øje at stille et downloadsystem til rådighed, hvorved store mængder af beskyttede frembringelser oplagres, uden at der er indhentet noget samtykke.

- 9 Rechtbank Amsterdam fulgte de i præmis 8 i punkt (i) nævnte påstande og udstedte det i punkt (iii) nævnte påbud. Rechtbank frifandt NSE for kravet i punkt (ii), da det ikke fandtes behørigt underbygget.
- 10 Sagen blev appelleret til gerechtshof Amsterdam (appeldomstolen i Amsterdam, herefter »gerechtshof«), der annullerede rechtbanks dom og pålagde NSE at indføre en NTD-procedure i tilfælde af, at det ville genoptage sine aktiviteter som Usenetforsyner. Herved anførte gerechtshof følgende.
- 11 I det omfang NSE stiller artikler til rådighed for brugere på sine servere, foretager selskabet en aktivitet, der fører til, at der nås en ny almenhed. Hvad angår videregivelse til andre Usenet-forsynere af nyheder, som de egne brugere har placeret, kan NSE påberåbe sig BW's artikel 6:196c, stk. 1 (*»mere conduit«*, kun gennemledning). Hvad angår oplagring af artikler på NSE's servere i referenceperioden kan NSE påberåbe sig ansvarsfritagelse i henhold til BW's artikel 6:196c, stk. 1 (hosting). Gerechtshof går ud fra, at NSE's tjenester udelukkende er af teknisk, automatisk og passiv art. Ansvarsfritagelsen efter BW's artikel 6:196c har også til formål, at en person, der er berettiget til fritagelse efter denne artikel, ikke skal være ansvarlig som selvstændig ophavsmand til en krænkelse af andres rettigheder, fordi han har gjort det nemmere for andre at krænke. Gerechtshof så derfor ingen grund til at tage Stichting Brein's påstande til følge. Dette bygger nemlig på den opfattelse, at NSE også er en krænkende part.

Et påbud kan ifølge gerechtshof ikke støttes på, at NSE har pådraget sig ansvar uden for kontrakt for en krænkelse. Dette er dog ikke til hinder for, at der kan udstedes et påbud eller nedlægges forbud i henhold til BW's artikel 6:196c, stk. 5. Det af rechtbank udstedte påbud om ophør er imidlertid ikke i overensstemmelse med NSE's rolle som tjenesteyder, ved hvis hjælp der foretages krænkelse, hvilket er en situation, der er mere kompleks end rollen som blot krænkende part, og som er egnet til andre arter af påbud (dom af 12. juli 2011, L'Oréal m. fl., C-324/09, EU:C:2011:474). Påbuddet forpligter nemlig NSE til generelt at overvåge de oplysninger, som videregives og oplagres, hvilket er i strid med artikel 15 i direktiv 2000/31. En passende foranstaltning er et påbud om at indføre en NTD-procedure.

### **De væsentligste argumenter, der fremføres af hovedsagens parter**

- 12 Ifølge Stichting Brein har NSE krænket enerettigheder, der tilhører ophavsmænd, hvis interesser det varetager, idet NSE har overført deres værker til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Stichting Brein har under kassationssagen anført, at gerechtshof ikke har korrekt forstået, at NSE spillede en aktiv rolle i forbindelse med de nyheder, som selskabet oplagrede, derved at det

havde kendskab til eller kontrollen over de data, der oplagredes. I denne forbindelse henviser stiftelsen til, at gerechtshofs opfattelse af, at NSE's tjenester udelukkende er af teknisk, automatisk og passiv art, ikke er korrekt eller ufuldstændigt (forståeligt) begrundet, når henses til gerechtshofs bedømmelse, hvorefter NSE's handlinger fører til, at der nås en ny almenhed.

- 13 Stichting Brein har videre anført, at gerechtshof ikke har forstået, at der er tale om en krænkelse, når en tjenesteyder som NSE foretager en overføring til almenheden (således som gerechtshof gik ud fra), og at en påberåbelse af BW's artikel 6:196c ikke er til hinder for, at der meddeles det påståede påbud om ophør.
- 14 NSE har gjort gældende, at det med sin platform til Usenet-tjenester kun har stillet fysiske faciliteter til rådighed for at muliggøre en overføring til almenheden som omhandlet i 27. betragtning til direktiv 2001/29, og at selskabet således ikke selv har foretaget nogen overføring til almenheden. Ifølge NSE følger dette også af gerechtshofs konstatering af, at dets tjenester udelukkende er af teknisk, automatisk og passiv art. Det gør gældende, at gerechtshofs udtalelse om, at det foretager en overføring til almenheden, er forkert eller uforståeligt begrundet.
- 15 NSE har gjort gældende, at det er omfattet af ansvarsfritagelsen efter BW's artikel 16:196c, stk. 4 (hvorved artikel 14 i direktiv 2000/31 er gennemført i Nederlandsk ret).

#### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 16 Det står fast, at der ved NSE's mellemkomst og uden de berettigedes samtykke er blevet overført beskyttede værker til almenheden, idet i al fald en del af de pågældende binaries indeholder rettighedskrænkende materiale. Der foreligger det spørgsmål, om NSE har foretaget en overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, særligt ved at stille en platform til rådighed, på hvilken brugere af Usenet ved hjælp af en oversigt over og/eller en særlig message-id kan finde og downloade beskyttede værker. Dernæst må det afgøres, om NSE's adfærd er til hinder for anvendelsen af artikel 14, stk. 1, i direktiv 200/31 og hermed af BW's artikel 6:196c, stk. 4.
- 17 Direktiv 2001/29 præciserer ikke, hvad der skal forstås ved »overføring til almenheden«. Dette er et selvstændigt EU-retligt begreb, som ifølge 23. betragtning til direktivet skal opfattes bredt. At stille fysiske faciliteter til rådighed for at muliggøre en overføring er i sig selv ingen overføring til almenheden efter direktiv 2001/29 (27. betragtning). Der er ifølge Domstolen ikke tale om en tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter for at muliggøre en overføring, når der sælges medieafspillere, på hvilke der på forhånd er installeret add-ons, der er tilgængelige på internettet, og som indeholder hyperlinks til websites, der er tilgængelige for almenheden, og på hvilke ophavsretligt beskyttede værker uden indehaverens samtykke er stillet til rådighed. I dette tilfælde sker der en overføring til almenheden (dom af 26. april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300). For så vidt angår operatørerne af online-plattformen The Pirate

Bay til deling af filer, kunne det ikke antages, at disse begrænsede sig til den blotte »tilrådighedsstillelse« af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring. Denne platform indekserer nemlig torrent-filer, således at de værker, som disse torrent-filer henviser til, let kan findes og downloades af brugerne. Operatørerne af The Pirate Bay foretager en overføring til almenheden, da de ved indeksering af meta-data for beskyttede værker og tilrådighedsstillelse af en søgefunktion sætter brugerne af denne platform i stand til at finde og dele disse værker (dom af 14. juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456).

- 18 Det følger af Domstolens faste praksis, at ansvarsfritagelsen i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 kun omfatter de tilfælde, hvor en informationssamfundstjenesteyders aktivitet udelukkende er teknisk, automatisk og passiv, hvilket indebærer, at denne tjenesteyder hverken har kendskab til eller kontrol over de informationer, der oplagres. Fritagelsen gælder derimod ikke, såfremt informationssamfundstjenesteyder har spillet en aktiv rolle.
- 19 Direktiv 2019/790 indeholder en ny ordning om overføring til almenheden, såfremt der er tale onlinetjenester til deling af ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, og om de betingelser, hvorunder en udbyder af en sådan tjeneste ifalder ansvar ved overføring til almenheden af beskyttede frembringelser (artikel 17). Det er imidlertid ikke klart, om denne nye ordning er udtryk for en ny retstilstand og i bekræftende fald i hvilket omfang, og hvorledes den skal bedømmes efter de retsregler, der gjaldt, før den trådte i kraft.
- 20 Hoge Raad (Nederlandenes øverste Domstol) finder, at der er tvivl med hensyn til besvarelsen af spørgsmålet, om NSE har foretaget en overføring til almenheden. På den ene side har gerechtshof udtalt, at NSE's tjenester udelukkende er af teknisk, automatisk og passiv art. For så vidt kan det ikke udelukkes, at afgørelsen må gå ud på, at NSE blot har stillet fysiske faciliteter til rådighed som omhandlet i 27. betragtning til direktiv 2001/29. På den anden side forholder det sig således, at der ved NSE's mellemkomst er blevet stillet beskyttede værker til rådighed for almenheden uden samtykke fra rettighedsindehaverne. NSE har gjort det muligt, at brugere ved hjælp af en oversigt over nyhedsgrupper og/eller en særlig message-id kunne finde disse værker og downloade dem fra platformen.
- 21 I betragtning af den brede forståelse, der må gives af begrebet »overføring til almenheden«, kan det ikke udelukkes, at NSE's handlinger skal betragtes som »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Dette er genstanden for spørgsmål 1.
- 22 Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, opstår det spørgsmål, om konstateringen af, at NSE har foretaget en overføring til almenheden, er til hinder for at anvende artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31. Dette er genstanden for spørgsmål 2.
- 23 Det er muligt, at formålet med artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 er at begrænse ansvaret for hostingtjenester uden hensyn til, om der er tale om overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Det er også

muligt, at allerede når det står fast, at NSE har foretaget en overføring til almenheden, må det antages, at det har spillet en aktiv rolle, der er til hinder for at gøre artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 gældende.

- 24 Såfremt spørgsmål 1 eller 2 besvares benægtende, opstår det spørgsmål, om NSE ved at yde sine tjenester, har haft en aktiv rolle, der på anden måde er til hinder for at anvende artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31. Dette er genstanden for spørgsmål 3.
- 25 Såfremt det antages, at NSE har foretaget en overføring til almenheden og også er berettiget til en fritagelse efter artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31, er spørgsmålet, om NSE kan påbydes at ophøre med og undlade krænkelsen, eller om der til NSE kan udstedes et forbud, der går videre end bestemt i artikel 14, stk. 3, i direktiv 2000/31. Dette er genstanden for spørgsmål 4.
- 26 I dommen i sagen L'Oréal m.fl. blev det udtalt, at et påbud, som fremsættes over for en krænker, logisk nok går ud på at forhindre ham i fortsat at krænke, mens situationen, hvor en tjenesteyder er skyldig i krænkelsen, er mere kompliceret og fordrer andre former for påbud (præmis 129). Artikel 14, stk. 3, i direktiv 2000/31 bestemmer, at artikel 14 ikke berører en domstols eller en administrativ myndigheds mulighed for i overensstemmelse med medlemsstaternes retssystem at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den. I henhold til artikel 15 i direktiv 2000/31 må medlemsstaterne ikke pålægge tjenesteyderne, når de yder de i artikel 14 omhandlede tjenester, en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.