



## Specialeafhandling: Passiv, reaktiv eller proaktiv - ansvarsregimet for indholdsdelingstjenester

<b>Fagområde:</b> IT-ret
<b>Problemformulering:</b> <i>Hvordan ændrer (implementeringen af) DSM-direktivet artikel 17 indholdsdelingstjenesters ansvar for brugernes deling af ophavsretskrænkende indhold, og i hvilket omfang medfører det nye ansvarsregime en større risiko for generel monitorering og overblokering af brugernes indhold end det eksisterende regime?</i>

Navn	KU-brugernavn
Katinka Tanne Stevner Engel	Rvd810

<b>Vejleder:</b> Thomas Riis	<b>Antal tegn:</b> 140.266
------------------------------	----------------------------

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

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

<b>Afleveringsdato:</b> 29. maj 2021	<b>Karakter:</b>
--------------------------------------	------------------

## **Abstract** (2,301 characters excluding spaces)

The emergence of online content sharing services has led to a lack of control over copyright protected works and fair remuneration of rightholders.

This thesis examines the existing and the new liability regime for providers of online content sharing services. Traditionally, these service providers were not considered primarily liable for unauthorized acts of communication to the public under the Infosoc Directive Article 3(1). In recent years, however, leading cases such as *GS Media*, *Filmspeler* and *The Pirate Bay*, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has expanded the primary liability to such intermediary service providers. While the CJEU's judicial activism is being challenged by the opinion of the Advocate General in the pending *YouTube /Cyando* cases, Chapter 2 of this thesis provides arguments for why it is likely that the CJEU will continue its line of interpretation to the less blatant case of YouTube in order to ensure a high level of protection for rightholders.

Furthermore, it remains disputed whether providers of online content sharing services qualify for liability exemption under the e-Commerce Directive Article 14. While the safe harbor, in principle, applies to such service providers, it is demonstrated how specific features of these services may effectively exclude the possibility of exemption.

Chapter 3 of the thesis continues by examining the new liability regime of Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSMD). Article 17 states that providers of online content sharing services perform an act of communication to the public. This clarification under the new regime incentivizes service providers to enter into agreements with rightholders.

However, the author of this thesis concludes that the primary liability and the best effort obligations of the new liability exemption may impose a de facto general monitoring obligation on the service providers contrary to the CJEU's previous case law on Article 15 of the e-Commerce Directive. If the member states and the EU Commission fail to provide guidance on the transposition of DSMD Article 17 (4) (a) – (c), the service providers will likely apply automated upload filters to comply with the obligations. This could prove detrimental to the free flow of legal user content. The present author, inter alia, suggests that the Danish legislature look to the newly adopted German implementation law for mitigating mechanisms.

The final section of the thesis sheds light on EU Commission's proposal for the Digital Services Act. The purpose is to reflect upon the future interplay between DMSD Article 17 and the DSA proposal, and how this may affect the regime for platform liability overall.

## Indholdsfortegnelse

<b>DEL I: INTRODUKTION .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 Indledning .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Formål og problemformulering .....</b>	<b>7</b>
<b>1.3 Afgrænsning .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4 Metode.....</b>	<b>10</b>
<b>1.5 Terminologi.....</b>	<b>13</b>
1.5.1 “Ansvarsregime” .....	13
1.5.2 “Bruger” .....	13
1.5.3 “Filtreringsteknologi” .....	14
1.5.3.1 YouTubes “Content ID” og Facebooks “Rights Manager” .....	14
1.5.4 “Indholdsdelingstjeneste” .....	14
1.5.5 “Rettighedshaver” .....	15
<b>DEL II: ANSVARSREGIMERNE .....</b>	<b>15</b>
<b>2 DET EKSISTERENDE ANSVARSREGIME.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1 Introduktion .....</b>	<b>15</b>
2.1.1 Struktur .....	15
<b>2.2 Det ophavsretlige ansvar .....</b>	<b>16</b>
2.2.1 Den ophavsretligt relevante handling .....	16
2.2.2 Indholdsdelingstjenesters to mulige former for ansvar for uautoriseret overføring til almenheden .....	17
2.2.3 Mulighed nr. 1: Indholdsdelingstjenester er primært ansvarlige .....	18
2.2.3.1 Overføring eller den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter .....	20
2.2.3.2 Afgørende rolle .....	23
2.2.3.3 ”Nyt publikum” og kendskabskriteriet .....	25
2.2.3.4 Om der handles med vinding for øje .....	28
2.2.4 Mulighed nr. 2: Indholdsdelingstjenester er sekundært ansvarlige .....	30
2.2.5 Delkonklusion.....	33
<b>2.3 Ansvarsfritagelsen.....</b>	<b>33</b>
2.3.1 ”Safe harbor” for indholdsdelingstjenester .....	33
2.3.1.1 Særligt om indholdsdelingstjenesters aktive rolle .....	37

2.3.2	Delkonklusion.....	42
<b>2.4</b>	<b>Forbuddet mod generel monitorering .....</b>	<b>42</b>
2.4.1	Hvad udgør ”generel” monitorering? .....	42
2.4.1.1	Proaktiv filtreringsforpligtelse som “monitorering i særlige tilfælde”? .....	45
2.4.2	Forholdet til udvalgte grundrettigheder i EU chartret.....	48
2.4.3	Delkonklusion.....	50
<b>3</b>	<b>DET NYE ANSVARSREGIME .....</b>	<b>51</b>
<b>3.1</b>	<b>Introduktion .....</b>	<b>51</b>
3.1.1	Implementeringen i Danmark og Tyskland .....	52
3.1.2	Struktur .....	54
<b>3.2</b>	<b>Definitionen af ”udbydere af onlineindholdsdelingstjenester” .....</b>	<b>55</b>
<b>3.3</b>	<b>Det ophavsretlige ansvar .....</b>	<b>56</b>
3.3.1	Primært ansvar som nyt udgangspunkt .....	56
3.3.1.1	En præciserende fortolkningsregel? .....	57
3.3.1.2	Samme enerettighed, men lex specialis-ansvarsordning? .....	58
3.3.2	Sammenligning med det eksisterende ansvarsregime.....	61
3.3.3	Delkonklusion.....	62
<b>3.4</b>	<b>Ansvarsfritagelsen og forbuddet mod generel monitorering - fra sikker havn til usikker grund?.....</b>	<b>63</b>
3.4.1	Det nye proaktive ansvarsfritagelsesregime .....	63
3.4.2	Proaktivt ansvarsfritagelsesregime og forbuddet mod generel monitorering .....	68
3.4.3	Proaktivt ansvarsfritagelsesregime og nye brugerrettigheder .....	75
3.4.3.1	Uploadfiltre og brugerrettigheder – ex ante eller ex post-beskyttelse? .....	77
3.4.3.2	Konkrete forslag til ex ante-beskyttelse .....	80
3.4.4	Delkonklusion.....	83
<b>DEL III: AFSLUTNING OG PERSPEKTIV .....</b>	<b>84</b>	
<b>4</b>	<b>KONKLUSION .....</b>	<b>84</b>
<b>5</b>	<b>PERSPEKTIVERING - DET NYE ANSVARSREGIME OG FORSLAGET TIL RETSAKTEN OM DIGITALE TJENESTER.....</b>	<b>85</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>90</b>

## DEL I: INTRODUKTION

### 1.1 Indledning

Hver dag deles store mængder af ophavsretligt beskyttet materiale på digitale indholdsdelingstjenester. Reguleringen af disse tjenester nødvendiggør derfor en balancering af de forskellige interesser i trepartsforholdet mellem ophavsmænd, brugere og tjenesteudbydere.

Spørgsmålet er, hvilket ansvar udbyderne af indholdsdelingstjenester skal have for brugernes ophavsretskrænkelser ved brug af tjenesten, og hvor grænsen for dette ansvar går.

Efter fremkomsten af indholdsdelingstjenester, såsom tjenester, der muliggør brugeres deling af lyd- og videoindhold, har rettighedshavere til ophavsretligt beskyttede værker gjort gældende, at de ikke får tilstrækkelig del i de indtægter, der genereres ved tilgængeliggørelsen af værkerne. Tjenester, såsom YouTube, der stiller deres tjenester gratis til rådighed, opnår bl.a. indtægter som følge af salg af annonceplads. Brugere, der har delt værkerne uden rettighedshavernes tilladelse, opnår ligeledes annonceindtægter som følge af visninger af deres indhold. Rettighedshaverne går derimod glip af (en andel af) de genererede indtægter. Denne problemstilling betegnes ”*Value Gap*”-problemet.<sup>1</sup> Den skæve indtægtsfordeling står i kontrast til grundtanken bag ophavsretten, hvorefter ophavsmanden har eneretten til at oppebære indtægterne af det værk, han har skabt.

Misforholdet i fordelingen af indtægter er ikke mindst en følge af uklarheden om tjenesternes ophavsretlige ansvar og ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivets art. 14.<sup>2</sup>

I 2019 vedtog EU-lovgiver imidlertid DSM-direktivet.<sup>3</sup> Direktivets art. 17 indeholder en ny, særlig ansvarsordning for visse udbydere af onlineindholdsdelingstjenester inden for ophavsretten. Formålet med DSM-direktivets art. 17 er ikke mindst at lukke det hidtidige ”*Value Gap*.”

---

<sup>1</sup> Der henvises til beskrivelsen af ”*Value Gap*”-problemstillingen i Dusollier, Severine, ‘The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition’, (20. marts, 2020). *Common Market Law Review*, Vol. 57 No. 4, August 2020, s. 979-1030, s. 1008 – 1010.

<sup>2</sup> 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 (i det følgende benævnt ”E-handelsdirektiv”).

<sup>3</sup> 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 (i det følgende benævnt ”DSM-direktiv” eller ”DSMD”).

De væsentligste mekanismer i den nye ansvarsordning i art. 17 er, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden, når de giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne. Herudover indeholder bestemmelsen en ny ansvarsfrigørelsesordning, der erstatter E-handelsdirektivets ”safe harbor” for disse tjenesteudbydere på det ophavsretlige område. Ansvarsordningen tilskynder udbydere af indholdsdelingstjenester til at indgå rimelige og balancerede aftaler med rettighedshaverne i stedet for at forholde sig passive omkring brugernes deling af ophavsretskrænkende indhold.

Reguleringen af indholdsdelingstjenesters ansvar for brugernes ophavsretskrænkende indhold, kan således ske ud fra to forskellige retlige udgangspunkter: Et udgangspunkt om ansvarsfrihed eller et udgangspunkt om ansvar. Specialeafhandlingen opstiller to ansvarsregimer - det eksisterende hhv. det nye ansvarsregime - der kan siges at være udtryk for hvert sit af disse udgangspunkter.

Afhandlingen vil navnlig undersøge, i hvilket omfang det nye ansvarsregime i DSMD art. 17 afviger fra den retstilstand, som EU-Domstolen har fastlagt ved sin tidligere fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1<sup>4</sup> og E-handelsdirektivets art. 14 og 15. Centralt for afhandlingen er således en diskussion af, hvorvidt afklaringen af tjenesteudbydernes ophavsretlige ansvar i DSMD art. 17 medfører en uforholdsmæssig risiko for generel monitorering og blokering af lovligt brugerindhold. Med Ytringsfrihedskommissionens ord har spørgsmålet om ”*sociale mediers indholdsmoderation både handlet om, at der slettes for lidt indhold, og at der slettes for meget.*”<sup>5</sup> Som afhandlingen vil vise, placerer det ideelle ansvarsregime sig formentlig et sted midt i mellem.

## **1.2 Formål og problemformulering**

Afhandlingens problemformulering er:

*Hvordan ændrer (implementeringen af) DSM-direktivet artikel 17 indholdsdelingstjenesters ansvar for brugernes deling af ophavsretskrænkende indhold, og i hvilket omfang medfører det nye ansvarsregime en større risiko for generel monitorering og overblokering af brugernes indhold end det eksisterende regime?*

---

<sup>4</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (i det følgende benævnt ”Infosoc-direktiv”).

<sup>5</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1573 af den 30. april 2020 afgivet af Ytringsfrihedskommissionen om ”Ytringsfrihedens rammer og vilkår i Danmark – Del 2”, s. 663.

Formålet er at vurdere hensigtsmæssigheden af det nye ansvarsregime i DSM-direktivets art. 17, og om ændringerne risikerer at føre til, at tjenesteudbydere er mere tilbøjelige til at (over)blokere brugernes indhold i en tid, hvor indholdsdelingstjenester har stadig større betydning for informationsudvekslingen.

### 1.3 Afgrænsning

Emnet for afhandlingen er mellemmandsansvar inden for det ophavsretlige område. Ansvar for brugernes selvstændige ophavsretskrænkelser undersøges derfor ikke. Det falder desuden uden for afhandlingen at undersøge betingelserne for at opnå ophavsret til et kunstnerisk eller litterært værk i henhold til den danske ophavsretslov.<sup>6</sup> Afhandlingen inddrager alene de ophavsretlige undtagelser og indskrænkninger i diskussionen af, i hvilket omfang brugerrettigheder udgør en del af det samlede ansvarsregime.

Afhandlingens analyser baserer sig primært på retspraksis fra EU-Domstolen. Dansk retspraksis inddrages i begrænset omfang, eftersom danske domstole ikke har afsagt domme, der væsentligt adskiller sig fra den EU-retlige retstilstand på dette område. Som følge af de danske domstoles pligt til EU-konform fortolkning, antages vurderingen af indholdsdelingstjenesters ansvar for uautoriseret overføring til almenheden at følge EU-Domstolens fortolkning.

Afhandlingen afgrænses over for andre former for ulovligt indhold end uautoriserede overføringer til almenheden. Tilsvarende afgrænses over for krænkelsen af andre ophavsretlige enerettigheder og beslægtede rettigheder. Dette gælder særligt tjenesteudbydernes ansvar for den automatiske eksemplarfremstilling, der sker ved delingen af digitale værker på tjenesten jf. OHL § 2, stk. 2. Endvidere afgrænses over for øvrige dele af DSM-direktivet end definitionen i art. 2, nr. 6 og art. 17.

For vurderingen af indholdsdelingstjenesters ansvarsfritagelse er det kun E-handelsdirektivets art. 14 og E-handelslovens § 16<sup>7</sup> om ansvarsfritagelse for hostingtjenester, der er relevante. Ud over E-handelsdirektivets art. 15 inddrages de øvrige dele af direktivet hhv. loven inddrages ikke.

---

<sup>6</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1144 af den 23. oktober 2014 om ophavsret (i det følgende benævnt ”ophavsretsloven” eller ”OHL”)

<sup>7</sup> Lov nr. 227 af den 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel (i det følgende benævnt ”E-handelsloven”)



Forbuddet mod generel monitorering i E-handelsdirektivets art. 15 undersøges indgående. Fokus er på det materielle indhold af bestemmelsen. Selvom forbuddet er nært beslægtet med brugen af foreløbige retsmidler i form af forbud og påbud, afgrænses afhandlingen over for spørgsmål om sanktionering og håndhævelse. Afhandlingen behandler derfor ikke retsplejelovens kapitel 40,<sup>8</sup> Retshåndhævelsesdirektivet<sup>9</sup> eller Infosoc-direktivets art. 8, stk. 3. Processuelle spørgsmål vedrørende ophavsretskrænkelser på internettet, behandles ikke. Det territoriale anvendelsesområde for de relevante EU-retsakter og de danske implementeringslove udelades ligeledes.

EU-Domstolens praksis understreger, at enhver monitoreringsforpligtelse skal indebære en afvejning af de implicerede parter grundrettigheder. Udvalgte grundrettigheder fra EU chartret indgår derfor i diskussionen af tjenesteudbyderes monitoreringsforpligtelse.<sup>10</sup> Retten til respekt for privatliv og beskyttelsen af personoplysninger jf. EU chartrets art. 7 og art. 8 vurderes dog ikke. De tilsvarende rettigheder i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention behandles heller ikke.

Genstanden for afhandlingens problemformulering er de definerede indholdsdelingstjenester,<sup>11</sup> der dækker over digitale platforme i bred forstand. Afhandlingen afgrænses dog over for anden EU-retlig gældende og kommende platformsregulering.<sup>12</sup>

Specialeemnets aktualitet nødvendiggør desuden følgende forbehold:

- EU-Domstolens dom i de verserende forenede sager C-682/18 og C-683/18 offentliggøres den 22. juni 2021, og kan afvige fra generaladvokatens forslag til afgørelse.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Bekendtgørelse af lov om rettens pleje nr. 1445 af den 29. september 2020 (i det følgende benævnt ”retsplejeloven”).

<sup>9</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af den 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

<sup>10</sup> Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2012/C 326/02) (i det følgende benævnt ”EU chartret”).

<sup>11</sup> Se afsnit 1.5.4 i afhandlingens terminologiafsnit nedenfor.

<sup>12</sup> Dette omfatter i navnlig AVMS-direktivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2018/1808/EU af 14. november 2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) i betragtning af de ændrede markedsforhold.), og EU-Kommissionens forslag til forordning om åbne og retfærdige markeder i den digitale sektor (Forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om åbne og retfærdige markeder i den digitale sektor (retsakt om digitale markeder), 15. december 2020, COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

<sup>13</sup> Tidspunktet for afgørelsen fremgår af EU-Domstolens kalender (tilgængelig via [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6581/en/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6581/en/) - senest tilgået den 21. maj 2021).

- Det danske lovforslag til implementering af DSMD art. 17 kan blive ændret inden lovforslaget vedtages, men efter afleveringen af denne afhandling.<sup>14</sup>
- EU-Kommissionens endelige implementeringsvejledning kan afvige fra udkastet af den 27. juli 2020.

## 1.4 Metode

Specialeafhandlingen benytter den retsdogmatiske metode for at fastlægge gældende ret for indholdsdelingstjenester ansvar for brugernes uautoriserede overføring til almenheden af ophavsretligt beskyttet indhold.<sup>15</sup> Den retsdogmatiske metode afdækker de mest sandsynlige fortolkninger af gældende ret. Eftersom det ikke vil være muligt at fastlægge retstilstanden endeligt i alle tilfælde, inddrages visse retspolitiske overvejelser i diskussionen af, hvordan de retlige usikkerheder bør løses.<sup>16</sup>

Afhandlingens problemformulering undersøges på baggrund af Infosoc-direktivet, E-handelsdirektivet og DSM-direktivet. Direktiverne har ikke direkte bindende virkning, men er implementeret i dansk ret ved ophavsretsloven og E-handelsloven.<sup>17</sup> Forholdet til EU's charter om grundlæggende rettigheder behandles, eftersom EU chartret er primær EU-ret og dermed en højere retsnorm end de oplyste direktiver.<sup>18</sup> Afhandlingens fokus på EU-Domstolens fortolkning af de pågældende direktivbestemmelser begrundes også, at der løbende henvises direkte til direktiverne i stedet for implementeringslovene.

Forslaget til forordningen om retsakten om digitale tjenester er ikke bindende i sin nuværende form, men vil få direkte bindende virkning i EU-medlemsstaterne, hvis det vedtages.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Kulturudvalgets betænkning blev afgivet den 26. maj 2021, men var ikke offentliggjort og tilgængelig forud for afhandlingens aflevering. Tidsplanen for det fremsatte lovforslag fremgår af Folketingets hjemmeside <https://www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/1205/index.htm> - senest tilgået den 28. maj 2021).

<sup>15</sup> Blume, Peter, 'Retssystemet og juridisk metode', 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, 2020 ('Blume, Peter (2020)'), s. 32 og 175 ff.

<sup>16</sup> Riis, Thomas og Jan Trzaskowski (red.), 'Skriftlig jura – den juridiske fremstilling', 2. udgave, Ex Tuto Publishing, 2020 (i det følgende benævnt 'Riis, Thomas & Jan Trzaskowski (2020)'), s. 139.

<sup>17</sup> Blume, Peter (2020), s. 276.

<sup>18</sup> EU chartret fik status af primært ret i forbindelse med ikrafttrædelsen af Lissabon-traktaten den 1. december 2009.

Der henvises også til Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, 'EU-ret', 8. udgave, Karnov Group, 2020, ('Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen (2020)'), s. 170.

<sup>19</sup> TEUF 288.

Eftersom DSM-direktivets implementeringsfrist er den 7. juni 2021, foreligger der hverken national eller EU-retspraksis om DSMD art. 17. Kulturministeriets fremsatte lovforslag<sup>20</sup> er derfor den væsentligste retskilde ved fastlæggelsen af bestemmelsens implementering i dansk ret. Høringssvarene, der er afgivet inden lovforslagets fremsættelse, inddrages i begrænset omfang for at belyse de modstridende interesser, som implementeringen skal balancere. Den retskildemæssig betydning af høringssvarene afhænger dog af, i hvor høj grad de afspejles i den vedtagne lovtekst.<sup>21</sup>

Visse yderligere metodiske overvejelser skal fremhæves vedrørende EU-Domstolens praksis og generaladvokaternes forslag til afgørelse. EU-Domstolen har autoritativ kompetence til at fortolke EU-retsakter og fastlægge gældende EU-ret.<sup>22</sup> Formålet med de bindende præjudicielle afgørelser er at sikre EU-rettens enhed, når de nationale domstole anvender EU-retsakter.<sup>23</sup> Selvom det tilkommer de nationale domstole at træffe afgørelse i den nationale sag, udformer EU-Domstolen ofte sine domme, så de også reelt bestemmer den nationale sags udfald.<sup>24</sup> Udgangspunktet for EU-Domstolens fortolkning er retsakternes ordlyd samt formålsfortolkning, der inddrager EU-lovgivers hensigt for at sikre EU-rettens effektive virkning.<sup>25</sup>

EU-Domstolens fortolkningsstil karakteriseres også som dynamisk, når EU-regler fortolkes i lyset af konteksten for reglens anvendelse frem for reglens vedtagelse.<sup>26</sup> Den dynamiske fortolkning har haft afgørende betydning for fortolkningen af de harmoniserede ophavsretlige enerettigheder.<sup>27</sup> Som følge

---

<sup>20</sup> Kulturministeriets forslag til lov om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktivet om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked samt direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer m.v.) nr. L 205 som fremsat i Folketinget den 26. marts 2021 af kulturministeren (Joy Mogensen), Folketingstidende 2020-21, Tillæg A (i det følgende benævnt "Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021").

<sup>21</sup> Blume, Peter (2020), s. 213.

<sup>22</sup> Ibid. s. 278. Det følger også udtrykkeligt af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF") art. 267 og Traktaten om Den Europæiske Union ("TEU") art. 19, stk. 3.

<sup>23</sup> Sørensen, Karsten Engsig m.fl., EU-retten, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019 (i det følgende benævnt "Sørensen, Karsten Engsig (2019)"), s. 238.

<sup>24</sup> Sørensen, Karsten Engsig (2019), s. 241

<sup>25</sup> Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen (2020), s. 131 og 133.

<sup>26</sup> Andersen, Pernille Bruun, Ophavsret & ytringsfrihed, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2018 (i det følgende benævnt "Andersen, Pernille Bruun (2018)"), s. 145.

<sup>27</sup> Rosenmeier, Morten, Jørgen Blomquist, Thomas Riis m.fl., "Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?", *NI R*, bind 3, 2018, s. 291-357, s. 313 note 53 og den deri citerede praksis.

af den høje harmoniseringsgrad af eneretten til overføring til almenheden jf. Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, har EU-Domstolens afgørelser således væsentlig retskildemæssig værdi.

Generaladvokaterne er en del af EU-Domstolen.<sup>28</sup> Afgørelsesforslagene er ikke bindende for hverken EU-Domstolen eller medlemsstaterne, og har principielt ingen retskildeværdi. Til trods for afgørelsesforslagenes ikke-bindende karakter, refererer EU-Domstolen efterhånden til afgørelsesforslaget, både når den tilslutter sig afgørelsesforslaget, og når der afsiges dom med et andet resultat.<sup>29</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse udgør således et væsentligt fortolkningsbidrag.<sup>30</sup> Til illustration har Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i sag C-610/15 (The Pirate Bay) haft stor betydning for retstilstanden for eneretten til overføring til almenheden.<sup>31</sup>

Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*<sup>32</sup> inddrages i væsentligt omfang i afhandlingen. Forslaget lægger op til, at EU-Domstolen modificerer sin tidligere praksis vedrørende overførringsretten i Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 og samspillet med ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivets art. 14. Fokus vil være på sag C-682/18, der vedrører YouTube, idet tjenesten er det primære eksempel på en ”indholdsdelingstjeneste” i afhandlingens terminologi.<sup>33</sup> Når EU-Domstolen afsiger sin dom, vil det dog udelukkende være dommen, der er udtryk for den gældende fortolkning af de forelagte spørgsmål.

Efter DSMD art. 17, stk. 10 skal EU-Kommissionens udstede retningslinjer for implementeringen af Art. 17. Den 27. juli 2020 sendte EU-Kommissionen udkastet til retningslinjer i høring, men de endelige retningslinjer er endnu ikke offentliggjort.<sup>34</sup> Udkastet indgår i afhandlingens diskussion af,

---

<sup>28</sup> TEUF art. 252.

<sup>29</sup> Manko, Rafal for the European Parliamentary Research Service, BRIEFING – Court of Justice at work – Role of the Advocates General at the CJEU, oktober 2019, s. 5.

<sup>30</sup> Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen (2020), s. 155.

<sup>31</sup> Derclaye, Estelle, 'The Multifaceted Influence of the Advocates General on the Court of Justice's Copyright Case Law – Legal secretaries, literature and language', i Rosati, Eleonora (red.), 'The Routledge Handbook of European Copyright Law', Taylor & Francis, 2021, s. 456.

<sup>32</sup> Generaladvokat H. Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Frank Peterson mod Google LLC, YouTube LLC og Google Germany GmbH (sag C-682/18) og Elsevier Inc. mod Cyando AG (sag C-683/18) (i det følgende benævnt ”Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18”, og i teksten ”*YouTube/Cyando*” eller ”*YouTube/Cyando-sagerne*”).

<sup>33</sup> Se i øvrigt afsnit 1.5 nedenfor.

<sup>34</sup> Den officielle titel på det seneste udkast er ”*Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*” (i det følgende benævnt dokumentet ”Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020)”).

hvordan implementering af DSMD art. 17 kan imødekomme de risici, som bestemmelsens ordlyd medfører.

I afhandlingen inddrages den tyske lov, der implementerer DSMD art. 17. Loven har ingen retskildestatus i dansk ret. Sammenligningen med den tyske implementeringslov skyldes, at loven er udtryk for en anden implementeringsstrategi end den danske. Inddragelsen af fremmed ret begrundes metodisk ud fra et ønske om at vurdere hensigtsmæssigheden af den danske implementering af DSMD artikel 17. Afhandlingen er ikke en komparativ fremstilling, og den tyske lov er kun et bidrag til, hvordan den EU-retlige regel kan fortolkes.<sup>35</sup>

Inddragelsen af juridisk litteratur understøtter afhandlingens redegørende afsnit. Litteraturen skal dog i højere grad ses som en gengivelse af retskilder end en retskilde i sig selv.<sup>36</sup> De udvalgte videnskabelige artikler er et udtryk for førende akademikers vurderinger og supplerer afhandlingens juridiske argumentation.

## 1.5 Terminologi

### 1.5.1 “Ansvarsregime”

Ved ”**ansvarsregime**” forstås systemet af regler og underliggende retlige standarder, som er styrende for indholdsdelingstjenesteudbyderes ansvar for brugernes indhold. Begrebet er en samlebetegnelse for ansvar, ansvarsfritagelse og tjenesternes monitoreringsforpligtelser for indhold, der deles af brugere.

### 1.5.2 “Bruger”

Ved ”**bruger**” forstås både fysiske og juridiske personer, der benytter indholdsdelingsdelingstjenester til ikke-kommercielle formål. Begrebet omfatter både de, der selv genererer eller uploader indhold til indholdsdelingstjenesten, og de, der tilgår andre brugeres indhold.

---

<sup>35</sup> Blume, Peter (2020), s. 279.

<sup>36</sup> Ibid. s. 192.

### 1.5.3 “Filtreringsteknologi”

Ved ”**filtreringsteknologi**” eller ”**uploadfilter**” forstås en teknologi, der er egnet til at genkende indhold, der uploades af en tjenestes brugere. Formålet er forudgående og automatisk at filtrere, hvilket indhold der gøres tilgængeligt på tjenesten. Filtrene bygger på forskellig teknologi, men vil ofte være baseret på en algoritme, der ud fra tidligere information om et ophavsretligt beskyttet værk, kan genkende værket i nyt indhold, der uploades til tjenesten.

#### 1.5.3.1 YouTubes “Content ID” og Facebooks “Rights Manager”

YouTubes ”Content ID” er et eksempel på en filtreringsteknologi. Meget forsimplet fungerer systemet ved, at rettighedshaverne giver YouTube referencefiler af de beskyttede værker. Ud fra disse filer generes et ”digitalt fingeraftryk”, som systemet anvender til at genkende værket i indhold, der uploades til YouTube. Hvis værket identificeres i en video, der uploades til platformen, notificeres rettighedshaverne og gives muligheden for, at videoen fjernes eller blokeres. Alternativt kan videoen forblive tilgængelig mod, at rettighedshaver kan kræve del i annonceindtægterne og/eller data, der genereres på baggrund af videoen.<sup>37</sup>

Facebook har ligeledes indført systemet ”Rights Manager”, der giver rettighedshavere mulighed for at håndhæve deres ophavsrettigheder til beskyttet billede- og videoindhold. Rights Manager giver også rettighedshavernes mulighed for at opnå annonceindtægter mod at indholdet forbliver tilgængeligt på Facebook.<sup>38</sup>

### 1.5.4 “Indholdsdelingstjeneste”

Ved ”**indholdsdelingstjeneste**” forstås i denne afhandling en onlinetjeneste i form af en hjemmeside, platform eller applikation, hvortil brugere kan uploade indhold. Det forudsættes, at indholdet primært består af ophavsretligt beskyttede værker. Tjenesterne er genstand for både lovlig og ulovlig aktivitet,

---

<sup>37</sup> Beskrivelsen er udarbejdet ud fra Googles egen rapport ”How Google Fights Piracy” af november 2018, der er tilgængelig via [https://www.blog.google/documents/27/How\\_Google\\_Fights\\_Piracy\\_2018.pdf](https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf) - senest tilgået den 28. april 2021 samt videoen ”YouTube Content ID”, der er tilgængelig via <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=da> – tilgået den 23. maj 2021).

<sup>38</sup> Facebook for Media, ’Introducing Rights Manager’ (tilgængelig via <https://www.facebook.com/formedia/blog/introducing-rights-manager> - tilgået den 23. maj 2021).

og tjenesten opfordrer ikke til ulovlig brug. Indholdsdelingstjenester bl.a. omfatter video- og musikdelingstjenester (f.eks. YouTube) og sociale medier (f.eks. Facebook).

#### 1.5.5 “Rettighedshaver”

Ved ”rettighedshaver” forstås den, der har frembragt, eller efterfølgende erhvervet rettighederne til, et originalt kunstnerisk eller litterært værk, der nyder ophavsretlig beskyttelse jf. OHL §§ 1 – 2.

## DEL II: ANSVARSREGIMERNE

### 2 DET EKSISTERENDE ANSVARSREGIME

#### 2.1 Introduktion

Dette kapitel har til formål at klarlægge indholdet og retsvirkninger af, hvad der betegnes ”**det eksisterende ansvarsregime.**”

Som kapitlet vil illustrere, består det eksisterende ansvarsregime af de relevante bestemmelser i Infosoc-direktivet, E-handelsdirektivet og den danske implementering heraf. Indholdet af det eksisterende ansvarsregime fastlægges dog også på baggrund af EU-Domstolens fortolkning af de relevante retsakter. Infosoc-direktivet blev vedtaget i umiddelbar sammenhæng med E-handelsdirektivet. Direktiverne skal derfor i visse henseender ses som et samlet regelsæt.<sup>39</sup>

Formålet med at fastlægge indholdet af det eksisterende ansvarsregime for indholdsdelingstjenesterne er hovedsageligt at vurdere, hvilke ændringer DSMD art. 17 og den nationale implementering vil medføre. Som kapitlet illustrerer, er der dog fortsat en række uafklarede spørgsmål efter hidtil gældende ret.

