



Specialeafhandling: UGC-plattformens ansvar for brugernes ophavsretlige krænkelse

Fagområde: Horizon 2020: ReCreating Europe

Problemformulering: I hvilken udstrækning er en UGC-plattform ansvarlig for de ulovlige værker, som brugerne gør tilgængelige på platformen, og hvilken indflydelse har DSMD art. 17 på platformens retsstilling?

Navn	KU-brugernavn
Na Na Lin	Lqx277
Peter Kaltoft Petersen	Rbc215

Vejleder: Thomas Riis	Antal tegn: 187.185
------------------------------	----------------------------

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X

Afleveringsdato: 20. december 2020	Karakter:
---	------------------

Abstract

This thesis examines the liability of user-generated content (UGC) platforms in three steps. *First*, it seeks to determine whether and to what extent UGC-platforms can be held liable, under the current state of law within the scope of art. 3(1) of the Information Society Directive 2001/29/EC (ISD), for copyright infringements attributable to their users. *Secondly*, it explores under which conditions the platform can be exempted from liability in accordance with the safe harbour regime within art. 14(1) of the e-Commerce Directive 2001/31/EC (ECD). *Thirdly*, it describes the mechanism of art. 17 of the Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market (EU) 2019/790 (DSMD) before analysing the potential effect of the new Directive on the liability of UGC-platforms.

Through an analysis of the judgement delivered by the Court of Justice of the European Union in the case of C-610/15, *The Pirate Bay*, this thesis concludes that, under certain circumstances, UGC-platforms can perform an act of communication to the public pursuant to art. 3(1) of the ISD. Therefore, it is possible to hold these platforms liable under applicable law. The thesis further concludes that UGC-platforms may benefit from the safe harbour provision under art. 14(1) of the ECD. However, this requires a thorough assessment of whether the platforms play an active role in relation to the information shared on the platforms by its users and further that the platforms meet the conditions set out in art. 14(1)(a) and (b).

Additionally, the thesis concludes that art. 17 of the DSMD introduces a new liability regime in the field of copyright for certain UGC-platforms. These platforms now perform an act of communication to the public already when they meet the conditions set out in the definition of the directive. Moreover, the directive imposes stricter obligations on the platforms compared to the ECD. The platforms must demonstrate that they have made best efforts to prevent access to infringing content while also taking measures against future infringing content uploaded by users. Consequently, compliance with article 17 *de facto* requires the use of filtering technologies which may threaten the fair balance between conflicting fundamental rights.

Finally, the thesis concludes that, under both directives, it is possible to impose a notice and stay down obligation without conflicting with the ban on imposing a general monitoring obligation on platforms in accordance with art. 15 of the ECD and art. 17(8) of the DSMD.

Indholdsfortegnelse

DEL 1 – Introduktion	4
1.1. Indledning	4
1.2. Problemformulering.....	5
1.3. Definition af UGC-plattform.....	6
1.4. Afgrænsning	6
1.5. Metode.....	8
1.6. Grundlæggende ophavsret.....	10
1.7. Balancering af grundlæggende rettigheder og interesser	14
DEL 2 – Gældende ret	18
2.1. Introduktion til begrebet overføring til almenheden.....	19
2.2. Domstolens praksis om begrebet overføring til almenheden i ISD art. 3, stk. 1	21
2.2.1. Den overordnede fortolkningsramme	22
2.2.2. C-610/15 (TPB-dommen).....	23
2.2.2.1. De faktiske omstændigheder	23
2.2.2.2. Overføring	25
2.2.2.3. Almenheden	27
2.2.2.4. Nyt publikum	28
2.2.2.5. Delkonklusion	32
2.3. Kan en UGC-plattform selvstændigt foretage en overføring til almenheden?	33
2.3.1. Overføring	33
2.3.2. Almenhed.....	36
2.3.3. Nyt publikum.....	37
2.3.4. Delkonklusion.....	43
2.4. Problematisering af Domstolens praksis	44
2.4.1. Hvem foretager principielt handlinger i form af en overføring til almenheden?	44
2.4.2. Ansvarsgrundlaget i national ret.....	49
2.4.2.1. Domstolens indflydelse på det nationale ansvarsgrundlag	53
2.5. Ansvarsfrihed efter EHD.....	57
2.5.1. Introduktion	57
2.5.2. EHD art. 14.....	59

2.5.2.1. Introduktion til EHD art. 14	59
2.5.2.2. Anvendelsesområde	60
2.5.2.3. Spiller UGC-plattformen en aktiv rolle?.....	66
2.5.2.4. Betingelser for ansvarsfrihed	69
2.5.3. Delkonklusion.....	78
2.6. Udelukker ansvar efter ISD ansvarsfritagelse efter EHD?	79
DEL 3 – En ny retsstilling for UGC-platforme?	86
3.1. Introduktion til DSMD og baggrunden for direktivets art. 17.....	86
3.2. Overføring til almenheden efter DSMD art. 17.....	88
3.2.1. Anvendelsesområde.....	88
3.2.2. Ansvarsgrundlaget.....	90
3.3. Hvordan ændres UGC-plattformens retsstilling sammenlignet med ISD?.....	95
3.3.1. Anvendelsesområde og ansvarsgrundlag.....	95
3.3.2. Indflydelse på det nationale ansvarsgrundlag.....	98
3.4. Ansvarsfritagelse efter DSMD.....	99
3.4.1. DSMD art. 17, stk. 3 - Forholdet mellem DSMD og EHD	99
3.4.2. DSMD art. 17, stk. 4.....	99
3.4.2.1. Litra a	99
3.4.2.2. Litra b	102
3.4.2.3. Litra c	107
3.4.3. DSMD art. 17, stk. 7 og 9 – Iagttagelse af brugerrettigheder og indførelse af en klageordning.	109
3.4.4. DSMD art. 17, stk. 8 – forbudet mod generel overvågningsforpligtelse.....	113
3.4.5. Delkonklusion.....	114
3.5. Hvordan ændres UGC-plattformens retsstilling sammenlignet med EHD?.....	115
3.5.1. Anvendelsesområde.....	115
3.5.2. UGC-platforme hidtil omfattet af anvendelsesområdet i EHD	116
3.5.2.1. EHD art. 14	116
3.5.2.2. Forbud mod generel overvågning	117
3.5.3. UGC-platforme hidtil uden for anvendelsesområdet i EHD	120
DEL 4 – Konklusion	121
DEL 5 – Litteraturliste	124

DEL 1 – Introduktion

1.1. Indledning

Udviklingen af digitale teknologier har de seneste to årtier haft væsentlig indflydelse på ophavsretten. I årenes løb er de såkaldte user-generated content platforme (UGC-platforme), der giver samtlige brugere af internettet mulighed for at uploade og gøre digitale værker tilgængelige, vokset. Disse platforme er blevet en vigtig adgangskilde til onlineindhold, og har gjort det nemmere end nogensinde før at dele digitale værker, der er beskyttet af ophavsretten.

Selvom UGC-platformene muliggør mangfoldighed og let adgang til indhold, skaber de imidlertid udfordringer, når de giver adgang til ophavsretligt beskyttet indhold, der uploades uden forudgående tilladelse fra rettighedshaverne. Den brede adgang til digitale værker på platformen har skabt et massivt økonomisk pres på rettighedshaverne og påvirker deres muligheder for at kontrollere, hvorvidt og under hvilke betingelser deres værker anvendes.

Rettighedshaverne har umiddelbart mulighed for at håndhæve deres rettigheder overfor brugerne. Håndhævelsen er imidlertid forbundet med en række praktiske udfordringer hvad angår identificering af brugeren. Desuden vil det næppe være effektivt for rettighedshaverne at stoppe den enkelte bruger, idet der blot vil opstå nye krænkelsestilfælde foretaget af andre brugere på UGC-platformen. Dette kompleks udhuler ophavsrettens betydning, fordi rettighedshaverne havner i en position, hvor det er praktisk umuligt at håndhæve deres rettigheder.

Af disse grunde har rettighedshavere søgt at pålægge udbyderen af den involverede UGC-platform et ansvar, da platformen er nærmest til at afhjælpe den ulovlige distribution. Dette har skabt debat om, hvorvidt og under hvilke betingelser platformen skal ifalde et direkte ansvar, når den giver almenheden adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne.

For nuværende er UGC-platformens retsstilling baseret på lovgivning, der blev indført for ca. 20 år siden. Dette har medført en retlig usikkerhed om platformens ansvar for brugernes handlinger, og et behov for at tilpasse og supplere den eksisterende EU-ramme for ophavsret. For at klarlægge retsstillingen og med henblik på at forbedre rettighedshavernes rettigheder på internettet vedtog EU den 17. april 2019 direktivet om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked

(DSMD).¹ Spørgsmålet er herefter, om direktivet ændrer på platformens retsstilling, og i givet fald, hvilke konsekvenser ændringerne indebærer.

1.2. Problemformulering

I lyset af den ovenfor skitserede problemstilling er afhandlingens problemformulering følgende:

I hvilken udstrækning er en UGC-platform ansvarlig for de ulovlige værker, som brugerne gør tilgængelige på platformen, og hvilken indflydelse har DSMD art. 17 på platformens retsstilling?

For at besvare denne problemstilling er afhandlingen struktureret på følgende måde:

Del 1 beskriver grundlæggende ophavsret, og herefter belyses de relevante modsatrettede interesser og grundlæggende rettigheder for de involverede aktører på internettet.

Del 2 klarlægger udstrækningen af UGC-platformens ansvar for brugernes ophavsretlige krænkelse i gældende ret *før* implementeringen af DSMD, herunder om platformen kan ifalde et direkte ansvar herfor, hvilke konsekvenser dette indebærer, og platformens mulighed for at blive fritaget for et eventuelt ansvar.

Del 3 analyserer indholdet af DSMD art. 17 og sammenholder dette med retstilstanden ifølge gældende ret med henblik på at vurdere, i hvilken grad UGC-platformens retsstilling påvirkes heraf.

Del 4 er en samlet konklusion, der besvarer afhandlingens problemformulering.

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. På engelsk: “Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market” (herefter “DSMD”).

1.3. Definition af UGC-plattform

I denne afhandling defineres en UGC-plattform (**u**ser-**g**enerated **c**ontent **p**lattform) som en internetplatform, der lagrer og faciliterer udvekslingen af brugergenereret indhold² mellem brugere³, og som ikke har til hovedformål at engagere sig i eller fremme piratkopiering af ophavsretligt beskyttet materiale.⁴ Med andre ord fungerer platformen som en form for værktøj til formidling af det indhold, brugeren vælger at uploade, og udbyderen af platformen agerer som en mellemmand, der tilbyder dette værktøj.

Platformen forvaltes typisk af en udbyder, og det forudsættes i afhandlingen, at udbyderen er et retssubjekt, som kan ifalde et retligt ansvar. Det er disse udbydere, der henvises til, når der i afhandlingen vurderes, i hvilken udstrækning UGC-plattorme kan blive ansvarlige for deres brugeres ophavsretlige krænkelse.

1.4. Afgrænsning

I afhandlingen beskrives det ophavsretlige værksbegreb og spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en efterligning, ikke dybdegående. Disse spørgsmål giver sjældent anledning til tvivl ved værkernes brug på internettet, da der i praksis ofte vil være tale om uændrede (delvise) gengivelser af værket.⁵ Det relevante analysepunkt for afhandlingens fokus på UGC-plattformens ansvarsgrundlag er derimod den “ophavsretlige karakter”, som UGC-plattformenes behandling af værkerne har, herunder hvilket ansvar platformen kan underlægges. Det forudsættes derfor ved anvendelse af begrebet *værker* i afhandlingen, at der er tale om værker, som er beskyttet af ophavsretten, og ved anvendelsen af begrebet *ulovlige værker*, at der er tale om et værk, som krænker ophavsretten. Desuden lægges det til grund, at der ved brugen af begrebet *rettighedshaver* eller *ophavsmand* er tale om en (juridisk) person, som rent faktisk er indehaver af ophavsretten til et værk.⁶

² Med begrebet *brugergeneret indhold* forstås alle former for digitale filer, herunder billeder, tekst og videoer, som en bruger af en internetplatform har taget initiativ til at uploade til platformens server. Indholdet er ikke nødvendigvis udarbejdet af brugeren selv, og kan derfor indeholde værker, der krænker en rettighedshavers ophavsret (ulovlige værker).

³ Med begrebet *brugeren* menes i denne afhandling den internetbruger, som benytter sig af en internetplatform eller UGC-plattform.

⁴ Udsen kalder det på dansk for en “Tjeneste med brugergenereret indhold” og oplister en række kendte eksempler såsom YouTube, eBay og Facebook, jf. Udsen. *IT-ret*. 2019, s. 273.

⁵ Kirk, Hanne. *Ophavsret* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 47-48.

⁶ Begreberne *ophavsmand* og *rettighedshaver* er ikke nødvendigvis sammenfaldende, men anvendes vekselvist i denne afhandling. Ophavsmanden er altid skaberen af værket, som af denne årsag nyder af enerettighederne, hvorimod en

Hvad angår gældende ret, er afhandlingens hovedfokus at klarlægge, om UGC-plattformen kan foretage en selvstændig overføring til almenheden, som de kan ifalde et direkte ansvar for efter ISD⁷ art. 3, stk. 1. Plattformens medvirkensansvar vil derfor alene blive inddraget i det omfang, det findes relevant til belysning af de konsekvenser, et eventuelt direkte ansvar medfører. Af samme grund er afhandlingen afgrænset til ikke at undersøge andre grundlæggende elementer af ophavsretten, herunder de ideelle rettigheder⁸ og andre krænkelsesformer, såsom eksemplarfremstillingsretten, i et videre omfang end hvad der er nødvendigt til at belyse hovedproblemstillingen. Undtagelser til ophavsretten inddrages ligeledes alene i det omfang, det er relevant til besvarelse af afhandlingens problemformulering.

Eftersom spørgsmålet om retlig håndhævelse af ophavsretten og foreløbige retsmidler med henblik på at bringe krænkelse til ophør samt det territoriale anvendelsesområde for EU-direktiver og national lovgivning ligger uden for hovedproblemstillingen om platformenes ansvarsgrundlag, vil disse aspekter heller ikke blive belyst yderligere.

I forhold til UGC-plattformens mulighed for at blive ansvarsfri i gældende ret inddrages alene de relevante bestemmelser i EHD⁹ navnlig art. 14. Da afhandlingens fokus er platformens ansvar for ophavsretlige krænkelse inddrages retspraksis vedrørende andre retsområder i det omfang, det er relevant til at belyse hovedproblemstillingen.

Afhandlingen er endelig afgrænset til at undersøge UGC-plattformens retsstilling efter ISD, EHD og DSMD art. 17.¹⁰

rettighedshaver ikke nødvendigvis er skaberen af værket, men i hvert fald er indehaver af eneretten til værket. Denne sondring tillægges ikke betydning i afhandlingen.

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (herefter "ISD").

⁸ De ideelle rettigheder er ikke EU-harmoniserede og disses rettigheders omfang og indhold er derfor op til den enkelte medlemsstat. Se Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterielret*. 2018, s. 147. Omdrejningspunktet for den offentlige diskussion vedrører derimod rettighedshavernes økonomiske rettigheder, hvorfor der ikke vil ske yderligere belysning af de ideelle rettigheder i denne afhandling.

⁹ 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») (herefter "EHD").

¹⁰ Denne afhandling er indleveret til vurdering den 21. december 2020. For at sikre tilstrækkelig tid til afhandlingens analyser og konklusioner inddrages materiale publiceret efter den 12. december 2020 ikke.

1.5. Metode

For at kunne klarlægge udstrækningen af UGC-plattformens ansvar foretages en systematisering af relevante retskilder såsom lovgivning, retspraksis, juridisk litteratur og andet materiale af retskildemæssig betydning.¹¹ Dette vil blive gjort baseret på både gældende ret og EU-ret, der endnu ikke er implementeret i national ret.¹² Afhandlingen analyserer derfor ansvarsstandarden for UGC-platforme med udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode.¹³

Den ophavsretlige regulering er i høj grad harmoniseret i EU, hvorfor EU-retlige regler og Den Europæiske Unions Domstols (Domstolen) fortolkning heraf er væsentlig for besvarelsen af afhandlingens problemstilling.¹⁴ De relevante retskilder, der danner udgangspunktet for afhandlingens analyser af gældende ret, er dermed hovedsageligt baseret på EU-direktiver og Domstolens praksis i sager om præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkning heraf.

Hvad angår gældende ret, er ISD og EHD næsten ordret implementeret i dansk ret. Medlemsstaterne skal som udgangspunkt anlægge ensartede og EU-konforme fortolkninger af ord og begreber i direktiver¹⁵ og begreberne, der findes i de danske implementeringslove skal derfor fortolkes i lyset af direktiverne. Der henvises derfor kun til de danske love i begrænset omfang.

I relation til Domstolens afgørelser har de en betydelige indflydelse på fortolkning af direktivernes indhold, og dermed UGC-plattformens retsstilling efter gældende ret, idet disse har til formål at sikre

¹¹ Juridisk litteratur er ikke en formaliseret retskilde, men inddrages som bidrag til den juridiske argumentation, jf. Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*. 2016, s. 266.

¹² Med udtrykket *gældende ret* menes i denne afhandling den gældende retstilstand i tiden *før* implementeringen af DSMD. Direktiver er bindende i forhold til det tilsigtede mål, men vil som udgangspunkt først få virkning i medlemsstaten fra tidspunktet for dens implementering, jf. Holst-Christensen, Nina. *EU-lovteknik* i Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling*. 2013, s. 470 og 487. På nuværende tidspunkt er DSMD endnu ikke implementeret i dansk ret, og implementeringsfristen er sat til den 7. juni 2021.

¹³ Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. *Retskilder og Retsteorier*. 2017, s. 29 og kapitel 4. Med udtrykket *gældende ret* i denne afhandling forstås derfor "de normer, der giver svaret på nutidens retlige spørgsmål" og hvor "normen" er "den regel, der er resultatet af en analyse og sammenstilling af de retskilder, der har betydning i forhold til en bestemt problemstilling", jf. Blume, Peter. *Juridiske metode og argumentation* i Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, 2013, s. 25-28.

¹⁴ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): *Lærebog i entertainmentret*. 2019, s. 282.

¹⁵ Rosenmeier, Morten; Blomqvist, Jørgen m.fl. *Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?* i NIR, Bind 3, 2018, [s. 291-357], s. 298.

en ensartet fortolkning af EU-retten.¹⁶¹⁷ Afhandlingen inddrager også generaladvokaters forslag til afgørelser med henblik på fortolkningen af gældende retstilstand. Den retskildemæssige værdi af forslagene er tvivlsom, idet de ikke er bindende,¹⁸ men kan udgøre et væsentligt fortolkningsbidrag og kritisk udgangspunkt for analyse af Domstolens afgørelser.

I henhold til DSMD foretages en sammenligning af ansvarsstandarder, som UGC-plattformen er underlagt efter ISD og EHD og vil blive underlagt efter DSMD. Henset til DSMD's implementeringsfrist¹⁹ og et deraf sparsomt antal retskilder, anvendes en formålsfortolkning suppleret af relevant juridisk litteratur, lovforberedende materiale fra EU²⁰ samt Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17²¹ for at analysere og vurdere UGC-plattformens retsstilling efter DSMD. Udkastets retskildemæssige værdi er tvivlsom, men den må anses som et udtryk for Kommissionens foreløbige opfattelse af, hvad der er gældende ret. For nuværende kan udkastet derfor have en central betydning for fortolkningen af begreberne i DSMD, og inddrages således til diskussion.²²

¹⁶ Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. *Retskilder og Retsteorier*. 2017, s. 149.

¹⁷ Domstolens fortolkningsstil følger to grundlæggende fortolkningsprincipper, som afspejler sig i de domme, som Domstolen afsiger. For det første følger Domstolen princippet om formålsfortolkning, hvilket indebærer at den relevante retsakt skal fortolkes i overensstemmelse med EU's mål. Det andet princip, er princippet om dynamisk fortolkning, hvilket indebærer at fortolkningen af retsakter skal ske i lyset af EU-rettens udviklingstrin på det tidspunkt, bestemmelsen anvendes, jf. Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 145. Domsanalyserne i denne afhandling foretages i lyset af dette.

¹⁸ Generaladvokatens udtalelser er ikke bindende hverken for Domstolen eller parterne i sagen, og det forekommer derfor, at Domstolen ikke følger generaladvokatens udtalelse i den efterfølgende domsafsigelse. Selvom Domstolen ikke er bundet af forslaget, er de "commonly regarded as influential." Se Mańko, Rafal. *Role of Advocates General at the CJEU*. European Parliament Think Tank. 2019, s. 2 og Bang, Sofie Hvid. *Hvad er en Generaladvokat?*. 31. juli 2020. <https://www.eu.dk/da/faq/alle-faqs/hvad-er-en-generaladvokat> (sidst tilgået 20/09/2020).

¹⁹ Som nævnt i fodnote 12, er implementeringsfristen er sat til den 7. juni 2021.

²⁰ I dansk retskildelære tillægges forarbejder til nationale love almindeligvis en stor betydning ved fortolkningen af den pågældende lov. Forarbejder i EU-regi er traditionelt set ikke blevet benyttet af Domstolen til fortolkning af EU-retsakterne. Ældre forarbejdes retskildemæssige værdi er derfor ikke nødvendigvis tungtvejende. I forhold til nyere retsakter, henviser Domstolen i stigende grad til forarbejder, når en regels indhold og formål skal fastlægges. Forarbejder til nyere retsakter har derfor en højere retskildemæssig værdi, jf. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. *Retskilder og Retsteorier*. 2017, s. 107.

²¹ Kommissionen har offentliggjort dokumentet "Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market" den 27. juli 2020, der sigter mod at afslutte interessediologien mellem de involverede interessegrupper samt redegøre for Kommissionens idéer til vejledningen til DSMD art. 17, som interessegrupperne skriftligt kunne kommentere på indtil den 10. september 2020, jf. Kommissionen. *Directive on Copyright in the Digital Single Market: Commission seeks the views of participants to the stakeholder dialogue on Article 17*. 27. juli 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder> (sidst tilgået 1/12/2020).

²² Kommissionens vejledninger anses retskildemæssigt som soft law, hvilket indebærer, at udtalelsen ikke er retligt bindende for modtageren, jf. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. *Retskilder og Retsteorier*. 2017, s. 108. Imidlertid er der tale om et udkast til vejledning og ikke den endelige vejledning. Det må forventes, at Kommissionen uddyber og ændrer i vejledningen efter de skriftlige kommentarer fra interessegrupperne, men det kan ikke udelukkes, at hovedparten af det foreløbige udkast, også vil fremgå af den endelige vejledning. Den endelige vejledning vil udgøre

I forbindelse med tvister ved Domstolen er det Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (Chartret), som Domstolen henviser til ved afvejsninger af grundlæggende rettigheder.²³ Denne afhandling tager derfor udgangspunkt i indholdet af rettighederne, som de fremgår af Chartret.²⁴ De grundlæggende rettigheder vil alene blive inddraget til klarlæggelse og vurdering af udstrækningen af UGC-platfomes ansvar i gældende ret og til belysningen af de problematikker, der opstår i kølvandet af DSMD.

1.6. Grundlæggende ophavsret

Ophavsretslovens²⁵ (OHL) § 1 tildeler enerettigheder til den, der frembringer litterære og kunstneriske værker ved værkets skabelse.²⁶ Bestemmelsen oplister eksempler på, hvad der kan karakteriseres som disse værker.²⁷ Dette er alene en eksemplificering, og andre typer af værker kan derfor ligeledes være beskyttede, såfremt de opfylder kravene til at være et værk i ophavsretlig forstand (værkshøjde).²⁸

Enerettens indhold defineres med udgangspunkt i OHL § 2, stk. 1, som fastsætter ophavsmandens økonomiske rettigheder. Disse rettigheder indebærer, at det alene er ophavsmanden som må fremstille eksemplarer (eksemplar fremstillingsretten), jf. OHL § 2, stk. 2 og gøre værket tilgængeligt for almenheden ved spredning, visning eller offentlig fremførelse, jf. OHL § 2, stk. 3. Under begrebet *offentlig fremførelse* hører begreberne *direkte offentlig fremførelse* i OHL § 2, stk. 3, nr. 3 og

retningslinjer for medlemsstaterne i forbindelse med implementering af DSMD, og det kan heller ikke udelukkes, at Kommissionen vil anlægge sag mod de medlemsstater, der ikke følger Kommissionens vejledning ved implementeringen.

²³ Chartret har bindende virkning for EU's institutioner og medlemsstaterne, jf. Chartrets art. 51, stk. 1. De danske domstole og forvaltningen skal derfor tage hensyn til Chartret rettigheder, når de anvender EU-retten, jf. Chartrets art. 51, stk. 1 og Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*, 2018, s. 137f.

²⁴ I det omfang, at der i Chartret findes tilsvarende rettigheder i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), har Chartrets rettigheder samme betydning og omfang som rettighederne i EMRK, jf. Chartrets art. 52, stk. 3, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), der fortolker udstrækningen af, jf. EMRK art. 19. EMRK inddrages derfor alene supplerende til at belyse rettighederne i Chartret. Chartrets art. 52, stk. 3 er imidlertid ikke til hinder for, at Chartret kan have en bredere beskyttelse, jf. Chartret art. 52, stk. 3, sidste led.

²⁵ Lovbekendtgørelse 2014-10-23 nr. 1144 om ophavsret, med senere ændringer (herefter "OHL").

²⁶ Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 75.

²⁷ Beskyttelse af frembringelser, som ikke kan karakteriseres som værker efter OHL § 1 (naborettighederne) fremgår OHL kap. 5.

²⁸ Dette følger af OHL § 1, stk. 1, sidste led: "eller det er kommet til udtryk på anden måde". Som nævnt i afsnit 1.4., har denne afhandling ikke til formål at beskrive, hvornår der er tale om et værk i OHL § 1's forstand. Originalitetskravet mv. gennemgås derfor ikke. Der henvises til Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, for en dybdegående gennemgang af dette begreb.

overføring til almenheden, som præciseres i OHL § 2, stk. 4, nr. 1.²⁹ Ønsker andre at anvende værket på denne måde, kræver det således ophavsmandens tilladelse hertil. Hvis ikke, er der som udgangspunkt tale om en ophavsretlig krænkelse.³⁰

Den ophavsretlige eneret er som udgangspunkt “medieafhængig”.³¹ Dette indebærer, at skaberen tildeles ophavsret til værket, uanset hvilket medie det er skabt på.³² De ophavsretlige regler anvendes således som udgangspunkt ensartet for alle typer værker.³³

Af særlig relevans for denne afhandling er de såkaldte “digitale værker”, som er værker, der behandles på digitale medier.³⁴ En sådan behandling kan f.eks. være lagring af værket på en server, streaming³⁵, upload³⁶, download³⁷ og linking³⁸.

Digitaliseringen af værker og især videreudvikling af den digitale teknologi har medført en række udfordringer for den effektive beskyttelse af rettighedshaverens ophavsret.³⁹ Lovgiver har med vedtagelsen af ISD forsøgt at imødekomme disse udfordringer ved at tilpasse lovgivningen efter den nye digitale virkelighed.⁴⁰ Udgangspunktet for harmoniseringen var herefter at sikre et højt

²⁹ Med direkte offentlig fremførelse forstås en fremførelse af værket, som udgår fra samme sted, hvor publikum befinder sig. Retten til direkte offentlig fremførelse er ikke EU-harmoniseret, jf. Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 131-132. Det nærmere indhold af begrebet *overføring til almenheden* undersøges i afhandlingens afsnit 2.1.

³⁰ Som nævnt i afsnit 1.4. forudsættes det, at der er tale om værker, som kvalificerer sig som krænkende værker, når UGC-platfornes ansvar analyseres.

³¹ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 70.

³² *Ibid.*, s. 67.

³³ *Ibid.*, s. 68f.

³⁴ *Ibid.*, s. 67. I denne afhandling skelnes der ikke mellem digitale værker, som er skabt digitalt (f.eks. gennem Adobe Photoshop), og værker der ikke er skabt via digitale værktøjer, og senere hen digitaliseret (f.eks. et billede af et maleri på et lærred, som uploades til en UGC-platform).

³⁵ Ved streaming forstås “modtagelse af digitalt indhold, som regel audio eller video, uden at indholdet gemmes eller kopieres til de forskellige anordningers hukommelser, bortset fra i bufferhukommelsen”, jf. bl.a. Forslag til afgørelse fra generaladvokat Campos Sánchez-Bordona i sag C-527/15 (Stichting Brein I - Filmspeler), note 8 (herefter “Generaladvokatens forslag til afgørelse i Filmspeler-sagen”).

³⁶ Ved upload kopieres den digitale fil fra en internetbrugers digitale enhed til en hjemmesides server, og vil herefter i de fleste tilfælde være tilgængelig til download fra samme eller andre brugere.

³⁷ Ved download forstås det forhold, at en bruger af en hjemmeside gemmer en fil, som er blevet uploadet, lokalt på sin digitale enheds hukommelse. Download indebærer almindeligvis, at der oprettes en permanent kopi af filen på brugerens enhed.

³⁸ Der sondres mellem forskellige former for linking, herunder “surface links”, “deep links”, “framing”, “in line links” samt “embedded links”, jf. Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 87. Praksis vedrørende linking inddrages alene til belysning af UGC-platfornes retsstilling.

³⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 68.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 70.

beskyttelsesniveau og en ensartet beskyttelse i medlemsstaterne, for at undgå inkonsekvente nationale reaktioner på den teknologiske udvikling.⁴¹ Dermed udgør reglerne i OHL med implementeringen af ISD det “væsentligste retsgrundlag for beskyttelse af digitale værker”.⁴²

EU har ligeledes tiltrådt WCT⁴³, hvorfor traktaten er bindende for EU. WCT har til formål at bekæmpe piratvirksomhed og at ajourføre konventionslandenes ophavsretlige regimer så de tilsvare den digitale udvikling. ISD tjener ligeledes til gennemførelse af WCT, hvorfor bestemmelserne i direktivet skal fortolkes i lyset heraf.⁴⁴

Nærmere om eksemplarfremsstilling

Når brugeren uploader et værk på en UGC-plattform produceres der en kopi af værket. For helhedens skyld bliver indholdet af eksemplarfremsstillingen derfor beskrevet kort nedenfor.

Det nærmere indhold af eksemplarfremsstillingsretten fremgår af OHL § 2, stk. 2.⁴⁵ Det følger heraf, at rettighedshaverens eneret gælder for eksemplarfremsstilling på et hvilket som helst medie, idet eksemplarfremsstilling “på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form” kræver rettighedshaverens tilladelse.⁴⁶ Bestemmelsen præciserer også, at “*enhver* direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis” (vores kursivering) reproduktion er omfattet af eksemplarfremsstillingsretten. Dette indebærer, at enhver afspilning af et digitalt værk udgør en ophavsretlig beskyttet handling, der som udgangspunkt kræver rettighedshaverens tilladelse.⁴⁷

⁴¹ Den 6. og 7. betragtning til ISD. Når udtrykket *betragtning* anvendes i denne afhandling, refereres der til retsaktens præambelbetragtning.

⁴² Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 70. Direktivet blev implementeret i OHL ved Lov 2002-12-17 nr. 1051 om ophavsret.

⁴³ Traktaten om ophavsret inden for Verdensorganisationen for Intellectuel Ejendomsret, 1996, (herefter “WCT”)

⁴⁴ Den 15. betragtning til ISD smh. med Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 56.

⁴⁵ Bestemmelsen i OHL § 2, stk. 2 implementerer ISD art. 2. Eksemplarfremsstillingsretten er herved EU-harmoniseret og skal fortolkes ensformigt i medlemsstaterne i lyset af EU-retten.

⁴⁶ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 73.

⁴⁷ Dette udtrykker den centrale forskel mellem de digitale værker og analoge værker, idet selve brugen af analoge værker som udgangspunkt ikke er en ophavsretligt beskyttet handling, jf. Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 75-76.

Omfanget af eneretten til eksemplar fremstilling begrænses imidlertid af OHL § 11 a⁴⁸, der undtager midlertidige eksemplar fremstillinger⁴⁹, herunder flygtige eller tilfældige kopieringer såsom RAM-kopiering⁵⁰ og cache-kopiering⁵¹.⁵² Bestemmelsen er dermed rettet mod eksemplar fremstillinger, “som er flygtige eller tilfældige og udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, som udelukkende foretages med henblik på at muliggøre enten en mellemmands effektive transmission i et net mellem tredjemænd eller en lovlig anvendelse af et værk eller af andre frembringelser”.⁵³ Et værk som deles på en UGC-plattform forbliver oplagret på platformens server indtil det fjernes på brugerens anmodning, eller indtil platformen er forpligtet hertil på anden vis.⁵⁴ Modsat RAM- og cache-kopiering er denne (i princippet) permanente oplagring på platformens server således ikke undtaget af OHL § 11 a.⁵⁵ UGC-plattformen bliver herefter “host” for en retsstridig eksemplar fremstilling.⁵⁶

⁴⁸ Bestemmelsen gennemfører næsten ordret ISD art. 5, stk. 1, der er obligatorisk for medlemsstaterne. Bestemmelsen skal derfor fortolkes i lyset af art. 5 og Domstolens praksis herom.

⁴⁹ Bestemmelsen finder alene anvendelse på værker, som er tilgængelige med rettighedshaverens tilladelse i medfør af kravet om lovligt forlæg i § 11, stk. 3 og lovlig brug i OHL § 11 a, stk. 1, nr. 3. Undtagelsen i OHL § 11 a indebærer således den retstekniske fordel, at enhver afvikling af et digitalt værk, uden videre bliver ulovlig, hvis rettighedshaveren ikke har samtykket hertil, jf. Udsen. *IT-ret.* s. 76 og 300.

⁵⁰ Når data behandles i en computer, passerer dataen løbende gennem en hukommelseenhed som led i en beregningsproces. Denne enhed kaldes RAM-lageret. RAM-lageret er midlertidigt, idet lagret slettes som led i den tekniske proces og når computeren afbrydes, jf. Udsen, Henrik. *IT-ret.* 2019, s. 50 og 73.

⁵¹ Når en bruger besøger en hjemmeside, kopierer brugerens browser billede- eller tekstfiler fra hjemmesiden i et midlertidigt datalager (cache-lageret) på brugerens computer. Cache-kopierne lagres ikke i computerens RAM-lager, men som udgangspunkt på harddisken og slettes automatisk for at skabe plads til nye cache-kopier i cache-lageret. Formålet med cache-kopier er at lagre data, som brugeren inden for en kort periode genindlæser for at optimere systemets funktionalitet og reducere datatrafik, jf. *ibid.*, s. 96.

⁵² Implementering af ISD art. 2 afklarer således den tidligere tvivl om, hvorvidt alle former for midlertidig digital kopiering er eksemplar fremstilling.

⁵³ Den 33. betragtning til ISD

⁵⁴ Mathiasen, Jakob Plesner; Jørgensen, Niels Bo m.fl. *E-handelsloven med kommentarer.* 2004. s. 217.

⁵⁵ I Domstolens afgørelse sag C-360/13 (Meltwater) fastslog Domstolen imidlertid i forbindelse med sin behandling af “flygtige” handlinger, at en eksemplar fremstilling ikke mister “(...) sin midlertidige karakter, blot fordi sletningen af det system, som har skabt kopien, forudsætter slutbrugerens indgriben for at afslutte den pågældende tekniske proces, jf. pr. 42.

⁵⁶ Se dog Depreeuw, Sari og Hubin, Jean-Benoît. *Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions.* 2014, s. 42-43, der fremhæver, at medlemsstaternes retspraksis viser en divergerende tilgang til, hvorvidt upload af et værk på en platform i sig selv er en eksemplar fremstilling, som er kumulativ til tilgængeliggørelsen. Ifølge nogle medlemsstaters retspraksis, er der ikke tale om en eksemplar fremstilling som en kumulativ og selvstændig krænkelse, men alene en handling, som er en del af overføringen til almenheden. Derudover er de nationale domstole uenige i, hvem der anses for at have foretaget eksemplar fremstillingen af værket i forbindelse med, at indholdet deles på platformen. Usikkerheden går på, om det *alene* er brugeren pga. reproduktionen fra den lokale kopi på brugerens computer eller om det (ligeledes) er UGC-plattformen, når denne lagrer en kopi af værket på sin egen server. En nærmere analyse af denne problemstilling ligger uden for afhandlingens fokus.

Eksemplarfremsstillingen udgør alene en accessorisk del af krænkelsen af ophavsretlige beskyttede værker på UGC-plattformen. I litteraturen og Domstolens praksis har den afgørende krænkelse vedrørt ophavsmandens eneret til overføring til almenheden, og eksemplarfremsstilling bliver derfor ikke diskuteret yderligere i denne afhandling.

1.7. Balancering af grundlæggende rettigheder og interesser

Klarlæggelsen af den ansvarsstandard, som UGC-platforme er underlagt, beror ikke alene på de specifikke retskilder inden for ophavsretten såsom ISD og EHD. Dette skyldes, at Domstolen i de seneste år, med henvisning til Chartret, i højere grad har inddraget generelle hensyn til grundlæggende rettigheder ved fastlæggelsen af grænserne for ophavsretten.⁵⁷ Dertil indebærer nationale domstoles pligt til at fortolke EU-konformt, at de nationale domstole ved rettighedskonflikter ikke alene skal fortolke direktivkonformt, men ligeledes i overensstemmelse med Chartret og det EU-retlige proportionalitetsprincip.⁵⁸

De forskellige aktører af relevans for afhandlingens problemstilling kan inddeles i følgende interessegrupper: rettighedshaverne, UGC-plattformen og internetbrugerne. Disse gruppers primære interesser og grundlæggende rettigheder beskrives kort i det følgende.⁵⁹

⁵⁷ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 271 og Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 168.

⁵⁸ Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 181-182.

⁵⁹ Interessegrupperne har naturligvis flere interesser, der kan støtte ret på grundlæggende rettigheder. Af hensyn til opgavens afgrænsning og fokus, inddrages alene én rettighed fra hver af de tre interessegrupper, for at belyse spændingsfeltet mellem de forskellige interesser. Disse rettigheder er særlig fremhævet i litteraturen og i praksis, f.eks. i Domstolens afgørelse i sag C-275/06 (Promusicae) (herefter "Promusicae-dommen"), pr. 62-68, C-160/15 (GS Media) (herefter "GS Media-dommen"), pr. 31 og 44-46, C-161/17 (Renckhoff) (herefter "Renckhoff-dommen"), pr. 41, Domstolens afgørelse i sag C-70/10 (SABAM I - Scarlet Extended) (herefter "Scarlet-dommen"), pr. 43-50 og C-360/10 (SABAM II - Netlog) (herefter "Netlog-dommen"), pr. 41-48. Se ligeledes Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 271 og Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 171.

Rettighedshaverne

Ophavsmandens interesse i at opnå vederlag for sin arbejdsindsats i forbindelse med skabelsen af værket udgør det centrale fokus for ophavsretten.⁶⁰ Ophavsrettens økonomiske rettigheder beskytter grundlæggende denne interesse ved at tildele ophavsmanden eneretten over værket.⁶¹⁶²

Retten til immaterielle rettigheder, herunder ophavsretten, er sikret ved Chartrets art. 17, stk. 2, og indebærer, at enhver har ret til at besidde og udnytte ophavsretten, som denne lovligt har erhvervet.⁶³⁶⁴ Selvom ophavsretten er sikret som grundlæggende rettighed, er rettigheden ikke absolut, idet den generelt skal afvejes over for andre grundlæggende rettigheder og interesser.⁶⁵

UGC-plattformen

Det er nødvendigt at afveje rettighedshaverens ophavsret overfor UGC-plattformens interesse i og frihed til at oprette og drive egen virksomhed, der er sikret ved Chartrets art. 16, og som principielt beskytter dem mod forpligtelser, der væsentligt kan påvirke deres virksomhed.⁶⁶ Ifølge Forklaringerne til Chartret består friheden til at drive virksomhed reelt af tre rettigheder, herunder frihed til at udøve økonomisk og erhvervsmæssig virksomhed, kontraktfrihed og fri konkurrence.⁶⁷

⁶⁰ Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 37.

⁶¹ Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 43. Se hertil 10. betragtning til ISD.

⁶² Ophavsretten skal ligeledes fungere som et incitament til innovation og kreativitet ved at give rettighedshaveren økonomisk gevinst. Ifølge 9. betragtning til ISD bør harmoniseringen af ophavsretten derudover sikre "et højt beskyttelsesniveau" af hensyn til ophavsmandens kreativitet og almenheden generelt. Se mere om de bagvedliggende rationaler for ophavsretten i Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 43ff.

⁶³ Dette følger af bestemmelsen stk. 1 smh. med stk. 2. Det fremgår ikke eksplicit, hvilke immaterielle rettigheder, der er omfattet af bestemmelsen, men af *Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder*, EU-Tidende (2007/C 303/02), s. 23, fremgår, at ophavsretten er omfattet.

⁶⁴ Retten til immaterielle rettigheder beskyttes ifølge EMRK i konventionens tillægsprotokol 1, art. 1. Dette er fastslået af EMD i EMD-afgørelse i sag nr. 28743/03, 2005, Melnychuk mod Ukraine, s. 7 og sag nr. 562/05, 2016, Sia Akka/Laa mod Letland, pr. 41.

⁶⁵ Domstolen har i praksis fastlagt, at beskyttelsen af immaterielle rettigheder skal afbalanceres over for beskyttelsen af andre grundlæggende rettigheder, herunder retten til ytrings- og informationsfrihed og retten til at drive virksomhed. Se Domstolens afgørelser og de relevante præmisser i fodnote 59.

⁶⁶ Friheden til at oprette og drive virksomhed har ikke en tilsvarende bestemmelse i EMRK eller dens tillægsprotokoller, jf. Oliver, Peter. *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?* i Bernitz, Ulf og Groussot, Xavier m.fl. (red.): *General Principles of EU Law and European Private Law*. 2013. s. 281.

⁶⁷ *Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder*, EU-Tidende (2007/ C 303/17). Se hertil Oliver, Peter. *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?* i Bernitz, Ulf og Groussot, Xavier m.fl. (red.): *General Principles of EU Law and European Private Law*. 2013. s. 286.

Internetbrugerne

Rettighedshaverens ophavsret skal endvidere afvejes over for internetbrugernes interesse i frit at kunne tilgå og dele information og meninger. Adgangen til at kunne dele og tilgå informationer på internettet er beskyttet af ytrings- og informationsfriheden, jf. Chartrets art. 11. Rettigheden omfatter meningsfrihed og frihed til at meddele (ytringsfrihed) eller modtage oplysninger eller tanker (informationsfrihed).⁶⁸

Ytringsfriheden indebærer friheden til at ytre sig om hvad som helst og i enhver form.⁶⁹ En ytring kan derfor fremsættes på forskellige måder, herunder gennem video, billede eller tekst. Ophavsretten udgør en indskrænkning i ytrings- og informationsfrihed, idet den kan begrænse, hvad og hvordan en person lovligt kan ytre sig. Selvom en internetbruger ønsker at ytre sig ved at dele et værk, vil denne kunne blive begrænset heri, når handlingen er en ophavsretlig beskyttet handling. Ophavsretten og ytringsfriheden er derfor tæt forbundne hvad angår den lovlige udnyttelse af et værk.

