

# Fenomenet länkning i ljuset av EU-domstolens dom i mål C-392/19, Bild-Kunst\*

JAN ROSÉN

## I. Introduktion

Länkingsåtgärder, deras upphovsrättsliga status och återverkningar på den praktiska tillämpningen, har i flera år varit ett av de mest prominenta trätoämnen nationellt och internationellt, för att inte säga globalt, och således även och inte minst inom EU. Närmare besett har EUD prövat länkingsorienterade spörsmål i flera dussin avgöranden, typiskt sett med fokus på räckvidden hos ensamrätten till överföring, communication to the public.

EUD:s dom i mål C-392/19, *Bild-Kunst*,<sup>1</sup> är ett viktigt tillskott till floran av avgöranden på området och har sitt intresse ur åtskilliga aspekter. Högst förenklat är innebörden av domen bl.a. att rättighetshavare, genom att kräva av licenstagare att vidta *begränsningar* (oftast i form av så kallade tekniska skyddsåtgärder) gentemot viss länkning, kan tydliggöra att länkning till ett verk, som lagts ut åtkomligt på internet med rättighetshavarens tillstånd, men utan att krävda åtgärder vidtagits av licenstagaren, *inte* omfattar ett medgivande av rättsinnehavaren till sådan länkning. Enligt domen får sådant krav från rättsinnehavaren den effekten att länkning som omfattas av kravet på begränsningsåtgärd utgör en överföring till allmänheten som kräver rättighetshavarnas tillstånd.

Här ska något diskuteras blott två, men högst fundamentala, spörsmål, som domen inbjuder till att besvara, nämligen om innebörden av EUD:s

\* Har tidigare publicerats i *Magna Mater – Vänbok till Marianne Levin*, Jure Förlag, Stockholm, 2022.

<sup>1</sup> Mål C-392/19, VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz, dom given den 9 mars 2021, EU:C:2021:181.

avgörande i Bild-Kunst, jämte av EUD tidigare meddelad praxis avseende olika typer av länkning, är sådan att dess ställningstaganden är tillämpliga på:

1. alla typer av länkningssituationer, dvs inte bara sådana som beskrivs i målet i den nationella domstolen – inbäddning av verk på tredje parts webbplats – utan även alla andra länkingsförfoganden, såsom enkel hypertextlänkning, inbäddningslänkar, djuplänkning eller länkning genom integrering i hårdvara eller i en app, såsom en tv-box eller smart-tv? Skulle alltså domen bygga på en slags teknikneutralitet i synen på länkning?
2. alla typer av verk, dvs inte bara sådana som beskrivs i målet, stillbilder, utan alla skyddade verk och närstående prestationer?

## II. Vissa utgångspunkter

Rätten att göra skyddade verk (och, sedermera, prestationer som omfattas av närstående rättigheter) tillgängliga för allmänheten emanerar ursprungligen från Bernkonventionens (BK) text från 1920-talet och hade då bäring främst på rundradiosändning, rätten att ”utsända” verk, och att ”offentligt framföra verken trådlöst” såsom kommit till uttryck i artikel 11 bis BK redan år 1928, senare reviderad vid 1948 års Brysseltext. Denna artikel avsåg egentligen och bokstavligen blott ”broadcasting” och ”rebroadcasting”, artikel 11 bis (i) och (ii), (dock även ”överföring” genom högtalare mm, 11 bis (iii) BK).

Genom artikel 8 i 1996 års WIPO Copyright Treaty (WCT) kom det relativt begränsade koncept för tillgängliggörande av verk enligt BK att omfattas av förstnämnd artikel, men den lämnar i of sig BK:s minimiregler intakta sådana de framträder i artikel 11 bis BK. Artikel 8 WCT anger därutöver ett mer omfattande koncept för communication to the public, *överföring* i svensk språkdräkt, genom att låta sådan inbegripa och därför *supplera* BK med introduktionen av vad som på engelska omtalas som en rätt till ”making available to the public”, på svenska att tillgängliggöra för allmänheten. Sistnämnda begrepp avser att ”personer ur allmänheten kan få tillgång till skyddade verk på platser och vid tidpunkter som var och en själv väljer”, d v s on demand i onlinesituationer.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Jfr *Walter/von Lewinski*, European Copyright Law, Oxford 2010, s 975 ff. Det kan noteras att svensk upphovsrätt däremot använt uttrycket ”göra tillgängligt för allmänheten” som en övergripande rättsfigur, vilken rymmer en rad olika tillgängliggörandeformer, såsom överföring, framförande etc. I WCT, WPPT och Infosoc framträder dock making

För EU:s vidkommande genomför artikel 3 i 2001 års Infosocdirektiv direkt vad som framgår av artikel 8 WCT. Artikel 3 Infosoc inbegriper också vad som enligt artiklarna 10 och 14 i WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram, WPPT, gäller för utövande konstnärer respektive fonogramframställare, nämligen i fråga om utnyttjanden on demand.