##### 2.1.1 Struktur

Kapitlet er struktureret efter ansvarsregimets delelementer. Det eksisterende ansvarsregime for udbydere af indholdsdelingstjenester består først og fremmest af et ophavsretligt ansvar, der behandles i *afsnit 2.2*. Herefter undersøges tjenesteudbydernes mulighed for ansvarsfritagelse i *afsnit 2.3*. Endelig

---

<sup>39</sup> Infosoc-direktivets 16. betragtning og E-handelsdirektivets 50. betragtning.

er det eksisterende ansvarsregime karakteriseret ved et forbud mod en generel monitoreringsforpligtelse. Forbuddet fungerer som en grænse for, hvilken overvågning tjenesteudbydere kan forventes at foretage af det brugerdelte indhold, uden at dette fører til bortfald af ansvarsfritagelsen.<sup>40</sup> Forbuddets udstrækning behandles i *afsnit 2.4*.

## 2.2 Det ophavsretlige ansvar

### 2.2.1 Den ophavsretligt relevante handling

Fokus for nærværende afhandling er den ophavsretlige relevante handling, der består i overføring til eller tilgængeliggørelse for almenheden.

Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 foreskriver en eneret for ophavsmanden til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.<sup>41</sup> Hvis et værk overføres til, eller stilles til rådighed for, almenheden, kræver det som hovedregel rettighedshavers tilladelse.

Henvielse til "*trådbunden eller trådløs*" overføring og almenhedens adgang "*på et individuelt valgt sted og tidspunkt*" tilkendegiver Infosoc-direktivets formål om at overføre de ophavsretlige eneretigheder til en digital virkelighed.<sup>42</sup> Dette er i litteraturen blevet beskrevet som "*tilrådighedsstillelse on demand*."<sup>43</sup> Hvor tid og sted for fremførelsen af et værk tidligere blev valgt af fremføreren, har internettet bevirket, at tid og sted vælges af brugeren.<sup>44</sup> Overføring til almenheden skal desuden afgrænses over for direkte fremførelse, der udgår fra samme sted, som publikum befinder sig.<sup>45</sup> I modsætning til retten til overføring til almenheden, er retten til direkte fremførelse ikke harmoniseret på EU-niveau.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> Karstoft, Susanne, 'E-handelsloven med kommentarer', 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021 (i det følgende benævnt "Karstoft, Susanne (2021)"), s. 217.

<sup>41</sup> Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 samt 23. betragtning. Bestemmelsen implementerer art. 8 i WIPO-traktaten om ophavsret jf. WIPO-traktat om ophavsret (WCT), Genève, 1996.

<sup>42</sup> Infosoc-direktivets 25. betragtning.

<sup>43</sup> Schovsbo, Jens m.fl., 'Immaterialret', 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021 (i det følgende benævnt "Schovsbo, Jens m.fl. (2021)") s. 124.

<sup>44</sup> Udsen, Henrik 'IT-ret', 4. udgave, Ex Tuto Publishing, 2019 (i det følgende benævnt "Udsen, Henrik (2019)"), s. 83.

<sup>45</sup> Schovsbo, Jens m.fl. (2021), s. 123.

<sup>46</sup> Ibid. s. 125.



Ved ”overføring” forstås enhver transmission eller retransmission af beskyttede værker, uafhængig af, hvilket middel, eller hvilken teknisk proces, der anvendes.<sup>47</sup> Ved ”almenheden” forstås et ubestemt antal potentielle modtagere, der overskrider et vist minimumsantal.<sup>48</sup> Det afgørende er desuden, at et betydeligt antal personer potentielt har adgang til værket, uanset om de rent faktisk udnytter denne adgang.<sup>49</sup>

Det følger af Infosoc-direktivets 27. betragtning, at der ikke foretages en overføring til almenheden, når der blot stilles fysiske faciliteter til rådighed for overføringen. Det nærmere indhold af art. 3, stk. 1, og afgrænsningen over for 27. betragtning, er særligt blevet udviklet i EU-Domstolens praksis. EU-Domstolens dynamiske fortolkning af overføringsretten har medført en tilsvarende indskrænkende fortolkning af 27. betragtning.<sup>50</sup>

Eneretten til at foretage en overføring til almenheden er implementeret i dansk ret ved OHL § 2, stk. 4, nr. 1, der gengiver direktivets ordlyd. Der er tale om et underbegreb til det danske fremførelsesbegreb jf. OHL § 2, stk. 4 jf. § 2, stk. 3, nr. 3.<sup>51</sup>

### **2.2.2 Indholdsdelingstjenesters to mulige former for ansvar for uautoriseret overføring til almenheden**

Efter det eksisterende ansvarsregime er der to muligheder, hvorved udbydere af indholdsdelingstjenester kan være ansvarlige for den overføring til almenheden, som deres brugere foretager ved at uploade indhold til platformen.

---

<sup>47</sup> Domstolens dom af den 19. november 2016 i sag C-325/14, SBS Belgium NV mod Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), pr. 16 – 17.

<sup>48</sup> Domstolens dom af den 31. maj 2016 i sag C-117/15, Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH mod Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) (i det følgende benævnt ”*Reha Training-dommen*” eller ”*Reha Training*”), pr. 42.

<sup>49</sup> Domstolens dom af den 19. december 2019 i sag C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet Internet BV m.fl. (i det følgende benævnt ”*Tom Kabinet-dommen*” eller ”*Tom Kabinet*”), pr. 68 – 69.

<sup>50</sup> Leistner, Matthias, ‘Is the CJEU Outperforming the Commission?’, 26. November 2017 (I det følgende benævnt ”Leistner, Matthias (2017)”), s. 6.

<sup>51</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 84.

Den første mulighed er et primært ansvar. Ved det primære ansvar anses udbyderen af indholdsdelingstjenesten for at foretage en selvstændig overføring til almenheden. Hvis handlingen sker uden rettighedshavers tilladelse, vil udbyderen følgelig være primært ansvarlig for ophavsretskrænkelsen.

Den anden mulighed er et sekundært ansvar. Dette ansvar baserer sig på en traditionel forståelse af, at mellemmand ud fra medvirkensbetragtninger kan være ansvarlige for brugernes overføring til almenheden på lige fod med brugerne.

Spørgsmålet, om udbydere af indholdsdelingstjenesters ophavsretlige ansvar er primært og/eller sekundært behandles primært på baggrund af udvalgt praksis fra EU-Domstolen, der holdes op imod fortolkningsbidraget i Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando-sagerne*.

### **2.2.3 Mulighed nr. 1: Indholdsdelingstjenester er primært ansvarlige**

Det primære ansvar for krænkelse af eneretten til at foretage overføring til almenheden følger af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Vedtagelsen af direktivet, herunder denne bestemmelse, havde til formål at sikre en høj grad af harmonisering blandt medlemsstaterne i EU og sikre en høj grad af beskyttelse af rettighedshavernes ophavsretlige enerettigheder.<sup>52</sup> I sin nylige praksis har EU-Domstolen også slået fast, at der ved Infosoc-direktivets art 3, stk. 1 er foretaget en fuldstændig harmonisering af det materielle indhold af denne ophavsretlige eneret inden for EU.<sup>53</sup>

Hvis brugeren af en indholdsdelingstjeneste deler indhold, der omfatter et ophavsretligt beskyttet værk, uden at have opnået tilladelse fra rettighedshaver, eller hvis delingen af værket ikke er omfattet af en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning, vil brugeren være primært ansvarlig for den uautoriserede overføring til almenheden.<sup>54</sup>

Spørgsmålet er imidlertid, om udbydere af en indholdsdelingstjeneste også kan ifalde et primært ansvar ved at give adgang til brugernes ophavsretskrænkende indhold. På baggrund af ordlyden af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, forudsætter det primære ansvar, at indholdsdelingstjenesteudbyderen

---

<sup>52</sup> Infosoc-direktivets 23. betragtning. Se også forudsætningsvist direktivets 9. – 10. betragtning.

<sup>53</sup> Domstolens dom af den 29. juli 2019 i sag C-469/17, Funke Medien NRW GmbH mod Bundesrepublik Deutschland, pr. 38.

<sup>54</sup> Mathiasen, Jakob Plesner og Lasse Lau Nielsen, 'Lærebog i entertainmentret', 1. udgave, Karnov Group, 2019 (i det følgende benævnt "Mathiasen, Jakob Plesner & Lasse Lau Nielsen (2019)"), s. 272.

foretager en ”overføring” til ”almenheden.” Der er tale om to objektive og kumulative kriterier. EU-Domstolen har desuden udtalt, at vurderingen af, om der er tale om en ”overføring til almenheden” er en konkret og individuel vurdering af en række indbyrdes afhængige kriterier.<sup>55</sup>

Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 definerer ikke nærmere, hvad der udgør en overføring til almenheden. Der tilkommer derfor EU-Domstolen et vist rum for udvidelse af dette begreb med henblik på at sikre formålet og den effektive virkning med Infosoc-direktivet. Ordlyden af art. 3, stk. 1 og OHL § 2, stk. 3, nr. 3 jf. stk. 4, nr. 1 begrænser heller ikke kredsen af potentielle direkte krænkere. Det følger dog forudsætningsvist af Infosoc-direktivets 59. betragtning, at mellemmand udgør et selvstændigt led, der adskiller sig fra brugerens direkte krænkende handling.

Det væsentligste argument for, at en indholdsdelingstjeneste, såsom YouTube, er primært ansvarlig efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, er EU-Domstolens domme i *GS Media, Filmspeler*<sup>56</sup> og *The Pirate Bay (TPB)*.<sup>57</sup> Alle dommene er et udtryk for, at EU-Domstolen har udvidet eneretten i Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.<sup>58</sup> Med Generaladvokat Øes ord, er dommene et udtryk for, at Domstolen har ladet en række mere faciliterende handlinger, der alene ”gør det nemmere” for brugeren at foretage en ulovlig overføring til almenheden, være omfattet af overførringsretten.<sup>59</sup>

Indholdsdelingstjenesters primære ansvar afhænger derfor af, om EU-Domstolens udvidende fortolkning af overførringsretten kan overføres til sager, hvor faktum adskiller sig fra disse tidligere sager. I *U 2020.3122 Ø* udtalte Østre Landsret, at ”overføring til almenheden” jf. OHL § 2, stk. 3 jf. stk. 4, nr. 1 skal fortolkes som i *Filmspeler* og *TPB*.<sup>60</sup> Sagen omhandlede optagelser af fodboldkampe i den spanske 1. division, som LaLiga havde ophavsretten til. Landsretten fandt det sandsynliggjort, at der

---

<sup>55</sup> Domstolens dom af den 8. september 2016 i sag C-160/15, *GS Media BV mod Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. og Britt Geertruida Dekker* (”*GS Media-dommen*” eller ”*GS Media*”), pr. 32 – 34 med henvisning til EU-Domstolens tidligere praksis.

<sup>56</sup> Domstolens dom af den 26. april 2017 i sag C-527/15, *Stichting Brein mod Jack Frederik Wullems* (”*Filmspeler-dommen*” eller ”*Filmspeler*”).

<sup>57</sup> Domstolens dom af den 14. juni 2017 i sag C-610/15, *Stichting Brein mod Ziggo BV og XS4ALL BV* (”*TPB-dommen*” eller ”*TPB*”).

<sup>58</sup> Koo, Justin, ‘The EU right of communication to the public – still looking for a good link’ i Rosati, Eleonora (red.), *The Routledge Handbook of European Copyright Law*, Taylor & Francis, 2021, s. 181.

<sup>59</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 99.

<sup>60</sup> Østre Landsrets kendelse af den 1. juli 2020 i sag BS-44200/2019 (i det følgende benævnt ”*U 2020.3122 Ø*”), s. 3132. Efter udsagn fra RettighedsAlliancen, der er mandatar for LaLiga i sagen, er hovedforhandlingen i hovedsagen ved byretten på Frederiksberg berammet til den 8. marts 2022.

skete en krænkelse på hjemmesiden. Det er uklart, om landsretten fandt, at hjemmesideudbyderen foretog en selvstændig overføring til almenheden ved at give adgang til brugerdelte streaming-links eller om brugerne foretog krænkelsen.<sup>61</sup>

Nærværende afhandlings analyse af indholdsdelingstjenesters potentielle primære ansvar følger *Angelopoulos'* inddeling af domstolsskabte kriterier.<sup>62</sup> Det primære ansvar er betinget af, at udbyderne af indholdsdelingstjenesten ikke blot stiller fysiske faciliteter til rådighed jf. Infosoc-direktivets 27. betragtning (*mere provision of physical facilities*). Herudover skal tjenesteudbyderen spille en afgørende rolle (*deliberate intervention*), overføringen skal ske til et nyt publikum (*new public*), og der skal være en grad af subjektivt kendskab (*knowledge or intention*). Endeligt kan det indgå i vurderingen, om tjenesten handler med vinding for øje eller ej (*the profit-seeking purpose*).

### **2.2.3.1 Overføring eller den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter**

Udbydere af indholdsdelingstjenesters handlinger skal først og fremmest afgrænses over for den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring jf. Infosoc-direktivets 27. betragtning. Hvis handlingen omfattes af 27. betragtning, foretages der ingen ”overføring.”

I *Filmspeler* afviste Domstolen, at salget af en multimedieafspiller, der fungerede som forbindelse mellem en lyd- og billedsignalkilde og en TV-skærm, udgjorde den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter. Dette skyldtes, at medieafspilleren, via de præinstallerede ”add-ons”, etablerede en direkte forbindelse mellem køberne og hjemmesiderne med de beskyttede værker.<sup>63</sup> Salget af medieafspilleren udgjorde i stedet en overføringshandling som omfattet af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.<sup>64</sup> Dette resultat var i høj grad baseret på sælgerens subjektive forhold jf. afsnit 2.2.3.3 nedenfor.

---

<sup>61</sup> Uklarheden skyldes, at krænkelsen kun skulle sandsynliggøres jf. retsplejelovens § 413. Der fandtes ikke at være sket en krænkelse af optagelserne af 2. divisionskampe, der allerede var frit tilgængelige på YouTube med rettighedshavers tilladelse jf. U 2020.3122 Ø, s. 3122.

<sup>62</sup> Angelopoulos, Christina, 'Primary and Accessory Liability in EU Copyright Law' i Rosati, Eleonora (red.), 'The Routledge Handbook of European Copyright Law', Taylor & Francis, 2021 (I det følgende benævnt "Angelopoulos, Christina i Rosati, Eleonora (red.) (2021)"), s. 193 ff.

<sup>63</sup> Filmspeler pr. 41 samt Generaladvokat Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse af den 8. december 2016 i sag C-527/15, punkt 49.

<sup>64</sup> Filmspeler, pr. 42.

Domstolen nåede samme resultat i *TPB* på baggrund af, at platformsoperatørerne foretog en indeksering af BitTorrent-filerne, der gjorde det muligt for brugerne at dele filer ”peer-to-peer.” Selve filde-lingen krævede, at brugerne også havde installeret den særlige software, ”BitTorrent-klient”, der ikke var tilgængelig via TPB, men kunne downloades frit på internettet.<sup>65</sup>

Udbyderne af TPBs ydelse bestod i at tilvejebringe et system, der gjorde det muligt for brugerne at oprette forbindelse med hinanden og udveksle de pågældende torrents-filer, der i størstedelen af til-fældene bestod i et ophavsretligt beskyttet værk.<sup>66</sup> Værkerne blev ikke uploadet til eller lagret på TPB-plattformen. Platformsoperatørernes indeksering gjorde det dog muligt for brugerne let at finde og downloade de ønskede ophavsretligt beskyttede værker. Operatørerne af TPB-plattformen foretog desuden en aktiv frasortering af forældede eller fejlbehæftede filer. Samlet set fandt Domstolen, at operatørerne af TPB-plattformen overskred grænsen for den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske fa-ciliteter.<sup>67</sup>

Domstolen vurderede også rækkevidden af Infosoc-direktivets 27. betragtning i *STIM/SAMI*.<sup>68</sup> Dom-stolen fandt, at to biludlejningsselskaber, der udlejede biler udstyret med radioapparater, ikke foretog en overføring til almenheden. Tilrådighedsstillelsen af et radioapparat i en udlejningsbil var derimod omfattet af 27. betragtning.<sup>69</sup> Dette skyldtes også, at biludlejningsselskaberne ingen kontrol eller ind-flydelse havde over transmissionen af de beskyttede værker. Radioapparaterne kunne således opfange den jordbaserede radiospredning, som var tilgængelig i det område, hvor bilen blev benyttet, ”uden nogen yderligere indgriben fra udlejningsselskabet.”<sup>70</sup> Resultatet i *STIM/SAMI* indikerer en traditio-nel fortolkning af, hvilke handlinger, der udgør den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring.

---

<sup>65</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 8. februar 2017 i sag C-610/15, punkt 24.

<sup>66</sup> Ibid. punkt 13.

<sup>67</sup> TPB, pr. 38.

<sup>68</sup> Domstolens dom af den 2. april 2020 i sag C-753/18, Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim) og Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAMI) mod Fleetmanager Sweden AB og Nordisk Biluthyrning AB (i det følgende benævnt ”*STIM/SAMI-dommen*” eller ”*STIM/SAMI*”).

<sup>69</sup> *STIM/SAMI*, pr. 35 – 36. Se også omtalen af sagen i Hanuz, Bianca, Direct Copyright Liability As Regulation Of Hosting Platforms For The Copyright-Infringing Content Uploaded By Their Users: Quo Vadis?, 11 (2021) JIPITEC 315 (i det følgende benævnt ”Hanuz, Bianca (2021)”), para 69-70.

<sup>70</sup> *STIM/SAMI*, pr. 34 med henvisning til Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 15. januar 2020 i sag C-753/18, punkt 39.

I sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando* foreslog Generaladvokat Øe, at 27. betragtning også kan omfatte mindre traditionelle tilfælde. I den ene af de to sager havde rettighedshaveren, Frank Peterson, anlagt sag mod Google og YouTube-selskabet. Frank Peterson gjorde gældende, at brugere af YouTube havde offentliggjort lydoptagelser af artisten Sarah Brightmans ”A Winter Symphony”, som han påstod at have rettighederne til. Ifølge Frank Peterson foretog YouTube en overføring til almenheden uden hans tilladelse, når YouTube gav adgang til videoer, der var uploadet af brugere.<sup>71</sup>

Generaladvokat Øe fandt, at operatørerne af YouTubes handlinger var omfattet af 27. betragtning og dermed ikke udgjorde en ”overføring.”<sup>72</sup> Generaladvokat Øes vurdering er et udtryk for en udvidende fortolkning, hvor også komplicerede indholdsdelingstjenester bør kunne udgøre den blotte tilrådhedsstillelse af fysiske faciliteter. Generaladvokaten afviste, at kategorisering af indhold og indeksering af søgeresultater i form af ranglister og anbefalinger til brugere udgjorde en overføring.<sup>73</sup> YouTubes automatiske filtreringssystem ændrede ikke dette resultat.<sup>74</sup>

Generaladvokat Øes ræsonnement synes at være, at YouTubes anbefalinger eller ranglister til brugere genereres automatisk ud fra brugernes historik, men at dette ikke er et udtryk for YouTubes beslutning om at foretage en overføring af værkerne.<sup>75</sup> Denne udlægning skaber dog til en vis grad en kunstig opdeling mellem YouTube og dets algoritme. Selskabet, YouTube, har truffet beslutning om at installere denne algoritme på YouTube-plattformen. YouTube har også investeret betydelige ressourcer i at optimere og udvikle algoritmen for at sikre en bedre brugeroplevelse. YouTube har en klar interesse i, at der genereres brugerspecifikke anbefalinger og må antages at have taget visse redaktionelle valg i forhold til opbygningen af algoritmen.

Indholdsdelingstjenester kontrollerer ofte ikke, hvilket indhold, der uploades til platformen forud for tilgængeliggørelse. Tjenesterne vil dog sjældent være lige så distancerede fra det ophavsretligt beskyttede indhold, som biludlejningsselskaberne i *STIM/SAMI*.

---

<sup>71</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 26.

<sup>72</sup> Ibid. punkt 80.

<sup>73</sup> Ibid. punkt 81.

<sup>74</sup> Ibid. punkt 78.

<sup>75</sup> Ibid. punkt 84.

I *TPB* lagde Domstolen netop vægt på, at administratorerne af The Pirate Bay-plattformen foretog en indeksering og organisering af indholdet på baggrund af torrent-filernes metainformation.<sup>76</sup> Dette var i Domstolens optik tilstrækkelig for, at platformsadministratorerne foretog en overføring omfattet af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Det kan hermed gøres gældende, at YouTube som minimum foretager handlinger, der svarer til operatørerne af *TPB*-plattformen. Argumentet understøttes af Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), der i forbindelse med høringen i *YouTube/Cyando-sagerne* anførte, at YouTube er ”even more closely implicated in the act of communication to the public because the works are actually uploaded to the platform.”<sup>77</sup>

Det må samlet set anses for mest sandsynligt, at indholdsdelingstjenester, der foretager en vis automatisk indeksering og kategorisering af indholdet, og hvor indholdet lagres på platformen, ikke er omfattet af Infosoc-direktivets 27. betragtning. I *YouTube/Cyando-sagerne* antages Domstolen at komme frem til dette resultat ved at overføre fortolkningen fra *TPB-dommen* til andre tjenester, der har samme eller tilsvarende tekniske funktioner.<sup>78</sup>

### 2.2.3.2 *Afgørende rolle*

Kriteriet om ”afgørende rolle” medfører, at en formidlingstjeneste foretager en overføring, når tjenesteudbyderen har fuldt kendskab til, at dennes medvirken giver adgang til et beskyttet værk og at den medvirkende handling er en forudsætning for, at andre får adgang til værket.<sup>79</sup> EU-Domstolens praksis indikerer en stadig mere lempelig fortolkning af kriteriet om ”afgørende rolle.”

I *Filmspeler* var det afgørende, at brugerne ”kun vanskeligt” kunne få adgang til værkerne uden medieafspilleren.<sup>80</sup> I *TPB* var det tilstrækkeligt, at brugernes deling af værkerne på internettet ”ville i det

---

<sup>76</sup> *TPB*, pr. 38.

<sup>77</sup> Schwemer, Sebastian Felix, 'Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation', NIR (3/2020), 400-435 (i det følgende benævnt "Schwemer, Sebastian Felix (2020)"), s. 414 med henvisning til samme citat fra 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. 3.

<sup>78</sup> Koo, Justin, 'The EU right of communication to the public – still looking for a good link' i Rosati, Eleonora (red.), 'The Routledge Handbook of European Copyright Law', Taylor & Francis, 2021, s. 187.

<sup>79</sup> *GS Media*, pr. 35.

<sup>80</sup> *Filmspeler*, pr. 41.

mindste være mere komplekst.”<sup>81</sup> Domstolen henviste i denne forbindelse særligt til platformens indeksering og kategorisering af torrent-filer.<sup>82</sup> Ifølge Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando* var det derimod alene brugernes rolle, der var afgørende. Kun brugerne træffer en aktiv beslutning om at dele værkerne og iværksætter selve overføringen.<sup>83</sup> Tjenesterne ville ikke have noget indhold at transmittere, uden disse personers valg om at foretage den oprindelige overføring.<sup>84</sup> Generaladvokaten tilslutter sig herved den teoretiske opfattelse af, at det er den første tilrådighedsstillelse, der er den afgørende handling (*”active initiation”*).<sup>85</sup>

Overføres *”active initiation”*-fortolkningen til indholdsdelingstjenester, vil det være afgørende, om udbyderne har truffet en aktiv beslutning eller på anden måde aktivt har medvirket til at udvælge, hvilket indhold, der skal overføres til eller tilgængeliggøres på tjenesten. Mange indholdsdelingstjenester stiller imidlertid blot elektronisk lagringsplads eller et kommunikationsnetværk til rådighed for brugerne. Den aktive beslutning om at overføre det beskyttede indhold til tjenesten, hvorved andre internetbrugere får adgang til indholdet uden rettighedshavers tilladelse, træffes derimod kun af brugerne.<sup>86</sup> Som det fremgår af *YouTube/Cyando-sagerne*, sker brugernes deling af indhold på både YouTube og Uploaded automatisk og uden forudgående kontrol fra platformsoperatørerne.<sup>87</sup>

Omvendt har mange indholdsdelingstjenester sofistikerede tekniske funktioner såsom integrerede søgefunktioner og menu-strukturer, der påvirker, hvordan indholdet præsenteres for tjenestebrugerne. Sammenholdes dette med fortolkningen af *”afgørende rolle”* i *TPB*, kan det således gøres gældende, at det som minimum vil være mere komplekst for brugerne at tilgå de ophavsretligt beskyttede værker, hvis indholdsdelingstjenesten ikke havde de integrerede, tekniske funktioner.

---

<sup>81</sup> *TPB*, pr. 36. Der henvises også til omtalen i Frosio, Giancarlo, ‘To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform’, (October 25, 2017). 36(2) *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 331-368 (2018) (i det følgende benævnt *”Frosio, Giancarlo (2018)”*), s. 344.

<sup>82</sup> *TPB*, pr. 37.

<sup>83</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 73 og 77.

<sup>84</sup> *Ibid.* punkt 74.

<sup>85</sup> *Ibid.* note 46 med henvisning til Koo, Justin, ‘Locating and Establishing Responsibility for the Act of Communication to the Public’ i *‘The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law’*, s. 143–163, Oxford, Hart Publishing, 2019, s. 161. Der henvises også til Hanuz, Bianca (2021), para 58.

<sup>86</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 77.

<sup>87</sup> *Ibid.* punkt 16 og 30.



Det var dog ikke uden betydning for Domstolens fortolkning i *TPB*, at platformsudbydere havde en erklæret intention om at give uautoriseret adgang til ophavsretsbeskyttede værker.<sup>88</sup> Ud fra Infosoc-direktivets formål om at sikre et højt beskyttelsesniveau for ophavsret, havde Domstolen en klar interesse i at holde operatørerne af TPB-plattformen primært ansvarlige for krænkelsen af rettighedshavernes eneret.<sup>89</sup> Samme hensyn gælder ikke generelt for indholdsdelingstjenester, der også understøtter en fri og lovlig informationsudveksling.

Det må dog anses for mest sandsynligt, at Domstolen vil anse kriteriet om ”afgørende rolle” for opfyldt for større indholdsdelingstjenester såsom YouTube. Dette skyldes først og fremmest, at større tjenester ofte har en så betydelig markedsposition, at brugernes deling af ophavsretlige beskyttede værker hovedsagligt kan foregå ved brug af disse tjenester. I overensstemmelse med *Filmspeler*, vil det således være mere vanskeligt for brugerne at uploade og dele det ulovlige indhold uden platformen. Herudover vil det kræve en fravigelse af Domstolens tidligere retspraksis, hvis indholdsdelingstjenesters indeksering og kategorisering af indhold ikke skal medføre, at de har en ”afgørende rolle” i overføringen til almenheden.

### 2.2.3.3 ”Nyt publikum” og kendskabskriteriet

Betingelserne om, at overføringen skal ske til et ”nyt publikum”, og betingelsen om ”kendskab”, er begge udviklet ved EU-Domstolens dynamiske fortolkning. De to betingelser vil blive behandlet samlet. Dette skyldes, at betingelserne i vid udstrækning anses for indbyrdes afhængige.<sup>90</sup> Hvor afgrænsningen over for Infosoc-direktivets 27. betragtning, og spørgsmålet om ”afgørende rolle”, relaterer sig til overføringshandlingen, indgår kriterierne om ”nyt publikum” og subjektivt kendskab i vurderingen af, om overføringen sker til ”almenheden.”<sup>91</sup>

At overføringen skal være sket til et ”nyt publikum” betyder, at overføringen af værket skal være rettet mod et publikum, som rettighedshaverne ikke havde taget i betragtning ved den oprindelige overføring til almenheden.<sup>92</sup> I *Tom Kabinet* fandt EU-Domstolen, at en online læseklubs medlemmer

---

<sup>88</sup> TPB, pr. 45 og Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 8. februar 2017 i sag C-610/15, punkt 23.

<sup>89</sup> Infosoc-direktivets 9. og 10. betragtning.

<sup>90</sup> Hanuz, Bianca (2021), para 28.

<sup>91</sup> Schovsbo, Jens m.fl. (2021), s. 134.

<sup>92</sup> Domstolens dom af den 7. december 2006 i sag C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mod Rafael Hoteles SA*, pr. 41 – 42. Kriteriet gives blandt andet i *GS Media*, pr. 37.

udgjorde et nyt publikum, idet platformen stillede links til e-bøgerne til rådighed på andre licensvilkår, end rettighedshaverne sædvanligvis gjorde.<sup>93</sup>

Når brugere uploader ophavsretligt beskyttet indhold til en indholdsdelingstjeneste, vil spørgsmålet om, hvorvidt overføringen sker til et ”nyt publikum” afhænge af, om værket oprindeligt har været gjort frit tilgængeligt på internettet af rettighedshaver eller med dennes tilladelse.<sup>94</sup> Når brugere uploader ophavsretligt beskyttet indhold til en platform uden rettighedshavers tilladelse, og hvor rettighedshaverne ikke tidligere har offentliggjort værket på internettet, er der en formodning for et nyt publikum.<sup>95</sup>

Indholdsdelingstjenestens primære ansvar efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 afhænger derfor af, om de har den tilstrækkelige grad af kendskab til, at tjenesten giver adgang til det ophavsretskrænkende indhold. EU-Domstolens praksis har introduceret det subjektive kendskabselement til vurderingen af, om der foreligger en uautoriseret overføring til almenheden. Dette var traditionelt en rent objektiv vurdering.<sup>96</sup>

Det følger imidlertid af Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i den verserende sag *M.I.C.M/Telenet*,<sup>97</sup> at kravet om kendskab alene en del af den juridiske vurdering efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, når det drejer sig om, hvorvidt en mellemmandstjeneste foretager en selvstændig overføring til almenheden.

Generaladvokaten bemærkede, at det subjektive element ”*var nødvendig i de sager, hvori Domstolen fastslog, at aktører, som ikke foretog den oprindelige overføring, havde foretaget overføringen til almenheden. Uden denne bevidste handling er disse aktører blot simple passive mellemed eller le-*

---

<sup>93</sup> Tom Kabinet, pr. 71.

<sup>94</sup> Filmspeler, pr. 47-48 med henvisning til Domstolens praksis vedrørende linking i sag C-466/12 (Svensson), C-348/13 (BestWater) og C-160/15 (GS Media).

<sup>95</sup> Domstolens dom af den 13. februar 2014 i sag C-466/12, Nils Svensson m.fl. mod Retriever Sverige AB, pr. 24.

<sup>96</sup> Rosati, Eleonora, ‘GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture’, 29. marts 2017, (2017) 54(4) Common Market Law Review 1221-1242 (i det følgende benævnt “Rosati, Eleonora (2017)”), s. 1232.

<sup>97</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 17. december 2020 i sag C-597/19, Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited mod Telenet BVBA m.fl. (i det følgende benævnt ”Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 17. december 2020 i sag C-597/19”).

verandører af tekniske installationer, som ikke kan anses for at have foretaget nogen form for overføring.”<sup>98</sup> Udtalelsen understreger, at kendskab er en nødvendig og afgørende betingelse for, at en indholdsdelingstjeneste kan overgå fra at være passiv mellemmandstjeneste til primært ansvarlig på lige fod med tjenestens brugere.

Generaladvokat Øe udtalte derimod i sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, at spørgsmålet om, hvorvidt en platformoperatør foretager en overføring til almenheden er ”et objektivt spørgsmål, der ikke involverer eksempelvis betragtninger om kendskab eller uagtsomhed.”<sup>99</sup> I ”kæden af handlinger” er det alene brugerne, og ikke tjenesteudbydere, der objektivt foretager en overføring til almenheden og dermed er primært ansvarlige for ophavsretskrænkelsen. Dette synspunkt afviger væsentligt fra Domstolens tidligere praksis i *GS Media*, *Filmspeler* og *TPB*. Disse sager inddrager alle det subjektive element i vurderingen af ”overføring til almenheden.” Virkningen af EU-Domstolens praksis bliver, at kredsen af potentielle ansvarssubjekter udvides til også at omfatte mellemmandstjenester.

I *TPB* lagde Domstolen vægt på, at TPB var fuldt ud bekendt med, at værkerne var offentliggjort uden rettighedshavernes tilladelse. Dette skyldtes, dels at operatørerne af TPB i flere tilfælde var blevet notificeret om de ophavsretskrænkelser, der fandt sted ved brug af platformen, dels at udbyderne af TPB-platformen havde erklæret intention om at give adgang til disse beskyttede værker.<sup>100</sup>

Ifølge Domstolen kunne TPB-operatørerne ikke være uvidende om den ulovlige aktivitet, eftersom tjenesten næsten udelukkende blev benyttet til ophavsretskrænkende formål.<sup>101</sup> Også i *Filmspeler* var det klart, at sælgeren af medieafspilleren havde fuldt kendskab til, at de præinstallerede add-ons gav adgang til værker, der var offentliggjort på internettet uden rettighedshavers tilladelse. Medieafspilleren var prissat og markedsført under henvisning til købernes mulighed for at få adgang til beskyttet indhold, der var tilgængeligt på tredjepartshjemmesider uden rettighedshavers samtykke.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 17. december 2020 i sag C-597/19, punkt 58.