Ophavsretten indeholder endvidere undtagelser til at sikre en rimelig balance i forhold til ytrings- og informationsfriheden, herunder citatretten, jf. OHL § 22, og den ulovbestemte adgang til at lave parodier, karikaturer eller satire.⁷⁰ Vurderingen af, om disse undtagelser finder anvendelse, afhænger af konteksten og de konkrete omstændigheder, da der ikke er faste grænser for, hvornår brugen af værket anses som en parodi eller et lovligt citat.⁷¹

⁶⁸ Den tilsvarende bestemmelse findes i EMRK art. 10, hvor ordlyden ikke er identisk, men dette skal ikke tillægges større betydning, idet Chartrets art. 11 skal fortolkes i lyset af EMRK art. 10, jf. Chartrets art. 52, stk. 3. Bestemmelsens ordlyd smh. med juridisk litteratur viser, at der ikke er en klar sondring mellem hhv. ytringsfriheden og informationsfriheden. Ifølge *Blume*, benyttes EMRK art. 10/Chartrets art. 11, som en moderne formulering af ytringsfriheden, jf. Blume, Peter. *Databeskyttelsesret*. 2013, s. 193. I denne afhandling omtales ytrings- og informationsfriheden derfor i forlængelse af hinanden.

⁶⁹ Rytter, Jens Elo. *Individets grundlæggende rettigheder*. 2016, s. 264.

⁷⁰ Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterielret*. 2018, s. 292f.

⁷¹ OHL § 22 indebærer, at andre end rettighedshaveren i visse tilfælde lovligt kan gengive dele af et værk. Undtagelsen om parodier og satire indebærer, at humoristisk anvendelse af et værk efter omstændighederne kan være tilladt uden forudgående samtykke fra ophavsmanden. Den nærmere diskussion og afgrænsning af betingelserne for at undtagelserne finder anvendelse, vil ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling. Derimod vil problematikken omkring platformenes ansvar og deres algoritmers evne til at foretage sondringen mellem ulovlige værker og lovlig brug samt risikoen for "overforsigtig fjernelse" eller "overblokering" blive diskuteret senere i afhandlingen.

Afbalanceringen ved rettighedskonflikter

Eftersom ingen af ovenstående rettigheder er absolutte, skal de nationale domstole⁷² og EU's institutioner⁷³ herefter iagttage Chartrets art. 52, stk. 1 ved rettighedskonflikter. Det følger heraf, at fastlæggelsen af UGC-plattformens ansvar ikke må resultere i en uproportionel retstilstand for parter med modstridende grundlæggende rettigheder.⁷⁴

Baseret på ovenstående skal udstrækningen af UGC-plattformens ansvar fortolkes i lyset af de modsatrettede interesser og hensyn, som er sikret ved Chartrets art. 11, art. 16 og art. 17, stk. 2. Fastlæggelsen af udstrækningen af UGC-plattformens ansvar ud fra en fortolkning af gældende ret er dermed udtryk for en balancegang mellem rettigheder.⁷⁵

⁷² Det er op til de nationale myndigheder og domstole at fastlægge lovgivningen og fortolke den således, at den er forenelig med EU-retsakter, men også sikre, at de ikke lægger en fortolkning heraf til grund, som kommer i konflikt med de grundlæggende rettigheder eller med andre almindelige EU-retlige principper. Se Domstolens afgørelse i sag C-469/17 (Funke Medien) (herefter "Funke Medien-dommen"), pr. 68, sag C-516/17 (Volker) (herefter "Volker-dommen") pr. 52, Promusicae-dommen, pr. 70, og Netlog-dommen, pr. 44.

⁷³ Lovgiver og Domstolen er ligeledes forpligtet til at iagttage Chartret ved fortolkning af EU-retten, jf. Chartrets art. 51, stk. 1.

⁷⁴ EMD har ligeledes udtalt, at de nationale domstole, i EMRK medlemslandene, alene kan håndhæve ophavsrettigheder i det omfang, at det ikke går videre end hvad der er nødvendigt og proportionelt i et demokratisk samfund, jf. Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 217.

⁷⁵ Hvorvidt der konkret ville være tale om en krænkelse af de grundlæggende rettigheder vil i sidste ende bero på en vurdering af sagens faktiske omstændigheder. Denne afhandling har ikke til formål at vurdere, hvorvidt de grundlæggende rettigheder er eller vil være krænkede, men anvender alene afbalanceringen af de grundlæggende rettigheder til at klarlægge, hvor grænsen for UGC-plattformens ansvar sættes.

DEL 2 – Gældende ret

Formålet med afhandlingens *Del 2* er at undersøge UGC-plattformens retsstilling efter gældende ret og belyse konsekvenserne heraf.

Del 2 er struktureret således, at det nærmere indhold af begrebet *overføring til almenheden* indledningsvist beskrives (afsnit 2.1.). Derefter undersøges Domstolens fortolkning af begrebet (afsnit 2.2.) med henblik på at klarlægge, hvorvidt og under hvilke betingelser en UGC-plattform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden og dermed ifalde et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1 for brugernes krænkelse på platformen (afsnit 2.3.). Dernæst belyses konsekvenserne af Domstolens fortolkning af begrebet *overføring til almenheden* (afsnit 2.4.).

Idet UGC-plattformens retsstilling ligeledes afhænger af platformens eventuelle adgang til ansvarsfrihed efter EHD, vurderes det, hvorvidt disse platforme er omfattet af EHD, og under hvilke betingelser platformen kan anvende ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, stk. 1 (afsnit 2.5.). Afslutningsvist undersøges forholdet mellem ISD art. 3, stk. 1 og EHD art. 14, stk. 1 (afsnit 2.6.).

Af særlig relevans for UGC-plattformens retsstilling er de forenede sager C-682/18 og C-683/18 (YouTube/Cyando-sagerne), hvor *generaladvokat Øe* har fremsat et forslag til afgørelse.⁷⁶ Sagerne omhandler, hvorvidt UGC-plattformene “YouTube” og “Uploaded”⁷⁷ selvstændigt foretager en *overføring til almenheden* som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1, og hvorvidt platformene er omfattet af EHD art. 14, stk. 1. Selvom UGC-plattformens retsstilling i gældende ret ikke kan fastlægges med udgangspunkt i generaladvokatens forslag, bidrager forslaget imidlertid til at belyse, hvordan ISD art. 3, stk. 1 *kan* fortolkes.⁷⁸ Dertil kan generaladvokatens udtalelser have en vægtig betydning for Domstolens endelige afgørelse i sagen, som er af afgørende for UGC-plattformens retsstilling i

⁷⁶ Forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Øe i de forenede sager C-682/18 og C-683/18 (YouTube/Cyando) (herefter “Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne”).

⁷⁷ YouTube LLC er juridisk repræsenteret af Google LLC og udbyder UGC-plattformen “YouTube”. Cyando AG udbyder platformen “Uploaded”, jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 2 og 14.

⁷⁸ Som belyst i afsnit 1.5. kan den retskildemæssige værdi af generaladvokatens forslag diskuteres. Der henvises derfor til fodnote 18 i dette afsnit.

gældende ret.⁷⁹ Forslaget inddrages derfor i afsnit 2.4. og 2.6. med henblik på diskussion og vurdering af UGC-plattformens retsstilling efter gældende ret.

2.1. Introduktion til begrebet overføring til almenheden

Som fastlagt i afsnit 1.6. følger ophavsmandens eneret til overføring af værker til almenheden af OHL § 2, stk. 4, nr. 1. Ifølge bestemmelsen omfatter en overføring til almenheden:

“(…) trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden, *herunder* udsendelse i radio eller fjernsyn *og* tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt (…)” (vores kursivering).

Indholdet af OHL § 2, stk. 4, nr. 1 er en implementering af ISD art. 3. stk. 1, og skal derfor læses i lyset af betragtningerne i ISD.

For det første omfatter begrebet *overføring* som præciseret i 23. betragtning til ISD enhver form for trådløs eller trådbunden transmission eller retransmission af et værk “til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted”. Med andre ord foretager en person en overføring, når vedkommende *transmitterer* (f.eks. gennem radio og tv), og dermed gør det muligt at tilgå et værk på afstand.⁸⁰

Begrebet *overføring* omfatter i øvrigt begrebet *tilrådighedsstillelse*.⁸¹ Som præciseret i 25. betragtning til ISD omfatter sidstnævnte kategori interaktive bestillingstransmissioner, der er karakteriseret ved, at almenheden har adgang til værket på et individuelt valgt sted og tidspunkt (on demand⁸²).⁸³ Det følger heraf, at en tilrådighedsstillelse omfatter den situation, hvor en person giver

⁷⁹ Se Mańko, Rafal. *Role of Advocates General at the CJEU*. European Parliament Think Tank. 2019, s. 2: “The CJ is not bound by the opinions of the Advocates General, although they are commonly regarded as influential.”

⁸⁰ OHL § 2, stk. 4, nr. 1, 1. led. Se hertil Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 131f.

⁸¹ I afhandlingen anvendes begrebet *overføring til almenheden* som en generel betegnelse for de handlinger, der består i at foretage overføring til almenheden gennem transmission eller retransmission af værket og tilrådighedsstillelse af værket on demand. Der henvises nærmere bestemt til den ene eller den anden af disse kategorier, hvor dette er relevant.

⁸² Begrebet *on demand* anvendes i 25. betragtning til ISD i den engelske udgave af ISD.

⁸³ OHL § 2, stk. 4, nr. 1, sidste led. Se hertil Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 131f.

en almenhed mulighed for at få adgang til et værk *on demand*, hvilket typisk vil være tilfældet, når værket gøres tilgængeligt på en UGC-plattform.

Når en bruger uploader en video på en UGC-plattform som YouTube, bliver værket gjort tilgængeligt for andre brugere *on demand*, da brugerne herved selv kan beslutte hvor og hvornår de vil afspille værket.⁸⁴ Det er derfor åbenbart, at brugerne som udgangspunkt foretager en selvstændig krænkelse af rettighedshaverens eneret til overføring til almenheden, når denne vælger at gøre et værk frit tilgængelig på en UGC-plattform uden rettighedshaverens tilladelse.

Da det er brugeren, som iværksætter overføringen, og UGC-plattformen fungerer som et værktøj, der faciliterer brugerens tilrådighedsstillelse, er det derfor nærliggende at betragte UGC-plattformen som en mellemmand, der kan ifalde et medvirkensansvar for brugernes krænkelse af ophavsretten. Dette ansvar er ikke blevet harmoniseret i EU-retten og har traditionelt hørt under medlemsstaternes nationale lovgivning, hvor disse mellemmand som udgangspunkt er blevet vurderet ud fra et medvirkensansvar.⁸⁵

Domstolen har imidlertid i sin fortolkning af ISD art. 3, stk. 1 åbnet op for, at en handling, der består i at give brugeren adgang til ulovlige værker, kan udgøre en selvstændig overføring til almenheden. Domstolens praksis sår derfor tvivl om grænsedragningen mellem handlinger, som traditionelt henhører under medvirkensansvaret, og dermed medlemsstaternes lovgivning, og handlinger, der kan karakteriseres som en selvstændig overføring til almenheden omfattet af ISD art. 3, stk. 1.

Domstolens fortolkning af begrebet *overføring til almenheden* har en væsentlig retskildemæssig værdi for udstrækningen af begrebets anvendelsesområde, da OHL er en implementering af ISD's

⁸⁴ Med undtagelse af visse tilfælde, hvor UGC-plattformen tilbyder funktioner, hvorefter brugerens upload ikke kan ses af andre brugere på platformen. For eksempel Facebooks "kun mig" funktion for offentliggørelse af billeder og opslag på tidslinjen (se Facebook. *Hvilke målgrupper kan jeg vælge mellem, når jeg deler?* <https://www.facebook.com/help/211513702214269> (sidst tilgået 20/09/2020)) eller YouTube's "private videoer" (se Google. *Change video privacy settings.* <https://support.google.com/YouTube/answer/157177?co=GENIE.Platform%3DDesktop&hl=en> (sidst tilgået 20/09/2020)).

⁸⁵ Ohly, Ansgar. *The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 8, [s. 664-675], s. 665.

bestemmelser. Det er i praksis fastslået, at begrebet har en autonom karakter, og at medlemsstaterne derfor skal tillægge begrebet en selvstændig og ensartet EU-konform fortolkning.⁸⁶ ISD art. 3, stk. 1 udgør således en “fuldstændig harmonisering af det materielle indhold”.⁸⁷ Begrebet skal desuden fortolkes i lyset af art. 8 i WCT.⁸⁸

I det følgende afsnit vil Domstolens fortolkning af begrebet *overføring til almenheden* i ISD art. 3, stk. 1 derfor blive undersøgt (afsnit 2.2.) med henblik på at klarlægge, om UGC-plattformen kan foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1 (afsnit 2.3.).

2.2. Domstolens praksis om begrebet overføring til almenheden i ISD art. 3, stk. 1

Domstolen har endnu ikke konkret behandlet spørgsmålet om, hvorvidt en UGC-plattform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden i henhold til ISD’s art. 3, stk. 1, når platformens brugere deler indhold på platformen. Det er derfor nødvendigt at afgrænse, hvilke domme der kan have relevans for fastlæggelsen af UGC-plattformens retsstilling.

Overordnet kan Domstolens praksis vedrørende ISD’s art. 3, stk. 1 inddeles i to kategorier. Den første kategori omhandler traditionelle former for transmission og retransmission ved brug af lineære tjenester.⁸⁹ Den anden kategori er særligt kendetegnet ved tjenesternes ikke-lineære karakter, der gør modtageren i stand til at tilgå indholdet on demand.⁹⁰ Da afhandlingens hovedfokus er at fastlægge retsstillingen for UGC-plattformen, der gør brugerne i stand til at tilgå indhold on demand, tager

⁸⁶ Se hertil Domstolens afgørelse i sag C-306/05 (SGAE) (herefter “SGAE-dommen”), pr. 31, hvor Domstolen udtalte at “(...) det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, der, således som bestemmelserne i direktiv 2001/29, ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning”. Se dertil Domstolens afgørelse i C-466/12 (Svensson) (herefter “Svensson-dommen”), pr. 41, hvor Domstolen udtalte, at begrebet ikke kan tillægges et videre anvendelsesområde, end hvad der følger af ISD. I samme retning Rosenmeier, Morten; Blomqvist, Jørgen m.fl. *Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for ”dansk ophavsret”?* i NIR, Bind 3, 2018, [s. 291-357], s. 298 og Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 48.

⁸⁷ Funke Medien-dommen, pr. 38 og 54.

⁸⁸ Se hertil afsnit 1.6., Domstolens afgørelse i sag C-753/18 (Stim og SAMI) (herefter “Stim og SAMI-dommen”), pr. 29, SGAE-dommen, pr. 35, samt Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterialret*. 2018, s. 132f.

⁸⁹ Lineære tjenester er karakteriseret ved at udsende indhold til modtagerne, der ikke tildeles en individuel kontrol over, hvor eller hvornår disse tilgår indholdet, jf. Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati, Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 3.

⁹⁰ *Ibid.*, s. 3-4.

analysen udgangspunkt i domme om sidstnævnte tjenester.⁹¹ Dette drejer sig særligt om *TPB-dommen*⁹².

I denne afgørelse fandt Domstolen, at internetplatformen thepiratebay.org (TPB) foretog en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1, selvom delingen af de ulovlige værker ikke blev foretaget af TPB eller lagret på platformens server, men direkte hos platformens brugere. *TPB-dommen* viderefortolker Domstolens hidtidige praksis om begrebet *overføring til almenheden*. Afgørelsen udgør derfor et væsentligt fortolkningsbidrag til forståelsen af udstrækningen af ISD art. 3, stk. 1 i gældende ret.

Selvom *TPB-dommen* ikke konkret omhandler en UGC-platform,⁹³ idet platformen åbenlyst var en pirattjeneste, omhandlede den en internetplatforms handlinger, og kan derfor være afgørende for UGC-platformens retsstilling ifølge gældende ret. Analysen tager derfor udgangspunkt i denne afgørelse, men vil ligeledes inddrage øvrig praksis om ikke-lineære tjenester, som *TPB-dommen* skal læses i sammenhæng med.

I den forbindelse er det først og fremmest relevant at præcisere de overordnede rammer for fortolkning for begrebet *overføring til almenheden* med henblik på at analysere *TPB-dommen*. På denne baggrund vil det blive vurderet, om Domstolens praksis og fortolkning af ISD art. 3, stk. 1, medfører, at en UGC-platform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden og dermed ifalde et direkte ansvar ISD art. 3, stk. 1.

2.2.1. Den overordnede fortolkningsramme

Først og fremmest har Domstolen fastslået, at ISD art. 3, stk. 1, tildeler ophavsmandens en præventiv ret, som gør det muligt for rettighedshaveren at forbyde brugere af værket at foretage en overføring.⁹⁴

⁹¹ Dette drejer sig navnlig om Domstolens afgørelse i Svensson-dommen, GS Media-dommen, C-527/15 (Stichting Brein I - Filmspeler) (herefter "Filmspeler-dommen"), C-610/15 (Stichting Brein II - The Pirate Bay) (herefter "TPB-dommen"), Renckhoff-dommen, C-263/18 (Tom Kabinet) (herefter "Tom Kabinet-dommen").

⁹² Domstolens afgørelse i sag C-610/15 (Stichting Brein II - The Pirate Bay). Ved anvendelsen af betegnelsen "TPB-dommen" i denne afhandling henvises der specifikt til Domstolens afgørelse i sagen mht. de præjudicielle spørgsmål stillet af den foreliggende ret. Ved anvendelse af betegnelsen "TPB-sagen" henvises der til sagen som helhed. Den samme systematik anvendes ved omtale af Domstolens øvrige sager/afgørelser.

⁹³ Som defineret i afsnit 1.3.

⁹⁴ GS Media-dommen, pr. 28, Filmspeler-dommen, pr. 25, Renckhoff-dommen, pr. 29, TPB-dommen, pr. 20.

Eftersom ISD art. 3, stk. 1 ikke nærmere definerer begrebet *overføring til almenheden*, har Domstolen gentagende gange præciseret, at betydningen og rækkevidden af begrebet skal fastlægges under hensyntagen til de mål, der forfølges med ISD, og til den sammenhæng, som den fortolkede bestemmelse indgår i. Med henvisning til 9. og 10. betragtning til ISD har Domstolen ligeledes bemærket, at det primære formål med dette direktiv er at indføre et højt beskyttelsesniveau for ophavsmænd, således at disse kan modtage et passende vederlag for anvendelsen af deres værker. Heraf følger det, at begrebet *overføring til almenheden* skal forstås i bred forstand, som det også fremgår af 23. betragtning til ISD.⁹⁵

Domstolen har desuden fastlagt, at begrebet *overføring til almenheden* indeholder to kumulative betingelser: 1) en overføring af et værk, og 2) som sker til almenheden, og det er fremhævet, at fortolkningen heraf “indebærer en individualiseret vurdering”.⁹⁶ Domstolen har dertil opstillet en række supplerende kriterier, der ikke er selvstændige, men indbyrdes forbundne. Kriterierne skal derfor anvendes individuelt som i forhold til deres samspil med hinanden, eftersom deres betydning varierer alt efter de konkrete omstændigheder.⁹⁷ Domstolen har bl.a. introduceret kriterierne afgørende rolle⁹⁸ og anden tekniske fremgangsmåde eller nyt publikum⁹⁹.

Ovenstående forhold udgør den grundlæggende ramme for Domstolens fortolkningen af ISD art. 3, stk. 1. I det følgende analyseres *TPB-dommen* med afsæt i denne fortolkningsramme.

2.2.2. C-610/15 (TPB-dommen)

2.2.2.1. De faktiske omstændigheder

TPB-dommen blev indledt af den hollandske rettighedshaverorganisation Stichting Brein. Organisationen nedlagde påstand om, at internetudbydere Ziggo BV og XS4ALL Internet BV skulle

⁹⁵ Svensson-dommen, pr. 17, GS Media-dommen, pr. 30, Filmspeler-dommen, pr. 26, Renckhoff-dommen, pr. 18, Tom Kabinet-dommen, pr. 48, og TPB-dommen, pr. 21-22.

⁹⁶ Svensson-dommen, pr. 16, GS Media-dommen, pr. 32, Filmspeler-dommen, pr. 29, Renckhoff-dommen, pr. 19, Tom Kabinet-dommen, pr. 61, og TPB-dommen, pr. 24.

⁹⁷ GS Media-dommen, pr. 34, Filmspeler-dommen, pr. 30 og TPB-dommen, pr. 25.

⁹⁸ GS Media-dommen, pr. 35, Filmsepler-dommen, pr. 31 og TPB-dommen, pr. 26.

⁹⁹ Svensson-dommen, pr. 24, GS Media-dommen, pr. 37, Filmspeler-dommen, pr. 33 og TPB-dommen, pr. 28.

pålægges at blokere adgangen til internetplatformen TPB, idet en væsentlig del af deres internetudbydere s abonnementer gjorde brug af TPB.

TPB var en BitTorrent-portal, der fungerede som en platform, hvorfra brugere af *peer-to-peer* netværket BitTorrent¹⁰⁰ kunne uploade og downloade .torrent-filer, og hvor disse filer blev indekseret.¹⁰¹ En .torrent-fil indeholder alene metadata om, hvor det bestemte indhold, som brugeren søger, lagres på en anden brugers computer.¹⁰² TPB lagrede derfor ikke det indhold (værket), som brugerne udvekslede, men etablerede alene en forbindelse mellem brugernes computere ved at lagre .torrent-filen og forvalte platformen.

Hovedparten af de .torrent-filer, der blev udbudt på TPB bestod af ophavsretligt beskyttede værker. Stichting Brein havde konkret givet oplysninger om, at 90-95% af disse filer var blevet delt uden rettighedshavernes tilladelse.¹⁰³

Som led i sagen rejste den forelæggende ret¹⁰⁴ præjudicielt spørgsmål for Domstolen om, hvorvidt en internetplatform foretager en overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1, når denne ikke selv lagrer beskyttede værker, men indeholder et system, hvorved meta-information om beskyttede værker, der befinder sig på brugernes computere, indekseres og kategoriseres således, at brugerne ved hjælp heraf kan spore og up- og downloade beskyttede værker ved bl.a. at anvende søgemaskinefunktionen på platformen.¹⁰⁵ Sagens omdrejningspunkt var således, om TPB foretog en selvstændig overføring til almenheden ved at stille platformen til rådighed for sine brugere.

¹⁰⁰ Gennem BitTorrent kunne brugerne dele filer uafhængigt af en hovedserver til oplagring af disse filer, og protokollen blev derfor brugt af brugere, som ønskede at gøre filer, herunder beskyttede værker, tilgængelige for andre brugere.

¹⁰¹ Kryczka, Michal; Cuevas, Rubén m.fl. *Measuring BitTorrent Ecosystem: Techniques, Tips and Tricks* i IEEE Communications Magazine, September 2011, [s. 144-152], s. 144.

¹⁰² Ibid., s. 144-145.

¹⁰³ Se Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar i sag C-610/15 (Stichting Brein II - The Pirate Bay) (herefter "Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen"), pkt. 23.

¹⁰⁴ Hoge Raad der Nederlanden, som er Hollands øverste domstol, jf. TPB-dommen, pr. 15.

¹⁰⁵ TPB-dommen, pr. 17.

2.2.2.2. Overføring

Indledningsvist fastslog Domstolen, at det er tilstrækkeligt for, at der foreligger en overføring, at almenheden får adgang til et værk på et individuelt valgt sted og tidspunkt, uanset om almenheden faktisk udnytter muligheden.¹⁰⁶

Med henblik på at vurdere, om en internetplatform har foretaget en overføring, er det ifølge Domstolen nødvendigt, at denne spiller en “afgørende rolle”.¹⁰⁷ Internetplatformen foretager herefter en overføring, “når han med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give sine kunder adgang til et beskyttet værk, og navnlig når den pågældendes kunder ikke ville kunne få adgang til værket *eller ville have haft vanskeligt ved at få adgang til værket*, hvis han ikke havde foretaget denne handling” (vores kursivering).¹⁰⁸ Sammenholdt med tidligere praksis, udvider Domstolen udstrækningen af, hvornår en mellemmands handlinger udgør en afgørende rolle ved at tilføje udtrykket “*eller ville have haft vanskeligt ved*” (vores kursivering).¹⁰⁹

Med henvisning til tidligere praksis¹¹⁰ bemærkede Domstolen ligeledes, at “*enhver handling, hvorved en bruger – på et fuldt oplyst grundlag – giver sine kunder adgang til beskyttede værker, vil kunne udgøre en overføring*” (vores kursivering).¹¹¹

Domstolen fastslog herefter, at de beskyttede værker via TPB blev stillet til rådighed af brugerne af denne platform, således at disse havde adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.¹¹² I den forbindelse fremhævede Domstolen, at det ikke var TPB, der stillede de beskyttede værker til rådighed, men alene dennes brugere.¹¹³ Imidlertid var Domstolen af den opfattelse, at TPB ved forvaltning af platformen med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirkede til at

¹⁰⁶ Ibid., pr. 31, der henviser til Filmspeler-dommen, pr. 36 og den deri nævnte praksis.

¹⁰⁷ Ibid., pr. 26.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Se f.eks. GS Media-dommen, pr. 35 og Filmspeler-dommen, pr. 31, der definerede begrebet *afgørende rolle* som en person, der “med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give sine kunder adgang til et beskyttet værk, og navnlig når den pågældendes kunder *i princippet ikke ville have haft adgang til værket, hvis han ikke havde foretaget denne handling*” (vores kursivering).

¹¹⁰ Domstolen henviser bl.a. til praksis om linking, herunder Svensson-dommen, GS media-dommen og Filmspeler-dommen, jf. pr. 32 og 33.

¹¹¹ TPB-dommen, pr. 34, der henviser til Filmspeler-dommen, pr. 36 og den deri nævnte praksis.

¹¹² Ibid., pr. 35.

¹¹³ Ibid., pr. 36.

give adgang til beskyttede værker ved at indeksere og identificere .torrents-filerne på en sådan måde, at brugerne af platformen kunne lokalisere værker og dele dem inden for rammerne af et peer-to-peer-netværk. Domstolen anførte, at uden en sådan forvaltning, kunne værkerne ikke deles af brugerne, eller at det i det mindste ville “være mere komplekst at dele dem på internettet”.¹¹⁴ Dermed fandt Domstolen, at TPB spillede “en uomgængelig rolle i tilrådighedsstillelsen af de omhandlede værker”.¹¹⁵

Endelig afviste Domstolen, at TPB begrænsede sig til at foretage den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter som omhandlet i 27. betragtning til ISD. Domstolen henviste i den forbindelse til, at TPB – udover en søgemaskine – tilbød et indeks, der kategoriserede værker på baggrund af værkernes art, genre eller popularitet, og at den korrekte placering af et værk blev kontrolleret af TPB. Derudover fremhævede Domstolen, at TPB slettede .torrent-filer, som var forældede eller indeholdt fejl, og aktivt frasorterede visse former for indhold.¹¹⁶

På baggrund af disse betragtninger konkluderede Domstolen, at TPB foretog en overføring i henhold til ISD art. 3, stk. 1.¹¹⁷

Af ovenstående kan det udledes, at Domstolen udvider overførbegrebet således, at enhver handling, der alene gør det *nemmere for andre at få adgang til værker og dele dem*, kan være omfattet af anvendelsesområdet for ISD art. 3, stk. 1, da platformen herved spiller en *afgørende rolle*. Dette er tilfældet, når en internetplatform indekserer, kategoriserer og tilbyder en søgemaskinefunktion af .torrents-filer, der alene *henviser* brugeren til, hvor værket kan tilgås, da det gør det mindre vanskeligt for brugerne at få adgang til værket. Domstolens fortolkning af bestemmelsen tyder derfor på, at en overføringshandling i form af tilrådighedsstillelse on demand ikke forudsætter, at internetplatformen foretager en *transmission* af værket ved, at selve værket fremgår på platformen.¹¹⁸

¹¹⁴ Ibid., pr. 36.

¹¹⁵ Ibid., pr. 37.

¹¹⁶ Ibid., pr. 38.

¹¹⁷ Ibid., pr. 39.

¹¹⁸ Denne omstændighed er af *Koo* blevet beskrevet som en “access approach” (adgangs-tilgang). Dette indebærer, at “any use of a work that allows an individual to interact with that work can amount to an act of ‘communication’”. Therefore, there is no need for the work to be actually transmitted or even present, as is the case with hyperlinking and torrent files that merely take the user to the location where the work can be accessed”, jf. Koo, Justin. *The Right of*

Derudover illustrerer *TPB-dommen* sammenholdt med tidligere praksis, at det ved sondringen mellem en overføringshandling, der falder inden for ISD, art. 3, stk. 1, eller den “blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter” ikke længere er afgørende, om platformen aktivt tilføjer henvisning til værket på platformen. I *GS Media-dommen*¹¹⁹, havde udbyderen af hjemmesiden selv placeret hyperlinks til krænkende fotografier. Tilsvarende i *Filmspeler-dommen*¹²⁰ havde sælgeren af en medieafspiller selv forudinstalleret add-ons med hyperlinks til andres streamingwebsteder, hvor beskyttede værker var frit tilgængelige med eller uden rettighedshaverens samtykke. Fælles for disse sager var, at udbyderen af tjenesterne spillede en mere aktiv rolle, der udelukkede dem fra 27. betragtnings anvendelsesområde, idet de selv tilføjede de links eller add-ons, som henviste til de ulovlige værker.¹²¹

Opsummerende medfører *TPB-dommen*, at en internetplatform, der ikke lagrer de beskyttede værker på platformens server, og som heller ikke selv har tilføjet henvisninger på platformen til disse værker, ikke kan anses som passiv formidler omfattet i 27. betragtning til ISD, når de tilbyder søgemaskinefunktion, indekserer og kategoriserer indholdet, samt fører en kontrol af indholdet. I sådanne tilfælde begrænser platformen sig ikke til den “blotte tilrådighedsstillelse” af fysiske faciliteter, men spiller i virkeligheden en afgørende rolle, og foretager derfor en selvstændig overføring som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1.

2.2.2.3. Almenheden

For at TPB’s handlinger kunne anses som en “overføring til almenheden”, skulle overføringen herefter rent faktisk være sket til en “almenhed”.¹²²

I den forbindelse præciserede Domstolen, at begrebet *almenhed* indeholder en minimumsgrænse. Minimumsgrænsen udelukker, at en tilgængeliggørelse for en lille eller ubetydelig gruppe af personer kan udgøre en almenhed. Med henvisning til tidligere praksis bekræftede Domstolen ligeledes, at den

Communication to the Public in EU Copyright Law. 2019, s. 69. Konsekvenserne ved denne tilgang vil blive belyst i afsnit 2.4.

¹¹⁹ Domstolens afgørelse i sag C-160/15 (*GS Media*).

¹²⁰ Domstolens afgørelse i sag C-527/15 (*Stichting Brein I - Filmspeler*).

¹²¹ Koo, Justin. *Away we Ziggo* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 7, [s. 542-551], s. 545.

¹²² *TPB-dommen*, pr. 40.

kumulative virkning af, at værkerne stilles til rådighed, skal tages i betragtning. Det vil sige, at det skal vurderes, hvor mange personer, der har adgang til det samme værk, ikke kun sideløbende, men ligeledes efter hinanden.¹²³

TPB blev benyttet af mange millioner af “peers”, der til enhver tid og simultant havde adgang til værkerne. Domstolen lagde derfor til grund, at overføringen som “minimum” var rettet mod disse, og derfor sket overfor et ubestemt antal potentielle modtagere og betydeligt antal personer.¹²⁴ Domstolen fandt på denne baggrund, at værkerne blev overført til en *almenhed*.

På den baggrund vendte Domstolen sig mod spørgsmålet om, hvorvidt værkerne blev overført til et nyt publikum.

2.2.2.4. Nyt publikum

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt værkerne blev overført til et nyt publikum, skal anvendelsen af dette kriterie forstås i lyset af tidligere praksis. Domstolen har fastslået, at når rettighedshaveren *har* givet forudgående tilladelse til tilgængeliggørelse af værket, er der tale om et nyt publikum, hvis modtagerne er et publikum, som rettighedshaveren ikke havde taget i betragtning, da de tillod den første overføring til almenheden af deres værk.¹²⁵

Er et værk tilgængeliggjort *uden* forudgående samtykke, har Domstolen i *GS Media-dommen* fastslået, at der er tale om et nyt publikum, når mellemmanden havde kendskab til, at der var tale om ulovlige værker.¹²⁶

I *TPB-dommen* var der tale om ulovlige værker, hvorfor det afgørende moment for, om der var tale om nyt publikum, var, hvorvidt TPB havde kendskab til, at den gav adgang til værker, som var blevet delt uden rettighedshavernes tilladelse.¹²⁷

¹²³ Ibid., pr. 41, som henviser til Filmspeler-dommen, pr. 44 og den deri nævnte praksis.

¹²⁴ Ibid., pr. 42.

¹²⁵ Svensson-dommen og Domstolens afgørelse i sag C-348/13 (BestWater) (herefter “BestWater-dommen”), jf. GS Media-dommen, pr. 40.

¹²⁶ GS Media-dommen, pr. 44-53.

¹²⁷ TPB-dommen, pr. 45.

Domstolen anførte *dels*, at TPB “var blevet oplyst om”, at platformen gav adgang til værker uden rettighedshavernes tilladelse, *dels*, at der på TPB var blogs og fora, som ”åbenlyst gav udtryk for”, at TPB havde til formål at stille de ulovlige værker til rådighed for brugerne og opfordrede brugerne til at lave kopier af værkerne. Dertil fremhævede Domstolen, at TPB ikke kunne “være uvidende om”, at platformen gav adgang til ulovlige værker henset til, at “en meget stor del af de torrents-filer, der findes på (...) TPB, henviser til værker, der er offentliggjort uden tilladelse fra rettighedshaverne.”¹²⁸ På denne baggrund fastslog Domstolen, at der forelå en overføring til et nyt publikum.¹²⁹

Domstolen fremhævede afsluttende, at TPB handlede med vinding for øje, idet TPB generede “anseelige reklameindtægter”.¹³⁰

På denne baggrund konkluderede Domstolen, at TPB havde foretaget en *overføring til almenheden* efter ISD art. 3, stk. 1.¹³¹

Det følger af ovenstående, at en internetplatform foretager en overføring til et nyt publikum, og dermed en selvstændig overføring til almenheden, når platformen har kendskab til indholdets ulovlige karakter og en *hensigt* om at udnytte ophavsmandens ret ved at give dennes brugere adgang til ulovlige værker. Hvorvidt der er tale om et publikum, som indehaverne af ophavsrettigheden ikke tog i betragtning, da de tillod den oprindelige overføring (nyt publikum), afhænger derfor af vurderingen af kendskabet og hensigten.

I tidligere praksis, der omhandlede værker, som er offentliggjort uden forudgående tilladelse, har Domstolen anvendt en afkræftelig formodningsregel til at fastslå mellemmandens kendskab. Ifølge denne formodningsregel forventes den person, som handler med vinding for øje, at have foretaget den nødvendige kontrol for at sikre sig, at det omhandlede værk ikke ulovligt er offentliggjort på internettet. Det formodes derfor i sådanne situationer, at mellemmanden vidste eller burde vide, om

¹²⁸ Ibid., pr. 45. Ifølge Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 23, var der tale om at 90-95% af indholdet, som via TPB blev distribueret uden rettighedshaverens samtykke.

¹²⁹ Ibid., pr. 45.

¹³⁰ Ibid., pr. 46.

¹³¹ Ibid., pr. 47-48.

værket er ulovligt tilgængeliggjort.¹³² Med andre ord er formodningsreglen udtryk for en omvendt bevisbyrde, idet det påhviler mellemmanden at afkræfte denne formodning ved at godtgøre, at vedkommende har foretaget den nødvendige kontrol.

Det er uklart, om Domstolen anvendte denne formodningsregel i *TPB-dommen*. Dette skyldes *dels*, at Domstolen ikke eksplicit henviste hertil, *dels*, at Domstolen på trods af henvisningen til, at TPB handlede med vinding for øje, ikke anvendte denne omstændighed som en formodning om kendskabet.

Selvom Domstolen ikke eksplicit henviste til formodningsreglen, skal det ifølge *Rosati* imidlertid ikke tolkes sådan, at Domstolen ikke anvendte formodningen.¹³³ Domstolen fremhævede det at handle med vinding for øje i præmis 46 efter vurderingen af kendskab i præmis 45. På denne baggrund fastslog Domstolen i præmis 47, at TPB foretog en overføring til almenheden. Ud fra måden, hvorpå Domstolen har struktureret sin argumentation på, synes Domstolen at knytte sin præmis om, at TPB handler med vinding for øje, til præmissen om kendskabskravet. På denne baggrund kan det antages, at Domstolen implicit anvendte formodningsreglen. Hvis dette ikke var tilfældet, vil det ifølge *Rosati* være vanskeligt at forstå betydningen af at inddrage den omstændighed, at TPB handler med vinding for øje i forlængelse af vurderingen af TPB's kendskab. *Rosati* understøtter sin fortolkning med, at Domstolen i sin vurdering af TPB's kendskab henviste til *Filmspeler-dommens* præmis 50, hvori hun lægger til grund, at Domstolen anvendte formodningen.¹³⁴

Der kan imidlertid sættes spørgsmålstegn ved, om formodningsreglen overhovedet blev anvendt i *Filmspeler-dommen*. *Rosati* synes ikke at tage højde for dette spørgsmål i sin argumentation. Det er korrekt, at Domstolen i *Filmspeler-dommens* præmis 49 henviser til formodningsreglen som introduceret i *GS Media-dommen*, og dermed bekræfter formodningsreglen. Selvom det i *Filmspeler-dommen* blev konstateret, at salget af den omhandlede medieafspiller skete med vinding for øje, anvendte Domstolen imidlertid ikke denne omstændighed som en *formodning* om kendskab. Ligesom i *TPB-dommen* inddrages mellemmandens vinding for øje tværtimod som en konstatering og uden, at

¹³² GS Media-dommen, pr. 51.

¹³³ Rosati, Eleonora. *The Direct Liability of Online Intermediaries for IPR infringements* i Stockholm Intellectual Property Review, Volume 3, Issue 1. Juni 2020, [s. 16-25]. s. 20-21.

¹³⁴ Ibid.

der opstilles formodning om kendskab på baggrund heraf.¹³⁵ Derfor må den økonomiske hensigt fortolkes således, at den ikke skaber en formodning om kendskab, men alene er et indicium herfor. Denne fortolkning af vinding for øje understøttes desuden af, at Domstolen gentagende gange har fremhævet det forhold, at en overføring sker med vinding for øje ikke har afgørende betydning, men ikke er uden relevans.¹³⁶ Dette forklarer, hvorfor Domstolen har valgt at inddrage denne omstændighed efter vurderingen af kendskabet. Som fremhævet i afsnit 2.2.1. anvendes de supplerende kriterier forskelligt afhængigt af sagens konkrete omstændigheder, hvilket også forklarer, hvorfor Domstolens ikke konsistent anvender vinding for øje som en formodning om kendskabet.

Det kan på baggrund af ovenstående derfor gøres gældende, at Domstolens henvisning til *Filmspelerdommen* alene skal forstås som en bekræftelse af betydningen af kendskabskravet, og ikke formodningsreglen. Konsekvensen heraf er, at kendskab bliver afgørende for, om en internetplatform kan anses for at foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1.¹³⁷ Ud fra det faktum, at formodningsreglen herefter ikke er blevet fremhævet eller anvendt i andre sager end hyperlinking, kan det lægges til grund, at formodningsreglens anvendelsesområde er begrænset til sager om hyperlinking.¹³⁸

Spørgsmålet er herefter, om kendskabskravet forudsætter viden om, at der er begået *konkrete* krænkelse af ophavsretten, eller om et *generelt* kendskab hertil er tilstrækkeligt.

Som beskrevet ovenfor, var TPB blevet oplyst om, at platformen gjorde det nemmere at få adgang til ulovlige værker, og at de, i forhold til den omstændighed, at en meget stor del af det indhold, der fandtes på platformen, henviste til sådanne værker, under alle omstændigheder “ikke kunne være uvidende” herom. På denne baggrund fandt Domstolen, at kendskabskravet var opfyldt. Det kan heraf udledes, at kendskabskravet alene forudsætter, at en mellemmand burde have vidst, at dennes

¹³⁵ Filmspelerdommen, pr. 51.

¹³⁶ Se bl.a. Filmspelerdommen, pr. 34, og TPBdommen, pr. 29.

¹³⁷ Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, 56.

¹³⁸ Ginsburg, Jane C. *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*. 2017, s. 6-7 og Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommande i Rosati, Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 12.

platform blev anvendt til ulovligt at dele beskyttede værker. Det vil sige, at det ikke er nødvendigt at godtgøre, at mellemmanden har viden om konkrete krænkelse af ophavsretten.

Uanset ovenstående kan det ikke ignoreres, at TPB åbenlyst gav udtryk for, at de havde til *hensigt* at udnytte ophavsmandens ret. Hensigten eller intentionen må således indgå i den samlede vurdering af, om der er tale om et nyt publikum, og dermed, om der er tale om en selvstændig overføring til almenheden.

2.2.2.5. Delkonklusion

Baseret på ovenstående gennemgang af *TPB-dommen* kan det sammenfattende udledes, at Domstolen har udvidet overføringsbegrebet således, at internetplatforme, som hverken iværksætter delingen af eller hoster de beskyttede værker, men derimod alene henviser til sådanne værkers placering, kan foretage en selvstændig overføring. Det er heller ikke afgørende, om platformen aktivt har tilføjet denne henvisning, som det var tilfældet i *Filmspeler-dommen* og *GS Media-dommen*. Det er imidlertid en forudsætning, at platformen spiller en *afgørende rolle* i forbindelse med tilrådighedsstillelsen af værkerne. Dette vil være tilfældet, når platformen indekserer og kategoriserer metadata og fører kontrol hermed samt tilbyder søgemaskinefunktioner, der gør det nemmere for brugerne at dele de pågældende værker. Disse forhold medfører også, at platformen ikke kan anses som passiv formidler efter 27. betragtning til ISD.

Overføringen skal herefter være rettet mod en *almenhed*, hvilket som minimum skal udgøre et ubestemt antal potentielle modtagere og et betydeligt antal personer. Dette er tilfældet, når et værk gøres tilgængeligt på internettet.

Selvom det kan konstateres, at en platform foretager en overføringshandling, og at denne overføring sker til en almenhed, er der ikke nødvendigvis tale om en *overføring til almenheden* som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1. I den forbindelse synes Domstolen at tillægge kriteriet om *nyt publikum*, herunder om platformen har et kendskab til og en intention om at give adgang til de ulovlige værker, en særlig vægt. Ligeledes bliver det at handle med vinding for øje inddraget som et indicium for platformens kendskab, men ikke som formodning om dennes kendskab.