Infosocdirektivet erbjuder nu en EU-uniform tillämpning av grundläggande ekonomiska ensamrättigheter – reproduktion, överföring/tillgängliggörande för allmänheten och spridning – och relaterade undantag och begränsningar. Detta gäller horisontellt, d v s oavsett vilken typ av litterärt eller konstnärligt verk som förfogas över, liksom för nyss nämnda närstående rättigheter.

Men artikel 3 Infosoc definierar varken konceptet hos det som i svensk lag kom att kallas *överföringsrätt* eller rätten att göra tillgängligt för allmänheten, mer än så att den senare bara avser tillgängliggöranden online och on demand. *Överföring* i den svenska lagstiftarens språkdräkt, med referens till WCT och WPPT, torde dock inte vara medie/teknikbestämd,<sup>3</sup> utan avser åtskilliga former av åtgärder som innebär kommunikation som är riktad till allmänheten av skyddade verk. Dock med den betydelsefulla begränsningen att blott avse en allmänhet som inte finns på samma plats som tillgängliggöraren.<sup>4</sup> Detta för att markera Infosocs huvudsyfte, att fånga in utnyttjanden på internet online, låt vara att t ex rundradiosändning också omfattas. De två separata kriterierna att *dels* överföra *dels* att därvid adressera en allmänhet har EUD preciserat som oundgängliga hos den överföringsrätt som artikel 3 Infosoc erbjuder.<sup>5</sup>

Beträffande själva tillgängliggörandet så har EUD stannat för att det räcker med att ha vidtagit mått och steg för att detta ska kunna ske – någon faktisk transmission krävs däremot inte.<sup>6</sup> Emellertid, om ett verk har över-

available/tillgängliggörande som en specifik bestämning av förfoganden online som är tillgängliga on demand.

<sup>3</sup> Artikel 3.1 Infosoc omtalar ”varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg” som skyddade handlingar.

<sup>4</sup> Beaktandesats nr 23 i Infosoc anger att ”I detta direktiv bör upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten harmoniseras ytterligare. Denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten *som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker*. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidare-sändning av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisions-sändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.” (*Min kursiv.*)

<sup>5</sup> Se initialt EUD:s dom i mål C-466/12, Svensson, EU:C:2014:76.

<sup>6</sup> Se mål C-117/15, Reha Training, punkt 38; mål C-325/14, SBS Belgium NV v. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), EU:C:2015:764, punkt

förts i nyss angiven mening, men inte också faktiskt transmitterats (eller mottagits), så kan det vara nödvändigt att överväga huruvida det förekommit en *avsiktlig* intervention hos nyttjaren, utan vilken tredje man inte skulle kunna åtkomma, accedera, verket i fråga. Närmare besett innebär EUD:s domspraxis att användaren överför ett verk när hen agerar med *full kunskap* om konsekvenserna av sitt agerande, nämligen att erbjuda access till skyddade verk. I några fall har EUD tillagt att sådana åtgärder hos nyttjaren ska vara principiellt oundgängliga för tredje mans möjlighet att kunna konsumera ett verk.<sup>7</sup>

Det allmänhetsbegrepp som framträder bl a i artikel 3 Infosoc har EUD hänfört sig till i åtskilliga avgöranden och därvid angett en rad icke autonoma kriterier som, typiskt sett *sammantagna*, kumulativt, kan indikera att en kommunikation sker till en allmänhet, men utan att därmed (ännu inte) fullständigt ha klarlagt begreppets definitiva innebörd. Det kan därtill konstateras att dylika icke-autonoma och därför varandra avhängiga kriterier kan vara tillämpliga i olika mån i olika fall och att de därvid kan interagera på olika vis och med olika intensitet i olika situationer.<sup>8</sup> Olika grader av intensitet kan således få direkt avgörande konsekvenser vid rättstillämpningen.<sup>9</sup>

16; mål C-351/12, OSA — Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., EU:C:2014:110, punkt 25; förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League and Murphy, EU:C:2011:631, punkterna 190, 193, och 207; och mål C-283/10, Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) v. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA), EU:C:2011:772, punkt 40.

