

# DSM-DIREKTIVETS ARTIKEL 17:

En balance mellem ophavsretten  
og ytrings- og informationsfriheden

Udarbejdet af:  
Lasse Emil Johansen  
20165904

Dato:  
30. November 2021



**AALBORG UNIVERSITET**

## Titelblad

Titel, dansk: DSM-direktivets artikel 17: En balance mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden.

Title, English: Article 17 of the DSM Directive: A balance between copyright and the freedom of expression and information.

Navn og studienr.: Lasse Emil Johansen, 20165904.

Uddannelsessted: Aalborg Universitet.

Uddannelse: Kandidat i jura.

Fag: IT-ret.

Vejleder: Jan Trzaskowski.

Afleveringsdato: 30. november 2020.

## Abstract

The purpose of the present thesis is to examine how Article 17 of the DSM Directive affects the legal situation, including how a fair balance between copyright and the freedom of expression and information are struck.

The copyright grants the rightsholders with several exclusive rights, including the rights to produce copies and making content available for the general public. A user uploading content to an online content-sharing service is making a communication to the public, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29. However, the European Court of Justice has in several rulings, including C-610/15, Stichting Brein, and C-682/18 and C-683/18, YouTube/Cyando, held that an online content-sharing service independently can make a communication to the public, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, when a user uploads content to the online content-sharing service.

The DSM Directive was adopted on 17. April 2019. Article 17(1) of the DSM Directive states that an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public when it gives the public access to copyright-protected works uploaded by its users. Therefore, the online content-sharing service provider must obtain an authorization from the rightsholder.

However, Article 17(4) of the DSM directive provides a liability exemption mechanism for an online content-sharing service provider. In that regard, the online content-sharing service provider must meet three cumulative conditions. In order to meet the conditions of the liability exemption mechanism the online content-sharing service provider must carry out preventive monitoring of the content user's upload. Therefore, these must use software which enable automatic filtering. At the same time, it must be ensured that lawful content will not be blocked as it would damage the freedom of expression and information.

The introduction of the liability exemption mechanism led to protests in several Member States. It is obvious, that the liability exemption mechanism constitutes an interference with the freedom of expression and information. However, neither the copyright or the freedom of expression and information are absolute rights. Article 52(1) of the Charter states that limitations of the rights are acceptable if three cumulative conditions are met. The Advocate General states in his opinion in C-401/19, Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, that the three cumulative conditions in Article 52(1) of the Charter are met in relation to the liability exemption mechanism in Article 17(4), litra b-c of the DSM Directive. The EU legislator has, among other things, introduced a number of guarantees in Article 17(7-9), which minimize the impact on the freedom of expression and information.

Article 17 of the DSM Directive aims to strengthen the position of rightsholders. However, The EU legislator, has thereby, also taken the freedom of expression and information into account, exemplified by Article 17(7-9). The EU legislator has sought to strike a balance between the copyright and the freedom of expression and information.

However, the Advocate General highlights some difficulties regarding, how to define practical solutions to enforce the above mentioned. Regardless of which practical solution is chosen, it is clear, that a solution that favors the freedom of expression and information will weaken the copyright and vice versa.

# Indholdsfortegnelse

<b>Titelblad</b> .....	<b>1</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>2</b>
<b>1 Indledning og problemformulering</b> .....	<b>5</b>
<b>2 Emneafgrænsning</b> .....	<b>6</b>
<b>3 Metode</b> .....	<b>7</b>
3.1 Retskilder .....	8
<b>4 Ophavsretlig beskyttelse af digitale værker</b> .....	<b>11</b>
4.1 Eksempлярfremstilling .....	12
4.2 Tilgængeliggørelse for almenheden.....	13
4.2.1 Spredning .....	13
4.2.2 Visning .....	14
4.2.3 Fremførelse .....	14
<b>5 Overføring via indholdsdelingstjenester efter infosoc-direktivets artikel 3</b> .....	<b>15</b>
5.1 Sag C-610/15, Stichting Brein .....	15
5.2 De forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando .....	17
5.3 Hvordan adskiller dommen i sag C-610/15, Stichting Brein sig fra dommen i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando? .....	21
<b>6 Vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17</b> .....	<b>24</b>
6.1 Den danske implementering af DSM-direktivets artikel 17 .....	27
6.1.1 Ohl. § 52 c, stk. 1: Onlineindholdsdelingstjenester .....	27
6.1.2 Ohl. § 52 c, stk. 2 og 3: Direkte ansvar for brugernes upload .....	27
6.1.3 Ohl. § 52 c, stk. 4, 5 og 8: Ansvarsfritagelsen .....	28
6.1.4 Ohl. § 52 c, stk. 6, 7, 9 og 10: Garantier .....	30
6.2 DSM-direktivets artikel 17: Hvilke hensyn varetages? .....	31
<b>7 Ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden</b> .....	<b>33</b>
<b>8 En rimelig balance mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden</b> .....	<b>36</b>
8.1 Kolliderer DSM-direktivets artikel 17 med Charterets artikel 11?.....	43
8.2 Kommissionens anbefalinger i relation til implementeringen af DSM-direktivets artikel 17.....	47
8.3 Hvilke hensyn skal varetages? .....	49
<b>9 Konklusion</b> .....	<b>51</b>
<b>10 Litteraturliste</b> .....	<b>54</b>
<b>11 Skærmpoint af antal anslag</b> .....	<b>60</b>

## 1 Indledning og problemformulering

Digitaliseringen har gjort det hurtigt, nemt og billigt at fremstille digitale kopier af et givent værk, uden at dette medfører et væsentligt kvalitetstab. Dertil har internettets fremmarch skabt en lettilgængelig måde, hvorved ophavsretligt beskyttede værker kan tilgængeliggøres til offentligheden. I denne henseende spiller såkaldte indholdsdelingstjenester, som eksempelvis Facebook og YouTube, en betydelig rolle, da tjenesternes brugere som udgangspunkt får adgang til at tilgængeliggøre det indhold, som de skulle ønske.

Før internettets udbredelse forudsatte en overdragelse af et værk, at der samtidig blev overdraget et fysisk medie. Dette betød også, at rettighedshaveren havde en rimelig mulighed for at kontrollere, hvorledes dennes ophavsretligt beskyttede værker blev distribueret. Dette er imidlertid ikke længere tilfældet for så vidt angår digitale værker. Når et digitalt værk eksempelvis tilgængeliggøres via en indholdsdelingstjeneste, kan brugeren af tjenesten efterfølgende tilgå værket på et af denne valgt tidspunkt og sted. Dette betyder også, at rettighedshaveren har vanskeligt ved at kontrollere, hvorledes dennes ophavsretligt beskyttede værker udnyttes. Ydermere medfører dette også, at rettighedshaveren ikke nødvendigvis bliver kompenseret tilstrækkeligt.

Den teknologiske udvikling har således ændret – og fortsætter med at ændre – måden, hvorpå ophavsretligt beskyttede værker skabes, distribueres og udnyttes. Dette har også den konsekvens, at den ophavsretlige regulering nødvendigvis må følge med den teknologiske udvikling for derved at sikre en rimelig balance mellem på den ene side rettighedshavernes krav på at modtage et rimeligt vederlag for deres arbejde og på den anden side offentlighedens adgang til at modtage og dele information.<sup>1</sup>

Med 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 (herefter, DSM-direktivet) søgte EU-lovgiver, at sikre denne balance ved at pålægge udbyderne af såkaldte onlineindholdsdelingstjenester et direkte ansvar for det indhold, som deres bruger vælger at tilgængeliggøre på onlineindholdsdelingstjenesterne. Det anerkendes imidlertid også, at onlineindholdsdelingstjenesterne tjener som en væsentlig adgangskilde til onlineindhold og herved sikrer en bred adgang til alskens indhold.<sup>2</sup> Med andre ord tildeles brugerne af onlineindholdsdelingstjenesterne en effektiv mulighed for at udnytte deres ytrings- og informationsfriheden.

Thierry Breton, kommissær for det indre marked, har udtalt følgende om vedtagelsen af DSM-direktivet:

---

<sup>1</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 45-47.

<sup>2</sup> DSM-direktivet af 17. april 2019, præambelbetragtning nr. 61.

*"Med de nye regler om ophavsret har EU fastsat en standard for brugen af kreativt indhold online. De nye regler sikrer, at ophavsmænd får en rimelig betaling i den digitale verden, samtidig med at ytringsfriheden, som er en kerneværdi i vores demokratier, beskyttes. Det viser, at vi er fast besluttet på at sikre, at det, der er ulovligt offline, også er ulovligt online. [...]"*<sup>3</sup>

Ovenstående betragtninger leder frem til følgende problemformulering:

*Hvordan påvirker vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 retstilstanden og hvorledes balanceres hensynet til ophavsretten overfor hensynet til informations- og ytringsfriheden?*

Med henblik på at besvare problemformuleringen indeholder kapitel 2 en emneafgrænsning, som søger at afgrænse nærværende speciale. Kapitel 3 indeholder de metodiske overvejelser, der ligger til grund for specialet.

Kapitel 4 indeholder en beskrivelse af, hvorledes digitale værker beskyttes ophavsretligt, herunder hvilke enerettigheder rettighedshaveren tildeles. Kapitel 5 søger at klarlægge, hvorvidt udbyderne af indholdsdelingstjenester kan foretage en selvstændig overføring til almenheden, som omfattet af infosoc-direktivets artikel 3, til trods for, at det er brugeren, der uploader et givent værk.

Kapitel 6 belyser det materielle indhold af DSM-direktivets artikel 17. Dette vil ske med inddragelse af den danske implementering ved ohl. § 52 c. Kapitel 7 og 8 søger at klarlægge, hvorledes hensynet til henholdsvis ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden balanceres ved vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17. Kapitel 9 indeholder en konklusion.

## 2 Emneafgrænsning

Nærværende speciale har til formål at undersøge, hvordan vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 påvirker retstilstanden og hvorledes hensynet til ophavsretten balanceres overfor hensynet til informations- og ytringsfriheden. Med henblik på at besvare problemformuleringen vil flere afgørelser fra EU-Domstolen (herefter Domstolen) blive inddraget. Henset til specialets omfang er antallet af afgørelser fra Domstolen begrænset til de mest centrale. Således havde det eksempelvis været muligt at tegne et mere nuanceret billede af retstilstanden før vedtagelsen af DSM-direktivet ved at inddrage flere afgørelser. Imidlertid er alene C-610/15, Stichting Brein såvel som de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando medtaget. Dette muliggør således en mere dybdegående analyse af de pågældende afgørelser, hvilket er valgt til, frem for en mere overordnet gennemgang af et større antal afgørelser.

---

<sup>3</sup> Europa-Kommissionen, *Nye EU-regler om ophavsret, som vil gavne ophavsmænd, virksomheder og forbrugere, begynder at finde anvendelse*, 4. juni 2021.

Ydermere beskæftiger nærværende speciale sig alene med DSM-direktivets artikel 17 og således ikke de resterende bestemmelser i DSM-direktivet. Artikel 17 vil blive gennemgået ved inddragelse af den danske implementering af artiklen ved ohl. § 52 c. Det kunne have været relevant at inddrage yderligere medlemsstaters implementering af DSM-direktivets artikel 17, men dette er igen fravalgt med henvisning til specialets begrænsede omfang. Det kan i denne henseende bemærkes, at der er inddraget elementer fra henholdsvis den tyske og polske implementering, men dette er alene overfladisk med henblik på at berøre nogle af de problemstillinger, der vedrører balancen mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden.

Ved vurderingen af hvorledes vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 balancerer hensynet til ophavsretten over for ytrings- og informationsfriheden, tages her udgangspunkt i de rettigheder som er sikret ved Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (herefter Charteret). For så vidt angår informations- og ytringsfriheden tages således udgangspunkt i Charterets artikel 11, som netop sikrer retten til informations- og ytringsfrihed. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention således ikke inddrages. Dertil skal det bemærkes, at nærværende speciale alene beskæftiger sig med ytrings- og informationsfriheden. Således havde det tillige været en mulighed at inddrage andre grundlæggende rettigheder, herunder Charterets artikel 13, som sikrer friheden for kunst og videnskab eller artikel 16, som sikrer friheden til at oprette og drive egen virksomhed. Med specialets begrænsede omfang in mente, fokuserer nærværende speciale imidlertid alene på ytrings- og informationsfriheden.

Gennemgående for nærværende speciale gælder, at specialet beskæftiger sig med et retsområde i løbende udvikling. Den teknologiske udvikling medfører blandt andet, at praksis, litteratur mv. kan miste relevans i takt med, at nye teknologier opdages og lovgivningen tilpasses hertil. Ydermere skal det bemærkes, at DSM-direktivets først blev vedtaget den 17. april 2019. Denne nylige vedtagelse medfører, at EU-Domstolen – som ovenfor beskrevet – endnu ikke har taget stilling til de fortolkningsspørgsmål, som vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 har rejst. Det skal derfor bemærkes, at nærværende speciale alene tager udgangspunkt i det materiale, der forelå offentlig tilgængeligt den 30. november 2021.

### 3 Metode

Den retsdogmatiske metode har til formål at beskrive, analysere og systematisere gældende ret på et givent område. Hvor den juridiske metode vedrører opgaveløsning i praksis, da vedrører den retsdogmatiske metode den teoretiske analyse og beskrivelse af et givent retsområde.<sup>4</sup> Den retsdogmatiske metode søger således ikke at løse specifikke tvister og forfatteren pålægges derfor ej heller beslutningstvang. Ved anvendelsen af den retsdogmatiske metode skal relevante retskilder og fortolkningsprincipper anvendes.<sup>5</sup> I nærværende speciale vil den retsdogmatiske metode blive

---

<sup>4</sup> Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, s. 190.

<sup>5</sup> Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, s. 202-203.



anvendt i besvarelsen af problemformuleringen med henblik på at beskrive, analysere og systematisere gældende ret.

### 3.1 Retskilder

Problemformuleringen søges besvaret ved inddragelse af forskellige retskilder. Det traditionelle retskildebegreb i dansk ret omfatter fire retskildegrupper: Loven, retspraksis, sædvanen og forholdets natur. Det skal i denne henseende bemærkes, at der ikke findes en rangorden for så vidt, angår disse retskildegrupper. Qua princippet om lex superior eksisterer, der dog hierarkier indenfor de forskellige retskildegrupper. Således har grundloven eksempelvis forrang for almindelige love, hvilket har den konsekvens, at en grundlovsstrid lov bliver ugyldig.<sup>6</sup>

Med Danmarks indtræden i EU i 1973, har retskilder fra EU-retten fået større betydning. EU-retten er særegen eftersom medlemsstaterne har afgivet suverænitet til EU, hvilket i Danmark er sket med hjemmel i grundlovens § 20. EU-retten er dertil kendetegnet ved princippet om EU-rettens forrang. Princippet om EU-rettens forrang medfører, at EU-retten går forud for national lovgivning. Princippet om EU-rettens forrang er blevet stadfæstet med EU-Domstolens afgørelse i sag 6/64, Costa mod ENEL.<sup>7</sup>

Retskilderne i EU-retten består først og fremmest af den primære EU-ret, sekundær EU-ret og domspraksis. Til den primære EU-ret henhører EU's traktatgrundlag. Det fremgår i denne henseende af Traktaten om Den Europæiske Unions (herefter TEU) artikel 6, stk. 1, at Charteret har den samme juridiske værdi som EU's traktatgrundlag. Charteret anvendes i nærværende speciale og det skal i den forbindelse bemærkes, at sekundær EU-ret såvel som domspraksis skal være i overensstemmelse hermed.<sup>8</sup>

Den sekundære EU-ret består blandt andet af forordninger og direktiver. I nærværende speciale inddrages DSM-direktivet. En forordning er bindende og gælder direkte i medlemsstaterne. For et direktiv gælder derimod, at medlemsstaterne selv bestemmer, hvorledes et givent direktiv skal implementeres. Det er dog en betingelse, at de EU-retlige forpligtelser, som følger af direktivet, overholdes ved implementeringen. Direktivet har således ikke direkte virkning for borgerne, hvorfor der således ej heller kan støttes ret herpå. Det faktum, at DSM-direktivets artikel 17 er vedtaget som et direktiv og ikke som en forordning medfører således også, at harmoniseringen i medlemsstaterne øjensynligt vil svækkes som følge heraf.

Et direktiv indledes med en såkaldt præambel, hvori de overordnede hensyn i forbindelse med direktivet angives. I indeværende projekt vil præambelbetragtninger fra DSM-direktivet således blive inddraget med henblik på at forstå betydningen og rækkevidden af DSM-direktivets artikel 17. Det

---

<sup>6</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 2014, s. 34-35.

<sup>7</sup> EU-Domstolen, sag 6/64, Costa mod ENEL.

<sup>8</sup> Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 2020, s. 274-275.

er i den henseende vigtigt at være opmærksom på, at præambelen alene er et fortolkningsbidrag – om end det er et væsentligt af slagsen.<sup>9</sup>

Domstolen har til opgave at sikre en korrekt fortolkning og anvendelse af EU-retten i medlemsstaterne. Nationale domstole har mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen, hvorefter Domstolen kan afgøre, hvorledes EU-retten skal fortolkes. Det er i den henseende vigtigt at bemærke, at Domstolens afgørelser er bindende, hvorfor medlemsstaterne er forpligtede til at efterleve afgørelserne.<sup>10</sup> Domstolens afgørelser har derfor stor betydning ved udfyldning og fortolkning af EU-ret. Domstolens afgørelser er ikke bindende præjudikater for Domstolen selv. Imidlertid henviser Domstolen i vidt omfang til tidligere afsagte afgørelser, hvorfor domme afsagt af Domstolen skal tillægges betydelig vægt. Retskildeværdien er med andre ord væsentlig.<sup>11</sup> I indeværende projekt er der således henvist til flere afgørelser fra Domstolen med henblik på at klarlægge gældende ret og derved besvare problemformuleringen.