2.3. Kan en UGC-plattform selvstændigt foretage en overføring til almenheden?

På baggrund af ovenstående gennemgang kan det konkluderes, at retsstillingen for internetplatforme, som deler samme egenskaber og karakteristika som TPB, er afklaret.

Fortolkning af ISD art. 3, stk. 1 forudsætter som nævnt en individualiseret vurdering afhængigt af de konkrete omstændigheder. Henset til, at *TPB-dommen* vedrører en åbenlys pirattjeneste, kan den derfor alene give et fingerpeg på, hvordan de supplerende kriterier kan fortolkes eller bør anvendes i forhold til en UGC-plattform, der ikke har til hovedformål at fremme piratkopiering.¹³⁹ Som forklaret i afsnit 2.2, kan *TPB-dommen* imidlertid have en afgørende betydning for, om en UGC-plattform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden, idet dommen omhandler en internetplatform.

Med afsæt i disse betragtninger vil det blive vurderet, om en UGC-plattform på baggrund af Domstolens fortolkning kan foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1.

2.3.1. Overføring

For det første er der tale om en overføring, når værker gøres tilgængelige på en sådan måde, at brugerne af platformen har adgang til disse på et individuelt valgt sted og tidspunkt uanset om brugerne udnytter denne mulighed eller ej. Når en video uploades på en UGC-plattform som YouTube, kan videoen som udgangspunkt streames af enhver on demand. Det er således det klare udgangspunkt, at enhver på et individuelt valgt sted og tidspunkt har adgang til værker, der deles på en sådan UGC-plattform.

Dernæst vil det at give adgang til beskyttede værker kunne udgøre en overføring, selvom det ikke er internetplatformen selv, der har uploadet værket, hvis platformen spiller en afgørende rolle. Som det blev udledt af *TPB-dommen* kan enhver handling, som medvirker til at brugerne får adgang til værkerne og nemmere kan udveksle dem, bevirke, at internetplatformen spiller en afgørende rolle. Det er imidlertid uklart, om samtlige handlinger, som en UGC-plattform kan foretage, medfører, at platformen spiller en afgørende rolle.

¹³⁹ Se definitionen af UGC-platforme i afsnit 1.3.

I *TPB-dommen* spillede TPB en afgørende rolle, da TPB gjorde det nemmere for sine brugere at få adgang til ulovlige værker gennem indeksering og kategorisering af .torrent-filerne samt tilbud af en søgemaskinefunktion således, at brugerne kunne lokalisere værkerne. Det kan derfor ikke udelukkes, at en UGC-plattform, der foretager disse handlinger, spiller en afgørende rolle.

Imidlertid må *TPB-dommen* læses i den sammenhæng, den indgik i. I *TPB-dommen* henviste Domstolen til *generaladvokat Szpunars* forslag til afgørelse.¹⁴⁰ I dette forslag fremhævede generaladvokaten, at selvom det teoretisk set er muligt at finde de filer, der tilbydes via TPB (uden at anvende TPB), fører søgningen efter sådanne filer i praksis generelt til en side som TPB, eller til en side, der samler oplysninger fra flere peer-to-peer-netværk. TPB er således "i praksis uundgåelig for disse netværks funktion, i hvert fald for en gennemsnitlig internetbruger".¹⁴¹ Med andre ord ville det være meget komplekst og mindre effektivt at anvende peer-to-peer-netværket uden TPB, der gjorde det muligt for brugerne at få adgang til værker, som var stillet til rådighed af andre brugere.¹⁴² Disse omstændigheder medførte, at TPB spillede en uomgængelig rolle. Domstolens konklusion om, at TPB spillede en afgørende rolle, knytter sig derfor til TPB's særlige funktion og relation til peer-to-peer-netværk.

Det kan derfor overvejes, om en UGC-plattforms tilrådighedsstillelse af platformen, indeksering og kategorisering af det brugergenererede indhold samt tilbud af en søgemaskinefunktion, er nødvendig eller gør det nemmere for brugerne at lokalisere og dermed få adgang til beskyttede værker og dele dem.

For det første kan det gøres gældende, at en UGC-plattform kan have en særlig relation til anvendelsen af internettet, og hvordan brugere deler filer via internettet. Platforme som YouTube anvendes af over 2 milliarder brugere, hvilket svarer til cirka en tredjedel af alle internetbrugere.¹⁴³ For den gennemsnitlige internetbruger, der ønsker at tilgå et bestemt video- eller musikværk, vil søgningen på sådanne værker føre til YouTube, som samler dem på én platform. Populariteten af denne platform

¹⁴⁰ TPB-dommen, pr. 36, der omhandler Domstolens stillingtagen til TPB's afgørende rolle. Domstolen henviste i denne forbindelse til Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 50.

¹⁴¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 27.

¹⁴² Ibid., pkt. 50.

¹⁴³ Youtube. *Youtube for Press*. <https://www.youtube.com/about/press/> (sidst tilgået 8/11/2020).

understøtter den særlige rolle, som YouTube spiller, når en internetbruger vil dele eller tilgå sådanne værker. For en gennemsnitlig bruger, vil adgang til den slags værker være mere kompleks eller mindre effektiv, såfremt YouTube ikke gav denne adgang.

For det andet findes der ofte en stor mængde af indhold på UGC-platformer.¹⁴⁴ Uden en UGC-platforms forvaltning af dette indhold i form af indeksering og kategorisering samt tilbud af en søgemaskinefunktion, ville brugerne skulle foretage en manuel gennemgang af indholdet for at lokalisere dét værk, de søger. Det er således åbenbart, at en UGC-plattform, der tilbyder en platform med disse funktioner og foretager disse handlinger, gør det mindre vanskeligt for brugerne at få adgang til beskyttede værker.

For det tredje lagres uploadede værker på UGC-platformens server, hvorfor det kan fremgå direkte på UGC-platformen, modsat TPB, der alene lagrede metadata, som henviste til de pågældende værkers placering. En UGC-plattform er derfor mere involveret i tilgængeliggørelsen af værket sammenlignet med TPB. Dette taler således for, at UGC-platforme i højere grad gør det nemmere for internetbrugerne at få adgang til værkerne, da de ikke skal igennem flere tekniske trin for at få denne adgang.¹⁴⁵

Endelig kan det gøres gældende, at en UGC-plattform ikke begrænser sig til at stille fysiske faciliteter til rådighed, men derimod overskrider rollen som mellemmand, der følger af 27. betragtning. I *TPB-dommen* var det tilstrækkeligt, at TPB forvaltede platformen, indekserede og kategoriserede indholdet og førte kontrol hermed, bl.a. ved at slette filer og aktivt frasortere visse former for indhold.¹⁴⁶ Domstolen tog i *TPB-dommen* ikke konkret stilling til, om det alene er en manuel kontrol, eller om en automatisk og algoritmebaseret kontrol ligeledes vil resultere i, at platformen ikke begrænser sig til at stille fysiske faciliteter til rådighed efter 27. betragtning til ISD. Der er holdepunkter for, at platformen kan spille en afgørende rolle selv ved automatiske handlinger. I vurderingen inddrog

¹⁴⁴ Eksempelvis offentliggøres der næsten 500 timers video hvert minut på YouTube, jf. en udtalelse fra direktøren af YouTube i et interview med 60 Minutes på CBS: Stahl, Lesley. *How does YouTube handle the site's misinformation, conspiracy theories and hate?*. 1. december 2019 <https://www.cbsnews.com/news/is-youtube-doing-enough-to-fight-hate-speech-and-conspiracy-theories-60-minutes-2019-12-01/> (sidst tilgået 10/11/2020).

¹⁴⁵ At anvende TPB forudsætter, ud over en internetadgang og en internetbrowser, download af BitTorrent applikation til brugerens computer. Dette er ikke påkrævet for at tilgå værker på f.eks. YouTube, hvor videoen kan afspilles direkte fra internetbrowseren.

¹⁴⁶ TPB-dommen, pr. 38.

Domstolen som nævnt den omstændighed, at TPB slettede .torrent-filer, som var forældede eller indeholdte fejl, selvom der var tale om en automatisk proces, som blev udført på baggrund af en algoritme.¹⁴⁷ Ud fra dommens kontekst, kan det derfor gøres gældende, at uanset om handlingerne udføres automatisk eller manuelt af platformen, kan det derfor udgøre en handling, der overskrider 27. betragtning, hvilket resulterer i at platformen spiller en afgørende rolle.¹⁴⁸

Baseret på Domstolens fortolkning af overførbegrebet, kan det lægges til grund, at en UGC-platform kan spille en afgørende rolle, som ikke begrænser sig til den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, hvilket indebærer, at platformen kan foretage en overføring efter af ISD art. 3, stk. 1.

2.3.2. Almenhed

Overføring skal herefter ske til en *almenhed*. Dette kræver som nævnt, at minimumsgrænsen er overskredet, idet en lille eller ubetydelig gruppe af personer ikke kan udgøre en almenhed.

Når der er tale om en UGC-platform, som alle internetbrugere i princippet har adgang til, vil kriteriet almindeligvis være opfyldt.¹⁴⁹ Når et værk offentliggøres på en sådan UGC-platform vil enhver aktuel eller potentielt besøgende på platformen til enhver tid og simultant have adgang til værket.¹⁵⁰ Det kan derfor lægges til grund, at værket gøres tilgængeligt for en almenhed.

¹⁴⁷ Ibid. smh. med en af medstifterne til TPB's udtalelse ved den nationale straffesag i Sverige, jf. Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009 i sagsnr. B 13301-06, s. 42-43, hvoraf det følgende fremgår: "The Pirate Bays policy var – och är – att det är användarna som förfogar över torrentfilerna på webbplatsen. Detta lägger sig företrädare för The Pirate Bay inte i. Det enda man tog bort från The Pirate Bay var de torrentfiler mot vilka det framfördes klagomål från användarna om att innehållet inte stämde överens med beskrivningen. Det var moderatoreerna på The Pirate Bay som gjorde detta. Man tog även bort barnpornografiskt material från webbplatsen. De gjorde alltid först en polisanmälan och om polisen sedan beordrade dem att ta bort materialet så har de också gjort det. Vidare togs torrentfiler som inte laddades ner bort genom en automatisk process."

¹⁴⁸ Se i samme retning Rosati, Eleonora. *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*. 2017, s. 11.

¹⁴⁹ Se hertil Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 39.

¹⁵⁰ Det er f.eks. muligt at dele en privat YouTube-video eller et privat Facebook-opslag. I 2018 havde YouTube og Facebook hhv. 1.8 og 2 milliarder daglige brugere, jf. Gilbert, Ben. *YouTube now has over 1.8 billion users every month, within spitting distance of Facebook's 2 billion*. 4. maj 2018. <https://www.businessinsider.com/youtube-user-statistics-2018-5?r=US&IR=T> (sidst tilgået 12/11/2020).

2.3.3. Nyt publikum

Overføring skal ligeledes ske til et *nyt publikum*. Dette er tilfældet, når internetplatformen har kendskab til den omstændighed, at den giver adgang til ulovlige værker. I den forbindelse er det ikke nødvendigt at godtgøre, at platformen har kendskab til konkrete ophavsretskrænkelser. Som nævnt kan platformen ligeledes ifalde ansvar for at have et generelt kendskab til den omstændighed, at brugere anvender deres platform til ulovligt at dele beskyttede værker – navnlig, når den offentligt og åbenlyst tilkendegiver at have en hensigt om at udnytte ophavsmandens eneret. Vurderingen af, hvornår en UGC-platform kan antages at have det fornødne kendskab, er herefter afgørende for, om platformen kan foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1.

Fornødent kendskab

I *TPB-dommen* lagde Domstolen dels vægt på, om platformen var blevet oplyst om, at den generelt gav adgang til ulovlige værker, dels mængden af det ulovlige indhold. På TPB bestod mere end 90% af de filer, som TPB gav adgang til, af ulovlige værker¹⁵¹. I *Filmspeler-dommen* gjorde udbyderen ligeledes en betydelig mængde ophavsretskrænkende indhold tilgængeligt – lidt over halvdelen.¹⁵² Dette taler for, at vurderingen af generelt kendskab er forholdsvis streng, således at indholdet på en UGC-platform i overvejende grad eller udelukkende skal bestå af ulovligt indhold, før platformen kan anses for at have et fornødent kendskab. Afgørelserne har imidlertid åbnet op for, at en platform, der består af både lovlige og ulovlige værker, efter omstændighederne kan anses for at have det fornødne kendskab.

Hvis en UGC-platform, som det var tilfældet i *TPB-dommen*, er blevet oplyst om, at der generelt findes krænkende værker på platformen, taler det for, at denne kan have det fornødne kendskab. Dertil taler det for, at en UGC-platform kan have et fornødent kendskab, at ulovlige værker, når de er frit tilgængelige på en UGC-platform, vil fremgå *på* UGC-platformen, og platformen lagrer værkerne på deres server. Til sammenligning lagrede TPB alene metadata om værkerne, men Domstolen fandt alligevel, at TPB havde tilstrækkeligt kendskab.

¹⁵¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 75.

¹⁵² 14 ud af 23 add-ons linkede til ulovlige værker, jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse i Filmspeler-sagen, pkt. 18.

Hvis det også kan konstateres, at en UGC-platform handler med vinding for øje, f.eks. gennem reklameindtægter, som det var tilfældet med TPB, vil dette ikke skabe en formodning, men tale for, at denne havde det fornødne kendskab til, at de gav adgang til værker, som er tilgængeliggjort uden rettighedshaverens samtykke. Platforme som Facebook og YouTube vil uden tvivl blive anset for at have “anseelige reklameindtægter”, der gør, at de anses for at handle med vinding for øje.¹⁵³ Det er derfor nærliggende at konkludere, at de har det fornødne kendskab.

På baggrund af ovenstående kan det ikke udelukkes, at en UGC-platform efter omstændighederne kan have det fornødne kendskab til, at de giver adgang til ulovlige værker, selvom platformens indhold kun delvist består af ulovligt materiale.

Hensigt eller intention

Det kan imidlertid ikke ignoreres, at selvom internetplatformen i *TPB-dommen* blev pålagt et ansvar på baggrund af et generelt kendskab, så havde denne *åbenlyst* givet udtryk for, at denne havde til hensigt at udnytte ophavsmandens ret ved at give dennes brugere adgang til ulovlige værker.

UGC-platformen har ikke en sådan åbenlys hensigt, da det ikke er dens hovedformål at engagere sig i eller fremme piratkopiering af ophavsretligt beskyttet materiale.¹⁵⁴ Dette giver anledning til en række overvejelser i forhold til UGC-platformens retsstilling.

Det kan gøres gældende, at *TPB-dommen* skal fortolkes således, at generelt kendskab kun er tilstrækkeligt til at gøre en platform direkte ansvarlig i de situationer, hvor denne har en eksplicit hensigt om at udnytte ophavsmandens ret. Omvendt udelukker *TPB-dommen* ikke nødvendigvis, at generelt kendskab også ville kunne ansvarliggøre platformen i andre sammenhænge, hvor denne ikke har en eksplicit hensigt. Spørgsmålet er herefter, om generelt kendskab i sig selv (uden intention) ville være tilstrækkeligt til at pålægge UGC-platformen et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1.

¹⁵³ Facebook Inc. generede en indkomst på baggrund af reklameindtægter på \$ 18,3 milliarder i andet kvartal af 2020, hvilket svarede til 98% af Facebooks samlede indkomst. Se Facebook Inc. Form 10-Q kvartalsrapport. Juni 2020, s. 15. YouTube omsatte sidste år for 95,7 milliarder kroner i annoncer. Se Torp, Thea og Uhre, Marcus. *Google profiterer på filmtyve*. Filmmagasinet Ekko. August 2020. <https://www.ekkofilm.dk/artikler/google-profiterer-pa-filmtyve/> (sidst tilgået 19/11/2020).

¹⁵⁴ Se definitionen i afsnit 1.3.

Ophavsretten skal respektere de grundlæggende rettigheder ved at bevare en *rimelig balance* mellem ophavsmandens eneret og brugernes rettigheder og interesser samt almenhedens interesser.¹⁵⁵ Ved vurderingen af, om en UGC-platform kan pålægges et direkte ansvar ud fra generelt kendskab alene, skal de grundlæggende rettigheder og modsatrettede interesser, som fremhævet i afsnit 1.7., derfor inddrages i afvejningen.¹⁵⁶

Hensynet til brugernes ytrings- og informationsfrihed, og platformens frihed til at drive virksomhed for en platform som TPB, kan næppe være tungtvejende, idet der er tale om åbenlys pirattjeneste. Hvad angår en UGC-platform er spørgsmålet mere komplekst. Disse platforme anvendes efter omstændighederne både til lovlige, (ligefrem samfundsmæssige¹⁵⁷) og ulovlige formål.

På den ene side synes det rimeligt begrundet at underlægge en UGC-platform en skærpet vurdering, således at platformen kan blive ansvarlig som følge af et generelt kendskab, når denne giver adgang til en stor mængde ulovligt indhold og er opbygget på sådan en måde, at den giver brugerne en adgang til ubesværet at dele ophavsretligt beskyttede værker. En sådan UGC-platform, der frit kan tilgås på internettet, kan give en øjeblikkelig adgang til ulovligt indhold til et ubestemt antal internetbrugere i hele verden. Disse platforme udgør derfor en særlig risiko for krænkelse af ophavsmandens rettigheder, hvorfor det kan være nødvendigt at indskærpe disse platformes ansvar for at sikre ophavsmanden en effektiv beskyttelse af dennes ophavsret efter ISD og Chartrets art. 17, stk. 2. UGC-platformens intention må derfor være underordnet.

På den anden side kan det anføres, at et direkte ansvar som følge af UGC-platformens generelle kendskab i praksis vil forpligte platformen til at foretage en forudgående kontrol af det indhold, som brugerne uploader, for at undgå ansvar. Henset til den potentielt betydelige mængde indhold, der

¹⁵⁵ Dette følger både af 3. og 31. betragtning til ISD samt Chartrets proportionalitetskrav, som belyst i afsnit 1.7.

¹⁵⁶ Dette drejer sig om ophavsmandens intellektuelle ejendomsret sikret ved Chartrets art. 17, stk. 2, brugernes ytrings- og informationsfrihed sikret ved Chartrets art. 11 og hensynet til UGC-platformens frihed til at oprette og drive egen virksomhed sikret ved Chartrets art. 16.

¹⁵⁷ De UGC-platforme, der fungerer som sociale medier, varetager en særlig rolle som et offentligt rum, jf. Jørgensen, Rikke Frank og Zuleta, Lumi. *Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards* i *Nordicom Review*, 2020, Vol. 41, No. 1, [s. 51-67], s. 52. Se hertil EMD-afgørelse i sag nr. 48226/10 og 14027/11, 2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet, hvor EMD vurderede, at adgangen til YouTube udgør et vigtigt middel til udøvelsen af ytrings- og informationsfriheden i EMRK art. 10.

findes på platformen,¹⁵⁸ vil en sådan kontrol ofte være en umulig opgave uden indførelsen af et komplekst og omkostningsfuldt filtreringssystem (upload-filter¹⁵⁹).¹⁶⁰ Dette kan potentielt krænke platformenes frihed til at drive virksomhed efter Chartrets art. 16, da ikke alle platforme vil kunne indføre et sådant system. Platformene vil have en betydelig interesse i at undgå ansvarliggørelse, hvilket kan resultere i, at den ved tvivlstilfælde ved sondringen mellem lovlige og ulovlige værker vil fjerne indholdet frem for at løbe en risiko. Dette kan resultere i en overforsigtig fjernelse af indhold, som ultimativt kan krænke brugernes ret til ytrings- og informationsfrihed efter Chartrets art. 11.¹⁶¹

Baseret på disse betragtninger vil det ikke være udtryk for en rimelig balance at pålægge en UGC-platform ansvar alene som følge af generelt kendskab, når platformen ikke har en intention om at udnytte rettighedshaverens eneret. En så lav ansvarsstandard vil næppe være proportional i lyset af de modsatrettede interesser og grundlæggende rettigheder. Kan det derimod godtgøres, at UGC-platforme har ulovlige intentioner, vil det være muligt at pålægge disse et ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, som det var tilfældet i *TPB-dommen*.

Ud fra Domstolens praksis forekommer det svært entydigt at fastlægge, hvornår en internetplatform kan siges at have en sådan intention eller en hensigt. I *TPB-dommen* var der tale om en åbenlys hensigt om at udnytte ophavsmandens ret ved at give dennes brugere adgang til ulovlige værker, idet platformen offentligt havde tilkendegivet deres intention.

Spørgsmålet er derfor, om det er afgørende, at platformen offentligt har tilkendegivet sin intention.

¹⁵⁸ Som det fremgår i note 144, offentliggøres der næsten 500 timers video hvert minut på YouTube. En manuel gennemgang af en sådan mængde indhold ville være umulig, hvis ikke tjenesteyderen investerer betydelige ressourcer heri.

¹⁵⁹ Med et "upload-filter" forstås et teknisk filter, der anvender indholdsgenkendelsesteknologier til at identificere bestemt indhold, der herefter blokeres fra upload på internetplatformen. Indholdsgenkendelsesteknologier er baseret på algoritmer, og fungerer derfor automatisk.

¹⁶⁰ Eksempelvis havde YouTube i 2018 investeret over \$ 100 mio. til udviklingen og vedligeholdelsen af deres Content ID-system, jf. Manara, Cedric. *Protecting what we love about the internet: our efforts to stop online piracy*. Google, 2018. <https://www.blog.google/outreach-initiatives/public-policy/protecting-what-we-love-about-internet-our-efforts-stop-online-piracy/> (sidst tilgået 31/10/2020).

¹⁶¹ Disse problematikker i forhold til de grundlæggende rettigheder er gennemgående for afhandlingens problemstilling, idet samme problematikker ligeledes opstår ved diskussionen af UGC-platformenes retsstilling efter DSMD i *Del 3*.

Formålet med ISD er at sikre en høj beskyttelse af ophavsmandens rettigheder, og Domstolen har derfor i praksis tillagt art. 3, stk. 1 en bred fortolkning.¹⁶² Efter disse betragtninger skal rettighedshaveren på rimelig vis kunne kontrollere udnyttelsen af deres værker og modtage et passende vederlag for udnyttelsen.¹⁶³ Såfremt eksistensen af ulovlige intentioner afhænger af offentlige tilkendegivelser, vil det ikke kunne sikre en “høj beskyttelse” af ophavsmanden. En sådan retsstilling vil *de facto* medføre, at en UGC-platform kan undgå ansvar ved at undlade at tilkendegive deres ulovlige hensigter eller blot angive lovlige eller ligefrem anerkendelsesværdige formål. Ophavsmanden ville i så fald miste kontrollen over værket i det moment, det uploades til en UGC-platform. Dette skaber en risiko for, at ophavsmandens økonomiske rettigheder udtømmes (på internettet), og dermed sikres han ikke den beskyttelse, som ISD har til formål at indføre. En vurdering af, om platformen har en hensigt om at udnytte ophavsmandens ret, kan derfor ikke alene afhænge af offentlige tilkendegivelser, men må ligeledes bero på objektive omstændigheder.

I den forbindelse er det relevant at overveje, om måden, hvorpå en UGC-platforme har tilrettelagt sin tjeneste, kan godtgøre, at disse har denne hensigt.

Det kan anføres, at den omstændighed, at en UGC-platform giver brugerne en adgang til ubesværet at dele ophavsretlig beskyttede værker, kan udgøre et indicium for, at denne havde til hensigt at tilrettelægge tjenesten således, at det gøres nemmere at få adgang til ulovligt indhold. Dette vil særligt være tilfældet, når platformen strukturer præsentationen af disse værker via søge- og indekseringsfunktioner med henblik på at lette brugen af platformen og dermed optimere adgangen til de oplagrede værker. Disse omstændigheder vil medvirke til, at ophavsmandens økonomiske rettigheder bliver udnyttet.

På den anden side kan disse egenskaber betragtes som en nødvendig forudsætning for UGC-platformes funktion, der skaber en merværdi for den lovlige brug af denne type platform. I *GS Media-dommen* anerkendte Domstolen dertil, at internettet spiller en særlig vigtig rolle i forhold til ytrings- og informationsfriheden. I den forbindelse fremhævede Domstolen, at hyperlinks er en essentiel del

¹⁶² 9., 10. og 23. betragtning i ISD, jf. Svensson-dommen, pr. 17, GS Media-dommen, pr. 30, Filmspeler-dommen, pr. 26, TPB-dommen, pr. 22, Renckhoff-dommen, pr. 18, Tom Kabinet-dommen, pr. 48.

¹⁶³ Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 68.

af et velfungerende internet, og dermed til udveksling af meninger og information på internettet, der er karakteriseret ved adgang til uanede mængder af information.¹⁶⁴ Søge- og indekseringsfunktioner kan ikke nødvendigvis sidestilles med hyperlinking. Imidlertid indeholder en UGC-plattform ofte uanede mængder af brugergenerede informationer. Søge- og indekseringsfunktionen vil derfor udgøre en væsentlig forudsætning for brugerens lokalisering af og adgang til lovligt indhold. Disse handlinger tilføjer derfor en merværdi for den lovlige brug af platformen og bidrager til et velfungerende internet, som sikrer brugernes ytrings- og informationsfrihed. Det kan derfor være en uforholdsmæssig begrænsning af ytrings- og informationsfriheden at statuere en overføring til almenheden alene baseret på disse omstændigheder. Dette vil næppe skabe den *rimelige balance*, som ISD har til formål at sikre.¹⁶⁵

Det kan således ikke gøres gældende, at den omstændighed, at en UGC-plattform tilbyder en søge- og indekseringsfunktion, og i givet fald gør det nemmere at få adgang til ulovligt indhold, udgør et indicium for, at platformen har intention om at udnytte ophavsmandens rettigheder.

Ovenstående udelukker imidlertid ikke, at en UGC-plattform, som har indrettet sig på anden vis, eller giver brugerne adgang til andre former for funktioner, ville kunne anses for at have en intention, f.eks. i tilfælde, hvor platformen betaler et vederlag til brugeren på baggrund af, hvor mange klik eller downloads, den uploadede fil har fået. En sådan ordning kan tilskynde brugeren at uploade ulovligt indhold, der i højere grad vil blive set af flere brugere.

Derimod kan den omstændighed, at en UGC-plattform generelt handler med vinding for øje, f.eks. ved at indsætte reklamer ved visning af platformens samtlige indhold, ikke indikere, at disse har en intention om at udnytte ophavsmandens rettigheder. Det er svært at se en rimelig begrundelse for, at en sådan generel økonomisk hensigt skulle kunne indikere platformens hensigt om at give adgang til krænkende værker. I modsat fald ville alle, der driver virksomhed gennem tilrådighedsstillelse af en UGC-plattform, principielt kunne anses for at have en ulovlig intention, der er tilstrækkelig til at gøre dem ansvarlige efter ISD art. 3, stk. 1. Hvis platformen dertil tildeler rettighedshaveren et rimeligt

¹⁶⁴ GS Media-dommen, pr. 45.

¹⁶⁵ Jf. 3. og 31 betragtning til ISD.

vederlag, kan UGC-plattformens økonomiske vinding på baggrund af reklameindtægter ikke antages at udgøre et indicium for platformens hensigt om at krænke ophavsretten.¹⁶⁶

Baseret på ovenstående betragtninger kan det ikke udelukkes, at en UGC-plattform kan anses for at have en intention om at give deres brugere adgang til ulovlige værker ud fra den måde, som platformen er indrettet på. En UGC-plattform kan derfor efter omstændighederne ovenfor foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1.

2.3.4. Delkonklusion

Først og fremmest kan det konkluderes, at en UGC-plattform, der foretager en indeksering, kategorisering og fører kontrol hermed, samt tilbyder en søgemaskinefunktion efter omstændighederne, kan spille en afgørende rolle, der ikke begrænser sig til tilrådighedsstillelsen af fysiske faciliteter. I sådanne tilfælde foretager platformen en *overføring* som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1.

For det andet vil der almindeligvis være tale om en overføring, som sker til *almenheden*, når et værk tilgængeliggøres på internettet via en UGC-plattform.

For det tredje vil en UGC-plattform efter omstændighederne have et fornødent kendskab til, at den stiller ulovlige værker til rådighed for brugerne. Som det blev belyst ovenfor, kan det ikke udelukkes, at en UGC-plattform efter *TPB-dommen* ifaldes et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, alene på baggrund af et generelt kendskab til den omstændighed, at brugere anvender deres platform til ulovligt at dele beskyttede værker. Imidlertid er der væsentlige holdepunkter for, at et generelt kendskab kun er tilstrækkeligt, når UGC-plattformen har en hensigt om at udnytte ophavsmandens rettigheder. En sådan hensigt kan udledes af objektive omstændigheder, herunder hvordan platformen er tilrettelagt. Vurderingen af intentionen er derfor bærende for, om en UGC-plattform kan blive ansvarlig på baggrund af et generelt kendskab.

¹⁶⁶ Eksempelvis har YouTube gjort det muligt at indsætte reklamer ved hjælp af Content ID, der har til formål at sikre, at denne mulighed kun tilbydes rettighedshaverne. Content ID anvender indholdsgenkendelsesteknologier til automatisk at identificere de videoer, der indeholder beskyttede værker, som tredjemænd gør tilgængelige online på YouTube, og i givet fald giver de nævnte rettighedshavere mulighed for selv at indsætte reklamer i den pågældende video og at modtage reklameindtægter. Se Google. *Sådan virker Content ID*. https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=da&ref_topic=9282364 (sidst tilgået 9/11/2020).

På baggrund af *TPB-dommen* kan det således konkluderes, at en UGC-plattform efter de konkrete omstændigheder kan foretage en selvstændig *overføring til almenheden*, som de vil være direkte ansvarlige for efter ISD art. 3, stk. 1.

2.4. Problematisering af Domstolens praksis

Som det vil fremgå nedenfor, kan Domstolens fortolkning af ISD art. 3, stk. 1, som illustreret i *TPB-dommen*, problematiseres på særligt to punkter:

1. Den omstændighed, at ISD art. 3, stk. 1 udvides til at omfatte handlinger, der alene gør det nemmere at få adgang til værker, som ulovligt er blevet stillet til rådighed for almenheden af andre end internetplatformen, og
2. den omstændighed, at Domstolens fortolkning af ISD art. 3, stk. 1 udviser grænserne mellem det direkte ansvar og medvirkensansvaret.¹⁶⁷

I henhold til den første problemstilling vil det blive diskuteret, hvem der principielt foretager handlinger i form af *overføringen til almenheden* i lyset af *generaladvokat Øes* forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne* (afsnit 2.4.1.).

I henhold til den anden problemstilling vil det blive vurderet, hvilken indflydelse Domstolens udvidelse af begrebet *overføring til almenheden* har på det nationale ansvarsgrundlag (afsnit 2.4.2.).

2.4.1. Hvem foretager principielt handlinger i form af en overføring til almenheden?

Ifølge *TPB-dommen* kan den aktør, der gør det nemmere at få adgang til værket gennem en henvisning hertil, spille en afgørende rolle, og derfor anses som ansvarlig for at foretage overføringshandlingen. Som tidligere nævnt synes Domstolens tilgang til overføringsbegrebet at være et udtryk for, at Domstolen ikke indfortolker et krav om *transmission* i retten til tilrådgivelsesstilling på demand.¹⁶⁸¹⁶⁹

¹⁶⁷ Det direkte ansvar betegnes i litteraturen ligeledes som et "primært ansvar" (primary liability). Tilsvarende betegnes medvirkensansvaret også som et "sekundært ansvar" (secondary liability). I denne afhandling anvendes betegnelserne direkte ansvar og medvirkensansvar om disse former for ansvar.

¹⁶⁸ Se afsnit 2.2.2.2.

¹⁶⁹ Domstolens tilgang til overføringsbegrebet må anses som resultatet af Domstolens fortolkningsmetode, hvorefter Domstolen har foretaget en formålsfortolkning af ISD art. 3, stk. 1. Ud fra princippet om dynamisk fortolkning må

Konsekvensen af Domstolens tilgang er for det første, at overføringsbegrebet tillægges en så vidtgående fortolkning, at handlinger, som ikke stiller *selve værket* til rådighed, men alene gør det nemmere at opnå en adgang til værket, som er stillet til rådighed andetsteds, omfattes af ISD art. 3, stk. 1. For det andet er konsekvensen af Domstolens tilgang, at aktører, som ikke selv har truffet beslutning om at iværksætte en overføring, kan foretage en selvstændig overføring og blive primært ansvarlige for en krænkelse. Med andre ord stilles en UGC-plattform til ansvar for deres brugeres krænkelse, selvom den ikke har nogen kontrol over, hvad brugeren konkret vælger at uploade.

I modsætning til den tilgang, som Domstolen bl.a. har anlagt i *TPB-dommen*¹⁷⁰, har *generaladvokat Øe* i forslaget til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagen* anført, at en *overføring til almenheden* i form af tilrådighedsstillelse skal give medlemmer af almenheden mulighed for at foretage en transmission, der kan ske på deres anmodning og på et individuelt valgt sted og tidspunkt (potentielt transmission).¹⁷¹ Med andre ord fortolker generaladvokaten begrebet *tilrådighedsstillelse* således, at det indebærer et krav om transmission (transmissions-tilgang).¹⁷² Ud fra denne tilgang anses en mellemmand, som ikke giver adgang til en potentiel transmission af værket, ikke for at foretage en overføring til almenheden.¹⁷³

Domstolens fortolkning af overføringsbegrebet ligeledes være et udtryk for EU-rettens udviklingstrin ved domsafsigelsen. Se mere om Domstolens grundlæggende fortolkningsprincipper i Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018, s. 145 samt noterne i afsnit 1.5.

¹⁷⁰ Det blev først fastlagt i *GS Media-dommen*, at linking, dvs. en henvisning til et værk, er tilstrækkeligt til at udgøre en overføring til almenheden. I *Filmspeler-dommen* var add-ons, der henviste til de websider, hvor værkerne var placeret, ligeledes tilstrækkelig til at udgøre en overføringshandling. I begge afgørelser var det imidlertid mellemmanden selv, der havde truffet beslutning om at tilføje disse henvisninger. Med *TPB-dommen* gik Domstolen videre ved at gøre TPB ansvarlige for henvisninger til værker, de ikke selv havde truffet beslutning om at indsætte.

¹⁷¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne*, pkt. 56 og 97.

¹⁷² Det er omdiskuteret, om retten til tilrådighedsstillelse on demand forudsætter, at der er tale om en potentiel transmission af værket (transmissions-tilgang) eller om en adgang via en henvisning til værket er nok (adgangs-tilgang). På den ene side fremgår det af den 23. og 25. betragtning, at en overføring og en tilrådighedsstillelse af værker omfatter transmission, retransmission eller anvendelse af interaktive bestillingstransmissioner. På den anden fremgår det af forslaget til WCT: "The relevant act is the making available of the work *by providing access to it.*" (vores kursivering), jf. WIPO, Chairman of the Committees of Experts, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be considered by the Diplomatic Conference, WIPO Doc. CRNR/DC/4, 30. august 1996 (herefter "Forslag til WCT"). Derfor gør *Tsoutsanis* bl.a. gældende, at WCT's indførelse af tilrådighedsstillelsesretten går videre end den traditionelle ret til overføring til almenheden, således at begrebet *overføring* i ISD art. 3, stk. 1 ikke skal læses indskrænkende, hvorfor en tilgængeliggørelse on demand *ikke* forudsætter en transmission, jf. *Tsoutsanis, Alexander. Why copyright and linking can tango* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Vol. 9, No. 6 [s. 495-504], s. 499. I skrivende stund er det uklart, om Domstolen vil vælge at følge generaladvokat Øes forslag til afgørelse, og dermed den transmissions-tilgang, han anvender heri. En endelige afklaring herpå vil formentlig foreligge med Domstolens afgørelse i *Youtube/Cyando-sagerne*.

¹⁷³ Se hertil Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 74, 75 og 77, der har samme forståelse af overføringsbegrebet.

På baggrund heraf fremhæver *generaladvokat Øe* med henvisning til *SGAE-dommen*¹⁷⁴, at det er den person, som frivilligt og aktivt træffer beslutning om at iværksætte eller foretage transmissionen, der spiller en afgørende rolle.¹⁷⁵ Ifølge generaladvokaten skal denne dom læses således, at krænkeren i sagen ikke alene stillede fysiske faciliteter til rådighed, men frivilligt havde truffet beslutning om at transmittere værket, og derfor spillede en afgørende rolle. I forhold til en internetplatform, som formidler brugergenereret indhold, beslutter platformen ikke at foretage en transmission af dette indhold. Det er brugeren, som iværksætter overføringen ved at levere indhold til internetplatformen, som herefter alene inddrages i en proces, der fører til, at der foretages en transmission. Det er derfor reelt brugerne, der spiller en afgørende rolle.¹⁷⁶

Til illustration indebærer generaladvokatens transmissions-tilgang, at internetplatforme som TPB ikke kan foretage en overføring til almenheden. TPB hoster alene .torrent-filer, og selve de ulovlige værker er derfor ikke tilgængeliggjort på platformen, hvorfor TPB således heller ikke potentielt kunne *transmittere* dem.¹⁷⁷ Det var ligeledes heller ikke TPB, som besluttede, hvilke filer, herunder værker, brugerne gjorde tilgængelige via BitTorrent. Eftersom filerne fandtes på brugerens computer, og det var brugerne, som traf beslutning om frivilligt at give andre brugere mulighed for at få værkerne transmitteret til sig via BitTorrent, var det brugerne, som spillede en afgørende rolle. TPB “gjorde det i virkeligheden blot nemmere for brugerne af denne platform at foretage transmissioner” uden for platformen via BitTorrent.¹⁷⁸

Hvad angår UGC-platforme som YouTube, vil værker, som er uploadet, være genstand for en tilrådighedsstillelse, som giver *muligheden for at transmittere* dette værk på anmodning af et medlem af almenheden (potentielt transmission).¹⁷⁹ Selvom der er tale om en potentiel transmission, er det derimod brugerne, som træffer beslutning om transmissionen, og det er derfor som udgangspunkt

¹⁷⁴ Domstolens afgørelse i sag C-306/05 (SGAE). SGAE-dommen omhandlede et hotels anvendelse af tv-apparater til at videresprede værker til hotellets værelser. I den forbindelse udtalte Domstolen, at hotellet foretog en *overføring til almenheden*, idet hotellets medvirken ikke var begrænset til placeringen af tv på værelserne. Domstolen mente derimod, at hotellet med fuldt kendskab til konsekvenserne af dets handlinger havde medvirket til at give almenheden (herunder et nyt publikum) adgang til værkerne, idet hotelgæsterne i princippet ikke ville have haft adgang til værkerne, hvis hotellet ikke havde foretaget handlingen, jf. SGAE-dommen, pr. 36-44.

¹⁷⁵ Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 71-74.

¹⁷⁶ Ibid., pkt. 74.

¹⁷⁷ Ibid., pkt. 98.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid., pkt. 59-60.

ikke platforme som YouTube, som foretager en overføring til almenheden, da de ikke spiller en afgørende rolle.¹⁸⁰

Generaladvokatens argumentation støtter ret på bemærkningerne til WCT art. 8 i forslaget til WCT, som 27. betragtning til ISD er baseret på. Af disse bemærkninger fremgår det: “What counts is the *initial act of making the work available*, not the mere provision of server space, communication connections, or facilities for the carriage and routing of signals” (vores kursivering).¹⁸¹ Dette taler for, at det alene er den person, som iværksætter overføringen (brugeren), som spiller en afgørende rolle, og ikke den (UGC-plattformen), som gør det nemmere, f.eks. med lagerplads eller kommunikationsmidler. Ud fra forslaget til WCT er det derfor nærliggende at konkludere, at en UGC-plattform som udgangspunkt ikke kan foretage en overføring, da denne ikke iværksætter overføringen.

Trods ovenstående, så bemærker generaladvokaten, at platformen i visse tilfælde kan foretage en selvstændig overføring, når de *aktivt* medvirker til transmissionen, da de herved ikke begrænser sig til at stille fysiske faciliteter til rådighed efter 27. betragtning til ISD, men spiller en afgørende rolle.¹⁸² På denne baggrund tillægger generaladvokaten den 27. betragtning en forholdsvis bred fortolkning, idet den blotte tilrådighedsstilling af fysiske faciliteter ifølge ham ikke indebærer, at “faciliteten” ikke i sig selv skal være “simpel”. Den omstændighed, at en UGC-plattform har en høj grad af kompleksitet, idet den indeholder funktioner, som optimerer og letter brugerens anvendelse af platformen, indebærer ifølge generaladvokaten ikke, at platformen ikke begrænser sig til at stille fysiske faciliteter til rådighed efter 27. betragtning.¹⁸³

Det er imidlertid tvivlsomt, om den 27. betragtning kan tillægges en så bred fortolkning.

¹⁸⁰ Ibid., pkt. 77.

¹⁸¹ Forslaget til WCT, s. 44, nr. 10.10. Se hertil Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 74 og note 46.

¹⁸² Det skal i denne forbindelse kort bemærkes, at *generaladvokat Øe* i pkt. 75 i forslaget til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, fortolker den 27. betragtning i ISD således, at platformen overskrider denne rolle, når den træffer beslutning om at foretage en transmission ved at udvælge det indhold, der overføres, eller formidle indholdet på en sådan måde, at det kan opfattes som om, at indholdet tilhører den pågældende. Denne fortolkning af den 27. betragtning skyldes generaladvokatens opfattelse af, at bestemmelserne ISD art. 3, stk. 1 og EHD art. 14 skal læses i sammenhæng, jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, note 52. Dette vil blive belyst i afsnit 2.6.

¹⁸³ Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 82

Det er korrekt, at 27. betragtning ikke konkret stiller krav om, at “faciliteten” i sig selv skal være simpel. Generaladvokaten har imidlertid ikke taget højde for, at begrænsningen i WCT, og dermed den 27. betragtning, blev indført med henblik på at fritage telekommunikationstjenester og internetudbydere, der stiller simple fysiske faciliteter i form af internetkabler eller andre fysiske faciliteter såsom lagerplads på en server. Det var disse tjenester, der havde lobbyet for indførelsen af begrænsningen.¹⁸⁴ Hvad angår en UGC-platforms aktiviteter er det åbenbart, at dennes handlinger går ud over den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter i form af internetkabler eller andre fysiske faciliteter som lagringsplads på en server. UGC-platforme kan ligeledes fremstå som indholdsudbydere af platformen som sådan ved at indekser og moderere det indhold, som findes på platformen. I modsætning til de mellemmand, som WCT og ISD oprindeligt havde til formål at afgrænse overførsesretten overfor, spiller UGC-platforme en mere aktiv rolle, der kan være afgørende for tilrådighedsstillelsen af værket. Generaladvokatens fortolkning af 27. betragtning fremstår derfor naiv, idet han ikke anerkender, at UGC-platforme som YouTube er blevet for avancerede til at være omfattet af 27. betragtning, og derfor lader sådanne platforme slippe let, selvom de er vært for massive mængder ulovligt indhold.