<sup>7</sup> Se härtill bl a EUD:s dom i mål C-753/18, Stim, vid § 31; mål C-610/15, Stichting Brein, punkt 26; mål C-527/15, Stichting Brein, punkt 31; mål C-160/15, GS Media, punkt 35; mål C-117/15, Reha Training, punkt 46; mål C-162/10, Phonographic Performance (Ireland) Limited, punkt 31; mål C-135/10, SCF, punkt 82; förenade målen C-431/09 och C-432/09, Airfield and Airfield EU:C:2011:648, punkt 79; förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League and Murphy, punkterna 194 och 195; mål C-306/05, SGAE, punkt 42.

<sup>8</sup> Se punkt 33 i *Bild-Kunst*: ”Dessa kriterier ska tillämpas såväl individuellt som med hänsyn till deras inbördes samspel, eftersom de i olika konkreta situationer kan uppvisa mycket olika grader av intensitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2020, *Stim och SAMI*, C-753/18, EU:C:2020:268, punkt 31 och där angiven rättspraxis)”.

<sup>9</sup> Många av EUD:s avgöranden har sålunda gett åtskilliga nyanser åt nu antydda kriterier, såsom i dess dom i målet *Bild-Kunst*, punkt 34 (”... flera kompletterande, ej självständiga och av varandra beroende kriterier”). Jfr också mål C-753/18, Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim), Svenska Artisters och musikers, intresseorganisation ek. för. (SAMI) v. Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB, EU:C:2020:268, punkt 31; mål C-610/15, Stichting Brein v. Ziggo BV and XS4All Internet BV, EU:C:2017:456, punkt 25; mål C-527/15, Stichting Brein v. Jack Frederik

Som utgångspunkt ska dock en allmänhet åtminstone kunna bestå av en till antalet obestämd och ett ganska stort antal personer, samtidigt närvarande eller successivt.

EUD har också introducerat begreppet *ny allmänhet*, ”new public”, den allmänhet som rättsinnehavaren inte avsåg vid licensiering av den ursprungliga överföringsåtgärden. Oreserverat tillgängliggörande på internet låter i så fall, enligt EUD:s mening, vidareutnyttjande, t ex genom länkingsåtgärder, omfattas av rättsinnehavarens ursprungliga intentioner, varför dylikt inte skulle kräva (nytt) medgivande av rättsinnehavaren.

Denna restriktion för överföringsrätten har av EUD uppfattats som en slags generell accessrätt för envar till vilka skyddade verk som helst som lagts ut på nätet med rättsinnehavarens medgivande. Men begreppet *ny allmänhet* har rätteligen omtalats som en ”legal fiktion”, vilken i vart fall helt saknar bas i skrivna rättskällor i EU-rätten eller eljest i internationell upphovsrätt.<sup>10</sup>

”Ny allmänhet” framstår i sak som en av EUD eftersökt simpel reduktion i vart fall av vissa ansvarsförhållanden vid förfoganden över skyddade verk i nätmiljön, men utgör därmed, obestriddligen, en slags konsumtion (”exhaustion”) av förfoganderätten att överföra verk till allmänheten. Detta trots att det sistnämnda, alltså konsumtion av någon form av överföring till allmänheten, uttryckligen förbjuds i artikel 3 (3) Infosocdirektivet med avseende på de rättigheter som anges i den artikeln.<sup>11</sup>

Till motverkande av dylik konsumtion har EUD dock introducerat några grundläggande åtgärder, nämligen (i) rättsinnehavarens tillämpning av *tekniska skyddsåtgärder* eller (ii) att överföring sker med *annan teknik* än med den som initial överföring sker,<sup>12</sup> eller (iii) att nyttjare faktiskt har *kommersiellt syfte* med sitt förfogande och har *kunskap* om, eller *borde ha förstått*, att den

Wullems, EU:C:2017:300, punkt 30; mål C160/15, GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others, EU:C:2016:644, punkt 34; mål C-117/15, Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v. Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), EU:C:2016:379, punkt 35; mål C-162/10, Phonographic Performance (Ireland) Limited v. Ireland and Attorney General, EU:C:2012:141, punkt 30; mål C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso, EU:C:2012:140, punkt 79.