Domstolen er indrettet forskelligt fra de danske domstole. I omfangsrige sager udarbejder en generaladvokat således et forslag til afgørelse. Generaladvokatens forslag til afgørelse bliver offentligt tilgængeligt forud for Domstolens domsafsigelse. I projektet inddrages generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union. Det er således væsentligt at være opmærksom på, at generaladvokatens forslag til afgørelse ikke er bindende, men netop alene et forslag til afgørelse. Retskildeværdien af generaladvokatens forslag til afgørelse er således også begrænset. Ikke desto mindre giver generaladvokatens forslag til afgørelse et godt indtryk af problemstillingerne og de forskelligartede hensyn, der gør sig gældende på et givent retsområde, hvorfor sådanne forslag til afgørelser kan være relevante at inddrage.<sup>12</sup>

Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, vedrører nogle for nærværende speciale centrale aspekter. Sammenlignet med litteraturen har generaladvokatens forslag til afgørelse den fordel, at den er begrænset til sagens konkrete omstændigheder. Der foreligger dog en risiko for, at EU-Domstolen ved domsafsigelsen ser bort fra generaladvokatens forslag til afgørelse, hvilket vil betyde, at forslaget til afgørelse reelt ikke har nogen nævneværdig retskildeværdi. Omvendt foreligger der også en mulighed for, at Domstolen følger generaladvokatens forslag til afgørelse, hvormed forslaget får en vis retskildeværdi.<sup>13</sup> Til trods for, at generaladvokaten forslag til afgørelse har en begrænset retskildeværdi, da er denne fortsat medtaget i nærværende speciale. Dette skyldtes som allerede omtalt, at forslaget vedrører helt centrale aspekter i henhold til besvarelsen af problemformuleringen. Ydermere skal det bemærkes, at DSM-direktivet først blev vedtaget den 17. april 2019 og at fristen for den nationale implementering i DSM-direktivet blev fastsat til den 7. juni 2021. Dette medfører

---

<sup>9</sup> Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 2020, s. 276-277.

<sup>10</sup> Højlund, Dorte, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 2021, s. 51-52.

<sup>11</sup> Ewald, Jens, *Juridisk teori, metode og videnskab*, 2020, s. 142-144.

<sup>12</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 2014, s. 192.

<sup>13</sup> Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 2020, s. 278-279.

således også, at der endnu ikke foreligger relevant praksis vedrørende de centrale aspekter i henhold til DSM-direktivets artikel 17. Det er indiskutabelt, at det ville have været fordelagtigt at medtage Domstolens afgørelse i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, fremfor generaladvokatens forslag til afgørelse, men afleveringsdatoen for nærværende speciale medfører, at dette ikke er muligt, hvorfor generaladvokatens forslag til afgørelse er medtaget.

Retsvidenskaben har til formål at beskrive gældende ret på grundlag af empiriske undersøgelser. Alf Ross anser det for værende retsvidenskabens rolle, at klarlægge og analysere retskilderne for derved at kunne klarlægge gældende ret.<sup>14</sup> For at beskrive gældende ret, er det ifølge Alf Ross nødvendigt at undersøge afsagte domme på det pågældende område. Det er imidlertid ikke altid givet, at der foreligger relevante domme på et givent område. Således foreligger der en risiko for, at en given dom er forældet og således ikke er udtryk for den aktuelle retstilstand. Ydermere foreligger der en reel risiko for, at en given regel slet ikke har været til bedømmelse hos domstolene. Alf Ross tager imidlertid højde for denne problemstilling ved at frafalde et absolut krav om iagttagelse. Således er det ifølge Ross tilstrækkeligt, at der foreligger en antagelse om, at reglen vil blive anvendt i en fremtidig afgørelse. Denne teori betegnes også som prognoseteorien.<sup>15</sup> Det faktum, at der endnu ikke foreligger en relevant dom for så vidt angår DSM-direktivets artikel 17, medfører således ikke – ifølge Alf Ross’ prognoseteori – at gældende ret ikke kan klarlægges. Således skal gældende ret vurderes fremadrettet og ikke bagudrettet. Gældende ret henviser således til det domstolene må forventes at nå frem til i en hypotetisk sag.<sup>16</sup>

Implementeringen af et EU-direktiv sker normalvis ved lov. I forbindelse med et lovforslags behandling og vedtagelse udarbejdes forarbejder til loven. Af forarbejderne kan man blandt andet finde lovgivers intentioner med loven, hvilket kan være brugbart i relation til at forstå rækkevidden af bestemmelserne.<sup>17</sup> Lovforarbejder er ikke at betragte som værende en selvstændig retskilde. Lovforarbejderne er derimod at betragte som værende fortolkningsbidrag – på samme måde som tilfældet er det med præambelbetragtninger.<sup>18</sup> I indeværende projekt er forarbejderne til lov nr. 1121 af 4. juni 2021, hvormed DSM-direktivets artikel 17 blev implementeret i dansk ret, således inddraget. Der er foretaget en subjektiv fortolkning, hvorved lovgivers intentioner søges klarlagt. Dette er særlig nærliggende med tanke på, at DSM-direktivet, som danner baggrund for loven, er udformet meget generelt. Det faktum, at loven blev vedtaget den 4. juni 2021 bevirker, at forarbejdernes retskildeværdi styrkes, da de samfundsmæssige forhold ikke har ændret sig markant siden da.<sup>19</sup> Det skal dog bemærkes, at forarbejder til love, der implementerer EU-direktiver, alene kan tillægges begrænset vægt, da forarbejderne er udtryk for det relevante ressortministeriums vurdering, af hvad

---

<sup>14</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 2014, s. 431.

<sup>15</sup> Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, s. 145-146.

<sup>16</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 2014, s. 432-433.

<sup>17</sup> Højlund, Dorte, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 2021, s. 25-26.

<sup>18</sup> Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, s. 347.

<sup>19</sup> Højlund, Dorte, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 2021, s. 25-26.

Domstolen vil anføre om et givent spørgsmål. EU-rettens indtog i dansk ret har således svækket betydning af nationale lovforarbejder.<sup>20</sup>

Der er ydermere anvendt retslitteratur i projektet. Det skal i denne henseende bemærkes, at retslitteratur ikke udgør en retskilde eftersom forfatteren ikke har den fornødne legitimitet til at fastlægge gældende ret. Dog kan retslitteraturen være nyttig i forhold til at underbygge forståelsen for et givent emne såvel som til at diskutere givne emner.<sup>21</sup>

## 4 Ophavsretlig beskyttelse af digitale værker

Ophavsretten har til formål at tildele en række enerettigheder til den, der frembringer et kunstnerisk eller litterært værk. Det er i den henseende vigtigt at bemærke, at disse enerettigheder er medieafhængige. Dette betyder med andre ord, at rettighedshaveren får ophavsrettigheder til værket, uanset hvilket medie værket er skabt på og uanset hvilke medier værket bliver gengivet på. Enerettighedernes medieafhængighed er lovfæstet i ophavsretslovens (herefter, ohl.) § 2, stk. 2.<sup>22</sup>

Af ohl. § 1, stk. 1 følger det, at den som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket. Førend et værk kan nyde ophavsretlig beskyttelse, kræves det, at værket er tilstrækkeligt originalt. Som nævnt ovenfor, er den ophavsretlige beskyttelse medieafhængig, hvilket har den betydning, at det for digitale værker – på samme måde som for værker i mere traditionel forstand – alene er afgørende for om værket tildeles ophavsretlig beskyttelse, at værket har den fornødne originalitet. Ved vurderingen af om originalitetskravet er opfyldt, skal der lægges vægt på, om frembringeren af værket har ydet en personlig og skabende indsats. Denne vurdering kan være vanskelig at foretage, da kravet til, hvad begrebet tilstrækkelig originalitet indebærer, varierer afhængigt af sagens omstændigheder. Til brug for vurderingen kan der imidlertid tages udgangspunkt i dobbeltfrembringelseslæren. Dobbeltfrembringelseslæren tilsiger, at et værk ikke opfylder originalitetskravet, hvis en anden person, der bliver stillet samme opgave, vil komme frem til et stort set identisk resultat. Således kræves der efter dobbeltfrembringelseslæren, at skaberen af værket har ydet en vis intellektuel indsats.<sup>23</sup> Har et specifikt værk den fornødne originalitet, da beskyttes værket ophavsretligt.

Beskyttelsens indhold er defineret i ohl. § 2 og bestemmelsen tilsiger at rettighedshaveren får eneret til at råde over værket ved eksemplar fremstilling og ved tilgængeliggørelsen for almenheden. De rettigheder som rettighedshaveren tildeles efter ohl. § 2 benævnes også rettighedshaverens økonomiske rettigheder. Foruden disse tildeles rettighedshaveren også ideelle rettigheder efter ohl. § 3.

---

<sup>20</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 2014, s. 153.

<sup>21</sup> Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2014, s. 346-347.

<sup>22</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, side 45.

<sup>23</sup> Udsen, Henrik, 2021, *IT-ret*, side 48-49.

For så vidt angår de ideelle rettigheder følger det af ohl. § 3, stk. 1, at den som har frembragt værket, har krav på at blive navngivet i overensstemmelse med god skik både hvad angår eksemplarer af værket som når værket tilgængeliggøres for almenheden. Dertil kan ophavsmanden efter ohl. § 3, stk. 2 nægte at værket ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en måde, der krænker ophavsmandens kunstneriske anseelse eller egenart. De ideelle rettigheder har imidlertid en begrænset betydning for så vidt angår den ophavsretlige beskyttelse af digitale værker, hvorfor der i det følgende særligt fokuseres på de økonomiske rettigheder.

## 4.1 Eksemplar fremstilling

De økonomiske rettigheder består af retten til at foretage eksemplar fremstilling af værket og retten til at tilgængeliggøre værket for almenheden, jf. ohl. § 2, stk. 1. Retten til at foretage eksemplar fremstilling er nærmere uddybet i ohl. § 2, stk. 2. Eksemplar begrebet er defineret bredt og omfatter således enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Det følger således også direkte heraf, at eksemplar fremstillingen er medieafhængig.

Det er allerede fastlagt, at en permanent eksemplar fremstilling af eksempelvis en film på en DVD udgør eksemplar fremstilling i ophavsretlig forstand. Der har imidlertid tidligere hersket betydelig tvivl om, hvorvidt tekniske og flygtige kopier af digital information, såsom eksempelvis RAM-kopier, tillige var omfattet af eksemplar fremstillingsbegrebet i ophavsretlig forstand. RAM-kopier er netop tekniske og flygtige kopier af digital information, der gemmes i eksempelvis en computers RAM-lager, når informationen behandles digitalt. RAM-kopierne er nødvendige for den tekniske proces, men de har samtidig en flygtig eller midlertidig karakter eftersom de slettes løbende, som en del af den tekniske proces eller når computeren, i dette tilfælde, slukkes. RAM-teknologien anvendes ikke kun i computere, men derimod i alle typer af enheder, der behandler digital information.<sup>24</sup>

Med vedtagelsen af Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet (herefter infosoc-direktivet) blev det klarlagt, at RAM-kopiering udgør eksemplar fremstilling i ophavsretlig forstand. Dette harmoniserer også med den nugældende formulering i ohl. § 2, stk. 2, som gennemfører infosoc-direktivets art. 2. I dag er der således ikke længere tvivl om, at RAM-kopiering er at anse som eksemplar fremstilling i ophavsretlig forstand.

Det faktum, at midlertidige kopier er omfattet af eksemplar fremstillingsretten, har i praksis den betydning, at den blotte afspilning af en film på en computer, som udgangspunkt kræver tilladelse fra rettighedshaveren. Dette er tilfældet, da RAM-kopiering er en nødvendig del af den tekniske proces i forbindelse med afspilningen, hvorfor afspilningen således ikke ville være mulig uden at disse kopier foretages. For at afhjælpe denne problemstilling er der i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1 indsat en undtagelse, som giver den lovlige bruger, ret til at foretage midlertidige og tekniske eksemplarer.

---

<sup>24</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 51-52.

Denne bestemmelse er senere blevet implementeret i ohl. § 11 a. Bestemmelsen fastslår, at det er tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer, hvis disse 1) er flygtige eller tilfældige, 2) udgør en væsentlig del af en teknisk proces, 3) udelukkende har til formål at muliggøre en lovlig brug af et værk og som 4) ikke har selvstændig økonomisk værdi, jf. ohl. 11 a. Foruden RAM-kopier har bestemmelsen også betydning for skærm-kopier og cache-kopier.

Såfremt lovgivningsmagten havde valgt en anden model, hvor tekniske og flygtige kopier af digital information ikke var omfattet af eksemplar fremstillingsretten, ville det at afspille en film på en computer ikke udgøre en ophavsretlig handling. Dette ville samtidig betyde, at det eksempelvis ville være muligt lovligt at afspille en piratkopieret film, idet selve afspilningen således ikke ville udgøre en selvstændig ophavsretlig krænkelse.<sup>25</sup>

Ovenstående illustrerer, hvorledes brugen af digitale værker væsentligt adskiller sig fra brugen af traditionelle værker. Ovenstående er således medtaget i nærværende speciale for at illustrere, hvilke udfordringer ophavsretlig beskyttelse af digitale værker kan føre til. I det følgende vil der imidlertid alene blive fokuseret på rettighedshaverens eneret til at tilgængeliggøre et værk for almenheden.

## 4.2 Tilgængeliggørelse for almenheden

Af ohl. § 2, stk. 3 følger, at værket kan tilgængeliggøres for almenheden ved 1) spredning, 2) visning og 3) fremførelse. Da eneretten alene gælder for tilgængeliggørelse til almenheden, er det nødvendigt at definere, hvad der menes hermed. Begrebet almenheden kan tilnærmelsesvist oversættes til offentligheden og adskiller sig således fra den private sfære. Vurderingen af, om der foreligger en tilgængeliggørelse for almenheden, er konkret, men beror blandt andet på en vurdering af, hvor mange personer, der har mulighed for at tilegne sig værket. Dertil spiller det ydermere en rolle, hvilket bånd der er imellem disse personer og personen, der tilgængeliggør værket. Et illustrativt eksempel findes for så vidt angår en social netværkstjeneste såsom Facebook. Afgørende for vurderingen er ikke alene antallet af ”venner” værket bliver tilgængeligt for, men derimod også om disse ”venner” opfattes som egentlige venner og ikke bare netværksvenner.<sup>26</sup>

### 4.2.1 Spredning

Af ohl. § 2, stk. 3, nr. 1 følger det, at værket gøres tilgængeligt for almenheden, når eksemplarer af værket udbydes til salg, udlejning eller udlån eller på anden vis spredes til almenheden. Såfremt der ikke forelå en undtagelse til dette udgangspunkt, ville det kræve rettighedshaverens tilladelse førend lovligt erhvervede eksemplarer af et givent værk eksempelvis ville kunne videresælges. Der er imidlertid taget højde herfor med konsumptionsreglen i ohl. § 19, som medfører, at den lovlige erhverver kan videresprede egne lovlige eksemplarer.

---

<sup>25</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 52-53.

<sup>26</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 53-54.

Spredningsretten gælder for værker i såvel analog som digital udgave. Det har imidlertid været debatteret, hvorvidt der foreligger spredning i bestemmelsens forstand, når en digital kopi af et givent værk overdrages, uden at der samtidig bliver overdraget et fysisk medium. Denne tvivl er nødvendig af få afklaret, idet konsumptionsreglen i ohl. § 19 alene vil finde anvendelse såfremt en overdragelse af digitale eksemplarer udgør spredning.<sup>27</sup> I 2012 afsagde EU-Domstolen dom i sag C-128/11, *UsedSoft*. Med dommen blev det fastslået, at en overdragelse af en digital kopi uden samtidig overdragelse af et fysisk medium udgjorde spredning for så vidt, angår beskyttelsen af edb-programmer.<sup>28</sup> Om end dommen alene vedrørte beskyttelsen af edb-programmer forudsagde flere, at Domstolen ville nå til samme fortolkning for så vidt, angår infosoc-direktivet. Imidlertid fandt Domstolen i sin afgørelse af 19. december 2019 i sag C-263/18, *Tom Kabinet*, at spredningsretten efter infosoc-direktivet forudsætter en samtidig overdragelse af et fysisk medium. Domstolen vurderede således, at der ikke var tale om spredning efter direktivets artikel 4, men derimod overføring til almenheden efter direktivets artikel 3.<sup>29</sup>

## 4.2.2 Visning

Eneretten til at tilgængeliggøre et værk til almenheden ved visning, betyder helt konkret, at andre ikke uden ophavsmandens samtykke må fremvise værket offentligt. Visningsretten har hjemmel i ohl. § 2, stk. 3, nr. 2. Visningsretten omfatter alene direkte visning af et fysisk eksemplar af et værk, hvorfor enhver præsentation af et værk på en skærm vil udgøre fremførelse – og altså ikke visning. Visningsretten har således ingen nævneværdig betydning for digitale værker.<sup>30</sup>

## 4.2.3 Fremførelse

Omvendt spiller ophavsmandens eneret til at tilgængeliggøre værket til almenheden ved fremførelse en betydelig rolle. Retten til fremførelse fremgår af ohl. § 2, stk. 3, nr. 3. Fremførelsen knytter sig til en aktiv proces, hvor offentligheden får mulighed for at tilegne sig værket og fremførelse adskiller sig således fra visning, hvor processen er passiv.

Traditionelt set har det været fremføreren, der har bestemt tid og sted for fremførelsen af et værk til almenheden. Med internettets indtog i samfundet har dette imidlertid ændret sig radikalt og brugeren er nu i stand til at afgøre tid og sted for afspilningen af et værk. Således kan brugeren eksempelvis tilgå en hjemmeside og afspille en sang, hvor og hvornår denne ønsker det.

At tilrådighedsstillelsen af værker online, herunder på hjemmesider, behandles som en offentlig fremførelse er fastslået i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, som efterfølgende er blevet implementeret i ohl. § 2, stk. 4. Det er indiskutabelt, at bestemmelsen finder anvendelse, hvor værket direkte gøres

---

<sup>27</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 54-58.

<sup>28</sup> EU-Domstolen, sag C-128/11, *UsedSoft*, præmis 59.

<sup>29</sup> EU-Domstolen, sag C-263/18, *Tom Kabinet*, præmis 72.

<sup>30</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 58-59.

tilgængeligt for brugeren af hjemmesiden. Det er derimod ikke lige så klart, når et værk ikke afspilles direkte på hjemmesiden, men derimod kan downloades til en anden enhed og derefter afspilles herfra. Infosoc-direktivet sonderer heller ikke imellem de to situationer, hvilket kan have formodningen for sig, at spredning alene omfatter fysiske eksemplarer, hvorfor overdragelse af digitale værker via digitale netværker vil have karakter af en overføring til almenheden for at være omfattet af tilgængeliggørelsesbegrebet. Dette synspunkt synes bekræftet i C-263/18, Tom Kabinet som nævnt ovenfor.<sup>31</sup>

Når indehaveren af en hjemmeside gør et værk tilgængeligt, foretages overføringen af hjemmesideindehaveren – den såkaldte tjenesteudbyder. Situationen er imidlertid en anden når brugeren af en given tjeneste uploader værker på indholdsdelingstjenester og dermed gør dem tilgængelige for offentligheden. I sådanne situationer skal det klarlægges om brugeren, indholdsdelingstjenesten eller eventuelt begge parter foretager en overføring til almenheden.