Ud fra disse betragtninger synes Domstolens fortolkning af overførsesbegrebet i *TPB-dommen*, hvorefter en internetplatform som TPB ikke begrænser sig til at foretage den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter og dermed spiller en afgørende rolle, derfor mere velbegrunderet.

I skrivende stund er det uklart, om Domstolen vil vælge at følge *generaladvokat Øes* forslag til afgørelse, og dermed den transmissions-tilgang, han anvender heri. Domstolen har i seneste praksis om ikke-lineære tjenester hovedsageligt anvendt adgangs-tilgangen¹⁸⁵, hvorfor det er nærliggende at konkludere, at Domstolen ligeledes vil fortsætte med at anvende denne tilgang i forhold til ikke-

¹⁸⁴ Tsoutsanis, Alexander. *Why copyright and linking can tango* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Vol. 9, No. 6 [s. 495-504], s. 507 og *Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI). OPINION in respect of some of the questions from the Federal Court of Justice of Germany for preliminary ruling by the CJEU, Case C-682/18 (YouTube)*. 25. februar 2019, s. 4.

¹⁸⁵ *Svensson-dommen*, pr. 19-20, *GS Media-dommen*, pr. 35 og 42, *BestWater-dommen*, *Filmspeler-dommen*, pr. 31 og 36, *TPB-dommen*, 26 og 31, og *Renckhoff-dommen*, pr. 20-21. Se hertil Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 52, der imidlertid kategoriserer dommene som at høre under det han kalder “internet cases”.

lineære tjenester som UGC-platforme. Den endelig afklaring herpå afhænger af Domstolens afgørelse i *Youtube/Cyando-sagerne*.

Vælger Domstolen at følge generaladvokatens tilgang, betyder det ikke, at internetplatforme ikke kan blive ansvarlige, men blot, at de ikke kan blive direkte ansvarlige for deres brugeres krænkelser, og derfor efter omstændighederne kan pålægges et medvirkensansvar.¹⁸⁶ Vælger Domstolen derimod at anvende adgangs-tilgangen, vil Domstolen imidlertid bekræfte den praksis, som udviser grænserne mellem medvirkensansvaret og det direkte ansvar.

Som det vil blive klarlagt nedenfor, er internetplatforme traditionelt blevet pålagt et medvirkensansvar, når de agerer som mellemmand. Medvirkensansvaret er ikke generelt harmoniseret i EU-retten, og det henhører derfor under de civile retlige regler om erstatningsansvar eller strafferetlige regler, der er fastsat i medlemsstaternes lovgivninger.¹⁸⁷ Eftersom retten til overføring til almenheden i OHL er en implementering af ISD, skal bestemmelserne fortolkes i lyset af og i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af ISD.

Det er derfor relevant at undersøge forholdet mellem den nationale ret og EU-retten for at belyse, hvilke konsekvenser Domstolens praksis har for det nationale ansvarsgrundlag i Danmark og for UGC-platformenes retsstilling. For at klarlægge disse konsekvenser er det indledningsvist nødvendigt at beskrive det nationale ansvarsgrundlag.

2.4.2. Ansvarsgrundlaget i national ret

I dansk ret kan en mellemmands ansvar for medvirken have karakter af et strafansvar eller erstatningsansvar. Mellemandens handlinger kan også være ansvarspådragende efter ansvarsregler i særlovgivning, f.eks. de ophavsretlige regler.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 93.

¹⁸⁷ Se hertil Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 280.

¹⁸⁸ *Ibid.*, s. 275.

For ophavsmanden er erstatningsansvaret den mest interessante sanktion,¹⁸⁹ da ophavsmanden derved sikres det rimelige vederlag for udnyttelsen af værket. Af denne grund er det følgende afsnits fokus at vurdere udstrækningen af det erstatningsretlige medvirkensansvar.

Erstatningsretligt medvirkensansvar

En UGC-platforms medvirken til brugernes krænkelser, der resulterer i et erstatningskrav, vil som udgangspunkt ikke kunne føres tilbage til en aftale mellem skadevolder og skadelidte. Følgende afsnit fokuserer derfor på reglerne ved erstatning uden for kontrakt.

Erstatningsretten indeholder ikke en generel medvirkensregel, men praksis har fastslået, at mellemmand kan pålægges et solidarisk ansvar for sin deltagelse i en tredjeparts krænkelse.¹⁹⁰¹⁹¹ Dette indebærer, at flere skadevoldere – f.eks. brugerne og UGC-platformen – hæfter solidarisk overfor skadelidte, hvorefter skadelidte kan kræve hele erstatningsbeløbet af hvilken som helst af skadevolderne. Med andre ord skelnes der ved selve pålæggelsen af ansvaret ikke mellem, hvem der er hovedansvarlig, og hvem der er medvirkensansvarlig – dvs. skyldgraden. Denne vurdering fastlægges internt mellem skadevolderne gennem regreskrav.¹⁹² Af denne grund er udgangspunktet, at ansvarsgrundlaget for den medvirkende følger ansvarsgrundlaget for den hovedansvarlige.¹⁹³

Ansvarsgrundlaget for den hovedansvarlige krænker følger af OHL § 83, som regulerer spørgsmålet om erstatning og vederlag for ophavsretlige krænkelser. Bestemmelsen angiver, at “[D]en, der forsætligt eller uagtsomt” (vores kursivering) overtræder f.eks. rettighedshaverens eneret til

¹⁸⁹ Skovbo, Eva Aaen. *Erstatning for ophavsretlige krænkelser*. 2005, s. 136.

¹⁹⁰ Forudsat, at de almindelige betingelser for at pålægge mellemmanden et ansvar er opfyldt. Der skal derfor være et ansvarsgrundlag, kausalitet, adækvans, et tab, og eventuelle indskrænkninger og undtagelser til erstatningsansvaret må ikke finde anvendelse.

¹⁹¹ Dette står i kontrast til det strafferetlige ansvar, idet en mellemmands strafansvar for medvirken skal afgøres ud fra den generelle medvirkensregel i Lovbekendtgørelse 2020-11-17 nr. 1650 Straffeloven (herefter “STRL”) § 23 smh. med strafbestemmelsen i OHL § 76, stk. 1. Straffelovens § 23 fastslår, at straffebestemmelser “omfatter *alle*, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen” (vores kursivering). Mellemmanden kan herefter straffes for forsætlig eller groft uagtsom medvirken til bl.a. overføring til almenheden efter OHL § 2, såfremt denne har medvirket gennem tilskyndelse, råd eller dåd.

¹⁹² Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 276 og Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 669.

¹⁹³ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 669.

overføring til almenheden, har pligt til at betale et rimeligt vederlag og erstatning.¹⁹⁴ Bestemmelsen skal læses i lyset af dansk rets almindelige regler om erstatning.¹⁹⁵ Det følger heraf, at den hovedansvarlige skal vurderes ud fra den almindelige culpanorm, hvorefter simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at pålægge krænkeren erstatningspligt.¹⁹⁶¹⁹⁷ Samtidig udelukker ordlyden af bestemmelsen ikke, at den ligeledes anvendes på den mellemmand, som medvirker til krænkelsen, da den ikke præciserer, hvem der skal anses som ansvarssubjekt.¹⁹⁸

At bestemmelsen finder anvendelse på den medvirkensansvarlige underbygges dertil af, at OHL § 83 i praksis blevet anvendt på såvel den hovedansvarlige (f.eks. brugeren, som deler ulovlige værker på en UGC-plattform) og den medvirkende part (en UGC-plattform), og det er derfor almindeligt antaget i praksis, at en mellemmand kan pålægges et medvirkensansvar for ophavsretskrænkelser.¹⁹⁹ Dansk praksis om internetplatformes ansvar for brugernes krænkelser er begrænset. Følgende udvalgte domme er imidlertid særligt fremhævet i litteraturen.²⁰⁰

I U 2005.60 V (*DivX-dommen*) var omdrejningspunktet ansvaret for operatøren bag en internetplatform, hvor det var muligt at etablere sig som medlem og oplyse andre medlemmer, hvilke film de var i besiddelse af. Udvekslingen af filmene skete blandt brugerne, idet der ikke kunne downloades film fra platformen. Sagen blev oprindeligt afsagt i byretten, det fandt, at operatørerne bag platformen havde medvirket såvel *aktivt som passivt* til overtrædelser af ophavsretten. Landsretten stadfæstede byrettens dom med henvisning, at det var ubetænkeligt at fastslå, at

¹⁹⁴ Indholdet af begrebet *rimeligt vederlag* og erstatningsudmålingen, som forholdet mellem begrebet *erstatning* og *vederlag* belyses ikke i denne afhandling, da afhandlingen har til formål at klarlægge, hvorvidt UGC-plattorme er ansvarlige, og ikke hvilket beløb, de kan risikere at være ansvarlige for.

¹⁹⁵ Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterielret*. 2018, s. 702, hvor forfatterne skriver, at de almindelige erstatningsregler udfylder og supplerer OHL § 83.

¹⁹⁶ Se Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 276, Skovbo, Eva Aaen. *Erstatning for ophavsretlige krænkelser*. 2005, s. 136 og Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 273.

¹⁹⁷ Det strafferetlige ansvar efter OHL § 76, stk. 1 forudsætter grov uagtsomhed. Det vil sige, at en mellemmand, der kan pålægges strafansvar efter OHL § 76, stk. 1, ligeledes *kan* pålægges et erstatningsansvar efter OHL § 83.

¹⁹⁸ Det bemærkes, at OHL § 83 implementerer art. 13, stk. 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder. Spørgsmålet om, hvorvidt en UGC-plattform kan anses som den "krænkende part" (i direktivets forstand), er forelagt for Domstolen i YouTube/Cyando-sagerne. Som beskrevet i afsnit 1.4., har afhandlingen ikke til formål generelt at belyse spørgsmålet om retlig håndhævelse af ophavsrettigheder. Problemstillingen inddrages derfor ikke yderligere i afhandlingen.

¹⁹⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 276.

²⁰⁰ Se blandt andet Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 274ff.

hjemmesiden havde til formål at opfordre og medvirke til ulovlig kopiering og distribution af beskyttede filmværker.

Spørgsmålet om internetplatformes ansvar for brugernes ophavsretlige krænkelse blev ligeledes aktuelt i *Connery-dommen*²⁰¹. Sagen omhandlede hjemmesiden connery.dk, hvor brugerne af platformen kunne uploade erotiske fotografier, der herefter blev tilgængelige på platformen. Byretten lagde til grund, at platformen selv havde opfordret brugerne til at lægge de erotiske billeder op, og at disse billeder var blevet stemplet med platformens logo. Retten henviste desuden til, at hovedparten af fotografierne var professionelle, hvorfor platformen ikke kunne være uvidende om, at der var sket krænkelse af ophavsretten. På baggrund af disse omstændigheder konkluderede retten, at platformen havde handlet uagtsomt, idet den burde have haft et kendskab til de fotografier, der blev uploadet og dermed til de krænkelse, som skete på platformen. Det faktum, at retten vurderede, at brugeren, der var adciteret i sagen, skulle friholde platformen for halvdelen af erstatningssummen, understøtter, at retten pålagde platformen et solidarisk ansvar ud fra medvirkensbetragtninger. Platformen blev derfor pålagt et erstatningsansvar for at medvirke til brugerens krænkelse af ophavsretten.

I U 2010.2221 H²⁰² skulle retten tage stilling til blokering af adgangen til TPB²⁰³. Fogedretten lagde vægt på, at TPB fungerede som en "særlig oprettet og nødvendig søgemaskine", der var bindeleddet mellem brugerne. På denne baggrund lagde fogedretten til grund, at TPB's funktion var at gøre ophavsretligt beskyttede værker tilgængelige for almenheden på en måde, der kunne sidestilles med offentlig fremførelse i medfør af OHL § 2, selvom TPB ikke selv lagde værkerne ud på internettet. Dette blev ikke nærmere vurderet af landsretten og Højesteretten. Det kan derfor ikke med sikkerhed fastslås, at de højere instansers manglende inddragelse skyldes disses tiltrædelse af fogedrettens afgørelse, da dette blot kan være et udtryk for parternes tilskæring af sagen.²⁰⁴ Det kan således lægges

²⁰¹ Københavns Byrets dom af 8. februar 2010 i sag nr. BS 5B-1046/2008 og BS 5B1409-2009.

²⁰² Københavns Fogedrets kendelse af 5. februar 2008 i sagsnr. FS-14324 blev stadfæstet ved Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008 i sagsnr. B-530-08 og Højesterets afgørelse som trykt i U 2010.2221 H.

²⁰³ thepiratebay.org.

²⁰⁴ Ifølge det civilprocesretlige forhandlings- og dispositionsprincip, kan retten ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, og kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafalde, jf. RPL § 338 smh. med Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow; Christensen, Lasse Højlund m.fl. *Den Civile Retspleje*. 2017, s. 96-99. Sagens omdrejningspunkt var, om netværksudbyderen Telenor var forpligtet til at blokere for brugernes adgang til TPB. Det er derfor sandsynligt, at retten ikke kom nærmere ind på spørgsmålet om TPB's ansvar, da det ikke har været relevant for sagens hovedproblemstilling.

til grund, at denne afgørelse har en begrænset retskildemæssig værdi. Det er imidlertid interessant, at fogedretten synes at komme frem til samme konklusion som Domstolen i *TPB-dommen*.²⁰⁵

Ovenstående sager giver udtryk for, at de danske domstole sonderer mellem pålæggelsen af et direkte ansvar og medvirkensansvar, når de skal vurdere, hvilket ansvar en internetplatform kan ifalde for at facilitere brugernes ophavsretlige krænkelse. *DivX-dommen* og *Connery-dommen* illustrerer, at de nationale domstole i Danmark traditionelt har pålagt internetplatforme et medvirkensansvar og anset brugerne som den primære krænker. Spørgsmålet er herefter, hvilken indflydelse Domstolens praksis har på dette udgangspunkt. Dette vil blive diskuteret i det følgende afsnit.

2.4.2.1. Domstolens indflydelse på det nationale ansvarsgrundlag

Det blev i afsnit 2.1. beskrevet, at ISD art. 3, stk. 1 harmoniserer det materielle indhold af ophavsmandens eneret til at forbyde eller tillade overføring til almenheden af dennes værker. Bestemmelsen fastlægger således klart de handlinger, der er omfattet af denne eneret, og i dette omfang som udgangspunkt det direkte ansvar, der påhviler den, som ulovligt begår sådanne handlinger. Bestemmelsens ordlyd synes således ikke at indeholde elementer, der regulerer et medvirkensansvar for mellemmand, der ved tilrådighedsstillelse og forvaltning af tjenester gør det nemmere for andre at foretage en ulovlig overføring til almenheden. Som *generaladvokat Øe* anfører, undlader lovgiver ikke at præcisere, om medvirkensansvaret skal være omfattet af de retsakter, som den vedtager, hvis denne ønsker at regulere et sådant ansvar.²⁰⁶ Det kan derudfra udledes, at det må have været lovgivers hensigt, at ISD alene skulle regulere det direkte ansvar. Bestemmelserne i ISD klarlægger dermed ikke hvorvidt og i hvilket omfang medvirkensansvaret er harmoniseret i EU-retten.²⁰⁷ Dette ansvar er som belyst ovenfor traditionelt blevet adresseret af medlemsstaternes fastsatte straffe- og erstatningsretlige regler. I *TPB-dommen* har Domstolen imidlertid pålagt en internetplatform et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1 på baggrund af de handlinger, som efter ovenstående nationale praksis er blevet vurderet ud fra et medvirkensansvar.

²⁰⁵ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 275.

²⁰⁶ Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 103. Generaladvokaten henviser i note 93 til en række direktiver, der indeholder eksplicite bestemmelser om medvirken.

²⁰⁷ Ohly, Ansgar. *The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?* i Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2018, Vol. 13, No. 8, [s. 664-675], s. 666.

Domstolen har ikke konkret taget stilling til, om ISD generelt harmoniserer medvirkensansvaret for ophavsretlige krænkelser på EU-plan eller om dette ansvar alene er reguleret inden for rammerne af medlemsstaternes interne retssystemer.²⁰⁸ *Generaladvokat Szpunar* var uden tvivl opmærksom på problemstillingen. I forbindelse med hans forslag til afgørelse i *TPB-dommen* anførte generaladvokaten, at det ville “undergrave formålet” med den ophavsretlige EU-lovgivning, som er at harmonisere ophavsmandens rettigheder på det indre marked, idet rækkevidden af de rettigheder, der tilkommer ophavsmandens, bliver afhængig af de meget forskellige løsninger, der findes i de forskellige medlemsstats retssystemer. Af denne årsag anbefalede generaladvokaten, at svaret skulle søges i EU-retten.²⁰⁹ Dette taler for, at Domstolen under alle omstændigheder har været opmærksom på, at ISD art. 3, stk. 1, som udgangspunkt ikke indeholder et medvirkensansvar, og at Domstolen af denne grund har fundet det nødvendigt at udvide det direkte ansvar til at gælde for medvirkenshandlinger.

Med andre ord har Domstolen udvidet det EU-harmoniserede begreb *overføring til almenheden* ved at lade handlinger, der traditionelt er omfattet af det nationale medvirkensansvar, være omfattet af det direkte ansvar. Begrebet *overføring til almenheden*, som følger af ISD art. 3, stk. 1, udgør som nævnt en fuldstændig harmonisering af det materielle indhold.²¹⁰ Domstolens fortolkning af begrebet *overføring til almenheden* påvirker derfor bestemmelsens udstrækning i national ret. Det har den konsekvens, at anvendelsesområdet for medvirkensansvaret i national ret indskrænkes, hvilket betyder, at tilrådighedsstillelsen og forvaltningen af en internetplatform, der faciliterer brugernes krænkelser, ikke længere alene udgør medvirkenshandlinger, men kan anses som selvstændige krænkelser. På denne måde har Domstolen *de facto* harmoniseret bestemmelsen til at omfatte et medvirkensansvar, hvilket må anses som et udtryk for Domstolens autonome fortolkning af begrebet *overføring til almenheden*.

Som *Ohly* anfører, er det korrekt, at Domstolens praksis vil føre til en mere harmoniseret og ensartet tilgang inden for *ophavsretten*, men da den almindelige erstatningsret ikke er harmoniseret, kan denne

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 671.

²⁰⁹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-sagen, pkt. 3.

²¹⁰ Se afsnit 2.1.

tilgang i forhold til de enkelte medlemsstaters nationale erstatningsretlige regler imidlertid resultere i en usammenhængende retstilstand, hvor ophavsretlige krænkelser skal vurderes under andre standarder end krænkelser af de øvrige immaterielle rettigheder.²¹¹

For de danske domstole indebærer Domstolens harmonisering af medvirkensansvar, når det gælder en mellemmands overføring til almenheden, at subjektive kriterier som kendskab og intention inddrages i forbindelse med vurderingen af det direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1. Spørgsmålet om lovligheden af en overføring til almenheden er principielt ikke baseret på subjektive kriterier hos den, der foretager handlingen, men alene på den objektive omstændighed, at ophavsmanden har givet tilladelse til den nævnte handling.²¹² Som belyst i afsnit 2.4.2. tages der imidlertid ved culpa-vurderingen hensyn mellemmandens subjektive viden og intention i forbindelse med pålæggelsen af medvirkensansvaret.²¹³ Domstolen praksis har således modificeret det direkte ansvar ved at inddrage subjektive kriterier, der hørte til vurdering af medvirkensansvaret.

Eftersom de danske domstole skal tillægge begrebet *overføring til almenheden* en ensartet og EU-konform fortolkning, følger det af ovenstående, at de danske myndigheder skal vurdere en internetplatforms handlinger med udgangspunkt i Domstolens tilgang, i stedet for at foretage en objektiv vurdering af, om der foreligger samtykke eller en almindelig culpavurdering. Spørgsmålet om, hvorvidt en internetplatform kan pålægges et ansvar, vil herefter afhænge af anvendelsen af de supplerende kriterier, som Domstolen har indført.

Dertil kan det anføres, at introduktionen af de subjektive kriterier i vurdering af det direkte ansvar har forringet ophavsmandens retsstilling. Når en person deler et ophavsretligt beskyttet værk, vil der som udgangspunkt foreligge en krænkelse af ophavsmandens eneret, selvom denne person var uvidende om, at ophavsmanden ikke havde givet tilladelse hertil.²¹⁴ Med Domstolens praksis vil

²¹¹ Ohly, Ansgar. *The broad concept of “communication to the public” in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 8, [s. 664-675], s. 670-671.

²¹² Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. 2019, s. 56.

²¹³ Eller ved sanktionsspørgsmålet for den primære krænker, jf. Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 91.

²¹⁴ Som nævnt har den primære krænkers ansvar efter ISD traditionelt ikke indebåret en vurdering af krænkerens kendskab, men været baseret på objektive omstændigheder. Det er derfor klart, at en bruger, som uploader et værk på en UGC-plattform, krænker ophavsmandens eneret, uanset om denne vidste eller burde vide, at denne handling krævede ophavsmandens tilladelse. Se i samme retning Ohly, Ansgar. *The broad concept of “communication to the public” in*

ansvarliggørelsen af internetplatforme bero på, om denne havde et kendskab til værkernes ulovlige karakter og eventuelt en intention til at krænke ophavsmandens ret. Modsat kan det argumenteres, at en internetplatform ikke kunne ifalde et direkte ansvar før Domstolens indfortolkning af medvirkensansvaret via de subjektive kriterier. Dertil kommer, at rettighedshaverne før Domstolens *de facto* harmonisering, måtte søge internetplatformene ansvarliggjort under medlemsstaternes forskellige regler om medvirkensansvar, der ikke nødvendigvis sikrer den høje eller effektive beskyttelse, som ISD har til formål at indføre. Det må derfor netop have styrket ophavsmandens retsstilling at indfortolke et medvirkensansvar i ISD art. 3, stk. 1.

Uanset ovenstående er der ikke holdepunkter for, at de subjektive kriterier anvendes for andre krænker end mellemmanden, hvorfor den primære krænker ikke skal vurderes ud fra disse. Dette illustreres af Domstolens seneste praksis vedrørende fortolkningen af begrebet *overføring til almenheden* i *Renckhoff-dommen*²¹⁵ og *Tom Kabinet-dommen*²¹⁶, hvor de omhandlede værker var blevet placeret på internetplatformene på udbyderens beslutning, og hvor Domstolen ikke anvendte kendskabskravet.²¹⁷

Opsummerende har Domstolens udvidelse af anvendelsesområdet for ISD art. 3, stk. 1 som konsekvens, at grænsen mellem direkte ansvar og medvirkensansvaret udviskes. Denne udvidelse påvirker det nationale medvirkensansvar og skaber tvivl om forholdet mellem EU-retten og national ret i ophavsretten. I skrivende stund er det sandsynligt, at denne udvidelse ikke alene omfatter internetplatforme som TPB, men ligeledes efter omstændighederne UGC-platforme, som det blev fastlagt i afsnit 2.3.²¹⁸ Disse platforme underlægges en særlig ansvarsordning, hvor der ved vurderingen af det direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, inddrages subjektive kriterier, som

recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability? i Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2018, Vol. 13, No. 8, [s. 664-675], s. 673.

²¹⁵ Domstolens afgørelse i sag C-161/17 (Renckhoff).

²¹⁶ Domstolens afgørelse i sag C-263/18 (Tom Kabinet).

²¹⁷ Begge sager omhandlede en internetplatform, men hvor platformen selv var den primære krænker idet websideoperatøren havde taget initiativ til at uploade de krænkende værker. I begge afgørelser blev kendskabskriteriet ikke anvendt, og Domstolen henviser ikke til den formulering af overføringshandlingen, som blev anvendt i TPB-dommen, hvorefter det er tilstrækkeligt, at en mellemmand gør adgangen til ulovlige værker mindre kompleks. Dette kan fortolkes sådan, at Domstolen generelt ikke har ændret den objektive ansvarsvurdering i forhold til primære krænkelser, jf. Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati, Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 14.

²¹⁸ Dette vil formentligt blive klarlagt, når Domstolen afsiger dom YouTube/Cyando-sagerne.

traditionelt har henhørt det nationale medvirkensansvar. Ansvarer efter ISD art. 3, stk. 1, er derfor ikke begrænset til den, som iværksætter overføringen af et værk, men også den, som giver adgang hertil.²¹⁹

2.5. Ansvarsfrihed efter EHD

Dette afsnit har til formål at undersøge, hvorvidt en UGC-plattform er omfattet af anvendelsesområdet for EHD art. 14, stk. 1, og dernæst under hvilke betingelser UGC-plattformen kan blive ansvarsfri.

Som fastlagt i afsnit 2.3. kan en UGC-plattform efter omstændighederne selvstændigt kræve ophavsmandens eneret til overføringen til almenheden. På denne baggrund er det afslutningsvist relevant at undersøge, om dette påvirker platformens mulighed for at anvende ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, stk. 1.²²⁰

2.5.1. Introduktion

E-handelsloven²²¹ (EHL) er den danske implementeringslov for EHD. Med vedtagelsen af EHD tilsigtede lovgiver at bidrage til et velfungerende indre marked ved at sikre fri bevægelighed for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne gennem en retlig ramme for visse aspekter af elektronisk handel.²²²

Direktivet er udarbejdet i lyset af det amerikanske Digital Millennium Copyright Act²²³ (DMCA). I teorien betragtes DMCA som et forbillede for EHD og dermed også EHL. Dette kommer særligt til udtryk i paralleliteten, der består mellem hovedlinjerne i de to retsakter.²²⁴ DMCA regulerer alene

²¹⁹ Forudsat, at denne opfylder de supplerende kriterier, som er fastlagt i Domstolens praksis.

²²⁰ Kommissionen offentliggjorde den 15. december 2020 Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final 2020/0361(COD). Som nævnt i afsnit 1.4., fodnote 10, er afhandlingen tidsmæssigt afgrænset til den 12. december 2020, hvorfor forslaget ikke inddrages i afhandlingens analyser.

²²¹ Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel (herefter "EHL").

²²² EHD art. 1, stk. 1 og den 7. betragtning til EHD.

²²³ Digital Millennium Copyright Act, public law no. 105304, 112 STA 2860 af 28. oktober 1998 (herefter "DMCA").

²²⁴ DMCA indeholder enslydende bestemmelser om ansvarsfrihed for de såkaldte Information Service Providers (ISP, herunder ren videreformidling (CA § 512 (a)), caching (CA §§ 512(b)) og hosting (CA § 512 (c)).

ansvarsfriheden for medvirken til ophavsretlige krænkelse, hvorimod EHD omfatter krænkelse gennem alle former for retsstridig information.²²⁵

På samme vis som DMCA fastsætter EHD i art. 12-14 bestemmelser om ansvarsfritagelse for tjenesteydere, der på forskellig vis videreformidler retsstridig information. Bestemmelserne er næsten ordret implementeret i EHL §§ 14-16.²²⁶ Da EHL herefter skal fortolkes i lyset af EHD, vil afhandlingens analyser i de følgende afsnit tage udgangspunkt i EHD og Domstolens praksis herom.

Af særlig relevans for denne afhandling er ligeledes EHD art. 15, der forbyder medlemsstaterne at pålægge tjenesteyderen en generel forpligtelse til at overvåge den information, de formidler eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlige aktiviteter. Bestemmelsen er imidlertid ikke implementeret i EHL.²²⁷

Ansvarsfritagelsesreglerne i EHD art. 12-14 er udformet således, at de ikke tager stilling til, om en tjenesteyder ifalder et ansvar, men alene under hvilke betingelser de er ansvarsfrie.

EHD opererer med tre forskellige formidlingsformer, der adskiller sig fra hinanden i henhold til graden af involvering i det formidlede indhold, herunder ren videreformidling (EHD art. 12²²⁸), caching (EHD art. 13²²⁹), og hosting (EHD art. 14²³⁰).²³¹

Direktivets art. 14 regulerer den omstændighed, hvor en tjenesteyder oplagrer (hoster) information leveret af en tredjemand på dennes anmodning. På samme vis er en UGC-plattform kendetegnet ved

²²⁵ I samme retning Mathiasen, Jakob Plesner; Jørgensen, Niels Bo m.fl. *E-handelsloven med kommentarer*. 2004, s. 189-192.

²²⁶ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 670 og Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 280.

²²⁷ Begrundelsen herfor er, at gældende ret (også før EHD) er i overensstemmelse med EHD art. 15 efter uskreven dansk ret, jf. LFF 2002-01-29 nr. 61 Forslag til lov om tjenester i informationsområdet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, pkt. 12.2.3.

²²⁸ Bestemmelsen modsvarer § 14 i EHL.

²²⁹ Bestemmelsen modsvarer § 15 i EHL.

²³⁰ Bestemmelsen modsvarer § 16 i EHL.

²³¹ Som *Jakobsen* anfører, bygger bestemmelserne på princippet om, at jo mindre involveret en tjenesteyder er i formidlingen af information, desto mindre grundlag er der for at pålægge et ansvar. Det vil sige, at en tjenesteyder som udgangspunkt er ansvarsfri, hvis denne indtager en passiv rolle i relation til den formidlede information, jf. Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 670, der henviser til 42. betragtning til EHD.

at oplagre brugergeneret indhold på sin tjeneste. I denne afhandling er det derfor EHD art. 14, der er relevant at undersøge.²³²

Da en UGC-plattform hverken foretager ren videreformidling eller caching som omhandlet i EHD art. 12-13, beskrives disse bestemmelser ikke yderligere i denne afhandling.²³³

2.5.2. EHD art. 14

I det følgende beskrives baggrunden for ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14 (afsnit 2.5.2.1.). Dernæst undersøges det, under hvilke omstændigheder en UGC-plattform kan anses som en hosting-tjeneste og dermed være omfattet af ansvarsfritagelsesreglen (afsnit 2.5.2.2. og 2.5.2.3.). Til sidst undersøges det, hvilke betingelser en UGC-plattform skal opfylde for at kunne påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen (afsnit 2.5.2.4.).

2.5.2.1. Introduktion til EHD art. 14

Siden EHD blev indført i år 2000, er der sket en markant udvikling af de såkaldte sociale tjenester på internettet, herunder UGC-platforme som Facebook og YouTube. Før fremkomsten af disse tjenester bestod en oplagringstjeneste typisk i en simpel webside, som stillede serverplads eller diskussionsfora til rådighed for tredjemænd.²³⁴ Direktivets art. 14 blev således udformet med udgangspunkt i datidens tjenester, der *alene* stillede tekniske rammer til rådighed uden indflydelse og kontrol over indholdet.²³⁵

I dag er situationen anderledes. Tjenester som Facebook og YouTube agerer ligeledes teknisk vært for brugergeneret indhold, men også indholdsudbyder af tjenesten som sådan. Det vil sige, at tjenesten

²³² Se hertil definition af UGC-platforme i afsnit 1.3.

²³³ Se afsnit 1.6., hvor det blev beskrevet, at den oplagring, som sker ved caching, er af midlertidig karakter, hvilket ikke er tilfældet ved hosting, hvor oplagring sker, indtil afsenderen anmoder formidleren om at fjerne informationen eller indtil formidleren er forpligtet hertil på anden vis. Dertil indebærer ren videreformidling, at en tjenesteyder alene stiller kommunikationsmidler (f.eks. internet) til rådighed for afsenderen af retsstridig information, hvorfor det er klart, at UGC-platforme ikke vil være omfattet af denne bestemmelse.

²³⁴ Se hertil LFF 2002-01-29 nr. 61 Forslag til lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, pkt. 12.1, der som eksempler på tidens oplagringstjenester nævner de såkaldte web-hoteller, der stillede serverplads til rådighed for private eller virksomheder og chat-rooms, hvor information i form af meddelelser eller filer kunne indlægges direkte af den enkelte bruger, således at informationen blev gjort tilgængelig for andre på en elektronisk opslagstavle.

²³⁵ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet*. U 2009B.291, s. 2.

fastlægger de overordnede rammer for brugernes levering og udveksling af indhold på den pågældende platform. Dertil kommer, at tjenesten genererer indtægter ved at indsætte reklamer og annoncer ved visning af det brugergenerede indhold (f.eks. en video). Måden, hvorpå disse moderne tjenester er indrettet, rejser således spørgsmålet om, hvorvidt de kan påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen for hosting-tjenester i EHD art. 14, og dermed også om bestemmelsen finder anvendelse på en UGC-platform.²³⁶

2.5.2.2. Anvendelsesområde

Direktivets art. 14, stk. 1, fastslår, at en:

“tjenesteyder i tilfælde af levering af en *informationssamfundstjeneste*, som består i oplagring af information leveret af en tjenestemodtager, ikke pådrager sig ansvar for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager (...)” (vores kursivering).

Det kan heraf udledes, at EHD art. 14 opstiller to kumulative betingelser:

1. Først og fremmest skal der være tale om en *tjenesteyder*, der leverer en *informationssamfundstjeneste*.
2. For det andet skal denne tjeneste bestå i “oplagring af information leveret af en tjenestemodtager (...) på anmodning af denne tjenestemodtager”.
Det vil sige, at tjenesten skal betragtes som en *hosting-tjeneste*.

Hvad angår første betingelse defineres en tjenesteyder EHD art. 2, litra b, som “enhver fysisk eller juridisk person, som leverer en *informationssamfundstjeneste*”. Endvidere defineres begrebet *informationssamfundstjeneste* i EHD art. 2, litra a med henvisning til art. 1, nr. 2, i direktiv 98/34/EF som ændret ved direktiv 98/48/EF. Det følger heraf, at en *informationssamfundstjeneste* er “enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som

²³⁶ Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 674.

teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager” (vores kursivering).²³⁷ Det er åbenbart, at en UGC-plattform kan anses som en tjenesteyder, idet platformen “*teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager*”.²³⁸ Desuden ydes disse tjenester normalt mod betaling. Dette vil være tilfældet, selvom platformen ikke opkræver direkte betaling hos brugerne²³⁹, idet reklameindtægter fra f.eks. bannerreklamer er tilstrækkelige.²⁴⁰ Det kan derfor konkluderes, at en UGC-plattform opfylder alle kriterier i første betingelse.

Hvad angår den anden betingelse er det klart, at en UGC-plattform leverer en tjeneste, som blandt andet består i oplagring af information, der leveres af tjenestemodtageren (brugeren), og at dette sker på anmodning fra denne bruger. Dette indebærer, at tjenestens lagring af eget indhold ikke er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde.

Selvom en UGC-plattform oplagrer information, som leveres af brugerne, er anvendelsen af art. 14, stk. 1 betinget af, at tjenesteyderens aktivitet “(...) udelukkende [er] *teknisk, automatisk og passiv*” (vores kursivering), jf. 42. betragtning til EHD. Dette indebærer, at tjenesteyderen hverken har kendskab til eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres.²⁴¹

For at fastslå, om en UGC-plattform kan fritages for ansvar i henhold til EHD art. 14, er det herefter afgørende at undersøge, om den rolle, som platformen har ved formidlingen af brugernes indhold, er aktiv, eller alene er teknisk, automatisk og passiv. Er dette tilfældet, vil denne blive omfattet af hosting-bestemmelsen i EHD art. 14.

Som nævnt er det tvivlsomt, om en UGC-plattform er omfattet af EHD art. 14, henset til, at disse er mere involveret i formidlingen af brugernes indhold. Domstolen har imidlertid afsagt en række

²³⁷ Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (kodifikation), art. 1, stk. 1, litra b, der har erstattet Direktiv 98/34 EF som ændret ved Direktiv 98/48/EF.

²³⁸ En tjenestemodtager defineres i EHD art. 2, litra d, som “enhver fysisk eller juridisk person, som, uanset om det er til erhvervs-mæssig eller anden brug, anvender en informationssamfundstjeneste, bl.a. for at søge information eller gøre information tilgængelig.”. Det er åbenbart, at en bruger af en UGC-plattform er omfattet af dette begreb.

²³⁹ Mange tjenester indsamler imidlertid et betydeligt antal personoplysninger om sine brugere. Disse oplysninger har i sig selv en værdi, jf. 24. betragtning og art. 2, nr. 7 samt art. 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester.

²⁴⁰ Dette følger bl.a. af 18. betragtning til EHD og Domstolens afgørelse i sag C-291/13 (Papasavvas), pr. 26-30.

²⁴¹ Den 42. betragtning til EHD.

domme, der opstiller momenter, som kan indgå i vurderingen af, om en tjenesteyder er omfattet af art. 14's anvendelsesområde. Disse domme udgør relevante fortolkningsbidrag for vurderingen af, om en UGC-platform er omfattet heraf. I det følgende foretages således en analyse af denne praksis med henblik på at klarlægge, om UGC-platforme kan være omfattet af EHD art. 14, når de formidler indhold på anmodning af deres brugere.

Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google Adwords)

*Google Adwords-dommen*²⁴² omhandlede Googles tjeneste, Google Adwords, som gav erhvervsdrivende mulighed for at registrere søgeord mod betaling, således at deres annoncer fik en fordelagtig placering på Googles side. I den sag, der blev forelagt Domstolen, havde en erhvervsdrivende registreret en tredjemands varemærke som søgeord, uden dennes samtykke. Spørgsmålet var således, om Google kunne ifalde ansvar for en erhvervsdrivendes ulovlige brug af varemærket som søgeord, eller om Google var ansvarsfri efter EHD art. 14.

Domstolen lagde indledningsvist til grund, at Google Adwords skulle betragtes som en informationssamfundstjeneste, som lagrer information på brugerens anmodning.²⁴³

Med henvisning til 42. betragtning til EHD fremhævede Domstolen herefter, at EHD art. 14 ikke omfatter tjenesteydere, når denne ikke begrænser sig til at levere en hosting-ydelse "neutralt" gennem en rent "teknisk, automatisk og passiv" behandling af brugerens indhold.²⁴⁴ Det afgørende er herefter, at udbyderens rolle er neutral således, at "udbyderen ikke har kendskab til eller kontrol over de informationer, han lagrer".²⁴⁵

I den forbindelse fastslog Domstolen, at Googles modtagelse af vederlag eller fastsættelse af betalingsvilkårene ikke var afgørende for, om de spillede en aktiv rolle.²⁴⁶ Dernæst kunne Google ikke anses for at have den fornødne kendskab eller kontrol over søgeordet, alene fordi der var en overensstemmelse mellem det valgte søgeord og det søgeord, som blev indtastet af en

²⁴² Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google Adwords) (herefter "Google Adwords-dommen").

²⁴³ Google Adwords-dommen, pr. 110 og 111.

²⁴⁴ Ibid., pr. 112 og 113.

²⁴⁵ Ibid., pr. 114.

²⁴⁶ Ibid., pr. 116.

internetbruger.²⁴⁷ Domstolen udtalte derimod, at Googles rolle ved “formuleringen af den kommercielle besked, som ledsager det salg fremmende link, eller ved skabelsen eller valget af søgeord” kunne have relevans for vurderingen af den aktive rolle.²⁴⁸

Domstolen vurderede herefter ikke, hvorvidt Google i den konkrete sag spillede en aktiv rolle. Dommen giver derfor ikke et entydigt svar herpå. Imidlertid fremhævede Domstolen nogle væsentlige momenter, der kan have en betydning i vurderingen af, om tjenesteyderen indtager en aktiv eller neutral rolle.²⁴⁹

Først og fremmest er den omstændighed, at tjenesteyder direkte eller indirekte modtager vederlag for sin ydelse, ikke tilstrækkelig til, at denne spiller en aktiv rolle ved behandling af brugerens indhold. Det faktum, at en tjenesteyder modtager vederlag for oplagring af information, er netop en af de betingelser, som kendetegner en informationssamfundstjeneste, og er derfor en forudsætning for at være omfattet af EHD art. 14, stk. 1. Domstolens konklusion fremstår derfor velbegrunderet. Desuden kan det udledes, at tjenesteyderens medvirken til udformning eller udvælgelse af informationerne kan indikere, at tjenesteyderen spiller en aktiv rolle, idet de opnår kendskab til eller kontrol over indholdet.

Domstolens afgørelse i sag C-324/09 (eBay)

eBay-dommen omhandlede onlinemarkedspladsen eBay, hvor brugere kan oprette annoncer og i denne forbindelse uploade information til køb og salg af de varer eller tjenesteydelser, som brugerne ønskede at sælge. eBay hjalp sælgerne med at optimere deres salgsudbud, oprette deres online-butikker og med at markedsføre og fremme salget. Derudover reklamerede eBay for visse varer, som sælges af dens brugere på online-markedspladsen ved at opsætte annoncer på f.eks. Google.²⁵⁰

²⁴⁷ Ibid., pr. 117.

²⁴⁸ Ibid., pr. 118.

²⁴⁹ Domstolen udtalte, at det påhviler den nationale ret at afgøre, hvorvidt Google i den konkrete sag spillede om en aktiv eller passiv rolle, jf. Google Adwords-dommen, pr. 119.

²⁵⁰ Domstolens afgørelse i sag C-324/09 (eBay) (herefter “eBay-dommen”), pr. 31 og 114.

På tjenesten solgte brugerne ofte ulovlige kopier af produkter, der krænkede tredjemands varemærkerettigheder. Domstolen skulle derfor tage stilling til, om en online-markedsplads som eBay kunne anvende ansvarsfritagelsesreglen efter EHD art. 14 for brugernes handlinger.

Domstolen fandt, at en online-markedsplads som eBay åbenlyst opfyldte kriterierne for at være en informationssamfundstjeneste.²⁵¹ Med henvisning til *Google Adwords-dommen* fastslog Domstolen imidlertid, at en tjenesteyder alene er omfattet af EHD art. 14, når de leverer sine ydelser neutralt gennem en rent teknisk og automatisk behandling af de informationer, som kunderne forsyner den med.²⁵² Domstolen fastslog herefter, at alene den omstændighed, at en udbyder af en online-markedsplads lagrer salgsudbud på sin server, fastsætter betingelser for levering af sine ydelser, oppebærer betaling herfor og giver en række generelle oplysninger til sine klienter, ikke indebar, at tjenesteyderen spiller en aktiv rolle.²⁵³ Domstolen udtalte derimod, at udbyderen af en online-markedsplads kan spille en aktiv rolle, når denne yder bistand, bl.a. ved “at optimere eller fremme” de omhandlede salgsudbud, herunder ved at opsætte annoncer på Google, der førte til de ulovlige produkter. Denne tjenesteyder har herefter ikke længere en “neutral rolle i forholdet mellem sine kunder, der er sælgere, og potentielle købere”, men spiller derimod en “aktiv rolle”, som giver dem “kendskab til eller kontrol over de lagrede informationer” om salgsudbuddene.²⁵⁴ I disse tilfælde kan en tjenesteyder ikke påberåbe sig EHD art. 14.²⁵⁵

²⁵¹ eBay-dommen, pr. 109.