<sup>10</sup> Se t ex yttrande av Advocate General *Maciej Szpunar* i C-392/19, VG Bild-Kunst v. Stiftung Preußischer Kulturbesitz, givet den 10 september 2020, EU:C:2020:696 (”GA:s yttrande i *Bild-Kunst*”).

<sup>11</sup> Artikel 3 (3) Infosoc lyder: ”De rättigheter som avses i punkterna 1 och 2 skall inte anses vara konsumerade genom någon form av överföring till allmänheten eller genom att alster görs tillgängliga för allmänheten enligt denna artikel.”

<sup>12</sup> Se främst mål C-2012:12, *Svensson*.

skyddade prestationen inte lovligt placerats på internet.<sup>13</sup> Stor osäkerhet om faktisk innebörd av dessa kriterier föreligger dock, inte minst därför att här onekligen framträder en konflikt med en av BK:s grundläggande principer, att en upphovsrättighet ska åtnjutas utan vidtagande av formaliteter.<sup>14</sup> Härtill kommer den osäkerhet som följer av att rättsens bestånd skulle följa av subjektiva rekvisit, såsom kommersiellt syfte och kunskaper hos nyttjaren.

Ytterligare osäkerhet får nog sägas följa av EUD:s påpekande att rättsinnehavarens *intentioner* beträffande en viss, åsyftad, publik/allmänhet låter ett medgivande till länkingsåtgärder framträda som en *implied licence*, något som rimligen, enligt gängse obligationsrättsliga principer, bör följa av en tolkning av parts agerande i det enskilda fallet. EUD har sålunda begränsat "new public"-rekvisitet med närmast avtalsrättsliga principer, såsom i *Soulier*-fallet, där EUD omtalade att också domen i *Svensson*, något oväntat, hade grund i ett intolkat medgivande genom vissa intentioner hos rättsinnehavaren (att tillgängliggöra för en viss publik, nämligen den som finns på hela det öppna internet).<sup>15</sup>

### III. VG Bild-Kunst-målet i sak

I det nationella målet gjordes följande gällande.

Ett licensavtal mellan den kollektive rättsinnehavaren VG Bild-Kunst och Stiftung Preußischer Kulturbesitz, SPK, den senare driver ett digitalt offentligt bibliotek, Deutsche Digitale Bibliothek, DDB, innehöll en paragraf som krävde att SPK skulle tillämpa effektiva tekniska skyddsåtgärder gentemot framing av sådana "tumnglar" eller "miniatyrbilder" (rättsligt omfattade av *Bild-Kunsts* repertoar) som visades som "original" på websidor hos de kulturvetenskapliga institutioner som var anslutna till DDB:s nätverk. Målet handlade närmare besett om huruvida VG Bild-Kunsts beslut att *inte* ingå ett

<sup>13</sup> Se främst mål C-466/160/15, *GS Media*.

<sup>14</sup> Se AG *Szpunars* yttrande i *Bild-Kunst*, punkt 130, som i sin tur knyter an till EUD:s uttalanden i bl a fallen *Renckhoff* och *Soulier*, där EUD i det senare målet, punkt 50, noterar "... it follows from Article 5(2) of the Berne Convention, which is binding on the Union [...] that the enjoyment and the exercise of the rights of reproduction and communication to the public given to authors by that convention and corresponding to those laid down in Article 2(a) and 3(1) of Directive 2001/29 may not be subject to any formality." Invändningen mot formella krav gäller således såväl *åtnjutande* som *utövande* av ensamrättigheter!

<sup>15</sup> Se mål C-301/15, *Marc Soulier och Sara Doke v. Premier Ministre och Ministre de la Culture et de la Communication*, EU:C:2016:878, punkt 36.

licensavtal med SPK om användning av bolagets katalog av verk med mindre än att det införs en bestämmelse om att SPK, i egenskap av licenstagare, är skyldig att, i samband med utnyttjande av de skyddade verk och andra alster som avses i avtalet, vidta effektiva tekniska åtgärder mot att tredje part bäd-dar in dessa skyddade verk eller alster genom inramningstekniken (*framing*).

Tillämpning av sådana åtgärder skulle alltså förhindra inlinelänkning och inramning av tumnaglar som ledde till tillgänglighet av just det formatet hos DDB av originalverk som fanns digitaliserade på tredje mans websidor. DDB:s websida innehöll sålunda länkar till digitaliserat innehåll, men DDB lagrade bara, med tillstånd från rättsinnehavarna, tumnaglar av ifrågavarande verk, vilka i o f sig kunde förstöras genom att användaren klickade på dem. DDB:s websida innehöll därutöver länkar som dirigerade användare till web-sidor hos de institutioner som innehade originalobjekten i digital form.