## 5 Overføring via indholdsdelingstjenester efter infosoc-direktivets artikel 3

I det følgende afsnit søges det klarlagt om brugeren, indholdsdelingstjenesten eller eventuelt begge parter foretager en overføring til almenheden, i de situationer, hvor brugeren uploader et givent værk til en indholdsdelingstjeneste. Afsnittet vil tage udgangspunkt i begrebet overføring til almenheden, som omhandlet i infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1. Ovenstående er nødvendigt at klarlægge, førend det kan fastlægges, hvorledes vedtagelsen af DSM-direktivet påvirker retstilstanden. For at kunne belyse denne retsstilling, tages der udgangspunkt i sag C-610/15, Stichting Brein, såvel som de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando. I relation til de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando er det vigtigt at bemærke, at Domstolen ikke har taget stilling til de regler, der er blevet indført med DSM-direktivet, til trods for at domsafsigelsen ligger efter vedtagelsen af direktivet.

### 5.1 Sag C-610/15, Stichting Brein

I sag C-610/15, Stichting Brein, har interesseorganisationen Stichting Brein nedlagt påstand om, at internetudbyderne Ziggo BV og XS4ALL Internet BV skal blokere for adgangen til fildelingstjenesten The Pirate Bay.<sup>32</sup>

The Pirate Bay består af et indeks over såkaldte BitTorrent-filer. Dette betyder i grove træk, at brugerne (brugerne omtales som peers i et sådant indeks) er i stand til at dele filer med hinanden. Særegent for en sådan fildelingstjeneste er, at filerne, der deles på fildelingstjenesten, er fragmenterede, hvilket har den konsekvens, at filerne kan deles, uden at de skal gemmes på en hovedserver. Fildelingen finder således sted direkte imellem brugerne. Dette er også baggrunden for at sådanne fildelingstjenester omtales som peer-to-peer tjenester – altså bruger til bruger. Førend

---

<sup>31</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 59-62.

<sup>32</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 2.



brugerne kan dele filer ved hjælp af BitTorrents, skal de downloade en særlig software, som gør det muligt at oprette såkaldte torrents-filer.<sup>33</sup> Af de torrents-filer, der findes på fildelingstjenesten The Pirate Bay, indeholder størstedelen ophavsretligt krænkende materiale.<sup>34</sup>

Ovenstående har den konsekvens, at fildelingstjenesten The Pirate Bay ikke får konkret viden om, hvilket ulovligt materiale, der bliver delt imellem brugerne. The Pirate Bay er dog involveret på den måde, at de foretager en systematisering af de torrents-filer, som bliver uploadet på fildelingstjenesten.<sup>35</sup>

Sagen blev forelagt Hollands øverste domstol, som på baggrund af sagens omstændigheder valgte at forelægge flere præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Således ønskede Hollands øverste domstol blandt andet svar på, om The Pirate Bay foretog en selvstændig overføring til almenheden ved at stille peer-to-peer fildelingstjenesten til rådighed for sine brugere.<sup>36</sup>

Indledningsvist bemærker Domstolen, at formålet med infosoc-direktivet er at indføre et højt beskyttelsesniveau for rettighedshaverne, hvorfor begrebet overføring til almenheden skal fortolkes bredt.<sup>37</sup>

Når det skal vurderes om brugerne har foretaget en overføring til almenheden, er det nødvendigt at inddrage forskellige hensyn. Brugernes afgørende rolle og spørgsmålet om, hvorvidt handlingerne kan anses for at være forsættelige, skal således tillægges betydning. Det lægges til grund, at en bruger foretager en overføring til almenheden, når denne med forsæt og med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger, giver andre adgang til ophavsretligt beskyttet materiale, som disse ellers ikke vil have haft mulighed for at tilegne sig.<sup>38</sup> Herudover bemærker Domstolen, at værket skal overføres til et nyt publikum førend der er tale om en overføring til almenheden.<sup>39</sup> Ydermere skal det tillægges vægt, om en given overføring er sket med vinding for øje.

Der kan foreligge en overføring, hvor et værk tilgængeliggøres og almenheden efterfølgende kan tilgå dette værk på et af almenheden valgt sted og tidspunkt. Dette gælder, uanset om almenheden vælger at udnytte denne mulighed eller ej.<sup>40</sup> I den henseende bemærkede Domstolen i præmis 32 med henvisning til blandt andet sag C-466/12, Svensson<sup>41</sup> og sag C-160/15, GS Media<sup>42</sup>, at værker stilles til rådighed for almenheden, hvis der linkes til disse værker på en given hjemmeside. Således er det

---

<sup>33</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 9.

<sup>34</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 12.

<sup>35</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 10.

<sup>36</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 17.

<sup>37</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 22.

<sup>38</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 26.

<sup>39</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 27-28.

<sup>40</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 31.

<sup>41</sup> EU-Domstolen, sag 466/12, Svensson.

<sup>42</sup> EU-Domstolen, sag 160/15, GS Media.

afgørende for, om der foreligger en overføring, som omhandlet i infosoc-direktivets artikel 3, at en bruger forsætligt giver andre adgang til ellers beskyttede værker.<sup>43</sup>

I den pågældende sag, er det indiskutabelt, at det ophavsretligt beskyttede materiale stilles til rådighed af brugerne via fildelingstjenesten The Pirate Bay. Materialet kan herefter tilgås af enhver på et af denne valgt sted og tidspunkt. Ydermere er det indiskutabelt, at det ophavsretligt beskyttede materiale er uploadet af brugerne og ikke af udbyderne af fildelingstjenesten selv. Til trods herfor, finder Domstolen, at udbyderne af fildelingstjenesten The Pirate Bay medvirker til at give adgang til ophavsretligt beskyttet materiale. Således spiller udbyderne af fildelingstjenesten The Pirate Bay, ved at systematisere torrents-filerne på deres hjemmeside, en afgørende rolle i relation til brugernes mulighed for at tilgå det ophavsretligt beskyttede materiale. Udbyderne handler i denne henseende forsætligt og med fuldt kendskab til konsekvenserne af deres handlinger.<sup>44</sup>

Som allerede omtalt, har udbyderne af fildelingstjenesten ikke konkret viden om, hvilket ulovligt materiale, som deles imellem brugerne. Man kunne således påpege, at udbyderne af fildelingstjenesten alene stiller faciliteter til rådighed, som brugerne herefter vælger at udnytte på en given måde. Imidlertid finder Domstolen, at det faktum, at udbyderne blandet andet systematiserer torrents-filerne, medfører, at disse spiller en aktiv rolle i ovenstående proces.<sup>45</sup>

På baggrund af ovenstående finder Domstolen at fildelingstjenesten The Pirate Bay må anses for at foretage en overføring, som omfattet af artikel 3, stk. 1 i infosoc-direktivet. Domstolen finder dertil, at denne overføring sker til almenheden, jf. præmis 40-47. Således konkluderer Domstolen, at begrebet overføring til almenheden, som nævnt i artikel 3, stk. 1 i infosoc-direktivet omfatter tilrådighedsstillelse af en sådan fildelingstjeneste, som den i sagen.

## 5.2 De forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando

De forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando vedrører begge krænkelser af ophavsretten, i tilfælde hvor brugerne har uploadet indhold til forskelligartede indholdsdelingstjenester drevet af henholdsvis YouTube og Cyando.

I sagen C-682/18 anlagde musikproducent Frank Peterson sag mod virksomheden YouTube, som i sagen var repræsenteret ved Google. YouTube driver en videodelingsplatform, hvor tjenestens brugere kan uploade videoer og således tilgængeliggøre dem for andre brugere af tjenesten. Frank Peterson havde indgået en gyldig aftale med kunstneren Sarah Brightman, hvorigennem Frank Peterson havde opnået rettigheder til optagelser fra Brightmans forestillinger. Frank Peterson måtte dog gentagende gange erkende, at private optagelser fra disse koncerter efterfølgende var tilgængelige på YouTube. Dette hævdede Frank Peterson var en krænkelse af ophavsretten, idet

---

<sup>43</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 34.

<sup>44</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 36.

<sup>45</sup> EU-Domstolen, sag C-610/15, *Stichting Brein*, præmis 38.

tilgængeliggørelsen var sket uden hans samtykke.<sup>46</sup> Sagen blev indbragt for Forbundsdomstolen i Tyskland, som herefter forelagde flere præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

I sagen C-683/18 anlagde forlaget Elsevier sag mod virksomheden Cyando. Cyando driver en hosting- og fildelingsplatform ved navn Uploaded. Alle der opretter en konto, kan tilgå platformen. Platformen tilbyder gratis lagringsplads med henblik på upload af indhold. De filer, som uploades, bliver automatisk tilgængelige online – Cyando kontrollerer eller gennemser således ikke indholdet, inden det bliver tilgængeligt. Forlaget Elsevier havde gyldige enerettigheder til at udnytte en række værker, herunder tre værker som kunne tilgås på platformen Uploaded. Værkerne var blevet uploadet af brugere af tjenesten. Tilgængeliggørelsen på platformen var sket uden Elseviers samtykke.<sup>47</sup> Sagen blev indbragt for Forbundsdomstolen i Tyskland, som forelagde flere præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

Begge sager blev således indbragt for Forbundsdomstolen i Tyskland, som på baggrund af sagens omstændigheder valgte at forelægge flere præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Således ønskede Forbundsdomstolen først og fremmest klarlagt om artikel 3, stk. 1 i infosoc-direktivet, skulle fortolkes sådan, at udbyderen – i dette tilfælde udbyderne af henholdsvis videodelingsplatformen YouTube og hosting- og fildelingsplatformen Uploaded – selvstændigt foretog en overføring til almenheden til trods for, at det var brugerne, der uploadede det ulovlige materiale til onlineplatformene.<sup>48</sup>

Indledningsvist bemærker Domstolen, at artikel 3, stk. 1 i infosoc-direktivet giver rettighedshaverne eneret til at tilgængeliggøre værker online med den konsekvens, at almenheden får adgang til værkerne på et af dem valgt sted og tidspunkt.<sup>49</sup> Videre anfører Domstolen, at begrebet overføring til almenheden skal forstås bredt eftersom formålet med direktivet er at beskytte rettighedshaverne, således at de modtager det vederlag, som retfærdigvis bør tilkomme dem, som følge af deres ophavsrettigheder. Domstolen erkender dog, at dette hensyn skal balanceres med hensynet til brugernes grundlæggende rettigheder, herunder brugernes ytrings- og informationsfrihed, som er sikret ved artikel 11 i Charteret.<sup>50</sup>

Hvorvidt der sker en overføring til almenheden, afhænger først og fremmest af, om der sker en overføring af et givent værk og at denne overføring sker til almenheden. I den forbindelse henviste Domstolen til sag C-610/15, Stichting Brein, som omtalt ovenfor, og gentog, at en udbyder af en internettjeneste kan anses for selvstændigt at foretage en overføring, såfremt denne handler forsætligt og er fuldt bevidst om konsekvenserne af sine handlinger, navnlig i de tilfælde, hvor brugerne ellers ikke vil have haft adgang til værket.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 18-24.

<sup>47</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 40-43.

<sup>48</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 60.

<sup>49</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 61.

<sup>50</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 63-64.

<sup>51</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 68.

Domstolene bemærker videre, at det er brugerne og ikke udbyderne selv, der uploader det ulovlige materiale til onlineplatformene. Det er således også brugerne af onlineplatformene, der bestemmer hvorvidt indholdet skal stilles til rådighed for almenheden, da begge onlineplatforme er udstyret med funktioner, der gør det muligt alene at dele indholdet med en begrænset kreds. Domstolen fastslår på den baggrund, at brugeren foretager en overføring til almenheden, som omhandlet i infosoc-direktivet, hvis de giver enhver, bruger på onlineplatformen adgang til ophavsretligt beskyttet materiale, som de disse ellers ikke vil have haft adgang til.<sup>52</sup>

Domstolen vender herefter blikket mod spørgsmålet om, hvorvidt udbyderen af henholdsvis videodelingsplatformen og hosting- og fildelingsplatformen selvstændigt foretager en overføring til almenheden. Domstolen bemærker, at udbyderen spiller en afgørende rolle, idet brugerne ikke uden udbyderens tilrådgivelsesstilling af en platform, ville have samme mulighed for at uploade ulovligt materiale. Domstolen understreger dog, at der tillige skal tages hensyn til andre kriterier, herunder om udbyderne af onlineplatformene har handlet forsætligt eller ej. Såfremt Domstolen ikke skulle vurdere andre kriterier end den blotte tilrådgivelsesstilling af en given platform, da ville ethvert brugerupload føre til at handlingen var at kvalificere som en overføring. Dette finder Domstolen imidlertid uholdbart.<sup>53</sup>

Det bliver således derimod afgørende, for om en given handling kan anses for værende en overføring, om operatøren forsætligt og med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til, at almenheden får adgang til et værk. Domstolen henviser igen til sag C-610/15, Stichting Brein og redegør kort for, hvorfor udbyderne af fildelingstjenesten The Pirate Bay selvstændigt foretog en overføring til almenheden.<sup>54</sup>

Domstolen finder dertil, at der skulle lægges vægt på følgende momenter i relation til vurderingen af, om udbyderne af indholdsdelingstjenesterne selvstændigt foretager en overføring til almenheden: Således vedrører de relevante forhold i denne henseende, hvorvidt udbyderen, trods dennes viden eller burde viden, ikke har gennemført passende tekniske foranstaltninger, som kan forventes af en normalt opmærksom udbyder. Ydermere skal det tillægges vægt, hvorvidt udbyderen 1) kontrollerer og udvælger det materiale, som tilgængeliggøres for almenheden, 2) stiller værktøj til rådighed på platformen, som tilskynder til deling af ulovligt materiale eller 3) på anden måde forsætligt, søger at iscenesætte ulovlig deling ved for eksempel, at vælge en økonomisk model, der opfordrer brugerne hertil.<sup>55</sup>

Domstolen finder omvendt, at det ikke er tilstrækkeligt, såfremt udbyderen alene har et generelt kendskab til, at der findes ulovligt materiale på den pågældende platform. Dette ændrer sig dog, hvis udbyderen bliver underrettet om et specifikt tilfælde, hvorefter udbyderen straks skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at hindre adgangen til det ulovlige indhold. Ej heller betyder det

---

<sup>52</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 71-75.

<sup>53</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 77-79.

<sup>54</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 81-82.

<sup>55</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 84.

forhold, at udbyderen af onlineplatformen handler med vinding for øje, isoleret set, at denne ved forsæt har medvirket til den ulovlige overføring eftersom udbyderen ikke blot ved at handle med vinding for øje samtykker til at tjenesten anvendes til deling af ulovligt indhold.<sup>56</sup>

Med de oplyste kriterier in mente søger Domstolen at afgøre, hvorvidt udbyderne i de konkrete sager selvstændigt foretager en overføring til almenheden, som omhandlet i artikel 3, stk. 1 infoc-direktivet. Således lægger Domstolen vægt på, at YouTube hverken deltager i udvælgelsen af det indhold brugerne uploader på onlineplatformen og ej heller hverken overvåger eller kontrollerer indholdet, før det uploades af netop brugerne. YouTube gør det klart i såvel sine brugerbetingelser såvel som i sine retningslinjer, at der eksisterer et forbud mod at uploade ulovligt materiale til onlineplatformen.<sup>57</sup> Derudover har YouTube gennemført forskelligartede tekniske foranstaltninger med henblik på at forebygge delingen af ulovligt materiale. Til trods for at YouTube tjener penge på blandt andet reklameindtægter, finder Domstolen deslige, at YouTube ikke har valgt en økonomisk model, der opfordrer brugerne til at uploade ulovligt materiale.<sup>58</sup>

Domstolen udtaler videre, at Cyando ej heller deltager i udvælgelsen af det indhold, der uploades og ej heller hverken overvåger eller kontrollerer dette indhold. Cyando gør tillige tjenestens brugere opmærksomme på, at det ikke er tilladt at uploade ulovligt materiale. Ydermere er hosting- og fildelingsplatformen konstrueret på en sådan måde, at det ikke er muligt for brugerne at uploade materiale, som derefter bliver direkte tilgængeligt for andre brugere.<sup>59</sup>

På baggrund af ovenstående konkluderer Domstolen, at artikel 3, stk. 1 i infoc-direktivet skal fortolkes sådan, at udbyderen af de i sagen omtalte platforme, ikke selvstændigt foretager en overføring til almenheden. Dette er tilfældet, medmindre udbyderen foruden den blotte tilrådighedsstillelse giver almenheden adgang til ulovligt indhold. Dette er eksempelvis tilfældet, hvis udbyderen har kendskab til et specifikt tilfælde og ikke straks sletter eller blokerer adgangen hertil. Ydermere er det tilfældet, hvor udbyderen ved eller burde vide, at platformen anvendes til deling af ulovligt materiale og denne til trods herfor ikke gennemføre passende tekniske foranstaltninger, som det ville forventes af en normalt opmærksom udbyder. Det kan også være tilfældet såfremt udbyderen kontrollerer og udvælger det materiale, som tilgængeliggøres for almenheden, stiller værktøj til rådighed på platformen, som tilskynder til deling af ulovligt materiale eller på anden måde forsætligt, søger at iscenesætte ulovlig deling ved for eksempel, at vælge en økonomisk model, der opfordrer brugerne hertil.<sup>60</sup>

Foruden ovenstående, ønskede Forbundsdomstolen i Tyskland tillige svar på, hvorvidt en operatør kan omfattes af ansvarsfritagelsesreglerne i artikel 14, stk. 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv

---

<sup>56</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 85-86.

<sup>57</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 92-93.

<sup>58</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 96.

<sup>59</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 97-98.

<sup>60</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 102.

2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (herefter e-handelsdirektivet).