²⁵² Domstolen gik derfor imod *generaladvokat Jääskinens* forslag til afgørelse i eBay-sagen, der anførte, at “neutralitet” ikke var den rigtige test i forhold til EHD, jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinens i sag C-324/09 (eBay), (herefter “Generaladvokatens forslag til afgørelse i eBay-sagen”), pkt. 146. Generaladvokaten fremhævede i den forbindelse, at det faktisk er surrealistisk, at hvis en tjenesteyder som eBay, der griber ind og vejleder om indholdet af de varer, der udbydes i selskabets system, med forskellige tekniske midler, fratages den beskyttelse, som art. 14 giver for oplagring af information, som brugerne lægger ind. Generaladvokaten støtter dette på ordlyden af 42. betragtning til EHD, der ifølge ham alene tager sigte på de informationssamfundstjenester, som foretager ren videreformidling eller caching af information. Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, om Domstolens test om neutralitet i forhold til hosting-tjenester er korrekt, da 42. betragtning alene foreskriver, at “den tekniske drift af og indrømmelse af adgang til et kommunikationsnet, hvor informationer, som er stillet til rådighed af tredjemand, *transmitteres* eller *oplagres midlertidigt* (...)” (vores kursivering), hvorimod 46. betragtning til EHD udtrykkeligt henviser til oplagring af information, og ikke indeholder krav om, at formidlingen skal være passiv, teknisk og automatisk. Imidlertid må Domstolens bekræftelse af Google Adwords-dommen anses således, at neutralitets-testen fortsat er relevant i vurderingen af, om en udbyder leverer en tjeneste som hosting-tjeneste som omhandlet i EHD art. 14.

²⁵³ eBay-dommen, pr. 115.

²⁵⁴ *Ibid.*, pr. 116.

²⁵⁵ *Ibid.*, pr. 113-116. Det tilkom herefter den nationale ret at vurdere, om eBay i det konkrete tilfælde spillede en aktiv rolle, jf. pr. 117.

I overensstemmelse med *Google Adwords-dommen* bekræfter *eBay-dommen*, at en tjenesteyder ikke kan anses for at spille en aktiv rolle ved behandlingen af brugernes oplysninger, alene på grund af den omstændighed, at denne modtager vederlag for sine ydelser. Går en tjenesteyder derimod videre og yder brugerne en bistand med hensyn til bestemte salgsudbud, der består i at optimere og fremme disse andre steder på internettet, har de i forhold til disse salgsudbud ikke længere en neutral rolle mellem brugerne af tjenesten og indholdsmodtagerne. I disse tilfælde spiller udbyderen tværtimod en aktiv rolle, som giver denne kontrol og kendskab til den information, som brugerne deler, idet de bidrager til udformningen af indholdet eller anvender det til at reklamere for tjenesten. Tjenesteyderen kan herefter ikke påberåbe sig EHD art. 14.

Domstolens afgørelse i sag C-360/10 (SABAM II – Netlog)

*Netlog-dommen*²⁵⁶ omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt operatøren af den sociale netværksplatform, Netlog, havde en forpligtelse til at indføre et system, der kunne filtrere information, der var oplagret på Netlog, for at hindre tilrådighedsstillelsen af ulovlige værker.²⁵⁷ Platformen stillede et personligt sted – en “profil” – til rådighed, som den pågældende bruger selv kunne udfylde, og som blev tilgængeliggjort globalt via internettet.²⁵⁸

Domstolen lagde til grund, at en social netværksplatform, såsom Netlog, ved at lagre information om brugernes profiler på deres servere kunne anses som en hosting-tjeneste efter EHD art. 14, stk. 1.²⁵⁹ Domstolen begrundede imidlertid ikke nærmere, hvorfor Netlog kunne påberåbe sig EHD art. 14, men fastslår, at sociale netværksplatforme kan påberåbe sig denne bestemmelse. Dette blev bekræftet i *Facebook-dommen*²⁶⁰, hvor Domstolen udtalte, at det var “ubestridt”, at udbyderen af sociale netværksplatform, Facebook, leverede en tjeneste som hosting-udbyder efter i EHD art. 14.²⁶¹ Selvom udtrykket “ubestridt” henviser til, at parterne i den konkrete sag var enige om denne omstændighed,

²⁵⁶ Domstolens afgørelse i sag C-360/10 (SABAM II - Netlog).

²⁵⁷ Spørgsmålet om filtrering af information i relation til forbuddet mod generel overvågningsforpligtelse i EHD art. 15 diskuteres i afsnit 2.5.2.4.

²⁵⁸ *Netlog-dommen*, pr. 16.

²⁵⁹ *Ibid.*, pr. 27.

²⁶⁰ Domstolens afgørelse i sag C-18/18 (Facebook) (herefter “Facebook-dommen”).

²⁶¹ *Facebook-dommen*, pr. 22.

kan det antages, at Domstolen var enig i denne konstatering, idet den ikke fremsatte yderligere bemærkninger herom.²⁶²

Ovenstående domme bidrager derfor ikke yderligere til at belyse, hvilke momenter, der kan indgå i vurderingen af, hvornår en UGC-plattform spiller en aktiv rolle. Dommene indikerer imidlertid, at sociale netværksplatforme som Facebook og Netlog kan betragtes som hosting-tjenester, og derfor er omfattet af anvendelsesområdet i EHD art. 14, stk. 1.

2.5.2.3. Spiller UGC-plattformen en aktiv rolle?

Med udgangspunkt i ovenstående praksis vil det blive vurderet, om en UGC-plattform kan omfattes af EHD art. 14, stk. 1's anvendelsesområde. I denne henseende skal det undersøges, om platformens aktivitet kan anses for at være "teknisk, automatisk og passiv", eller om platformen spiller en aktiv rolle ved formidlingen af indholdet, så den får kendskab og kontrol over den information, den lagrer på vegne af brugerne.

På baggrund af Domstolens afgørelser i *Netlog-dommen* og *Facebook-dommen*, kan først og fremmest lægges til grund, at udbyderne af sociale netværksplatforme som Netlog og Facebook kan påberåbe sig EHD art. 14 for så vidt angår brugergeneret indhold. Ud fra disse domme kan det imidlertid ikke generelt udledes, hvilke momenter, der indgår i vurderingen af, om en UGC-plattform udgør en hosting-tjeneste som omhandlet af EHD art. 14.

På baggrund af *Google Adwords-dommen* og *eBay-dommen* blev det fundet, at det afgørende moment for, om en UGC-plattform ikke omfattes af EHD art. 14, er når det kan statueres, at platformen har spillet en aktiv rolle. Dette er tilfældet, når platformen har været involveret i udvælgelsen eller udformningen af indholdet eller yder bistand ved at optimere eller fremme det indhold, som platformen lagrer på vegne af brugerne, idet den herved opnår kendskab til eller kontrol over de informationer, som lagres på platformen. I den forbindelse er den omstændighed, at UGC-plattformen modtager vederlag for sin ydelse, ikke afgørende.

²⁶² Domstolen har tidligere adresseret parternes forudsætninger, der ligger til grund for fortolkningen af EU-retten, når denne finder omstændighederne tvivlsomme. Se f.eks. *Funke Medien-dommen*, pr. 16-26. Det kan derfor antages, at hvis Domstolen i *Facebook-dommen* ikke var enige i parternes forudsætninger, ville Domstolen have kommenteret på det. Desuagtet er det besynderligt, at et så omstridt spørgsmål ikke bliver diskuteret nærmere.

Det vil herefter bero på en konkret vurdering af sagens omstændigheder, om UGC-plattformen har ageret på en sådan måde, at denne kan anses for at have spillet en tilstrækkelig aktiv rolle, f.eks. ved at vurdere den måde, som platformen er indrettet på. Som nævnt kan en UGC-plattform efter omstændighederne blive direkte ansvarlig, når denne foretager indeksering, kategorisering af brugerens indhold og tilbyder en søgemaskinefunktion.²⁶³ Spørgsmålet er herefter, om disse handlinger kan anses for at være tilstrækkelige til at udgøre en aktiv rolle.

I *Google Adwords-dommen* var den omstændighed, at Google tilbød en adgang til en søgemaskinefunktion, som skabte en forbindelse mellem brugernes søgning og de uploadede informationer, ikke tilstrækkelig til at anse Google for at spille en aktiv rolle, selvom der var overensstemmelse mellem søgeordene. En UGC-plattforms tilbud af en søgemaskinefunktion, som forbinder brugernes søgeord med indhold, som er delt på platformen af andre brugere, vil derfor ikke i sig selv medføre, at platformen indtager en aktiv rolle.

Det derfor overvejes, om en UGC-plattforms generelle præsentation af indholdet på platformen gennem en indeksering og kategorisering heraf, som gør det nemmere for brugerne at lokalisere og få adgang til indholdet på platformen, vil være tilstrækkeligt til at anse UGC-plattformen for at spille en aktiv rolle.

I *eBay-dommen* berørte Domstolen ikke den omstændighed, at eBay strukturerede den generelle præsentation af salgsudbuddene på eBay. Domstolen fastslog derimod, at en online-markedsplads som eBay spiller en aktiv rolle, når den ydede en individuel bistand med hensyn til de "omhandlede salgsudbud" i bestemt form.²⁶⁴ Det kan heraf udledes, at en online-markedsplads som eBay alene kan anses for at spille en aktiv rolle i forhold til *bestemte salgstilbud*, som optimeres og fremmes. Omvendt må det derfor antages, at en online-markedsplads som eBay ikke er udelukket fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen, når denne alene har struktureret den *generelle* præsentation af indholdet på tjenesten indholdet, hvortil der ikke er ydet en individuel bistand til optimering eller promovring. En UGC-plattforms generelle præsentation af indholdet på platformen gennem en

²⁶³ Se afsnit 2.3.

²⁶⁴ eBay-dommen, pr. 116-117.

indeksering og kategorisering medfører derfor ikke, at platformen spiller en aktiv rolle i forhold til dette indhold.²⁶⁵

Desuden skal det fremhæves, at mange UGC-platforme anvender et upload-filter til at gennemse det brugergenerede indhold for ulovlige informationer, før det uploades på platformen. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt sådanne proaktive foranstaltninger kan medføre, at en platform ikke længere er neutral. Det kan gøres gældende, at de ved filtreringen får kendskab til og kontrol over brugerens indhold.²⁶⁶ Det kan imidlertid virke paradoksalt, at en platforms frivillige foranstaltninger til bekæmpelse af ulovligt indhold afskærer den fra at påberåbe ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, stk. 1. Det fremgår af betragtningerne til EHD, at direktivet ikke bør være til hinder for, at tjenesteyderen “udvikler og faktisk gennemfører tekniske (...) overvågningsinstrumenter, som er muliggjort af den digitale teknik”.²⁶⁷ Det er derfor nærliggende at konkludere, at en UGC-platforms beslutning om at implementere proaktive foranstaltninger såsom upload-filtre ikke medfører, at denne spiller en aktiv rolle.

Opsummerende kan det lægges til grund, at en UGC-platform, der tilbyder en søgemaskinefunktion, og foretager en strukturering af den *generelle* præsentation af indholdet på platformen gennem indeksering og kategorisering heraf, ikke medfører, at platformen spiller en aktiv rolle. Platformens anvendelse af upload-filtre kan heller ikke i sig selv udelukke denne fra at påberåbe sig EHD art. 14, stk. 1. Platformen kan derimod anses for at spille en aktiv rolle, når de aktivt udvælger eller fremmer bestemt brugergenereret indhold ved at yde individuel bistand til optimering eller promovning heraf. Når platformen agerer på denne måde, opnår den kendskab til og kontrol over indholdet, og den kan derfor ikke anses for at have en neutral rolle mellem brugerne og modtageren af indholdet. Platformen vil således ikke kunne anvende ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14.

²⁶⁵ I Google Adwords-dommen var Domstolen opmærksom på den omstændighed, at Google bestemmer rækkefølgen for visningen af annoncer. På trods heraf adresserede Domstolen ikke direkte, hvorvidt dette havde relevans for vurderingen af den aktive rolle. Se Google Adwords-dommen, pr. 115 smh. med pr. 116-120.

²⁶⁶ Riis, Thomas og Schwemer, Sebastian. *Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation*. University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2019-64, s. 11.

²⁶⁷ Den 40. betragtning til EHD.

Ovenstående giver imidlertid ikke et klart svar på, hvilke handlinger, foretaget af en UGC-platform, der kan overskride grænsen for den neutrale rolle.²⁶⁸ Sammenfattende kan det derfor konkluderes, at grænsedragningen mellem, hvornår platformen har en aktiv eller neutral rolle, beror på sagens konkrete omstændigheder, men det kan ikke udelukkes, at sådanne platforme kan have en neutral rolle.

Selvom en UGC-platform i det konkrete tilfælde ikke kan anses for at spille en aktiv rolle, og dermed omfattes af anvendelsesområdet i EHD art. 14, stk. 1, skal platformen opfylde betingelserne i EHD art. 14, stk. 1, litra a og b, for at kunne påberåbe ansvarsfritagelsesreglen. Disse betingelser vil således blive analyseret i det følgende.

2.5.2.4. Betingelser for ansvarsfrihed

Ifølge direktivets art. 14, stk. 1, litra a og b kan en tjenesteyder ikke holdes ansvarlig for den information, som denne lagrer på brugerens anmodning, når:

“a) (...) tjenesteyderen ikke har *konkret kendskab* til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår *erstatningskrav*, ikke har *kendskab* til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, eller

b) (...) tjenesteyderen *fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks* tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.” (vores kursivering).

Litra a - Kendskab

Litra a kan påberåbes ved fritagelse for både strafferetlige og erstatningsretlige krav. Der er i dansk ret ikke fastsat særlige regler om hosting-tjenesters erstatningsansvar, hvorfor ansvarsgrundlaget

²⁶⁸ Domstolen afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne vil formentlig klarlægge, hvorvidt de handlinger, som en UGC-platform som YouTube foretager sig, er omfattet af ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, navnlig, når platformen via en algoritme anbefaler dens brugere videoer, der er sammenlignelig med de videoer, som de allerede har afspillet på platformen. Dette kan have betydning for vurderingen af andre UGC-platforme, der anbefaler det brugergenerede indhold til brugerne på baggrund af en algoritme.

afgøres efter de almindelige regler om erstatningsansvar uden for kontrakt. Det fremgår af forarbejderne til EHL § 16, stk. 1, nr. 1, at den almindelige culparegel finder anvendelse.²⁶⁹ Det afgørende er derfor, om hosting-tjenesten handlede med simpel eller grov uagtsomhed. Det vil sige, om tjenesten vidste eller burde vide, at den oplagrede ulovlige informationer, idet denne ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen, hvis det er tilfældet.²⁷⁰ Ved vurderingen af uagtsomheden, fremgår det af forarbejderne til EHL, at det først skal vurderes, hvordan tjenesten *kunne* have handlet, og dernæst, hvis denne kunne have handlet anderledes, om tjenesten *burde* have handlet på en anden måde.²⁷¹

Der er herefter afgørende at vurdere, hvornår en tjeneste burde vide, at den oplagrer ulovlige informationer.

I *eBay-dommen* præciserede Domstolen, at der ved vurderingen af kendskabet tages hensyn til "(...) forhold og omstændigheder, som ville have fået en *påpasselig erhvervsdrivende* til at opdage ulovlighederne og agere som foreskrevet i [EHD's] artikel 14, stk. 1, litra b)" (vores kursivering).²⁷² Ifølge Domstolen er det i denne vurdering underordnet, på hvilken måde og fra hvem tjenesteyderen opnår kendskabet.²⁷³ En tjenesteyder kan derfor blive bekendt med de ulovlige forhold på eget initiativ²⁷⁴ eller gennem meddelelse fra rettighedshaver eller tredjemand. I denne forbindelse

²⁶⁹ LFF 2002-01-29 nr. 61 Forslag til lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, afsnit 12.2.1.2. Erstatningsansvar.

²⁷⁰ Mathiasen, Jakob Plesner; Jørgensen, Niels Bo m.fl. *E-handelsloven med kommentarer*. 2004, s. 220 og Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 302.

²⁷¹ LFF 2002-01-29 nr. 61 Forslag til lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, afsnit 12.2.1.2. Erstatningsansvar.

²⁷² *eBay-dommen*, pr. 120.

²⁷³ *Ibid.*, pr. 121-122.

²⁷⁴ Eksempelvis gennem proaktive foranstaltninger såsom upload-filtre. Det fremgår af Meddelelse fra Kommission til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg og Regionsudvalget, COM(2017) 555 final, s. 12-13, at en internetplatforms kendskab til ulovlige informationer eller aktiviteter, der opnås gennem proaktive foranstaltninger kan føre til tab af ansvarsfritagelsesreglen efter EHD art. 14, stk. 1, litra a. I sådanne tilfælde har platformen imidlertid fortsat mulighed for at påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1, såfremt denne straks fjerner eller hindrer adgangen til de pågældende informationer fra det øjeblik, hvor platformen får kendskab den ulovlige information, jf. art. 14, stk. 1, litra b. Anvendelsen af proaktive foranstaltninger fører derfor ikke *de jure* til tab af ansvarsfritagelsesreglen, men det kan ikke ignoreres, at sådan et filter *de facto* kan begrænse tjenesteyderens adgang til at påberåbe sig art. 14 afhængig af, hvor effektive disse foranstaltninger er, da platformen vil kunne opnå det fornødne kendskab, og derefter vil være afskåret fra at påberåbe sig EHD art. 14, såfremt denne ikke handler straks, jf. Riis, Thomas og Schwemer, Sebastian. *Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation*. University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2019-64, s. 11-12.

fremhævede Domstolen, at det ikke er enhver meddelelse, som vil resultere i, at tjenesteyderen opnår kendskab.²⁷⁵ Dette afhænger af, om meddelelsen er klar, præcis og tilstrækkeligt begrundet.²⁷⁶

Imidlertid kan det ikke på baggrund af *eBay-dommens* præcisering entydigt fastlægges, hvornår tjenesten har et kendskab til ulovligheden af det pågældende indhold, så den mister adgangen til at anvende ansvarsfritagelsesreglen. Det kan derfor overvejes, om en tjenesteyders generelle viden om²⁷⁷, at en del af det indhold, der deles på tjenesten, er ulovligt, medfører, at tjenesteyderen burde vide, at der var tale om ulovlige informationer, og derfor afskæres fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen.²⁷⁸

Ordlyden af art. 14, stk. 1, litra a, 2. led, har ikke ligesom 1. led en eksplicit udformning. Hvor bestemmelsens 1. led fastsætter, at der ikke må være tale om et "konkret kendskab" til den ulovlige aktivitet eller information, fremgår det alene af 2. led, at der ikke må være tale om "kendskab" til de "forhold eller omstændigheder", hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår. Dette taler for, at lovgiver har ladet det være muligt at udelukke en tjenesteyder med generelt kendskab fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen.

Ud fra et hensyn til de rettighedshavere, hvis ophavsret bliver krænket gennem delingen af de ulovlige værker gennem hosting-tjenesterne, synes det rimeligt, at visse tjenester, som generelt har en viden om, at tjenesten indeholder store mængder af ulovlige værker, ikke kan anvende ansvarsfritagelsesreglen. Det er klart, at UGC-platforme som YouTube og Facebook har et vist kendskab til, at der deles ulovligt indhold på deres tjenester. Som *Udsen* skriver, kan det virke urimeligt, hvis de større platforme som YouTube kan undlade at reagere på viden om, at deres platform indeholder store mængder af ulovligt materiale, idet dette materiale er med til at tiltrække

²⁷⁵ eBay-dommen, pr. 122.

²⁷⁶ Den engelske ordlyd af EHD art. 14, stk. 1, litra a understreger dette krav om klarhed, idet bestemmelsen foreskriver, at tjenesteyderen ikke må være "(...) aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent (...)". Ordet "apparent" fastlægger i højere grad, end den danske ordlyd "fremgår", at det klart skal fremgå af meddelelsen eller omstændighederne, at der er tale om ulovlige informationer, før tjenesteyderen kan anses for at have det fornødne kendskab.

²⁷⁷ Det vil sige kendskab om, at der generelt findes ulovligt materiale, hvilket adskiller sig fra det specifikke kendskab, hvor tjenesteyderen har viden om, at der konkret er tale om ulovlige informationer.

²⁷⁸ Forudsat, at denne ikke fjerner indholdet i overensstemmelse med art. 14, stk. 1, litra b.

trafik til platformen, som platformen opnår økonomisk vinding fra, hvilket er til skade for rettighedshaveren.²⁷⁹

På trods af ovenstående er der vægtige argumenter *imod*, at sådan et generelt kendskab er tilstrækkeligt til at afskære tjenesteyderen fra at påberåbe ansvarsfritagelsesreglen efter EHD art. 14, stk. 1.

For det første vil det pålægge tjenesteyderne en uforholdsmæssig stor byrde. Ud fra ordlyden af betragtning 40, 41 og 46 til EHD, kan det udledes, at lovgiver havde til hensigt at indføre regler, som skulle sørge for, at tjenesteydere, der alene fungerer som formidlere, og dermed ikke har kontrol over det nærmere indhold af de informationer, som denne lagrer på dens servere, ikke skulle løbe en uforholdsmæssig risiko ved at udbyde sådan en tjeneste. Det vil derfor være for vidtgående at afskære tjenesteyderen fra ansvarsfritagelsesreglen på baggrund af et generelt kendskab til indhold, som de ikke har nogen kontrol over.

For det andet kan det ud fra bestemmelsens ordlyd gøres gældende, at tjenesteydere ikke er udelukket fra at anvende ansvarsfritagelsesreglen alene på baggrund af et generelt kendskab. Selvom dette ikke fremgår eksplicit af EHD art. 14, stk. 1, litra a, 2. led, må referencen til “*den* ulovlige aktivitet eller information” (vores kursivering) i bestemt form læses sådan, at der skal være tale om et kendskab til konkrete ulovlige informationer.²⁸⁰

Desuden kan det udledes af *eBay-dommen*, at en tjenesteyders generelle viden om krænkende salgsudbud var uden betydning for vurderingen af, om denne har det fornødne kendskab. En tjenesteyder som eBay må være bekendt med, at der generelt findes salgsudbud, som krænker andres rettigheder. I stedet for at inddrage dette moment i vurderingen, valgte Domstolen alene at fokusere på, om eBay havde modtaget en tilstrækkelig præcis og begrundet meddelelse om krænkelse, og om eBay på denne baggrund havde kendskab til de forhold og omstændigheder, som normalt ville få en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at “*de omhandlede salgsudbud var ulovlige*” (vores kursivering).²⁸¹

²⁷⁹ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 307.

²⁸⁰ Dette understøttes ligeledes af ordlyden i EHD art. 14, stk. 1, litra b, hvoraf det fremgår, at tjenesteyderen efter at have opnået kendskab skal tage “skridt til at fjerne *informationen* eller hindre adgangen til *den*” (vores kursivering).

²⁸¹ *eBay-dommen*, pr. 122 og 124.

På denne baggrund skal *eBay-dommen* formentlig forstås sådan, at en tjenesteyders generelle viden om, at det indhold, der deles på tjenesten er ulovligt, *ikke* medfører, at tjenesteyderen burde vide, at der var tale om ulovlige informationer, og derfor mister adgangen til ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1. Domstolens præcisering af “kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår”, jf. EHD art. 14, stk. 1, litra a, 2. led, henviser derimod til de tilfælde, hvor en tjenesteyder har opnået kendskab til faktuelle omstændigheder, der vedrører *specifik* information, som denne lagrer, og som denne, ved at agere som en påpasselig erhvervsdrivende, burde have indset var ulovlig.

Derudover skal EHD art. 14, stk. 1, læses i sammenhæng med direktivets øvrige bestemmelser i direktivet for at sikre dens effektive anvendelse. Bortfalder tjenesteyderens mulighed for ansvarsfritagelse alene på baggrund af et generelt kendskab til ulovlig aktivitet på tjenesten, ville dette medføre, at tjenesten er nødsaget til at overvåge og føre kontrol med samtlige informationer, som brugeren uploader, mhp. at forhindre upload af ulovligt indhold. Med andre ord pålægges tjenesteyderen *de facto* en generel overvågningsforpligtelse i strid med EHD art. 15.²⁸²

I *eBay-dommen* fandt Domstolen, netop med henvisning til EHD art. 15, at en onlinemarkedsplads som eBay ikke kan pålægges en pligt til aktivt at overvåge samtlige oplysninger fra tjenestens kunder med henblik på at forebygge alle former for fremtidige krænkelse af den intellektuelle ejendomsret på platformen, da det ville være i strid med bestemmelsen.²⁸³

Det kan derfor gøres gældende, at det i lyset af EHD art. 15, er for vidtgående at fortolke EHD art. 14, stk. 1, litra a, således, at en tjenesteyder alene på baggrund af et generelt kendskab til, at der findes ulovligt indhold på platformen, er udelukket fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen.

²⁸² Som belyst i afsnit 2.3.3. vil en sådan forudgående kontrol af det indhold, som brugerne uploader, formentlig også forudsætte, at platformen anskaffer og implementerer et upload-filter, henset til, at en manuel gennemgang i praksis vil være umulig grundet den store mængde indhold, der kan findes på platformen. Dette kan være problematisk i forhold til ytrings- og informationsfriheden, jf. Chartrets art. 11, samt platformens frihed til at oprette og drive virksomhed, jf. Chartrets art. 16. Dette blev fastlagt i Netlog-dommen, hvor Domstolen fandt, at det ikke alene er i strid med EHD art. 15 at pålægge en pligt til at anvende filtre til at overvåge indhold, men ligeledes kan udgøre en krænkelse af de grundlæggende rettigheder i Chartret. Der henvises i øvrigt til afhandlingens *Del 3*, hvor problemstillingen behandles i forhold til DSMD.

²⁸³ eBay-dommen, pr. 139.

Forbuddet mod at pålægge tjenester en generel overvågningsforpligtelse i art. 15 betyder imidlertid ikke, at en tjenesteyder ikke skal handle med omhu. Som Domstolen konkluderede i *eBay-dommen*, skal tjenesteyderens handlinger holdes op mod, hvordan en påpasselig erhvervsdrivende ville have handlet i den pågældende situation. Desuden følger det af 48. betragtning til EHD, at medlemsstaterne kan pålægge tjenesteyderne en pligt til at handle med “en sådan agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes af dem med henblik på at afsløre og forhindre visse former for ulovlige aktiviteter.” Denne forpligtelse til at udvise omhu må således ikke forveksles med den generelle overvågningsforpligtelse eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed, som forbydes efter EHD art. 15.

Sammenfattende må en UGC-plattform ikke have konkret kendskab til det ulovlige indhold *eller*, såfremt der er tale om erstatningskrav, en burde-viden om, at indholdet er ulovligt på baggrund af forhold og omstændigheder, hvoraf de ulovlige informationer fremgår. Denne burde-viden kan imidlertid ikke fortolkes som en generel burde-viden, således at platformen er afskåret fra at påberåbe ansvarsfritagelsen på baggrund af et generelt kendskab til, at der findes ulovligt indhold på platformen. Der skal derimod være tale om et kendskab til forhold eller omstændigheder, der vedrører *specifikt* indhold, som ville få en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at dette indhold var ulovligt, og på denne baggrund agere som foreskrevet efter EHD art. 14, stk. 1, litra b. Dette vil navnlig være tilfældet, når UGC-plattformen har modtaget en tilstrækkelig klar og begrundet meddelelse, der vedrører konkrete ulovlige informationer.

Litra b – Notice and takedown

Når en tjenesteyder har det fornødne kendskab efter EHD art. 14, stk. 1, litra a, skal denne “straks” iværksætte foranstaltninger for at fjerne indholdet fra tjenesten eller hindre adgangen hertil efter EHD art. 14, stk. 1, litra b. I praksis vil kendskabet ofte skulle påhvile meddelelse om krænkelsen fra den krænkede part (notice). Proceduren hvor rettighedshavere giver meddelelse til tjenesten om ulovligt indhold, hvorefter tjenesten fjerner indholdet på baggrund af denne meddelelse betegnes som “notice and takedown”.²⁸⁴

²⁸⁴ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 294.

Notice og takedown-procedure i EHD bærer præg af at mangle nærmere retningslinjer for tjenesteyderen. Sammenlignet med den klare procedure, som tjenesteydere skal følge efter DMCA, efterlader EHD tjenesteyderne i en uklar retstilstand.²⁸⁵ Hverken EHD eller EHL regulerer selve proceduren, og det er herefter op til tjenesteyderen selv at vurdere, hvornår denne skal fjerne eller blokere indholdet og om denne vil implementere denne procedure gennem en manuel eller automatisk proces.²⁸⁶

Hvad indebærer “straks”?

Idet EHD ikke giver nærmere retningslinjer er det uklart, hvad der mere præcist menes med, at indholdet skal fjernes “straks”. Praksis giver ligeledes ikke entydigt svar på, hvad der anses som straks, men efter flere af medlemsstaternes nationale praksis peges der på, at en reaktionstid helt ned på 4-5 dage efter modtaget notifikation kan være for langsom.²⁸⁷ Ifølge *Udsen* må vurderingen af, om fjernelsen er sket straks, afhænge af kompleksiteten af vurderingen af indholdets lovlighed, som tjenesteyderen skal foretage. Dette indebærer, at tjenesteyderen ved åbenbare krænkelse skal fjerne indholdet med det samme, for at være omfattet af ansvarsfritagelsesreglen.²⁸⁸ Dette synes at støtte ret på ordlyden af art. 14, stk. 1, litra a, ifølge hvilken en tjenesteyder, som nævnt, anses for at have det fornødne kendskab, når det klart fremgår af omstændighederne, at der er tale om ulovligt indhold.²⁸⁹

²⁸⁵ Se Jakobsen, Søren Sandfeld. *Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet*. U 2009B.291, s. 296-297, hvor forfatteren beskriver notice and takedown proceduren, som foreskrevet i DMCA. Denne procedure angiver specifikke trin, der skal følges for at undgå ansvar. Den går kort beskrevet ud på, at tjenesten ved notice fra rettighedshaveren skal fjerne indholdet og straks give besked til uploaderen herom. Den, der har uploadet indholdet kan herefter komme med indsigelser. Såfremt rettighedshaveren ikke inden 10 dage har taget retslige skridt mod krænkeren, vil adgangen til indholdet blive genetableret. På denne måde gøres tjenesteyderen ikke til “dommer” over for indholdets lovlighed, og vil herefter være ansvarsfri overfor begge involverede parter.

²⁸⁶ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): *Lærebog i entertainmentret*. 2019, s. 294 og Jakobsen, Søren Sandfeld. *Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet*. U 2009B.291, s. 296-297. YouTube har eksempelvis valgt at anvende den automatiske model igennem Content ID-systemet. Selvom denne løsning gør det praktisk muligt at gennemgå store mængder indhold uden at pålægge platformen en uforholdsmæssig byrde, er den ikke fejlfri. Værker, der af rettighedshaveren er blevet markeret gennem Content ID, kan stadig findes ulovligt uploadet af brugerne på YouTube, da der findes tekniske metoder til at omgå systemet, jf. Torp, Thea og Uhre, Marcus. *Google profiterer på filmtvyve*. Filmmagasinet Ekko. August 2020. <https://www.ekko.dk/artikler/google-profiterer-pa-filmtvyve/> (sidst tilgået 19/11/2020). Det efterlader herefter rettighedshaverne med en næsten umulig opgave at sikre, at værket ikke udnyttes af en bruger, da de ikke kan hindre samtlige brugere i at uploade det beskyttede indhold og ikke manuelt kan gennemgå de uanede mængder indhold på platformen.

²⁸⁷ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): *Lærebog i entertainmentret*. 2019, s. 293, og den deri nævnte udenlandske praksis.

²⁸⁸ Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 312.

²⁸⁹ Se analysen ovenfor om EHD art. 14, stk. 1, litra a, hvor det i fodnote 277 fremhæves, at den engelske ordlyd af direktivet “apparent” tydeliggør, at der skal være tale om en klare forhold, før det må forventes, at en påpasselig tjenesteyder indså, at det specifikke indhold var ulovligt.

Nielsen peger også på, at skadevirkningen må indgå i vurderingen af, hvor lang tid en tjenesteyder har til at fjerne indholdet.²⁹⁰ Dette synes også rimeligt, idet jo mere skade det krænkende indhold forårsager, jo mere afgørende er det, at tjenesteyderen handler hurtigt på meddelelsen.

Ud fra ovenstående kan det derfor lægges til grund, at der ud fra det konkrete omstændigheder må indrømmes tjenesteyderen en rimelig tid til at vurdere, hvorvidt det anmeldte indhold rent faktisk er ulovligt. Først når denne vurdering er foretaget, og det er klart, at der er tale om ulovligt indhold, skal tjenesteyderen fjerne indholdet. Hvis ikke, ville tjenesteyderen kunne risikere at fjerne indhold på baggrund af utilstrækkelige og ubegrundede indicier fra tredjemand, og derved risikere at krænke tjenestemodtagerens (brugernes) ytrings- og informationsfrihed, såfremt indholdet viste sig at være lovligt.

Hvornår er indholdet fjernet, og hvad indebærer en hindring af adgangen hertil?

EHD beskriver ikke nærmere, hvilke handlinger, en tjenesteyder skal foretage sig, for at opfylde kravene om fjernelse eller hindring af adgangen hertil. Når indhold først én gang er uploadet på internettet på tjenesten, kan det let downloades og kopieres af enhver, som derfor kan gen-uplade det samme indhold. På den ene side vil en pligt til fremover at monitorere og fjerne alle disse kopier være en uforholdsmæssig ressourcekrævende byrde at pålægge en tjenesteyder, som kan krænke dennes ret til at drive virksomhed. På den anden side er tjenesteyderen nærmest til at påtage sig denne pligt, idet denne har adgang til serverne, hvor værkerne er uploadet. Der kan derfor sættes spørgsmålstegn ved, hvornår tjenesteyderen har gjort tilstrækkeligt for at fjerne indholdet eller blokere brugernes adgang hertil.

Med udgangspunkt i *Connery-dommen*²⁹¹ argumenterer *Udsen* for, at hvis brugeren stadig reelt kan tilgå indholdet efter at tjenesten har fjernet det f.eks. ved at indtaste en specifik adresse i browserfeltet, som fører direkte til indholdet i stedet for hjemmesidens forside, er der ikke tale om effektiv fjernelse.²⁹² Det synes rimeligt at lade kravet om fjernelse omfatte et krav om effektiv fjernelse, således at brugerne af tjenesten effektivt er afskåret fra at tilgå indholdet. I modsat fald ville formålet

²⁹⁰ Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): Lærebog i entertainmentret. 2019, s. 293.

²⁹¹ Se redegørelsen af *Connery-dommen* i afsnit 2.4.2.

²⁹² Udsen, Henrik. *IT-ret*. 2019, s. 312.

med EHD art. 14, stk. 1, litra b udhules, idet tjenesteyderen ville kunne undgå at sikre, at indholdet er fjernet fra samtlige steder på platformen.

Det er derimod tvivlsomt, om der kan stilles strengere krav om at sørge for, at indholdet ikke uploades igen af den samme eller en anden bruger – med andre ord, om der kan stilles krav om en staydown-forpligtelse. En sådan forpligtelse indebærer, at platformen, efter den første nedtagelse, skal overvåge platformen for at sikre, at indholdet ikke uploades igen, og spørgsmålet er derfor om dette er i strid med det generelle overvågningsforbud i EHD art. 15.

I *Facebook-dommen*²⁹³ var sagens omdrejningspunkt spørgsmålet om, hvorvidt den sociale netværkstjeneste Facebook var forpligtet til at fjerne en række æreskrænkende udtalelser, der var offentliggjort på platformen af en Facebook-bruger. I denne forbindelse blev Domstolen anmodet om at besvare, hvorvidt en tjenesteyder i henhold til EHD art. 15 igennem et påbud, der er meddelt af en national ret i en medlemsstat, kunne pålægges en forpligtelse til at fjerne eller hindre adgangen til dette ulovlige indhold og indhold, som var identisk hermed – dvs. en staydown-forpligtelse.

Domstolen fastslog i den forbindelse, at det er legitimt i forhold til hensynet til at hindre yderligere skade for de berørte interesser at pålægge en hosting-udbyder en forpligtelse til at fjerne eller hindre adgangen til information, som er identisk med information, der tidligere er erklæret ulovlig. En sådan forpligtelse udgjorde derfor ikke ifølge Domstolen en generel overvågningsforpligtelse som omhandlet i EHD art. 15.²⁹⁴ Herefter fandt Domstolen, at det samme gælder for indhold, der har den samme betydning som det ulovlige indhold. Domstolen synes at begrunde dette ud fra en proportionalitetsvurdering af modsatrettede interesser, idet Domstolen fremhævede, at en sådan forpligtelse ville være “tilstrækkelig effektiv til at sikre en passende beskyttelse af den person, som udsættes for ærekrænkende udtalelser”, og at dette ikke ville “pålægge hosting-udbyderen en uforholdsmæssig streng forpligtelse”, da pligten er begrænset til den information, som er angivet i påbuddet. Domstolen lagde til grund, at et sådan påbud ikke ville forpligte hosting-udbyderen “til at

²⁹³ Domstolens afgørelse i sag C-18/18 (Facebook).

²⁹⁴ Facebook-dommen, pr. 37.

foretage en selvstændig vurdering, eftersom [udbyderen] i stedet kan anvende automatiserede teknikker og søgemetoder.”²⁹⁵

Domstolens afgørelse var hovedsageligt i overensstemmelse med *generaladvokat Szpunars* forslag til afgørelse. Generaladvokaten anførte, at søgning efter og identificering af information, der er identisk med den information, der er blevet anset for ulovlig af en retsinstant, ikke kræver avancerede tekniske hjælpemidler, som må antages at udgøre en “ekstraordinær byrde”.²⁹⁶ Både generaladvokaten og Domstolen synes i deres afvejninger at lægge til grund, at tjenesteyderne har adgang til tekniske hjælpemidler såsom upload-filtre til brug for opfyldelse af forpligtelsen. Uanset om visse tjenesteydere såsom Facebook råder over sådanne filtre²⁹⁷, der gør det muligt at sikre, at indholdet blokeres, kan det ikke antages, at samtlige tjenesteydere har de nødvendige ressourcer til at licensere eller udvikle et upload-filter. Det vil derfor kunne udgøre en ekstraordinær byrde at pålægge sådanne platforme en staydown-forpligtelse til at sørge for, at ulovligt indhold ikke gen-uploades på platformen.

Af ovenstående kan det overordnet udledes, at tjenesteyder *kan* pålægges en staydown-forpligtelse, såfremt dette ikke pålægger denne en ekstraordinær byrde. Forbuddet i EHD art. 15 hindrer dermed ikke, at de nationale domstole kan påbyde tjenesteyderen at overvåge og fjerne specifikt indhold, herunder indhold, som er identisk hermed eller har samme betydning (specifik overvågningsforpligtelse).

2.5.3. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at anvendelsen af EHD art. 14, stk. 1 falder i to trin, hvorefter det først vurderes, hvorvidt tjenesteyderen er en hosting-tjeneste, som har en neutral rolle, og såfremt dette er tilfældet, skal betingelserne for ansvarsfrihed i bestemmelsens litra a og b dernæst være opfyldt.

²⁹⁵ Ibid., pr. 46.

²⁹⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar i sag C-18/18 (Facebook), pkt. 63.

²⁹⁷ Det samme gælder for YouTube, som anvender Content ID-systemet.

En UGC-platform lagrer information på vegne af sine brugere og kan være omfattet af ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1, såfremt disse har en neutral rolle ved at formidle det brugergenererede indhold på en passiv, automatisk og teknisk måde således, at de hverken har kendskab eller kontrol over de brugergenererede informationer. Såfremt dette ikke er tilfældet, og platformen i stedet spiller en aktiv rolle, vil de ikke kunne påberåbe EHD art. 14. Det blev konkluderet, at en UGC-platform efter omstændighederne *kan* spille en aktiv rolle, forudsat, at denne aktivt udvælger eller fremmer det brugergenererede indhold ved at yde *individuel* bistand til optimering eller promovning af indholdet.

Spiller en UGC-platformen *ikke* en aktiv rolle, kan de blive fritaget for ansvar, når de efter EHD art. 14, stk. 1, litra a, ikke har et konkret kendskab til det ulovlige indhold *eller* et kendskab til forhold og omstændigheder vedrørende specifikt indhold, som ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at indholdet var ulovligt. Det blev i den forbindelse konkluderet, at platformen kan opnå det fornødne kendskab på eget initiativ eller gennem meddelelse fra tredjemand (notice), som er tilstrækkelig klar, præcis og begrundet, og som vedrører konkret ulovlig information. Det kan ikke entydigt fastlægges på baggrund af retspraksis, hvornår dette er tilfældet, og det må derfor afhænge af de konkrete omstændigheder, om platformen har det fornødne kendskab.

Opnår en UGC-platform det fornødne kendskab, skal de straks tage skridt mod at fjerne informationen eller hindre adgangen hertil efter EHD art. 14, stk. 1, litra b. Det blev konkluderet, at der ved vurderingen af "straks" må indrømmes platformen en rimelig tid til at vurdere, hvorvidt det anmeldte indhold rent faktisk er ulovligt. Hvad der kan anses som "straks" beror herefter på sagens konkrete omstændigheder, herunder vurderingens kompleksitet.

Endelig blev det konkluderet, at indholdet effektivt skal fjernes fra platformen, og at de nationale domstole kan pålægge en specifik overvågningsforpligtelse for at sikre, at ulovligt indhold og indhold, som er identisk eller har samme betydning, ikke gen-uploades (staydown). En sådan forpligtelse er ikke uforenelig med EHD art. 15.

2.6. Udelukker ansvar efter ISD ansvarsfritagelse efter EHD?

Domstolens udvidelse af begrebet *overføring til almenheden* i ISD art. 3, stk. 1 til også at omfatte situationer, hvor en mellemmand alene giver adgang til brugergeneret indhold, giver anledning til at

spørge, om en platform, som foretager en selvstændig overføring til almenheden, falder inden for EHD's anvendelsesområde.

Domstolen har ikke konkret taget stilling til forholdet mellem de to regelsæt.²⁹⁸ I *YouTube/Cyando-sagerne* synes Forbundsdomstolen²⁹⁹ imidlertid at tage udgangspunkt i den forudsætning, at en platform er afskåret fra at påberåbe sig EHD art. 14, når denne er direkte ansvarlig efter ISD art. 3, men det er uklart, hvad begrundelsen herfor er.³⁰⁰

I teorien er det bl.a. af *Rosati* blevet anført, at EHD slet ikke regulerer spørgsmål om det direkte ansvar. Dette støtter ret på, at lovgiver ved indførelsen af EHD har haft til hensigt at klarlægge tjenesteyderes ansvar for transmission og lagring af oplysninger på anmodning af tredjemand, når tjenesteyderne fungerer som blotte formidlere.³⁰¹ Det vil sige aktører, der agerer som mellemmand, og derfor traditionelt har været underlagt et medvirkensansvar. Dette indikerer, at EHD slet ikke sigter at fritage aktører, der overskrider sin rolle som passiv mellemmand, fra ansvar. Dette understøttes af ovenstående analyse, hvor det blev fundet, at en tjenesteyder, der spiller en aktiv rolle i relation til det indhold, brugerne uploader på platformen, ikke kan anvende EHD art. 14.

Modsat mener *generaladvokat Szpunar*³⁰² og *generaladvokat Øe*, at selvom EHD art. 14. principielt ikke finder anvendelse, når en tjenesteyder overfører sit eget indhold, kan bestemmelsen finde anvendelse uanset, om der er tale om et medvirkensansvar eller et direkte ansvar, når det overførte

²⁹⁸ De verserende sager, *YouTube/Cyando-sagerne* og sag C-500/19 (Puls 4 TV), berører dette spørgsmål, hvorfor sammenhængen mellem de to regelsæt formentligt vil blive klarlagt, når Domstolen afsiger dom i disse sager.