<sup>99</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 64.

<sup>100</sup> TPB, pr. 45 og Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 8. februar 2017 i sag C-610/15, punkt 23.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> *Filmspeler*, pr. 41.

Fælles for de to sager var, at platformsoperatørerne hhv. sælgeren af medieafspilleren havde til formål at give adgang til det ulovlige indhold.<sup>103</sup> Med andre ord var det afgørende for, at disse mellemmandshandlinger udgjorde handlinger omfattet af eneretten i Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, at de havde en utvetydig krænkelshensigt. Indholdsdelingstjenester har som udgangspunkt ikke samme ulovlige formål. Det forekommer derfor uhensigtsmæssigt at overføre den strenge ansvarsstandard fra *Filmspeler* og *TPB* direkte til indholdsdelingstjenester generelt.

Domstolens praksis i *GS Media*, *Filmspeler* og *TPB* indikerer dog, at burde-viden kan være tilstrækkelig.<sup>104</sup> Hvis Domstolen i *YouTube/Cyando-sagerne* ikke følger Generaladvokat Øes vurdering af spørgsmålet om ”overføring til almenheden” som et rent objektivi spørgsmål, vil vurderingen af indholdsdelingstjenesters primære ansvar afhænge af, om de har den fornødne burde-viden. Burde-viden bør ikke forveksles med generel viden om ulovlig brug af platformen.<sup>105</sup>

Indholdsdelingstjenester har ofte frivilligt indført mekanismer, der mere eller mindre automatiseret kan gøre dem opmærksom på ophavsretskrænkende materiale på platformen. Det er således ikke usandsynligt, at Domstolen ud fra en dynamisk fortolkning vil nå frem til, at indholdsdelingstjenester har den nødvendige grad af kendskab, selvom der ikke foreligger samme krænkelshensigt som i *Filmspeler* og *TPB*. Hvis Domstolen i *YouTube/Cyando* finder, at en indholdsdelingstjeneste som YouTube har tilstrækkeligt kendskab vil det være udtryk for en særdeles udvidende fortolkning af både ordlyden af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 og rækkevidden af Domstolen egen tidligere praksis.

#### **2.2.3.4 Om der handles med vinding for øje**

Endelig opstillede Domstolen i *GS Media* en formodningsregel, der ligeledes indebar et subjektivt kriterium hos den, der foretager overføringen. I *GS Media* fandt Domstolen, at placeringen af et hyperlink til beskyttede værker, der var frit tilgængelige på en anden internetside uden rettighedshavers tilladelse, på en hjemmeside, kunne udgøre en overføring til almenheden. Sagen vedrørte et link til ophavsretligt beskyttede fotografier. Billederne var blevet delt på internettet uden rettighedshavers

---

<sup>103</sup> Ibid. pr. 50.

<sup>104</sup> *GS Media* pr. 49; *Filmspeler*, pr. 49; *TPB* pr. 45. For samme konklusion se Schovsbo, Jens m.fl. (2021), s. 134.

<sup>105</sup> Hanuz, Bianca (2021), para 81.

tilladelse og før publicering i magasinet.<sup>106</sup> Ved at klikke på hyperlinket, som GS Media havde placeret på sin hjemmeside, blev brugerne henvist til en anden hjemmeside, hvor de via et yderligere link kunne downloade de elektroniske billedfiler.<sup>107</sup>

Domstolen udtalte i *GS Media*, at hvor der ikke handlede med vinding for øje, var hovedreglen, at hyperlinkeren ikke havde viden eller burde viden omkring, at værket var offentliggjort uden rettighedshavers tilladelse. I så fald blev der ikke foretaget en overføring til almenheden. Hvis hyperlinkeren derimod vidste, eller burde have vidst, at det delte hyperlink gav adgang til ulovligt indhold, forelå der en selvstændig overføring til almenheden.<sup>108</sup> Hvor den, der placerede hyperlinket, handlede med vinding for øje, var der en afkræftelig formodning for, at denne havde fuldt kendskab.<sup>109</sup>

Byretten lagde i sin begrundelse i *U 2020.3122 Ø* vægt på, at hjemmesideudbyderens formål med at linke til de pågældende fodboldkampe var at opnå vinding ved annonceindtægter.<sup>110</sup> Landsretten stadfæstede kendelsen, men bemærkede intet konkret i forhold til vindingskriteriet.

Med henvisning til Domstolens afgørelse i *Reha Training*,<sup>111</sup> udtalte Generaladvokat Øe derimod i sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, at ”[d]en omstændighed, at en handling sker med vinding for øje, kan således højst udgøre et indicium for, at der er sket en sådan ”overføring.”<sup>112</sup>

Indholdsdelingstjenester har som hovedregel en økonomisk interesse i at lagre og give adgang til det brugergenererede indhold. YouTube er eksempelvis en global videodelingsplatform, hvor brugere uploader og deler videoer bestående af lyd- og billedoptagelser, der kan streames af platformens øvrige brugere.<sup>113</sup> YouTube stiller deres tjeneste gratis til rådighed for brugerne. YouTube genererer derfor primært sine indtægter baseret på salg af reklameplads, der fremgår af det brugergenererede indhold på platformen.<sup>114</sup> Ca. 80% af verdens internetbrugere har en konto på YouTube. Hver dag ser YouTubes brugere sammenlagt én milliard timers video på platformen. Dette genererer milliarder

---

<sup>106</sup> GS Media, pr. 6.

<sup>107</sup> Ibid. pr. 10.

<sup>108</sup> Ibid. pr. 50.

<sup>109</sup> Ibid. pr. 51.

<sup>110</sup> U 2020.3312 Ø, s. 3125.

<sup>111</sup> Reha Training, pr. 63 – 64.

<sup>112</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 87.

<sup>113</sup> Ibid. punkt 14-15.

<sup>114</sup> Ibid. punkt 43.

af visninger af de brugergenererede videoer og tilsvarende annonceindtægter.<sup>115</sup> YouTube giver dermed klart adgang til det brugernes indhold med vinding for øje.

Såfremt formodningsreglen fra *GS Media* overføres til ansvarsbedømmelsen for indholdsdelingstjenester, vil det medføre en retstilstand, hvor indholdsdelingstjenester, allerede som følge af, at de handler med vinding for øje, som hovedregel foretager en overføring til almenheden og er primært ansvarlige.<sup>116</sup> Risikoen for denne vidtgående retstilstand taler for, at betydningen af, om der handles med vinding for øje, bør begrænses.

#### **2.2.4 Mulighed nr. 2: Indholdsdelingstjenester er sekundært ansvarlige**

I modsætning til Domstolens hidtidige praksis, lægger Generaladvokat Øes indskrænkende fortolkning af overføringsretten i *YouTube/Cyando* op til en retstilstand, hvor platformsoperatører som hovedregel ikke er primært ansvarlige for at give adgang til værker, der uploades af brugerne uden rettighedshavers tilladelse.<sup>117</sup> Denne fortolkning er blevet kritiseret for at være regressiv.<sup>118</sup>

Ikke desto mindre forekommer Generaladvokat Øes fortolkning af begrebet ”overføring” mere i overensstemmelse med den oprindelige sondring mellem direkte krænker og faciliterende mellemmand. Som Generaladvokat Øe gør gældende, efterlader hans fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 ikke rettighedshaverne tomhændet, idet indholdsdelingstjenesters potentielle sekundære ansvar for brugernes ophavsretskrænkelser fortsat er en mulighed.<sup>119</sup>

Generaladvokat Øe understregede ved sit forslag til afgørelse, at det sekundære ansvar for brugernes handlinger ikke er harmoniseret i EU-retten, men i stedet følger af medlemsstaternes nationale regler.<sup>120</sup> Efter Generaladvokat Øes opfattelse medfører de nationale regelsæt tilstrækkelige og effektive

---

<sup>115</sup> Der henvises til den statistiske opgørelse af YouTubes virksomhedsdata fra 2019 henholdsvis 2021 (tilgængelig via <https://www.oberlo.com/blog/youtube-statistics> - senest tilgået den 23. maj 2021)

<sup>116</sup> Rosati, Eleonora (2017), s.1238.

<sup>117</sup> Hanuz, Bianca (2021), para 58 – 59.

<sup>118</sup> Se Rosati, Eleonora, ”The AG Opinion in YouTube/Cyando: a regressive interpretation of the right of communication to the public.”, The IPKat, 27. juli 2020 (tilgængelig via [The AG Opinion in YouTube/Cyando: a regressive interpretation of the right of communication to the public - The IPKat \(ipkitten.blogspot.com\)](https://www.ipkitten.blogspot.com) – senest tilgået den 23. maj 2021).

<sup>119</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 93.

<sup>120</sup> Ibid. punkt 65.

retsmidler for rettighedshaverne.<sup>121</sup> Dette synspunkt går imod, hvad der tidligere er blevet gjort gældende af Generaladvokat Szpunar. I sit forslag til afgørelse i *TPB* udtalte han, at medlemstaternes forskelligartede regler om medvirkensansvar ikke sikrer en effektiv beskyttelse af rettighedshavernes enerettigheder. Spørgsmålet om platformes ansvar skulle derfor besvares ud fra EU-retten.<sup>122</sup>

Generaladvokat Øe henviste specifikt til, at det sekundære ansvar ikke ”*på sit nuværende udviklingstrin*” er harmoniseret ved Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.<sup>123</sup> Som illustreret ved analysen af indholdsdelingstjenesters primære ansvar i afsnit 2.2.3 eliminerer Domstolens fokus på subjektivt kendskab til en vis grad forskellen mellem det primære og det sekundære ansvar. Domstolens praksis reflekterer, hvad der er ”*det nuværende udviklingstrin*.”<sup>124</sup> Generaladvokat Øes konklusion er derfor ikke uanfægtelig.

Indholdsdelingstjenesters potentielle sekundære ansvar skal dog som udgangspunkt vurderes på baggrund af nationale regler om medvirken.

I dansk ret følger det strafferetlige medvirkensansvar af straffelovens § 23, stk. 1. Alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til overtrædelse af en straffelagt bestemmelse, kan ifalde et medvirkensansvar. Medvirkensansvaret omfatter i princippet både aktiv og passiv medvirken. Det passive medvirkensansvar forudsætter dog, at den, der undlader at handle, har forsømt en mulighed for at forhindre lovovertrædelsen.<sup>125</sup> Medvirkensansvar forudsætter desuden, at det påkrævede tilregningskrav for den relevante strafbestemmelse er opfyldt. For ophavsretskrænkelser gælder kun et krav om grov uagtsomhed jf. OHL § 76, stk. 1. Dette skal dog ses i sammenhæng med E-handelslovens § 16, hvorefter der kræves kendskab, dvs. fortsæt, før ansvarsfritagelsen bortfalder.<sup>126</sup>

Der gælder derimod ikke en generel erstatningsretlig medvirkensbestemmelse i dansk ret. Et eventuelt medvirkensansvar vurderes i stedet ud fra betragtninger om solidarisk ansvar og hæftelse for flere

---

<sup>121</sup> Ibid. punkt 102-103.

<sup>122</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 8. februar 2017 i sag C-610/15, punkt 3.

<sup>123</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 104.

<sup>124</sup> Schwemer, Sebastian Felix (2020), s. 401, note 6.

<sup>125</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld i Trzaskowski, Jan, “Internetretten”, Ex Tuto Publishing, 3. udgave, 2017 (i det følgende benævnt ”Jakobsen, Søren Sandfeld i Trzaskowski, Jan (red.) (2017)”), s. 668.

<sup>126</sup> Schaumburg-Müller, Sten, Strafansvar for indholdet af onlinemedier - Om formidleransvar for medier, der ikke er omfattet af medieansvarsloven, som trykt i U 2018B.113, s. 117. Der henvises også til afsnit 2.3.1 nedenfor.

skadevoldere.<sup>127</sup> Medvirkensansvar forudsætter, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt for både den primære skadevolder og den medvirkende. Hvis ansvarsgrundlaget for den primære skadevolder er et almindeligt culpaansvar, gælder dette tilsvarende for den medvirkende.<sup>128</sup>

Det erstatningsretlige medvirkensansvar omfatter tillige både aktiv og passiv medvirken, hvor den medvirkende kunne have forhindret den ansvarspådragende handling.<sup>129</sup> Efter OHL § 83 kan ophavsmanden kræve erstatning af den, der culpøst har foretaget krænkelsen. Det følger ikke af bestemmelsens ordlyd, hvem der skal anses for ansvarlig. Såvel tjenestens brugere som indholdsdelingstjenesten kan således ifalde et erstatningsansvar for ophavsretskrænkelsen.<sup>130</sup>

Indholdsdelingstjenesters sekundære ansvar for brugernes deling af ophavsretskrænkende indhold afhænger af udbyderens viden om ulovligheden af det konkrete indhold. Af afgørende momenter kan fremhæves, om tjenesten har et redaktionelt ansvar eller kontrol med udvælgelsen af indholdet, om tjenesten har fået konkret viden ved henvendelser fra rettighedshaverne, og om tjenesten har undladt at tage rimelige skridt til at forebygge ophavsretskrænkelse.<sup>131</sup> I mangel af nærmere afklaring i retspraksis, antages culpavurderingen at være stort set sammenfaldende med, om indholdsdelingstjenester har kendskab jf. E-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 1.<sup>132</sup> Det vil være en yderst konkret vurdering, om en indholdsdelingstjeneste har handlet uagtsomt i forhold til en brugers krænkende handlinger.

Efter almindelig dansk erstatningsret, vil retsvirkningen af indholdsdelingstjenestens sekundære ansvar være, at brugeren og tjenesten hæfter solidarisk over for rettighedshaver. Udbyderne af indholdsdelingstjenester vil formentlig kunne søge regres over for brugerne, hvis de har udredt erstatningen til rettighedshaver. Effekten af regresretten afhænger dog af, hvor åbenlys brugernes identitet er.<sup>133</sup>

---

<sup>127</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld i Trzaskowski, Jan (red.) (2017), s. 669.

<sup>128</sup> Karstoft, Susanne (2021), s. 175.

<sup>129</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld i Trzaskowski, Jan (red.) (2017), s. 669.

<sup>130</sup> Mathiasen, Jakob Plesner & Lasse Lau Nielsen (2019), s. 274.

<sup>131</sup> For en omfattende gennemgang af retspraksis fra de nationale domstole i EU-medlemsstaterne henvises til Mathiasen, Jakob Plesner & Lasse Lau Nielsen (2019), s. 275 – 282. Forfatterne konkluderer, at de nationale afgørelser ikke kan tillægges betydelig præjudikatsværdi ved de danske domstoles vurdering af indholdsdelingstjenesters medvirkensansvar.

<sup>132</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 303.

<sup>133</sup> Karstoft, Susanne (2021), s. 177.



## 2.2.5 Delkonklusion

Ved at fortolke begrebet ”overføring til almenheden” udvidende har Domstolen udvidet området for rettighedshavernes eneret tilsvarende. Det primære ansvar udvides således til også at omfatte mere accessoriske handlinger. Domstolens udvidende fortolkning i *GS Media, Filmspeler* og *TPB* medfører, at indholdsdelingstjenester kan være primært ophavsretligt ansvarlige under det eksisterende ansvarsregime. I så fald vil det uharmoniserede medvirkensansvar få mindre betydning i fremtidige sager om indholdsdelingstjenesters ophavsretlige ansvar. I sit forslag til afgørelse i de verserende *YouTube/Cyando-sager* lægger Generaladvokat Øe dog op til, at indholdsdelingstjenester som hovedregel bør være sekundært ansvarlige. Dette ansvar skal vurderes ud fra medlemsstaternes nationale regelsæt. Denne indskrænkende fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 kan læses som en opfordring til at bremse Domstolens aktivistiske fortolkning af overføringsretten. Det må dog anses for usandsynligt, at Domstolen vil følge Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i sin helhed, idet det vil kræve en fravigelse af tidligere praksis.<sup>134</sup>

## 2.3 Ansvarsfritagelsen

### 2.3.1 ”Safe harbor” for indholdsdelingstjenester

E-handelsdirektivet indeholder ansvarsfritagelsesregler for en række nærmere bestemte formidlingstjenester.<sup>135</sup> Ansvarsfritagelsesreglerne kaldes også ”safe harbor”-regler. For denne afhandling er det alene ansvarsfritagelsen for hostingtjenester i E-handelsdirektivets art. 14, der er relevant. Denne ansvarsfritagelse er implementeret direktivnært i dansk ret ved E-handelslovens § 16. Alle henvisninger i dette afsnit til E-handelsdirektivets art. 14 svarer til en henvisning til E-handelslovens § 16.

---

<sup>134</sup> Til illustration afsagde den britiske High Court of Justice i februar 2021 desuden to afgørelser, hvor Generaladvokat Øes forslag til afgørelse blev vurderet. Den britiske domstol udtalte i begge tilfælde, at Generaladvokatens forslag til afgørelse er ”*unlikely to be followed*.” Se England and Wales High Court of Justices afgørelse af den 25. februar 2021 *Capitol Records & Ors v British Telecommunications Plc & Ors* [2021] EWHC 409 (Ch), pr. 26, og England and Wales High Court of Justices afgørelse af den 25. februar 2021 (*Young Turks Recordings Ltd & Ors v British Telecommunications Plc & Ors* [2021] EWHC 410 (Ch), pr. 79. For omtale af de to sager se Rosati, Elenora, ”High Court grants, for the first time, website blocking orders targeting cyberlocker and streamripping sites/app and considers that CJEU won’t follow AG Opinion in YouTube/Cyando”, *The IPKat*, 27. februar 2021 (tilgængelig via <https://ipkitten.blogspot.com/2021/02/high-court-grants-for-first-time.html> - senest tilgået den 25. maj 2021).

<sup>135</sup> Ren videreformidling (”mere conduit”) (art. 12), caching (art. 13) og oplagring (”hosting”) (art. 14).

Fælles for safe harbor-reglerne er, at de finder anvendelse ved en formidlers ”*levering af informationsfundstjenester*”, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.<sup>136</sup>

E-handelsdirektivets art. 14 harmoniserer alene muligheden for ansvarsfritagelse. Direktivet harmoniserer derimod ikke selve ansvaret. Hvis en mellemmand ikke opfylder betingelserne for ansvarsfrihed, kan der ikke heraf slutes, at mellemmanden er ansvarlig.<sup>137</sup> Art. 14 finder principielt anvendelse på en hvilken som helst lovovertrædelse, forudsat at tjenesteudbyderen opfylder de specifikke betingelser for ansvarsfrihed.<sup>138</sup> Det horisontale anvendelsesområde er også årsagen til, at EU-Domstolens praksis vedrørende andre retsområder end ophavsret inddrages i afhandlingens vurdering af fritagelsens nærmere indhold.

Indholdsdelingstjenester er som udgangspunkt ikke omfattet af ordlyden af nogle af ansvarsfritagelsesreglerne. Dette skyldes, at E-handelsdirektivet blev vedtaget på et tidspunkt, hvor disse tjenester endnu ikke var udbredte.<sup>139</sup> En del indholdsdelingstjenesters ydelse består imidlertid også i lagring af brugernes indhold. E-handelsdirektivets art. 14 om hosting er derfor den mest oplagte fritagelse for disse tjenester. Hosting er karakteriseret ved, at tjenesteudbyderen stiller lagringsplads til rådighed for brugerne.<sup>140</sup> Det forudsættes, at lagringen er mere permanent end midlertidige transmissionskopier eller teknisk hosting.<sup>141</sup>

Det følger af praksis og den juridiske litteratur, at tjenester med brugergenereret eller bruger-uploadet indhold kan være omfattet af ansvarsfritagelsen i art. 14.<sup>142</sup> EU-Domstolen har eksempelvis udtalt, at

---

<sup>136</sup> E-handelsdirektivets art. 2, stk. 1, litra a henviser til art. 1, stk. 1 litra b i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/1535/EU, der pr. 7. oktober 2015 erstattede art. 1, stk. 2 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter, hvoraf den citerede definition følger.

<sup>137</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 280.

<sup>138</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 279.

<sup>139</sup> Karstoft, Susanne (2021), s. 209.

<sup>140</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 299 – 300.

<sup>141</sup> E-handelsdirektivets 42. betragtning.

<sup>142</sup> Af relevant praksis henvises til Domstolens dom af den 23. marts 2010 i de forenede sager C-236/08 og C-238/08, Google Sarl og Google Inc. mod Louis Vuitton m.fl., pr. 110; Domstolens dom af den 12. juli 2011 i sag C-324/09, L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl., pr. 113; Domstolens dom af den af den 16. februar 2012 i sag C360/10, SABAM mod Netlog NV, pr. 27. Samme konklusion følger flere steder af litteraturen, eksempelvis Mathiasen, Jakob Plesner & Lasse Lau Nielsen (2019), s. 289 – 290. Udsen, Henrik (2019), s. 316 og Savin, Andrej, 'EU Internet Law', 3. udgave, Elgar European Law, 2020, s. 175.

det var ubestridt, at Facebook skulle betragtes som en hosting-udbyder og som udgangspunkt var omfattet af art. 14.<sup>143</sup> Samme fortolkning følger forudsætningsvis af Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*<sup>144</sup> og den verserende præjudicielle forelæggelse i *Puls4*.<sup>145</sup> Indholdsdelingstjenester kan dermed principielt være omfattet af ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivets art. 14, forudsat at betingelserne konkret er opfyldt.

Art. 14, stk. 1, litra a og litra b regulerer hvert sit ansvarsfritagelsesregime. Litra a hjemler ansvarsfrihed for det tilfælde, at mellemmanden ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår. Litra b hjemler derimod ansvarsfrihed, hvor mellemmanden har fået sådant kendskab, men straks reagerer ved effektivt at fjerne indholdet. Det følger desuden af art. 14, stk. 2, at ansvarsfritagelsen ikke finder anvendelse, hvor tjenestens brugere er underlagt tjenesteyderens kontrol eller myndighed.

Ifølge E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra a afhænger mellemmandens mulighed for ansvarsfritagelse af dennes kendskab til de lovovertrædelser, der finder sted ved brug af tjenesten. E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra a sonderer mellem konkret kendskab for strafansvar og kendskab for erstatningsansvar.<sup>146</sup> E-handelsloven § 16, stk.1, nr. 1 henviser blot til kendskab for begge ansvarstyper. Der er dog ingen materiel forskel mellem kendskabskriteriet i direktivet hhv. den danske lov.<sup>147</sup>

Der må kræves en højere grad af kendskab end generel viden om, at brugerne uploader ophavsretskrænkende materiale, eftersom formålet med ”safe harbor”-reglerne netop var, at formidlere ikke generelt var ansvarlige for det ulovlige indhold, som lagres på tjenesten.<sup>148</sup> Til sammenligning udtalte Generaladvokat Øe i sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, at ansvarsfrihed efter art. 14, stk. 1,

---

<sup>143</sup> Domstolens dom af den 3. oktober 2019 i sag C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek mod Facebook Ireland Limited, pr. 22 (i det følgende benævnt ”*Facebook-dommen*” eller ”*Facebook*”).

<sup>144</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 136.

<sup>145</sup> Den præjudicielle forelæggelse af den 28. maj 2019 i sag C-500/19, Puls 4 TV GmbH & Co. KG mod YouTube LLC og Google Austria GmbH (i det følgende benævnt ”Anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-500/19 (Puls4)”).

<sup>146</sup> Den engelske udgave af E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra a differentierer mellem ”*actual knowledge*” or ”*awareness*”.

<sup>147</sup> Karstoft, Susanne (2021), s. 213, der henviser til bemærkningerne til E-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 1 i FT 2001-02, 2. samling, tillæg A, s. 1836.

<sup>148</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 307.

ud fra en formålsfortolkning, henviser til det tilfælde, hvor tjenesteyder ”(faktisk) har kendskab til de objektive elementer, der vedrører konkret information på dennes servere [...]”.<sup>149</sup>

Ved vurderingen af, om en udbyder af en indholdsdelingstjeneste har ”kendskab” må det også indgå som et væsentligt moment, hvor åbenbart ulovligt indholdet er.<sup>150</sup> For ophavsretskrænkelser er det dog forbundet med stor usikkerhed, hvorvidt brugeruploadet indhold er ulovligt. Dette afhænger af, om delingen af indholdet er omfattet af en licensaftale, en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning eller om det er offentligt domæne.<sup>151</sup>

Om indhold er ”åbenbart ulovligt” skal vurderes ud fra målestokken for en påpasselig erhvervsdrivende tjenesteudbyder jf. *L’Oréal/eBay*,<sup>152</sup> og ikke ud fra, hvad der er åbenbart for lægmand.<sup>153</sup> Hvor kendskabet til det ulovlige indhold skyldes en henvendelse fra rettighedshaver, vil vurderingen desuden afhænge af henvendelsens pålidelighed, kvalitet og nøjagtighed.<sup>154</sup> Det kan også tillægges vægt, om tjenesteudbyderne har informeret brugerne om, at de ikke må dele ophavsretskrænkende indhold på tjenesten. Herudover kan tjenestens kontrol med det brugerdelte indhold være afgørende.

Dansk retspraksis indikerer, at en udbyder af en e-handelsplatform, der ikke kontrollerer brugernes annoncer, ikke har kendskab til ulovligheden af annoncerne.<sup>155</sup> Tjenester, hvor der uploades store mængder ophavsretligt beskyttet materiale, bør dog ikke kunne holde sig uvidende om brugernes

---

<sup>149</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 171.

<sup>150</sup> Karstoft, Susanne (2021), s. 218. Se også Udsen, Henrik (2019), s. 308.

<sup>151</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 188.

<sup>152</sup> Domstolens dom af den 12. juli 2011 i sag C-324/09, *L’Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl.* (i det følgende benævnt ”*L’Oréal/eBay*” og ”*L’Oréal/eBay-dommen*”), pr. 120 – 122.

<sup>153</sup> Modsætningsvist anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-500/19 (Puls4), punkt 22, hvor den forelæggende ret gør gældende, at kendskab til ulovligheden kræver, at ulovligheden er åbenbar for en lægmand uden yderligere efterforskning, og at den pågældende er overbevist om, at indholdet er forbudt.

<sup>154</sup> EU-Kommissionens meddelelse af den 28. september 2017 om ”Bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet – større ansvar for onlineplatforme” (COM(2017) 555 final) (i det følgende benævnt ”EU-Kommissionens meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet (2017)”), afsnit 4.1, s. 14.

<sup>155</sup> Retten i Viborgs utrykte dom af den 15. marts 2010 i sag 2532/2009, der omtales i Karstoft, Susanne (2021), s. 215.

handlinger, når tjenestens funktioner medfører en vis aktiv involvering i præsentationen af indholdet.<sup>156</sup> Hvor en tjeneste har handlet culpøst og ifalder et erstatningsretligt medvirkensansvar, vil ansvarsfritagelse efter E-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 1 i praksis ofte være udelukket for ophavsretskrænkelser.<sup>157</sup>

Efter E-handelsdirektivets art. 14 litra b hhv. E-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 2 er mellemmandens ansvarsfrihed betinget af en handlepligt. Betingelsen indeholder flere skønsprægede elementer. For det første vil det være en konkret vurdering, om tjenesteudbyderen har ”kendskab” jf. art. 14, stk. 1, litra a. Betingelsen i litra b indeholder tillige det tidsmæssige aspekt ”*straks*.” Vurderingen af, hvad der er tilstrækkelig hurtigt, vil afhænge af arten af det ulovlige indhold samt de potentielle skadevirkninger.<sup>158</sup>

E-handelsdirektivet harmoniserer dog ikke en egentlig ”notice and take down”-procedure.<sup>159</sup> Selve notifikationen fra rettighedshaverne og fjernelsen af indholdet kan ske enten manuelt eller automatisk ved matchingalgoritmer eller filtreringsteknologier, som tjenesterne frivilligt har indført.<sup>160</sup> De fleste større indholdsdelingstjenester har desuden indført en aftalebaseret ”notice and take down”-procedure.<sup>161</sup>

### **2.3.1.1 Særligt om indholdsdelingstjenesters aktive rolle**

Indholdsdelingstjenester kan typisk opdeles i primære og sekundære ydelser. Den primære ydelse består i at give brugeren mulighed for at kunne uploade og lagre indhold på tjenesten. De sekundære ydelser består i mere faciliterende funktioner, der har til formål at sikre en mere brugervenlig udnyttelse af platformen. Dette kan eksempelvis være en overskuelig organisering af indholdet. Tjenesterne

---

<sup>156</sup> Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse af den 28. november 2019 i C-567/18, Coty Germany GmbH mod Amazon Services Europe Sàrl, punkt 82.

<sup>157</sup> Udsen, Henrik (red.) m.fl., ’Lærebog i informationsret’, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020 (i det følgende benævnt ”Udsen, Henrik (red.) m.fl. (2020)”), s. 500.

<sup>158</sup> EU-Kommissionens meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet (2017), afsnit 4.1, s. 14 – 15.

<sup>159</sup> På nuværende tidspunkt er der ikke indført et samlet adfærdskodeks for en ”notice and take down”-procedure i Danmark. EU-Kommissionens meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet (2017) havde dog til formål at fremme ensartede og effektive procedurer for anmeldelse og nedtagning af ulovligt indhold jf. Erhvervsministeriets grund- og nærhedsnotat af den 15. november 2017 til Folketingets Europaudvalg (ERU bilag 56, samling 2017-2018), s. 2.

<sup>160</sup> EU-Kommissionens meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet (2017), afsnit 3.3.2., s. 12.

<sup>161</sup> Udsen, Henrik (2019), s. 302.

tilbyder ofte også en søgefunktion, der gør det muligt for tredjepartsbrugere at søge blandt det tilgængelige indhold. De sekundære ydelser kan også bestå i et kommunikationsnetværk for brugerne.<sup>162</sup>

De specifikke sekundære ydelser afhænger af den enkelte tjeneste. En indholdsdelingstjeneste som YouTube tilbyder sine brugere en præsentation af indholdet efter emneområde. YouTube tilbyder desuden anbefalinger af videoer baseret på brugernes historik og søgepræferencer. De fleste af YouTube's sekundære ydelser er baseret på algoritmisk teknologi og genereres automatisk baseret på registreret brugerdata.<sup>163</sup> Indholdsdelingstjenesters primære ydelse gør tjenesterne til hostingtjenester som principielt er omfattet af ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivet art. 14. De sekundære ydelser er derimod afgørende for, om udbydere af indholdsdelingstjenester anses for aktive eller passive formidlere af det lagrede indhold.

Det bemærkes, at spørgsmålet om indholdsdelingstjenesters aktive rolle er forelagt EU-Domstolen af den østrigske højesteret i den verserende *Puls4-sag*. I denne sag har sagsøgerne gjort gældende, at YouTube ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen for hostingtjenester, eftersom YouTube i stedet er en aktiv "content provider."<sup>164</sup>

Sondringen mellem mellemmandens aktive og passive rolle udspringer af E-handelsdirektivets 42. betragtning. Ifølge denne betragtning er ansvarsfritagelse i alle tilfælde betinget af, at mellemmandens aktivitet udelukkende er *teknisk, automatisk og passiv*. En tjenesteudbyder er passiv, når denne hverken har kendskab eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres på tjenesten.

Denne præambelbetragtning blev uddybet i *Google AdWords-dommen*.<sup>165</sup> Sagen vedrørte i hovedtræk de påståede krænkelse af Louis Vuittons varemærker, der fandt sted, når en internetbruger søgte på ord svarende til varemærkerne på Googles søgemaskine. Ved sin søgning blev internetbrugeren præsenteret for links til hjemmesider, der solgte efterligninger af Louis Vuittons produkter. Disse søgeresultater var en følge af Googles søge- og annonceringsydelse "AdWords."<sup>166</sup> Under henvisning til

---

<sup>162</sup> Mathiasen, Jakob Plesner & Lasse Lau Nielsen (2019), s. 270.

<sup>163</sup> Anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-500/19 (Puls4), punkt 1.

<sup>164</sup> Ibid. punkt 6.