Kort fortalt følger det af artikel 14, stk. 1 e-handelsdirektivet, at tjenesteyderen i tilfælde af levering af informationssamfundstjeneste, ikke pådrager sig ansvar for information som er blevet gemt på anmodning af en tjenestemodtager forudsat at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til eventuelle ulovlige aktiviteter eller informationer og ej heller har kendskab til forhold eller omstændigheder hvoraf de ulovlige aktiviteter eller informationer kommer fra eller at tjenesteyderen får kendskab til ulovligt indhold, straks søger at fjerne eller blokere informationen eller adgangen hertil.<sup>61</sup>

I den forbindelse udtaler Domstolen, at ansvarsfritagelsesreglerne alene finder anvendelse såfremt informationssamfundstjenesteyderens aktivitet er teknisk, automatisk og passiv. Dette betyder med andre ord, at tjenesteyderen hverken må have kendskab til eller indvirkning på de informationer, der transmitteres eller gemmes. Det skal således undersøges om operatørens aktivitet alene er teknisk, automatisk og passiv førend denne kan omfattes af reglerne i artikel 14, stk. 1. Med andre ord skal det undersøges om operatørens aktivitet alene er neutral.<sup>62</sup>

Domstolen anførte, at såfremt operatøren af en onlineplatform ikke har varetaget en aktiv rolle, som medfører at operatøren får kendskab eller indvirkning på det indhold, der er uploadet på dennes onlineplatform, da vil tilfældet være omfattet af artikel 14, stk. 1 i e-handelsdirektivet. Såfremt operatøren skal være udelukket fra den ansvarsfritagelse, der følger af bestemmelsen, da skal denne have kendskab til konkrete ulovlige handlinger foretaget af brugerne på platformen og ikke straks reagere herpå ved enten at blokere eller at slette indholdet.<sup>63</sup>

Det kan dertil bemærkes, at Domstolen anfører, at artikel 14, stk. 1 i e-handelsdirektivet er udtryk for balance imellem flere hensyn, herunder ytringsfriheden, som er sikret ved Charterets artikel 11.<sup>64</sup>

### 5.3 Hvordan adskiller dommen i sag C-610/15, Stichting Brein sig fra dommen i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando?

Det er brugeren, som vælger at tilgængeliggøre et givent værk ved at uploade det på en onlineplatform og der er derfor heller ikke tvivl om, at brugeren foretager en overføring til almenheden. Dette er således blandt andet illustreret ved præmis 75 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando. Dette har den konsekvens, at brugeren krænker rettighedshaverens ophavsrettigheder i den situation, hvor brugeren ikke har indhentet en gyldig tilladelse til at tilgængeliggøre værket for almenheden.

---

<sup>61</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 104.

<sup>62</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 105.

<sup>63</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 117-118.

<sup>64</sup> EU-Domstolen, de forende sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, præmis 113.

Hvor det er klart, at brugeren foretager en overføring til almenheden, er det mere tvivlsomt om udbyderen af indholdsdelingstjenesten, qua sin rolle som mellemmand, selvstændigt foretager en overføring til almenheden. Dette er tilfældet, da det trods alt er brugeren, der uploader indholdet til indholdsdelingstjenesten. Med Domstolens afgørelser i sag C-610/15, Stichting Brein såvel som domsafsigelsen af 22. juni 2021 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, har Domstolen imidlertid statueret, at udbydere af indholdsdelingstjenester kan foretage en selvstændig overføring til almenheden, som omhandlet i infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1, for så vidt angår det indhold, som brugerne uploader til indholdsdelingstjenesterne.

Ovenstående er formentlig et udslag af, at det ofte vil være vanskeligt at lokalisere den bruger, som foretager den ulovlige tilgængeliggørelse af et givent værk. Det er således mere effektivt at rette blikket mod de involverede mellemmand. Ydermere er det væsentligt at være opmærksom på, at såfremt én specifik bruger stoppes, da vil andre brugere højst sandsynligt blot fortsætte med at dele det ulovlige indhold. Således har det været nødvendigt at rette blikket mod udbydere af indholdsdelingstjenester, som via deres status som mellemmand, muliggør den ulovlige deling. Disse udbydere vil ofte være langt mere synlige end den enkelte bruger, og det er derfor også nemmere at opspore udbydere af tjenesterne fremfor den enkelte bruger.<sup>65</sup>

Det kan imidlertid også have negative konsekvenser, at rette blikket mod udbydere af indholdsdelingstjenesterne i denne henseende. Således bidrager disse tjenester blandt andet til, at brugerne får mulighed for at ytre sig og dele informationer med omverdenen. Brugere af disse indholdsdelingstjenester får således et talerør, hvor de som udgangspunkt frit kan ytre sig. Disse ytringer skal naturligvis overholde gældende lovgivning såvel som tjenesternes interne regelsæt, men indenfor disse rammer, kan brugeren ytre sig, som denne ønsker. Ved at pålægge udbydere af tjenesterne et strengt ansvar, foreligger der således også en risiko for, at dette i sidste ende vil påvirke brugernes mulighed for at dele og tilegne sig information og dermed hæmme de rettigheder, som tilkommer enhver unionsborger efter artikel 11 i Charteret. I denne henseende kan det bemærkes, at Domstolen i præmis 64, i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, fremhæver, at hensynet til ophavsretten skal balanceres med hensynet til brugernes grundlæggende rettigheder, herunder de rettigheder som følger af Charterets artikel 11. Domstolen udtaler sig imidlertid ikke yderligere herom i den konkrete sag.

Som ovenfor omtalt har Domstolen i en række sager, herunder i sag C-610/15, Stichting Brein såvel som i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando, statueret, at udbydere af indholdsdelingstjenester selvstændigt kan foretage en overføring til almenheden, som omhandlet i infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1. Domstolen har således med disse afgørelser etableret en doktrin om mellemmandsoverføring, hvorefter udbydere af indholdsdelingstjenester selvstændigt foretager en overføring til almenheden, hvis en række betingelser er opfyldt. Det er således vigtigt at bemærke, at doktrinen bygger på et større antal sager. Disse er imidlertid ikke medtaget i nærværende speciale af hensyn til specialets omfang.

---

<sup>65</sup> Rosenmeier, Morten, m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, 2021, s. 707-708.

Doktrinen om mellemmandsoverføring bygger på et subjektivt kriterium og et objektivt kriterium. Det subjektive kriterium vedrører, hvorvidt udbyderen har viden eller burde viden for så vidt angår indhold, der krænker ophavsretten. Det objektive kriterium vedrører derimod, hvorvidt udbyderen ved at stille indholdsdelingstjenesten til rådighed, har gjort det væsentligt lettere for brugerne at skaffe sig adgang til ulovligt indhold.<sup>66</sup> Doktrinen blev anvendt med Domstolens afgørelse i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando. Således fremgår det objektive kriterium af præmis 77, hvorefter Domstolen bemærker, at udbyderen spiller en afgørende rolle, idet brugerne ikke uden udbyderens tilrådgivelsesstilling af en sådan platform, ville have samme mulighed for at dele ulovligt materiale. I relation til det subjektive kriterium, udvider Domstolen med afgørelse i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando doktrinen. Således fremgår det af præmis 84, at alle relevante forhold skal medtages i vurderingen. Hvad der er særligt interessant er, at Domstolen i denne forbindelse angiver en række specifikke forhold, hvormed det subjektive kriterium konkretiseres yderligere.<sup>67</sup>

Afslutningsvist er det nærliggende at spørge sig selv, hvorfor det i sag C-610/15, Stichting Brein blev vurderet, at udbyderen af indholdsdelingstjenesten selvstændigt foretog en overføring til almenheden, når det modsat ikke var tilfældet i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando. I sag C-610/15, Stichting Brein, lagde Domstolen vægt på, at udbyderen med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirkede til at give almenheden adgang til ophavsretligt beskyttede værker. Dertil anførte Domstolen, at formålet med tjenesten var netop at stille de beskyttede værker til rådighed for brugerne. Modsetningsvist foretog udbyderne af indholdsdelingstjenesterne i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando ikke en selvstændig overføring til almenheden. Disse hverken gennemgik eller kontrollerede det indhold, som brugerne uploadede på onlineplatformen. Dertil gjorde udbyderne af tjenesterne det helt klart, at det ville være ulovligt at uploade indhold, som krænkede ophavsretten.

Foruden ovenstående fastslår Domstolen i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando, at udbyderne af indholdsdelingstjenesterne ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglerne i e-handelsdirektivets artikel 14. Dette betyder således også, at hvis udbyderen af en indholdsdelingstjeneste foretager en selvstændig overføring til almenheden efter Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring, da vil reglerne i e-handelsdirektivet artikel 14 ikke kunne anvendes.<sup>68</sup>

Domstolens udviklede doktrin om mellemmandsoverføring kunne være blevet toneangivende for fremtidige sager. Imidlertid blev DSM-direktivet vedtaget sideløbende med, at der blev afsagt dom i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando. DSM-direktivets artikel 17 vil derfor således fremadrettet regulere om udbydere af såkaldte onlineindholdsdelingstjenester foretager en

---

<sup>66</sup> Rosenmeier, Morten, m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, 2021, s. 711-712.

<sup>67</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 63-65.

<sup>68</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 472-473.



selvstændig overføring til almenheden. Doktrinen om mellemandsoverføring vil således alene have betydning for de tjenester, som ikke omfattes af DSM-direktivets artikel 17 anvendelsesområde.<sup>69</sup>

## 6 Vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17

Samtidigt med at de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando, blev behandlet, vedtog Europa-Parlamentet og Rådet den 17. april 2019 DSM-direktivet. Af DSM-direktivets art. 17, stk. 1 fremgår det, at en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når en sådan giver offentligheden adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades på onlineplatformen af brugerne. Videre fremgår det, at sådanne onlineindholdsdelingstjenester skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne, førend de lovligt kan foretage en overføring eller en tilrådighedsstillelse for almenheden. Hermed blev udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters ansvar lovfæstet.

I litteraturen diskuteres det om DSM-direktivets artikel 17 har forrang i forhold til infosoc-direktivets artikel 3 ud fra *lex specialis*-betragtning eller om artiklen indfører en *sui generis*-beskyttelse. Martin Husovec og Joao Pedro Quintais anfører således, at DSM-direktivets artikel 17 er udtryk for en *sui generis*-beskyttelse, hvilket har den konsekvens, at udbyderne af indholdsdelingstjenester kan blive ansvarlige efter både DSM-direktivets artikel 17 og efter infosoc-direktivets artikel 3.<sup>70</sup> Jan Bernd Nordemann og Julian Waiblinger mener omvendt, at der er tale om en *lex specialis* bestemmelse, hvorved alene de tjenester, som ikke omfattes af anvendelsesområdet for DSM-direktivets artikel 17, kan blive ansvarlige efter infosoc-direktivets artikel 3.<sup>71</sup> Det anføres i Europa-Kommissionens vejledning af 4. juni 2021 om artikel 17 i direktiv 2019/790 om ophavsret på det digitale indre marked (herefter, vejledning om DSM-direktivet artikel 17), at DSM-direktivets artikel 17 er *lex specialis* i forhold til infosoc-direktivets artikel 3, hvorfor dette lægges til grund i nærværende speciale.<sup>72</sup> Det skal dog bemærkes, at ovenstående fortsat er genstand for debat.

Af DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 61 anføres baggrunden for udfærdigelsen af DSM-direktivets artikel 17, stk. 1. Det anføres indledningsvist, at onlineindholdsdelingstjenester er særdeles indflydelsesrige, hvorved de også sikrer brugerne en bred adgang til alskens onlineindhold. Det fremhæves imidlertid også, at selvom disse tjenester sikrer en bred adgang til onlineindhold, da skaber de også udfordringer i relation til ophavsretten. Således foreligger der en reel risiko for, at ulovligt indhold, relativt simpelt, kan tilgængeliggøres uden tilladelse fra rettighedshaveren. DSM-direktivet søger derfor at skabe en klar retstilstand, hvor rettighedshavernes interesser bliver varetaget bedst muligt.

---

<sup>69</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 65.

<sup>70</sup> Husovec, Martin og Quintais, Joao Pedro, *Article 17 of the Copyright Directive: Why the German implemetation proporsal is compatible with EU-law – Part 1*, 2020.

<sup>71</sup> Nordemann, Jan Bernd og Waiblinger Julian, *Art. 17 DSMCD: a class of its own? How to implement Art. 17 into the existing national copyright acts, including a comment on the recent German Discussion Draft – Part 1*, 2020.

<sup>72</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 2.

Med DSM-direktivets artikel 17, stk. 1 i bliver det således nu slået fast, at udbydere af såkaldte onlineindholdsdelingstjenester foretager en selvstændig overføring til almenheden, når tjenestens brugere uploader ophavsretligt beskyttet materiale til onlineplatformen. Det er dog vigtigt at bemærke, at det alene er udbydere af såkaldte onlineindholdsdelingstjenester, der er omfattet af bestemmelsen.

Begrebet onlineindholdsdelingstjenester er defineret i DSM-direktivets artikel 2, stk. 6 og omfatter:

*”[...] en udbyder af en informationssamfundstjeneste, der har som hovedformål eller som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål.”<sup>73</sup>*

Det skal hertil bemærkes, at begrebet informationssamfundstjeneste er defineret i DSM-direktivets artikel 2, stk. 5. Det fremgår heraf, at begrebet er en tjeneste som defineret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (herefter direktiv (EU) 2015/1535). Af artikel 1, stk. 1, litra b i direktiv (EU) 2015/1535 følger det, at der er tale om enhver tjeneste i informationssamfundet, hvilket omfatter enhver tjeneste, der ydes mod betaling, og som formidles ad elektronisk vej på anmodning fra en tjenestemodtager. Det følger af praksis, at sociale medier vil kunne udgøre en sådan tjeneste.<sup>74</sup>

I forlængelse heraf følger det af DSM-direktivets artikel 2, stk. 6, 2. afsnit, at:

*”udbydere af tjenester såsom ikkeprofitbaserede onlineencyklopædier, ikkeprofitbaserede, uddannelsesrelaterede og videnskabelige databanker, platforme til udvikling af open source software og open source-delingsplatforme, udbydere af elektroniske kommunikationstjenester som defineret i direktiv (EU) 2018/1972, onlinemarkedspladser og business to business-cloudtjenester, som gør det muligt for brugerne at uploade indhold til eget brug, er ikke udbydere af onlineindholdsdelingstjenester i henhold til nærværende direktiv.”<sup>75</sup>*

Denne ikke-udtømmelige opstilling af, hvilke tjenester, der ikke betragtes som værende onlineindholdsdelingstjenester, er essentiel i forhold til at klarlægge anvendelsesområdet for DSM-direktivets artikel 17. Først og fremmest skal det tillægges fokus, at onlinemarkedspladser ikke er omfattet af begrebet onlineindholdsdelingstjenester. Dette følger af, DSM-direktivets artikel 2, stk. 6, 1. afsnit, hvorefter tjenesten skal have som hovedformål eller et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser. Dette har den konsekvens, at tjenester såsom eBay eller Amazon ikke omfattes af

<sup>73</sup> DSM-direktivet af 17. april 2019, artikel 2, stk. 6, 1. afsnit.

<sup>74</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 67.

<sup>75</sup> DSM-direktivet af 17. april 2019, artikel 2, stk. 6, 2. afsnit.

anvendelsesområdet, da disse tjenester ikke har et sådant hovedformål. Tjenesternes hovedformål er derimod at agere som netop onlinemarkedsplads. Dette hindrer dog ikke tjenestens brugere i at uploade og dele eksempelvis billeder af ophavsretligt beskyttet materiale på onlineplatformen til brug for salgsannoncer. Oplistingen har dertil den konsekvens, at tjenester såsom Wikipedia, Dropbox og iCloud ej heller omfattes af anvendelsesområdet for DSM-direktivets artikel 17.

Betingelsen om, at udbyderen skal lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, medfører, at tjenester som benytter eksempelvis BitTorrent-teknologien ej heller vil være omfattet af anvendelsesområdet. Således vil fildelingstjenesten The Pirate Bay, som omtalt ovenfor, eksempelvis ikke være omfattet.<sup>76</sup>

Vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 medfører dog ikke, at disse tjenester herved bliver fri for et eventuelt ansvar. Således vil sådanne sager fortsat skulle afgøres med udgangspunkt i infosoc-direktivets artikel 3 og dermed også doktrinen om mellemmandsoverføring, som EU-Domstolen har konstrueret.<sup>77</sup> Der er dog forskelle for så vidt angår disse to ansvarssystemer. Ansvarssystemet efter infosoc-direktivets artikel 3 bygger på såvel objektive som subjektive kriterier, jf. doktrinen om mellemmandsoverføring. DSM-direktivets artikel 17 bygger derimod alene på objektive kriterier. Således fastslår DSM-direktivets artikel 17, at der foreligger en overføring allerede, hvor udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne giver offentligheden adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne.<sup>78</sup>

Henrik Udsen finder det i denne henseende problematisk, at definitionen af onlineindholdsdelingstjenester i DSM-direktivets art. 2, stk. 6 er udformet meget generelt. Således anfører Udsen, at den valgte formulering skaber stor usikkerhed for så vidt angår, hvilke indholdsdelingstjenester, der omfattes af artikel 17. Dette har således også den konsekvens, at der samtidig skabes stor usikkerhed om, hvilke tjenester der omfattes af infosoc-direktivets artikel 3.<sup>79</sup> Dertil anfører Udsen, at de brede formuleringer i ansvarsfritagelsesreglerne, jf. artikel 17, stk. 4, rejser en række uafklarede spørgsmål. Dette vil blive uddybet nærmere i nedenfor.

Af DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 62, fremgår det videre, at definitionen af onlineindholdsdelingstjenester alene bør omfatte onlinetjenester, der kan anses for at spille en vigtig rolle på markedet for onlineindhold, herunder ved at konkurrere med andre onlineindholdsdelingstjenester. Sebastian Felix Schwemer stiller sig undrende heroverfor og anfører, at præambelbetragtning nr. 62 er uklar og utvetydig. Det nærmere omfang af denne præambelbetragtning afviger fra formuleringen af artikel 2, stk. 6 og omfanget af denne

---

<sup>76</sup> Udsen, Henrik, 2021, *IT-ret*, s. 67-68

<sup>77</sup> Udsen, Henrik, 2021, *IT-ret*, s. 68.

<sup>78</sup> Rosenmeier, Morten, m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, 2021, s. 719-720.

<sup>79</sup> Rosenmeier, Morten, m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, 2021, s. 721.

præambelbetragtning må derfor vurderes som værende uklar. Dette indtil Domstolen eventuelt har haft mulighed for at klarlægge, hvad der menes hermed.<sup>80</sup>

Formålet med artikel 17, stk. 1 i DSM-direktivet er således at give rettighedshaverne klarhed og rimelige forhold, når deres værker uploades og deles på onlineindholdsdelingstjenester. Foruden DSM-direktivets artikel 17, stk. 1 indeholder artiklen flere andre bestemmelser af stor betydning for retstilstanden. Det materielle indhold af DSM-direktivets artikel 17 vil blive gennemgået med inddragelse af den danske implementering af direktivet ved ohl. § 52 c. Gennemgangen er relevant for at klarlægge, hvorledes DSM-direktivets artikel 17 påvirker retstilstanden.