²⁹⁹ Den højeste almindelige domstol i Tyskland: Bundesgerichtshof eller på dansk "Forbundsdomstolen", der er sidste instans. E-justice. *Almindelige domstole – Tyskland*. 17. april 2020. https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-de-maximizeMS-da.do?clang=da&member=1 (sidst tilgået 7/12/2020).

³⁰⁰ Se Generaladvokatens forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne*, pkt. 38, hvor generaladvokaten citerer de præjudicielle spørgsmål i sagen om YouTube. Her spørger den forelæggende ret for det første, om YouTube selvstændigt foretager en overføring ifølge ISD art. 3, stk. 1, og herefter, såfremt dette spørgsmål besvares *benægtende*, om YouTube er omfattet af ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1. Af dette kan udledes, at den forelæggende ret lægger til grund, at YouTube i det omvendte tilfælde, hvor de er direkte ansvarlige efter ISD art. 3, stk. 1, principielt ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen, og det derfor ikke vil være relevant at besvare andet spørgsmål, hvis det første besvares *bekræftende*. I forhold til *Cyando-sagen* er de præjudicielle spørgsmål udformet på tilsvarende vis.

³⁰¹ *Rosati, Eleonora. The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*. 2017, s. 12.

³⁰² På baggrund af forarbejderne til EHD, har *generaladvokat Szpunar* i hans forslag til afgørelse i sag C-484/14 (Mc Fadden), pkt. 64 anført: "Som det fremgår af forarbejderne til denne retsakt, omfatter den omhandlede horisontale begrænsning enhver form for ansvar for alle former for retsstridige handlinger. Den drejer sig således såvel om strafferetligt, administrativt som civilretligt ansvar, samt om *såvel direkte som afledt ansvar for tredjemands handlinger*." (vores kursivering).

indhold er blevet uploadet af tjenestens brugere. Med andre ord er det afgørende moment for, om en platform kan bruge ansvarsfritagelsesreglen, hvorvidt der er tale om tredjemands oplysninger, og ikke hvilken form for ansvar, formidleren ville være underlagt.³⁰³

Selvom generaladvokaterne i *teorien* kan have ret i, at EHD kan fritage tjenesteyderen for et direkte ansvar, kan der sættes spørgsmålstegn ved, om Domstolens udvidelse af anvendelsesområdet i ISD art. 3, stk. 1 i *praksis* har medført, at ansvar efter ISD udelukker ansvarsfritagelse efter EHD, idet betingelserne synes sammenfaldende på en række punkter.

I de følgende afsnit vil de afgørende kriterier, der inddrages i vurderingen af de to bestemmelser, derfor blive sammenholdt.

Afgørende og aktiv rolle

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en internetplatform spiller en *afgørende rolle* efter ISD art. 3, stk. 1, har Domstolen vurderet, om denne begrænser sig til den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, som omhandlet i 27. betragtning til ISD. I denne forbindelse har Domstolen lagt vægt på, hvorvidt platformen spiller en mere aktiv rolle i brugerens overføring, bl.a. i forhold til indeksering af indhold og kontrol heraf. Hvad angår anvendelsesområdet for EHD art. 14, stk. 1 har Domstolen i *Google Adwords-dommen* og *eBay-dommen* ved vurderingen af, om hosting-tjenesten spiller en *aktiv rolle*, ligeledes lagt vægt på den kontrol, som platformene har over det indhold, som de lagrer. Selvom de momenter, som Domstolen lægger vægt på i vurderingen af afgørende eller aktiv rolle, overordnet set er sammenfaldende, er de ikke identiske. Ifølge Domstolens fortolkning af ISD, er det tilstrækkeligt, at platformen blot kontrollerer præsentationen eller den generelle strukturering af indholdet. Den kontrol, som medfører, at en hosting-tjeneste ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD, kræver imidlertid en mere involveret form for kontrol. Efter Domstolens fortolkning af EHD skal platformen have medvirket til udvælgelsen af indholdet, udøvet bistand ved udformningen heraf eller promoveret det. Vurderingen af, om en hosting-udbyder spiller en *aktiv rolle*, er derfor strengere end vurderingen af, om denne spiller en *afgørende rolle*.

³⁰³ Dette kommer særligt til udtryk Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne, pkt. 137-139, hvor *generaladvokat Øe* fremhæver: "Selvom artikel 14, stk. 1, (...) principielt ikke finder anvendelse, når en tjenesteyder overfører sit »eget« indhold til almenheden, kan denne bestemmelse efter min opfattelse derfor til gengæld finde anvendelse, når det overførte indhold, således som det er tilfældet i de foreliggende sager, er blevet leveret af brugerne af den pågældendes tjeneste".

Kendskab

Som nævnt indgår en internetplatforms kendskab til, om denne gav adgang til ulovlige værker i vurderingen af, om platformen kan ifalde et selvstændigt ansvar efter ISD art. 3, stk. 1.³⁰⁴ For at opfylde dette kendskabskrav, er det tilstrækkeligt, at platformen havde et generelt kendskab til, at der findes ulovlige værker på platformen. Ved kendskabsvurderingen efter EHD art. 14, stk. 1, litra a, lagde Domstolen i *eBay-dommen* derimod vægt på, om platformen har haft kendskab til forhold eller omstændigheder, som ville få en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at den omhandlende information var ulovlig. Dette kendskab til forhold og omstændigheder kan ikke fortolkes som et krav om en generel burde-viden for tjenesten, men vedrører viden om specifikt indhold, som denne burde indse var ulovligt. I forhold til vurderingen af en platforms kendskab, synes ISD derfor at stille lavere krav til, hvornår dette kriterie er opfyldt.

Vinding for øje

I forhold til at handle med vinding for øje, synes denne omstændighed at skærpe vurderingen af en UGC-platforms ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, idet dette kan indikere, at denne havde det fornødne kendskab. Omvendt tillægges denne omstændighed ikke en afgørende betydning ved vurderingen efter EHD, idet EHD's definition af en informationssamfundstjeneste foreskriver, at disse normalt ydes mod betaling. Dette synes isoleret set at stemme overens med direktivernes formål. ISD's formål er netop at sikre ophavsmanden et rimeligt vederlag gennem beskyttelse af de økonomiske rettigheder, og EHD's ansvarsfritagelsesregler har til formål at sikre, at tjenesteydere kan udbyde deres platforme mod vederlag uden at løbe en uforholdsmæssig risiko for at ifalde et ansvar for brugergeneret indhold. Læses de to direktiver i sammenhæng, forekommer det imidlertid paradoksalt, at den omstændighed, som er en naturlig del af en internetplatforms virksomhed anses som en skærpende omstændighed ved vurderingen af dennes ansvar efter ISD.

Intention

Endvidere kan det anføres, at Domstolen ved vurderingen af TPB's ansvar inddrog den omstændighed, at disse havde en intention om at udnytte ophavsmandens ret. Denne intention synes at være afgørende for, om et generelt kendskab til værkernes ulovlighed var tilstrækkeligt til at

³⁰⁴ Se afsnit 2.2.2.4. og 2.3.3.

pålægge et ansvar efter ISD art. 3, stk. 1. Domstolen synes ikke at have inddraget udbydernes intention ved vurderingen af EHD art. 14, stk. 1. Det kan dog gøres gældende, at EHD art. 14, stk. 1 har til formål at beskytte de tjenesteydere, som netop er i god tro, og derfor ikke har en intention om at medvirke til ulovlige handlinger. Det bør herefter være klart, at såfremt en tjenesteyder har en intention om at facilitere ulovlig indholdsdeling, og af denne årsag undlader at fjerne dét indhold, som denne har kendskab til (f.eks. på baggrund af notice), er denne udelukket fra at kunne påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1. Ud fra en formålsfortolkning af EHD art. 14, stk. 1, er det derfor nærliggende at konkludere, at UGC-platforme, som har en intention om at udnytte ophavsmandens ret, vil være udelukket fra at påberåbe ansvarsfritagelsen i EHD.

To sider af samme sag?

På baggrund af ovenstående, kan det sammenfattende lægges til grund, at Domstolen ved vurderingen efter de to regelsæt i høj grad inddrager de samme momenter. Efter begge regelsæt skal det vurderes, om platformen overskrider rollen som mellemmand, ved at spille en mere involveret rolle (aktiv eller afgørende rolle). Derudover vil den intention, som platformen har efter ISD, sandsynligvis resultere i, at denne udelukkes fra EHD. Det kan derfor gøres gældende, at Domstolen ved stillingtagen til ansvaret efter ISD reelt ligeledes tager stilling til, om platformen kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD. For at undgå, at Domstolen i praksis skal foretage en dobbeltvurdering ved at vurdere de to regelsæt hver for sig, må gældende ret forstås sådan, at ansvaret efter ISD afskærer anvendelsen af EHD. Dette understøttes af Domstolens manglende stillingtagen til, om TPB kunne påberåbe ansvarsfritagelsen i EHD art. 14, stk. 1, idet dette må forstås således, at Domstolen mener, at platformen ikke kunne påberåbe ansvarsfritagelsen, allerede fordi, de var direkte ansvarlige efter ISD art. 3, stk. 1.³⁰⁵ Der er derfor holdepunkter for, at Domstolens udvidelse af anvendelsesområdet i ISD

³⁰⁵ I TPB-dommen var Domstolen ikke blevet anmodet om at tage stilling til EHD art. 14, stk. 1, men det er fastslået i praksis, at Domstolen kan inddrage EU-retlige regler, som den nationale ret ikke har henvist til i sit præjudicielle spørgsmål, såfremt Domstolen finder det hensigtsmæssigt for besvarelsen af spørgsmålet. Det følger af bl.a. Domstolens afgørelse i sag C-296/15 (Medisanus) (herefter "Medisanus-dommen"), pr. 55, hvor Domstolen udtalte: "Den omstændighed, at en national ret har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, er ikke til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål (...)". Se hertil Domstolens afgørelse i sag C-241/89 (SARPP), pr. 8 og C-263/19 (T-Systems) (herefter "T-systems-dommen"), pr. 45.

Se hertil Rosati, Eleonora. *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*. 2017, s. 12-13. Rosati fortolker imidlertid ligeledes dette moment som en bekræftelse af, at EHD slet ikke omfatter spørgsmålet om direkte ansvar.

art. 3, stk. 1, betyder, at en UGC-plattform som foretager en overføring til almenheden *i praksis*, er udelukket fra at anvende ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14 i overensstemmelse med Forbundsdomstolens antagelse i *YouTube/Cyando-sagerne*.

Som belyst ovenfor, er kriterierne imidlertid ikke helt sammenfaldende. Vurderingen af, om en hosting-udbyder spiller en *aktiv rolle* efter EHD art. 14, stk. 1, er strengere end vurderingen af, om denne spiller en *afgørende rolle* i henhold til ISD art. 3, stk. 1. Ligeledes forudsætter ISD generelt kendskab, hvorimod EHD synes at stille højere krav til graden af kendskab. Konsekvenserne af ovenstående retstilstand er derfor, at platformen, som efter EHD ikke spiller en aktiv rolle, og som alene har et generelt kendskab, ville blive afskåret fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD, selvom disse *i teorien* kunne gøre det. Der skal således mindre til før platforme, som er ansvarlige efter ISD art. 3, stk. 1, afskæres fra ansvarsfritagelsen i EHD sammenlignet med platforme, der er ansvarlige for andre former for krænkelse. Dette skaber en usammenhængende retstilstand.

Generaladvokat Øe adresserer denne problemstilling i sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne* ved at anføre, at ISD art. 3, stk. 1, skal læses i lyset af den praksis, som Domstolen har anlagt i forhold til EHD art. 14, stk. 1, så der i praksis undgås overlap mellem de to bestemmelser.³⁰⁶ Generaladvokaten anfører, at en internetplatform ikke begrænser sig til den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, som omhandlet i 27. betragtning til ISD, når denne "(...) udvælger eller på anden måde bestemmer det indhold, der transmitteres, eller fremfører det på en sådan måde, at det af almenheden opfattes som om indholdet tilhører den pågældende".³⁰⁷ I sådanne tilfælde spiller internetplatformen i virkeligheden en afgørende rolle. Denne definition ensretter definitionen af den afgørende rolle med de momenter, som Domstolen i *Google Adwords-dommen* og *eBay-dommen* lagde vægt på i forhold til, om tjenesteyderen spillede en aktiv rolle. Anvendelsen af generaladvokatens fortolkning indebærer derfor, at vurderingen af, om platformen spiller en afgørende rolle, automatisk har taget stilling til, om platformen ville kunne påberåbe sig ansvarsfritagelsen efter EHD art. 14, stk. 1. Til forskel fra gældende ret, vil generaladvokatens fortolkning af begrebet *afgørende rolle* i overensstemmelse med Domstolens praksis om den aktive

³⁰⁶ Generaladvokatens forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne*, pkt. 51, 75 og 140 samt note 52.

³⁰⁷ *Ibid.*, pkt. 75.

rolle sikre, at disse kriterier bliver sammenfaldende, hvilket kan bidrage til en mere sammenhængende retstilstand.

Det er imidlertid tvivlsomt, om generaladvokatens tilgang kan sikre en rimelig balance overfor ophavsmandens ret. Sammenlignet med gældende retstilstand, vil det blive sværere at stille platformen til ansvar. En sådan retsstilling tilgodeser, at UGC-platforme som YouTube, der er vært for uanede mængder af ulovligt indhold, relativt let kan undgå ansvar for disse ophavsretlige krænkelse.

Sammenfattende kan det konkluderes, at det i teorien ikke er udelukket, at EHD kan finde anvendelse på det direkte ansvar. Imidlertid medfører Domstolens udvidelse af anvendelsesområdet i ISD art. 3, stk. 1, at en UGC-platform, som foretager en overføring til almenheden *i praksis*, er udelukket fra at anvende ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, stk. 1. Dette resulterer i en usammenhængende retstilstand, da kriterier efter de to regelsæt ikke er helt sammenfaldende.

DEL 3 – En ny retsstilling for UGC-platforme?

Formålet med denne afhandlings *Del 3* er at klarlægge ansvarsordning i DSMD art. 17 med henblik på at vurdere, i hvilken grad UGC-plattformens retsstilling påvirkes heraf.

Del 3 er struktureret således, at baggrunden for DSMD art. 17 indledningsvist beskrives (afsnit 3.1.). Dernæst vil anvendelsesområde og ansvarsgrundlaget i DSMD art. 17 blive klarlagt og sammenholdt med gældende ret efter ISD art. 3, stk. 1 for at vurdere, hvilke ændringer og konsekvenser, DSMD medfører for UGC-plattformens retsstilling (afsnit 3.2. og 3.3.). En tilsvarende analyse vil blive foretaget for så vidt angår ansvarsfritagelsesreglerne i DSMD art. 17, stk. 4 og gældende ret efter EHD art. 14, stk. 1 (afsnit 3.4. og 3.5.).

3.1. Introduktion til DSMD og baggrunden for direktivets art. 17

Den 17. april 2019 vedtog EU DSMD. Dette markerede afslutningen på en kontroversiel lovgivningsproces på EU-niveau, men også begyndelsen på, hvad der utvivlsomt vil være en omstridt proces med national implementering, der allerede har set en medlemsstat indgive et annullationssøgsmål i henhold til TEUF³⁰⁸ art. 263.³⁰⁹

Direktivet har til formål at indføre en yderligere harmonisering af den EU-retlige regulering af ophavsretten under særlig hensyntagen til digitale og grænseoverskridende anvendelser af værker.³¹⁰ Lovgiver har herved ønsket at fremtidssikre lovgivningen for ikke at begrænse den teknologiske udvikling, og samtidig sikre et højt beskyttelsesniveau for rettighedshaverne. Der tilstræbes således at klarlægge skabe mere retssikkerhed for rettighedshavere med hensyn til brugernes anvendelse af værker og andre frembringelser i det digitale miljø.³¹¹ Direktivet sigter grundlæggende efter at skabe klarhed omkring de involverede interessegruppers³¹² retsstilling, og især at sikre rettighedshavernes behov for beskyttelse, når ophavsretligt beskyttet indhold uploades på en internetplatform uden forudgående tilladelse fra rettighedshaverne.

³⁰⁸ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

³⁰⁹ Se sag C-401/19 (Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet) (herefter "Polen-sagen").

³¹⁰ DSMD art. 1.

³¹¹ Den 3. og 61. betragtning til DSMD.

³¹² Herunder rettighedshaverne, internetplatforme og brugerne af disse. Se afsnit 1.7.

Behovet for denne regulering skal ses i lyset af usikkerhederne omkring udstrækningen af UGC-plattformens ansvar, der er opstået i kølvandet på Domstolens praksis. Selvom disse platforme i princippet kan være omfattet af ISD art. 3, stk. 1, har disse gjort gældende, at de alene er passive hostere og dermed kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHD art. 14. Dertil skal behovet for regulering ses i lyset af dét økonomiske tab, som rettighedshaverne udsættes for, hvilket skyldes, at gratis reklamebaserede platforme som YouTube forhindrer rettighedshaverne i at foretage en normal udnyttelse af deres værker, idet rettighedshaverne alene modtager begrænset eller ingen betaling fra platformene, når værker deles på disse herpå.³¹³

Ovenstående problemstilling har ikke alene betydning for rettighedshavernes interesser, men ligeledes for de mere traditionelle medier som radio- og tv-kanaler og udbydere af digitalt indhold som Spotify og Netflix, der *betaler* rettighedshaverne for at erhverve licens til det indhold, som de udbyder. Disse tjenester presses af konkurrencen fra *ikke-betalende* tjenester som YouTube, og vil på grund af denne konkurrence være tilbøjelige til at betale rettighedshaverne et mindre vederlag for at forblive konkurrencedygtige.³¹⁴

Betegnelsen for den voksende ulighed mellem den værdi, der returneres til de rettighedshavere, som skaber og udvikler kunstnerisk indhold, og den værdi, platforme såsom YouTube genererer, når brugerne deler det nævnte indhold på platformen, kaldes “the value gap”.

The value gap-problematikken har ført til vedtagelsen af DSMD art. 17 (tidligere art. 13)³¹⁵, der har været genstand for stor offentlig diskussion. Artikel 17 forpligter visse platforme til at yde en større indsats end tidligere foreskrevet for at styrke kunstneres og rettighedshavernes kontrol over anvendelsen af deres ophavsretligt beskyttede værker på platformene. Bestemmelsen sigter således

³¹³ Den danske kollektive forvaltningsorganisation, KODA, har fremhævet at 500.000 visninger på YouTube i Danmark giver under 1.000 kroner i hånden til den eller dem, der står bag musikværket, jf. KODA. *Millioner af YouTube-streams udløser få penge*. Marts 2015. <https://www.koda.dk/om-koda/nyheder/millioner-af-youtube-streams-udloser-fa-penge> (sidst tilgået 23/11/2020).

³¹⁴ Dette illustreres i en rapport fra International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), der viser, at de reklamebaserede UGC-platforme som YouTube returnerer betydeligt mindre indtægter til musikbranchen og rettighedshavere end abonnementtjenester som Spotify. I rapporten estimerer IFPI, at YouTube betaler 1/20 af, hvad Spotify betaler til rettighedshavere for den samme mængde musik, jf. IFPI. *Rewarding creativity: Fixing the value gap* i Global music report 2017. 2017, s. 25.

³¹⁵ Se hertil Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked, COM(2016) 593 final, 2016/0280(COD) (herefter “Forslag til DSMD”).

efter at afhjælpe the value gap. Direktivets art. 17 kan derfor betragtes som et forsøg på at balancere en kompleks afvejning mellem rettighedshavere, UGC-platforme og brugernes interesser.

Bestemmelsens anvendelsesområde og nærmere indhold vil blive klarlagt i de følgende afsnit med henblik på at undersøge, om den medfører en ændring i den ansvarsstandard, som UGC-platforme er underlagt ifølge gældende ret.

3.2. Overføring til almenheden efter DSMD art. 17

3.2.1. Anvendelsesområde

Grundlæggende regulerer DSMD art. 17 ansvaret for krænkelse af ophavsretten for så vidt angår de ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugere på kommercielle internetplatforme.

Artikel 17 i DSMD regulerer de såkaldte “udbydere af onlineindholdsdelingstjenester”.³¹⁶ Ifølge DSMD art. 2, nr. 6, defineres disse som:

“(…) en udbyder af en informationssamfundstjeneste, der har som *hovedformål* eller som *et af sine hovedformål* at lagre og give almenheden adgang til en *stor mængde* ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den *organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål*. (…)” (vores kursivering).³¹⁷

Bestemmelsen definerer imidlertid ikke nærmere, i hvilket omfang en platform skal beskæftige sig med ovenstående aktiviteter før der er tale om et *hovedformål*, eller hvad der udgør en *stor mængde* ophavsretligt beskyttede værker. Ordlyden af 62. betragtning til DSMD tyder på, at platformen skal være “designet” til at give almenheden adgang til ophavsretligt beskyttet indhold, som uploades af

³¹⁶ Siden Kommissionens oprindelige forslag til DSMD har art. 17’s anvendelsesområde været underlagt væsentlige ændringer. Kommissionens oprindelige forslag til DSMD art. 17 (tidligere art. 13) adresserede en bredere gruppe af udbydere af “informationssamfundstjenester”. Af forslaget fremgår, at art. 13 regulerer “Leverandører af informationssamfundstjenester, som lagrer og giver offentlig adgang til store mængder af værker og andre frembringelser, der uploades af deres brugere (...)”.

³¹⁷ Definition stemmer hovedsageligt overens med definitionen af UGC-platforme som beskrevet i afsnit 1.3. Ved henvisningen til begrebet *UGC-plattform* eller *plattform* i denne afhandlings *Del 3* forudsættes det, at platformen falder inden for definitionen af i DSMD art. 2, nr. 6, medmindre andet udtrykkeligt er angivet.

deres brugere. Betragtning 63 til DSMD præciserer dertil, at vurderingen af, hvad der udgør en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker “bør foretages fra sag til sag” og “tage højde for en kombination af elementer såsom tjenestens publikum og antallet af filer med ophavsretligt beskyttet indhold, som uploades af tjenesternes brugere”.

Bestemmelsen er ligeledes uklar om, hvad der udgør *organisering* og *promovering*. I 62. betragtning til DSMD præciseres, at en *organisering og promovering med et profitmæssigt formål* skal ske “med henblik på at tiltrække et større publikum, herunder ved at kategorisere det og anvende målrettet markedsføring inden for det.” *Schwemer* peger dertil på, at automatiske kategoriseringer og anbefalinger må være omfattet af begrebet *organisering*.³¹⁸ Dette synes velbegrunderet i forhold til, at platforme som YouTube hovedsageligt er indrettet på denne måde.

Af 62. betragtning fremgår det dertil, at direktivet “kun bør omfatte onlineindholdsdelingstjenester, der spiller en *vigtig rolle* på markedet for onlineindhold ved at *konkurrere* med andre onlineindholdsdelingstjenester såsom online lyd- og videostreamingtjenester om det samme publikum.” (vores kursivering). Det er uklart, hvilke momenter, der indgår i vurderingen af, om en tjeneste spiller en *vigtig rolle*. Ordlyden af betragtningen synes at lægge op til en konkurrenceretlig vurdering, men direktivet giver ikke retningslinjer for en sådan vurdering.³¹⁹ Begrebet skal derfor formentlig fortolkes i lyset af value gap-problematikken. Der er derfor nærliggende at antage, at DSMD hovedsageligt sigter at regulere store UGC-platforme såsom YouTube og Facebook, samt lignende platforme, der opfylder definition i DSMD art. 2. nr. 6.

Direktivet er derfor målrettet en bestemt kategori af UGC-platforme, der fastlægges baseret på platformens hovedformål (at drive virksomhed gennem organisering og promovering af brugergeneret indhold, der tilgængeliggøres for almenheden) og funktion samt dens rolle på markedet. Dette understøttes desuden af anden del i DSMD art. 2, nr. 6, som opregner en ikke-

³¹⁸ Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 11.

³¹⁹ En konkurrenceretlig vurdering indebærer en vurdering af platformens dominerende rolle, hvilket forudsætter en afgrænsning af det relevante marked, herunder om tjenesteyderne konkurrerer om den samme kundekreds. Se Heide-Jørgensen, Caroline. *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*. 2017, s. 130. DSMD indeholder ikke bestemmelser eller retningslinjer for denne vurdering, og der er ikke holdepunkter for, at en sådan vurdering er nødvendig.

udtømmende³²⁰ liste over platforme, der ikke har sådan et hovedformål, og som derfor ikke er omfattet. Dette vedrører navnlig ikke-profitbaserede online-encyklopædier, ikke-profitbaserede uddannelsesrelaterede og videnskabelige databanker, online-markedspladser og samt cloudtjenester, som gør det muligt for brugere at uploade indhold til eget brug.³²¹

For at sikre et højt niveau af beskyttelse for ophavsmanden, har lovgiver ligeledes anført i 62. betragtning til DSMD, at den ordning for ansvarsfritagelse, der er fastsat i DSMD art. 17, stk. 4, ikke finder anvendelse på tjenesteudbydere, hvis hovedformål er at engagere sig i eller fremme piratkopiering af ophavsretligt beskyttet materiale, f.eks. åbenlyse pirattjenester som TPB. Disse udbydere vil derfor kunne blive direkte ansvarlige efter DSMD art. 17, stk. 1³²², men ikke påberåbe sig ansvarsfritagelsen, der findes i stk. 4.

3.2.2. Ansvarsgrundlaget

Det fremgår af dette direktivs artikel 17, stk. 1, 1. afsnit, at medlemsstaterne fremover pålægges at fastsætte, at en UGC-platform:

“(…) foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv, når den pågældende giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, der uploades af brugerne”.

Som det fremgår af 61. betragtning hersker der retlig usikkerhed om, hvorvidt en platform udfører ophavsretligt relevante handlinger, og derfor skal indhente tilladelse fra rettighedshavere for det indhold, der uploades af deres brugere, der ikke har de relevante rettigheder til det uploadede indhold.³²³ Med DSMD art. 17, stk. 1 har lovgiver sigtet at afklare denne usikkerhed og sikre, at

³²⁰ Jf. ordlyden “såsom”.

³²¹ Se hertil 62. betragtning til DSMD, som uddyber, at udbydere af business to business-cloudtjenester og cloudtjenester, som giver brugerne mulighed for at uploade indhold til eget brug, såsom cyberlockers, eller onlinemarkedspladser, hvis hovedaktivitet er onlinedetailhandel, og som ikke giver adgang til ophavsretligt beskyttet indhold, ikke er omfattet af DSMD.

³²² Forudsat, at tjenesten opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, og at der ikke foreligger tilladelse til tilgængeliggørelse af værket fra ophavsmanden. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil de efter omstændighederne kunne ifalde et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, som konkluderet i afsnit 2.2.

³²³ Den 61. betragtning til DSMD.

UGC-plattformen, der opfylder definitionen i art. 2, nr. 6, foretager en overføring til almenheden, og bliver direkte ansvarlige, når den giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne.³²⁴

Ud fra ovenstående er det nærliggende at kvalificere bestemmelsen som *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1.³²⁵ Der er imidlertid uenighed om forholdet mellem bestemmelserne i teorien.

Det fremgår af 64. betragtning til DSMD, at loven “præcisere[r]”, at en UGC-plattform foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når denne giver adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af deres brugere. På denne baggrund anfører *Rosati*, at lovgiver med vedtagelsen af DSMD art. 17 blot ønskede at præcisere, hvordan begrebet *overføring til almenheden* efter ISD art. 3, stk. 1 altid har skullet forstås og anvendes på platforme såsom YouTube – at disse kan foretage en selvstændig overføring til almenheden.³²⁶ Konsekvensen af denne fortolkning er dermed, at UGC-plattformens ansvar fortsat skal vurderes ud fra ISD art. 3, og dermed opfylde de kriterier, som Domstolens har opstillet i sin praksis vedrørende ISD art. 3, stk. 1, fordi “there is simply no right in art. 17 because it only applies if art. 3 [ISD] says so”.³²⁷

Bortset fra ordet “præcisere”, er en sådan fortolkning vanskelig at forsvare.

³²⁴ Som belyst i afsnit 1.6. udgør eksemplar fremstilling alene en accessorisk del af krænkelsen af ophavsretlige beskyttede værker, når brugeren uploader disse på UGC-plattformen. Selvom lovgiver ikke eksplicit har adresseret eksemplar fremstillingen, som sker ved upload på platformen, er det vores vurdering, at det ligger implicit i direktivet, at det er brugerne, ikke platformen, der rent teknisk foretager eksemplar fremstillingen. For platformenes vedkommende er det således kun overføring til almenheden, der er relevant, hvilket også forklarer, hvorfor det kun er denne rettighed, der behandles i DSMD art. 17.

³²⁵ Husovec, Martin og Quintais, João Pedro. *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*. 2020, s. 7.

³²⁶ Rosati, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States, and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*. 31. august 2020.

<https://ipkitten.blogspot.com/2020/08/the-legal-nature-of-article-17-of.html> (sidst tilgået 23/11/2020). Se også rettighedshaverorganisationernes udtalelse i IFPI, ACT, CEPI, CEPIC, ECSA, EPC, EUROKINEMA, FEP, FIAD, FIAPF, GESAC, ICMP, IMPALA, IMPF, IVF, Mediapro, MPA, NME, SROC, STM, Telefónica, UNIC. *IFPI and 21 organisations from Europe’s cultural and creative sectors raise concerns regarding the European Commission’s proposed guidance on the application of Article 17 of the DSM Directive*. 10. september 2020, s. 5.

³²⁷ Husovec, Martin og Quintais, João Pedro. *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*. 2020, s. 5, der henviser til *Rosatis* fortolkning af DSMD art. 17.

Husovec og *Quintais* har anført, at DSMD art. 17 er en helt ny ret, som er *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1.³²⁸ Denne fortolkning medfører, at art. 17 fastlægger, at en UGC-platform, der *alene* opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, foretager en overføring til almenheden i overensstemmelse med DSMD art. 17, stk. 1. Dette betyder, at vurderingen af, om en UGC-platform foretager en overføring til almenheden, er uafhængig af de af Domstolen fastlagte kriterier. Platforme, der falder uden for DSMD's anvendelsesområde, kan, baseret på en vurdering af Domstolens fastlagte kriterier, følgelig blive ansvarlige i henhold til ISD art. 3, stk. 1. Som beskrevet af *Husovec* og *Quintais* betyder denne fortolkning, at "art. 17 shares only a name with its other cousin [ISD art. 3], much like [a] lion does with a sea lion; otherwise they have little in common".³²⁹

Der er adskillige holdepunkter for denne fortolkning af DSMD.

Selvom det er korrekt, at 64. betragtning 1. pkt. antyder, at lovgiver *alene* har haft til hensigt at *præcisere* den betydning, som begrebet *overføring til almenheden* altid har haft, understreger samme betragtning, at DSMD art. 17 ikke berører begrebet *overføring til almenheden* eller *tilrådighedsstillelse for almenheden* andetsteds i EU-retten, ligesom det ikke berører muligheden for at anvende ISD art. 3, stk. 1 på andre tjenesteudbydere, der anvender ophavsretligt beskyttet indhold.³³⁰

Dernæst præciseres det i DSMD art. 17, stk. 1 og 3, at det deri anvendte begreb "overføring til almenheden" finder anvendelse "med henblik på dette direktiv" og "på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel". Dette understøtter, at art. 17, stk. 1 finder anvendelse uafhængigt af ISD art. 3, stk. 1. Lovgiver har med disse ord besluttet at fremhæve "the particular nature of the right in art. 17".³³¹ Hvis art. 17 *alene* var beregnet til at præcisere, at en UGC-platform foretager overføring til almenheden som omhandlet i ISD art. 3, havde lovgiver ikke medtaget ordlyden "med henblik på dette direktiv" og "på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel".

³²⁸ *Ibid.*, s. 7 og 18. Se i samme retning Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati. Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 15.

³²⁹ Husovec, Martin og Quintais, João Pedro. *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*. 2020 s. 18.

³³⁰ *Ibid.*, s. 19.

³³¹ *Ibid.* Se i samme retning Angelopoulos, Christina, *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati. Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 15.

Som det indledningsvist blev fremhævet, har lovgiver indført DSMD art. 17, stk. 1 med henblik på at afklare den eksisterende retlige usikkerhed om UGC-plattformens retsstilling. Det ville derfor virke paradoksalt, hvis Domstolens praksis vedrørende begrebet *overføring til almenheden* indgår i vurdering af ansvaret efter DSMD art. 17. En sådan fortolkning vil blot være en videreførsel af denne usikkerhed, som bestemmelsen har til formål at afhjælpe. Dette kan næppe antages at have været lovgivers hensigt. Derimod må DSMD art. 17 forstås som et nyt regime, der fungerer parallelt og uafhængigt af ISD art. 3, stk. 1. Domstolens praksis bliver derfor alene aktuel i de tilfælde, hvor UGC-plattformen ikke er omfattet af DSMD art. 17. Bestemmelsen kan derfor kvalificeres som en ny ansvarsordning, der er *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1.

Baseret på ovenstående betragtninger må det lægges til grund, at UGC-platforme, der *alene* opfylder kriterierne for at blive omfattet af DSMD art. 17, stk. 1, kan blive direkte ansvarlige for indhold, der uploades af brugerne.³³²

Sådanne platforme har to muligheder for at undgå direkte ansvar. For det første fastslår art. 17, stk. 1, 2. afsnit, at de skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne, "f.eks." ved at indgå en licensaftale med henblik på at overføre værker eller andre frembringelser til almenheden eller stille dem til rådighed for almenheden. Det kan heraf udledes, at en tilladelse i form af en licensaftale blot er et eksempel på en type tilladelsesordning, der kan anvendes. Bestemmelsen åbner derfor op for, at andre tilladelsesordninger kan anvendes, og giver dermed medlemsstaterne et bredt råderum til at udforme disse ordninger. Hver medlemsstat kan således i princippet indføre deres helt egen ordning. Det kan derfor virke paradoksalt, at et direktiv, som har til formål at harmonisere området, i virkeligheden medfører en usammenhængende retstilstand.

Dertil skal bestemmelsen læses i lyset af 61. betragtning, hvoraf det fremgår, at rettighedshavere ikke er forpligtet til at give tilladelse til platformene. Ikke desto mindre bliver UGC-platforme ikke ansvarlige for krænkelse af ophavsretten, hvis rettighedshavere ikke giver en tilladelse, såfremt de opfylder de kumulative betingelser i DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c.³³³

³³² Forudsat, at der ikke er indhentet tilladelse, og betingelserne i art. 17, stk. 4 ikke er opfyldt.

³³³ Se mere herom i afsnit 3.4.2.

Det følger endvidere af DSMD art. 17, stk. 2, at når en platform får indhentet en tilladelse fra rettighedshaverne, omfatter denne tilladelse også handlinger, der udføres af brugere af de tjenester, der er omfattet af anvendelsesområdet ISD art. 3, når de 1) ikke handler på et kommercielt grundlag, eller 2) når deres aktivitet ikke skaber betydelige indtægter.³³⁴ Bestemmelsen fastslår således, at disse tilladelser også omfatter de ophavsretligt relevante handlinger i forbindelse med brugeruploads, forudsat at disse brugere handler i ikke-kommercielt øjemed, eller at de indtægter, der genereres af deres uploads, ikke er væsentlige i forhold til de ophavsretligt relevante handlinger af brugerne, som er omfattet af sådanne tilladelser.

I lyset af direktivets formål om at sikre en høj beskyttelse for rettighedshaverne, synes det velbegrundet, at rettighedshaverne ikke skal acceptere, at deres værker på baggrund af platformens licens bliver udnyttet kommercielt. I givet fald ville rettighedshaveren ikke opnå det rimelige vederlag, som f.eks. en erhvervsdrivende normalt skal betale for at indgå en individuel licensaftale. Dertil er det svært entydigt at fastlægge ud fra bestemmelsen, hvad der skal forstås ved *aktiviteter, der skaber betydelige indtægter*. Dette er særligt tilfældet for platforme som YouTube, der har et stort fællesskab af både professionelle, semi-professionelle og amatør-YouTubere, der ikke skaber de samme indtægter, hvorfor vurderingen heraf formentlig skal foretages fra sag til sag baseret på de konkrete omstændigheder.³³⁵

Endelig skal det bemærkes, at det af 69. betragtning til DSMD fremgår, at når rettighedshavere udtrykkeligt har givet brugere tilladelse til at uploade værker til en UGC-platform, er platformens overføring heraf til almenheden tilladt inden for rammerne af den tilladelse, der er udstedt af rettighedshaveren. Der gælder imidlertid ikke nogen formodning til fordel for platformen om, at deres brugere har clearet alle relevante rettigheder. Dette kan ses som udtryk for, at lovgiver har ønsket at sikre rettighedshavernes ret. Selvom det ikke er påkrævet, at platformen indhenter tilladelse fra

³³⁴ Når lovgiver har forholdt sig til, at tilladelsen griber brugerens overføring til almenheden, er det uforståeligt, at lovgiver ikke har gjort det klart, at tilladelsen også omfatter den iboende eksemplar fremstilling, som blev belyst i afsnit 1.6. Det må derfor ligge implicit i art. 17, stk. 2, at brugerens eksemplar fremstilling omfattes af tilladelsen.

³³⁵ Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 14. Se hertil Kommissionen i udkast til vejledningen til DSMD art. 17, hvor Kommissionen peger på, at der ikke kan opstilles en kvantitativ grænse, og at en vurdering heraf skal foretages fra sag til sag baseret på de konkrete omstændigheder, jf. Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. 2020, s. 4 (herefter "Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17"). Der henvises til afsnit 1.5. hvor den retskildemæssige værdi uddybes.

rettighedshaveren, når brugeren har, kan platformen således ikke formode, at der foreligger de nødvendige tilladelser.

Sammenfattende har lovgiver med DSMD art. 17 indført en ansvarsordning, der sigter mod at styrke rettighedshavernes forhandlingsposition og kontrol over anvendelsen af deres værker og andre frembringelser. Antages det, at bestemmelsen ikke alene er en præcisering af gældende ret, men en ny ansvarsordning, der er *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1, kan en UGC-platform, der falder inden for direktivets anvendelsesområde, blive pålagt et direkte ansvar, allerede når de giver offentlig adgang til disse værker, som uploades af brugerne. For at undgå dette ansvar skal platformen indhente tilladelse fra rettighedshaverne.

3.3. Hvordan ændres UGC-plattformens retsstilling sammenlignet med ISD?

3.3.1. Anvendelsesområde og ansvarsgrundlag

Som konkluderet i *Del 2* åbner *TPB-dommen* op for, at den handling, der består i at give adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne, i sig selv kan udgøre en selvstændig overføring til almenheden som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1.³³⁶ I skrivende stund har Domstolen endnu ikke taget konkret stilling til, om en UGC-platform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden. En afklaring heraf forventes at komme, når Domstolens afsiger dom i *YouTube/Cyando-sagerne*,³³⁷ men praksis antyder, at disse platforme efter omstændigheder kan foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1. UGC-plattformens retsstilling synes derfor umiddelbart at være den samme, uanset om ansvaret pålægges efter DSMD art. 17, stk. 1 eller ISD art. 3, stk. 1.

Ud fra den antagelse, at DSMD art. 17 er *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1, synes den grundlæggende forskel dog at være, at en UGC-platform, der alene opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, allerede foretager en overføring til almenheden efter DSMD art. 17, stk. 1, når de giver adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne. Hvad angår vurderingen af ansvaret efter ISD art. 3, stk.

³³⁶ Se afsnit 2.2. og 2.3.

³³⁷ Hvis Domstolen i overensstemmelse med *generaladvokat Øe* fastlægger, at YouTube ikke foretager en overføring til almenheden som omhandlet i ISD art. 3, stk. 1, må det lægges til grund, at DSMD medfører en klar ændring af UGC-plattformens retsstilling, idet DSMD art. 17 netop foreskriver, at disse platforme foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når den pågældende platform giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, der uploades af brugerne.

1, har Domstolen foretaget en konkret vurdering baseret på en række forskellige elementer og kriterier. Det kan imidlertid overvejes, om definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, der afgrænser de platforme, som kan ifalde ansvar efter DSMD art. 17, stk. 1, er sammenfaldende med Domstolens opstillede kriterier for vurdering af ansvaret efter ISD art. 3, stk. 1.

Som belyst i *TPB-dommen* har Domstolen bl.a. lagt vægt på, om platformen spiller en afgørende rolle, f.eks. ved at kategorisere og indeksere indholdet herpå, og om denne handler med vinding for øje. Desuden viser Domstolens praksis, at omfanget af ulovligt indhold på platformen ligeledes indgår i vurderingen af, om platformen kan foretage en overføring til almenheden.

Til sammenligning skal en UGC-platform ifølge definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, have som hovedformål, eller som et af sine hovedformål, at give adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker, som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål, f.eks. ved at kategorisere det og anvende målrettet markedsføring inden for det. Det kan derfor argumenteres, at betingelserne for ansvar efter de to direktiver overordnet er sammenfaldende.

Det er imidlertid nødvendigt at fremhæve en række væsentlige forskelle.

Kendskab og intention

I *TPB-dommen* har Domstolen, i vurderingen af om TPB foretog en overføring til almenheden, tillagt det afgørende betydning, om de havde kendskab til og intention om at give adgang til ophavsretlige beskyttede værker uden rettighedshaverens tilladelse. Domstolen har dermed inddraget subjektive elementer i vurderingen af ansvaret efter ISD art. 3, stk. 1. Der er intet i DSMD, der antyder, at kendskab og intention indgår i fastlæggelsen af UGC-plattformens ansvar efter art. 17, stk. 1. Baseret på en formodning om, at DSMD art. 17 skal betragtes som *lex specialis* vil den omstændighed, at direktivet ikke forholder sig til kriterierne om kendskab og intention, være uden betydning, idet platformen allerede kan anses for at foretage en overføring til almenheden efter DSMD art. 17, stk. 1, når den alene opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6.

Vigtig rolle

I stedet for en vurdering af subjektive forhold, er vurderingen af ansvaret i DSMD art. 17 baseret på mere objektive omstændigheder.³³⁸ Blandt disse omstændigheder har lovgiver som nævnt fastlagt, at definitionen i art. 2, nr. 6, der afgrænser anvendelsesområdet for art. 17, stk. 1, kun omfatter platforme, som spiller en vigtig rolle på markedet ved at konkurrere med andre online lyd- og videostreamingtjenester.³³⁹ Domstolen har som bekendt ikke inddraget et tilsvarende kriterie som forudsætning for ansvar efter ISD art. 3, stk. 1.³⁴⁰ Det kan næppe antages, at Domstolen vil opstille en sådan forudsætning for ansvaret efter ISD art. 3, stk. 1 og dermed indskrænke omfanget af ISD art. 3, stk. 1. Dette argument understøttes særligt af, at Domstolen gentagende gange har ISD's formål om at indføre et højt beskyttelsesniveau for ophavsmænd, således at disse kan modtage et passende vederlag for anvendelsen af deres værker. Disse omstændigheder taler for, at UGC-plattformens retsstilling er ændret.