<sup>165</sup> Domstolens dom af den 23. marts 2010 i de forenede sager C-236/08 - C-238/08, Google France Sarl mod Louis Vuitton m.fl. (i det følgende benævnt "Google AdWords" eller "Google AdWords-dommen").

<sup>166</sup> Google AdWords, pr. 23.

E-handelsdirektivets 42. betragtning udtalte Domstolen, at Googles ansvarsfritagelse var betinget af, at de havde en neutral eller passiv rolle.<sup>167</sup>

Selvom det ultimativt tilkom den nationale domstol at vurdere, om Google havde en passiv rolle, lagde Domstolen op til, at Google ikke var afskåret fra at påberåbe sig ansvarsfritagelsen i art. 14. På baggrund af en ganske kortfattet vurdering af Googles ydelse, fandt Domstolen det ikke i sig selv tilstrækkeligt for at anse Googles rolle for aktiv, at Google leverede sin ydelse mod vederlag og fastsatte betalingsvilkårene for annoncerne. Det ændrede heller ikke Domstolens konklusion, at der ved internetbrugernes søgning skete en sammenligning af brugerens søgeord og AdWords, der var lagret på Googles server.<sup>168</sup>

I YouTubes tilfælde fremgår betingelserne for annonceindtægter af de almindelige brugervilkår for det såkaldte ”YouTube Partner Program.”<sup>169</sup> Ud fra resultatet i *Google AdWords* er det ikke i sig selv tilstrækkeligt for, at en indholdsdelingstjeneste har en ”aktiv rolle”, at de fastsætter vilkårene for annonceindtægterne af indholdet på platformen. Det vil heller ikke i sig selv være tilstrækkeligt, at en indholdsdelingstjeneste har en integreret søge- og indekseringsfunktion, der gør det muligt at sammenholde brugernes søgninger med det lagrede indhold på tjenesten.

I *L’Oréal/eBay-dommen* foretog Domstolen en yderligere præcisering af anvendelsesområdet for art. 14 og begrebet ”aktiv rolle.” L’Oréal er indehaver af en række immaterielle rettigheder, herunder flere registrerede varemærker. eBay-platformen er en af verdens førende onlinemarkedspladser, hvor brugerne kan udbyde varer til salg til potentielle købere. I visse tilfælde foretog eBay tillige en optimering af brugernes salgstilbud, og bistod brugerne ved promovring og annoncering på eksempelvis Googles søgemaskine.<sup>170</sup> Domstolen gentog betragtningerne fra *Google AdWords*.<sup>171</sup> Herudover fandt Domstolen, at hvis operatøren af eBay ydede ”bistand bestående i bl.a. at optimere eller fremme” salgsannoncerne, ville de ikke længere have en passiv rolle. I så fald ville udbyderne være afskåret fra ansvarsfritagelsen efter E-handelsdirektivets art. 14.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> Ibid. pr. 113 og 114.

<sup>168</sup> Ibid. pr. 116-117.

<sup>169</sup> Vilkårene kan tilgås via <https://support.google.com/youtube/answer/1311392#zippy=%2Cfollow-the-youtube-community-guidelines%2Cfollow-adsense-program-policies> (senest tilgået den 4. maj 2021)

<sup>170</sup> L’Oréal/eBay, pr. 31.

<sup>171</sup> Ibid. pr. 115.

<sup>172</sup> Ibid. pr. 116.

I sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando* kvalificerede Generaladvokat Øe begrebet ”aktiv rolle” som et spørgsmål om, hvornår tjenesteyderen har opnået ”den intellektuelle kontrol” over det brugerdelte indhold. Intellektuel kontrol forudsætter, at tjenesten er aktivt involveret i udvælgelsen eller selve indholdet, eller hvor indholdet fremstår som hidrørende fra tjenesten.<sup>173</sup> Tjenesteudbydere skal således have kontrol over selve indholdet, og ikke blot adgangen til indholdet, for at have en aktiv rolle.<sup>174</sup> På denne baggrund fandt Generaladvokat Øe, at YouTube alene kontrollerede *adgangen* til det ophavsretlige indhold, som blev uploadet til platformen, men ikke selve *indholdet*.<sup>175</sup>

”Intellektuel kontrol” er et snævrere begreb end ”kontrol”, som ellers følger af E-handelsdirektivets ordlyd og Domstolens praksis i *Google AdWords* og *L’Oréal/eBay*. Retsvirkningen af Generaladvokat Øes fortolkning er at anvendelsesområde for E-handelsdirektivets art. 14 udvides til tjenester, hvis natur er mere aktive end traditionelle hostingtjenester.

Mange indholdsdelingstjenester vil tilbyde en form for rangering og anbefaling af indholdet til brugerne. På baggrund af *L’Oréal/eBay* kan det gøres gældende, at der herved sker en udvælgelse af, hvilket indhold præsenteres for brugerne. Indholdet, der rangeres som ”foreslået” eller ”anbefalet”, optimeres gennem disse funktioner. Om dette medfører, at tjenesteudbydere opnår den intellektuelle kontrol over indholdet, antages at afhænge af, hvordan det anbefalede indhold udvælges. Udbydere af eBay-platformen ydede en mere individuel optimering af nærmere bestemte salgsudbud, og promoverede indholdet uden for tjenesten som ”sponsorerede links” på Google.<sup>176</sup> Disse momenter var afgørende for eBay-platformens aktive rolle.

YouTubes ”anbefalede videoer”-funktion genereres derimod på baggrund af en teknisk og automatisk behandling af indholdet på platformen.<sup>177</sup> YouTube har dog en direkte økonomisk interesse i at sikre, at indholdet skræddersys til brugerne af tjenesten. Dette øger tjenestens popularitet og konkurrenceevne. Anbefalet indhold kan blandt andet opnås ved brug af en sofistikeret algoritme, der indekserer og kategoriserer det brugeroploadede indhold efter brugernes præferencer. Omvendt træffer en platform som YouTube ingen redaktionelle valg i forhold til bestemt indhold, der uploades af brugerne.

---

<sup>173</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 152.

<sup>174</sup> Ibid. punkt 155.

<sup>175</sup> Ibid. punkt 153 - 155.

<sup>176</sup> Ibid. punkt 161 med henvisning til *L’Oréal/eBay*, pr. 114.

<sup>177</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 158 og 161.



Udbyderne udvælger ikke, hvilke specifikke videoer, der skal promoveres til hvilke brugere. I *U 2020.3312 Ø* gjorde sagsøgerne dog gældende, at hjemmesideudbyderen spillede en aktiv rolle, selvom indekseringen af links skete automatisk.<sup>178</sup>

Forslaget til afgørelse i *YouTube/Cyando* og resultatet i *L'Oréal/eBay* og *Google AdWords* er ikke et udtryk for en tydelig retstilstand. Generaladvokat Øe foreslog, at hverken YouTube eller Cyando spillede en aktiv rolle.<sup>179</sup> Det er dog fortsat uafklaret, om EU-Domstolen vil tilslutte sig denne skarpe opdeling mellem tjenesteudbydere og deres algoritmer i vurderingen af grænsen mellem aktiv og passiv formidling. I medfør af *L'Oréal/eBay* vil netop indekseringen og promoveringen af indhold sandsynligvis medføre, at tjenesteudbyderen overskrider grænsen for at være en passiv hoster.<sup>180</sup>

Endelig kan det påvirke vurdering, hvilket ophavsretligt ansvar udbydere af indholdsdelingstjeneste ifalder. Som anført i afsnit 2.2.2 kan indholdsdelingstjenesters formentlig både være primært og sekundært ansvarlige for tilrådighedsstillelsen af brugeruploadet ophavsretskrænkende indhold. Grundet ansvarsfritagelsens horisontale anvendelsesområde, finder art. 14 principielt anvendelse på et hvilket som helst ansvar.<sup>181</sup>

Hvis udbyderne af indholdsdelingstjenestens ansvar består i en selvstændig overføring til almenheden jf. Infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1, følger det forudsætningsvis, at denne har spillet en afgørende rolle og været bekendt med, at værkerne er blevet ulovligt uploadet til platformen. Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando* er netop et udtryk for en sådan sammenhængende forståelse af begreberne "aktiv rolle" og "afgørende rolle." Eksempelvis lader det til at være afgørende for hans vurdering af begge betingelser, om indholdsdelingstjenesten "*aktivt er involveret i indholdet.*"<sup>182</sup> Denne sammenhængende forståelse af betingelserne for ansvar og ansvarsfritagelse forekommer hensigtsmæssig, hvis det eksisterende ansvarsregime betragtes som en helhed. Fortolkningen er dog også

---

<sup>178</sup> U 2020.3122 Ø, s. 3124. Der henvises til note 58 for kendelsens begrænsninger som følge af, at der var tale om en sag om foreløbige retsmidler.

<sup>179</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 153.

<sup>180</sup> Rosati, Eleonora, 'The Direct Liability of Intermediaries', i Frosio, Giancarlo (red.) Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, 1. udgave, Oxford University Press, 2020, s. 346 -347 (I det følgende benævnt "Rosati, Eleonora i Frosio, Giancarlo (red.) (2020)"). Se også Leistner, Matthias (2017), s. 16

<sup>181</sup> Leistner, Matthias (2017), s. 16. Samme synspunkt understøttes af Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 138.

<sup>182</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 75 hhv. punkt 152.

et udtryk for en sammenblanding af EU-Domstolens praksis vedrørende forskellige retsområder og beskyttelsehensyn.

Det må antages, at udbyderne af indholdsdelingstjenesters mulighed for ansvarsfritagelse de facto kan bortfalde, hvis de er primært ansvarlige for den uautoriserede overføring til almenheden. Denne konklusion begrundes ud fra, at der vil være et sammenfald mellem de handlinger, der gør, at en tjenesteudbyder spiller en ”afgørende rolle” efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 og de handlinger, der gør, at udbyderen har en ”aktiv rolle.”<sup>183</sup>

### **2.3.2 Delkonklusion**

Ansvarsfritagelsesreglen i E-handelsdirektivets art. 14, og den danske implementering i E-handelslovens § 16 vil principielt kunne påberåbes af indholdsdelingstjenester. Om tjenesteudbyderne opfylder betingelserne for fritagelse vil dog i praksis påvirkes af, om indholdsdelingstjenester er primært eller sekundært ansvarlige for brugernes deling af ophavsretskrænkende indhold. Et primært ophavsretligt ansvar vil kunne medføre, at tjenesteudbyderne ikke længere er en passiv formidler, eftersom der vil være et overlap mellem bedømmelsen af ”afgørende rolle” og ”aktiv rolle.” Uanset at Generaladvokat Øe konkret fandt, at YouTube hverken havde en aktiv eller afgørende rolle, kan hans fortolkning tjene som eksempel for, hvordan ansvar og ansvarsfritagelse efter det eksisterende ansvarsregime kan anvendes sammenhængende.

## **2.4 Forbuddet mod generel monitorering**

### **2.4.1 Hvad udgør ”generel” monitorering?**

Den sidste dimension af det eksisterende ansvarsregime er forbuddet i E-handelsdirektivets art. 15 mod, at medlemsstaterne pålægger formidlingstjenester en generel monitoreringsforpligtelse. Forbuddet gælder i forhold til formidlere, der nyder potentiel ansvarsfritagelse efter E-handelsdirektivets art. 14. E-handelsdirektivets art. 15 er ikke særskilt implementeret i E-handelsloven, idet dansk ret

---

<sup>183</sup> Leistner, Matthias (2017), s. 20.

ansås for allerede overensstemmende med forbuddet.<sup>184</sup> E-handelslovens § 16 skal dog fortolkes i overensstemmelse med forbuddet.<sup>185</sup>

Forbuddet mod en generel monitoreringspligt afspejler i høj grad, at det eksisterende ansvarsregime baserer sig på et udgangspunkt om formidlingstjenesters begrænsede ansvar. Dette er årsagen til, at nærværende afhandling behandler E-handelsdirektivets art. 15 som en integreret del af det eksisterende ansvarsregime.

Anvendelsesområdet for forbuddet i art. 15 er *generel* monitorering. Det følger modsætningsvis, at der ikke gælder et forbud mod, at medlemsstaterne pålægger formidlingstjenester en *specifik* monitoreringspligt. Dette understøttes af E-handelsdirektivets 47. betragtning, hvorefter forbuddet ikke omfatter overvågningsforpligtelser ”i særlige tilfælde.”

I *L’Oréal/eBay* afgrænsede Domstolen forbuddet i art. 15 således, at en tjenesteudbyders forpligtelser ”ikke kan bestå i aktivt at overvåge samtlige oplysninger fra den pågældendes kunder med henblik på at forebygge alle former for fremtidige krænkelse af den intellektuelle ejendomsret på udbyderens hjemmeside.”<sup>186</sup> Dette betød dog ikke, at eBay ikke kunne påbydes at forebygge nye fremtidige krænkelse af ”samme varemærkeret” foretaget af ”samme erhvervsdrivende”.<sup>187</sup>

For omtrent 10 år siden traf Domstolen afgørelse i to præjudicielle forelæggelse om udstrækningen af forbuddet i art. 15. Det belgiske administrationsselskab, SABAM, der repræsenterede en række ophavsrettighedshavere, var part i begge de nationale sager. Den første sag var over for internetudbyderen, Scarlet Extended.<sup>188</sup> Den anden var mod den sociale netværksplatform, Netlog.<sup>189</sup> Navnlig sidstnævnte sag er relevant for denne afhandlings fokus på indholdsdelingstjenester. I *Netlog* var der tale om en platform, hvor brugerne indgik i et virtuelt fællesskab og via platformen kunne udveksle

---

<sup>184</sup> Lovforslag nr. 61 af den 29. januar 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, afsnit 12.2.3, s. 19.

<sup>185</sup> Ibid. afsnit 12.2.3, s. 31.

<sup>186</sup> *L’Oréal/eBay*, pr. 139.

<sup>187</sup> Ibid. pr. 141.

<sup>188</sup> Domstolens dom af den 24. november 2011 i sag C-70/10, *Scarlet Extended SA mod Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (i det følgende benævnt ”*Scarlet Extended*” eller ”*Scarlet Extended-dommen*”).

<sup>189</sup> Domstolens dom af den 16. februar 2012 i sag 360/10, *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) mod Netlog NV* (i det følgende benævnt ”*Netlog*” eller ”*Netlog-dommen*”).

dele personlige billeder og tekststykker.<sup>190</sup> SABAM gjorde desuden gældende, at brugerne af Netlog kunne tilgængeliggøre musikalske og audiovisuelle værker. Værkerne kunne tilgås af tjenestens øvrige brugere, uden at rettighedshaverne til disse værker havde givet tilladelse.<sup>191</sup>

I begge *SABAM*-sager var det primære spørgsmål, om en national domstol inden for rammerne af art. 15 kunne pålægge en tjenesteudbyder at implementere et filtrerings- og blokeringsystem, der var præventivt og tidsbegrænset. Systemet skulle anvendes uden forskel over for alle tjenestemodtagere med henblik på at forebygge ophavsretskrænkelser. Endelig skulle systemet indføres for operatørens egen regning.<sup>192</sup>

Systemet skulle filtrere brugernes elektroniske kommunikation hhv. lagrede indhold med henblik på at identificere ophavsretskrænkelser. Systemet skulle desuden gøre det muligt at blokere for ophavsretskrænkende indhold.<sup>193</sup> I forhold til det konkrete filtrerings- og blokeringsystem slog Domstolen fast, at dette ville medføre en generel monitoreringspligt i strid med forbuddet i art. 15.<sup>194</sup> Domstolen nåede samme resultat i både *Netlog* og *Scarlet Extended*.<sup>195</sup>

Af *SABAM*-sagerne kan udledes visse generelle fortolkningsmomenter vedrørende rækkevidden af forbuddet i art. 15. En filtreringsforpligtelse må ikke medføre en pligt for en operatør til at overvåge al eller størstedelen af den oplagrede information med henblik på at identificere potentielle ophavsretskrænkelser. Hvis en mellemmand pålægges en filtreringsforpligtelse, der er 1) aktiv, 2) præventiv, 3) permanent, og 4) ubestemt i omfanget af personer og indhold, vil dette være i strid med forbuddet mod generel monitorering.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> Netlog, pr. 17.

<sup>191</sup> Netlog, pr. 18.

<sup>192</sup> Ibid. pr. 26 hhv. *Scarlet Extended*, pr. 29.

<sup>193</sup> Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse af den 14. april 2011 i sag C-70/10, *Scarlet Extended SA mod Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, punkt 46 - 47.

<sup>194</sup> Netlog, pr. 38.

<sup>195</sup> *Scarlet Extended*, pr. 40.

<sup>196</sup> Ibid. pr. 38 - 40 hhv. Netlog, pr. 36 - 38.

Domstolen har efterfølgende gentaget samme fortolkning af, hvad der udgør en generel monitoreringsforpligtelse i *McFadden*.<sup>197</sup> Under henvisning til forbuddet i art. 15, afviste Domstolen muligheden for at pålægge udbyderen af adgangen til et offentligt og gratis trådløst kommunikationsnetværk en pligt til at undersøge al information, der blev transmitteret via denne internetforbindelse.<sup>198</sup>

#### **2.4.1.1 Proaktiv filtreringsforpligtelse som "monitorering i særlige tilfælde"?**

Særligt relevant for nærværende afhandling er dog, om der kan pålægges tjenesteudbydere en proaktiv pligt til at filtrere for ophavsretskrænkende indhold, uden at dette strider imod forbuddet i art. 15.

I *Facebook-dommen* lagde Domstolen op til et snævrere anvendelsesområde for forbuddet mod generel monitorering og en tilsvarende udvidende fortolkning af monitorering "i særlige tilfælde."<sup>199</sup> Det bemærkes indledningsvis, at sagen ikke vedrørte krænkelse af ophavsretten, men derimod æreskrænkende udsagn mod den østrigske politiker, Eva Glawischnig-Piesczek. Der var konkret tale om en bruger af den sociale medie-plattform, Facebook, der havde delt en artikel.<sup>200</sup> Brugeren havde i forbindelse med deling af artiklen tilføjet en kommentar, hvor politikerens blandt andet blev kaldt "medlem af et fascistparti." Facebook slettede ikke det omhandlede opslag ved politikerens henvendelse.<sup>201</sup>

Domstolen fandt, at forbuddet i art. 15 ikke var til hinder for, at en national domstol pålagde Facebook en forpligtelse til at fjerne eller hindre adgangen til identisk med information fra en bestemt bruger, der tidligere var erklæret ulovlig af en kompetent domstol.<sup>202</sup> Dette stemmer overens med fortolkningen af "specifik monitorering" i *L'Oréal/eBay*, hvor Domstolen fandt, at platformsoperatøren kunne påbydes at forebygge, at "den samme erhvervsdrivende foretager yderligere krænkelse af samme

---

<sup>197</sup> Domstolens dom af den 15. september 2016 i sag C-484/14, Tobias *McFadden* mod Sony Music Entertainment Germany GmbH ("*McFadden*" eller "*McFadden-dommen*").

<sup>198</sup> *McFadden*, pr. 85 – 87.

<sup>199</sup> Facebook, pr. 34 – 35.

<sup>200</sup> Facebook, pr. 12.

<sup>201</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2019 i sag C-18/18, punkt 12-14.

<sup>202</sup> Facebook, pr. 35-36.

varemærker,” hvis platformsoperatøren ”ikke på eget initiativ sørger for at udelukke den, der er ansvarlig for krænkelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder.”<sup>203</sup> Domstolen gik dog videre i *Facebook*, idet monitorering i særlige tilfælde omfattede enhver brugers fremtidige upload af den identiske information.<sup>204</sup>

Ud fra en samlet rimeligheds- og formålsfortolkning, synes Domstolen i *Facebook* også at nå frem til, at en social netværksplatform kan pålægges en pligt til at fjerne og hindre adgangen til information af samme betydning som det, der er blevet erklæret ulovligt. Dette var dog betinget af, at indholdet i det væsentlige var det samme, således at tjenesteyderen ikke blev forpligtet til at foretage en selvstændig juridisk vurdering af indholdet. I modsat fald ville der være tale om et brud på forbuddet mod generel monitorering.<sup>205</sup> Dommens introduktion af en rimelighedsbetragtning kan dog ikke anses for generelt anvendelig. Vurderingen efter E-handelsdirektivets art. 15 bør afhænge af, om den påbudte forpligtelse er direkte eller implicit generel, og ikke om forpligtelsen er ”uforholdsmæssigt streng.”<sup>206</sup>

Samlet set indikerer *Facebook-dommen*, at tjenesteudbydere kan pålægges en ganske vidtgående overvågningsforpligtelse, uden at denne anses for generel, ud fra hensynet til en effektiv beskyttelse af den krænkede part.<sup>207</sup> Af fortolkningen følger, at hvis en påbudt monitoreringsforpligtelses formål er specifikt, dvs. med henblik på at forebygge en specifik krænkelse, vil der være tale om lovlig monitoreringspligt, uanset at genstanden, dvs. al indhold på en platformen, for monitoreringen er generel.<sup>208</sup> Samlet set afviger denne fortolkning fra sondringen mellem generel og specifik monitorering fra Domstolens tidligere praksis i *SABAM-sagerne* og *McFadden*. En forpligtelse til at identificere og fjerne indhold med samme betydning kan de facto medføre en pligt til præventivt at monitorere al indhold fra alle brugere og uden tidsbegrænsning.

---

<sup>203</sup> L’Oréal/eBay, pr. 141.

<sup>204</sup> Facebook, pr. 37

<sup>205</sup> Ibid. pr. 46 jf. pr. 41 og 45.

<sup>206</sup> Angelopoulos, Christina i Rosati, Eleonora (red.) (2021), s. 210.

<sup>207</sup> Udsen, Henrik (red.) m.fl. (2020), s. 514.

<sup>208</sup> Kuczerawy, Aleksandra, ”From ‘Notice and Take Down’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, i Frosio, Giancarlo (red.), ’Oxford Handbook of Online Intermediary Liability’, 1. udgave, Oxford University Press, 2020, s. 541. Samme betragtning følger forudsætningsvist af Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2018 i sag C-18/18, punkt 60, 1. pkt.

Præjudikatsværdien af *Facebook-dommen* skal dog ses i lyset af, at sagen omhandlede æreskrænkende udsagn. Ved æreskrænkende udsagn taler omgængelsesbetragtninger for, at et udsagn med samme betydning bør kunne fjernes proaktivt. Alternativt ville udsagn med samme budskab blot kunne genopstå ved brug af synonymmer. I relation til ophavsretskrænkelser er det mindre oplagt at tale om ”samme budskab” eller ”tilsvarende betydning.”<sup>209</sup> Ophavsmandens eneret knytter sig derimod til værket som sådan.<sup>210</sup>

Endelig vil der i sager om ophavsretskrænkelser på indholdsdelingstjenester ofte opstå situationer, hvor én brugers upload af et værk er ulovligt, mens en anden brugers upload af samme værk er lovligt, idet handlingen falder under en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning.<sup>211</sup> Rækkevidden af *Facebook* må derfor anses for begrænset i sager om ophavsretskrænkelser.

Resultatet i *Facebook* følges dog til en vis grad af Generaladvokat Øes i *YouTube/Cyando*, der omhandler ophavsretskrænkelser. Generaladvokaten udledte af *Facebook-dommen*, at art. 15 ikke er til hinder for, en tjenesteudbyder påbydes en ”stay down-forpligtelse” vedrørende brugeruploads, som en kompetent domstol har afgjort udgør ophavsretskrænkelser.<sup>212</sup>

Generaladvokat Øe tilføjede dog nogle væsentlige sikkerhedsventiler for en eventuel stay down-forpligtelse inden for rammerne af E-handelsdirektivets art. 15. Forpligtelsen skal i alle tilfælde være proportional i forhold til den konkrete tjeneste.<sup>213</sup> Stay down-forpligtelsen må desuden hverken have til formål eller følge at begrænse brugernes mulighed for at gøre brug af de pågældende værker i henhold til de ophavsretlige undtagelser og indskrænkninger. En tjenesteudbyder som YouTube eller Facebook må eksempelvis ikke pålægges en forpligtelse til at filtrere og blokere indhold, der udgør lovlige parodier.<sup>214</sup>

---

<sup>209</sup> Facebook, pr. 41 – 45.

<sup>210</sup> Udsen, Henrik (red.) m.fl. (2020), s. 515.

<sup>211</sup> Senfleben, Martin og Christina Angelopoulos, ‘The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market’, 22. oktober 2020, (i det følgende benævnt “Senfleben, Martin & Christina Angelopoulos (2020)”), s. 15.

<sup>212</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 221.

<sup>213</sup> Ibid. punkt 222.

<sup>214</sup> Ibid. punkt 221 – 222 jf. forslaget note 211.

Både Domstolens fortolkning i *Facebook*, og Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, indikerer, at indholdsdelingstjenester i visse tilfælde kan pålægges en pligt til proaktiv monitorering for at undgå fremtidige krænkelse. Dette forudsætter dog, at der er tale om indhold, der tidligere er blevet erklæret ulovligt af en kompetent domstol. Det er desuden et krav, at forpligtelsen ikke hindrer brugernes adgang til at dele og tilgå lovligt indhold.

I det omfang en indholdsdelingstjeneste kan pålægges en stay down-forpligtelse i forhold til en specifik ophavsretskrænkelser, vil den praktiske efterlevelse af dette påbud forventeligt ske ved brugen af automatiseret filtreringsteknologi. Det er imidlertid svært at forestille sig en filtreringsteknologi, der i praksis vil være tilstrækkelig sofistikeret til at sikre, at monitoreringen ikke bliver de facto generel med risiko for overblokering.<sup>215</sup>

#### **2.4.2 Forholdet til udvalgte grundrettigheder i EU chartret**

Forbuddet mod generel monitorering i art. 15 skal desuden forstås i sammenhæng med grundrettighederne i EU chartret. Det følger af E-handelsdirektivets 46. betragtning, at en hostingtjenesteudbyders ”*fjernelse af informationen eller hindringen af adgangen til den skal foretages under overholdelse af ytringsfriheden.*”<sup>216</sup>

Domstolen har gentagende gange slået fast, at vurderingen af, hvad der udgør en specifik henholdsvis generel monitoreringsforpligtelse også indebærer en afvejning af i) brugernes ret til informations- og ytringsfrihed jf. EU chartrets art. 11 og frihed til kunstnerisk udfoldelse jf. EU chartrets art. 13, ii) formidlingstjenesternes frihed til at oprette og drive egen virksomhed jf. EU chartrets art. 16 og iii) rettighedshavernes beskyttelse af deres intellektuelle ejendomsret jf. EU chartrets art. 17, stk. 2.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> Riis, Thomas og Sebastian Felix Schwemer, 'Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation', *Journal of Internet Law*, bind 22, nr. 7, s. 1–21 (i det følgende benævnt “Riis, Thomas & Sebastian Felix Schwemer (2019)”), s. 13. For samme konklusion henvises til Senftleben, Martin & Christina Angelopoulos (2020), s. 18.

<sup>216</sup> E-handelsdirektivets 46. betragtning knytter sig dog specifikt til ansvarsfritagelsen i art. 14, stk. 2, litra b.

<sup>217</sup> Domstolens dom af den 29. januar 2008 i sag C-275/06, *Promusicae mod Telefónica de España SAU*, pr. 68 og McFadden, pr. 82-83.



Ingen af disse grundrettigheder er imidlertid absolutte.<sup>218</sup> I medfør af EU chartrets art. 52, stk. 1 kan der ske indgreb i grundrettighederne, hvis der er lovhjemmel, et anerkendelsesværdigt formål og proportionalitetsprincippet overholdes. Enhver forpligtelse, der har til formål at sikre rettighedshaveres intellektuelle ejendomsret, skal dermed afvejes over for andre kolliderende grundrettigheder.<sup>219</sup>

Lig forbuddet i E-handelsdirektivets art. 15, er pligtsubjektet efter EU chartret medlemsstaterne.<sup>220</sup> Private indholdsdelingstjenester er derfor som hovedregel ikke forpligtet til at balancere de relevante grundrettigheder, herunder brugernes ytrings- og informationsfrihed, ved indførelsen af et frivilligt filtreringssystem.

I *Küçükdeveci* åbnede EU-Domstolen dog for, at EU chartret kan have direkte virkning i forholdet mellem private.<sup>221</sup> I 2018 afsagde den tyske forfatningsdomstol desuden en dom, der indikerer, at EU chartret kan have direkte horisontal virkning. Den tyske Bundesliga krænkede en fodboldfans grundrettigheder ved at indføre et nationalt adgangsforbud fra stadions som følge af hans tidligere voldelige adfærd.<sup>222</sup>

På baggrund af disse domme og ud fra en formålsfortolkning kan det således ikke afvises, at indholdsdelingstjenester også har en vis pligt til at iagttage brugernes grundrettigheder. I givet fald vil dette skulle indgå i indholdsdelingstjenestens afgørelse af brugernes adgang til at dele indhold på tjenesten. På nuværende tidspunkt har forholdet mellem E-handelsdirektivets art. 15 og EU chartret dog kun været vurderet i det vertikale forhold mellem medlemsstaterne og private tjenesteudbydere.

Ved afvejningen mellem rettighedshavernes intellektuelle ejendomsret og brugernes ytrings- og informationsfrihed, udtalte Domstolen i *SABAM*, at det påbudte filtreringssystem medførte en risiko for krænkelse af brugernes informationsfrihed. Årsagen var, at systemet muligvis ikke ville være i stand

---

<sup>218</sup> *Scarlet Extended*, pr. 43.

<sup>219</sup> Domstolens dom af den 27. marts 2014 i sag C-314/12, *UPC, Telekabel Wien GmbH mod Constantin Film Verleih GmbH og Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, pr. 63.

<sup>220</sup> Der henvises til ordlyden af de citerede bestemmelser i EU chartret.

<sup>221</sup> Domstolens dom af den 19. januar 2010 i sag C-555/07, *Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG*, pr. 22. Der henvises i øvrigt til omtalen af rettighedskollision Christoffersen, Jonas m.fl., 'EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder', 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018 (i det følgende benævnt Christoffersen, Jonas m.fl. (2018)'), s. 52-53.

<sup>222</sup> Den tyske føderale forfatningsdomstols afgørelse (Order of the First Senate) af den 11. april 2018 i sag 1 BvR 3080/09, *BVerfG*, paras. 1-58

til at skelne mellem lovligt og ulovligt indhold.<sup>223</sup> Ytringsfriheden efter EU chartrets art. 11 omfatter brugernes ret til at udøve handlinger omfattet af de ophavsretlige undtagelser og indskrænkninger vedrørende bl.a. karikatur, parodi og pastiche.<sup>224</sup> Dette følger forudsætningsvis af Domstolens dom i *Deckmyn*, der principielt anså parodier for omfattet af ytringsfriheden.<sup>225</sup> Enhver påbudt monitoreringspligt over for en indholdsdelings-tjeneste skal derfor tage hensyn til brugernes ytringsfrihed i form af lovlig brug af ophavsretligt beskyttede værker.

I *SABAM-dommene* bemærkede Domstolen desuden, at det omhandlede påbud kunne medføre en krænkelse af formidlernes frihed til at oprette og drive egen virksomhed.<sup>226</sup> I sit forslag til afgørelse i *Facebook* bemærkede Generaladvokat Szpunar ligeledes, at den nationale ret skulle foretage en afvejning af de grundlæggende rettigheder samt foretage en proportionalitetsvurdering.<sup>227</sup>

Hvis en indholdsdelings-tjeneste påbydes en pligt til at identificere og fjerne ophavsretskrænkende indhold, vil hensynet til rettighedshavernes ophavsret også skulle afvejes over tjenesteudbydernes ret efter EU chartrets art. 16. I *SABAM* var det afgørende for filtreringsforpligtelsens uoverensstemmelse med EU chartret, at påbuddet indebar en pligt til for egen regning at installere et komplekst, dyrt og permanent it-system.<sup>228</sup> Hvor en filtreringsforpligtelse ikke er ressourcemæssigt uproportional på samme måde, vil hensynet til rettighedshaverne efter EU chartrets art. 17, stk. 2 formentlig være mere tungtvejende end hensynet til indholdsdelings-tjenestens ret efter EU charterets art. 16.

### 2.4.3 Delkonklusion

EU-Domstolens praksis er tvetydig i forhold til, hvad der udgør en generel monitoreringsforpligtelse i strid med forbuddet i art. 15. *L'Oréal/eBay*, *SABAM-dommene* og *McFadden* er alle udtryk for, at enhver pligt til at monitorere tilnærmelsesvist al indhold fra tilnærmelsesvist alle brugere på platformen udgør en generel monitoreringspligt. Dette gælder, uanset om monitoreringen sker med henblik på at identificere krænkelse af et specifikt værk, idet genstanden for monitorering stadig er generel.