## 6.1 Den danske implementering af DSM-direktivets artikel 17

Ved lov nr. 1121 af 4. juni 2021 blev DSM-direktivets artikel 17 implementeret i dansk ret. Artikel 17 er implementeret i ohl. § 52 c, stk. 1-10 og i det følgende vil der blive lavet nedslag i relevante afsnit. Det fremgår af lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021 (herefter lovforslaget som fremsat), at lovgivningsmagten har valgt at foretage en direktivnær implementering af DSM-direktivets artikel 17, for på den måde at mindske fortolkningstvivil mellem den dansk ret og EU-ret.

I forlængelse heraf anføres det således i de almindelige bemærkninger, at hensigten med implementeringen af DSM-direktivets artikel 17 er at skabe en velfungerende markedsplads for ophavsret, hvor rettighedshavernes position overfor techgiganterne styrkes. Videre anføres det, at DSM-direktivets artikel 17 vedrører tjenester, som qua deres indretning er internationale. Derfor er det ifølge lovgivningsmagten nødvendigt med et højt niveau af harmonisering på tværs af medlemsstaterne for derved at sikre den rette balance i reguleringen.<sup>81</sup>

### 6.1.1 Ohl. § 52 c, stk. 1: Onlineindholdsdelingstjenester

I ohl. § 52 c, stk. 1 klarlægges, hvad der skal forstås ved en onlineindholdsdelingstjeneste. Den danske implementering lægger sig op ad definitionen i DSM-direktivets artikel 2, stk. 6, 1. afsnit, hvorfor dette ikke vil blive uddybet nærmere. Det kan dog bemærkes, at hvor § 52 c ikke finder anvendelse, da gælder finder bestemmelsen i ohl. § 2 anvendelse. Dette har således den betydning, at tjenesterne kan blive ansvarlige efter infosoc-direktivets artikel 3 og den af Domstolen konstruerede doktrin.<sup>82</sup>

### 6.1.2 Ohl. § 52 c, stk. 2 og 3: Direkte ansvar for brugernes upload

Af ohl. § 52 c, stk. 2, 1. pkt. fremgår det, at en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse til almenheden af værker, når disse uploades

---

<sup>80</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 410-411.

<sup>81</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 9.

<sup>82</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 28.

af onlineindholdsdelingstjenestens brugere. Af ohl. § 52 c, stk. 2, 2. pkt. og 3. pkt. fremgår det videre, at en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste skal søge at opnå tilladelse fra rettighedshaverne, medmindre rettighedshaverne ikke ønsker at give en sådan tilladelse. Ohl. § 52 c implementerer således DSM-direktivets artikel 17, stk. 1.

Af forarbejderne til loven fremgår det, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne har et direkte ansvar – og altså ikke et medvirkensansvar – hvorfor e-handelslovens § 16 ej heller finder anvendelse.<sup>83</sup> Dette er i overensstemmelse med DSM-direktivets artikel 17, stk. 3. E-handelslovens § 16 E-handelsloven gennemfører e-handelsdirektivets artikel 14. Konsekvensen af, at e-handelslovens § 16 ikke finder anvendelse er således, at mellemmand, der optræder som onlineindholdsdelingstjenester, alene kan påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglerne i ohl. § 52 c, stk. 4, som omtalt nedenfor.

I relation til den tilladelse udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal indhente fra rettighedshaverne, fremgår det af forarbejderne, at aftalerne bør sikre en rimelig balance mellem parterne. Rettighedshaverne kan naturligvis nægte at indgå sådanne aftaler med udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne, hvis de ikke ønsker det. Dette gælder selvfølgelig også for udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne, men de vil i så fald risikere ikke at være omfattet af ansvarsfritagelsesreglerne, jf. nærmere herom nedenfor.<sup>84</sup>

Af ohl. § 52 c, stk. 3 følger det, at tilladelsen tillige omfatter brugerne af onlineindholdsdelingstjenesterne. Dette udgangspunkt harmonerer med det angivne i DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 69, hvorefter brugernes handlinger tillige omfattes af tilladelsen, medmindre brugerne handler i kommercielt øjemed. Illustrativt herfor nævnes i forarbejderne et eksempel på en tilladelse, som omfatter onlineindholdsdelingstjenestens ikke-kommercielle brugere. Eksemplet omhandler den situation, hvor en bruger uploader en privat hjemmevideo, som indeholder et musikværk, til en onlineplatform. Det er dog værd at bemærke, at brugeren naturligvis skal handle inden for de rammer, der er aftalt mellem udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten og rettighedshaveren. Brugeren opnår altså ikke en bedre ret, end den, der er aftalt imellem parterne.<sup>85</sup>

### 6.1.3 Ohl. § 52 c, stk. 4, 5 g 8: Ansvarsfritagelsen

Udformningen af ansvarsordningen i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, har været genstand for megen debat. Af ohl. § 52, stk. 4, som implementerer DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, fremgår det således, at i den situation, hvor der ikke er indhentet en tilladelse, da bliver udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten ansvarlig for den ulovlige overføring til almenheden, medmindre udbyderen af onlineindholdsdelingstjenester opfylder tre kumulative betingelser. Disse betingelser følger af ohl. § 52, stk. 4, nr. 1-3 og omfatter 1) at udbyderen har gjort sit bedste for at opnå en

---

<sup>83</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 29.

<sup>84</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 29.

<sup>85</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 30.

tilladelse fra rettighedshaverne, 2) at udbyderen i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt har gjort sit bedste for at sikre, at værker hvorom rettighedshaverne har givet de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, og 3) at udbyderen handler hurtigt efter at modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne om at forhindre adgangen til eller fjerne de værker, der er givet meddelelse om og dertil har gjort sit bedste for at forhindre, at disse værker også fremover uploades i overensstemmelse med nr. 2.

Med bestemmelsen i ohl. § 52 c, stk. 4 indføres således en ansvarsfritagelse for onlineindholdsdelingstjenesterne, hvis de tre kumulative betingelser er opfyldt, trods det faktum at onlineindholdsdelingstjenesten ikke har indhentet en tilladelse fra rettighedshaveren. Bestemmelsen, som implementerer DSM-direktivets artikel 17, stk. 4 er indsat af hensyn til, at det netop er brugerne, og ikke udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne, som uploader indhold til onlineindholdsdelingstjenestens platform, jf. DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 66. Ordlyden af ohl. § 52 c er – med minimale fravigelser – en direkte gentagelse af ordlyden fra DSM-direktivets artikel 17, stk. 4.

I ohl. § 52 c, stk. 4, nr. 1-3 er begrebet ”gjort sit bedste” ganske centralt. Det følger af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at begrebet ”gjort sit bedste” skal betragtes som værende strengere end eksempelvis begrebet ”taget rimelige skridt”. Det samme gør sig gældende for begrebet ”høje branchestandarder”, som i ordets natur, skal fortolkes strengere end begrebet ”branchestandarder”. Der stilles således høje krav til udbyderen af en onlineindholdsdelingstjeneste, førend denne kan være omfattet af ansvarsfritagelsen i ohl. § 52, stk. 4.<sup>86</sup>

Af forarbejderne til ohl. § 52 c, stk. 4, nr. 1 fremgår det, at det er en forudsætning for ansvarsfritagelsen, at udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten har søgt at indhente en tilladelse fra rettighedshaveren. Der kan naturligvis opstå situationer, hvor parterne ikke kan nå til enighed om en given tilladelse, hvorfor en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste ej heller er forpligtet til at indgå en aftale på vilkår, som må antages at være urimelige.

Af forarbejderne til ohl. § 52 c, stk. 4, nr. 2 fremgår det, at bestemmelsen er udtryk for en såkaldt notice and stay down-forpligtelse. Notice and stay down-forpligtelsen fremgår imidlertid af § 52 c, stk. 4, nr. 3, hvorfor der formentlig skulle være ment en såkaldt notice and take down-forpligtelse. En sådan forpligtelse har den konsekvens, at udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten efter at have modtaget en meddelelse fra rettighedshaveren om et specifikt værk, skal sørge for at værket ikke er tilgængeligt. Meddelelsen fra rettighedshaveren skal indeholde de relevante og nødvendige oplysninger, hvilket fastsættes i det løbende samarbejde rettighedshaver og udbyder imellem.

I relation til ohl. § 52 c, stk. 4, nr. 3, fremgår det af forarbejderne, at bestemmelsen indeholder såvel en notice and take down-bestemmelse som en notice and stay down-bestemmelse. I forhold til om udbyderen har ”gjort sit bedste” i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig

---

<sup>86</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 30.

diligenspligt, henvises der i forarbejderne til DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 66. Heraf fremgår det, at der skal lægges vægt på en række elementer, herunder tjenestens størrelse, den nyeste viden i relation til at forhindre adgang til ulovligt indhold såvel som omkostningerne af sådanne midler. I forlængelse heraf fremgår det, at bestemmelsen er teknologineutral.

Det fremgår dog også af præambelbetragtning nr. 66, at bestemmelsen ikke bør føre til, at lovligt uploadet materiale blokeres, herunder indhold, der er omfattet af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7. Ej heller må bestemmelsen føre til en generel overvågningspligt, jf. DSM-direktivets artikel 17, stk. 8.<sup>87</sup>

Det er dog vigtigt at bemærke, at der i relation til ovenstående skal tages hensyn til det gængse proportionalitetsprincip. Dette proportionalitetsprincip, som fremgår af DSM-direktivets artikel 17, stk. 5, er implementeret i ohl. § 52 c, stk. 5. Således skal der i vurderingen af, om udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten har opfyldt sine forpligtelser i henhold til stk. 4, lægges vægt på tjenestens publikum, type, størrelse mv. Således klarlægges det også i DSM-direktivets præambelbetragtning, nr. 66, at forskellige midler kan være henholdsvis proportionale og ikke-proportionale afhængig af typen af tjenesten.<sup>88</sup>

Med ohl § 52 c, stk. 8 indføres en lempeligere ansvarsordning for onlineindholdsdelingstjenester, som har været til rådighed for almenheden i EU i mindre end tre år og som har en årlig omsætning på under 10 millioner Euro. Bestemmelsen implementerer DSM-direktivets artikel 17, stk. 6. Bestemmelsen vil ikke blive behandlet yderligere i nærværende speciale.

#### 6.1.4 Ohl. § 52 c, stk. 6, 7, 9 og 10: Garantier

I § 52 c, stk. 6, som implementerer DSM-direktivets artikel 17, stk. 9, pålægges udbydere af onlineindholdsdelingstjenester at stille en effektiv klageordning til rådighed for brugerne af deres tjenester. Klageordningen skal kunne anvendes i sager, hvor der er opstået uenighed om, hvorvidt brugeruploadet indhold retmæssigt er blevet fjernet eller blokeret. Det fremgår af ordlyden i ohl § 52 c, stk. 6, 2. pkt., at klagen skal behandles uden unødigt forsinkelse og underkastes menneskelig kontrol. Dette harmonerer med DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 70.<sup>89</sup>

Foruden denne klageordning følger det af DSM-direktivets artikel 17, stk. 9, at brugerne skal have mulighed for at påberåbe sin klage for domstolene eller en anden upartisk retslig myndighed. Som det fremgår af ohl. § 52 c, stk. 6, 3. pkt. kan parterne indbringe eventuelle tvister for Ophavsretslicensnævnet. I den forbindelse anføres det i de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at indgivelsen af en klage ikke fører til, at det omdiskuterede indhold skal være tilgængeligt under

---

<sup>87</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 30-31.

<sup>88</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 31.

<sup>89</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 32-33.

klagebehandlingen. Det vil således ifølge forarbejderne til bestemmelsen stride imod formålet med DSM-direktivets artikel 17, som netop er at beskytte rettighedshaveren.

Herudover vil uenigheder om, hvorvidt brugeruploadet indhold retmæssigt er blevet fjernet eller blokeret, tillige kunne indbringes for domstolene. I den forbindelse er det vigtigt at bemærke, at såfremt det omdiskuterede indhold er tilgængeligt under klagesagen, da vil udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten kunne ifalde et ansvar for den ulovlige brug, såfremt resultatet af klagen tilgodeser rettighedshaveren. Således følger det af forarbejderne at tvivlen i disse tilfælde kommer rettighedshaveren til gode.<sup>90</sup>

Ohl. § 52 c, stk. 7 medfører, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal informere rettighedshaverne om de foranstaltninger, der er truffet i relation til stk. 4. De oplysninger rettighedshaverne skal modtage skal være tilstrækkelige og præcise.<sup>91</sup>

Med ohl. § 52 c, stk. 9 indføres på linje med ohl. § 52 c, stk. 7 en bestemmelse, hvorefter udbydere af onlineindholdsdelingstjenester pålægges en informationsforpligtelse. Således følger det af ohl. § 52 c, stk. 9, at samarbejdet imellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere, som nævnt i stk. 4, ikke må hindre brugernes upload af værker beskyttet efter §§ 65-71. I denne forbindelse pålægges udbyderne at informere brugerne herom. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med ohl. § 52 c, stk. 10. Bestemmelsen gennemfører DSM-direktivets artikel 17, stk. 7 og tilsiger, at brugerne må uploade indhold, når dette sker med henblik på karikatur, parodi eller pastiche. Det fremgår dog af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at disse undtagelser til ophavsretten finder anvendelse i dansk ret, uanset om ophavsretsloven indeholder en udtrykkelig angivelse heraf.<sup>92</sup>

## 6.2 DSM-direktivets artikel 17: Hvilke hensyn varetages?

Formålet med DSM-direktivets artikel 17 er at skabe klarhed og rimelige forhold for rettighedshaverne for så vidt angår det indhold, der uploades af brugerne til onlineindholdsdelingstjenesterne. DSM-direktivets artikel 17, stk. 1 pålægger således udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne et direkte ansvar for det indhold, som brugerne uploader til deres tjenester. Hensynet til udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne varetages imidlertid også, eftersom dette udgangspunkt fraviges i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, hvorefter udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester kan opnå ansvarsfritagelse, hvis tre kumulative betingelser er opfyldt.

For så vidt angår den første betingelse, hvorefter udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester skal have gjort sit bedste for at indhente en tilladelse fra rettighedshaveren, bemærkes det, at DSM-direktivet ikke fremhæver eksempler på sådanne situationer. Ydermere fremgår det ikke af DSM-

---

<sup>90</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 33.

<sup>91</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 33.

<sup>92</sup> Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021, tillæg A, 2020-21, s. 34.



direktivet, hvorvidt udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne er forpligtede til at indgå aftaler med rettighedshaverne, når disse forlanger urimelige krav.<sup>93</sup> Disse spørgsmål er søgt besvaret i forarbejderne til den danske implementering, jf. ovenfor, men den manglende omtale heraf i DSM-direktivet, medfører en risiko for, at harmoniseringen i medlemsstaterne vil forringes. Med tanke på onlineindholdsdelingstjenesternes internationale natur, vil dette i sidste ende udgøre en risiko for, at beskyttelsesniveauet vil divergere fra medlemsstat til medlemsstat.

I relation til den anden betingelse, som medfører, at udbyderen i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt skal gøre sit bedste for at sikre, at værker hvorom rettighedshaverne har givet de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, bemærkes det tillige, at DSM-direktivet er tavst for så vidt angår rækkevidden af eksempelvis ”høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt”.<sup>94</sup>

Den tredje betingelse pålægger udbyderen at handle hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse om at forhindre adgangen til eller fjerne de værker, der er givet meddelelse om og at denne dertil har gjort sit bedste for at forhindre, at disse værker også fremover uploades i overensstemmelse med nr. 2. Ej heller hertil nævner DSM-direktivet, hvordan udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne i praksis skal sørge for at forhindre, at ulovligt indhold også fremover uploades.

Overordnet kan det således anføres, at de tre kumulative betingelser i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra a-c skaber en række spørgsmål, som ikke er besvaret med DSM-direktivet. Af DSM-direktivets artikel 17, stk. 10 fremgår det imidlertid, at Kommissionen i samarbejde med medlemsstaterne skal drøfte bedste praksis for samarbejdet imellem rettighedshaverne og udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne med hensyn til anvendelsen af artiklen.

Set fra et brugerperspektiv, er DSM-direktivets artikel 17, stk. 7-9 særligt centrale. Artikel 17, stk. 7 sikrer, at samarbejdet mellem udbyder af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshaver ikke må føre til blokering af lovligt indhold, herunder indhold, som er omfattet af en undtagelse. Således er det op til disse at sikre, at dette indhold ikke blokeres. Der er imidlertid fortsat tvivl om, hvorledes dette kan fungere i praksis, eftersom DSM-direktivet ej heller oplyser yderligere herom.

Artikel 17, stk. 9 pålægger udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne at etablere en effektiv og hurtig klageordning. Hvad der er særligt interessant i denne henseende er, at sådanne klage skal underkastes menneskelig kontrol. Med denne formulering kan det således antages, at den forudgående procedure kan foregå uden menneskelig indblanding – altså ved brug af automatiske it-værktøjer.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 415-416.

<sup>94</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 417-418.

<sup>95</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 423-424.

DSM-direktivets artikel 17 pålægger således ikke direkte udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne at anvende it-værktøjer til brug for en automatisk forudgående filtreringsmekanisme, men det kan anføres, at udbydere pålægges dette indirekte. Således vil disse ellers have svært ved at opfylde betingelserne i artikel 17, stk. 4, litra b og c med det et stort antal bruger-uploads in mente.<sup>96</sup> Af DR Medieforsknings årlige rapport fremgår det således, at i 2020 anvendte 65 % af danskerne Facebook dagligt og 29 % af danskerne anvendte YouTube dagligt.<sup>97</sup> Ydermere skaber henvisningen til ”høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt” ligeledes en formodning for, at der nødvendigvis skal etableres en automatisk forudgående filtreringsmekanisme.<sup>98</sup>

Af DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 84 fremgår det, at DSM-direktivet overholder de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved charteret. Ydermere fremgår det af præambelbetragtning nr. 70, at det er vigtigt at finde en balance mellem de grundlæggende rettigheder, som sikret ved charteret, navnlig ytringsfriheden og på den anden side den intellektuelle ejendomsret.

Introduktionen til en automatisk forudgående filtreringsmekanisme rejser imidlertid bekymringer i relation til, om udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne ud fra et forsigtighedsprincip vil blokere ellers lovligt indhold, for derved at sikre sig, at de lever op til betingelserne i artikel 17, stk. 4, litra b og c. Ydermere udtrykkes der bekymring for så vidt angår, om sådanne automatiske mekanismer vil kunne genkende uploads, som umiddelbart fremstår ulovlige, men som reelt udnytter de undtagelser, der er reguleret i artikel 17, stk. 7.<sup>99</sup> Dette til skade for brugernes ytrings- og informationsfrihed.