Forpligtelse til at indhente tilladelse

Det skal endvidere bemærkes, at DSMD art. 17 pålægger UGC-plattformen en forpligtelse til at indhente rettighedshaverens tilladelse. Den omstændighed, at der skal foreligge en tilladelse fra rettighedshaveren, er dog ikke en nyskabelse. Plattformen ifalder heller ikke ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, hvis denne har opnået tilladelse fra rettighedshaveren. Imidlertid er platformens ansvar efter DSMD knyttet til betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c, hvorefter denne bl.a. skal have gjort sin bedste indsats for at opnå tilladelse.³⁴¹ Det er ikke tilfældet for platforme, som omfattes af ISD art. 3, stk. 1.

Opsummering

Baseret på ovenstående kan det konkluderes, at retsstillingen for UGC-platforme, som er omfattet af DSMD, er blevet ændret. Selvom en platform efter omstændighederne før kunne ifalde et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1, og vurderingen af dette ansvar på en række punkter synes

³³⁸ Husovec, Martin og Quintais, João Pedro. *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*. 2020 s. 7 og 18.

³³⁹ Den 62. betragtning til DSMD.

³⁴⁰ Reda, Julia. *Article 17: What is it really good for? Rewriting the history of the DSM Directive - Part 2*. 29. september 2020. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/09/29/article-17-what-is-it-really-good-for-rewriting-the-history-of-the-dsm-directive-part-2/> (sidst tilgået 7/12/2020).

³⁴¹ Se mere herom i afsnit 3.4.2.

sammenfaldende med vurderingen efter DSMD art. 17, er den grundlæggende vurdering for ansvar ikke den samme. Tidligere var det nødvendigt at foretage en vurdering af platformens kendskab og intention. Artikel 17, stk. 1, forholder sig ikke hertil, men fastlægger derimod, at UGC-platforme allerede foretager en selvstændig overføring til almenheden når de opfylder definitionen i art. 2, nr. 6.

3.3.2. Indflydelse på det nationale ansvarsgrundlag

Det følger af gældende ret såvel som DSMD, at UGC-platforme kan blive direkte ansvarlige, når de giver adgang til ophavsretlige beskyttede værker, der uploades af brugerne. Baseret på argumentet om, at DSMD art. 17 skal betragtes som *lex specialis* til ISD art. 3, stk. 1, vil det nationale ansvarsgrundlag alene blive påvirket i relation til UGC-platforme, der bliver omfattet af DSMD. Modsat ansvarsvurderingen efter ISD art. 3, stk. 1, inddrages der i ansvarsvurderingen efter DSMD art. 17 ikke subjektive momenter såsom kendskab og intention. Disse subjektive kriterier, der traditionelt er inddraget ved vurderingen af medvirkensansvaret, var en nødvendig forudsætning for, at Domstolen kunne pålægge mellemmand et direkte ansvar efter ISD.³⁴² Eftersom ansvaret efter DSMD ikke er betinget af disse subjektive kriterier, repræsenterer DSMD derfor “a true expansion of primary liability at the expense of accessory liability” for så vidt angår de platforme, der omfattes af DSMD art. 17.³⁴³

Endelig kan det anføres, at idet DSMD art. 17, ikke berører muligheden for at anvende ISD art. 3, stk. 1 på andre tjenesteudbydere, der anvender ophavsretligt beskyttet indhold³⁴⁴, synes DSMD umiddelbart ikke at afhjælpe de problemer, som Domstolens fortolkning af begrebet *overføring til almenheden* har på det nationale ansvarsgrundlag.³⁴⁵

³⁴² Se afsnit 2.4.2.1.

³⁴³ Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati. Eleonora (red.): The Routledge Handbook of European Copyright Law, Routledge. 2020, s. 15.

³⁴⁴ Den 64. betragtning til DSMD.

³⁴⁵ Disse problematikker blev belyst i afsnit 2.4.2.1.

3.4. Ansvarsfritagelse efter DSMD

3.4.1. DSMD art. 17, stk. 3 - Forholdet mellem DSMD og EHD

Det fremgår af DSMD art. 17, stk. 3, 1. afsnit, at når en UGC-plattform foretager en overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden efter direktivets art. 17 “finder den ansvarsbegrænsning, der er fastsat i artikel 14, stk. 1, i [EHD], ikke anvendelse”.

Af bestemmelsen kan det udledes, at den ansvarsfritagelse, der følger af DSMD art. 17, stk. 4, fungerer som *lex specialis* til ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14. Det vil sige, at en UGC-plattform, der er omfattet af DSMD art. 17's anvendelsesområde, vil være afskåret fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14. Bestemmelsen berører imidlertid ikke de tjenesteudbydere, der falder uden for DSMD's anvendelsesområde.³⁴⁶ De platforme, som ikke er omfattet af DSMD, har således fortsat muligheden for at påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglen i EHD.³⁴⁷

3.4.2. DSMD art. 17, stk. 4

Som belyst ovenfor indfører DSMD art. 17, stk. 4 en ansvarsfritagelsesordning i de tilfælde, hvor en UGC-plattform ikke har opnået tilladelse fra rettighedshaverne efter DSMD art. 17, stk. 1.³⁴⁸ Bestemmelsen fastlægger, at hvis der ikke gives en sådan tilladelse, er platformen ansvarlig for den ulovlige overføring til almenheden, der foretages ved hjælp af deres platform, medmindre de påviser, at de opfylder betingelserne, som fremgår af DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c. Betingelserne er underlagt et proportionalitetsprincip efter DSMD art. 17, stk. 5, og er som udgangspunkt kumulative medmindre platformen er omfattet af DSMD art. 17, stk. 6.

3.4.2.1. Litra a

Den første betingelse i DSMD art. 17, stk. 4, litra a foreskriver, at platformen skal have:

“(…) gjort deres *bedste indsats* for at opnå en tilladelse (…)” (vores kursivering).

³⁴⁶ DSMD art. 17, stk. 3, 2. afsnit.

³⁴⁷ Dette fremgår eksplicit af 65. betragtning til DSMD, at DSMD “ikke berører anvendelsen af artikel 14, stk. 1, i [EHD] på sådanne tjenesteudbydere til formål, der ikke er omfattet af nærværende direktivs anvendelsesområde.”.

³⁴⁸ Se afsnit 3.2.2.

Det fremgår ikke nærmere af DSMD, hvad der menes med “bedste indsats”. Imidlertid må bestemmelsen i lyset af DSMD art. 17, stk. 1-2 tolkes sådan, at UGC-platformer skal påvise, at de har gjort deres bedste indsats for f.eks. at indgå en licensaftale med rettighedshaverne for brugen af værket på platformen.³⁴⁹ Spørgsmålet er herefter, om vurderingen af den bedste indsats er rent objektiv eller om subjektive momenter indgår i vurderingen.³⁵⁰ Der er intet i direktivet, der indikerer, at der i vurderingen skal inddrages subjektive momenter. Dertil synes Kommissionen i udkastet til vejledning om DSMD art. 17 at lægge til grund, at vurderingen er objektiv, idet det alene er “actions” som adresseres i vejledningen.³⁵¹ Det er derfor nærliggende at læse kriteriet som baseret på en rent objektiv vurdering af platformens handlinger.

Den tilladelsesordning, som medlemsstaten implementerer efter DSMD art. 17, stk. 1, vil have en indflydelse på, hvor vanskeligt en UGC-platform vil have ved opfyldelsen af bedste indsats-kriteriet. Som Kommissionen påpeger, vil det formentlig være lettere for platformene i de medlemsstater, hvor tilladelsesordningen er strengere reguleret, at påvise, at de har gjort deres bedste for at opnå en tilladelse fra rettighedshaveren, idet de blot kan iagttage de skridt, som er foreskrevet i loven.³⁵² I medlemsstater, der har implementeret en mere fleksibel ordning, vil platformen derimod være nødsaget til at indsamle beviser for, at denne har gjort deres bedste, f.eks. i form af korrespondance med ophavsmanden.³⁵³ Dette efterlader derfor medlemsstaterne et bredt skøn med hensyn til at definere, hvad der vil udgøre *bedste indsats*, hvilket kan resultere i meget forskellige tilgange, selvom direktivet har til formål at harmonisere retsområdet.³⁵⁴

³⁴⁹ Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 15.

³⁵⁰ Se hertil Ibid., s. 17, hvor forfatteren pointerer, at det er uklart, hvorvidt “bedste indsats” er en objektiv eller subjektiv standard.

³⁵¹ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 5.

³⁵² Eksempelvis vil UGC-plattformen kunne opfylde litra a, såfremt loven fastsætter, at der er tale om bedste indsats, når rettighedshaveren og platformen har indbragt aftaleforhandlingen for et tvistløsningsorgan. I dette tilfælde, vil platformen have lettere ved at dokumentere, at denne har gjort sit bedste, selvom der ikke foreligger en endelig aftale på baggrund af den objektive omstændighed, at sagen er bragt for tvistløsningsorganet.

³⁵³ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 6.

³⁵⁴ Som bemærket af Schwemer skaber de divergerende oversættelser af “bedste indsats” eller (“best efforts” på engelsk) i de forskellige sprogversioner i DSMD dertil utvivlsomt en retsikkerhed til skade for et harmoniseret EU-regime, jf. Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 17. Schwemer henviser i denne forbindelse til Rosati, der har opstillet oversættelser af de forskellige sprogversioner til engelsk, hvor det bl.a. fremgår, at den spanske oversættelse af direktivet anvender et begreb, der nærmere betyder “greater efforts”, og den tyske oversættelse skal forstås som “all efforts”. Se Rosati, Eleonora. *DSM Directive Series #5: Does the DSM Directive mean the same thing in all language versions? The case of 'best efforts' in Article 17(4)(a)*. 22. maj 2019. <https://ipkitten.blogspot.com/2019/05/dsm-directive-series-5-does-dsm.html> (sidst tilgået 24/11/2020). Det er

Kommissionen anfører, at vurderingen af *bedste indsats* beror på sagens konkrete omstændigheder.³⁵⁵ I vurderingen skal der derfor tages hensyn til DSMD art. 17, stk. 5, som foreskriver, at der ved vurderingen af, om betingelserne i stk. 4 er opfyldt, skal tages hensyn til proportionalitetsprincippet, og herunder bl.a.:

- “a) tjenestens type, publikum og størrelse og typen af værker eller andre frembringelser, som uploades af tjenestens brugere, og
- b) tilgængeligheden af egnede og effektive midler og deres omkostninger for tjenesteudbydere.”³⁵⁶

Der er således fra lovgivers side forsøgt at tage højde for UGC-platformenes interesser. Ifølge Kommissionen skal platformen som “minimum” på eget initiativ have taget kontakt til rettighedshavere, som let kan identificeres og lokaliseres med henblik på at opnå tilladelse. Dette skal ikke forstås sådan, at platformen skal opsøge alle rettighedshavere, hvis indhold potentielt vil kunne findes på platformen, og især ikke dem, som ikke let kan identificeres “by any reasonable standard”, da dette ikke vil være proportionalt.³⁵⁷ Som *Schwemer* anfører, kan identificeringen af rette rettighedshaver være en vanskelig og omkostningsfuld proces, idet erhvervelse af ophavsretten er formløs, og der ikke findes veletablerede rettighedsdatabaser.³⁵⁸ Det synes derfor velbegrunderet, at lovgiver forsøger at imødekomme disse problemstillinger ved at indrømme et skøn til at foretage en konkret vurdering.

uklart, hvad der har resulteret i en så divergerende oversættelse af begrebet, men det har åbnet op for, at de medlemsstater, som oversætter begrebet til “all efforts”, kan indføre en strengere standard end de medlemsstater, som anvender ordlyden “best efforts”.

³⁵⁵ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 6, hvor der fremgår, at vurderingen skal foretages på baggrund af en “case-by-case” tilgang.

³⁵⁶ DSMD art. 17, stk. 5, litra b synes at være møntet på art. 17, stk. 4, litra b og c, men da direktivet ikke foreskriver en sådan begrænset anvendelse, må det antages, at hele stk. 5 finder anvendelse ved vurderingen af alle betingelser i stk. 4. Se hertil Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 5 og 8.

³⁵⁷ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 6.

³⁵⁸ Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 15.

Det kan gøres gældende, at proportionalitetsprincippet hovedsageligt vil tilgodese mindre platforme, som er reguleret under lempeligere krav under DSMD art. 17, stk. 6.³⁵⁹ Der skal derfor formentlig mindre til, før disse platforme har gjort deres bedste indsats. Dette understøttes af, at platformene ifølge Kommissionen som hovedregel skal opnå tilladelse fra alle rettighedshavere, som er villige til at indgå i forhandlinger, uanset om det er denne type indhold, som i det væsentligste deles på platformen, men der må tages hensyn til mindre platforme i forhold til deres indsats med at indhente tilladelse til indhold, som er mindre almindeligt forekommende på platformen.³⁶⁰

Endelig fremgår det af 61. betragtning til DSMD, at “licensaftaler bør være rimelige og sikre en rimelig balance” mellem aftaleparterne. Rettighedshavere bør modtage et passende vederlag, og er ikke forpligtet til at give en tilladelse eller indgå licensaftaler. En UGC-platform vil derfor formentlig have gjort sin bedste indsats i tilfælde, hvor rettighedshaveren stiller helt urimelige vilkår til licensaftalen, men omvendt vil platformen ikke kunne anses for at have opfyldt kriteriet, hvis denne afslår en aftale på rimelige vilkår. Som *Visser* anfører, er det uklart, hvad der forstås med rimelige vilkår, men det må antages at bero på markedsstandarden i den relevante branche.³⁶¹

Selvom lovgiver med ovenstående har sigtet mod at skabe rimelige resultater, må vurderingen af, hvad der udgør rimelige vilkår i den relevante branche, være op til de nationale domstole at vurdere. Dette efterlader i mellemtiden de UGC-platforme, der er omfattet af DSMD, i en usikker retstilstand.

3.4.2.2. Litra b

En UGC-platform, der har gjort sin bedste indsats uden at opnå tilladelse, skal efter DSMD art. 17, stk. 4, litra b:

“(…) i overensstemmelse med de *høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt* [have] *gjort deres bedste* for at sikre, at *specifikke værker og andre frembringelser*, for hvilke rettighedshaverne har givet

³⁵⁹ Se mere om disse platforme og DSMD art. 17, stk. 6 i afsnit 3.4.2.2.

³⁶⁰ Eksempelvis billeder og tekst på en videodelingstjeneste. Se Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 6.

³⁶¹ Visser, Dirk. *Trying to understand article 13*. 2019, s. 6.

tjenesteudbydere *de relevante og nødvendige oplysninger*, ikke er tilgængelige (...)” (vores kursivering).

Bestemmelsen forpligter først og fremmest UGC-plattformen til at sikre, at specifikke ulovlige værker ikke er tilgængelige. For det andet er denne forpligtelse betinget af, at rettighedshaveren har givet de relevante og nødvendige oplysninger, idet platformen ellers ikke vil være ansvarlige for brugernes uautoriserede handlinger.³⁶² Efter bestemmelsen er det dermed ikke påkrævet, at rettighedshaveren giver meddelelse om, at der er tale om en specifik krænkelse.³⁶³ Som *Peguera* anfører, indebærer litra b derfor mere end bare en pligt til at fjerne indholdet, men en pligt til at forhindre dets tilgængelighed, dvs. forhindre upload af ulovlige værker til platformen.³⁶⁴

Bestemmelsen indeholder en række uklarheder, som skal nævnes.

Høje branchestandarder for erhvervmæssig diligenspligt

Det er uklart, hvad der nærmere udgør “høje branchestandarder for erhvervmæssig diligenspligt”.³⁶⁵ Det fremgår imidlertid af 66. betragtning til DSMD, at der i denne vurdering må tages hensyn til, “om tjenesteudbyderen har taget alle de skridt, som en *påpasselig erhvervsdrivende* ville tage for at opfylde målet om at forhindre adgang til uautoriserede værker eller andre frembringelser på sit websted, under hensyntagen til *bedste praksis i branchen og effektiviteten af de foranstaltninger, der er truffet på baggrund af alle relevante faktorer og udviklinger, samt til proportionalitetsprincippet*” (vores kursivering).³⁶⁶ Vurderingen af om UGC-plattformen har gjort deres bedste afhænger således

³⁶² Den 66. betragtning til DSMD, 5. afsnit.

³⁶³ Denne omstændighed er reguleret af DSMD art. 17, stk. 4, litra c. Se herom i afsnit 3.4.2.3.

³⁶⁴ *Peguera, Miquel. The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)*. 26. september 2019. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-ecommerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article-17/> (sidst tilgået 25/11/2020).

³⁶⁵ Dette bliver formentlig klarlagt med Kommissionens endelige vejledning til anvendelsen af DSMD art. 17, der udarbejdes på baggrund af de interessodialoger, som Kommissionen har afholdt, jf. DSMD art. 17, stk. 10. *Schwemer* bemærker, at interessodialogerne vil have en central betydning for fortolkningen af begreberne, jf. *Schwemer, Sebastian Felix. Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 16.

³⁶⁶ Den 66. betragtning til DSMD, 2. afsnit.

af denne dynamiske standard, der beror på udviklingen i branchen, sammenholdt med proportionalitetsprincippet³⁶⁷, herunder de faktorer, som er angivet i DSMD art. 17, stk. 5.³⁶⁸

På baggrund af ovenstående er det ikke tydeligt, om f.eks. anvendelsen af algoritmebaserede filtre eller andre typer teknologier er påkrævet for at leve op til de høje branchestandarder. Direktivet nævner ikke anvendelsen af bestemte former for teknologier til opfyldelsen af betingelsen i stk. 4, litra b. Af forslaget til DSMD fremgår imidlertid, at UGC-platforme skal træffe passende og forholdsmæssige foranstaltninger til at forhindre tilgængeliggørelsen af værker, “f.eks. [gennem] anvendelse af effektive indholdsgenkendelsesteknologier”.³⁶⁹

Mange UGC-platforme anvender allerede avancerede indholdsgenkendelsesteknologier.³⁷⁰ Som *Peguera* anfører, er det derfor nærliggende at lægge til grund, at lovgiver med “høje branchestandarder” og “bedste praksis i branchen” indikerer, at platformen skal anvende avancerede indholdsgenkendelsesteknologier.³⁷¹ På den anden side fremgår det af Kommissionens vejledning, at platformen frit kan vælge, hvilken teknologi eller løsning, de mener er tilstrækkelig til at håndtere den specifikke situation, idet der skal tages hensyn til proportionalitetsprincippet.³⁷² Kommissionen præciserer i denne forbindelse, at det i *de fleste tilfælde* vil forventes, at platformen anvender indholdsgenkendelsesteknologier for at overholde litra b, men det er *ikke en forudsætning*.³⁷³ Kommissionens udtalelse fremstår naiv, da platformen i praksis reelt ikke har et valg.³⁷⁴ Henset til,

³⁶⁷ Det fremgår af 66. betragtning til DSMD, 2. afsnit, at proportionalitetsprincippet bl.a. indebærer følgende: “Ethvert skridt, som tjenesteudbydere tager, bør være effektivt i forhold til de forfulgte mål, men bør ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet om at forhindre og sætte en stopper for adgangen til uautoriserede værker og andre frembringelser.”

³⁶⁸ Se opstillingen af disse faktorer ovenfor i afsnit 3.4.2.1.

³⁶⁹ Forslag til DSMD art. 13.

³⁷⁰ Såsom YouTube's Content ID-system.

³⁷¹ *Peguera, Miquel. The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)*. 26. september 2019.

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-e-commerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article-17/> (sidst tilgået 25/11/2020).

³⁷² Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 8.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Generaladvokat Øe* beskriver dette dilemma ved at spørge “whether a person who is required to travel from Luxembourg to Brussels within two hours can really be considered to have a choice between driving and walking”. Se *Reda, Julia. Walking from Luxembourg to Brussels in two hours - The European Court of Justice will rule on the legality of upload filters*. 16. november 2020. <https://verfassungsblog.de/luxembourg-to-brussels-in-two-hours/> (sidst tilgået 2/12/2020).

at det er praktisk umuligt manuelt at håndtere store mængder af brugergenereret indhold, samt i forhold til vanskelighederne ved at identificere indhold uden teknologiske midler og referencen til “høje branchestandarder”, vil det *de facto* være nødvendigt at anvende indholdsgenkendelsesteknologier for at opfylde betingelsen i litra b.³⁷⁵

Fortolkes DSMD art. 17, stk. 4, litra b i lyset af stk. 5, betyder det formentlig, at der stilles større krav til platforme med mange brugere til at anvende mere avancerede og omkostningsfulde teknologier. Ligeledes kan det ikke forventes, at mindre platforme anvender lignende foranstaltninger. Som Kommissionen påpeger, må det derfor antages, at mindre platforme navnlig kan anvende mere simple løsninger, så længe disse er effektive.³⁷⁶ Kommissionen uddyber dog ikke, hvad der må forstås som tilstrækkelig effektivt. Det kan derfor ikke udelukkes, at platformen i praksis alligevel er nødt til at investere i avancerede teknologier for effektivt at kunne fjerne det ulovlige indhold.

Desuden vil mindre UGC-platforme, hvis tjenester har været til rådighed for almenheden i Unionen i mindre end tre år, og som har en årlig omsætning på under 10 mio. EUR, alene skulle opfylde litra a, og påvise, at de har handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkeligt begrundet meddelelse for at hindre eller fjerne adgangen til de meddelte værker, jf. DSMD art. 17, stk. 6.³⁷⁷ Lovgiver har herved taget hensyn til nyere og mindre platforme, idet disse lempede krav til at kunne blive ansvarsfritaget indrømmes. Dette synes rimeligt, *dels* ud fra en proportionalitetsvurdering sammenholdt med faktorerne i DSMD art. 17, stk. 5, *dels* ud fra den betragtning, at mindre platforme ikke kan siges at spille en lige så vigtig rolle på markedet som de større platforme.

³⁷⁵ Se i samme retning Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 23.

³⁷⁶ Eksempelvis metadata eller keyword search, jf. Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 8-9. Denne form for indholdsgenkendelsesteknologi er mindre avanceret end fingerprint-teknologien, som bl.a. Content ID er baseret på. Se en dybdegående gennemgang af forskellige typer indholdsgenkendelsesteknologier og fordele og ulemper herved i Elsmann, M.M. *The Online Copyright Battle, The use of content recognition technologies in a fundamental right context*. 2018, s. 17-23.

³⁷⁷ Af DSMD art. 17, stk. 6, 2. afsnit fremgår desuden, at hvis det gennemsnitlige antal af platformens unikke besøgende pr. måned overstiger 5 millioner, skal UGC-platformen ligeledes “påvise, at de har gjort deres bedste indsats for at forhindre yderligere upload af de værker og andre frembringelser, de har modtaget meddelelse om, og som de har modtaget relevante og nødvendige oplysninger om fra rettighedshaverne.” Dette må tolkes sådan, at de skal overholde samtlige betingelser i DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c.

Specifikke værker

UGC-plattformens pligt til at forhindre, at ulovlige værker ikke er tilgængelige på platformen, gælder alene *specifikke værker*, som rettighedshaveren har givet de relevante og nødvendige oplysninger om. Bestemmelsen omfatter således alene værker, som er tilstrækkeligt identificerede, idet platformen ikke har en pligt til at forhindre adgangen til uidentificerede værker.³⁷⁸

Det fremgår imidlertid ikke af direktivet, hvad der vil kunne udgøre de *relevante og nødvendige* oplysninger. Eftersom platformen skal forhindre upload, og dermed hindre, at der sker en krænkelse på platformen, kan det ikke forventes, at de nødvendige og relevante oplysninger indebærer oplysninger om det ulovlige værks placering på platformen. Omvendt ville det være for vidtgående at forvente, at platformen kan forhindre upload af specifikke værker alene på baggrund af generelle oplysninger om f.eks. værkets navn og type.³⁷⁹ Som Kommissionen anfører, må det derfor antages, at denne vurdering foretages “case-by-case” i forhold til, hvad der var tilstrækkeligt i det konkrete tilfælde til, at platformen kunne identificere værket, hvilket må afhænge af, hvilken (teknisk) foranstaltning eller løsning, platformen vælger at indføre til at opfylde litra b.³⁸⁰ Dette gør vurderingen mere fleksibel, men øger retsusikkerheden for både rettighedshaveren og for platformen, idet der ikke er klare retningslinjer for, om rettighedshaveren har givet de nødvendige oplysninger, og i forlængelse heraf, om platformen har en pligt til at sørge for, at værket ikke er tilgængeligt på platformen.

Baseret på ovenstående må litra b anses som et udtryk for lovgivers balancering af hensynet til rettighedshaverne og hensynet til UGC-plattformen. Der kan dog sættes spørgsmålstegn ved, om bestemmelsen sikrer en rimelig balance. Det kan på den ene side virke besynderligt, at lovgiver har pålagt rettighedshaveren en pligt til at give platformen oplysninger for at håndhæve ophavsretten, særligt henset til, at ophavsretten er formløs og traditionelt ikke har krævet iagttagelse af særlige formaliteter for at kunne håndhæves. På den anden side synes bestemmelsen proportional, idet rettighedshaveren “blot” skal give platformen oplysninger, og efterlader platformen med ansvaret for

³⁷⁸ Den 66. betragtning til DSMD, 5. afsnit.

³⁷⁹ F.eks. om det er et musikværk eller filmværk.

³⁸⁰ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 9.

håndhævelsen. Dertil kommer, at en generel pligt til at fjerne værker, som ikke er tilstrækkeligt identificerede, formentlig ville pålægge platformen en uforholdsmæssig byrde.

Selvom pligten alene vedrører specifikke værker, hindrer dette ikke rettighedshaver i at påkræve platformen, at et betydeligt antal værker ikke er tilgængelige. Dertil medfører litra b også *de facto* en pligt til at anvende indholdsgenkendelsesteknologier. Det er derfor tvivlsomt, om litra b sikrer en rimelig balance. I afhandlingens *Del 2* blev det netop fundet, at implementeringen af et komplekst og omkostningsfuldt filtreringssystem potentielt kan udgøre et uforholdsmæssigt indgreb i platformens ret til at drive virksomhed efter Chartrets art. 16, særligt for mindre platforme. Som det vil fremgå nedenfor, vil dette desuden medføre en række betænkeligheder hvad angår platformens forpligtelse til at iagttage brugernes rettigheder efter DSMD art. 17, stk. 7.³⁸¹

3.4.2.3. Litra c

Hvis et værk bliver tilgængeligt på UGC-platformen på trods af, at platformen har iagttaget litra b, fastlægger DSMD art. 17, stk. 4, litra c, for det første en notice and takedown-forpligtelse, idet platformen skal have:

“(…) handlet *hurtigt* efter at have modtaget *en tilstrækkelig begrundet meddelelse* fra rettighedshaverne for at blokere adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder (...)” (vores kursivering).

Direktivet fastlægger ikke yderligere retningslinjer for, hvad der må anses som “hurtigt” eller hvad der anses som en “tilstrækkelig begrundet meddelelse”. Det må imidlertid antages, at dette vil afhænge af kompleksiteten af sagen, da platformen må inddrømmes en rimelig tid til at vurdere, om der er tale om ulovlige værker. Som fremhævet af Kommissionen, må det antages, at meddelelsen skal give platformen detaljerede og specifikke informationer på en måde, som verificerer værket,

³⁸¹ Se afsnit 3.4.3.

rettighedssubjektet samt placeringen af, hvor værket findes.³⁸² I modsat fald ville platformen ikke kunne vurdere, om værket er ulovligt, og følgelig fjerne det.

For det andet synes litra c ligeledes at indføre en notice and staydown-forpligtelse, idet UGC-platformen skal have:

“(…) gjort deres *bedste indsats* for at forhindre, at [værkerne] *fremover uploades, i overensstemmelse med litra b*.” (vores kursivering).

Henvisning til litra b indebærer formentlig, at de forudsætninger, der ligger til grund for platformens forpligtelse til at sørge for at ulovlige værker, ikke er tilgængelige på platformen, ligeledes skal foreligge i forhold til litra c, før platformen skal sikre, at værket ikke gen-uploads (staydown). Rettighedshaveren skal derfor give de relevante og nødvendige oplysninger for, at platformen kan sikre staydown. Derudover må det antages, at begrebet *bedste indsats* skal fortolkes i overensstemmelse med bedste indsats-kriteriet i litra b, hvorefter vurderingen af, hvad der udgør en tilstrækkelig indsats, beror på en konkret vurdering af sagens omstændigheder sammenholdt med proportionalitetsprincippet og faktorerne i DSMD art. 17, stk. 5.³⁸³

Staydown-forpligtelsen medfører en yderligere beskyttelse af rettighedshaverens ophavsret, idet det fremover vil være tilstrækkeligt at fremsende én meddelelse, såfremt denne indeholder de relevante og nødvendige oplysninger, jf. litra b. UGC-platforme skal derfor fremover sørge for, at værker ikke gen-uploads på platformen, hvilket i praksis vil forudsætte anvendelsen af indholdsgenkendelsesteknologier i overensstemmelse med litra b.

³⁸² Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 11. I denne forbindelse kan de retningslinjer, der findes i Kommissionens henstilling (EU) 2018/334 af 1. marts 2018 om foranstaltninger til effektiv bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet, pkt. 6-8, inddrages, der bl.a. specificerer, at meddelelsen kan indeholde en redegørelse for, hvorfor anmelderen anser indholdet for ulovligt. Eftersom denne henstilling ikke er bindende eller vedrører ophavsrettigheder specifikt, må den imidlertid have begrænset betydning i forbindelse med notice and takedown-proceduren i forhold til ophavsrettigheder. Dette understøttes af, at Kommissionen selv fremhæver, at eksisterende nationale regler og praksis kan indeholde mere præcise bestemmelser om notice and takedown i forhold til ophavsretlige beskyttede værker, og disse skal således medtages i vurderingen, jf. Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 11.

³⁸³ Dette følger ligeledes af Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 10-11.

Ovenstående betingelser i DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c, skal fortolkes i lyset af DSMD art. 17, stk. 7-9. Bestemmelserne vil blive belyst i de følgende afsnit.

3.4.3. DSMD art. 17, stk. 7 og 9 – Iagttagelse af brugerrettigheder og indførelse af en klageordning

Direktivets art. 17, stk. 7, vedrører brugernes ret til at uploade indhold, der ikke krænker ophavsretten, herunder når brugen er omfattet af en licensaftale eller en undtagelse eller indskrænkning af ophavsretten.³⁸⁴ Stk. 7 uddyber, at brugerne i alle medlemsstater skal kunne henholde sig til følgende “eksisterende” undtagelser om:

”a) citater, kritik, anmeldelser

b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche”.

Bestemmelsens henvisning til “eksisterende” skal formentlig forstås som en henvisning til ISD art. 5, hvor parodier og citater ligeledes er nævnt som undtagelser til ophavsmandens eneret.³⁸⁵ ISD art. 5 er ikke totalharmoniseret, hvorfor medlemsstaterne ikke er forpligtet til at implementere alle de undtagelser, der er oplyst heri.³⁸⁶ Undtagelserne i stk. 7 må derfor fortolkes som et udtryk for, at disse undtagelser er særlig vigtige for at sikre en rimelig balance mellem internetbrugernes rettigheder (navnlig ytringsfriheden) og rettighedshaverens intellektuelle ejendomsret. Lovgiver har derfor forpligtet medlemsstaterne til at implementere undtagelserne, i hvert fald inden for anvendelsesområdet for DSMD, for at sikre, at brugerne nyder ensartet beskyttelse i hele Unionen.³⁸⁷

Bestemmelsen i stk. 7 forpligter ikke alene medlemsstaterne, idet “samarbejdet mellem [UGC-plattformen] og rettighedshavere” ikke må føre til blokering af lovligt indhold. Efter DSMD art. 17 skal platformen derfor ikke alene sørge for, at *ulovligt* indhold ikke er tilgængeligt, men de skal

³⁸⁴ Se hertil 66. betragtning til DSMD, 1. afsnit.

³⁸⁵ Se ISD art. 5, stk. 3, litra d og k. Se i samme retning Grisse, Karina. *After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 1, [s. 887-899] s. 898.

³⁸⁶ Grisse, Karina. *After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 1, [s. 887-899] s. 897.

³⁸⁷ Den 70. betragtning til DSMD, 1. afsnit. Se hertil Grisse, Karina. *After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 1, [s. 887-899] s. 898.

ligeledes sørge for, at *lovligt* indhold ikke blokeres. Bestemmelsen medfører en række konsekvenser, som skal nævnes.

For det første er det besynderligt, at platformen skal sørge for, at lovligt indhold forbliver på platformen. Dette svarer til, at platformen ikke må fjerne, dvs. censurere, indhold. Traditionelt er alene staten underlagt et censurforbud.³⁸⁸ Lovgiver har tilsyneladende “glemt”, at de omfattede platforme er privatejede tjenester, der har stor frihed at opstille egne retningslinjer for, hvilket indhold de ønsker at formidle eller fjerne, og derfor lovligt kan censurere indholdet på platformen.³⁸⁹ Med DSMD art. 17, stk. 7 har lovgiver i stedet pålagt platformen at håndhæve og sikre brugernes ytringsfrihed, og dermed indskrænket platformens mulighed for at definere sin egen tjeneste. Dette kan dog anses som en naturlig følge af, at platformene varetager en særlige rolle som et offentligt rum.³⁹⁰

Desuden kan det anføres, at eftersom håndteringen af store mængder brugeruploads kræver anvendelsen af filtre, og iagttagelsen af litra b og c derfor *de facto* forudsætter anvendelsen heraf, indeholder art. 17 en form for indbygget umulighed. Der findes ikke algoritmer, der er teknisk avancerede eller effektive nok til at kunne foretage grænsedragningen mellem lovligt og ulovligt indhold i alle tilfælde.³⁹¹ Denne sondring kan være vanskelig. For det første fordi lovligheden af f.eks. parodier beror på den kontekst, som værket anvendes i, og algoritmer kan sandsynligvis ikke udvikle en sans for humor, og derfor kan de ikke komme til at identificere, at der er tale om en parodi.³⁹² For

³⁸⁸ Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov § 77 og EMRK art. 10 hjemler et censurforbud, hvorefter myndigheder ikke må foretage forhåndskontrol af ytringer og information som offentliggøres. Forbuddet gælder alene offentlig forhåndskontrol. Det er derfor alene staten og ikke private virksomheder såsom en platform, der er omfattet heraf, jf. Baumbach, Trine. *Medieret - frihed og ansvar*. 2017, s. 48 og 62. Chartrets art. 11 modsvarer rettigheden i EMRK art. 10, og har derfor samme betydning og omfang som rettigheden i EMRK, jf. Chartrets art. 52, stk. 3.

³⁸⁹ Der vil f.eks. som følge af platformens retningslinjer opstå situationer, hvor lovligt indhold fjernes, fordi det strider mod platformens politik.

³⁹⁰ Jørgensen, Rikke Frank og Zuleta, Lumi. *Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards* i *Nordicom Review*, 2020, Vol. 41, No. 1, [s. 51-67], s. 52. Se hertil EMD-afgørelse i sag nr. 48226/10 og 14027/11, 2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet, hvor EMD vurderede, at adgangen til YouTube udgør et vigtigt middel til udøvelsen af ytrings- og informationsfriheden i EMRK art. 10.

³⁹¹ Se Engstrom, Evan og Feamster, Nick. *The Limits of Filtering: A look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools*. Marts 2017, s. 4, hvor det fremgår, at “all content filtering technologies are at best capable of simply identifying the contents of a file, not making the often complex determination as to whether the use of a particular file constitutes an infringement”. Se hertil Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. 2017, s. 694.

³⁹² Se hertil Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 20 og Spoerri, Thomas. *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under*

det andet findes der en lang række forskellige undtagelser i EU, der som nævnt ikke er fuldstændig harmoniserede. Manglen på harmonisering udfordrer algoritmernes effektivitet, idet dette kræver, at filtreringssystemer skal foretage en vurdering under hensyntagen til de forskellige nationale undtagelsesordninger.³⁹³

Det er uklart, hvordan platformene skal forholde sig ved tvivlstilfælde for at opfylde betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4 og overholde stk. 7. Det er sandsynligt, at platformene i praksis automatisk vil fjerne eller blokere informationen, for at undgå enhver risiko for ansvar overfor rettighedshaveren. Dette kan føre til fejlagtig blokeringen af adgangen til eller fjernelse af indhold, som reelt er lovligt (falske positiver³⁹⁴), hvilket kan resultere i en overblokering eller overforsigtig fjernelse af indhold til skade for brugernes ytrings- og informationsfrihed.³⁹⁵

Loggiver må have været opmærksom på ovenstående problematikker, idet de med indførelsen af klageordningen i DSMD art. 17, stk. 9 har forsøgt at beskytte brugernes rettigheder.³⁹⁶ Ifølge stk. 9 pålægges UGC-platforme at indføre en “en *effektiv og hurtig* klageordning, som står til rådighed for brugerne af deres tjenester i tilfælde af uenighed om blokering af adgang til eller fjernelse af værker eller andre frembringelser, som de har uploadet” (vores kursivering).³⁹⁷ Bestemmelsen indikerer derfor, at platformen i tvivlstilfælde som udgangspunkt må fjerne eller blokere indholdet. Brugeren kan herefter indgive en klage, såfremt denne ikke er enig i afgørelsen.³⁹⁸

Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market i JIPITEC, 2019, Vol. 10, No. 29, [s. 173-186], s. 183, pkt. 41.

³⁹³ Spoerri, Thomas. *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market* i JIPITEC, 2019, Vol. 10, No. 29, [s. 173-186], s. 182, pkt. 35. Desuden kan det anføres, at filteret ligeledes skal kunne determinere, om brugeren har en licens til at anvende værket, idet der i så fald ville være tale om lovlig brug.

³⁹⁴ Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 20.

³⁹⁵ De samme problematikker blev diskuteret i afsnit 2.3. vedrørende ISD.

³⁹⁶ Den 70. betragtning til DSMD. Kommissionen var opmærksom på, at anvendelsen af systemer som Content ID kan resultere i false-positives, jf. Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene, Konsekvensanalyse af moderniseringen af EU's ophavsretsregler - Del 1/3. 14.9.2016 SWD (2016) 301 final, s. 141.

³⁹⁷ Desuden følger det af DSMD art. 17, stk. 9, sidste afsnit, at UGC-platformen i deres vilkår og betingelser skal informere brugerne om, at de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser fra eller indskrænkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-retten.

³⁹⁸ Det er i skrivende stund tvivlsomt, om klageordningen vil være tilstrækkeligt til at sikre brugernes rettigheder. Svaret vil formentlig bero på udfaldet af Polen-sagen, hvor Polen har gjort gældende, at DSMD art. 17, stk. 4, litra b og art. 17, stk. 4, litra c, in fine skal annulleres, og subsidiært at art. 17 i sin helhed annulleres såfremt, at litra b og c ikke kan adskilles fra hovedbestemmelsen. Polen har navnlig gjort gældende, at ansvarsfritagelse efter DSMD forudsætter, at platformen foretager en forudgående automatisk prøvelse (filtrering) af det indhold, brugerne stiller til rådighed online,

Kommissionen har imidlertid anført, at platformen kun automatisk skal blokere uploads, som er “likely infringing”, og sørge for, at dette indhold blokeres, mens brugeren afventer afgørelse efter stk. 9.³⁹⁹ Det må herefter antages, at “likely legitimate” indhold omvendt skal forblive tilgængeligt på platformen, mens det vurderes, om indholdet er ulovligt. Denne tilgang vil formentlig afhjælpe problemet med overforsigtig fjernelse eller overblokering. Selvom Kommissionens tilgang kan afhjælpe dette problem, vil den også kunne resultere i værker, der reelt er ulovlige, forbliver tilgængelige på platformen (falske negative). Dette kan have store konsekvenser for rettighedshaverne, idet indhold, der uploades på platformen, kan gå viralt meget hurtigt og forårsage betydelige økonomiske tab.⁴⁰⁰ Det kan derfor anføres, at den skade, der kan forårsages af midlertidig adgang til ulovlige værker på platforme (falske negative), er meget større end den skade for brugere, som følger af midlertidig blokering af lovlige værker (falske positive). Når lovlige værker blokeres, mens klagerne gennemgås, vil det blot udgøre en tidsmæssig ulempe, idet indholdet alligevel vil blive uploadet, såfremt brugeren får medhold i klagen efter stk. 9.

Omvendt kan en meget lang sagsbehandlingstid af brugerens klage udgøre meget mere end blot en tidsmæssig ulempe, men kan derimod være i konflikt med brugerens ytrings- og informationsfrihed. Ifølge DSMD skal platformen sikre, at klagerne behandles “uden unødigt forsinkelse, og afgørelser om at blokere adgangen til eller fjerne indhold, der er uploadet, skal underkastes menneskelig kontrol”.⁴⁰¹ Selvom DSMD ikke præciserer, hvad der skal forstås som en “hurtig” klageordning eller behandling “uden unødigt forsinkelse”, må det imidlertid antages, at platformen indrømmes rimelig tid til at behandle klagen. Dette synes velbegrunder i forhold til, at klagen skal underkastes menneskelig kontrol. Imidlertid kan det ikke udelukkes, at platformen vil modtage utallige klager pga. de ineffektive filtre,⁴⁰² som det vil tage lang tid at gennemgå på bekostning af brugernes adgang

og dermed indfører proaktive foranstaltninger. Sådanne foranstaltninger undergraver ifølge Polen selve kernen i ytrings- og informationsfriheden i Chartrets art. 11, og vil ikke være proportional.

³⁹⁹ Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17, s. 17.

⁴⁰⁰ Kommissionens tilgang er også stærkt kritiseret af rettighedshaverorganisationerne for *de facto* at indføre en ny form for ophavsretlig undtagelse for brug af værker, der er “not likely to be infringing”, jf. IFPI, ACT, CEPI, CEPIC, ECSA, EPC, EUROCINEMA, FEP, FIAD, FIAPF, GESAC, ICMP, IMPALA, IMPF, IVF, Mediapro, MPA, NME, SROC, STM, Telefónica, UNIC. *IFPI and 21 organisation from Europe’s cultural and creative sectors raise concerns regarding the European Commission’s proposed guidance on the application of Article 17 of the DSM Directive*. 2020, s. 5-6.

⁴⁰¹ DSMD art. 17, stk. 9, 2. afsnit.

⁴⁰² Spoerri, Thomas. *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market* i JIPITEC, 2019, Vol. 10, No. 29, [s. 173-186], s. 183.

til et velfungerende internet, der netop er karakteriseret ved, at brugerne hurtigt og nemt kan dele meninger og informationer.⁴⁰³

Overordnet kan det derfor konkluderes, at uanset om platformen midlertidigt skal give adgang til falske negativer, eller midlertidig blokering af falske positive, kan det medføre en urimelig balance mellem de modsatrettede interesser og grundlæggende rettigheder.