SPK ansåg att ett sådant avtalsvillkor var *oskäligt* mot bakgrund av bl a tillämplig lagstiftning om upphovsrätt och hade yrkat fastställande av att VG Bild-Kunst skulle vara skyldigt att bevilja SPK nämnda licens utan att denna skulle vara förenad med något krav på att sådana tekniska åtgärder vidtogs. Bundesgerichtshof, den tyska federala högsta domstolen, beslutade att vilan-deförklara det nationella målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör inbäddning genom inramning (*framing*) på en tredje parts webbplats av ett verk som med rättighetsinnehavarens samtycke har gjorts åtkomligt på en fritt tillgänglig webbplats överföring till allmänheten av det verket, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, om inbäddningen sker genom att skyddsåtgärder som har vidtagits eller ålagts av rättighetsinnehavaren kringgås?”

I sak tillfrågades således EUD, för första gången, om huruvida länkning kan underkastas restriktioner genom *avtalsvillkor*. Tidigare hade EUD prövat andra förhållanden för att avgöra huruvida en länkingsåtgärd faller inom ramen för artikel 3 Infosoc, såsom existerande tekniska skyddsåtgärder gent-emot access. Vidare, såvitt här är av särskilt intresse, så har EUD i tidigare avgöranden om länkning, såsom *Svensson* och *GS Media*, fokuserat på *hyper-länkar* såsom en speciell typ av ”klickbara länkar”, under det att *Bild-Kunst* rörde en annan länkningstyp, nämligen inbäddning genom inramning.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Det ska dock observeras att EUD i sitt avgörande i målet C-348/13, *BestWater*, EU:C:2014:2315, punkterna 17–19, framhöll att det som var bärande i *Svensson* om new public skulle gälla för framing lika väl som för de hyperlänkar som var aktuella i sistnämnt mål.

#### IV. Vissa slutsatser av EUD:s (och GA:s) prövning i *Bild-Kunst*

Den särskilda fråga som begäran om förhandsbesked avsåg besvarades negativt av generaladvokaten *Szpunar* främst genom att han inte tillstyrkte introduktion av några som helst krav på att rättsinnehavare skulle nödgas anta eller påbjuda nyttjande av tekniska skyddsåtgärder för att begränsa länkingsåtgärder till deras skyddade medieinnehåll, således som förutsättning för att kunna åtnjuta sin rätt till överföring till allmänheten. Att länkning i o f sig skulle kunna begränsas genom avtal var dock generaladvokatens uppfattning.

Den uppfattningen delades också av EUD, men domstolen fann, tydligen främst för att gynna förutsebarhet och rättssäkerhet ("legal certainty") på marknaden,<sup>17</sup> att beslut som *vidtagits* eller *ålagts* annan vid licensiering av vissa länkingsåtgärder ska förutsätta, för att överföringsrätten ska vara intakt, att länkningen utförs genom att effektiva (tekniska) skyddsåtgärder *kringgås*. Med andra ord gör EUD gällande att om länkning ska begränsas genom *avtal* – till verk som med upphovsrättshavarens tillstånd har gjorts tillgängliga och som är fritt åtkomliga för allmänheten på en annan webbplats – så *måste* avtalet ha avseende på att effektiva tekniska skyddsåtgärder tillämpas. Eljest kan överföringsrätten varken åtnjutas eller utövas under i målet angivna förutsättningar, trots att detta, såsom noterats ovan, synes strida såväl mot BK:s förbud mot formaliteter, artikel 5.2 BK, som mot förbudet mot konsumtion av berörda rättigheter såsom framgår av artikel 3.3 Infosoc.<sup>18</sup>

Vidare är det särskilt betydelsefullt, såvitt här intresserar, att generaladvokaten *Szpunar* förordade såväl (i) en ny innebörd av "new public" som (ii) behovet i sammanhanget av att göra en distinktion mellan olika typer av länkar. Beträffande den första frågan hävdade han att när ett verk är fritt tillgängligt på internet så består den allmänhet som rättsinnehavaren åsyftar *inte* av hela internets potentiella användare, utan av besökare på en eller flera

<sup>17</sup> EUD hänvisar här till sitt avgörande i Nintendosaken, mål C-355/12, EU:C:2014:25, punkterna 24, 25 och 27.