## 7 Ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden

Vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17 rejser en række spørgsmål i relation til balancen mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden. Førend disse spørgsmål uddybes, vil der kort blive redegjort for retten til ytrings- og informationsfrihed, som sikret ved Charterets artikel 11 og retten til den intellektuelle ejendomsret, som sikret ved Charterets artikel 17, stk. 2.

Charteret er, jf. TEU artikel 6, at betragte som værende en primær retskilde, hvorfor Charteret har bindende virkning for medlemsstaterne. Afsnit 7 i Charteret indeholder almindelige bestemmelser vedrørende fortolkning og anvendelse af Charteret. Således fremgår det af artikel 51, 1. afsnit, at

---

<sup>96</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 425-26.

<sup>97</sup> Christensen, Dennis, *Medieudviklingen 2020*, 2020, s. 14-15.

<sup>98</sup> Schwemer, Sebastian Felix and Schovsbo, Jens Hemmingsen, *What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime*, 2019, s. 5.

<sup>99</sup> Schwemer, Sebastian Felix, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, 2020, s. 426-428.

Charteret er rettet mod Unionens institutioner samt til medlemsstaterne. Dette har den konsekvens, at EU-lovgiver såvel som medlemsstaterne skal respektere Charteret.

Unionsborgerne kan som udgangspunkt påberåbe sig diverse grundrettigheder. Der har imidlertid hersket en betydelig tvivl om, hvorvidt de rettigheder og friheder, som sikres ved Charteret, kan påberåbes af én unionsborger over for en anden. Dette vedrører med andre ord om Charteret har horisontal direkte virkning.<sup>100</sup>

EU Domstolen har i en række sager statueret, at Charteret kan have direkte virkning mellem unionsborgere, selv om Charteret, som bekendt, retter sig mod EU-institutionerne såvel som medlemsstaterne.<sup>101</sup> Indledningsvist skal det dog bemærkes, at Domstolen ikke har udtalt sig generelt om, hvorvidt Charteret har horisontal direkte virkning eller ej.<sup>102</sup>

I den forbindelse kan Domstolens dom af 15. januar 2014 i sag C-176/12, AMS-dommen, fremhæves. Dommen omhandlede, hvorvidt en fransk fagforening over for en anden forening kunne påberåbe sig Charterets artikel 27. Charterets artikel 27 omhandler retten til information og høring af arbejdstagere i virksomheden. Af dommen fremgår det, at artikel 27 skal præciseres ved bestemmelser i EU-retten eller i national ret, for at få fuldt ud virkning.<sup>103</sup> Videre anfører Domstolen, at der ikke kan udledes en direkte retsregel, af ordlyden af Charterets artikel 27.<sup>104</sup> Dette har den konsekvens, at artikel 27 ikke kan anvendes som selvstændig hjemmel, hvorfor denne ikke kan antages at have horisontal direkte virkning. Dette harmonerer også med Charterets artikel 52, stk. 5, hvorefter de bestemmelser i Charteret, som alene indeholder principper, kun kan påberåbes over for en domstol i forbindelse med fortolkning af retsakter og kontrol af lovligheden af disse.<sup>105</sup>

Domstolen anfører imidlertid også – med henvisning til sag C-555/07, Küçükdeveci – at Charterets artikel 21, som vedrører et forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, i sig selv er tilstrækkeligt til at tillægge private en subjektiv ret, som direkte kan påberåbes.<sup>106</sup> I den pågældende sag anføres det således, at forbuddet mod aldersdiskrimination i Charterets artikel 21 har horisontal direkte virkning. Det er dog vigtigt at bemærke, at Charterets artikel 21 ikke kan påberåbes uden for EU-rettens anvendelsesområde.

Det er således ikke muligt at give et entydigt svar på om en given artikel i Charteret har horisontal direkte virkning. Det ligger dog klart, at en given rettighed i Charteret kan have horisontal direkte virkning, hvis bestemmelsen er klar, præcis og ubetinget.<sup>107</sup> Den enkelte bestemmelse i Charteret må

---

<sup>100</sup> Andersen, Pernille Bruun, *Ophavsret & ytringsfrihed*, s. 139-141.

<sup>101</sup> Rytter, Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 2021, s. 48.

<sup>102</sup> Ersbøll, Eva, *EU's Charter – I et menneskeretligt krydsfelt*, 2016, s. 238.

<sup>103</sup> EU-Domstolen, sag 176/12, AMS-dommen, præmis 45.

<sup>104</sup> EU-Domstolen, sag 176/12, AMS-dommen, præmis 46.

<sup>105</sup> Ersbøll, Eva, *EU's Charter – I et menneskeretligt krydsfelt*, 2016, s. 240-241.

<sup>106</sup> EU-Domstolen, sag 176/12, AMS-dommen, præmis 47.

<sup>107</sup> Ersbøll, Eva, *EU's Charter – I et menneskeretligt krydsfelt*, 2016, s. 239-241.

således nødvendigvis tillægge den enkelte unionsborger ubetingede og tilstrækkeligt klare rettigheder, førend denne får horisontal direkte virkning.<sup>108</sup>

Ytrings- og informationsfriheden er sikret ved Charterets artikel 11. Heraf fremgår det, at enhver har ret til ytringsfrihed og at denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger uden indblanding fra offentlig myndighed, jf. Charterets artikel 11, stk. 1. Der er dertil elementer af ytringsfriheden i andre bestemmelser, herunder eksempelvis Charterets artikel 13 om friheden for kunst og videnskab. Som allerede angivet i emneafgrænsningen vil nærværende speciale imidlertid alene fokusere på Charterets artikel 11. Charterets artikel 11 omfatter enhver ytring. Dette betyder således også, at retten til at modtage og meddele oplysninger er omfattet af Charterets artikel 11.<sup>109</sup> Med andre ord har brugeren ret til at fremsætte ytringer og til at modtage ytringer fremsat af andre.

Af Charterets artikel 17, stk. 2 følger, at intellektuel ejendomsret er beskyttet. Intellektuelle ejendomsrettigheder omfatter blandt andet ophavsretten. Den intellektuelle ejendomsret er specifikt fremhævet i Charterets artikel 17, stk. 2 grundet den intellektuelle ejendomsrets stadigt stigende betydning.<sup>110</sup>

Ophavsretten udgør et indgreb i ytrings- og informationsfriheden eftersom ophavsretten begrænser, hvorledes eksempelvis brugere af en onlineindholdsdelingstjeneste kan ytre sig.<sup>111</sup> Af Charterets artikel 52, stk. 1 fremgår det, at enhver begrænsning i de rettigheder og friheder, der følger af Charteret, skal være fastlagt i lovgivningen og respektere disse rettigheder og friheders væsentligste indhold. Videre fremgår det, at der kan indføres begrænsninger i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet såfremt de er nødvendige og vedrører mål af almen interesse eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder. Således etablerer charterets artikel 52, 1. afsnit en mulighed for, at der kan foretages lovlige indgreb i de rettigheder og friheder, som er sikret ved chartret, hvis betingelserne i artikel 52, 1. afsnit er opfyldt. Disse betingelser vedrører at 1) begrænsningen skal være fastsat i lovgivningen, 2) begrænsningen skal svare til mål af almen interesse eller et behov for beskyttelse af andre rettigheder og friheder og 3) begrænsningen kan kun indføres såfremt den er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Sidst nævnte består af yderligere tre dele: et krav om egnethed, et krav om nødvendighed og et krav om absolut forholdsmæssighed.<sup>112</sup> Disse betingelser skal sikre en rimelig balance imellem de forskellige rettigheder og friheder.

At der kan foretages lovlige indgreb i ytrings- og informationsfriheden efter Charterets artikel 11 fremgår blandt andet af sag C-145/10, Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH m.fl. Således anførte Domstolen, at hensynet til den offentlige sikkerhed, kunne begrunde et lovligt indgreb i

---

<sup>108</sup> Christoffersen, Jonas, m.fl., *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer*, 2018, side 52.

<sup>109</sup> Christoffersen, Jonas, m.fl., *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer*, 2018, side 157-160.

<sup>110</sup> Christoffersen, Jonas, m.fl., *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer*, 2018, side 206.

<sup>111</sup> Andersen, Pernille Bruun, *Ophavsret & ytringsfrihed*, s. 15.

<sup>112</sup> Andersen, Pernille Bruun, *Ophavsret & ytringsfrihed*, s. 147-150.

Charterets artikel 11.<sup>113</sup> Ej heller den intellektuelle ejendomsret i Charterets artikel 17, stk. 2 er absolut. Således fremgår dette direkte af den allerede omtalte sag C-70/10, *Scarlet Extended*.<sup>114</sup>

## 8 En rimelig balance mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden

Hvor den danske implementering af DSM-direktivets artikel 17 er forløbet relativt problemfrit, da har situationen været en anden i nogle af de andre medlemsstater i EU. I Tyskland oplevede man således store protester blandt dele af den tyske befolkning. Modstanderne hævdede, at en forudgående filtreringsmekanisme ville begrænse brugernes ytrings- og informationsfrihed uforholdsmæssigt. Ydermere har man i dele af den tyske befolkning hævdet at en sådan filtreringsmekanisme vil begrænse iværksætterlysten eftersom sådanne filtreringsmekanismer nødvendiggør dyre og avancerede it-systemer. Med andre ord, ville sådanne filtreringsmekanismer ikke sikre en balance mellem på den ene side ophavsretten og på den anden side brugernes grundlæggende rettigheder, herunder retten til ytrings- og informationsfrihed.<sup>115</sup> De tyske protester skal givetvis vurderes med Tysklands historie i og omkring 2. verdenskrig in mente. Således eksisterer der en iboende frygt for, at man vil blive pålagt censur, som tilfældet var det, i det tidligere DDR. Om end en forudgående filtreringsmekanisme ikke nødvendigvis fører til censur, vil en sådan imidlertid kunne skabe associationer til tidligere tiders overvågningssamfund. Protesterne har udformet sig til et hashtag – *#SaveYourInternet*.<sup>116</sup> Til trods for disse protester har Tyskland implementeret DSM-direktivets artikel 17 relativt direktivnært med *Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz* (UrhDaG).

I Polen har der tillige været protester for så vidt angår DSM-direktivets artikel 17. Dette førte til, at Polen den 24. maj 2019 anlagde sag mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union. Således nedlagde Polen påstand om, at artikel 17, stk. 4, litra b og c og dermed udtrykket ”og gjort deres bedste indsats for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse med litra b)” annulleres. Subsidiært har Polen nedlagt påstand om, at DSM-direktivets artikel 17 annulleres i sin helhed såfremt det vurderes, at det ikke er muligt at adskille de anfægtede bestemmelser fra den resterende del af artikel 17 i DSM-direktivet.<sup>117</sup>

Der er endnu ikke afsagt dom i sagen, men den 15. juli 2021 fremsatte generaladvokaten forslag til afgørelse i sagen, som nu benævnes sag C-401/19, *Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union*. Da sagen netop vedrører balancen mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden i relation til DSM-direktivets artikel 17, da vil generaladvokatens forslag til afgørelse blive gennemgået nedenfor. Som allerede anført i afsnit 3 ”Metode og retskilder” er det i denne henseende vigtigt at være opmærksom på den begrænsede retskildeværdi af et sådant forslag til afgørelse. Imidlertid må det deslige anføres, at generaladvokaterne er tilknyttet Domstolen og at

<sup>113</sup> EU-Domstolen, sag 145/10, *Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH*, præmis 115.

<sup>114</sup> EU-Domstolen, sag 70/10, *Scarlet Extended*, præmis 43.

<sup>115</sup> Solmecke, Christian, *Polens EuGH-Klage kann die Reform teilweise kippen*, 2021.

<sup>116</sup> Meaker, Morgan, *Inside the giant German protest trying to bring down Article 13*, 2019.

<sup>117</sup> Stævning af 24. maj 2019, sag C-401/19.

der stilles de samme betingelser til deres kvalifikationer, som de der stilles til dommerne ved Domstolen.<sup>118</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse er således et kvalificeret forslag, som derved skal tillægges en vis vægt. Generaladvokaten i den pågældende sag var danske Henrik Saugmandsgaard Øe. Til orientering var det selvsamme Saugmandsgaard Øe, der fremsatte generaladvokatens forslag til afgørelse i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Youtube/Cyando.

Generaladvokaten redegjorde indledningsvist kort for de retlige aspekter relateret til DSM-direktivets artikel 17. Dernæst bemærkede generaladvokaten, at det ikke var muligt at udskille DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c, hvorfor alene spørgsmålet om hvorvidt artikel 17 i sin helhed skulle annulleres blev optaget til realitetsbehandling.<sup>119</sup>

I forhold til rækkevidden af artikel 17, stk. 4, litra b og c bemærker generaladvokaten, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne er forpligtede til at foretage en forebyggende overvågning af det indhold, som brugerne uploader på tjenesterne. I praksis er det således nødvendigt, at udbyderne anvender it-værktøjer for derved at gennemføre en automatisk filtrering af det indhold, som brugerne har uploadet til den pågældende tjeneste.<sup>120</sup> Tilsammen pålægger disse bestemmelser ifølge generaladvokaten udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne flere handlingsforpligtelser i relation til overvågning af deres tjenester. En overvågning, hvori udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal tage alle de skridt, som en påpasselig erhvervsdrivende ville tage.<sup>121</sup>

Denne fortolkning er i overensstemmelse med formålet med DSM-direktivets artikel 17. Således kræves det af udbyderne, at disse forudgående – og altså ikke blot efterfølgende – skal søge at forhindre, at ulovligt indhold bliver tilgængeliggjort på deres onlineplatforme. Generaladvokaten henviser i den forbindelse til DSM-direktivets præambelbetragtning nr. 66, hvoraf det fremgår, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester bør sikre, at ulovligt indhold ikke tilgængeliggøres på deres onlineplatforme. Af artikel 17, stk. 4, litra c, fremgår det, at udbyderne skal gøre deres bedste for at forhindre, at de af rettighedshaverne fremhævede værker, også fremadrettet tilgængeliggøres. Det ligger således klart, at udbyderne både er pålagt en notice and take down-forpligtelse såvel som en notice and stay down-forpligtelse. Dette må nødvendigvis kræve en form for overvågning og filtrering, førend en sådan ordning vil kunne fungere i praksis.<sup>122</sup>

Til brug for en sådan filtreringsmekanisme kan anvendes it-værktøjer, som gør det muligt automatisk at lokalisere ulovligt materiale. Disse genkendelsesværktøjer kan således foretage en automatisk filtrering.<sup>123</sup> DSM-direktivets artikel 17 fremhæver ikke specifikke it-værktøjer til brug for automatisk genkendelse. DSM-direktivets artikel 17 er derimod udformet generelt, hvorfor udbyderne af

---

<sup>118</sup> Folketingets EU-oplysning, *Hvad er en generaladvokat?*, 2020.

<sup>119</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 42-45*.

<sup>120</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 49*.

<sup>121</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 50-52*.

<sup>122</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 53-56*.

<sup>123</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 57-58*.

onlineindholdsdelingstjenester ej heller direkte pålægges at anvende sådanne it-værktøjer. Generaladvokaten anfører imidlertid, at om end DSM-direktivet ikke direkte pålægger brugen af it-værktøjer, da pålægges dette indirekte, idet det ellers ikke vil være muligt at opfylde de betingelser, der følger af artikel 17, stk. 4, litra b og c.<sup>124</sup>

I den forbindelse anfører generaladvokaten, at denne ikke finder det realistisk, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne kan filtrere indhold på anden måde, end ved at gøre brug af it-værktøjer, som sikrer en automatisk genkendelse. Dertil kommer, at sådanne it-værktøjer allerede anvendes af flere udbydere af onlineindholdsdelingstjeneste, hvorfor de øvrige udbydere af onlineindholdsdelingstjenester er forpligtede til at indføre sådanne værktøjer, jf. kravet om ”bedste praksis i branchen” i artikel 17, stk. 4, litra b.<sup>125</sup> Generaladvokaten tilføjer dog, at sådanne foranstaltninger skal leve op til proportionalitetsprincippet i DSM-direktivets artikel 17, stk. 5, hvorfor et krav om at anvende sådanne it-værktøjer, under særlige omstændigheder kan være uproportionalt. Disse særlige tilfælde ændrer dog ikke på, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester efter artikel 17, stk. 4, litra b og c har en pligt til at anvende it-værktøjer, som kan foretage automatisk indholdsgenkendelse, jf. formuleringen ”bedste indsats”. Det er således nødvendigt, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne indfører en filtreringsmekanisme, der kan sortere i det indhold brugerne uploader på onlineplatformene.<sup>126</sup>

Generaladvokaten vender herefter blikket mod retten til ytrings- og informationsfrihed som sikret ved artikel 11 i Charteret. Når en bruger uploader materiale på en onlineindholdsdelingstjeneste, da udnytter denne sin ret til ytrings- og informationsfrihed. Disse rettigheder udnyttes, uanset om det indhold brugeren uploader er ulovligt eller ej.<sup>127</sup> Generaladvokaten påpeger, at filtreringsmekanismen har til formål at forebygge tilgængeliggørelsen af ulovligt indhold, hvorfor filtreringen nødvendigvis må ske forud for tilgængeliggørelsen. Det er således utvivlsomt, at DSM-direktivets artikel 17 udgør et indgreb i ytringsfriheden.<sup>128</sup> Dette indgreb i ytringsfriheden kan tilregnes EU-lovgiver – altså Rådet og Europa-Parlamentet.<sup>129</sup>

Sammenfattende anfører generaladvokaten på denne baggrund, at ansvarsfritagelsesreglen i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, skal sidestilles med en direkte forpligtelse, hvorfor det skal vurderes om indgrebet i brugernes grundlæggende rettigheder er foreneligt med Charteret. Det fremgår af afsnit 89, at dette dog kan være tilfældet såfremt indgrebet er fastlagt i lovgivningen, respekterer ytringsfrihedens væsentligste indhold og sidst men ikke mindst overholder proportionalitetsprincippet, jf. charterets artikel 52, stk. 1.

---

<sup>124</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 62*.

<sup>125</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 64-66*.

<sup>126</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 67-69*.

<sup>127</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 72-73*.

<sup>128</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 79*.

<sup>129</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 84*.