---

<sup>223</sup> Scarlet Extended, pr. 52.

<sup>224</sup> Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra litra k.

<sup>225</sup> Domstolens dom af den 3. september 2014 i sag C-201/13, Johan Deckmyn m.fl. mod Helena Vandersteen m.fl., pr. 27 og 34. Der henvises til omtalen af samme dom i Andersen, Bruun Pernille (2018), s. 166.

<sup>226</sup> Scarlet Extended, pr. 48 – 49 hhv. Netlog, pr. 48 – 49. Der henvises til beskrivelsen af systemet i afsnit 2.4.1.

<sup>227</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2018 i sag C-18/18, punkt 71 – 74.

<sup>228</sup> Scarlet Extended, pr. 48 hhv. Netlog, pr. 46.

Selvom *Facebook* lægger op til en udvidende fortolkning af en monitorering i særlige tilfælde, er dommens præjudikatsværdi for ophavsretskrænkelser væsentligt begrænset. E-handelsdirektivets art. 15 bør derfor fortsat fortolkes i overensstemmelse med *SABAM*, *McFadden* og *L'Oréal/eBay* på det ophavsretlige område.

### 3 DET NYE ANSVARSREGIME

#### 3.1 Introduktion

Vedtagelsen af DSM-direktivet i 2019 efterfulgte cirka 2,5 års ophedet debat blandt medlemsstaternes regeringer, akademikere og borgere.<sup>229</sup> Særligt direktivforslagets art. 13 og 38. betragtning, der senere blev til den gældende art. 17, medførte protester under slogans som ”#SaveYourInternet”, ”Ban on Memes” og ”We Are Not Bots.”<sup>230</sup> Ifølge kritikere medfører DSMD art. 17 en risiko for, at tjenesterne ved brug af uploadfiltre censurerer brugernes deling af indhold for at undgå et potentielt ophavsretligt ansvar. Enhver reference til indholdsdelingstjenesters ”censur” er dog misforstået, eftersom censur foretages af staten.<sup>231</sup> Den retspolitiske modstand er dog væsentlig at have in mente for dette kapitels undersøgelse af konsekvenserne af indholdsdelingstjenesternes nye ansvar.

Den 24. maj 2019 anlagde Polen et annulationssøgsmål ved EU-Domstolen. Ifølge Polen er DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c uforenelig med beskyttelsen af ytrings- og informationsfriheden i EU chartrets art. 11.<sup>232</sup> Fremtiden for ansvarsregimet i DSMD art. 17 afhænger derfor af udfaldet af denne sag.

---

<sup>229</sup> Det første forslag til DSM-direktivet blev fremsat af EU-Kommissionen den 14. september 2016 (EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked af den 14. september 2016 (COM(2016) 593 final 2016/0280(COD)). Direktivet blev vedtaget i Europa-Parlamentet den 26. marts 2019 og efterfølgende godkendt af Ministerrådet med et kvalificeret flertal den 15. april 2019. Det bemærkes, at direktivet er endeligt dateret den 17. april 2019.

<sup>230</sup> Til illustration af omtalen af de nationale demonstrationer og protester henvises til Meaker, Morgan, ”Inside the giant German protest trying to bring down Article 13”, af den 26. marts 2019, Wired UK (tilgængelig via <https://www.wired.co.uk/article/article-13-protests> - senest tilgået den 20. maj 2021).

<sup>231</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1573 af den 30. april 2020 afgivet af Ytringsfrihedskommissionen om ”Ytringsfrihedens rammer og vilkår i Danmark – Del 2”, s. 652.

<sup>232</sup> Sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, anlagt ved EU-Domstolen den 24. maj 2019.

Generaladvokatens forslag til afgørelse forventes at foreligge i juli 2021.<sup>233</sup> Fristen for medlemsstaternes implementering af DSM-direktivet er dog allerede den 7. juni 2021.<sup>234</sup>

Uagtet debatten omkring vedtagelsen af DSM-direktivet, er formålet med direktivet ifølge DSMD art. 1, stk. 1, ”yderligere at harmonisere EU-retten om ophavsret og beslægtede rettigheder inden for rammerne af det indre marked [...]”. Direktivet er en del af EU-Kommissionens samlede strategi for et digitalt indre marked i EU.<sup>235</sup>

DSMD art. 17, stk. 1 - 10 indeholder en række mekanismer, der blandt andet skal imødekomme dette formål. DSMD art. 17 og de dertilhørende betragtninger udgør en omfattende og kompleks struktur. Det falder uden for omfanget af denne afhandling at behandle alle dele af DSMD art. 17. Diskussionen inddrager derfor kun de dele, der anses for relevante for ansvarsregimet. I trepartsforholdet mellem rettighedshaverne, indholdsdelingstjenesterne og brugerne, tilgodeser ordlyden af art. 17 umiddelbart førstnævntes interesser. Balanceringen af bestemmelsens enkeltdele vil dog blive fastlagt ved medlemsstaternes implementering og domstolenes fortolkning.

DSMD art. 17 og implementeringen betegnes ”**det nye ansvarsregime.**” Betydningen af det nye ansvarsregime, herunder regimets iboende konflikter og interessekollisioner, vil diskuteres nærmere i dette kapitel.

### 3.1.1 Implementeringen i Danmark og Tyskland

I dansk ret implementeres DSM-direktivet i to etaper. DSMD art. 15 og 17 implementeres inden for fristen den 7. juni 2021.<sup>236</sup> Det danske lovforslag er fremsat den 26. marts 2021 til 1. behandling i

---

<sup>233</sup> Communia, Open Letter to the Commission, den 19. april 2021, der baserer sig på udtalelser fra en officiel talsperson for EU-Domstolen (tilgængeligt via [https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2021/04/210419open\\_letter\\_article17\\_guidance.pdf](https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2021/04/210419open_letter_article17_guidance.pdf) – senest tilgået den 23. maj 2021).

<sup>234</sup> DSMD art. 29, stk. 1.

<sup>235</sup> EU-Kommissionens meddelelse af den 6. maj 2015 om ”En strategi for et digital indre marked i EU” (COM(2015) 192 final).

<sup>236</sup> De øvrige dele af DSM-direktivet vil derfor være indeholdt i et selvstændigt lovforslag, der forventes fremsat i andet halvår af 2021 jf. Kulturministeriets pressemeddelelse af den 2. november 2020, ”TODELT TIDSPLAN FOR IMPLEMENTERING AF OPHAVSRETS DIREKTIVER” (tilgængeligt via <https://kum.dk/aktuelt/nyheder/todelt-tidsplan-for-implementering-af-ophavsretsdirektiver> - senest tilgået den 28. maj 2021).

Folketinget den 13. april 2021. Implementeringen af DSMD art. 17 foretages i Danmark ved en ændring af ophavsretsloven. Lovændringen skal træde i kraft den 7. juni 2021.<sup>237</sup> Ved det danske lovforslag introduceres et nyt kapitel 2 b i ophavsretsloven med titlen ”Onlineindholdsdelingstjenester”.

DSMD art. 17 implementeres nærmere bestemt i den nye OHL § 52 c, stk. 1 - 10, der regulerer udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters ophavsretlige ansvar for indhold, der uploades af tjenebrugerne.<sup>238</sup> Lovforslaget forholder sig ikke nærmere til, hvorfor art. 17 implementeres i ophavsretsloven i stedet for E-handelsloven. På den ene side kunne det have været hensigtsmæssigt, at implementere ansvarsfritagelsen i art. 17, stk. 4 sammen med de eksisterende ”safe harbor”-regler i E-handelsloven.<sup>239</sup> Omvendt indikerer implementeringen i ophavsretsloven, at visse dele af art. 17, herunder begrebet ”overføring til almenheden”, skal forstås i overensstemmelse med de eksisterende ophavsretlige regler. Implementeringen i ophavsretsloven understreger også, at den nye ansvarsfritagelse er vertikal i modsætning til E-handelslovens horisontale karakter.

Generelt er det danske lovforslag et udtryk for en direktivnær implementering. Bemærkningerne til lovforslaget indeholder dog visse fortolkningsmomenter til den nye OHL § 52 c. Kulturministeriet begrundede den direktivnære implementering ud fra hensynet til at sikre direktivets formål om en høj grad af harmonisering på tværs af medlemsstaterne. Dette skyldes ikke mindst internettets og onlineindholdsdelingstjenesternes grænseoverskridende karakter.<sup>240</sup>

I modsætning til det danske implementeringsforslag har det tyske parlament (Bundestag) den 20. maj 2021 vedtaget at implementere DSMD art. 17 i en ny, selvstændig lov ved navn ”Act on the Copyright

---

<sup>237</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021 § 2, s. 3.

<sup>238</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, afsnit 3.1.3, s. 9.

<sup>239</sup> For anderledes anbefaling til implementering henvises til Nordemann, Jan Bernd, ‘Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft’, (12. juli 2020) (i det følgende benævnt “Nordemann, Jan Bernd (2020)”). s. 22.

<sup>240</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, afsnit 3.1.3, s. 9.

*Liability of Online Sharing Content Service Providers.*<sup>241</sup> De dele af den vedtagne lov, som inddrages i denne afhandling, er uændrede i forhold til lovforslaget af den 3. februar 2021.<sup>242</sup> Den tyske lov adresserer især de risici for overblokering og generel monitorering af indhold, som direktivbestemelsen er blevet kritiseret for at medføre. Detaljegraden af den tyske lov udfordrer formentlig det skøn, som den høje harmoniseringsgrad af DSMD art. 17 efterlader medlemsstaterne.<sup>243</sup> Ikke desto mindre er den tyske lov et udtryk for en mere kritisk holdning til de potentielle negative virkninger af DSMD art. 17.<sup>244</sup>

Både forslaget til den danske implementering og den tyske implementeringslov indgår i den følgende diskussion af DSMD art. 17.

### 3.1.2 Struktur

I *afsnit 3.2* klarlægges anvendelsesområdet for DSMD art. 17. Udbyderne af onlineindholdsdelings-tjenesters primære ophavsretlige ansvar sammenholdes i *afsnit 3.3* med ansvaret efter det eksisterende ansvarsregime. Specialets primære diskussion foretages i *afsnit 3.4*. *Afsnit 3.4.1* behandler forskellene mellem ansvarsfritagelsen i DSMD art. 17, stk. 4 og udbydere af indholdsdelingstjenesters ansvarsfritagelse efter det eksisterende ansvarsregime. I *afsnit 3.4.2* diskuteres risikoen for generel monitorering, som det nye, proaktive ansvarsfritagelsesregime medfører. Kapitlet afsluttes i *afsnit 3.4.3* med en diskussion af forholdet mellem det nye ansvarsfritagelsesregime og de (nye) brugerrettigheder, og hvordan risikoen for tjenesternes overblokering kan minimeres.

---

<sup>241</sup> Originaltitlen for den tyske lov er ”Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG (Regierungsentwurf).” Loven mangler endnu at blive godkendt i Forbundsrådet. Der henvises også til omtalen af den tyske implementeringslov på <https://www.communia-association.org/2021/05/20/german-article-17-implementation-law-sets-the-standard-for-protecting-user-rights-against-overblocking/> (senest tilgået den 21. maj 2021).

<sup>242</sup> Dette forslag findes i engelsk oversættelse Den engelske oversættelse er det tyske justits- og forbrugerbeskyttelsesministeriums autoritative oversættelse af lovforslagets (working translation) fra af lovforslaget. Det følger af den vedtagne lovtæst af den 20. maj 2021, at de pågældende bestemmelser er uændrede. Den vedtagne lov kan tilgås (kun på tysk) via <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/298/1929894.pdf>, s. 46 ff.

<sup>243</sup> Metzger, Axel, Martin Senftleben m.fl., ‘Comment of the European Copyright Society on Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market Into National Law’, den 27. april 2020 (i det følgende benævnt “ECS Comment on CDSMD Article 17”), s. 9.

<sup>244</sup> Den tyske føderale regerings udtalelse i forbindelse med Ministerrådets behandling af DSM-direktivet af den 5. april 2019 (Interinstitutional File: 2016/0280(COD)), afsnit 2, s. 2.

### 3.2 Definitionen af ”udbydere af onlineindholdsdelingstjenester”

Det følger af titlen til DSMD art. 17, at bestemmelsens personelle anvendelsesområde er afgrænset til ”udbydere af onlineindholdsdelingstjenester.” Det materielle anvendelsesområde er afgrænset til disse tjenesters ansvar for uautoriserede overføringer til almenheden jf. art. 17, stk.1 og 64. betragtning.

DSMD art. 2, nr. 6 definerer en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste ud fra følgende kriterier: Tjenesten skal 1) udbyde en informationssamfundstjeneste,<sup>245</sup> 2) have som sit hovedformål eller et af sine hovedformål, 3) lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af brugerne, og 4) organisere og promotere 5) med et profitmæssigt formål. Kriterierne er kumulative, men må i en vis grad anses for indbyrdes afhængige.

Kriterierne suppleres desuden af direktivets betragtning 62 – 63. Det følger af 62. betragtning, at definitionen kun omfatter tjenesteudbydere, der ”*spiller en vigtig rolle på markedet for onlineindhold ved at konkurrere med andre onlineindholdsdelingstjenester [...] om det samme publikum.*”<sup>246</sup> Som Schwemer gør gældende, er det uklart, om ”vigtig rolle” og ”samme publikum” svarer til den konkurrenceretlige vurdering af markedsandele.<sup>247</sup>

Bemærkningerne til det danske forslag til OHL § 52 c, stk. 1 lægger op til, at den faktiske brug af tjenesten, og ikke tjenestens selverklærede formål, er afgørende.<sup>248</sup> Dette bør dog forstås således, at den konkrete vurdering af, om en tjenesteudbyder falder under definitionen, skal inddrage både formålet med etableringen af tjenesten samt formålet, som tjenesten reelt anvendes til.<sup>249</sup> Vurderingen har eksempelvis betydning for en tjeneste som Twitter, der har gjort gældende, at de på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af definitionen i art. 2, nr. 6.<sup>250</sup>

---

<sup>245</sup> Som defineret i E-handelsdirektivets art. 2, stk. 1, litra a jf. note 136 ovenfor.

<sup>246</sup> DSMD 62. betragtning. Følgende er udeladt og erstattet af skarpe parenteser: ”såsom online lyd- og videostreaming-tjenester”.

<sup>247</sup> Schwemer, Sebastian Felix (2020), s. 412.

<sup>248</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 28.

<sup>249</sup> DSMD 62. betragtning.

<sup>250</sup> Twitters høringsvar ”Twitters svar på Kulturministeriets offentlige høring vedrørende gennemførelsen af direktiv 2019/790/EU om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked” af den 22. januar 2021, s. 2 – 3.

Det fremgår desuden af bemærkningerne til det danske lovforslag, at hensynet bag tjenestens aktiviteter skal være enten direkte eller indirekte at opnå fortjeneste. Formålet skal opnås ved at organisere, promovere, markedsføre eller kategorisere det brugergenerede indhold.<sup>251</sup> Det fremgår ikke nærmere af lovforslaget, hvilken grad af promovering og organisering, der kræves. Dette vil dog få betydning for, om sociale medie-platforme og fildelingstjenester konkret er omfattet.<sup>252</sup>

Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal afgrænses negativt over for den ikke-udtømmende opstilling i DSMD art. 2, nr. 6, 2.led. Oplistingen omfatter blandt andet open source-delingsplatforme og onlinemarkedspladser. Disse tjenester antages ikke at have til hovedformål at give almenheden adgang til ophavsretligt beskyttet indhold, der uploades af tjenestens brugere, eller dette sker ikke med profitmæssigt formål. Den retlige konsekvens af afgrænsningen er, at disse tjenesters ansvar i stedet skal vurderes efter det eksisterende ansvarsregime og den fremtidige retsakt om digitale tjenester.<sup>253</sup>

For nye tjenesteudbydere (start-ups), der har været til rådighed i mindre end tre år, og har en årlig omsætning på under EUR 10 mio. gælder der i øvrigt en mere lempelig ansvarsfritagelse end for andre onlineindholdsdelingstjenester jf. DSMD art. 17, stk. 6. Denne regel er et udtryk for, hvordan proportionalitetsprincippet i art. 17, stk. 5 påvirker bedømmelsen af betingelserne i art. 17, stk. 4.

### **3.3 Det ophavsretlige ansvar**

#### **3.3.1 Primært ansvar som nyt udgangspunkt**

De verserende *YouTube/Cyando-sager* viser, at det fortsat uafklaret, om en indholdsdelingstjeneste foretager en selvstændig overføring til almenheden efter det eksisterende ansvarsregime. Som illustreret i afsnit 2.2.3 vurderede Generaladvokat Øe ikke, at dette var tilfældet for platforme som YouTube og Uploaded. Dette til trods for, at Domstolen i *Filmspeler* og *TPB* har udvidet kredsen af primære ansvarssubjekter til potentielt at omfatte mellemmandstjenester.

---

<sup>251</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 28.

<sup>252</sup>ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 3.

<sup>253</sup> Der henvises til afhandlingens kapitel 2 og perspektiveringen i afsnit 5.



Spørgsmålet afklares ved DSM-direktivet. Det fremgår således udtrykkeligt af DSMD art. 17, stk. 1, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne foretager en overføring til almenheden, og er primært ansvarlige for det indhold, som uploades af brugerne. Tjenesteudbydernes primære ansvar følger desuden af art. 17, stk. 4, 1, led; tjenesteudbyderen er ansvarlig for den ”*uautoriserede overføring til almenheden*”, hvis der ikke indhentes tilladelse fra rettighedshaverne. Indholdsdelingstjenesters potentielle sekundære ansvar jf. afsnit 2.2.4 får således begrænset betydning fremadrettet.

Konsekvensen af, at tjenesteudbydere foretager en overføring til almenheden ved at give adgang til det brugergenerede indhold, er, at udbydere skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne jf. DSMD art. 17, stk. 1, 2. led. Tilladelsen skal også omfatte tjenestens ikke-kommercielle brugeres handlinger i forbindelse med deling af indhold på platformen jf. DSMD art. 17, stk. 2.<sup>254</sup>

Med henblik på at vurdere retsvirkningerne af denne ændring, undersøges følgelig to potentielle forklaringer, om ”*overføring til almenheden*” omfatter den samme eneret efter Infosoc-direktivets art. 3 hhv. DSMD art. 17.

### **3.3.1.1 En præciserende fortolkningsregel?**

Den første mulighed er, at DSMD art. 17 udgør et fortolkningsbidrag til forståelsen af det eksisterende ansvarsregime. Sagsøgerne i *YouTube/Cyando* gjorde gældende, at DSMD art. 17 udgør *en form for fortolkningsregel, der blot præciserer den betydning som [E-handelsdirektivet] og [Infosoc-direktivet] hele tiden har haft.*<sup>255</sup> Ud fra denne betragtning burde DSMD art. 17 således påvirke fortolkningen af, om YouTube er primært ansvarlig for krænkelsen af Infosoc-direktivets art. 3. Dette synspunkt begrundes ud fra DSMD 64. betragtning, der beskriver DSMD art. 17 som en præcisering af, at udbydere af indholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden, når tjenestebrugerne uploader ophavsretligt beskyttet materiale til tjenesten uden rettighedshavers tilladelse.

Denne udlægning kan dog ikke tiltrædes. Det er ikke usandsynligt, at Domstolen på baggrund af sin tidligere praksis vil anse udbydere af indholdsdelingstjenester for primært ansvarlige i henhold til

---

<sup>254</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 30 og DSMD 69. betragtning.

<sup>255</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 249. Nærværende afhandlings betegnelse af de pågældende retsakter er tilføjet i skarpe parenteser som erstatning for direktivnumrene 2001/29 (Infosoc-direktivet) og 2000/31 (E-handelsdirektivet).

Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Dette er imidlertid et resultat af Domstolens kompetence som autoritativ fortolker af EU-retten. EU-lovgiver har ikke samme kompetence til at fortolke gældende retsakter udvidende. På denne baggrund fandt Generaladvokat Øe det også retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, hvis EU-lovgiver skulle have vedtaget en fortolkningsregel med tilbagevirkende kraft.<sup>256</sup>

Generaladvokat Øe udtalte konkret, at det primære ansvar i DSMD art. 17 *”ikke blot [er] den simple konsekvens af den forståelse, der hele tiden burde have været anlagt af artikel 3 i direktiv 2001/29, men »følger« af samme artikel 17.”*<sup>257</sup>

DSMD 64. betragtning bør i stedet læses i sammenhæng med 61. betragtning. Det fremgår heraf, at der *”hersker retlig usikkerhed om, hvorvidt udbyderne af sådanne tjenester udfører ophavsretligt relevante handlinger.”* DSMD art. 17 tager sigte på at afklare denne retlige usikkerhed for fremtiden. Vurderingen af, om en udbyder af en indholdsdelingstjeneste foretager en ”overføring til almenheden” efter det eksisterende ansvarsregime afhænger af en række supplerende og indbyrdes afhængige kriterier, der skal vurderes konkret.<sup>258</sup> Vurderingen efter DSMD art. 17 lægger imidlertid ikke op til en inddragelse af de samme domstolsskabte kriterier.

Hvis DSMD art. 17 alene udgør en fortolkningsregel til det eksisterende ansvarsregime, vil vurderingen efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 også skulle inddrage momenterne fra definitionen i DSMD art. 2, nr. 6 og 62. – 63. betragtning. Dette skaber en uhensigtsmæssig sammenblanding af retsakter, der er vedtaget i meget forskellig kontekst. En forståelse af DSMD art. 17 som en præcisering af, hvem der er potentielle ansvarssubjekter efter de gældende ret, ville desuden til en vis grad overflødiggøre bestemmelsen. Dette kan ikke antages at have været EU-lovgivers hensigt.

### ***3.3.1.2 Samme enerettighed, men lex specialis-ansvarsordning?***

Flere forhold kan derimod føres til støtte for, at begrebet ”overføring til almenheden” efter Infosoc-direktivet art. 3, stk. 1 og DSMD art. 17 er et udtryk for samme materielle enerettighed. Nordemann fremhæver denne fortolkning som den mest overbevisende.<sup>259</sup> Forfatteren finder, at DSMD art. 17

---

<sup>256</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 251.

<sup>257</sup> Ibid. Nødvendige sproglige tilpasninger af citatet er indsat skarpe parenteser.

<sup>258</sup> Der henvises til analysen af de supplerende kriterier i afsnit 2.2.3 ovenfor.

<sup>259</sup> Nordemann, Jan Bernd (2020) s. 22.

viderefører eneretten til at foretage en overføring til almenheden fra Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.<sup>260</sup>

*Nordemann* afviser også, at DSMD art. 17 skal kvalificeres en ”sui generis”-rettighed, som tidligere er blevet gjort gældende af *Husovec/Quintais*.<sup>261 262</sup> Disse forfattere argumenterede oprindeligt for, at begrebet ”overføring til almenheden” i DSMD art. 17 skulle karakteriseres som en sui generis-enerettighed, der er uafhængig af den eksisterende retlige ramme og alene skal fortolkes i sammenhæng kontekst af DSMD art. 17 og de tilhørende betragtninger.<sup>263</sup> *Husovec/Quintais* baserede argumentationen på en ordlydsfortolkning, eftersom det fremgår af DSMD art. 17, stk. 1, at tjenesteudbydere ”foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv[...].”<sup>264</sup> Forfatterne synes dog sidenhen at have tilsluttet sig muligheden for, at art. 17 udgør *lex specialis* snarere end *sui generis* i forhold til Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1.<sup>265</sup>

Det følger af DSMD art. 1, stk. 2, at DSM-direktivet på ingen måde berører de eksisterende regler, herunder Infosoc-direktivet. DSMD 4. betragtning foreskriver, at direktivet bygger på og supplerer reglerne i de gældende retsakter. Det fremgår endvidere af 64. betragtning, at art. 17, stk. 1 ”ikke berører begrebet overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden andetsteds i EU-retten.” Ud fra en formålsfortolkning må art. 17 således bygge på den gældende enerettighed til at foretage en overføring til almenheden. Formålet med DSMD art. 17 var ikke at introducere en ny enerettighed, men at indføre en ny, særlig ansvarsordning for den eksisterende overførringsret.<sup>266</sup>

Denne fremstilling af forholdet mellem Infosoc-direktivets art. 3 og DSMD art. 17 understøttes desuden af det danske implementeringsforslag. Det fremgår af bemærkningerne til den foreslåede OHL § 52 c, stk. 2, at ”begreberne overføring og tilrådighedsstillelse svarer til den gældende lovs § 2, stk.

---

<sup>260</sup> Nordemann, Jan Bernd (2020), 22.

<sup>261</sup> Ibid. s. 21.

<sup>262</sup> Husovec, Martin og João Quintais, ‘How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms’, (January 2021). GRUR International (Issue 4/2021, forthcoming) (i det følgende benævnt ”Husovec, Martin & João Quintais (2021)”). Artiklen blev publiceret første gang den 14. oktober 2019, men er senest blevet revideret den 11. februar 2021.

<sup>263</sup> Husovec, Martin og João Quintais, ‘How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms. Tilburg Institute for Law, Technology, and Society’, (2019) (“Husovec, Martin & Quintais, João (2019)”), s. 10.

<sup>264</sup> Husovec, Martin & João Quintais (2019), s. 11.

<sup>265</sup> Husovec, Martin & João Quintais (2021), s. 24.

<sup>266</sup> Nordemann, Jan Bernd (2020), s. 18.

4, nr. 1, men eftersom der er tale om en særbestemmelse, er betydningsindholdet ikke nødvendigvis det samme, jf. betragtning nr. 64.<sup>267</sup> Det danske implementeringsforslag uddyber dog ikke, hvordan ”betydningsindholdet” skulle være anderledes. Lovforslaget er derimod i sin helhed et udtryk for, at begrebet ”overføring til almenheden” har samme betydning som implementeringen i OHL § 2, stk. 3 jf. stk. 4, nr. 1.

Det slutes hermed, at tjenesteudbydere jf. DSMD art. 2, nr. 6 foretager en overføring til almenheden eller tilgængeliggørelse for almenheden som omfattet af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Hvis denne overføring foretages uden rettighedshavernes tilladelse, krænker tjenesteudbyderen principielt Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Nordemann konkluderer således: ”platforms which meet the definition in Art. 2 No. 6 are actually infringing Article 3 but subject to a special liability regime.”<sup>268</sup>

Udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters ansvar for den uautoriserede overføring til almenheden skal derimod vurderes efter DSMD art. 17 ud fra et lex specialis-princip.<sup>269</sup> Dette understøttes af Kommissionens udkast til implementeringsretningslinjer, der beskriver DSMD art. 17 som lex specialis til Infosoc-direktivets art. 3.<sup>270</sup>

Endelig bemærkes, at Generaladvokat Øe i sit forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando* bekræftede opfattelsen af, at DSMD art. 17 udgør et nyt, sektorspecifikt ansvarsregime.<sup>271</sup> I mangel af Domstolens afgørelse i *YouTube/Cyando*, må Generaladvokat Øes fortolkning være udtryk for den førende fortolkning af forholdet mellem de respektive EU-retsakter. Forståelsen af art. 17 som et lex specialis-ansvarsregime for udbydere af onlineindholdsdelingstjenester understøttes desuden af, at EU-lovgivers formål med DSM-direktivet var at løse ”Value Gap”-problemet med en ny, retlig ramme for den type tjenester, hvor problemstillingen typisk udspiller sig.<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 29.

<sup>268</sup> Nordemann, Jan Bernd (2020), s. 21.

<sup>269</sup> Begrebet ”lex specialis” refererer til det almindelige fortolkningsprincip, der afgør hvilken regel af flere mulige, der finder anvendelse i en given situation. Ved lex specialis finder den mere specifikke regel anvendelse frem for den mere generelle regel (lex generalis).

<sup>270</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 3.

<sup>271</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 251 - 252. Præmissen henviser også til, at Kommissionen gjorde samme synspunkt gældende under retsmødet i de forenede sager C-682/18 og C-683/18 (*YouTube/Cyando-sagerne*).

<sup>272</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 252.

På denne baggrund konkluderes, at Infosoc-direktivet art. 3, stk. 1 og DSMD art. 17 materielt omhandler samme overføring til almenheden. DSMD art. 17 udgør dog *lex specialis* i forhold til udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters ansvar for at foretage denne ophavsretligt relevante handling.

### 3.3.2 Sammenligning med det eksisterende ansvarsregime

Som konkluderet i afsnit 2.2.5 har EU-Domstolens udvidende fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 medført en retstilstand, hvor mellemmandstjenester potentielt er primært ophavsretligt ansvarlige. Dette taler for, at DSMD art. 17 ikke på dette punkt medfører et strengere ansvarsregime. Dette forudsætter imidlertid, at Domstolens tidligere praksis i *Filmspeler* og *TPB* kan overføres til indholdsdelingstjenester, der i højere grad er genstand for både lovlig og ulovlig brug. Den materielle ændring afhænger derfor af afgørelsen i *YouTube/Cyando-sagerne*.

Hvis Domstolen træffer afgørelse i overensstemmelse med Generaladvokat Øes forslag i *YouTube/Cyando*, vil ansvarsregimet efter DSMD art. 17 indebære en væsentlig skærpelse af ansvaret for en indholdsdelingstjeneste som YouTube. I så fald vil YouTube ikke være primært ansvarlige efter det eksisterende ansvarsregime. YouTube er dog utvivlsomt omfattet af definitionen i DSMD art. 2, nr. 6, og således primært ansvarlige i henhold til DSMD art. 17, stk. 1.

Når Domstolen derimod frem til det modsatte resultat i *YouTube/Cyando*, medfører dette en retstilstand, hvor en tjeneste som YouTube foretager en selvstændig overføring til almenheden og dermed har et primært ansvar efter både det eksisterende og det nye ansvarsregime. YouTube vil følgelig også være forpligtet til at indhente tilladelse fra rettighedshaverne efter det eksisterende ansvarsregime. Henset til DSMD art. 17 *lex specialis*-karakter, vil det dog være denne bestemmelse, der finder anvendelse i fremtidige sager inden for direktivets anvendelsesområde.

Selvom indholdsdelingstjenester således potentielt er primært ansvarlige efter begge ansvarsregimer, er den juridiske test dog væsentligt forskellig for de to regimer. Efter DSMD art. 17 afhænger tjenesteudbydernes primære ansvar af, om indholdsdelingstjenesten opfylder definitionen i DSMD art. 2, nr. 6. Når dette er tilfældet, skal der ikke foretages en konkret vurdering af, om de kumulative kriterier

”overføring” og ”almenheden” er opfyldt. Det er også unødvendigt at vurdere de supplerende kriterier, som Domstolen har opstillet i sin praksis vedrørende Infosoc-direktivet art. 3, stk. 1.<sup>273</sup>

DSMD art. 17, stk. 1 adskiller sig desuden fra det eksisterende ansvarsregime, idet det primære ansvar ikke afhænger af tjenestens subjektive forhold i form af viden eller burde-viden. Vurderingen efter art. 17 er i stedet en vurdering af, om tjenesten generelt har et bestemt formål, en vis markedsposition og opfylder andre objektivt konstaterbare egenskaber jf. DSMD art. 2, nr. 6.<sup>274</sup>

Denne objektiverede vurdering styrker rettighedshavernes retsstilling betydeligt. Rettighedshaverne kan i højere grad forudsige, hvilke udbydere af indholdsdelingstjenester, der er primært ansvarlige for deres brugeres deling af beskyttet indhold. Fastlæggelsen af store tjenesteudbyderes primære ansvar styrker desuden rettighedshaverne retstilling, idet disse tjenesteudbyderes incitament til at indhente tilladelse skærpes væsentligt. Dette skyldes ikke mindst sammenhængen mellem det primære ansvar jf. DSMD art. 17, stk. 1, og det faktum, at tjenesteudbyderne ikke længere kan sætte deres lid til ”safe harbor”-bestemmelsen i E-handelsdirektivets art. 14 jf. afsnit 3.4.1 straks nedenfor.

Samlet set allokerer DSMD art. 17, stk. 1 det primære ansvar fra brugerne til tjenesteudbyderne ved lov. Dette faciliterer i højere grad et samarbejde mellem rettighedshaverne og tjenesteudbyderne. Et proaktivt samarbejde underbygger et velfungerende marked for ophavsret, hvilket er til gavn for alle implicerede parter. Ophavsretskrænkende indhold på internettet må antages at kunne bekæmpes mere effektivt ved at skabe incitament til indgåelsen af balancerede licensaftaler end ved rettighedshavernes singulære retsforfølgelse af hver enkelt bruger.