3.4.4. DSMD art. 17, stk. 8 – forbuddet mod generel overvågningsforpligtelse

Direktivets art. 17, stk. 8 foreskriver, at anvendelsen af art. 17 ikke medfører “nogen generel overvågningsforpligtelse”.

Bestemmelsen skal formentlig læses i sammenhæng med stk. 4, således, at medlemsstaterne ikke må pålægge UGC-platforme generelt skal overvåge det indhold, som findes på platformen for at opfylde betingelserne til ansvarsfritagelse. Derudover indikerer ordlyden, at platformen ligeledes skal sørge for ikke at foretage en generel overvågning ved anvendelsen af foranstaltningerne til at opfylde betingelserne i stk. 4, idet bestemmelsen er rettet mod selve *anvendelsen* af DSMD art. 17.⁴⁰⁴ For at sikre dette foreskriver bestemmelsens 2. afsnit, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, hvorvidt platforme efter anmodning fra rettighedshaverne skal give disse tilstrækkelige oplysninger om, hvordan deres praksis fungerer med hensyn til det samarbejde, der er omhandlet i stk. 4.⁴⁰⁵

Der kan imidlertid overvejes, om betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4 *de facto* medfører, at platformen må foretage en generel overvågning af indholdet på sin platform.

Som nævnt medfører DSMD art. 17, stk. 4, litra b (og dermed litra c) *de facto* en forpligtelse til at anvende indholdsgenkendelsesteknologier til opfyldelse af disse betingelser. Det kan derfor antages, at lovgiver med stk. 8 ikke anser anvendelsen af sådanne teknologier for at føre til en generel overvågning. I modsat fald ville stk. 8 resultere i et retligt paradoks, hvor anvendelsen af de

⁴⁰³ I GS Media-dommen, pr. 45, fremhævede Domstolen, som nævnt i afsnit 2.3.3., at internettet spiller en særlig vigtig rolle i forhold til ytrings- og informationsfriheden.

⁴⁰⁴ Se i samme retning Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 25.

⁴⁰⁵ Derudover skal UGC-platformen, når der er indgået licensaftaler mellem tjenesteudbydere og rettighedshavere, give oplysninger om anvendelsen af det indhold, der er omfattet af aftalerne.

teknologier, som er nødvendige for at opfylde ansvarsfritagelsesbetingelserne, udgør en generel overvågning. Dertil må lovgivers antagelse om, at anvendelsen af DSMD art. 17 ikke medfører en generel overvågning, formentlig ses i lyset af, at stk. 4 alene gælder *specifikt* indhold, som rettighedshaverne har givet relevante og nødvendige oplysninger om.

Loggivers erklæring i stk. 8 synes imidlertid naiv. Efter stk. 4 skal UGC-plattformen ikke alene fjerne eller blokere specifikt indhold *efter* meddelelse fra rettighedshaveren, men ligeledes forhindre værkets tilgængelighed på platformen uden en forudgående meddelelse. Staydown-forpligtelsen efter litra c indebærer dertil, at der alene skal gives meddelelse én gang, hvorfor platformen ved fremtidige uploads heller ikke oplyses om, hvor det krænkende værk er placeret. Derfor kræver overholdelse af litra b og c *de facto* anvendelsen af indholdsgenkendelsesteknologier til at scanne samtlige filer ved upload (upload-filter), og en løbende scanning af samtlige informationer på platformen for at kunne lokalisere og fjerne det ulovlige værk. Hvis dette ikke kan formodes at indebære en generel overvågningsforpligtelse, er det svært at forestille, hvad der ellers ville.⁴⁰⁶

Modsat erklæringen i art. 17, stk. 8, medfører stk. 4, litra b og c, derfor *de facto* en generel overvågningsforpligtelse, medmindre platformen har opnået tilladelse fra alle rettighedshavere til samtlige værker, hvilket i praksis vil være usandsynligt.⁴⁰⁷ Grænsen mellem en specifik og en generel overvågningsforpligtelse er derfor uklar.

3.4.5. Delkonklusion

Opsummerende har lovgiver med DSMD art. 17 indført en ny ansvarsfritagelsesordning, der er *lex specialis* til EHD art. 14, stk. 1. Efter DSMD art. 17, stk. 4, litra a-c skal UGC-plattformen påvise, at denne efter bedste indsats har opfyldt en række byrdefulde betingelser for at kunne påberåbe sig ansvarsfritagelse, når det ikke lykkedes platformen at indhente tilladelse fra rettighedshaverne efter DSMD art. 17, stk. 1-2. Hvad det nærmere indhold er af denne standard afhænger i sidste ende af de

⁴⁰⁶ Content ID-systemet fungerer ved at scanne “every piece of user-uploaded content in real time against an always-expanding universe of reference files. No file escapes the system’s surveillance.”, jf. Bridy, Annemarie. *The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform* i Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 2020, Vol. 22, [s. 323-358], s. 343. Samme sted anfører forfatteren: “If such functionality does not amount to general monitoring, it is hard to imagine what would.”

⁴⁰⁷ Spoerri, Thomas. *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market* i JIPITEC, 2019, Vol. 10, No. 29, [s. 173-186], pkt. 16.

nationale domstoles vurdering, hvilket skaber en usikker retstilstand for UGC-plattformen i mellemtiden.

Betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4 skal læses i lyset af de bestemmelser, der findes i DSMD art. 17, stk. 7-9, der er udtryk for lovgivers forsøg på at balancere de modsatrettede interesser. UGC-plattformen skal derfor ved opfyldelsen af betingelserne i stk. 4, litra a-c, ligeledes sørge for at tage hensyn til brugernes ret til lovlig brug, samt at de foranstaltninger, de vælger at benytte til at opfylde stk. 4, ikke udgør en generel overvågning af platformen. Denne opgave indeholder imidlertid en indbygget umulighed, idet opfyldelsen af betingelserne i litra b-c kræver, at platformen anvender indholdsgenkendelsesteknologier til at scanne alt indhold på platformen. Dette medfører dels *de facto* en generel overvågning af indholdet på platformen, dels en risiko for overblokering af brugergenereret indhold.

Tilbage står spørgsmålet om, hvorvidt ansvarsfritagelsesordningen i DSMD ændrer udstrækningen af den ansvarsstandard, som en UGC-plattform er underlagt i dag.

3.5. Hvordan ændres UGC-plattformens retsstilling sammenlignet med EHD?

Som konkluderet i afsnit 2.5. kan platformen efter omstændighederne blive fritaget for ansvar efter EHD art. 14. Følgende afsnit har derfor til formål at klarlægge, hvorvidt den ansvarsfritagelsesordning, der indføres med DSMD art. 17, stk. 4, ændrer UGC-plattformens retsstilling i gældende ret sammenlignet med EHD art. 14, stk. 1.

Indledningsvist sammenlignes DSMD og EHD's anvendelsesområde (afsnit 3.5.1.). Betydningen ansvarsfritagelsesreglerne i DSMD afhænger af, om platformen hidtil har været omfattet af EHD art. 14. Derfor undersøges retsstillingen for de UGC-platforme, som hidtil *har* været omfattet af EHD art. 14 (afsnit 3.5.2.). For helhedens skyld, vil retsstillingen for de UGC-platforme, som *ikke* hidtil har været omfattet af EHD, ligeledes blive vurderet (afsnit 3.5.3.).

3.5.1. Anvendelsesområde

Som belyst i afsnit 2.5.2.2. er vurderingen af, om en UGC-plattform falder inden for EHD, centreret omkring platformens tekniske funktion og rolle i forbindelse med lagringen af bestemt brugergenereret indhold. Vurdering synes derfor at fokusere på platformens aktive eller neutrale rolle

i relation til det konkrete ulovlige indhold frem for en karakterisering af typen af platforme. Til sammenligning indebærer DSMD en vurdering af platformens formål og rolle på markedet.⁴⁰⁸ Således synes DSMD at have et mere snævert anvendelsesområde, som er begrænset til en bestemt type af UGC-platforme.

3.5.2. UGC-platforme hidtil omfattet af anvendelsesområdet i EHD

3.5.2.1. EHD art. 14

Det blev konkluderet i afsnit 2.5., at EHD art. 14, stk. 1 indeholder en række betingelser, som UGC-platformen skal opfylde for at blive ansvarsfritaget. Som det vil blive belyst nedenfor, adskiller ansvarsfritagelsesreglerne i DSMD art. 17 sig imidlertid på en række væsentlige punkter.

For det første forudsætter ansvarsfritagelsen i EHD, at UGC-platformen ikke havde et konkret kendskab til det ulovlige indhold *eller* et kendskab til forhold og omstændigheder vedrørende specifikt indhold, som ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at indholdet var ulovligt, jf. EHD art. 14, stk. 1, litra a. Først når de har det fornødne kendskab, er de forpligtet til at handle efter EHD art. 14, stk. 1, litra b.⁴⁰⁹

Til sammenligning pålægges platforme efter DSMD art. 17, stk. 4, litra a, at påvise, at de har gjort deres bedste indsats for at opnå tilladelse til tilgængeliggørelsen af værket. Platformen skal derfor aktivt sikre, at denne har tilladelse til at anvende værket. Såfremt det ikke lykkedes at opnå tilladelse, skal platformen efter litra b, aktivt gøre sit bedste for at sikre, at værket ikke er tilgængeligt på platformen, når rettighedshaveren har givet de relevante og nødvendige oplysninger. Disse forpligtelser fandtes ikke i EHD. Platformen skal nu yde en aktiv indsats for at forhindre adgangen til det ulovlige værk allerede *før* de har opnået fornødent kendskab til, at der er sket en krænkelse af ophavsmandens ret. Sammenholdt med EHD pålægger DSMD derfor platformen flere forpligtelser, som derfor skærper adgangen til ansvarsfritagelse.

⁴⁰⁸ “(...) at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere (...)”, jf. DSMD art. 2, nr. 6.

⁴⁰⁹ Se herom i afsnit 2.5.2.4.

For det andet medfører DSMD en væsentlig skærpelse af UGC-plattformens pligt efter at have modtaget meddelelse om ulovligt indhold. Det blev i afsnit 2.5.2.4. konkluderet, at en platform efter EHD art. 14, stk. 1, litra b straks skal tage skridt til at fjerne ulovligt indhold eller hindre adgangen fra det øjeblik, de får kendskab hertil (takedown-forpligtelse). EHD art. 14, stk. 1, litra b hjemler derfor alene en notice and takedown-forpligtelse, men ikke en staydown-forpligtelse.⁴¹⁰ I modsætning hertil indeholder DSMD art. 17, stk. 4, litra c, ikke alene en notice and takedown-forpligtelse, men ligeledes en staydown-forpligtelse, hvorefter UGC-plattformen skal sørge for, at dét indhold, som rettighedshaveren allerede én gang har givet meddelelse om, ikke fremover uploades på platformen. Dette skærper ligeledes adgangen til ansvarsfrihed, idet platformene fremover skal påvise, at de har gjort deres bedste indsats for at forhindre gen-upload af de ulovlige værker.

Sammenfattende kan det konkluderes, at DSMD har indført en ny ansvarsfritagelsesordning for UGC-plattformen. Ansvarsfritagelsesreglerne i DSMD pålægger UGC-plattformen flere forpligtelser, og forpligtelsernes karakter er ændret fra at være *reaktive* til *proaktive*. Til forskel fra EHD skal platformen fremover påvise, at den proaktivt har gjort sin bedste indsats for at forhindre adgangen til ulovligt indhold, og sikre mod fremtidige uploads af det ulovlige materiale. Samlet set synes adgangen til ansvarsfrihed at blive skærpet, fordi der stilles strengere krav til UGC-plattformen, der falder inden for DSMD's anvendelsesområde. Det er således åbenlyst, at DSMD ændrer på forhandlingspositionerne mellem rettighedshaveren og platformen, idet en platform, der ikke opnår tilladelse efter DSMD art. 17, stk. 1, har et bevismæssigt problem i forhold til stk. 4, der pålægger platformen at påvise, at den har opfyldt en række byrdefulde forpligtelser. Dette vil skubbe forhandlingsstyrken mellem parterne, da rettighedshaverne kan presse platformen til at indgå i forhandlingerne.

3.5.2.2. Forbud mod generel overvågning

Både EHD art. 15 og DSMD art. 17, stk. 8 indeholder et forbud mod generel overvågning. Forholdet mellem de to bestemmelser fremgår imidlertid ikke direkte af DSMD. Selvom DSMD art. 17, stk. 3 kun direkte regulerer EHD art. 14, stk. 1, fremgår det af ordlyden af EHD art. 15, at bestemmelsen omhandler de tjenesteydere, som er omfattet af direktivets art. 12-14. Eftersom UGC-plattformen, der

⁴¹⁰ EHD art. 15 er dog ikke til hinder for at pålægge en specifik overvågningsforpligtelse i forbindelse med staydown. Se herom i afsnit 3.5.2.2.

omfattes af DSMD, ikke længere er omfattet af EHD art. 14, må dette medføre, at art. 15 ligeledes ikke finder anvendelse. Det kan derfor anføres, at DSMD art. 17, stk. 8 skal anses som *lex specialis* til EHD art. 15.⁴¹¹

Det er herefter afgørende at undersøge, om DSMD har udvidet fortolkningen af, hvad der udgør en generel overvågningsforpligtelse.

Som konkluderet i afsnit 3.4.4. forudsætter iagttagelsen af stk. 4, litra b og c, *de facto*, at platformen skal anvende indholdsgenkendelsesteknologier til at scanne samtlige informationer på platformen for at kunne identificere de specifikke værker, der ikke må være tilgængelige på platformen og derefter blokere eller fjerne dem. Artikel 17, stk. 8 antyder imidlertid, at lovgiver ikke betragter en sådan form for overvågning som en generel overvågningsforpligtelse. Forbuddet mod generel overvågningsforpligtelse i DSMD forhindrer derfor ikke platformen i at anvende indholdsgenkendelsesteknologier, der scanner det indhold, som brugerne uploader med henblik på at overvåge tilgængeligheden af specifikt indhold.

Hvad angår EHD, fandt Domstolen i *Facebook-dommen*⁴¹², at det ikke var i strid med EHD art. 15 at pålægge en tjenesteyder at fjerne og hindre adgangen til information, og som er identisk med den information, der tidligere er erklæret ulovlig (staydown-forpligtelse). Artikel 15 i EHD er således ikke til hinder for at pålægge en UGC-platform en *specifik* overvågningsforpligtelse. Imidlertid forudsætter dette, at tjenesteyderen ikke skal foretage “en selvstændig vurdering” af indholdets lovlighed, da forpligtelsen kun udstrækker sig til indhold, som den nationale domstol allerede har vurderet er ulovligt.⁴¹³ I henhold til DSMD vil en platform derimod være nødsaget til at foretage en selvstændig vurdering af indholdets lovlighed, idet denne ikke må blokere lovligt indhold, men skal nedtage ulovligt indhold efter DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c, jf. stk. 7.

⁴¹¹ Se hertil i samme retning Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati, Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge. 2020, s. 16 og Grisse, Karina. *After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 1, [s. 887-899] s. 896.

⁴¹² Domstolens afgørelse i sag C-18/18 (Facebook), som gennemgås i afsnit 2.5.2.4.

⁴¹³ Facebook-dommen, pr. 53. Se hertil Reda, Julia. *Walking from Luxembourg to Brussels in two hours - The European Court of Justice will rule on the legality of upload filters*. 16. november 2020. <https://verfassungsblog.de/luxembourg-to-brussels-in-two-hours/> (sidst tilgået 2/12/2020).

På denne baggrund har DSMD ikke umiddelbart rykket grænserne for, hvad der kan anses som en tilladt overvågningsforpligtelse. Både EHD og DSMD tillader således at pålægge UGC-plattformen en specifik overvågningsforpligtelse med henblik på staydown uden at dette er i strid med forbuddet mod generel overvågningsforpligtelse. For så vidt angår intensiteten af den tilladte overvågning, kan DSMD derfor betragtes som en kodificering af *Facebook-dommen*. I praksis skal platformen imidlertid gøre noget mere for at iagttage staydown-forpligtelsen, idet den fremover selvstændigt skal tage stilling til indholdets lovlighed.

Som det blev konkluderet i 3.4.4. medfører en staydown-forpligtelse, hvor specifikt indhold overvåges, at al indhold scannes for at lokalisere det specifikke indhold, som skal blokeres eller fjernes, og derfor er der *de facto* tale om en generel overvågning af indholdet på platformen. Eftersom Domstolen i *Facebook-dommen* tillod overvågning af specifikt indhold, må det antages, at Domstolen har accepteret, at en generel overvågning foretages, så længe den foretages med henblik på at nedtage specifikt identisk eller indhold af samme betydning.

I *Facebook-dommen* afvejede Domstolen imidlertid ikke de grundlæggende rettigheder, men i *Netlog-dommen*⁴¹⁴ fandt Domstolen, at en generel forpligtelse til at anvende tekniske filtre til at filtrere brugernes uploads ikke alene ville udgøre en overvågningsforpligtelse i strid med EHD art. 15, men at det ligeledes kan krænke platformens ret til at drive virksomhed samt brugernes ytrings- og informationsfriheden.⁴¹⁵ I forhold til ytrings- og informationsfriheden, fremhævede Domstolen problemstillingen om overblokering af lovligt indhold, som belyst i afsnit 3.4.3.⁴¹⁶ I forhold til friheden til at drive virksomhed fandt Domstolen, at en pligt til at etablere et komplekst og dyrt filtreringssystem for egen regning medfører en krænkelse af tjenesteyderens frihed til at drive virksomhed efter Chartrets art. 16.⁴¹⁷

Baseret på disse betragtninger er det vanskeligt at se, hvordan den omstændighed, at UGC-platforme efter DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c *de facto* forpligtes til at anvende indholdsgenkendelses-

⁴¹⁴ Domstolens afgørelse i sag C-360/10 (SABAM II - Netlog).

⁴¹⁵ Netlog-dommen, pr. 44-52.

⁴¹⁶ Ibid., pr. 50.

⁴¹⁷ Ibid., pr. 46-47.

teknologier til at filtrere og overvåge indholdet på platformen, ikke vil udgøre en krænkelse af Chartrets art. 16.⁴¹⁸

3.5.3. UGC-platforme hidtil uden for anvendelsesområdet i EHD

For de UGC-platforme, som falder inden for DSMD's anvendelsesområde,⁴¹⁹ men uden for anvendelsesområdet for EHD,⁴²⁰ indebærer DSMD art. 17, stk. 4, at disse platforme nu får mulighed for at blive fritaget for ansvar. Det kan derfor anføres, at DSMD art. 17, stk. 4 resulterer i en lempet ansvarsstandard for disse platforme sammenlignet med gældende ret, idet de førhen ikke har kunnet blive ansvarsfritaget.⁴²¹

Billedet er imidlertid ikke helt klart. Som konkluderet ovenfor skærper DSMD adgangen til at opnå ansvarsfritagelse, da platforme pålægges flere bebyrdende forpligtelser. Det er derfor tvivlsomt, om disse platforme samlet set kan anses for at opnå en bedre retsstilling, da de på trods af at have fået muligheden for ansvarsfrihed ikke nødvendigvis kan opfylde betingelserne herfor.

⁴¹⁸ Det er derfor bemærkelsesværdigt, at Polen ikke har inddraget denne omstændighed i Polen-sagen, men alene har valgt at fokusere på brugernes ytrings- og informationsfrihed. Se i samme retning Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020, s. 25.

⁴¹⁹ Såfremt UGC-platformen falder uden for DSMD's anvendelsesområde, medfører ovenstående bestemmelser om DSMD selvsagt ikke en ændring i disse platformes retsstilling.

⁴²⁰ Eksempelvis allerede fordi de foretager en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1, *eller* fordi det vurderes, at de ikke opfylder betingelserne i EHD art. 14, stk. 1.

⁴²¹ Medmindre dette fulgte af national ret.

DEL 4 – Konklusion

I *Del 2* blev UGC-plattformens retsstilling i gældende ret før implementeringen af DSMD undersøgt. Det blev konkluderet, at Domstolens praksis ifølge *TPB-dommen* har åbnet op for, at en UGC-plattform *kan* pålægges et direkte ansvar efter ISD art. 3, stk. 1. Dette afhænger af, om platformen gennem tilrådighedsstillelsen og forvaltningen af platformen gør det nemmere for platformens brugere at få adgang til beskyttede værker, f.eks. ved at indeksere og kategorisere indholdet, *om* platformen har et generelt kendskab til, at der findes ulovlige værker på platformen, *om* platformen handler med vinding for øje, og *om* de havde en afledt intention om at udnytte ophavsmandens ret. Som klarlagt beror platformen retsstilling af en individualiseret vurdering på baggrund af sagens konkrete omstændigheder med inddragelse af ovenstående momenter, der ifølge Domstolen skal tillægges en væsentlig vægt. Det kan derfor ikke udelukkes, at en UGC-plattform kan foretage en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1.

Det blev efterfølgende vurderet, at Domstolen gennem en bred fortolkning af ISD art. 3, stk. 1 *de facto* har harmoniseret dele af de nationale regler for medvirkensansvar for ophavsretskrænkelser og dermed udvisket grænserne mellem det direkte ansvar og det nationale medvirkensansvar.

Endvidere blev det i *Del 2* fundet, at en UGC-plattform *kan* omfattes af ansvarsfritagelsesreglen i EHD art. 14, stk. 1. Dette forudsætter først og fremmest, at platformen ikke spiller en aktiv rolle ved at have indflydelse på det indhold, som den lagrer for sine brugere. For at blive fritaget for ansvar skal platformen herudover opfylde betingelser i EHD art. 14, stk. 1, litra a og b. Platformen må herefter ikke have et konkret kendskab til det ulovlige indhold *eller* kendskab til forhold og omstændigheder, som burde få platformen til at indse, at *specifikt* indhold var ulovligt, jf. litra a. Såfremt platformen opnår et sådant kendskab, f.eks. gennem en meddelelse fra rettighedshaveren, skal denne straks fjerne eller hindre adgangen til det ulovlige indhold, jf. litra b (notice and takedown). Afslutningsvist blev det fundet, at en platform, som foretager en selvstændig overføring til almenheden efter ISD art. 3, stk. 1, i *praksis* er udelukket fra at påberåbe sig EHD art. 14, stk. 1.

I *Del 3* blev UGC-plattformens retsstilling efter DSMD undersøgt. Det blev i den forbindelse konkluderet, at DSMD er *lex specialis* til ISD og EHD. Af denne grund gælder der to forskellige retsstillinger for UGC-plattformen, der falder hhv. inden eller uden for DSMD's anvendelsesområde.

For platforme, der falder *uden* for DSMD's anvendelsesområde, vil retsstillingen som fastlagt i afhandlingens *Del 2* fortsat finde anvendelse.

For platforme, der falder *inden* for DSMD's anvendelsesområde, indebærer DSMD art. 17, at platformens retsstilling skærpes. Efter gældende ret er det nødvendigt at foretage en konkret vurdering baseret på Domstolens fastlagte kriterier. Artikel 17, stk. 1 fastlægger derimod, at en platform allerede foretager en selvstændig overføring til almenheden, når den opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6. Selvom denne vurdering på en række punkter synes sammenfaldende, adskiller de sig væsentligt fra hinanden, idet det tidligere skulle fastlægges, om platformens havde fornødent kendskab eller ulovlig intention.

Det blev herudover fundet, at DSMD indfører en ny ansvarsfritagelsesordning i art. 17, stk. 4, der ligeledes skærper UGC-platformen retsstilling, da der stilles strengere krav til platformen sammenlignet med dennes retsstilling efter EHD. Når det ikke lykkedes platformen at indhente tilladelse fra rettighedshaverne, skal platformen fremover påvise, at den aktivt har gjort sin bedste indsats for at indhente de relevante tilladelser fra rettighedshaverne, for at forhindre adgangen til ulovlige værker, og sikre sig mod, at ulovlige værker fremover uploades. For at opfylde betingelserne er det nødvendigt at anvende indholdsgenkendelsesteknologier til at filtrere al indhold på platformen.

Det blev endvidere fundet, at disse betingelser skal læses i lyset af de bestemmelser, der findes i DSMD art. 17, stk. 7-9, der pålægger UGC-platformen en pligt til at tage hensyn til brugernes ret til lovlig brug af værker, jf. stk. 7. For at sikre dette, skal platformen indføre en særlig klageordning for dennes brugere, jf. stk. 9. Dertil må de foranstaltninger, som platformen vælger at benytte til at opfylde stk. 4, ikke udgøre en generel overvågning af platformen, jf. stk. 8. Dette gør anvendelsen af betingelserne mere byrdefuld for platformen, og udfordrer den rimelige balance mellem internetbrugernes, rettighedshaverens og platformens grundlæggende rettigheder.

Afslutningsvist blev det konkluderet, at UGC-platformen ikke må pålægges en generel overvågningsforpligtelse af indholdet på platformen efter EHD art. 15 og DSMD art. 17, stk. 8, men bestemmelserne er ikke til hinder for, at der pålægges en specifik overvågningsforpligtelse med henblik på at forhindre fremtidig upload af ulovligt indhold (notice and staydown). En sådan

forpligtelse indebærer imidlertid *de facto* en generel overvågning vha. tekniske filtre i konflikt med brugernes ytrings- og informationsfrihed sikret ved Chartrets art. 11 samt UGC-plattformens frihed til at oprette og drive virksomhed sikret ved Chartrets art. 16.

DEL 5 – Litteraturliste

Retsforskrifter

Dansk ret

Love og lovbekendtgørelser

- Lovbekendtgørelse 2020-11-17 nr. 1650 Straffeloven [forkortet: STRL]
- Lovbekendtgørelse 2014-10-23 nr. 1144 om ophavsret, med senere ændringer [forkortet: OHL]
- Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel [forkortet: EHL]
- Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov

Forarbejder

- LFF 2002-01-29 nr. 61 Forslag til lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, herunder visse aspekter af elektronisk handel

EU-ret

Traktater

- Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder 2012/C 326/02 af 26. oktober 2012 [forkortet: Chartret]
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde [forkortet: TEUF]

Forordninger og direktiver

- 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 [forkortet: DSMD]
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [forkortet: ISD]

- 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») [forkortet: EHD]
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (kodifikation)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder

Forarbejder og efterarbejder mv.

- Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final 2020/0361(COD)
- Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, 27. juli 2020 [forkortet: Kommissionens udkast til vejledning til DSMD art. 17]
- Kommissionens henstilling (EU) 2018/334 af 1. marts 2018 om foranstaltninger til effektiv bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet
- Meddelelse fra Kommission til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg og Regionsudvalget, COM(2017) 555 final)
- Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD) [forkortet: Forslag til DSMD]
- Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene, Konsekvensanalyse af moderniseringen af EU's ophavsretsregler - Del 1/3. 14.9.2016 SWD (2016) 301 final
- Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/ C 303/17)

- Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder, EU-Tidende (2007/C 303/02)

International ret

Traktater

- Traktaten om ophavsret inden for Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret, 1996 [forkortet: WCT]
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder), 4. november 1950 [forkortet: EMRK]

Forarbejder

- WIPO, Chairman of the Committees of Experts, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be considered by the Diplomatic Conference, WIPO Doc. CRNR/DC/4, 30. august 1996 [forkortet: Forslag til WCT]

Udenlandsk ret

- Digital Millennium Copyright Act, public law no. 105304, 112 STA 2860 af 28. oktober 1998 [forkortet: DMCA]

Retspraksis

Dansk ret

- Århus Byrets dom af 20. juni 2003 stadfæstet af Vestre Landsrets dom af 30. september 2004 i sagsnr. B-1733-03 som trykt i U 2005.60 V [forkortet: DivX-dommen]
- Københavns Fogedrets kendelse af 5. februar 2008 i sagsnr. FS-14324 som trykt i U 2010.2221 H.
- Københavns Byrets dom af 8. februar 2010 i sagsnr. BS 5B-1046/2008 og BS 5B1409-2009 [forkortet: Connery-dommen]

EU-ret

Domstolen

- Domstolens afgørelse i sag C-263/19 (T-Systems) [forkortet: T-Systems-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-753/18 (Stim og SAMI) [forkortet: Stim og SAMI-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-263/18 (Tom Kabinet) [forkortet: Tom Kabinet-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-18/18 (Facebook) [forkortet: Facebook-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-516/17 (Volker) [forkortet: Volker-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-469/17 (Funke Medien) [forkortet: Funke Medien-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-161/17 (Renckhoff) [forkortet: Renckhoff-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-610/15 (Stichting Brein II - The Pirate Bay) [forkortet: TPB-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-527/15 (Stichting Brein I - Filmspeler) [forkortet: Filmspeler-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-296/15 (Medisanus) [forkortet: Medisanus-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-160/15 (GS Media) [forkortet: GS Media-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-484/14 (Mc Fadden) [forkortet: Mc Fadden-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-348/13 (BestWater) [forkortet: BesWater-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-360/13 (Meltwater) [forkortet: Meltwater-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-291/13 (Papasavvas) [forkortet: Papasavvas-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-466/12 (Svensson) [forkortet: Svensson-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-360/10 (SABAM II - Netlog) [forkortet: Netlog-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-70/10 (SABAM I - Scarlet Extended) [Forkortet: Scarlet-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-324/09 (eBay) [forkortet: eBay-dommen]

- Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google Adwords) [forkortet: Google Adwords-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-275/06 (Promusicae) [forkortet: Promusicae-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-306/05 (SGAE) [forkortet: SGAE-dommen]
- Domstolens afgørelse i sag C-241/89 (SARPP) [forkortet: SARPP-dommen]

Verserende sager for Domstolen

- Sag C-500/19 (Puls 4 TV)
- Sag C-401/19 (Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet) [forkortet: Polen-sagen]
- De forenede sager C-682/18 og C-683/18 (YouTube/Cyando) [forkortet: YouTube/Cyando-sagerne]

Forslag til afgørelse

- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Øe i de forenede sager C-682/18 og C-683/18 (YouTube/Cyando) [forkortet: Generaladvokatens forslag til afgørelse i YouTube/Cyando-sagerne]
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar i sag C-18/18 (Facebook) [forkortet: Generaladvokatens forslag til afgørelse i Facebook-dommen].
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Szpunar i sag C-610/15 (Stichting Brein II - The Pirate Bay) [forkortet: Generaladvokatens forslag til afgørelse i TPB-dommen]
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Campos Sánchez-Bordona i sag C-527/15 (Stichting Brein I - Filmspeler) [forkortet: Generaladvokatens forslag til afgørelse i Filmspeler-dommen]
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinens i sag C-324/09 (eBay) [forkortet: Generaladvokatens forslag til afgørelse i eBay-dommen]

International ret

EMD

- EMD-afgørelse i sag nr. 562/05, 2016, Sia Akka/Laa mod Letland
- EMD-afgørelse i sag nr. 48226/10 og 14027/11, 2015, Cengiz mod Tyrkiet
- EMD-afgørelse i sag nr. 28743/03, 2005, Melnychuk mod Ukraine

Udenlandsk ret

- Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009 i sagsnr. B 13301-06.
Tilgængelig her: <https://static.vg.no/piratebay/dom.pdf> (sidst tilgået 16/11/2020)

Litteratur

Bøger

- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskov; Christensen, Lasse Højlund m.fl. *Den Civile Retspleje*. Forlaget Pejus, 4. udgave, 2017
- Blume, Peter. *Databeskyttelsesret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2013.
- Blume, Peter. *Retssystem og juridisk metode*. 3. udgave, 2016
- Koo, Justin. *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*. Hart Publishing, 2019
- Mathiasen, Jakob Plesner; Jørgensen, Niels Bo m.fl.. *E-handelsloven med kommentarer*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004
- Rytter, Jens Elo. *Individets grundlæggende rettigheder*. Karnov Group, 3. udgave, 2016
- Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten m.fl. *Immaterielret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2018
- Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. *Retskilder og Retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2017
- Udsen, Henrik. *IT-ret*. Ex Tuto Publishing, 4. Udgave 2019

- Heide-Jørgensen, Caroline. *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2017

Artikler

Antologier

- Angelopoulos, Christina. *Primary and accessory liability in EU copyright law* kommende i Rosati, Eleonora (red.): *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Routledge, 2020. Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3681614> (sidst tilgået 2/11/2020)
- Blume, Peter. *Juridiske metode og argumentation* i Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling*. Ex Tuto Publishing, 2013.
- Holst-Christensen, Nina. *EU-lovteknik* i Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling*. Ex Tuto Publishing, 2013.
- Jakobsen, Søren Sandfeld. *Ansvar og ytringsfrihed* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. Ex Tuto Publishing, 3. udgave, 2017.
- Kirk, Hanne. *Ophavsret* i Trzaskowski, Jan (red.): *Internet-retten*. Ex Tuto Publishing, 3. udgave, 2017.
- Nielsen, Lasse Lau. *Platformenes ansvar* i Mathiasen, Jakob Plesner og Nielsen, Lasse Lau (red.): *Lærebog i entertainmentret*. Karnov Group, 2019.
- Oliver, Peter. *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?* i Bernitz, Ulf og Groussot, Xavier m.fl. (red.): *General Principles of EU Law and European Private Law*. 2013

Tidsskrifter

- Bridy, Annemarie. *The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform* i *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 22, 2020, [s. 323-358]
- Gisse, Karina. *After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 1, [s. 887-899]

- Jakobsen, Søren Sandfeld. *Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet*. U 2009B.291
- Jørgensen, Rikke Frank og Zuleta, Lumi. *Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards* i *Nordicom Review*, 2020, Vol. 41, No. 1, [s. 51-67]. Tilgængelig her: <https://doi.org/10.2478/nor-2020-0003> (sidst tilgået 20/11/2020)
- Koo, Justin. *Away we Ziggo* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 7, [s. 542-551].
- Kryczka, Michal; Cuevas, Rubén m.fl. *Measuring BitTorrent Ecosystem: Techniques, Tips and Tricks* i *IEEE Communications Magazine*, September 2011, [s. 144-152]. Tilgængelig her: http://www.it.uc3m.es/acrumin/papers/IEEE_COMMAG_2011.pdf (sidst tilgået 1/10/2020)
- Ohly, Ansgar. *The broad concept of “communication to the public” in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?* i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 8, [s. 664-675].
- Riis, Thomas og Schwemer, Sebastian. *Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation*. University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 2019-64 (Ligeledes publiceret i *Journal of Internet Law*, 2019, Vol. 22, No. 7, [s. 1-21]). Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3300159> (sidst tilgået 3/11/2020)
- Rosati, Eleonora. *The Direct Liability of Online Intermediaries for IPR infringements* i *Stockholm Intellectual Property Review*, Volume 3, Issue 1. Juni 2020, [s. 16-25]. Tilgængelig her: <http://www.stockholmiplawreview.com/wp-content/uploads/2020/06/The-Direct-Liability-of-Online-Intermediaries-1-2020.pdf> (sidst tilgået 20/10/2020)
- Rosati, Eleonora. *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*. 2017 (Ligeledes offentliggjort i *European Intellectual Property Review*, Vol. 39, No. 12, 2017, [s. 737-748]). Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3006591> (sidst tilgået 18/10/2020)

- Rosenmeier, Morten; Blomqvist, Jørgen m.fl. *Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?* i NIR, Bind 3, 2018, [s. 291-357].
- Schwemer, Sebastian Felix. *Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*. 2020 (Ligeledes publiceret i NIR, Bind 3, 2020 [s. 400-435]). Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3627446> (sidst tilgået 10/11/2020)
- Spoerri, Thomas. *On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market* i JIPITEC, 2019, Vol. 10, No. 29, [s. 173-186]. Tilgængelig her: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4914/JIPITEC_10_2_2019_173_Spoerri (sidst tilgået 23/11/2020)
- Tsoutsanis, Alexander. *Why copyright and linking can tango* i Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Vol. 9, No. 6, [s. 495-504]

Andre artikler

- Ginsburg, Jane C. *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmstjerter [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*. 2017. Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3024302> (sidst tilgået 23/10/2020)
- Husovec, Martin og Quintais, João Pedro. *How to license article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*. 2020. Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3463011> (sidst tilgået 2/12/2020)
- Mańko, Rafal. *Role of Advocates General at the CJEU*. European Parliament Think Tank. 2019. Tilgængelig her: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642237/EPRS_BRI\(2019\)6422_37_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642237/EPRS_BRI(2019)6422_37_EN.pdf) (sidst tilgået 20/11/2020)
- Visser, Dirk. *Trying to understand article 13*. 2019. Tilgængelig her: <https://ssrn.com/abstract=3354494> (sidst tilgået 23/11/2020)

Afhandlinger

- Andersen, Pernille Bruun. *Ophavsret & ytringsfrihed*. 2018 (Ligeledes udgivet som bog med samme titel af Ex Tuto Publishing). Tilgængelig her: https://ubva.dk/wp-content/uploads/2020/01/ophavsret-og-ytringsfrihed_e-bog.pdf (sidst tilgået 23/9/2020)
- Skovbo, Eva Aaen. *Erstatning for ophavsretlige krænkelse*. 2005 (Ligeledes udgivet som bog med samme titel af Forlaget Thomsen). Tilgængelig her: https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Skovbo_Erstatning_for_ophavsretlige_kraenkelse_2005.pdf (sidst tilgået 6/11/2020)
- Elsmann, M.M. *The Online Copyright Battle, The use of content recognition technologies in a fundamental right context*. 2018. Tilgængelig her: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145188> (sidst tilgået 29/11/2020)

Blogindlæg

- Peguera, Miquel. *The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)*. 26. september 2019. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-ecommerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article-17/> (sidst tilgået 25/11/2020)
- Reda, Julia. *Walking from Luxembourg to Brussels in two hours - The European Court of Justice will rule on the legality of upload filters*. 16. November 2020. <https://verfassungsblog.de/luxembourg-to-brussels-in-two-hours/> (sidst tilgået 2/12/2020)
- Reda, Julia. *Article 17: What is it really good for? Rewriting the history of the DSM Directive - Part 2*. 29. september 2020. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/09/29/article-17-what-is-it-really-good-for-rewriting-the-history-of-the-dsm-directive-part-2/> (sidst tilgået 7/12/2020)
- Rosati, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States, and why the German implementation proposal is not*

compatible with EU law. 31. august 2020. <https://ipkitten.blogspot.com/2020/08/the-legal-nature-of-article-17-of.html> (sidst tilgået 23/11/2020)

- Rosati, Eleonora. *DSM Directive Series #5: Does the DSM Directive mean the same thing in all language versions? The case of 'best efforts' in Article 17(4)(a)*. 22. maj 2019. <https://ipkitten.blogspot.com/2019/05/dsm-directive-series-5-does-dsm.html> (sidst tilgået 24/11/2020)

Studier og rapporter

- Depreeuw, Sari og Hubin, Jean-Benoît. *Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions*. European Union. 2014. Tilgængelig her: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0851e076-2c88-4ff3-93dc-29429cb9c400/language-en#> (sidst tilgået 6/10/2020)
- Engstrom, Evan og Feamster, Nick. *The Limits of Filtering: A look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools*. Marts 2017. Tilgængelig her: <https://static1.squarespace.com/static/571681753c44d835a440c8b5/t/58d058712994ca536bbfa47a/1490049138881/FilteringPaperWebsite.pdf> (sidst tilgået 25/11/2020)
- Facebook Inc. Form 10-Q kvartalsrapport. Juni 2020. Tilgængelig her: <http://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/3d73f8a6-7608-4ac0-9348-dbd9b38f33fa.pdf> (sidst tilgået 09/11/2020)
- IFPI. *Rewarding creativity: Fixing the value gap* i Global music report 2017. 2017. Tilgængelig her: http://www.ifpi.dk/sites/default/files/2018-05/GMR2017_press.pdf (sidst tilgået 23/11/2020)

Øvrige kilder

Udtalelser fra organisationer

- Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI). *OPINION in respect of some of the questions from the Federal Court of Justice of Germany for preliminary ruling by the CJEU, Case C-682/18 (YouTube)*. 25. februar 2019. Tilgængelig her:

<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/190225-opinion-youtube-en.pdf> (sidst tilgået 1/11/2020)

- IFPI, ACT, CEPI, CEPIC, ECSA, EPC, EUROKINEMA, FEP, FIAD, FIAPF, GESAC, ICMP, IMPALA, IMPF, IVF, Mediapro, MPA, NME, SROC, STM, Telefónica, UNIC. *IFPI and 21 organisations from Europe's cultural and creative sectors raise concerns regarding the European Commission's proposed guidance on the application of Article 17 of the DSM Directive.* 10. september 2020. Tilgængelig her: <https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/09/Rightholders-letter-on-Consultation-on-Article-17-Guidance-10-09-20.pdf> (sidst tilgået 20/11/2020)

Internetsider mv.

- Bang, Sofie Hvid. *Hvad er en Generaladvokat?*. 31. juli 2020. Link: <https://www.eu.dk/da/faq/alle-faqs/hvad-er-en-generaladvokat> (sidst tilgået 20/09/2020)
- E-justice. *Almindelige domstole - Tyskland.* Link: https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-de-maximizeMS-da.do?clang=da&member=1 (sidst tilgået 7/12/2020)
- Facebook. *Hvilke målgrupper kan jeg vælge mellem, når jeg deler?*. <https://www.facebook.com/help/211513702214269> (sidst tilgået 20/09/2020)
- Gilbert, Ben. *YouTube now has over 1.8 billion users every month, within spitting distance of Facebook's 2 billion.* 4. maj 2018. Link: <https://www.businessinsider.com/youtube-user-statistics-2018-5?r=US&IR=T> (sidst tilgået 12/11/2020)
- Google. *Change video privacy settings.* Link: <https://support.google.com/YouTube/answer/157177?co=GENIE.Platform%3DDesktop&hl=en> (sidst tilgået 20/09/2020)
- Google. *Sådan virker Content ID.* Link: https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=da&ref_topic=9282364 (sidst tilgået 9/11/2020)

- KODA. *Millioner af YouTube-streams udløser få penge*. Marts 2015. Link: <https://www.koda.dk/om-koda/nyheder/millioner-af-youtube-streams-udloser-fa-penge> (Sidst tilgået 23/11/2020)
- Kommissionen. *Directive on Copyright in the Digital Single Market: Commission seeks the views of participants to the stakeholder dialogue on Article 17*. 27. juli 2020. Link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder> (sidst tilgået 1/12/2020)
- Youtube. *Youtube for Press*. Link: <https://www.youtube.com/about/press/> (sidst tilgået 8/11/2020)
- Manara, Cedric. *Protecting what we love about the internet: our efforts to stop online piracy*. Google, 2018. Link: <https://www.blog.google/outreach-initiatives/public-policy/protecting-what-we-love-about-internet-our-efforts-stop-online-piracy/> (sidst tilgået 31/10/2020)
- Stahl, Lesley. *How does YouTube handle the site's misinformation, conspiracy theories and hate?*. 1. december 2019. Link: <https://www.cbsnews.com/news/is-youtube-doing-enough-to-fight-hate-speech-and-conspiracy-theories-60-minutes-2019-12-01/> (sidst tilgået 10/11/2020)
- Torp, Thea og Uhre, Marcus. *Google profiterer på filmtvy*. Filmmagasinet Ekko. August 2020. Link: <https://www.ekkofilm.dk/artikler/google-profiterer-pa-filmtvy/> (sidst tilgået 19/11/2020)