For så vidt angår betingelsen om, at indgrebet i ytringsfriheden skal være fastlagt i lovgivningen, udtaler generaladvokaten, at indgrebet foruden at være lovfæstet tillige skal være tilgængeligt og forudsigeligt. Dette betyder med andre ord, at retsgrundlaget skal være klart og præcist.<sup>130</sup> Generaladvokaten finder, at artikel 17 er tilstrækkeligt tilgængelig og forudsigelig, om end denne er udformet generelt og derved rejser flere fortolkningsspørgsmål. Det tillades imidlertid i sådanne situationer, at lovgiver benytter sig af generelle formuleringer således lovgivningen forbliver fleksibel. I tilknytning hertil anfører generaladvokaten, at Domstolen med dette forslag til afgørelse og fremtidige afgørelser vil præcisere de uklarheder, der måtte fremgå af formuleringerne i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c, og således skabe yderligere klarhed over retstilstanden.<sup>131</sup>

I relation til betingelsen om, at indgrebet skal respektere ytringsfrihedens væsentligste indhold bemærker Generaladvokaten, at EU-lovgiver tillades at begrænse visse grundlæggende rettigheder, så længe dette har til formål at varetage andre legitime hensyn. Det er med andre ord tilladeligt at skabe en rimelig balance imellem forskellige legitime hensyn – dog skal den grundlæggende rettigheds væsentligste indhold bibeholdes. Sagsøgeren har anført, at en forudgående filtreringsmekanisme er et særligt alvorligt indgreb i ytringsfriheden eftersom blokeret indholdet da aldrig vil kunne indgå i den offentlige debat.<sup>132</sup> I den forbindelse anfører Generaladvokaten, at onlineindholdsdelingstjenesterne har stor betydning for friheden til at modtage og dele informationer. Disse tjenester er således essentielle for den enkelte brugers udøvelse af informations- og ytringsfriheden.<sup>133</sup>

Generaladvokaten understreger, at det vil være i strid med ytringsfrihedens væsentligste indhold såfremt udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skulle foretage en generel forebyggende overvågning af informationer uploadet af brugerne på onlineplatformene. Det er derimod tilladt at gennemføre overvågning i særlige tilfælde – altså hvor overvågningsforpligtelserne ikke er generelle.<sup>134</sup> Et sådant særligt tilfælde finder generaladvokaten, at der foreligger i det pågældende tilfælde, jf. afsnit 110. Om end udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne skal overvåge alt det materiale, som brugerne uploader på deres tjenester, skal der alene søges efter specifikke værker på baggrund af rettighedshavernes oplysninger, hvorfor overvågningsforpligtelsen efter generaladvokatens mening, ikke er et indgreb i ytringsfrihedens væsentligste indhold.<sup>135</sup>

Den sidste betingelse vedrører hvorvidt proportionalitetsprincippet overholdes i forbindelse med indgrebet i ytringsfriheden. Før end et indgreb i en grundlæggende kan anses for værende i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet skal tre kumulative betingelser være opfyldt. Betingelserne vedrører hvorvidt indgrebet er passende, nødvendigt og forholdsmæssigt, jf. ovenfor.

---

<sup>130</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 92*.

<sup>131</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 95*.

<sup>132</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 99*.

<sup>133</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 103*.

<sup>134</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 104-106*.

<sup>135</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 114*.



For så vidt angår betingelsen om at indgrebet skal være passende, finder Generaladvokaten, at foranstaltningen er egnet til at bidrage til at formålet realiseres, hvorfor betingelsen er opfyldt.<sup>136</sup>

I relation til betingelsen vedrørende nødvendighed, anfører generaladvokaten at det skal søges klarlagt, om der findes alternative foranstaltninger, som er mindre indgribende og samtidig lige så effektive som den valgte foranstaltning. Generaladvokaten anfører, at en ordning hvorefter udbyderne af onlineindholdsindholdsdelingstjenesterne ikke tillægges en overvågningsforpligtelse, ikke vil – uanset om den er mindre indgribende eller ej – være tilstrækkelig effektiv til at sikre de formål som er angivet i artikel 17.<sup>137</sup>

For så vidt angår den sidste af de kumulative betingelser påpeger generaladvokaten, at ansvarsordningen udsætter ytringsfriheden for risici, hvorfor det må kræves, at der fastsættes tilstrækkelige garantier, der sikrer at sådanne risici minimeres mest muligt.<sup>138</sup> Det vil i det følgende blive gennemgået hvorfor dette efter generaladvokatens opfattelse er blevet gjort.

Som følge af, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne pålægges at gennemføre en forudgående filtrering af det indhold, som brugerne uploader til tjenesterne, vil der opstå en væsentlig risiko for at ytringsfriheden begrænses uforholdsmæssigt. Således vil der foreligge en reel risiko for, at ellers lovligt materiale tillige vil blive blokeret som udslag af et forsigtighedsprincip. Risikoen herfor forstærkes af det faktum, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne indirekte pålægges at anvende automatiske it-værktøjer til brug for en automatiske indholdsgenkendelse.<sup>139</sup>

Generaladvokaten finder det særdeles vigtigt, at der er netop EU-lovgiver der fastsætter disse garantier for på den måde at sikre en ensartet harmonisering i samtlige medlemsstater. Dette bestyrkes yderligere af onlineindholdsdelingstjenesternes ofte grænseoverskridende natur. Således skal brugerne nyde den samme beskyttelse uanset hvilken medlemsstat, de befinder sig i.<sup>140</sup> I det pågældende tilfælde er disse garantier efter generaladvokatens opfattelse indeholdt i DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, 8 og 9.

For så vidt angår DSM-direktivets artikel 17, stk. 7 bemærker generaladvokaten, at denne bestemmelse er blandt de væsentligste garantier. Hvor infosoc-direktivet tidligere gav medlemsstaterne mulighed for at gennemføre de fremhævede undtagelser, er medlemsstaterne med vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7 blevet forpligtede til at fasttætte sådanne undtagelser. Generaladvokaten finder således, at EU-lovgiver med vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, har søgt at minimere de risici, der foreligger. Således har EU-lovgiver gjort det klart, at filtreringsmekanismerne ikke må have til formål eller til følge, at lovlige anvendelser med hjemmel i

---

<sup>136</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 121-122*.

<sup>137</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 125-127*.

<sup>138</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 132*.

<sup>139</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 142 og 147*.

<sup>140</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 152*.

artikel 17, stk. 7, forhindres. Med artikel 17, stk. 7 begrænser EU-lovgiver således indgrebet i ytringsfriheden.<sup>141</sup>

Som modargument hertil har sagsøger anført, at de it-værktøjer, som nødvendigvis skal anvendes, ikke er tilstrækkeligt udviklede, til at kunne afgøre hvorvidt umiddelbart ulovligt indhold alligevel bør tillades med henvisning til artikel 17, stk. 7. Dette har således den konsekvens, at der ikke er tale om en effektiv garanti. Generaladvokaten anfører, at DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c skal sammenholdes med artikel 17, stk. 7, hvorfor udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne allerede i filtreringsprocessen skal tage hensyn til undtagelserne hjemlet i artikel 17, stk. 7. Ydermere finder generaladvokaten at klageordningen i artikel 17, stk. 9 udgør en supplerende garanti i de tilfælde hvor indhold som ellers er omfattet af artikel 17, stk. 7 uhensigtsmæssigt blokeres.<sup>142</sup> Således sikrer artikel 17, stk. 7 – hvorefter der skal til hensyn til undtagelser både før og efter brugeren uploader et givent materiale – at indgrebet i ytringsfriheden må anses for værende forholdsmæssigt.<sup>143</sup>

Disse processuelle garantier er dog ikke i sig selv tilstrækkelige til at kunne sikre en rimelig balance imellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden. I den forbindelse udtaler generaladvokaten, at de processuelle garantier, ikke fritager medlemsstaterne fra at forsøge at minimere de bivirkninger, der følger med etableringen af filtrerings- og overvågningsmekanismer. Med andre ord må disse ikke være generelle og derved få konsekvenser for ellers lovligt indhold.<sup>144</sup>

Med enhver filtreringsmekanisme følger bivirkninger, hvorfor det er nødvendigt at balancere kravet til effektivitet heroverfor. Det er således utopisk at tro, at der findes filtreringsmekanismer, som er 100 procent effektive og samtidig ingen bivirkninger har. Filtreringsmekanismer, der systematisk blokerer lovligt indhold udgør imidlertid et uforholdsmæssigt indgreb i ytrings- og informationsfriheden.<sup>145</sup> Dette følger således også af sag C-70/10, *Scarlet Extended*<sup>146</sup> og sag C-360/10, *SABAM*<sup>147</sup>.

I de tilfælde, hvor der vil blive blokeret ellers lovligt indhold ud fra et forsigtighedsprincip, da vil bevisbyrden vende. Således vil det være op til brugeren at indgive en klage, såfremt denne vurderer, at ellers lovligt indhold uretmæssigt er blevet blokeret. Dette vil antageligvis medføre, at flere brugere ikke vil gøre brug af deres klageret, da de ikke nødvendigvis besidder de nødvendige ressourcer til at vurdere om blokeret indhold reelt er lovligt, hvilket i sidste ende vil skade brugerens ytringsfrihed. Ydermere påpeger generaladvokaten, at de skader ytrings- og informationsfriheden vil lide som følger heraf, kan være uoprettelige, da indholdet kan have mistet sin aktualitet under klagens behandling.<sup>148</sup>

---

<sup>141</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 159, 162 og 165*.

<sup>142</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 166 og 170-171*.

<sup>143</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 177*.

<sup>144</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 181*.

<sup>145</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 184 og 186*.

<sup>146</sup> EU-Domstolen, sag C-70/10, *Scarlet Extended*, præmis 51-54.

<sup>147</sup> EU-Domstolen, sag 360/10, *SABAM*, præmis 49-52.

<sup>148</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 187-188*.

På baggrund af ovenstående konkluderer generaladvokaten, at de filtreringssystemer, som udbyderne er forpligtede til at gennemføre i overensstemmelse med DSM direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c såvel som artikel 17, stk. 7, skal overholde følgende to betingelser: For det første skal de sikre at ulovligt materiale ikke gøres tilgængeligt online. Dernæst skal det sikres at lovligt indhold kan gøres tilgængeligt.<sup>149</sup>

Som en afsluttende krølle på halen fremhæver generaladvokaten forbuddet mod en generel overvågningspligt, som lovfæstet i DSM-direktivets artikel 17, stk. 8. Dette er tilfældet da artikel 17, stk. 4, litra b og c såvel tillige skal vurderes i overensstemmelse hermed. Generaladvokaten tilføjer i forlængelse heraf, at denne bestemmelse tillige er udtryk for en effektiv og væsentlig garanti for ytringsfriheden, da artiklen i alt sin enkelthed begrænser rækkevidden af filtrerings- og overvågningssystemerne.<sup>150</sup>

Med henvisning til sag C-18/18, Glawischnig-Piescek<sup>151</sup> bemærker Generaladvokaten, at udbydere af indholdsdelingstjenester – uanset om de har den fornødne teknologi til at bekæmpe fremkomsten af ulovligt indhold – ikke skal foretage en vurdering af om indholdet er lovligt eller ej. Således vil udbyderne ikke have de fornødne ressourcer eller den nødvendige uafhængighed til at vurdere materialets lovlighed. Dette har ifølge generaladvokaten den konsekvens, at udbyderne alene er forpligtede til at blokere materiale, hvor det er åbenbart for enhver, at der er tale om ulovligt materiale.<sup>152</sup> Generaladvokaten anfører blandt andet, at filtreringsmekanismerne alene skal anvendes for så vidt angår indhold, der enten er identisk med eller svarer til de værker, rettighedshaverne har indgivet meddelelse om. Det skal altså ikke pålægges udbydere af onlineindholdsdelingstjenester at afgøre tvivlstilfælde, som udgør svære juridiske afvejninger. Dette er derimod en opgave for domstolene.<sup>153</sup>

På baggrund af ovenstående opsamlede generaladvokaten i præmis 204-219 sine overvejelser.

Således har udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne efter artikel 17, stk. 7 ikke ret til at foretage en forebyggende blokering af alt indhold, der indeholder ophavsretligt beskyttede værker, som rettighedshaveren har givet meddelelse om. Den bedste indsats, som det pålægges udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne at yde, består således alene i at blokere åbenbart ulovligt materiale. Hertil påpeger generaladvokaten, at EU-lovgiver med udfærdigelsen af artikel 17, stk. 7 har ønsket at ytringsfriheden skal prioriteres højt, hvorfor eventuelle tvivlstilfælde som udgangspunkt skat betragtes som værende lovlige og således tilgodese brugernes grundlæggende rettigheder.<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 191*.

<sup>150</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 194*.

<sup>151</sup> EU-Domstolen, sag C-18/18, Glawischnig-Piescek, præmis 37.

<sup>152</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 197-198*.

<sup>153</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 200, 201 og 203*.

<sup>154</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 205 og 207-208*.

Generaladvokaten fremhæver, at udfordringen bunder i at iværksætte praktiske løsninger vedrørende brugen af it-værktøjer for så vidt angår sondringen mellem åbenbart ulovligt materiale og tvivlstilfælde. DSM-direktivet fastsætter nemlig ikke konkrete løsninger herfor og det er derfor op til medlemsstaterne og Kommissionen at tegne konkrete retningslinjer herfor. Generaladvokaten fremhæver, at der i denne henseende skal lægges vægt på omfanget af match, som et givent it-værktøj lokaliserer. På baggrund heraf, kan der fastsættes tærskelværdier som rettesnor for, hvorledes indhold skal blokeres eller ej. Generaladvokaten foreslår i denne henseende en konkret model, hvorefter brugerne har mulighed for at øremærke indhold, som er omfattet af undtagelserne i artikel 17, stk. 7. Det øremærkede indhold vil herefter kunne undersøges manuelt af udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne.<sup>155</sup> Generaladvokaten understreger, at det ikke må overlades til udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne – eller sågar rettighedshaverne – at fastlægge praktiske løsninger, med tanke på løsningernes betydning for brugernes ytringsfrihed.<sup>156</sup>

I forlængelse heraf anfører generaladvokaten, at det vil være uforholdsmæssigt at anvende filtreringsmekanismer såfremt dette betyder, at et ikke uvæsentlig andel lovligt materiale blokeres som følge heraf. Dette er tilfælde, da de skader, som herved påføres ytringsfriheden vil være uoprettelige.<sup>157</sup> Dertil anfører generaladvokaten, at rettighedshaverne for så vidt angår tvivlstilfælde til stadighed, har mulighed for at meddele udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne herom, jf. proceduren i artikel 17, stk. 4, litra c, hvorfor disse ikke vil stå uden beskyttelse.<sup>158</sup>

På baggrund af ovenstående finder generaladvokaten, at indgrebet i ytrings- og informationsfriheden, som følge af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7, litra b og c opfylder de kumulative betingelser i charterets artikel 52, stk. 1, hvorfor Rådet og Europa-Parlamentet bør frifindes.<sup>159</sup>

## 8.1 Kolliderer DSM-direktivets artikel 17 med Charterets artikel 11?

Generaladvokaten anfører således i dennes forslag til afgørelse, at indgrebet i ytrings- og informationsfriheden, som sikret ved Charterets artikel 11, opfylder betingelserne i Charterets artikel 52, stk. 1. Herudover, kan der udledes flere interessante forhold, for så vidt angår balancen mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden.

Først og fremmest præciserer generaladvokaten i sit forslag til afgørelse, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne indirekte pålægges at foretage en forebyggende filtrering af det indhold, som brugerne uploader på onlineindholdsdelingstjenesterne, jf. formuleringen ”bedste indsats”. Til brug herfor må nødvendigvis anvendes it-værktøjer, som muliggør automatisk genkendelse. Således kræves det af udbyderne at disse forudgående – og altså ikke blot efterfølgende – skal søge at forhindre, at ulovligt indhold bliver tilgængeliggjort på onlineplatformene.

---

<sup>155</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 210-211*.

<sup>156</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 212*.

<sup>157</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 214-216*.

<sup>158</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 218*.

<sup>159</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, *afsnit 220*.

At DSM-direktivet ikke direkte berører dette forhold, hænger givetvis sammen med at DSM-direktivet er udformet i generelle vendinger. Det er naturligt, at bestemmelserne må udformes generelt førend disse, kan vedtages blandt de 27 EU-medlemsstater. Dertil må ordlyden af bestemmelsen nødvendigvis bibeholde en vis fleksibilitet. Ved ikke at fremhæve bestemte it-værktøjer, sikrer EU-lovgiver for det første, at DSM-direktivets artikel 17 forbliver teknologineutral og derved fremtidssikres bedst muligt.<sup>160</sup> Ydermere medfører den manglende henvisning til specifikke it-værktøjer, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne har mulighed for at anvende de it-værktøjer, som netop passer disse bedst.

Man kan dog også argumentere for, at den generelle udformning af de anfægtede bestemmelser svækker såvel brugernes, rettighedshavernes som udbydernes af onlineindholdsdelingstjenesternes retssikkerhed. Således kan det anføres, at disse ikke nødvendigvis kan overskue rækkevidden af forpligtelserne, ved alene at læse ordlyden af de anfægtede bestemmelser. Generaladvokaten påpeger i afsnit 95, at artikel 17, stk. 4, litra b og c er tilstrækkelige klare og præcise. Videre anfører denne, at det pågældende forslag til afgørelse, såvel som fremtidige afgørelser, vil bidrage til at præcisere de spørgsmål, der omgærder bestemmelserne. Uanset om generaladvokaten finder, at de anfægtede bestemmelser er tilstrækkelige klare og præcise, da er det indiskutabelt, at den generelle udformning rejser en række spørgsmål, som førend de bliver afklaret, svækker retssikkerheden.

Generaladvokaten påpeger, at DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c udgør et indgreb i brugernes ytringsfrihed, hvorfor generaladvokaten søger at klarlægge, om indgrebet er foreneligt med charteret, jf. charterets artikel 52, stk. 1. Det er uomtvisteligt, at der er tale om et indgreb i ytringsfriheden. Således udgør enhver ophavsretlig regulering et indgreb i ytringsfriheden eftersom brugerens ret til at ytre sig begrænses som følge heraf. Ophavsretten kan imidlertid udgøre et lovligt indgreb i ytringsfriheden, da ytringsfriheden som rettighed ikke er absolut.<sup>161</sup> Som det også fremgår af generaladvokatens forslag til afgørelse, skal de tre kumulative betingelser i charterets artikel 52, stk. 1 være opfyldt, førend der kan foretages et lovligt indgreb i de af friheder og rettigheder, som følger af charteret.