<sup>18</sup> Generaladvokaten *Szpunar* motsätter sig vad som likväl blev EUD:s påbud om ett ofrånkomligt krav på tekniska skyddsåtgärder, eftersom upphovsrätten enligt *Szpunar* i så fall skulle "såvitt avser användning på internet omvandlas till ett "opt in"-system där vidtagande av tekniska skyddsåtgärder utgör en förutsättning för upphovsrättsligt skydd"; se AG:s yttrande vid punkt 131.



specifika webplatser, vilka således är omfattade av rättsinnehavarens intentioner med att tillgängliggöra verket.

Vidare ville generaladvokaten Szpunar introducera en åtskillnad mellan vad han kallar ”automatiska” respektive ”klickbara” länkar vid tillämpningen av principerna för ”new public”. Automatlänkar är sådana som gör det möjligt att utan tillstånd utnyttja någon annans verk på internet, på ett sätt som i praktiken är likvärdigt med ett mångfaldigande och ett självständigt tillgängliggörande för allmänheten, hävdar generaladvokaten.<sup>19</sup> Att det är hyperlänstekniken som används skulle också innebära att detta förfaringsätt framstår som förenligt med lagen i så måtto som det som händer i tekniskt hänseende är att verket läggs ut på nätet enbart från den server där ursprungswebbplatsen återfinns.

GA:s slutsats är att om inramningstekniken tillämpas på skyddat innehåll, lagligen och fritt tillgängligt på internet, med effekt att innehållet *automatiskt* visas på länkläggarens websida så snart den öppnats (genom tekniker för länkning inline och så kallad hotlinking) utan att vidare åtgärder krävs av nyttjaren, så är det fråga om överföring till en *ny allmänhet*. Om i stället inramningen sker så att betraktaren måste klicka på länken för att bli varse innehållet så skulle inte förekomma någon överföring till en ny publik.

Till detta är följande att säga. Beträffande spörsmålet om möjligheten till en omtolkning av konceptet för ”new public” så uttalar sig EUD inte direkt om detta i *Bild-Kunst*. Emellertid så rörde frågan om ny allmänhet i *Bild-Kunst* inte bara en publik (eller en ”allmänhet”) som beaktats av rättsinnehavarna när de initierade överföringen till allmänheten, utan även en allmänhet som *inte* hade beaktats av rättsinnehavarna när de vidtog eller ålade andra att tillämpa effektiva skyddsåtgärder. Vid punkt 41 framhåller nämligen EUD att ”Förevarande nationella mål avser just en situation där upphovsrättsinnehavaren *försöker villkora* (min kursiv.) beviljandet av en licens genom att begränsningsåtgärder ska vidtas mot inbäddning för att begränsa tillgången till upphovsrättsinnehavarens verk från andra webplatser än dess licenstagares webplatser. Det kan under dessa omständigheter inte anses att upphovsrättsinnehavaren har samtyckt till att tredje parter fritt kan överföra innehavarens verk till allmänheten”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Se vid punkterna 92–105 i GA:s yttrande.

<sup>20</sup> Detsamma framgår, med referens till *Renckhoff*, av punkt 47 i *Bild-Kunst*-domen, vilken lyder: ”Under sådana omständigheter består, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 73 och 84 i sitt förslag till avgörande, den allmänhet som upphovsrättsinnehavaren beaktade när vederbörande lämnade tillstånd till att hans eller hennes verk överfördes

Jag menar att detta bör uppfattas som en *substantiell reduktion* av innehållet i begreppet ny publik till ledning för att bestämma huruvida otillåtet tillhandahållande av en länk till skyddat medieinnehåll, när inga effektiva tekniska skyddsåtgärder tillämpats, ska anses strida mot såväl artikel 3 som artikel 6 Infosoc.<sup>21</sup> Konkret: Rättsinnehavarens klara *försök* (inför meddelandet av en licens som uppställer ett specifikt *förbehåll*) att tillämpa tekniska skyddsåtgärder, i syfte exempelvis att (med EUD:s ord) ”endast abonnenter ska ges tillgång till verket på en viss websida”, ska respekteras, med effekten att de som lägger länkar som kringgår dylikt förbehåll rör en ny publik, d v s att ett utnyttjande sker av en intakt överföringsrätt.<sup>22</sup>