### **3.3.3 Delkonklusion**

Den retlige usikkerhed efter det eksisterende ansvarsregime har særligt relateret sig til, hvorvidt internettets mellemmand, såsom indholdsdelingstjenester, foretager en selvstændig overføring til almenheden eller tilgængeliggørelse for almenheden som omfattet af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Selvom EU-Domstolen ved sin dynamiske fortolkning har skabt en retstilstand, hvor tjenesteudbydere kan ifalde et primært ansvar for det indhold, som deres brugere deler på tjenesten, medfører DSMD art. 17 klarhed på retsaktsniveau. Dette styrker generelt set rettighedshavernes retsstilling i

---

<sup>273</sup> Angelopoulos, Christina i Rosati, Eleonora (red.) (2021), s. 206.

<sup>274</sup> Husovec, Martin & João Quintais (2021), s. 25.

forhold til det eksisterende regime. DSMD har dog et sektorspecifikt anvendelsesområde. Henset til, at DSMD art. 17 udgør en *lex specialis*-ansvarsordning, vil der fortsat være en række tilfælde, der skal bedømmes efter de eksisterende og fremtidige horisontale regler. Den materielle forskel mellem de to ansvarsregimer vil dog afhænge af, om Domstolen i *YouTube/Cyando* finder, at indholdsdelingstjenester allerede er primært ansvarlige for brugeruploadet indhold efter disse regler.

### **3.4 Ansvarsfritagelsen og forbuddet mod generel monitorering - fra sikker havn til usikker grund?**

#### **3.4.1 Det nye proaktive ansvarsfritagelsesregime**

Som følge af, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester er primært ophavsretligt ansvarlige for brugernes deling af ophavsretligt beskyttet indhold på tjenesten, er DSMD art. 17, stk. 1 – 3 et udtryk for en licensbaseret model.<sup>275</sup> Ansvarsregimet lægger op til, at tjenesteudbydere og rettighedshaverne indgår en aftale om udnyttelsen af det beskyttede materiale. Tjenesters primære mulighed for at opnå ansvarsfritagelse består dermed i at opnå tilladelse jf. art. 17, stk. 1.<sup>276</sup>

Selvom formålet er at understøtte indgåelsen af rimelige og balancerede aftaler, er den praktiske virkelighed dog, at disse kan være svære at opnå.

Dette illustreres blandt andet ved konflikten mellem YouTube og KODA, der udspillede sig i sommeren 2020.<sup>277</sup> YouTube og KODA kunne ikke nå til enighed om betalingen af KODAs medlemmers musikværker, der var tilgængelige på platformen. Som følge af de konfliktfyldte forhandlinger, og i mangel af en endelig aftale, valgte YouTube at blokere for al dansk musik på tjenesten, mens forhandlingerne fortsat pågik.<sup>278</sup> YouTube's beslutning blev kritiseret af både KODA og kunstnerne.<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> Den tyske føderale regerings udtalelse i forbindelse med Ministerrådets behandling af DSM-direktivet af den 5. april 2019 (Interinstitutional File: 2016/0280(COD)), afsnit 10, s. 6.

<sup>276</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 4.

<sup>277</sup> Rasmussen, Mads Claus, 'Til Kodas medlemmer: Status på YouTube-konflikten', den 18. august 2020 (tilgængelig via <https://www.koda.dk/om-koda/nyheder/status-pa-youtube-konflikten> - senest tilgået den 28. maj 2021).

<sup>278</sup> DR, 'Google blokerer dansk musik fra YouTube før midnat', 31. juli 2020 (tilgængelig via <https://www.dr.dk/nyheder/penge/google-blokerer-dansk-musik-fra-youtube-midnat> - senest tilgået den 28. maj 2021).

<sup>279</sup> Ellegaard, Christian og Nanna Mejer Sørensen, 'Danske musikere langer ud efter YouTube: 'Kynisk' og 'respektløst'', DR, 31. juli 2020 (tilgængelig via <https://www.dr.dk/musik/danske-musikere-langer-ud-efter-youtube-kynisk-og-respektloest> - senest tilgået den 28. maj 2021).

Risikoen for konflikter og resultatløse licensforhandlinger overlader således et betydeligt praktisk anvendelsesområde for den særlige ansvarsordning i DSMD art. 17, stk. 4. Det følger af bestemmelsen, at hvor udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten ikke har indhentet tilladelse fra rettighedshaverne, er tjenesten som udgangspunkt ansvarlig for den uautoriserede overføring til almenheden.

Det følger direkte af DSMD art. 17, stk. 3, at ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivets art. 14 ikke finder anvendelse for udbydere af indholdsdelingstjenester i situationer, der er omfattet af DSMD art. 17. Det fremgår desuden af direktivets 65. betragtning, at ”safe harbor”-bestemmelsen i E-handelsdirektivets art. 14 fortsat er gældende for tilfælde, der falder uden for DSM-direktivet. Det samme følger af det danske forslag til OHL § 52 c, stk. 3 i forhold til E-handelslovens § 16.<sup>280</sup>

DSMD art. 17, stk. 4, litra a – c indeholder dog en særlig ansvarsfritagelsesordning for tjenesteudbyderen. Den nye, betingede ansvarsfritagelse gentages ordret i den foreslåede OHL § 52 c, stk. 4, nr. 1 – 3. Indholdet af de kumulative betingelser vil blive gennemgået efterhånden som de behandles i det følgende.

Den nye ansvarsfritagelse udgør et *lex specialis*-ansvarsfritagelsesregime for tilfælde, der er omfattet af anvendelsesområdet for DSMD art. 17.<sup>281</sup> Art. 17, stk. 4 er en vertikal ansvarsfritagelse, der kun gælder for det specifikke ophavsretlige ansvar, der følger af DSMD art. 17, stk. 3. Uanvendeligheden af den horisontale ansvarsfritagelse i E-handelsdirektivets art. 14 er en afgørende nyskabelse for det nye ansvarsregime for indholdsdelingstjenester.<sup>282</sup>

En *lex specialis* ansvarsfritagelse for uautoriserede overføringer til almenheden er desuden hensigtsmæssig i lyset af EU-Domstolens dynamiske fortolkning af Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 i sager om formidlingstjenester. Som illustreret i afsnit 2.2.3 indeholder flere af de domstolsskabte, supplerende kriterier et subjektivt element. Det er endnu uafklaret, om ”kendskab” efter EU-Domstolens praksis om Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1 er det samme ”kendskab” som efter E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra a. Det falder uden for dette speciale at undersøge dette spørgsmål nærmere. *Lex*

---

<sup>280</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 29.

<sup>281</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 3: ”*Article 17 is a lex specialis to Article 3 of Directive 2001/29/EC and of Article 14 of Directive 2000/31/EC.*”

<sup>282</sup> Schwemer, Sebastian Felix (2020), s. 415.



specialis-ansvarsregimet i DSMD art. 17 kan dog muligvis dæmme op for udfordringerne ved det enslydende begreb i ansvars- og ansvarsfritagelsesvurderingen efter det eksisterende ansvarsregime.

Som konkluderet i afhandlingens afsnit 2.3.2 er indholdsdelingstjenesters mulighed for at opnå ansvarsfritagelse efter E-handelsdirektivets art. 14 dog begrænset i tilfælde af, at indholdsdelingstjenesten er primært ansvarlig efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Når en indholdsdelingstjeneste foretager en selvstændig overføring til almenheden, kan det medføre, at indholdsdelingstjenesten også anses for at have en aktiv rolle jf. *Google AdWords* og *L'Oréal/eBay*.

Til sammenligning fulgte det af 38. betragtning til det første udkast til DSM-direktivet, at *"[v]ed anvendelsen af artikel 14 er det nødvendigt at fastslå, om tjenesteyderen spiller en aktiv rolle, f.eks. ved at optimere præsentationen af de uploadede værker eller andre frembringelser eller gøre reklame for dem, uanset hvilke midler der anvendes dertil."*<sup>283</sup>

Efter det eksisterende ansvarsregime kan indholdsdelingstjenesters ansvarsfritagelse principielt også bortfalde som følge af, at tjenesten har indført frivillige filtreringssystemer. Systemerne kan give dem tilstrækkeligt kendskab, så de falder uden for E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra a, og ansvarsfrihed derfor afhænger af, om betingelsen i art. 14, stk. 1, litra b konkret er opfyldt. Efter DSMD art. 17, stk. 4 er det derimod en betingelse for ansvarsfrihed, at tjenesteudbydere foretager en form for proaktiv filtrering for ophavsretskrænkelser. For at undgå at straffe den "barmhjertige samaritaner", forekommer sammenkoblingen af proaktive tiltag og ansvarsfritagelse formålstjenlig.<sup>284</sup>

Sammenholdes retstilstanden efter det eksisterende ansvarsregime med DSMD art. 17, stk. 4, kan det gøres gældende, at udbydere af indholdsdelingstjenester, der er primært ophavsretligt ansvarlige, har fået en udvidet adgang til ansvarsfritagelse efter det nye ansvarsregime. Af det danske lovforslag fremgår, at *"[d]a der er tale om et direkte ansvar, finder e-handelslovens § 16 ikke anvendelse."*<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> "Artikel 14" henviser til E-handelsdirektivets art. 14. EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked af den 14. september 2016 (COM(2016) 593 final 2016/0280(COD)), 38. betragtning, 2. led.

<sup>284</sup> Riis, Thomas & Sebastian Felix Schwemer (2019), s.11 – 12. Se også Udsen, Henrik (red.) m.fl. (2020), s. 506.

<sup>285</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 29.

Dette indikerer, at ansvarsfritagelse efter det eksisterende ansvarsregime er afskåret for primært ansvarlige tjenesteudbydere.<sup>286</sup> Ansvarsfritagelsen i DSMD art. 17, stk. 4 finder derimod anvendelse til trods for, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester har et primært ophavsretligt ansvar.

Pirattjenester kan dog ikke påberåbe sig ansvarsfritagelsen i DSMD art. 17, stk. 4 hhv. OHL § 52 c, stk. 4.<sup>287</sup> Det følger dog ikke modsætningsvist heraf, at pirattjenester ikke kan opfylde definitionen i art. 2, nr. 6 hhv. OHL § 52 c, stk. 1. Hvis pirattjenester møder definitionens kriterier, vil de derimod altid være primært ansvarlige for den uautoriserede overføring til almenheden.<sup>288</sup>

Henset til formålet med DSMD art. 17 er det dog usandsynligt, at EU-lovgiver har tilstræbt at skabe en videre adgang til ansvarsfritagelse. Netop ”safe harbor”-bestemmelserne har medført ubalancen i styrkeforholdet mellem rettighedshavere og tjenesteudbydere, som den nye ansvarsordning forsøger at rette op på. Hvis Domstolen derimod følger Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, vil muligheden for ansvarsfritagelse for indholdsdelingstjenester være langt mere begrænset efter det nye ansvarsregime, eftersom Generaladvokat Øe lægger op til, at YouTube principielt kan påberåbe sig E-handelsdirektivets art. 14.

I forhold til formålet med det nye ansvarsregime har betingelsen i DSMD art. 17, stk. 4, litra a den væsentlige retsvirkning, at udbydere af onlineindholdsdelingsdelingstjenester i alle tilfælde er nødt til at gøre deres bedste for at indgå en aftale med rettighedshaverne for at være ansvarsfri. Art. 17 indebærer dog hverken en kontraheringspligt for rettighedshaver eller tjenesteudbyderen, men udbydere kan næppe afslå en rimelig aftale.<sup>289</sup> Til sammenligning skaber E-handelsdirektivets art. 14 ikke samme incitament til aftaleindgåelse, men beskytter i højere grad den passive mellemmand.

---

<sup>286</sup> Som illustreret i afsnit 2.2.3.2 er dette spørgsmål fortsat uafklaret i praksis.

<sup>287</sup> Bilag 1 til Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021 ”Kommenteret høringsnotat over ændring til ophavsretsloven” af den 28. februar 2021 (i det følgende benævnt ”Kulturministeriets høringsnotat af den 28. februar 2021”), s. 18. Samme følger af DSMD 62. betragtning, hvorefter ansvarsfritagelsen ikke omfatter ”tjenesteudbydere, hvis hovedformål er at engagere sig i eller fremme piratkopiering.”

<sup>288</sup> Se også bemærkningen fra RettighedsAlliancen, IFPI, Producentforeningen, Producentrettigheder Danmark og STM samt Kulturministeriets bekræftelse af denne forståelse i Kulturministeriets høringsnotat af den 28. februar 2021, s. 17 – 18.

<sup>289</sup> DSMD 61. betragtning, sidste led. Tilsvarende fremgår vedrørende udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters kontraheringspligt af Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 31.

For at en tjenesteudbyder kan påvise, at DSMD art. 17, stk. 4, litra a er opfyldt, er det formentlig tilstrækkeligt, hvis tjenesteudbyderen har kontaktet offentligt kendte eller større rettighedshavere eller kollektive forvaltningsorganisationer og forhandlet om en aftale på rimelige og sædvanlige vilkår.<sup>290</sup> Ud over individuelle eller kollektive licenser, må tilladelse kunne opnås i andre, alternative former som følge af den almindelige aftalefrihed.<sup>291</sup> Den tyske implementeringslov § 4 understøtter denne forståelse af tjenesteudbydernes ”bedste indsats” for at opnå tilladelse fra rettighedshaverne.<sup>292</sup>

Både E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra b og DSMD art. 17, stk. 4, litra c indebærer en handlepligt for tjenesteudbyderen. E-handelsdirektivets art. 14, litra a og b er alternative. I modsætning til dette skal tjenesteudbyderen efter DSMD art. 17, stk. 4 i alle tilfælde opfylde betingelsen om hurtig og effektiv ”notice and action” for at opnå ansvarsfritagelse.

I henhold til DSMD art. 17, stk. 4, litra c udløses handlepligten af en ”*tilstrækkeligt begrundet meddelelse fra rettighedshaver*.” Efter E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, litra b kan kendskab derimod følge af andre omstændigheder end rettighedshavers meddelelse såsom tjenestens egne systemer eller undersøgelser. Efter DSMD art. 17 gælder dog både en ”notice and action” og en ”notice and stay down”-forpligtelse, hvor E-handelsdirektivets art. 14 kun gav mulighed for en ”notice and take down”-procedure.

Opsummerende må betingelserne for indholdsdelingstjenesters ansvarsfritagelse efter det nye ansvarsregime anses for væsentligt skærpet sammenlignet med det eksisterende ansvarsregime. En snævrere adgang til ansvarsfrihed for indholdsdelingstjenesterne er hensigtsmæssig i forhold til formålet med DSM-direktivet. Dette skyldes navnlig, at de proaktive forpligtelser i DSMD art. 17, stk.

---

<sup>290</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 5 -6. Forfatterne drager en parallel til de retningslinjer for indgåelse af licensaftaler, der følger af EU-Domstolens afgørelse af den 16. juli 2015 i sag C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, pr. 63 – 69.

<sup>291</sup> Kulturministeriets høringsnotat af den 28. februar 2021, s. 22 – 23, hvor bl.a. Google og Facebook har gjort gældende, at en tilladelse også kan bestå i skalerbare tilladelsessystemer i bytte for ikke-monetær værdi eller andre strategier. Det falder uden for omfanget af nærværende afhandling at behandle de potentielle former for tilladelser, herunder anvendeligheden af kollektive licenser med udvidet virkning jf. DSMD art. 12.

<sup>292</sup> Det tyske justits- og forbrugerbeskyttelsesministeriums ”FAQ on the government draft for the adaptation of copyright law to the requirements of the Digital Single Market - Excerpt covering the Act on Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG)” af den 3. februar 2021, s. 4 (svar til spørgsmål 3).

4, i højere grad opfordrer til et samarbejde mellem rettighedshaverne og tjenesteudbyderne end tilfældet er efter E-handelsdirektivets art. 14.

Tjenesteudbydernes praktiske mulighed for at opfylde de proaktive dele af DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c giver dog anledning til en række retlige risici, der diskuteres i de følgende afsnit.

### **3.4.2 Proaktivt ansvarsfritagelsesregime og forbuddet mod generel monitorering**

DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c hhv. den foreslåede OHL § 52 c, stk. 4, nr. 2 og 3 medfører en risiko for, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne pålægges en pligt til at foretage proaktiv generel monitorering af det brugerdelte indhold på tjenesten. I forhold til ansvarsfritagelsen efter E-handelsdirektivet art. 14 medfører de proaktive forpligtelser efter det nye ansvarsfritagelsesregime en væsentlig øget risiko for generel monitorering.

Betingelsen i art. 17, stk. 4 litra b foreskriver, at tjenesteudbyderne har gjort deres bedste indsats i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt for at sikre, at specifikke værker, som rettighedshaverne har givet de relevante og nødvendige oplysninger om, ikke er tilgængelige. Efter litra c er ansvarsfritagelse desuden betinget af, at tjenesteudbyderne, hvor der er konstateret en ophavsretskrænkelser, har gjort deres bedste indsats for, at værkerne ikke fremover uploades. Med andre ord rummer både litra b og c en ”notice and stay down”-forpligtelse for tjenesteudbyderne.

Det følger desuden af DSMD art. 17, stk. 8, 1. led, og 66. betragtning, at anvendelsen af art. 17 ikke må medføre en generel overvågningsforpligtelse. Dette svarer til E-handelsdirektivets art. 15.

Det er dog mere tvivlsomt, om bestemmelserne også har samme pligtsubjekt. E-handelsdirektivets art. 15 forpligter medlemsstaterne. Ordlyden af DSMD art. 17, stk. 8 indikerer omvendt, at den finder anvendelse for DSMD art. 17 som sådan. Det fremgår blot, at ”anvendelsen” af art. 17 ikke medfører en generel monitoreringspligt. Af 66. betragtning, 2. led fremgår derimod, at forpligtelserne i art. 17 ikke bør føre til, at medlemsstaterne pålægger tjenesteudbyderne en generel monitoreringspligt. Det er derfor uklart, om DSMD art. 17, stk. 8 forbyder tjenesteudbyderne at opfylde forpligtelserne i DSMD art. 17, stk. 4 ved at fortage en generel monitorering af al indhold, hvis dette ikke følger

direkte af medlemsstaternes implementering. Kommissionens udkast til implementeringsretningslinjer eller det danske lovforslag behandler dog ikke spørgsmålet nærmere.

”Generel overvågningsforpligtelse” vurderes derfor at have samme pligtsubjekt og indhold som forbuddet i E-handelsdirektivets art. 15 og afgrænsningen over for monitorering i særlige tilfælde i E-handelsdirektivets 47. betragtning.

Hvor tjenesteudbydere ikke har opnået tilladelse fra rettighedshaverne, skal deres ”bedste indsats” for overholdelsen af de proaktive forpligtelser i DSMD art. 17, stk. 4 fortolkes, uden at det medfører en generel overvågningsforpligtelse. I modsætning til det første udkast af DSM-direktivet, nævner den endelige direktivtekst ikke brugen af automatisk indholdsgenkendelsesteknologi.<sup>293</sup> Hverken det endelige direktiv, eller det danske lovforslag, giver imidlertid konkrete alternativer til brugen af filtreringsteknologi som middel til at opfylde betingelserne i art. 17, stk. 4.

Ordlyden af den foreslåede OHL § 52 c gentager ikke forbuddet mod generel monitorering. Lovforslagets bemærkninger indeholder kun en henvisning til ordlyden af DSMD art. 17, stk. 8.<sup>294</sup> I lighed med implementeringen af E-handelsdirektivets art. 15, må den danske lovgiver antages at have fundet en eksplicit regulering af forbuddet unødvendig.

Spørgsmålet bliver herefter, hvordan elementerne ”*bedste indsats*”, ”*relevante og nødvendige oplysninger*” og ”*tilstrækkeligt begrundet meddelelse*” i DSMD art. 17, stk. 4 kan anvendes uden at medføre en de facto generel monitoreringsforpligtelse tjenesteudbydere. Eftersom DSMD art. 17, stk. 8 vurderes at videreføre forbuddet i E-handelsdirektivets art. 15, skal fortolkningen af forholdet mellem DSMD art. 17, stk. 4 og stk. 8 være i overensstemmelse med EU-Domstolens tidligere fortolkning af forbuddets udstrækning.

Mange udbydere af online indholdsdelingstjenester vil være tilbøjelige til at implementere vidtgående automatiske filtreringsteknologier for at påvise, at de har gjort deres ”bedste indsats” eller handlet i overensstemmelse med ”høje branchestandarder.” Som følge af det primære ophavsretlige ansvar for

---

<sup>293</sup> EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked af den 14. september 2016 (COM(2016) 593 final 2016/0280(COD)), 39. betragtning henviser direkte til brugen af indholdsgenkendelsesteknologier.

<sup>294</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 32.

det tilgængelige indhold, forudser *Riis/Schwemer*, at tjenesteudbyderne vil anvende uploadfiltre, der hellere fjerner lidt for meget end lidt for lidt indhold.<sup>295</sup>

Dette risikerer at medføre en de facto generel monitorering af indholdet på tjenesten. Ikke mindst hvor systemet filtrerer på baggrund af rettighedshavers referencefiler, såsom Content ID's digitale fingeraftryk, vil der være en risiko for, at rettighedshaverne, eller disses repræsentanter, giver tjenesteudbyderne omfattende udskrifter over beskyttede værker, hvis upload skal forhindres i medfør af art. 17, stk. 4, litra b.<sup>296</sup>

Det fremgår af bemærkningerne til det danske implementeringsforslag, at der er tale om dynamisk og teknologineutral retlig standard.<sup>297</sup> Det danske implementeringsforslag indeholder dog ikke konkret vejledning til, hvordan ”bedste indsats”-standarderne i ansvarsfritagelsesregimet kan fortolkes i overensstemmelse forbuddet mod generel monitorering eller de grundlæggende rettigheder i EU chartret.

Som behandlet i afsnit 2.4 er Domstolens praksis vedrørende udstrækningen af forbuddet i E-handelsdirektivet art. 15 til en vis grad modstridende. Sammenholdes resultatet i *SABAM-sagerne* og *McFadden* med DSMD art. 17, stk. 4, medfører betingelserne i litra b og c, at tjenesteudbyderne som udgangspunkt vil være nødt til at overvåge tilnærmelsesvis alt indhold fra alle tjenestens brugere for at forebygge krænkelse af de værker, som rettighedshaverne har givet oplysninger om. Der er dermed et bemærkelsesværdigt sammenfald mellem betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4 og det system, som var i strid med E-handelsdirektivets art. 15 i *SABAM-sagerne*.<sup>298</sup>

Selvom stay down-forpligtelsen i både litra b og c relaterer sig til ”specifikke værker”, vil det stadig nødvendiggøre en generel overvågning af indholdet på platformen. Hvis den proaktive forpligtelse

---

<sup>295</sup> Riis, Thomas & Sebastian Felix Schwemer (2019), s. 13.

<sup>296</sup> Senftleben, Martin & Christina Angelopoulos (2020), s. 29. Se også citatet fra Generaladvokat Øe i forbindelse med den mundtlige forhandling i sag C-401/19, som gengivet Keller, Paul, 'CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work, Wolters Kluwer Copyright Blog, 11. november 2020: "At one point he called the European Parliament "naive" for doubting that "major rightholders would submit long lists with 1000s of works to be blocked" as soon as the directive were in effect." (tilgængelig via <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/> - senest tilgået den 25. maj 2021).

<sup>297</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 32.

<sup>298</sup> Spindler, Gerald, 'The Liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – contravening prohibition of general monitoring duties?', 10 (2019) JIPITEC 344 para 51. Se beskrivelsen af systemet i *SABAM-sagerne* i afsnit 2.4.1.

for tjenesteudbyderne ikke skal blive de facto generel, kræver det således, at ”nødvendige og relevante oplysninger” og ”tilstrækkeligt begrundet meddelelse” fortolkes strengt.

Med henblik på at forene stay down-forpligtelsen i DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c med Domstolens fortolkning af monitoreringsforbuddet i *SABAM* og *McFadden*, foreslår *Senfleben/Angelopoulos*, at ”relevante og nødvendige oplysninger” fortolkes som et krav om “double specificity.”<sup>299</sup> Dette indebærer, at rettighedshavers nødvendige og relevante oplysninger skal angive både det specifikke værk og den specifikke krænger eller en afgrænset gruppe af potentielle krængere. *Senfleben/Angelopoulos* baserer “double specificity”-kravet på *L’Oréal/eBay*.<sup>300</sup> Kravet blev gentaget af Generaladvokat Szpunar i hans forslag til afgørelse i *Facebook*. Ifølge generaladvokaten forudsatte en specifik monitoreringsforpligtelse, at der var tale om krænkelse af ”samme art”, begået af ”samme modtager” og af ”samme rettigheder.”<sup>301</sup>

I så fald vil hverken formålet med, eller genstanden for, monitoreringen være generel. Uploadfiltre kan hermed anvendes til specifik monitorering i overensstemmelse med DSMD art. 17, stk. 8 og fortolkningen i *SABAM* og *McFadden*.<sup>302</sup>

Som *Senfleben/Angelopoulos* dog selv påpeger, kan ”double specificity”-kravet nemmest forenes med stay down-forpligtelsen i DSMD art. 17, stk. 4, litra c, der relaterer sig til en allerede konstateret krænkelse. ”Relevante og nødvendige oplysninger” efter litra b kan ikke meningsfuldt henføre til en specifik krænger.<sup>303</sup> Overvågningen efter litra b må dog stadig skulle begrænses til en mere afgrænset kreds af tjenestens brugere eller til åbenlyse krænkelse målt enten kvantitativt eller kvalitativt. Dette understøttes af proportionalitetsprincippet i DSMD art. 17, stk. 5 og 66. betragtning. Proportionalitetsprincippet gælder som et generelt princip ved fortolkningen af betingelserne i art. 17, stk. 4, litra a - c.<sup>304</sup>

---

<sup>299</sup> *Senfleben, Martin & Christina Angelopoulos* (2020), s. 10, der henviser til Generaladvokat N. Jääskinens forslag til afgørelse af den 9. december 2010 i sag C-324/09, punkt 181.

<sup>300</sup> *Senfleben, Martin & Christina Angelopoulos* (2020), s. 30 ff.

<sup>301</sup> Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2019 i sag C-18/18, punkt 45 med henvisning til *L’Oréal/eBay*-dommen, pr. 141 og 144. Der henvises også til citationen af samme præmis i afsnit 2.4.1 oven for.

<sup>302</sup> *Senfleben, Martin & Christina Angelopoulos* (2020), s. 31.

<sup>303</sup> *Ibid.* s. 31.

<sup>304</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 8.

Det kan desuden udledes af Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i *YouTube/Cyando*, at en stay down-forpligtelse for ophavsretskrænkelser skal vedrøre en ”bestemt fil, der gør brug af et beskyttet værk” og ”filer, der gør samme brug af det omhandlede værk.”<sup>305</sup> Overføres dette til fortolkningen af, hvad der udgør ”relevante og nødvendige oplysninger” efter litra b, skal rettighedshavernes meddelelse angive en højere grad af specifikation end blot værkets titel. Oplysningerne skal under alle omstændigheder være relevante og tilstrækkelige i forhold til den konkrete teknologi, som den pågældende tjeneste anvender med henblik på at overholde forpligtelserne i art. 17, stk. 4.<sup>306</sup>

I overensstemmelse med Generaladvokat Øes udtalelser i *YouTube/Cyando*, skal enhver stay down-forpligtelse også være proportional.<sup>307</sup> En pligt til at overvåge alt indhold fra alle brugere på en tjeneste med henblik på at identificere krænkelser af et specifikt værk vil næppe være proportional. Dette gælder, uanset om filtrering foretages automatisk eller manuelt. Betydningen af proportionalitetsprincippet i art. 17, stk. 5 kan desuden ikke anses for begrænset til små tjenester, men har også relevans for store platforme i forhold til atypiske former for indhold.<sup>308</sup>

Det fremgår af DSMD 66. betragtning, 2. afsnit, at ”[f]orskellige midler til at forhindre adgang til uautoriseret ophavsretligt beskyttet indhold kan være egnede og proportionale afhængig af typen af indhold.” Hvor der er tale om åbenlyst krænkende indhold, vil det være mere proportionalt at foretage en omfattende præventiv filtrering for identisk indhold end i tilfælde af mindre åbenlyst krænkende indhold. Det danske lovforslag lægger op til en fortolkning af ”bedste indsats”-standardens i OHL § 52 c, stk. 4, nr. 1 - 3, som ”en strengere standard end f.eks. ”taget rimelige skridt.”<sup>309</sup> Denne fortolkning forekommer dog ikke hensigtsmæssig i lyset af proportionalitetsprincippet jf. DSMD art. 17, stk. 5, der netop er baseret på det underliggende krav om rimelighed.<sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 221.

<sup>306</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 11.

<sup>307</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 222. Samme synspunkt er gengivet i Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 10.

<sup>308</sup> For det modsatte synspunkt henvises til Kodas høringssvar af den 22. januar 2021 til forslag til lov om ændring af lov om ophavsret (gennemførelse af dele af DSM-direktivet og SatCab-II-direktivet m.v.), s. 5.

<sup>309</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 30.

<sup>310</sup> DSMD 66. betragtning, 2. afsnit, sidste sætning. Der henvises i øvrigt til Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 8.



En anderledes udlægning af forholdet mellem DSMD art. 17, stk. 4 og stk. 8 er, at stay down-mekanismen efter art. 17, stk. 4, litra b og c allerede er forenelige med forbuddet mod generel monitorering efter det eksisterende ansvarsregime. Denne forståelse støttes af, at Domstolen i *Facebook-dommen* fortolkede proaktiv filtrering for identisk og tilsvarende indhold som monitorering i ”særlige tilfælde”. Som angivet i afsnit 2.4.1.1 er dette synspunkt til en vis grad blevet gentaget af Generaladvokat Øe i forslaget til afgørelse *YouTube/Cyando* for så vidt angår monitorering for fremtidige ophavsretskrænkelser.

Bemærkningerne til det danske implementeringsforslag henviser udtrykkeligt til *Facebook-dommen* som begrundelse for, at den ”overvågning af upload af konkret indhold, der er nødvendig for at leve op til stk. 4, nr. 2 og 3, efter EU-retten [...] ikke er udtryk for en generel overvågningsforpligtelse.”<sup>311</sup>

Anvendelsen af *Facebook* som legitimation for filtreringsforpligtelserne i DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c er først og fremmest begrænset af, at sagen vedrørte æreskrænkende udsagn, og ikke deling af ophavsretligt beskyttet indhold med de dertil knyttede undtagelser og indskrænkninger.<sup>312</sup> Herudover indeholder både *Facebook* og afgørelsesforslaget i *YouTube/Cyando* det væsentlige forbehold, at en stay down-forpligtelse kun er lovlig, hvis en kompetent domstol tidligere har fastslået ulovligheden af det indhold, som tjenesten pålægges præventivt at filtrere og blokere.<sup>313</sup>

Art. 17, stk. 4, litra b og c lægger derimod op til en stay down-forpligtelse allerede på baggrund af en meddelelse fra rettighedshaverne uden forudgående domstolsprøvelse af indholdets lovlighed. Konsekvensen bliver, at der består en langt større usikkerhed omkring rettighedshavers ophavsret til det pågældende indhold, samt lovligheden af brugerens anvendelse af indholdet. Dette medfører en betydelig risiko for, at tjenesteudbydere vil foretage en overforsigtig filtrering blandt al indhold, der deles af tilnærmelsesvist alle brugere på indholdsdelingstjenesten, for at vise, at denne har taget alle skridt som en bonus pater-tjenesteudbyder forventes at tage.<sup>314</sup>

---

<sup>311</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 32. Følgende er erstattet af de indsatte skarpe parenteser på grund af den forudgående reference til samme sag: ”således f.eks. C-18/18, *Facebook*”.

<sup>312</sup> Senftleben, Martin & Christina Angelopoulos (2020), s. 29.

<sup>313</sup> *Facebook*, pr. 35 hhv. Generaladvokat Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 221.

<sup>314</sup> DSMD 66. betragtning, 2. afsnit henviser til ”en påpasselig erhvervsdrivende”, men denne standard uddybes ikke.

Henvisningen til *Facebook-dommen* i det danske implementeringsforslag er dermed ikke udtryk for en korrekt forståelse af afgørelsens rækkevidde som præjudikat.