Beträffande GA Szpunars resonemang om betydelsen av olika typer av länkar, så bör uppmärksammas att EUD i *Bild-Kunst* konfirmerar en i tekniskt hänseende *helt neutral* hållning (något som ju har avgörande betydelse också för tolkning av åtskilliga normer som numera framträder i EU:s acquis).<sup>23</sup>

EUD framhåller lakoniskt i *Bild-Kunst*, där just länkningstekniken med inbäddning i o f sig är i fokus, att ”varje handling” som *ger tillgång* till skyddade verk utgör en överföring enligt artikel 3.1 Infosoc, förutsatt att den riktar sig till ett obestämt antal mottagare,<sup>24</sup> och understryker att överföringsrätten ska förstås i vid mening och ska anses omfatta all överföring till allmänheten när mottagaren inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker.<sup>25</sup>

till den webbplats på vilken det ursprungligen publicerades endast av användarna av den webbplatsen och inte av användarna av den webbplats där verket senare har bäddats in utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd, eller av andra internetanvändare. (Se, analogt, dom av den 7 augusti 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, punkt 35).”

<sup>21</sup> Jfr *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, Oxford 2019, s 103 ff mv h.

<sup>22</sup> Jfr EUD:s resonemang i mål C-263/18, *Tom Kabinet*, EU:C:2019:1111, som rörde olicensierade andrahandsmarknader online för e-böcker, där EUD menade att även dylika marknader kan fungera upphovsrättsligt, under förutsättning att tekniska skyddsåtgärder är på plats för att säkerställa att e-böcker inte överförs till allmänheten, och detta med avseende på *specifika* internetanvändare. Se särskilt vid punkt 69.

<sup>23</sup> Jag menar då att ett av grundkraven på överföringsrätten, den betydelsefulla begränsningen att blott ha avseende på en allmänhet som inte finns på samma plats som tillgänglighögöraren, inte är ”teknisk” i nu avsedd mening.

<sup>24</sup> Vid punkt 23 i *Bild-Kunst* (liksom i punkt 30) framhåller EUD: ”För det första kan varje handling genom vilken en användare ger tillgång till skyddade verk, med full kännedom om konsekvenserna av sitt handlande, utgöra en överföring såvitt avser artikel 3.1 i direktiv 2001/29 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2020, *Stim och SAMI*, C-753/18, EU:C:2020:268, punkt 32 och där angiven rättspraxis, och dom av den 28 oktober 2020, *BY* [Fotografi som bevisning], C-637/19, EU:C:2020:863, punkt 23 och där angiven rättspraxis).”

<sup>25</sup> Se *Bild-Kunst* vid punkt 26.

Helt logiskt understryker sedan EUD att det följer av domstolens praxis att (också) tekniken med inbäddning utgör en överföring till allmänheten,<sup>26</sup> under det att tidigare praxis har handlat mest om klickbara länkar. Blott om inbäddning i det enskilda fallet innebär användning av *samma teknik* – alltså ett av standardkriterierna för att motivera begreppet *ny publik* – som den som redan har använts för att överföra det skyddade verket till allmänheten på den ursprungliga webbplatsen, nämligen via internet, så uppfyller denna överföring inte villkoret om en ny publik.<sup>27</sup> Men principiell teknikneutralitet beträffande begreppet överföring föreligger således.

Närmare besett använde EUD uttrycket ”klickbara internetlänkar” i *Svensson*, trots att det målet de facto rörde så kallade hyperlänkar. Också i *Bild-Kunst* används ibland uttrycket ”klickbar länk”, lite oväntat i just den kontexten som ju rörde inbäddning.<sup>28</sup> I *Svensson* åter meddelade EUD att det inte spelade någon roll på vilket sätt en användare av en länk blir varse skyddade verk, t ex om det tycks framträda på och härröra från den websida där länken hittats men i realiteten finns lagrad någon annanstans.<sup>29</sup> Detta knöt EUD direkt an till strax efter *Svensson*-domen, nämligen i fallet *Best-Water* genom att framhålla att vid prövningen av överföringsrättens innehåll så skulle framing i förevarande hänseenden hanteras på samma sätt som hyperlänkar.<sup>30</sup>

För EUD spelar det uppenbarligen ingen roll för den rättsliga prövningen av överföringsrätten vilken typ av ”klickbar” länk som i det enskilda fallet tillämpas – det citerade uttrycket inbegriper helt klart också sådana länkar som de facto inte behöver eller ens kan klickas på för att fungera.<sup>31</sup> Inte heller

<sup>26</sup> I punkt 35 *Bild-Kunst* anger EUD att det ”... följer av domstolens praxis ... att tekniken med inbäddning – som består i att en sida på en webbplats delas in i flera ramar och som i en av dem, med hjälp av en klickbar länk eller en inbäddad webblänk (*inline linking*), visar ett element som kommer från en annan webbplats för att användarna av denna webbplats inte ska se varifrån elementet kommer – utgör en överföring till allmänheten.”