Overensstemmelsen mellem DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c og art. 17, stk. 8 forudsætter en højere grad for af specifikation i rettighedshavernes meddelelser end den blotte henvisning til et specifikt værk, hvis tjenesteudbydernes forpligtelse ikke skal blive de facto generel. Hvis anvendelsen af DSMD art. 17, stk. 4 skal forenes med *SABAM* og *McFadden* vil det være nødvendigt for rettighedshaver så vidt muligt at indsnævre kredsen af brugere, hvis uploads der skal filtreres i blandt.<sup>315</sup> Stay down-forpligtelserne i art. 17, stk. 4, litra b og c bør desuden begrænses til åbenlyst eller sandsynligvis krænkende uploads, hvis proportionalitetsprincippet i DSMD art. 17, stk. 5 skal overholdes.<sup>316</sup> Endelig savner DSMD art. 17, stk. 4 den tidsbegrænsning, som før er blevet fremhævet som en nødvendig betingelse for en monitoreringsforpligtelse i ”særlige tilfælde.”<sup>317</sup> Fortolkningen må dog ikke føre til, at DSM-direktivets høje beskyttelsesniveau af rettighedshaverne svækkes.

Endelig skal DSMD art. 17, stk. 4 overholde grundrettighederne i EU chartret som primær EU-ret. EU-Domstolens praksis om forbuddet mod generel monitorering viser, at enhver monitoreringspligt skal sikre en rimelig balance mellem de berørte grundrettigheder.<sup>318</sup>

Eftersom ingen af grundrettighederne er absolutte, kan der dog ske et indgreb, hvis betingelserne i EU chartrets art. 52 er opfyldt. Den nationale implementering af DSMD art. 17, stk. 4, indfører lov-hjemmel for indskrænkning i tjenesteudbydernes rettigheder efter EU chartrets art. 16. Hvis betingelserne efter DSMD art. 17, stk. 4 ikke fortolkes indskrænkende, jf. diskussionen ovenfor, er det imidlertid svært at se, hvordan forpligtelserne i litra b og c opfylder de yderligere krav om nødvendighed og forholdsmæssighed i EU chartrets art. 52.

---

<sup>315</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 9.

<sup>316</sup> Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics, november 2019, s. 4. Som eksempel på ”åbenlyst krænkende indhold” henviser Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s.15 til tilfældet, hvor 29 minutter ud af en video på 30 minutters varighed består af et ophavsretligt beskyttet musikalsk værk.

<sup>317</sup> Netlog, pr. 45 og Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2018 i sag C-18/18, punkt 49 og 53.

<sup>318</sup> Der henvises til opstillingen af relevante grundrettigheder i afsnit oven for vedrørende EU-Domstolens fortolkning af forholdet mellem E-handelsdirektivets art. 15 og udvalgte grundrettigheder i EU chartret.

I *SABAM* fulgte risikoen for krænkelse af tjenesteudbydernes erhvervsfrihed af, at påbuddet medførte en pligt for udbyderne til at indføre omkostningstunge og komplekse IT-systemer.<sup>319</sup> I denne forbindelse er dog væsentligt at bemærke, at tjenester, som YouTube og Facebook, allerede frivilligt har indført omfattende filtreringsteknologier.<sup>320</sup> Det vil formentlig ikke være uproportionalt at pålægge disse tjenester at bruge deres eget system i medfør af DSMD art. 17, stk. 4 for at sikre en høj beskyttelse af rettighedshavernes ophavsret.<sup>321</sup>

For så vidt angår brugernes ytrings- og informationsfrihed jf. EU chartrets art. 11, medfører brugen af filtreringsteknologier til at opfylde art. 17, stk. 4 dog fortsat en krænkelsesrisiko jf. straks nedenfor.

### 3.4.3 Proaktivt ansvarsfritagelsesregime og nye brugerrettigheder

Det nye ansvarsfritagelsesregime i DSMD art. 17, stk. 4 skal også anvendes i overensstemmelse med DSMD art. 17, stk. 7 og stk. 9.

DSMD art. 17, stk. 7, 1. afsnit indeholder en generel erklæring om, at samarbejdet mellem rettighedshaverne og udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne ikke må føre til blokering af adgangen til brugernes lovlige upload. Den generelle erklæring suppleres af DSMD art. 17, stk. 9, 3. afsnit, hvorefter direktivet "*på ingen måde*" må berøre brugernes lovlige anvendelse af beskyttede værker.<sup>322</sup> Ved lovlige brugeruploads forstås deling af værker, der ikke udgør ophavsretskrænkelser. Dette vil være tilfældet, hvis brugeren også er ophavsmanden til værket eller hvis brugeren har tilladelse til at overføre det til almenheden. Et upload vil også være lovligt, når det er omfattet af en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning.

DSMD art. 17, stk. 7, 2. afsnit oplister desuden en række konkrete ophavsretlige undtagelser, som brugerne skal kunne henholde sig til, når de uploader indhold til onlineindholdsdelingstjenesten. Det drejer sig om undtagelserne vedrørende 1) citater, kritik og anmeldelser, og 2) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche. Ifølge DSMD 70. betragtning sikrer disse ophavsretlige undtagelser og indskrænkninger brugernes ytrings- og informationsfrihed efter EU chartrets art. 11.

---

<sup>319</sup> Netlog, pr. 46.

<sup>320</sup> Se afsnit 1.5 oven for.

<sup>321</sup> Frosio, Giancarlo (2018), s. 356.

<sup>322</sup> Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics, november 2019, s. 2.

Denne betragtning fastslår herved en retstilstand, der førhen kun har fulgt af EU-Domstolens praksis.<sup>323</sup>

Undtagelserne følger allerede af Infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d hhv. litra k. Hvor undtagelserne efter Infosoc-direktivet var fakultative for medlemsstaterne, er undtagelserne ved DSMD art. 17, stk. 7 gjort obligatoriske for art. 17s anvendelsesområde. Undtagelserne i DSMD art. 17, stk. 7 gælder kun direkte for brugerne af onlineindholdsdelingstjenesterne. De oplyste undtagelser kan ikke umiddelbart påberåbes af tjenesteudbydere selv for den overføring til almenheden, som de selvstændigt foretager jf. art. 17, stk. 1 og 4. Retsvirkningen af DSMD art. 17, stk. 7 formodes dog at være, at hvor en brugers handling er omfattet af en af de i nr. 1 eller 2 nævnte undtagelser eller indskrænkninger, er tjenesteudbyderen heller ikke ansvarlig for indholdet.<sup>324</sup>

Det fremgår af bemærkningerne til det danske lovforslag, at gældende ret anses for overensstemmende med DSMD art. 17, stk. 7. Undtagelsen vedrørende karikatur, parodi og pastiche implementeres dog i en ny undtagelse i den foreslåede OHL § 52 c, stk. 10 for at sikre overensstemmelse med DSM-direktivet. Disse undtagelser er på nuværende tidspunkt ikke udtrykkeligt reguleret i ophavsretsloven, men følger af fast retstradition.<sup>325</sup>

Det følger desuden af DSMD art. 17, stk. 9, at medlemsstaterne er forpligtede til at indføre en særlig klageordning for tjenestebrugere, hvor brugeren finder, at deres indhold er blevet uretmæssigt blokeret eller fjernet.<sup>326</sup> Klageordningen skal være effektiv, hurtig og om muligt ved brug af udenretslige tvistløsningsorganer. Den danske implementering lægger op til tvistløsning ved Ophavsretslicensnævnet.<sup>327</sup> I modsætning til de proaktive forpligtelser efter art. 17, stk. 4, skal brugernes klager efter den særlige klageordning desuden underkastes menneskelig kontrol. Endelig følger det af DSMD art. 17, stk. 9, 4. afsnit, at tjenesteudbydere skal oplyse brugerne om klageordningen i deres brugervilkår.

---

<sup>323</sup> Schwemer, Sebastian Felix og Jens Schovsbo, 'What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime', *Intellectual Property Law and Human Rights*. ed. / Paul L.C. Torremans. 4. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2020, (International Law series, Vol. 34), publiceret den 10. januar 2020 (senest revideret den 16. juni 2020), s. 569-589, PDF-side 7 og note 31.

<sup>324</sup> Angelopoulos, Christina i Rosati, Eleonora (red.) (2021), s. 208.

<sup>325</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 34.

<sup>326</sup> DSMD 70. betragtning.

<sup>327</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 33.

Samlet set udtrykker disse dele af DSMD art. 17 nye rettigheder for brugerne af onlineindholdsdelingstjenester. DSMD art. 17, stk. 7 og stk. 9 gør således brugerrettigheder til en integreret del af ansvarsregimet for indholdsdelingstjenester.

Som angivet i afsnit 2.4.2 har mange større indholdsdelingstjenester allerede indført frivillige, proaktive filtreringssystemer. Med forbehold for den eventuelle direkte horisontale virkning af EU chartrets art. 11, forpligter det eksisterende ansvarsregime dog ikke private tjenesteudbydere til at iagttage brugernes ytringsfrihed ved disse systemer. Det er alene medlemsstaterne, der er forpligtede til at foretage en afvejning mellem de kolliderende grundrettigheder i EU chartret.<sup>328</sup> Art. 17, stk. 7 og 9 medfører derfor som udgangspunkt en forbedret beskyttelse af brugernes interesse sammenlignet med det eksisterende ansvarsregime.

#### **3.4.3.1 Uploadfiltre og brugerrettigheder – ex ante eller ex post-beskyttelse?**

Brugerrettighederne indikerer EU-lovgivers erkendelse af, at ansvarsfritagelsesregimet i DSMD art. 17, stk. 4 implicit opfordrer udbydere af onlineindholdsdelingstjenester til at implementere automatiserede filtreringssystemer.<sup>329</sup> Disse filtreringssystemer har historisk haft problemer med at skelne mellem lovlige og ulovlige upload. Særligt tilfælde, hvor brugere uploader indhold, der er omfattet af en af de ophavsretlige undtagelser vedrørende karikatur, parodi eller pastiche, har filtrene medført ”falsk positive” tilfælde af ophavsretskrænkelser.<sup>330</sup>

Som eksempel kan nævnes den populære form for brugergeneret indhold ”memes.” Typisk vil en meme bestå af et ophavsretligt beskyttet fotografi eller illustration, som brugeren har kombineret med

---

<sup>328</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1573 af den 30. april 2020 afgivet af Ytringsfrihedskommissionen om ”Ytringsfrihedens rammer og vilkår i Danmark – Del 2”, s. 639.

<sup>329</sup> Dette var udtrykkeligt forudsat i det første forslag til DSM-direktivets 39. betragtning, men er ikke gentaget i den endelige udgave af DSM-direktivet. Samme risiko fremhæves i Justitsministeriets betænkning nr. 1573 af den 30. april 2020 afgivet af Ytringsfrihedskommissionen om ”Ytringsfrihedens rammer og vilkår i Danmark – Del 2”, s. 646.

<sup>330</sup> Se eksempelvis omtalen af YouTubes Content ID-systems utilstrækkelighed i Bailey, Jonathan, ’ Why YouTube Makes So Many Copyright Mistakes’, PlagiarismToday, 22. maj 2019 (tilgængelig via <https://www.plagiarismtoday.com/2019/05/22/why-youtube-makes-so-many-copyright-mistakes/> - senest tilgået den 23. Maj 2021) og om uploadfiltre generelt Reda, Julia, ’When filters fail: These cases show we can’t trust algorithms to clean up the internet’, 28. September 2017 (tilgængelig via <https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/> - senest tilgået 23. maj 2021).

brugerens egen humoristiske tekst. Memes vil ofte være omfattet af parodiundtagelsen.<sup>331</sup> Automatiske filtreringssystemer risikerer dog at identificere og blokere memes som ophavsretskrænkelser. YouTube har anerkendt, at Content ID ikke tager hensyn til, om en undtagelse til ophavsretten eventuelt finder anvendelse.<sup>332</sup> Facebook har også udtalt, at Rights Manager “*is not able to take context into account. It’s just seeking to identify whether or not two pieces of content matched to one another.*”<sup>333</sup> Hvis disse systemer er utilstrækkelige, er det svært at forestille sig, at mindre tjenesteudbydere vil anvende mere sofistikerede filtreringsteknologier.

Balancering af ansvarsfritagelsesregimet i DSMD art. 17, stk. 4 og de obligatoriske brugerrettigheder i art. 17, stk. 7 og stk. 9 er afgørende for, at det nye ansvarsregime ikke får til følge, at adgangen til lovligt indhold på indholdsdelingstjenesterne hindres.<sup>334</sup> Det vil navnlig afhænge af medlemsstaternes implementering af DSMD art. 17, eftersom direktivteksten ikke giver konkret vejledning på dette punkt.

Dette lægger først og fremmest op til en vurdering af, om brugerrettighederne skal varetages *ex ante* eller *ex post*. Med andre ord, om brugerrettighederne skal iagttages i forbindelse med brugerens upload af indhold til platformen eller først efter fjernelse eller blokering af indholdet.

Den særlige klageordning i art. 17, stk. 9 antyder, at det er tilstrækkeligt, hvis brugerrettighederne sikres gennem en effektiv og hurtig *ex post* klageadgang. I så fald ville brugerrettighederne sikres ved brugernes efterfølgende klage over uretmæssig blokering af (lovligt) indhold. En sådan *ex post*-ordning ville umiddelbart stemme overens med hensynsafvejningen til fordel for rettighedshaverne, som DSM-direktivet oprindeligt var et udtryk for.

Følgende fremgår imidlertid af EU-Kommissionen seneste udkast til implementeringsretningslinjer: “[T]he guidance would take as a premise that it is not enough for the transposition and application of Article 17(7) to only restore legitimate content *ex post*, once it has been blocked. When service

---

<sup>331</sup> Der henvises også til beskrivelsen af ”memes”-eksemplet i Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s.16.

<sup>332</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 243, note 228.

<sup>333</sup> Citat af Product Manager for Facebooks Rights Manager, Dave Axelgard, til Van der Sar, Ernesto, Facebook Sees Copyright Abuse as One of the Platform’s Main Challenges, 8. januar 2020 (tilgængelig via <https://torrentfreak.com/facebook-sees-copyright-abuse-as-one-of-the-platforms-main-challenges-200108/> – senest tilgået den 18. maj 2021).

<sup>334</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 11.

*providers apply automated content recognition technologies under Article 17(4), on the basis of the relevant and necessary information provided by the rightholders, legitimate uses should also be considered at the upload of content.*<sup>335</sup>

I forbindelse med den mundtlige forhandling i sag *C-401/19* har EU-Kommissionen, Europa-Parlamentet og Rådet tilsvarende udtalt, at beskyttelsen af brugerrettighederne i DSMD art. 17, stk. 7 har forrang frem for tjenesteydernes ”bedste indsats”-forpligtelser efter art. 17, stk. 4.<sup>336</sup> Dette viser, at EU-lovgiver vægter hensynet til brugerrettighederne i henhold til DSMD art. 17, stk. 7 og EU chartret højt i implementeringen af DSMD art. 17. *Schwemer/Quintais* gør også gældende, at ex ante-beskyttelse følger af, at DSMD art. 17, stk. 7 er en resultatforpligtelse. Betingelserne i art. 17, stk. 4, litra a - c er derimod alene indsatsforpligtelser.<sup>337</sup>

*European Copyright Society* begrunder også behovet for ex ante-beskyttelse af brugerrettigheder ud fra, at den amerikanske ”counter notice”-mekanisme, der svarer til en ex post-klageadgang efter art. 17, stk. 9, reelt ikke benyttes af brugerne.<sup>338</sup>

Væsentligheden af brugernes adgang til at dele lovligt indhold følger også af afgørelsesforslaget i *YouTube/Cyando*. Generaladvokat Øe fremhævede brugernes ret til at dele lovligt indhold som en væsentlig sikkerhedsventil for en eventuel stay down-forpligtelse inden for E-handelsdirektivets art. 15.<sup>339</sup>

Ud fra hensynet til den effektive virkning af DSMD art. 17, stk. 7 og stk. 9, 3. afsnit bør brugerrettigheder sikres ex ante. Dette vil også understøtte overensstemmelsen mellem DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c og EU chartrets art. 11.

---

<sup>335</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s.15.

<sup>336</sup> IT-Politisk Forenings høringsvar vedrørende lovforslag om ændring af lov om ophavsret (implementering af art. 15 og 17 i ophavsretsdirektivet på det digitale indre marked) af den 22. januar 2021, s. 9. Se også Keller, Paul, 'CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work, Wolters Kluwer Copyright Blog, 11. november 2020 (tilgængelig via <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/> - senest tilgået den 25. maj 2021).

<sup>337</sup> Quintais, João and Sebastian Felix Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special is Copyright?', udkast af den 7. maj 2021 ("Quintais, João & Sebastian Felix Schwemer (2021)"), s. 7.

<sup>338</sup> ECS Comment on CDSMD Article 17, s. 17.

<sup>339</sup> Generaladvokat Øes forslag til afgørelse i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, punkt 186-187 og 221-222.

### 3.4.3.2 Konkrete forslag til ex ante-beskyttelse

Medlemsstaternes implementering bør indføre mekanismer eller vejledning til, hvordan blokering af lovligt brugerindhold undgås ex ante.

Det danske implementeringsforslag er dog ganske tavst i forhold til konkrete forslag til, hvordan tjenesternes nye stay down-forpligtelser og brugernes rettigheder skal balanceres. I det følgende fremhæves udvalgte konkrete forslag til løsning af den iboende konflikt i ansvarsregimet i DSMD art. 17.

I forlængelse af diskussionen i afsnit 3.4.2, vil brugerrettighederne kunne sikres ex ante ud fra fortolkningen af, hvornår rettighedshavers har givet ”relevante og nødvendige oplysninger” ”og ”tilstrækkelig begrundet meddelelse” jf. DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c. Ud over oplysninger om det specifikke værk, der ønskes utilgængeliggjort samt om muligt, hvilke(t) brugerupload, krænkelsen relaterer sig til, bør rettighedshavernes tillige oplyse, hvorfor uploadet ikke er omfattet af en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning. Ifølge Generaladvokat Øe er dette en nødvendig fortolkning, hvis risikoen for overblokering skal minimeres.<sup>340</sup>

På denne måde påhviler bevisbyrden for, at der er tale om et ulovligt upload, rettighedshaver i stedet for brugeren i den efterfølgende klagesag. Denne løsning understøttes af DSMD art. 17, stk. 9, 2. afsnit, hvorefter rettighedshaverne behørigt skal begrunde, hvorfor de ønsker et specifikt værk eller frembringelse blokeret eller fjernet.<sup>341</sup> Særligt hvor tjenesteudbyderne anvender automatiserede filtreringsteknologier til at opfylde betingelserne i art. 17, stk. 4, må en behørig begrundelse omfatte, hvorfor indholdet er ulovligt ifølge rettighedshaverne. Herved overlades den juridiske vurdering af lovligheden af brugernes indhold ikke til utilstrækkelige, automatiske uploadfiltre.

Bemærkningerne til det danske lovforslag lægger derimod op til en lempelig forståelse af, hvad der udgør relevante og nødvendige oplysninger: ”*Det bemærkes, at der med udtrykket ”relevante og nødvendige oplysninger” ikke er tilsigtet en yderligere forpligtelse end den, der sædvanligvis gælder for rettighedshavere, når disse dokumenterer deres værker og frembringelser over for udbyderne.*”<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> Ibid. punkt 190.

<sup>341</sup> Et tilsvarende synspunkt fremgår af Google Danmarks høringssvar af den 22. januar 2021 vedrørende ”høring over lovudkast – ændring af lov om ophavsret”, s. 16.

<sup>342</sup> Kulturministeriets lovforslag L 205 af den 26. marts 2021, s. 31.



Dette indikerer ikke, at rettighedshaverne skal begrunde deres meddelelser på en måde, der sikrer, at lovligt brugerindhold ikke blokeres.

Alternativt kan brugerrettighederne beskyttes ved, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester forpligtes til at indføre såkaldte ”pre-flagging”-mekanismer. Dette indebærer, at brugeren forud for upload af indhold til indholdsdelingstjenesten kan markere (”flagge”) handlingen som omfattet af en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning. Risikoen ved pre-flagging er imidlertid, at det forudsætter, at brugerne af tjenesten er bevidste om, at deres handling er omfattet af en ophavsretlig undtagelse eller indskrænkning. Dette er en juridisk vurdering, som få brugere vil mestre.

Pre-flagging vil således ikke i sig selv udgøre et effektivt middel til at sikre brugerrettighederne i DSMD art. 17, stk. 7 og stk. 9. Som supplement til pre-flagging kunne tjenesterne desuden opfordres til brugen af såkaldte ”allowlists.”<sup>343</sup> Denne funktion gør det muligt for rettighedshaverne at forhåndsgodkende visse brugeres ophavsretlige relevante brug af de beskyttede værker.<sup>344</sup>

I modsætning til det danske implementeringsforslag, indeholder den tyske implementeringslov en række mekanismer, der skal mindske tjenesteudbydernes incitament til at anvende uploadfiltre.<sup>345</sup> Den tyske implementeringslovs §§ 9 – 11 i introducerer begrebet ”*presumable authorised uses*”, hvor tjenesteudbydere anvender automatiseret filtreringsteknologi.<sup>346</sup> ”*Presumable authorised uses*” forudsætter, at brugerens indhold består af mindre end halvdelen af et beskyttet værk, som rettighedshaveren har givet relevante og nødvendige oplysninger om, samt at indholdet indebærer en kombination af det beskyttede værk med andet indhold jf. lovens § 9, stk. 2.

---

<sup>343</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 16.

<sup>344</sup> YouTubes filtreringssystem Content ID har allerede en sådan ”allowlist”-funktion – se <https://support.google.com/youtube/answer/6070344?hl=en> (senest tilgået den 23. maj 2021).

<sup>345</sup> Dette afspejler den tyske regerings erklærede formål om at gøre brugen af uploadfiltre ”*largely superfluous*” jf. den tyske føderale regerings udtalelse i forbindelse med Ministerrådets behandling af DSM-direktivet af den 5. april 2019 (Interinstitutional File: 2016/0280(COD), afsnit 8, s. 5).

<sup>346</sup> Begrebet ”presumably authorized uses” skal ikke forveksles med undtagelsen for ”minor uses” (”Bagatell-Schranke”), der fremgik af § 6 i det tidligere tyske forslag til implementering af den 2. september 2020, og som blev kritiseret for at være i strid med EU-retten. For en detaljeret forklaring på forskellen henvises til det tyske justits- og forbrugerbeskyttelsesministeriums ”FAQ on the government draft for the adaptation of copyright law to the requirements of the Digital Single Market - Excerpt covering the Act on Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG)” af den 3. februar 2021.

Herudover skal bruger-uploadet være omfattet af enten den tyske lovs § 10 (minimal brug) eller § 11 (flagging af lovligt brug). Der er tale om minimal brug efter § 10, hvis brugen af det ophavsretligt beskyttede værk falder under en af de forhåndsdefinerede de minimis-værdier.<sup>347</sup> Alternativt skal tjenesteudbyderen, ved rettighedshavers anmodning om blokering, oplyse brugeren om anmodningen, om kravet om tilladelse til at fortage en overføring til almenheden, samt give brugeren muligheden for at markere indholdet som lovligt jf. § 11, stk. 1, nr. 1 - 3. Lovens § 12 forpligter også tjenesteudbyderne til at betale vederlag til rettighedshaverne, selvom der er tale om et brugerupload omfattet af lovens §§ 9 – 11.

Virkingen af, at et brugerupload kvalificeres som formodet lovligt er, at det ikke må blokeres proaktivt og automatisk som led i tjenesteudbyderens forpligtelser efter DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c. Tjenesteudbyderen har dermed ikke et primært ophavsretligt ansvar for at give adgang til ”*presumably authorised uses*.”

Denne mekanisme tilgodeser således både ”*Value Gap*”-problemet og sikrer, at brugerrettighederne beskyttes *ex ante*, hvor tjenesteudbyderen anvender automatiske filtreringssystemer. Den tyske forordningsregel understøttes også af Kommissionens udkast til implementeringsretningslinjer. Retningslinjerne foreslår, at der ved anvendelsen af automatiserede filtreringssystemer, i medfør af DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c, sondres mellem sandsynligvis krænkende hhv. sandsynligvis lovlige uploads. Ud fra hensynet til en effektiv beskyttelse af brugerrettighederne i DSMD art. 17, stk. 7 og stk. 9, bør det kun være sandsynligvis krænkende indhold, der er genstand for tjenesteudbydernes proaktive automatiske filtrering.<sup>348</sup>

Endelig bør der indføres sanktioner mod misbrug fra både rettighedshaverne og brugerne. Dette tiltag følger ikke direkte af DSMD, men understøttes både af Kommissionens udkast til retningslinjer og den tyske implementeringslov. Sanktionering af misbrug vil afbøde risikoen for overblokering.<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> Den tyske implementeringslov § 10, stk. 1, nr. 1 – 4 oplister følgende konkrete de minimis-værdier: 1) *uses of up to 15 seconds in each case of a cinematographic work or moving picture*, 2) *uses of up to 15 seconds in each case of an audio track*, 3) *uses of up to 160 characters in each case of a text*, og 4) *uses of up to 125 kilobytes in each case of a photographic work, photograph or graphic*.

<sup>348</sup> Begreber er en oversættelse af begreberne ”*likely infringing uploads*” og ”*likely legitimate uploads*” som angivet i Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s.15. For samme anbefaling henvises til Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics, november 2019, s. 4.

<sup>349</sup> Kommissionens udkast til retningslinjer til implementering af DSMD artikel 17 (juli 2020), s. 9 og 16.

Sanktioner kan pålægges brugerne og rettighedshaverne ved lov eller som en pligt for tjenesteudbydere til at fastlægge sanktioner i deres brugervilkår. Den tyske implementeringslovs § 18 foreslår sådan sanktionering af rettighedshavernes gentagende misbrug af muligheden for præventiv filtrering. Den tyske lovs § 18, stk. 5 sanktionerer tilsvarende brugernes gentagende misbrug af pre flagging-mekanismen.<sup>350</sup>

#### **3.4.4 Delkonklusion**

Anvendelsen af DSMD art. 17, stk. 4, litra a – c giver anledning til en række juridiske spørgsmål. Disse følger først og fremmest af de dynamiske, retlige ”bedste indsats”-standarder i alle tre betingelser. Ansvarsfritagelsesbetingelserne i henhold til DSMD art. 17, stk. 4 litra a - c er udtryk for en strengere retstilstand end efter det eksisterende ansvarsregime. Ordlyden af DSMD art. 17, stk. 4 understøtter det nye ansvarsregimes udgangspunkt om, at onlineindholdsdelingsplatforme er primært ansvarlige. Sammenblandingen af ansvarsfritagelse og proaktive filtreringsforpligtelser medfører dog en langt større risiko for generel monitorering af indholdet på indholdsdelingstjenester end efter E-handelsdirektivets art. 14 og 15.

Det nye ansvarsregime indebærer desuden en risiko for krænkelse af brugernes ytrings- og informationsfrihed jf. EU chartrets art. 11, hvis de nye brugerrettigheder ikke beskyttes ved anvendelsen af betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c. Den danske direktivnære implementering tilgodeser en høj grad af harmonisering på tværs af medlemsstaterne. En direktivnær implementering risikerer imidlertid at videreføre de iboende konflikter i DSMD art. 17. Sammenlignet med den tyske implementering, savner det danske lovforslag konkrete tiltag til at sikre, at den nye ansvarsfritagelse anvendes på en måde, der beskytter de nye, obligatoriske brugerrettigheder tilstrækkeligt og ex ante.

---

<sup>350</sup> Den tyske implementeringslov § 18 in fine.

## DEL III: AFSLUTNING OG PERSPEKTIV

### 4 Konklusion

DSMD art. 17 etablerer et nyt ansvarsregime for indholdsdelingstjenester på det ophavsretlige område. Det nye ansvarsregime ændrer det eksisterende ansvarsregime på følgende primære områder.

For det første ændres udgangspunktet fra ansvarsfrihed til ansvar. DSMD art. 17 medfører et primært ophavsretligt ansvar for indholdsdelingstjenesterne for det indhold, som deles af brugerne. Dette ændrer markant indholdsdelingstjenesternes incitament til at indhente tilladelse fra rettighedshaverne til tilgængeliggørelsen af det ophavsretligt beskyttede indhold. Selv hvis EU-Domstolen viderefører, mutatis mutandis, resultatet i *Filmspeler* og *TPB* i de verserende *YouTube/Cyando-sager*, og finder, at YouTube allerede foretager en selvstændig overføring til almenheden efter Infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, vil DSMD art. 17 styrke rettighedshavernes retsstilling fremadrettet.

For det andet skærpes adgangen til ansvarsfritagelse betragteligt. Hvor E-handelsdirektivets art. 14 var et reaktivt ansvarsfritagelsessystem, er ansvarsfritagelse efter DSMD art. 17, stk. 4 betinget af en række proaktive forpligtelser. Hvis der ikke opnås tilladelse fra rettighedshaverne, vil indholdsdelingstjenester være forpligtet til proaktivt at forebygge tilstedeværelsen af det ophavsretligt beskyttede indhold; en såkaldt ”stay down”-forpligtelse. Dette tilgodeser formålet med DSM-direktivet og sikrer en bedre beskyttelse af rettighedshaverne end hidtil. Det understøtter desuden et velfungerende marked for ophavsret, at tjenesteydernes bedste indsats for indgå en rimelig aftale med rettighedshaverne er blevet en ansvarsfritagelsesbetingelse.

Som nærværende afhandling har vist, medfører den nye ansvarsfritagelse imidlertid en væsentligt øget risiko for generel monitorering og overblokering af indhold, der deles på tjenesten. Ordlyden af DSMD art. 17, stk. 4, litra b – c lægger op til, at indholdsdelingstjenesterne indfører et system i lighed med det, som Domstolen i *SABAM* og *McFadden* fandt stred imod monitoreringsforbuddet i E-handelsdirektivets art. 15. Det konkluderes desuden, at de nye ”stay down”-forpligtelser i DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c, ikke kan legitimeres alene ud fra *Facebook-dommen*. Resultatet i *Facebook* indikerer en retstilstand, hvor der under visse omstændigheder kan pålægges en tjenesteyder en proaktiv filtreringsforpligtelse, uden at dette vil være i strid med monitoreringsforbuddet. Dommens præjudikatsværdi må dog anses for begrænset på det ophavsretlige område. Det nye ansvarsregime gentager

ikke dommens nødvendige sikkerhedsventil om forudgående domstolskontrol eller forbehold for, at monitoreringen ikke må føre til, at tjenesteudbyderen skal foretage en selvstændig juridisk vurdering af indholdet.

Sammenlignet med hidtil gældende ret, gør DSMD art. 17, stk. 7 og 9 brugerrettigheder til en mere integreret del af ansvarsregimet for indholdsdelingstjenester. Hvis virkningen af direktivet imidlertid ikke skal blive blokering af brugernes lovlige indhold, skal medlemsstaternes implementering sikre, at de nye brugerrettigheder beskyttes ex ante. I sin nuværende form sikrer det danske lovforslag ikke en balance mellem de proaktive ansvarsfritagelsesbetingelser og brugerrettighederne. Det danske lovforslag overlader derimod løsningerne til samarbejdet mellem rettighedshavere og tjenesteudbydere. Den danske tilbageholdenhed skyldes dog også, at EU-Kommissionen ikke klart har tilkendegivet deres opfattelse af, hvordan implementeringen af DSMD art. 17 sikrer den rette interesseafvejning. Foreløbigt bør inspiration i stedet hentes fra den tyske implementeringslov.

Samlet set etablerer DSMD art. 17 og den danske implementering i OHL § 52 c et strengere ansvarsregime for indholdsdelingstjenester. Det er dog endnu usikkert, om afklaringen af tjenesternes opavsretlige ansvar kan opveje de juridiske uhensigtsmæssigheder, som det nye regime også medfører.

## **5 Perspektivering - det nye ansvarsregime og forslaget til retsakt om digitale tjenester**

Denne afhandling har diskuteret, hvordan det nye ansvarsregime for indholdsdelingstjenester ændrer det hidtil gældende. På mange måder er afhandlingen dog kun et øjebliksbillede af et retsområde i hastig forandring.