<sup>27</sup> Se *Bild-Kunst* punkt 36.

<sup>28</sup> Se *Bild-Kunst* exempelvis i punkt 40.

<sup>29</sup> Se *Svensson*, särskilt punkt 29; ”Denna slutsats påverkas inte ... för det fall ... att verket, när internetanvändarna klickar på länken i fråga, visas på ett sådant sätt att de får intrycket av att det visas på den webbplats där länken finns, trots att verket faktiskt kommer från en annan webbplats.”

<sup>30</sup> Se mål C-348/13, *BestWater*, EU:C:2014:2315, punkterna 17–19.

<sup>31</sup> Jfr Artikel 15.1 tredje stycket i DSM-direktivet om förläggares rättigheter, där ett undantag gäller för ”hyperlänkingsåtgärder”, men det är sannolikt att undantaget inte kan anses gälla blott för den typen av länkning, eftersom förläggarnas rätt anges ha samma omfattning och innehåll som följer av artikel 3(2) i Infosoc. Se *Rosati*, Copyright in

tycks länkläggarens ansvar variera mellan olika länkningstekniker, trots att möjligheterna för länkläggaren att t ex kontrollera förekomsten av olovligt material som görs tillgängligt genom inrättandet av en länk varierar högst avsevärt mellan olika länkingsformer.<sup>32</sup>

Genom *Bild-Kunst* får EUD anses ha slutligt konfirmerat att frågan huruvida tillhandahållande av en länk utgör en överföring till allmänheten inte alls har avseende på vilken typ av teknik som en länk tillämpar, bara dess potentiella effekter av att möjliggöra access för en allmänhet.

## V. Svar till de två ställda frågorna

Följande två frågor ställdes inledningsvis. De besvaras kortfattat på basen av utredningen ovan.

1. Är EUD:s dom i *Bild-Kunst* giltig för alla typer av länkningssituationer, dvs inte bara sådana som beskrivs i målet i den nationella domstolen – inbäddning av verk på tredje parts webbplats – utan även alla andra länkingsförfoganden såsom enkel hypertextlänkning, inbäddningslänkar, djuplänkning eller länkning genom integrering i hårdvara eller i en app, såsom en tv-box eller smart-tv?

Eftersom EUD:s domspraxis numera är solitt orienterad till att varje ”överföring till allmänheten” av verk, ”på trådbunden eller trådlös väg” innebär nyttjarens *möjliggörande* för allmänheten att få tillgång till skyddade verk, alltså dess möjlighet till access, inte också att faktisk transmission sker eller att någon enda ur allmänheten faktiskt nyttjar denna möjlighet, så bygger detta på en principiell teknikneutralitet. Detta konfirmeras av EUD i *Bild-Kunst*. Länkar som integrerats i appar och hårdvaror måste också omfattas av samma grundläggande förhållningssätt nämligen då deras tillämpning leder till effekten att en allmänhet erbjuds access till skyddade verk.

the Digital Single Market. Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790 (OUP, 2021), s. 284 f.

<sup>32</sup> Detta har i doktrinen anförts som ett argument för en upphovsrättslig differentiering mellan olika länkningstekniker, men EUD har inte alls responderat på dylika argument. Se t ex *Leistner*, Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators, (2017) 12(2) JIPLP 136, s 138 f.

2. Är resultatet av EUD:s dom i *Bild-Kunst* giltigt för alla typer av verk, d v s inte bara sådana som beskrivs i målet, alltså stillbilder, utan alla skyddade verk och närstående prestationer?

Infosocdirektivet erbjuder numera en EU-uniform tillämpning av grundläggande ekonomiska ensamrättigheter – reproduktion, överföring till och tillgängliggörande för allmänheten samt spridning till allmänheten – och relaterade undantag och begränsningar. Detta gäller horisontellt, d v s oavsett vilken typ av litterärt eller konstnärligt verk som förfogas över, liksom för var och en av de närstående rättigheterna när de omtalas i direktivet.