Den 15. december 2020 fremsatte EU-Kommissionen sit forslag til retsakt om digitale tjenester (Digital Services Act).<sup>351</sup> Forslaget udgør en del af Kommissionens samlede lovgivningspakke, der

---

<sup>351</sup> EU-Kommissionens forslag af den 15. december 2020 til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning om et indre marked for digitale tjenester og om ændring af direktiv 2000/31/EF (COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD)) (i det følgende benævnt "Forslaget til retsakt om digitale tjenester (december 2020)" eller "DSA-forslaget" i teksten).

skal ajourføre den retlige ramme for formidlingstjenester i EUs digitale indre marked.<sup>352</sup> DSA-forslaget er fremsat som et forslag til en forordning frem for et direktiv for at sikre en effektiv harmonisering og undgå retlig fragmentering.<sup>353</sup>

DSA-forslagets kapitel II og III bygger på en asymmetrisk model, hvor intensiteten af due diligence-forpligtelserne afhænger af den pågældende tjenesteudbyder. Asymmetrien skal sikre proportionalitet ved at pålægge de tjenesteudbydere, der udgør den største risiko for et velfungerende digitalt indre marked, de strengeste forpligtelser.<sup>354</sup>

E-handelsdirektivets art. 12-15 ophæves, men videreføres i art. 3, 4, 5 og 7 i den nye retsakt om digitale tjenester.<sup>355</sup> For indholdsdelingstjenester videreføres den horisontale ansvarsfritagelse fra E-handelsdirektivets art. 14 i DSA-forslagets art. 5. Ligesom E-handelsdirektivet harmoniserer DSA-forslaget ikke, hvornår en indholdsdelingstjeneste pådrager sig et ansvar.<sup>356</sup> Forbuddet mod generel monitorering gentages i DSA-forslagets art. 7. Gentagelsen understreger, at det er en afgørende forudsætning for et velfungerende internet, at udbydere af formidlingstjenester ikke forpligtes til generelt at overvåge brugernes indhold.<sup>357</sup> Både ansvarsfritagelsen og forbuddet mod generel monitorering skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens tidligere praksis.<sup>358</sup>

Due diligence-forpligtelserne i DSA-forslaget og DSMD art. 17 tilgodeser begge formålet om et strengere ansvar for indholdsdelingstjenester for delingen af ulovligt indhold på tjenesten, og at bekæmpelsen skal ske proaktivt frem for reaktivt. Denne tendens er hensigtsmæssig i lyset af, at visse indholdsdelingstjenester efterhånden har karakter af kritisk infrastruktur.

Det følger af DSA-forslagets 9. - 11. betragtning samt art. 1, stk. 5, at forordningen vil være *lex generalis* i forhold til gældende, sektorspecifikke EU-regler. DSMD art. 17 er et sådant *lex specialis* ansvarsregime på det ophavsretlige område for onlineindholdsdelingstjenester. Dette gælder dog kun

---

<sup>352</sup> Forslaget til retsакten om digitale tjenester (december 2020), s. 2.

<sup>353</sup> *Ibid.* s. 3.

<sup>354</sup> *Ibid.* s. 11.

<sup>355</sup> *Ibid.* art. 71.

<sup>356</sup> *Ibid.* 17. betragtning.

<sup>357</sup> *Ibid.* 28. betragtning.

<sup>358</sup> *Ibid.* s. 4.

for så vidt, DSMD art. 17 reelt indeholder mere specifikke regler.<sup>359</sup> Der forventes dog også at blive overlap mellem tjenester, der opfylder definitionen af ”meget store onlineplatforme” i retsакten om digitale tjenester, og tjenester, der er omfattet af definitionen i DSMD art. 2, nr. 6.<sup>360</sup> Et eksempel på en tjeneste, der falder inden for begge definitioner, er YouTube.<sup>361</sup>

Retsvirkningen af, at DSM-direktivet udgør *lex specialis* vil være, at tjenesternes mulige ansvarsfritagelse for uautoriserede overføringer til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker skal bedømmes efter art. 17, stk. 4. Ansvarsfritagelse for andet ulovligt indhold på tjenesten vil skulle bedømmes efter art. 5 i retsакten om digitale tjenester.<sup>362</sup> Ansvar for uautoriserede overføringer til almenheden af ophavsretligt beskyttet indhold underlægges således et strengere ansvarsregime end andet indhold.

Der følger dog også en række selvstændige *due diligence*-forpligtelser for onlineplatforme og meget store onlineplatforme i DSA-forslagets afdeling 3 og 4. Tjenester som YouTube og Facebook vil sandsynligvis både skulle opfylde forpligtelserne i DSMD art. 17 og retsакten om digitale tjenester. Forpligtelserne i de to retsакter overlapper dog på visse områder. Dette gælder eksempelvis tjenesteudbydernes pligt til at indføre en notice and take down-mekanisme og en effektiv *ex post*-klageordning for brugerne.<sup>363</sup> Disse *due diligence*-forpligtelser adskiller sig dog fra betingelserne i DSMD art. 17, stk. 4, litra a – c ved ikke at være egentlige ansvarsfritagelsesbetingelser.

*Schwemer/Quintais* gør desuden gældende, at hvor DSMD art. 17 er uklar, eller overlader et skøn til medlemsstaterne, bør den mere udførlige regulering i DSA-forslaget finde anvendelse.<sup>364</sup>

Konkret kunne den mere detaljerede notice and take-down procedure i DSA-forslagets art. 14 og 15 overføres til, hvordan ”relevante og nødvendige oplysninger” skal fortolkes DSMD art. 17, stk. 4,

---

<sup>359</sup> Ibid. s. 4 -5 øverst.

<sup>360</sup> ”Meget store platforme” defineres i forslaget til retsакten om digitale tjenester (december 2020) art. 25, stk. 1 og 54. betragtning som ”onlineplatforme, der leverer deres tjenester til et gennemsnitligt antal aktive modtagere af tjenesten i Unionen på 45 mio. eller derover pr. måned beregnet i overensstemmelse med den metode, der er fastsat i de i [art. 25,] stk. 3 omhandlede delegerede retsакter.”

<sup>361</sup> Quintais, João & Sebastian Felix Schwemer (2021), s. 10.

<sup>362</sup> Ibid. Dette gælder selvsagt ikke for ulovligt indhold, der er genstand for andre sektorspecifikke ansvarsregimer, såsom bekæmpelse af seksuelt misbrug af børn og terrorrelateret indhold, der også formodes at være *lex specialis* til retsакten om digitale tjenester.

<sup>363</sup> DSMD art. 17, stk. 4, litra c hhv. DSMD art. 17, stk. 9.

<sup>364</sup> Quintais, João & Sebastian Felix Schwemer (2021), s. 20.

litra b og c. Som konkluderet i afsnit 3.4.4 vil netop denne fortolkning få væsentlig betydning for overensstemmelsen mellem DSMD art. 17, stk. 4 og forbuddet mod generel monitorering samt de nye brugerrettigheder. Det fremgår også af begrundelsen til DSA-forslaget, at forbuddet mod generelle overvågningsforpligtelser begrænser incitamenterne til onlineovervågning.<sup>365</sup>

DSA-forslagets art. 26, stk. 1, litra b og art. 27 forpligter også meget store onlineplatforme til årligt at vurdere og iværksætte afbødende tiltag i forhold til de systemiske risici for negative indvirkning på ytrings- og informationsfriheden, som deres tjenester medfører. Hvis *Schwemer/Quintais'* synspunkt følges, kan disse forpligtelser passende overføres til tjenesteudbydere, der anvender upload-filtre til at opfylde forpligtelserne i DSMD art. 17, stk. 4, litra b og c, der er tavs på dette område. Dette ville øge beskyttelsen af brugernes grundrettigheder i det horisontale forhold mellem tjenesten og brugerne.

DSA-forslaget adresserer desuden udtrykkeligt, at platformenes brug af automatiserede indholdsmoderationsværktøjer risikerer at krænke brugernes ytringsfrihed ved overblokering.<sup>366</sup> Forslagets art. 20, stk. 2 forpligter udbydere af onlineplatforme til at sanktionere misbrug af ”notice and take down”-proceduren. Til sammenligning indeholder DSMD art. 17 ingen konkrete mekanismer mod rettighedshavernes misbrug af notice and take down og notice and stay down- mekanismerne i art. 17, stk. 4, litra b og c.<sup>367</sup> Forpligtelsen i DSA-forslagets art. 20, stk. 2 understreger kun behovet for, at den danske implementering også indfører mekanismer mod misbrug fra både rettighedshavere og brugere.<sup>368</sup>

Tjenesteudbydernes ret til at oprette og drive virksomhed efter EU chartrets art. 16 varetages blandt andet ved forordningens asymmetriske og risikobaserede model. DSA-forslaget indeholder i det hele taget mere detaljerede mekanismer for sikre overensstemmelse med EU chartret. Dette kunne indikere, at EU-lovgiver ønsker at undgå, at forordningens vedtagelse følges af et annullationssøgsmål, som det var tilfældet med DSM-direktivet.

---

<sup>365</sup> Forslaget til retsakt om digitale tjenester (december 2020), s. 13.

<sup>366</sup> Ibid.

<sup>367</sup> Quintais, João & Sebastian Felix Schwemer (2021), s. 19.

<sup>368</sup> Der henvises til de konkrete forslag til beskyttelse af brugerrettigheder i afhandlingens afsnit 3.4.3.2.



Spørgsmålet forbliver dog, om den øgede regulering af meget store onlineplatforme i EU risikerer at medføre en ”un-level playing field”<sup>369</sup> for udbydere af onlineplatforme. DSA-forslaget risikerer at medføre en vis skævvridning mellem tjenester, der pålægges de ekstensive forpligtelser efter både DSM-direktivet og retsакten om digitale tjenester hhv. tjenester, der kun er omfattet af retsакten om digitale tjenester. Selvom tjenesteudbydere falder under forskellige retlige definitioner (eksempelvis ”udbydere af onlineindholdsdelingstjenester”, ”onlineplatforme” og ”meget store onlineplatforme”) kan virksomhederne være konkurrenter i praksis. Størstedelen af store tjenesteudbydere forventes dog at falde under begge regelsæt, idet tjenesterne benyttes til både ophavsretlige og andre formål.

De øgede omkostninger, der er forbundet med at overholde begge retsakter kan således påvirke tjenesteudbydere ulige. Selv inden for de enkelte underkategorier af hostingtjenester kan der være forskel på tjenesteudbydere ressourcer til at overholde de respektive forpligtelser. Selvom to virksomheder eksempelvis begge er omfattet af definitionen ”onlineplatform”,<sup>370</sup> kan de have forskellige forudsætninger for at opfylde de nye forpligtelser, der følger af afdeling 3 i DSA-forslaget.<sup>371</sup>

DSA-forslaget er dog endnu på et meget tidligt stadie. Denne perspektivering har belyst udvalgte spørgsmål, som samspillet mellem det nye ansvarsregime og den nye retsakt om digitale tjenester giver anledning til. Både DSA-forslaget og DSM-direktivet udtrykker EU-lovgivers ønske om at lade de store platformudbydere markedsstyrke afspejle sig i deres forpligtelser og ansvar. I lyset af debatten omkring DSM-direktivet forventes vedtagelsen af retsакten om digitale tjenester dog at blive langt fra gnidningsfri. Selvom formålet er anerkendelsesværdigt, vil retsакten om digitale tjenester formentlig medføre lige så mange retlige spørgsmål, som løsninger.

---

<sup>369</sup> Begrebet er en variation over det almindelige handelspolitiske begreb ”level playing field”, der beskriver situationen, hvor aktører i forskellige lande eller jurisdiktioner har lige muligheder for at konkurrere på markedsvilkår.

<sup>370</sup> Forslaget til retsакten om digitale tjenester (december 2020) art. 2, litra h.

<sup>371</sup> Weiss, Pernille, ’EU-regulering af den digitale økonomi må ikke blive en ”one size fits all”-løsning’, Altinget, 21. februar 2021 (tilgængelig via <https://www.altinget.dk/digital/artikel/pernille-weiss-eu-regulering-af-den-digitale-oekonomi-maa-ikke-blive-en-one-size-fits-all-loesning> - senest tilgået den 23. maj 2021).

## **6 Litteraturliste**

### **LOVGIVNING**

#### **EU-retsforskrifter**

##### **Primære EU-ret**

- Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2012/C 326/02)

##### **Sekundære EU-retsakter**

- 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 (E-handelsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc-direktivet)
- 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 (DSM-direktivet)

##### **EU-Kommissionens meddelelser**

- EU-Kommissionens meddelelse af den 6. maj 2015 om ”En strategi for et digitalt indre marked i EU” (COM(2015) 192 final)
- EU-Kommissionens meddelelse af den 28. september 2017 om ”Bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet – større ansvar for onlineplatforme” (COM(2017) 555 final)
- EU-Kommissionens udkast til vejledning til anvendelsen af artikel 17 (“Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”) af den 27. juli 2020

##### **EU forslag til retsakter**

- EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked af den 14. september 2016 (COM(2016) 593 final 2016/0280(COD))
- EU-Kommissionens forslag af den 15. december 2020 til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning om et indre marked for digitale tjenester og om ændring af direktiv 200/31/EF (COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD))

##### **Danske retsforskrifter**

- Lov nr. 227 af den 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel (forkortes ”E-handelsloven”)

- Lovbekendtgørelse nr. 1144 af den 23. oktober 2014 om ophavsret (forkortes ”ophavsretsloven” eller ”OHL”)

### **Danske forarbejder og andet lovstof**

- Lovforslag nr. 61 af den 29. januar 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel
- Erhvervsministeriets grund- og nærhedsnotat af den 15. november 2017 til Folketingets Europaudvalg (ERU bilag 56, samling 2017-2018)
- Justitsministeriets betænkning nr. 1573 af den 30. april 2020 afgivet af Ytringsfrihedskommissionen om ”Ytringsfrihedens rammer og vilkår i Danmark – Del 2”
- Kulturministeriets forslag til lov om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktivet om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked samt direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer m.v.) nr. L 205 som fremsat i Folketinget den 26. marts 2021 af kulturministeren (Joy Mogensén), Folketingstidende 2020-21, Tillæg A
- Kulturministeriets kommenteret høringsnotat over ændring til ophavsretsloven af den 28. februar 2021 som bilag 1 til Kulturministeriets lovforslag L205 som fremsat den 26. marts 2021
- Høringssvar som bilag 1 til Kulturministeriets lovforslag L205 som fremsat den 26. marts 2021 (alle henvisninger er til det specifikke høringssvar med angivelse af afsender, titel og dato)

### **Tyske retsfor skrifter**

- Den tyske lov Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG (Regierungsentwurf) som vedtaget i Bundestag den 20. maj 2021. Den vedtagne lovtekst (kun på tysk) (tilgængelig via <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/298/1929894.pdf> s. 46 ff.)
- Det tyske justits- og forbrugerbeskyttelsesministeriums (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) oversættelse (working translation) af forslaget til Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG [Regierungsentwurf] (Act on the Copyright Liability of Online Sharing Content Service Providers [Government Draft]) af den 3. februar 2021 (tilgængelig via [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/UrhDaG\\_Gov\\_Draft\\_EN.html?nn=6712350](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/UrhDaG_Gov_Draft_EN.html?nn=6712350))
- Det tyske justits- og forbrugerbeskyttelsesministeriums (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) ”FAQ on the government draft for the adaptation of copyright law to the requirements of the Digital Single Market - Excerpt covering the Act on Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG)” af den 3. februar 2021 (tilgængelig via [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Excerpt\\_FAQ\\_EN\\_Flowchart.html?nn=6712350](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Excerpt_FAQ_EN_Flowchart.html?nn=6712350))

## **Øvrige officielle udtalelser**

- Kulturministeriets pressemeddelelse af den 2. november 2020, ”TODELT TIDSPLAN FOR IMPLEMENTERING AF OPHAVSRETS DIREKTIVER” (tilgængelig via <https://kum.dk/aktuelt/nyheder/todelt-tidsplan-for-implementering-af-ophavsrets-direktiver> - senest tilgået den 23. maj 2021).
- Den tyske føderale regerings udtalelse i forbindelse med Ministerrådets behandling af DSM-direktivet af den 5. april 2019 (Interinstitutional File: 2016/0280(COD)) (tilgængelig via <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1/en/pdf> – senest tilgået den 23. maj 2021).

## **RETSPRAKSIS**

### **EU-Domstolens præjudicielle afgørelser**

- Domstolens dom af den 7. december 2006 i sag C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mod Rafael Hoteles SA.
- Domstolens dom af den 29. januar 2008 i sag C-275/06, Promusicae mod Telefónica de España SAU.
- EU-Domstolens dom af den 19. januar 2010 i sag C-555/07, Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG.
- Domstolens dom af den 23. marts 2010 i de forenede sager C-236/08 og C-238/08, Google Sarl og Google Inc. mod Louis Vuitton m.fl.
- Domstolens dom af den 12. juli 2011 i sag C-324/09, L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl.
- Domstolens dom af den 24. november 2011 i sag C-70/10, Scarlet Extended SA mod Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)
- Domstolens dom af den 16. februar 2012 i sag 360/10, Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) mod Netlog NV
- Domstolens dom af den 13. februar 2014 i sag C-466/12, Nils Svensson m.fl. mod Retriever Sverige AB
- Domstolens dom af den 27. marts 2014 i sag C-314/12, UPC, Telekabel Wien GmbH mod Constantin Film Verleih GmbH og Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH
- Domstolens dom af den 3. september 2014 i sag C-201/13, Johan Deckmyn m.fl. mod Helena Vandersteen m.fl.
- Domstolens dom af den 31. maj 2016 i sag C-117/15, Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH mod Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)
- Domstolens dom af den 8. september 2016 i sag C-160/15, GS Media BV mod Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. og Britt Geertruida Dekker
- Domstolens dom af den 15. september 2016 i sag C-484/14, Tobias McFadden mod Sony Music Entertainment Germany GmbH

- Domstolens dom af den 19. november 2016 i sag C-325/14, SBS Belgium NV mod Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)
- Domstolens dom af den 26. april 2017 i sag C-527/15, Stichting Brein mod Jack Frederik Wullems
- Domstolens dom af den 14. juni 2017 i sag C-610/15, Stichting Brein mod Ziggo BV og XS4ALL BV
- Domstolens dom af den 29. juli 2019 i sag C-469/17, Funke Medien NRW GmbH mod Bundesrepublik Deutschland.
- Domstolens dom af den 3. oktober 2019 i sag C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek mod Facebook Ireland Limited
- Domstolens dom af den 19. december 2019 i sag C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet Internet BV m.fl.
- Domstolens dom af den 2. april 2020 i sag C-753/18, Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim) og Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAMI) mod Fleetmanager Sweden AB og Nordisk Biluthyrning AB

### **Generaladvokaters forslag til afgørelse**

- Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse af den 14. april 2011 i sag C-70/10, Scarlet Extended SA mod Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)
- Generaladvokat M. Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse af den 8. december 2016 i sag C-527/15, Stichting Brein mod Jack Frederik Wullems
- Generaladvokat M. Szpunars forslag til afgørelse af den 8. februar 2017 i sag C-610/15, Stichting Brein mod Ziggo BV og XS4ALL BV
- Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af den 4. juni 2019 i sag C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek mod Facebook Ireland Limited
- Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse af den 28. november 2019 i C-567/18, Coty Germany GmbH mod Amazon Services Europe Sàrl
- Generaladvokat H. Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse af den 16. juli 2020 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Frank Peterson mod Google LLC, YouTube LLC og Google Germany GmbH (sag C-682/18) og Elsevier Inc. mod Cyando AG (sag C-683/18)
- Generaladvokat M. Szpunars forslag til afgørelse af den 17. december 2020 i sag C-597/19, Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited mod Telenet BVBA m.fl.

### **Anmodning om præjudicielle afgørelse og stævning i annullationssøgsmål**

- Stævning i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, anlagt den 24. maj 2019
- Den præjudicielle forelæggelse af den 28. maj 2019 i sag C-500/19, Puls 4 TV GmbH & Co. KG mod YouTube LLC og Google Austria GmbH

## Dansk retspraksis

- Østre Landsrets kendelse af den 1. juli 2020 i sag BS-44200/2019 som trykt i UfR 2020.3122Ø
- Retten i Viborgs utrykte dom af den 15. marts 2010 i sag 2532/2009

## Anden national retspraksis

- Den tyske føderale forfatningsdomstols afgørelse (Order of the First Senate) af den 11. april 2018 i sag 1 BvR 3080/09, BVerfG, paras. 1-58 (tilgængelig via [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2018/04/rs20180411\\_1bvr308009en.html;jsessionid=31ACA-ECFEC62D4E6206DE0F9E603BC3E.1\\_cid386](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2018/04/rs20180411_1bvr308009en.html;jsessionid=31ACA-ECFEC62D4E6206DE0F9E603BC3E.1_cid386))
- England and Wales High Court of Justices afgørelse af den 25. februar 2021 Capitol Records & Ors v British Telecommunications Plc & Ors [2021] EWHC 409 (Ch) (tilgængelig via <https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2021/409.html>)
- England and Wales High Court of Justices afgørelse af den 25. februar 2021 (Young Turks Recordings Ltd & Ors v British Telecommunications Plc & Ors [2021] EWHC 410 (Ch) (tilgængelig via <https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2021/410.html>)

## LITTERATUR

### Bøger

- Andersen, Pernille Bruun, 'Ophavsret & ytringsfrihed', 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2018
- Blume, Peter, 'Retssystemet og juridisk metode', 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020
- Christoffersen, Jonas m.fl., 'EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder', 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018
- Frosio, Giancarlo (red.), 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability', 1. udgave, Oxford University Press, 2020 (**referencer er kapitelspecifikke med angivelse af det pågældende kapitels forfatter og titel**)
- Karstoft, Susanne, 'E-handelsloven med kommentarer', 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021
- Mathiasen, Jakob Plesner og Lasse Lau Nielsen, 'Lærebog i entertainmentret', 1. udgave, Karnov Group, 2019
- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, 'EU-ret', 8. udgave, Karnov Group, 2020.
- Riis, Thomas og Jan Trzaskowski (red.), 'Skriftlig jura – den juridiske fremstilling', 2. udgave, Ex Tuto Publishing, 2020
- Rosati, Eleonora (red.), 'The Routledge Handbook of EU Copyright Law', 1. udgave, Taylor & Francis, 2021 (**referencer er kapitelspecifikke med angivelse af det pågældende kapitels forfatter og titel**)

- Savin, Andrej, 'EU Internet Law', 3. udgave, Elgar European Law, 2020
- Schovsbo, Jens m.fl., 'Immaterielret', 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021
- Sørensen, Karsten Engsig, 'EU-retten', 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019
- Trzaskowski, Jan (red.) m.fl., 'Internetretten', 3. udgave, Ex Tuto Publishing, 2017 (**referencer er kapitelspecifikke med angivelse af det pågældende kapitels forfatter og titel**)
- Udsen, Henrik, 'IT-ret', 4. udgave, Ex Tuto Publishing, 2019
- Udsen, Henrik (red.) m.fl., 'Lærebog i informationsret', 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020

## Artikler

- Dusollier, Severin, 'The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition' (20. marts 2020). Common Market Law Review, Vol. 57 No. 4, August 2020, s. 979-1030 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3695839](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3695839))
- Frosio, Giancarlo, 'To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform', (October 25, 2017). 36(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 331-368 (2018) (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3058680](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3058680))
- Hanuz, Bianca, 'Direct Copyright Liability As Regulation Of Hosting Platforms For The Copyright-Infringing Content Uploaded By Their Users: Quo Vadis?', 11 (2021) JIPITEC 315 (tilgængelig via <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-3-2020/5186>)
- Husovec, Martin og João Quintais, "How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms", Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (2019) (tilgængelig via <https://dare.uva.nl/search?identifier=594de21b-1e8e-4241-a39b-4cb4730f2b33>)
- Husovec, Martin og João Quintais, 'How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms', (januar 2021). GRUR International (Issue 4/2021, forthcoming) (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3463011](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011))
- Koo, Justin, 'Locating and Establishing Responsibility for the Act of Communication to the Public' i 'The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law', s. 143–163, Oxford, Hart Publishing, 2019 (tilgængelig via <https://www.bloomsburycollections.com.ep.fjernadgang.kb.dk/book/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law/ch5-locating-and-establishing-responsibility-for-the-act-of-communication-to-the-public>)
- Leistner, Matthias, 'Is the CJEU Outperforming the Commission?', 26. november 2017 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3077615](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3077615))
- Nordemann, Jan Bernd, 'Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft', (12. juli 2020). Tysk version offentliggjort i GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz

- und Urheberrecht) 2020, 569-576 Alle henvisninger vil være til den engelske version af artiklen (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3649626](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3649626))
- Quintais, João og Sebastian Felix Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special is Copyright', 7. maj 2021 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3841606](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3841606))
  - Riis, Thomas og Sebastian Felix Schwemer, 'Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation', *Journal of Internet Law*, bind 22, nr. 7, 2019, s. 1–21 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300159](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300159))
  - Rosati, Eleonora, 'GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture', 29. marts 2017, 54(4) *Common Market Law Review* 1221-1242 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2943040](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2943040))
  - Rosenmeier, Morten, Jørgen Blomquist, Thomas Riis m.fl., 'Dansk ophavsret til EU-retligt serviceeftersyn. Hvor går grænserne for "dansk ophavsret"?', *NIR*, bind 3, 2018, s. 291-357 (tilgængelig via [https://jura.ku.dk/ciir/ansatte/?pure=da%2Fpublications%2Fdansk-ophavsret-til-euretligt-serviceeftersyn-hvor-gaar-graenserne-for-dansk-ophavsret\(d5b7d35a-cdbe-4ae6-9434-58d5a75d6bdf\).html](https://jura.ku.dk/ciir/ansatte/?pure=da%2Fpublications%2Fdansk-ophavsret-til-euretligt-serviceeftersyn-hvor-gaar-graenserne-for-dansk-ophavsret(d5b7d35a-cdbe-4ae6-9434-58d5a75d6bdf).html))
  - Schaumburg-Müller, Sten, 'Strafansvar for indholdet af onlinemedier - Om formidleransvar for medier, der ikke er omfattet af medieansvarsloven' som trykt i UfR 2018B.113
  - Schwemer, Sebastian Felix, 'Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation', *NIR* (3/2020), 400-435 (tilgængelig via [https://research.ku.dk/search/result/?pure=en%2Fpublications%2Farticle-17-at-the-intersection-of-eu-copyright-law-and-platform-regulation\(7fabd7ff-45e3-4beb-ac97-59d3efe09a2b\).html](https://research.ku.dk/search/result/?pure=en%2Fpublications%2Farticle-17-at-the-intersection-of-eu-copyright-law-and-platform-regulation(7fabd7ff-45e3-4beb-ac97-59d3efe09a2b).html)).
  - Schwemer, Sebastian Felix og Jens Schovsbo, 'What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime', *Intellectual Property Law and Human Rights*. ed. / Paul L.C. Torremans. 4. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2020. s. 569-589 (International Law series, Vol. 34) (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3507542](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3507542))
  - Senftleben, Martin og Christina Angelopoulos, 'The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market', Amsterdam/Cambridge, oktober 2020 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3717022](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717022))
  - Spindler, Gerald, 'The Liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – contravening prohibition of general monitoring duties?', 10 (2019) *JIPITEC* 344 (tilgængelig via <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5041>)

### **Andre akademiske udtalelser**

- Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics, november 2019 – (tilgængelig via <https://www.ivir.nl/recommendationsarticle17/> )



- Metzger, Axel, Senftleben, Martin, Riis, Thomas, m.fl., ‘Comment of the European Copyright Society on Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market Into National Law’, 27. april 2020 (tilgængelig via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3589323](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3589323))

## **Hjemmesider og blogposts**

- Reda, Julia, ‘When filters fail: These cases show we can’t trust algorithms to clean up the internet’, 28. September 2017 (tilgængelig via <https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/> - senest tilgået 23. maj 2021)
- Meaker, Morgan, “Inside the giant German protest trying to bring down Article 13”, af den 26. marts 2019, Wired UK (tilgængelig via <https://www.wired.co.uk/article/article-13-protests> - senest tilgået den 20. maj 2021)
- Bailey, Jonathan, ‘Why YouTube Makes So Many Copyright Mistakes’, PlagiarismToday, 22. maj 2019 (tilgængelig via <https://www.plagiarismtoday.com/2019/05/22/why-youtube-makes-so-many-copyright-mistakes/> - senest tilgået den 23. maj 2021)
- Van der Sar, Ernesto, Facebook Sees Copyright Abuse as One of the Platform’s Main Challenges, 8. januar 2020 (tilgængelig via <https://torrentfreak.com/facebook-sees-copyright-abuse-as-one-of-the-platforms-main-challenges-200108/> – senest tilgået den 26. maj 2021)
- Rosati, Eleonora, “The AG Opinion in YouTube/Cyando: a regressive interpretation of the right of communication to the public.”, 27. juli 2020 (tilgængelig via <https://ipkitten.blogspot.com/2020/07/the-ag-opinion-in-youtubecyando.html> – senest tilgået den 23. maj 2021)
- Rasmussen, Mads Claus, ‘Til Kodas medlemmer: Status på YouTube-konflikten’, 18. august 2020 (tilgængelig via <https://www.koda.dk/om-koda/nyheder/status-pa-youtube-konflikten> - senest tilgået den 28. maj 2021)
- DR, ‘Google blokerer dansk musik fra YouTube før midnat’, 31. juli 2020 (tilgængelig via <https://www.dr.dk/nyheder/penge/google-blokerer-dansk-musik-fra-youtube-midnat> - senest tilgået den 28. maj 2021)
- Ellegaard, Christian og Nanna Mejer Sørensen, ‘Danske musikere langer ud efter YouTube: ‘Kynisk’ og ‘respektløst’’, DR, 31. juli 2020 (tilgængelig via <https://www.dr.dk/musik/danske-musikere-langer-ud-efter-youtube-kynisk-og-respektloest> - senest tilgået den 28. maj 2021)
- Keller, Paul, ‘CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work’, Wolters Kluwer Copyright Blog, 11. november 2020 (tilgængelig via <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/> - senest tilgået den 25. maj 2021)
- Rosati, Eleonora, “High Court grants, for the first time, website blocking orders targeting cyberlocker and streamripping sites/app and considers that CJEU won’t follow AG Opinion in YouTube/Cyando”, The IPKat, 27. februar 2021 (tilgængelig via <https://ipkitten.blogspot.com/2021/02/high-court-grants-for-first-time.html> - senest tilgået den 22. maj 2021)

- Weiss, Pernille, 'EU-regulering af den digitale økonomi må ikke blive en "one size fits all"-løsning', Altinget, 21. februar 2021 (tilgængelig via <https://www.altinget.dk/digital/artikel/ernille-weiss-eu-regulering-af-den-digitale-oekonomi-maa-ikke-blive-en-one-size-fits-all-loesning> - senest tilgået den 22. maj 2021)
- Communia Association, Open Letter to the Commission, 19. april 2021, (tilgængeligt via [https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2021/04/210419open\\_letter\\_article17\\_guidance.pdf](https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2021/04/210419open_letter_article17_guidance.pdf) - senest tilgået den 22. maj 2021)
- Communia Association, German Article 17 implementation law sets the standard for protecting user rights against overblocking, 20. maj 2021, (tilgængelig via <https://www.communia-association.org/2021/05/20/german-article-17-implementation-law-sets-the-standard-for-protecting-user-rights-against-overblocking/> - senest tilgået den 22. maj 2021)

### **Øvrigt materiale**

- Manko, Rafal for the European Parliamentary Research Service, BRIEFING – Court of Justice at work – Role of the Advocates General at the CJEU, oktober 2019 (tilgængelig via [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_BRI\(2019\)642237](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)642237) – senest tilgået den 23. maj 2021)
- Googles egen rapport "How Google Fights Piracy" af november 2018, der er tilgængelig via [https://www.blog.google/documents/27/How\\_Google\\_Fights\\_Piracy\\_2018.pdf](https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf) - senest tilgået den 23. maj 2021)
- "YouTube Content ID", der er tilgængelig via <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=da> – tilgået den 23. maj 2021).
- Facebook for Media, Introducing Rights Manager (tilgængelig via <https://www.facebook.com/formedia/blog/introducing-rights-manager> - senest tilgået den 23. maj 2021)
- Statistisk opgørelse af YouTubes virksomhedsdata fra 2019 henholdsvis 2021 (tilgængelig via <https://www.oberlo.com/blog/youtube-statistics> - senest tilgået den 23. maj 2021)
- Vilkår for YouTubes "YouTube Partner Program" (tilgængelig via <https://support.google.com/youtube/answer/1311392#zippy=%2Cfollow-the-youtube-community-guidelines%2Cfollow-adsense-program-policies> – senest tilgået den 23. maj 2021)