Det er i denne henseende vigtigt at bemærke, at EU-Domstolen påser, hvorvidt EU-direktiver er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder. Jacob Linkis anfører således med henvisning til C-479/04, Laserdisken II<sup>162</sup>, at Domstolen anser det for sin opgave, at kontrollerer retsakter udstedt af EU-logvier.<sup>163</sup> Videre anføres det, at hvor rettigheder kolliderer, bliver det afgørende kriterium ofte en afvejning af, hvorvidt proportionalitetsprincippet er overholdt eller ej. Dette har den ulempe, at afgørelsernes præjudikatsværdi forringes, da afgørelserne bliver konkrete og således begrænset til

---

<sup>160</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2021, s. 16-17.

<sup>161</sup> Andersen, Pernille Bruun, *Ophavsret & ytringsfrihed*, 2018, s. 15-18.

<sup>162</sup> EU-Domstolen, sag C-479/04, Laserdisken II, præmis 60-66.

<sup>163</sup> Linkis, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, 2017, s. 263-264.

sagens ofte specifikke omstændigheder. Dermed skaber afgørelserne heller ikke nødvendigvis en bred forudsigelig retstilstand, men derimod alene retningslinjer i specifikke situationer.<sup>164</sup>

Generaladvokatens gennemgående bekymring i relation til at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne pålægges at gennemføre en automatisk forudgående filtrering af det indhold, som brugerne uploader til tjenesterne, består i, at udbydere foruden ulovligt materiale tillige vil blokere ellers lovligt materiale ud fra et forsigtighedsprincip. Således sikrer udbydere sig herved, at disse lever op til ansvarsfritagelsesreglerne i artikel 17, stk. 4. Dette udgør således en væsentlig risiko for, at brugernes ytrings- og informationsfrihed begrænses uforholdsmæssigt. Dette gør sig navnlig gældende, hvor brugerne deler indhold, som er omfattet af de undtagelser til ophavsretten, som er hjemlet i DSM-direktivets artikel 17, stk. 7.

I denne henseende skal det først og fremmest påpeges, at DSM-direktivets artikel 17, stk. 7 forpligter medlemsstaterne til at fastsætte undtagelser til ophavsretten i national lovgivning. Dette er en klar indikator fra EU-lovgivers side om, at man prioriterer brugernes ytrings- og informationsfrihed højt. Således gav infosoc-direktivet alene medlemsstaterne en mulighed for at implementere disse undtagelser i national lovgivning, jf. generaladvokatens forslag til afgørelse afsnit 162.

Sagsøgeren påstår dog, at de it-værktøjer, som nødvendigvis må anvendes, ikke er tilstrækkeligt udviklede til at kunne garantere, at disse undtagelser opretholdes. Dette har således den konsekvens, at der ikke er tale om en effektiv garanti. Generaladvokaten erkender, at der i ethvert filtreringssystem er en risiko for at lovligt indhold blokeres ud fra et forsigtighedsprincip. Uanset om den nødvendige teknologi er til rådighed eller ej, påpeger generaladvokaten dog, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne alene er forpligtede til at blokere åbenbart ulovligt materiale. Den bedste indsats, som det pålægges udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne at yde, består således alene i at blokere åbenbart ulovligt materiale, jf. afsnit 205 i generaladvokatens forslag til afgørelse. Dette betyder også, at eventuelle tvivlstilfælde som udgangspunkt skal betragtes som værende lovlige og således tilgodese brugernes grundlæggende rettigheder.

I den henseende består vanskeligheden i at finde praktiske løsninger, som netop medfører at alene åbenbart ulovligt indhold blokeres og at undtagelserne til ophavsretten opretholdes og forbliver effektive. Generaladvokaten anfører, at EU-lovgiver skal fasttætte garantier, der minimerer de risici ytringsfriheden udsættes for. Dette er sket med DSM-direktivets artikel 17, stk. 7-9. Det er derimod op til medlemsstaterne og Kommissionen, at fastsætte rammerne for de tekniske foranstaltninger. Generaladvokaten understreger dog, at det skal være muligt at sondre imellem åbenbart ulovligt indhold og tvivlstilfælde. Dertil skal det være muligt at overholde de undtagelser, som er lovfæstet i artikel 17, stk. 7.

Generaladvokaten foreslår i denne henseende en model, hvorefter brugerne får mulighed for at øremærke indhold, som disse anser for værende omfattet af undtagelserne i artikel 17, stk. 7.

---

<sup>164</sup> Linkis, Jacob, *Dansk ophavsrets fleksibilitet*, 2017, s. 280.

Udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne vil herefter skulle gennemføre en manuel undersøgelse af dette indhold, førend det blokeres. Der kan dog sættes spørgsmålstejn ved, om brugerne af tjenesterne har de nødvendige ressourcer til at kunne vurdere, om indholdet er omfattet af DSM-direktivets artikel 17, stk. 7 eller ej. En sådan model kan således ende med at skabe en illusorisk beskyttelse af brugernes ytrings- og informationsfrihed. Generaladvokaten anførte i relation til klageordningen efter DSM-direktivets artikel 17, stk. 9, at det kunne medføre en ”chilling effect” på brugernes ytrings- og informationsfrihed, hvis brugerne skulle indgive en klage, førend ellers lovligt materiale igen ville kunne uploades til onlineindholdsdelingstjenesternes platforme. Dette begrundede generaladvokaten med, at brugerne ikke kunne antages at have de fornødne ressourcer til, at kunne vurdere, om der var grundlag for en klage eller ej, hvorfor flere af brugerne sandsynligvis blot ville afholde sig fra at indgive en klage, jf. generaladvokatens forslag til afgørelse, afsnit 187. På baggrund heraf, kan man således argumentere for, at brugerne ej heller kan forventes at have de fornødne ressourcer, til at kunne vurdere, om indhold er omfattet af artikel 17, stk. 7 eller ej. Dette kan således i sidste ende betyde, at ytrings- og informationsfriheden reelt begrænses, om end formålet med forslaget er det stik modsatte.

Der foreligger selvfølgelig også den mulighed, at brugerne blot vil øremærke ethvert upload og derved angive, at indholdet eksempelvis er omfattet af undtagelserne i DSM-direktivets artikel 17, stk. 7. Om end dette eksempel er sat en anelse på spidsen, vil det utvivlsomt resultere i, at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne pålægges en uforholdsmæssigt stor byrde i relation til at skulle gennemgå disse klager manuelt. Med den enorme frekvens af uploads på sådanne tjenester in mente vil en sådan løsning givetvis medføre at den manuelle klageprocedure bliver langsommelig. Herved risikerer brugernes uploads, at miste deres aktualitet, hvilket igen vil skade ytrings- og informationsfriheden.

Generaladvokaten anfører, at DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra b og c skal sammenholdes med artikel 17, stk. 7, hvorfor udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne allerede i filtreringsprocessen, skal tage hensyn til undtagelserne hjemlet i artikel 17, stk. 7. Videre anfører generaladvokaten, at klageordningen efter DSM-direktivets artikel 17, stk. 9, udgør en endelig garanti, hvor fejlagtigt blokeret indhold retmæssigt kan erklæres lovligt. Generaladvokaten erkender herved, at der vil ske fejl. EU-lovgiver er dog ifølge generaladvokaten opmærksom herpå, hvorfor man har etableret de nødvendige garantier for at sikre sig herimod.

Generaladvokaten påpeger, at fastlæggelsen af de nødvendige praktiske løsninger hverken kan pålægges udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne eller rettighedshaverne. De praktiske løsninger har stor betydning for ytrings- og informationsfriheden, hvorfor disse skal fastsættes under tilsyn fra offentlige myndigheder. I den henseende fremhæver generaladvokaten, at Kommissionen efter DSM-direktivets artikel 17, stk. 10 skal fremsætte en vejledning om anvendelsen af artikel 17 med forslag til, hvordan bestemmelserne effektivt gennemføres i national lovgivning.

## 8.2 Kommissionens anbefalinger i relation til implementeringen af DSM-direktivets artikel 17

I sin Postscriptum henviser generaladvokaten i sit forslag til afgørelse til Europa-Kommissionens vejledning om DSM-direktivet artikel 17. Af denne fremgår, at rettighedshaverne tildeles en mulighed for at øremærke indhold såfremt dette indhold kan forvolde rettighedshaverne ”betydelig økonomisk skade”. Denne procedure, har den konsekvens, at udbydere af indholdsdelingstjenesterne ikke kan anses for at have gjort deres bedste i henhold til artikel 17, stk. 4 såfremt øremærket indhold tilgængeliggøres. Hvis der hermed menes, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne forudgående skal blokere for øremærket indhold – selvom dette indhold ikke åbenbart er ulovligt – kan generaladvokaten ikke tiltræde dette.<sup>165</sup> Som følge heraf vil der laves forskellige nedslag i Europa-Kommissionens vejledning om DSM-direktivets artikel 17.

Indledningsvist beskrives det i vejledning om DSM-direktivets artikel 17, at formålet med vejledningen er, at:

*”[...] understøtte en korrekt og sammenhængende gennemførelse af artikel 17 i alle medlemsstaterne, idet der lægges særlig vægt på behovet for at sikre balance mellem grundlæggende rettigheder og anvendelsen af undtagelser og indskrænkninger, jf. kravene i artikel 17, stk. 10.”<sup>166</sup>*

Dog bemærkes det også, at EU-Domstolens dom i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, kan medføre at vejledningen skal revurderes, hvorfor det følgende skal læses med forbehold herfor.

I relation til artikel 17, stk. 4, litra b, fremgår det af vejledningen, at det med implementeringen skal sikres, at bestemmelsen bliver både teknologineutral og fremtidssikret. Derfor bør medlemsstaterne ifølge vejledningen ikke fastsætte bestemte teknologiske løsninger, som udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne skal anvende. Således skal udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne frit kunne vælge, hvilke teknologiske løsninger, som de ønsker at gøre brug af. Det eneste forbehold i denne henseende er, at den teknologiske løsning skal være i overensstemmelse med ”høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt”.

Til trods herfor, fremhæver Europa-Kommissionen specifikt indholdsgenkendelsesteknologi, som bliver anvendt blandt flere af de store udbydere af onlineindholdsdelingstjenester. Europa-Kommissionen påpeger dog, at det ikke er ensbetydende med, at sådan teknologi skal betragtes som markedsstandard. Dette understreger således igen, at Europa-Kommissionens ønsker, at valget af teknologiske løsninger skal tillægges udbyderen, hvorfor det også må forventes at udbydere vil gøre brug af forskelligartede teknologiske løsninger.

---

<sup>165</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 15. juli 2021, sag C-401/19, afsnit 223.

<sup>166</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 1.



Vurderingen af hvorvidt udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten har gjort sit bedste i overensstemmelse med artikel 17, stk. 4, litra b, skal bero på en konkret vurdering, afhængigt af omstændighederne i den enkelte sag. Det kan således ikke forventes, at alle udbydere af onlineindholdsdelingstjenester anvender de dyreste eller mest avancerede løsninger. Det vil således også være i strid med proportionalitetsprincippet i artikel 17, stk. 5. Europa-Kommissionen fremhæver i forlængelse heraf, at ulovligt materiale i enkelte tilfælde, alene kan søges blokeret ved forudgående meddelelse fra rettighedshaverne. Derfor anerkender Europa-Kommissionen også vigtigheden af samarbejdet imellem rettighedshaverne og udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne.<sup>167</sup>

For så vidt angår artikel 17, stk. 4, litra c fremgår det indledningsvist af vejledningen, at denne bestemmelse ikke må føre til en generel overvågningspligt, hvilket også er fastsat i DSM-direktivets artikel 17, stk. 8. Dertil er det essentielt at lovlige anvendelser beskyttes, jf. artikel 17, stk. 7.<sup>168</sup>

Derfor er det også yderst interessant, at vejledningen tager stilling til anvendelsen af artikel 17, stk. 4 i overensstemmelse med artikel 17, stk. 7 og 9. Af dette afsnit fremgår det, at der ikke på nuværende tidspunkt findes teknologi, som kan sondre mellem ulovligt indhold og brugeruploadet indhold, som øjensynligt fremtræder som værende ulovligt, men som reelt er lovligt, som følge af undtagelserne lovfæstet i artikel 17, stk. 7. Dette har således også den konsekvens, at filtreringsmekanismer, som automatisk forudgående blokerer indhold, skal begrænses til blokeringen af åbenbart ulovligt indhold. Dette betyder omvendt, at ethvert tvivlstilfælde skal kunne tilgængeliggøres online. Disse tvivlstilfælde skal herefter underlægges menneskelig kontrol, såfremt rettighedshaveren afsender en meddelelse herom. Dette betyder også, at det er overladt til udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne at afgøre op det pågældende materiale er en åbenbart ulovligt eller ej.<sup>169</sup>

I denne sammenhæng konkretiserer Europa-Kommissionen, hvilke forhold, der skal tillægges betydning i vurderingen af, om indhold er åbenbart ulovligt eller ej. Disse kan således omfatte længden eller størrelsen af indholdet, den procentvise andel af matchende indhold samt i hvilken grad materiale er blevet ændret i forbindelse med at materiale er blevet uploadet. Dette har også den konsekvens, at eksakte gengivelser af værker eller dele af værker kan betragtes som værende åbenbart ulovligt materiale.

Europa-Kommissionen er dog også opmærksom på, at det kan være nødvendigt at tage hensyn til yderligere forhold afhængigt af den pågældende situation. Her fremhæves specifikt de situationer, hvor rettighedshaveren har øremærket indhold, som kan være særligt skadeligt for rettighedshaveren. Således kan det i sådanne situationer være påkrævet, at udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten gennemføre en forudgående menneskelig kontrol af det øremærkede indhold. Øremærket indhold

---

<sup>167</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 11-15.

<sup>168</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 15-17.

<sup>169</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s- 21-22.

skal dog af hensyn til brugerens grundlæggende rettigheder alene begrænses til absolut nødvendige tilfælde, hvor risikoen for økonomisk skade er særligt nærliggende. Således bør en sådan mekanisme ej heller pålægge udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne en uforholdsmæssig stor byrde, som i sidste ende vil pålægge disse en generel overvågningspligt.<sup>170</sup>

Sammenfattende betyder ovenstående, at ethvert tvivlstilfælde bør kunne tilgængeliggøres på udbydernes tjenester, dog bortset fra indhold som rettighedshaverne forudgående har øremærket. Dette indhold skal således gennemgå en forudgående menneskelig kontrol, førend det kan tilgængeliggøres. Således kan udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne anses for at leve op til betingelserne i artikel 17, stk. 4, litra b og c, hvis de har handlet som beskrevet ovenfor i relation til åbenbart ulovligt materiale.

Afslutningsvist opfordrer Kommissionen udbydere af onlineindholdsdelingstjenesterne til at indsende regelmæssige rapporter til medlemsstaterne, som herved kan danne grundlag for en vurdering af, om en given udbyders adfærd skal tilpasses.<sup>171</sup>

### 8.3 Hvilke hensyn skal varetages?

Som generaladvokaten også fremhæver det i sin Postscriptum, er det mest kontroversielle ved Europa-Kommissionens vejledning, at rettighedshaverne gives en mulighed for at øremærke indhold, som kan forvolde disse en betydelig økonomisk skade. Dette indhold skal, før det må tilgængeliggøres online, gennemgå en menneskelig kontrol, hvorefter det skal vurderes om indholdet reelt kan tilgængeliggøres. Hvor generaladvokaten i sit forslag til afgørelse foreslog en model hvorefter brugerne – og altså ikke rettighedshaverne – havde mulighed for at øremærke indhold, var dette af hensyn til brugernes ytrings- og informationsfrihed. Denne model foreslået af Europa-Kommissionen tilgodeser derimod rettighedshaverne og dermed også hensynet til ophavsretten. Således søger modellen at beskytte rettighedshaveren mod betydelig økonomisk skade. Dette illustrer med al tydelighed den konstante afvejning, der foregår mellem henholdsvis ytrings- og informationsfriheden og ophavsretten. Derfor vil en model, der søger at varetage et af disse hensyn nødvendigvis svække hensynet til det modsatte hensyn. Hvor den model Europa-Kommissionen foreslår styrker ophavsretten, da svækker den tillige ytrings- og informationsfriheden, da brugerne bliver begrænsede i forhold til, hvad de kan uploade. Omvendt styrker modellen foreslået i generaladvokatens forslag til afgørelse ytrings- og informationsfriheden, hvorimod den svækker hensynet til ophavsretten, idet der foreligger en risiko for at ulovligt materiale på den måde tilgængeliggøres.

For så vidt angår Europa-Kommissionens forslag lægges der op til, at det øremærkede indhold skal gennemgå en forudgående menneskelig kontrol, førend det kan tilgængeliggøres. Øremærkningen begrænser sig alene til indhold, som kan forvolde rettighedshaverne ”betydelig økonomisk skade”.

---

<sup>170</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 22-24.

<sup>171</sup> Europa-Kommissionen, *Vejledning om DSM-direktivets artikel 17*, 2021, s. 24-25.

Hermed søger Europa-Kommissionen at balancere hensynet til ophavsretten overfor hensynet til ytrings- og informationsfriheden. Havde Europa-Kommissionen alene ønsket at varetage hensynet til ophavsretten kunne de således have foreslået, at alt indhold skulle gennemgå en menneskelig kontrol, førend det kunne tilgængeliggøres. Dette er selvfølgelig ikke ønskværdigt, hvorfor Europa-Kommissionen har søgt et kompromis. Med det søgte kompromis mellem de pågældende hensyn foreligger der dog en risiko for, at de skader ytrings- og informationsfriheden, kan lide som følge heraf, kan blive uoprettelige. Således foreligger der en risiko for, at indholdet mister sin aktualitet, medens dette er underlagt menneskelig kontrol.

Videre fremgår det af vejledning om DSM-direktivets artikel 17, at det med implementeringen skal sikres, at DSM-direktivets artikel 17 bliver både teknologineutral og fremtidssikret. Dermed skal udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne tillægges et frit valg i relation til hvilke teknologiske løsninger disse ønsker at gøre brug af – dog med det forbehold at de skal være i overensstemmelse med ”høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt”. Som ovenfor beskrevet tillægger dette udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne en stor grad af fleksibilitet. Ydermere fremtidssikres DSM-direktivets artikel 17. Imidlertid medfører det frie valg også en risiko for, at harmoniseringen i EU’s 27 medlemsstater vil lide skade som følge heraf. Det frie valg må givetvis medføre, at valget af teknologiske løsninger vil divergere fra tjeneste til tjeneste. Dette vil således betyde, at brugerne kan risikere at blive mødt af forskellige løsninger – og dermed også forskellige filtreringsmekanismer – afhængigt af hvilken tjenesten, som de anvender. Med andre ord risikeres det, at balancen mellem ophavsretten og ytrings- informationsfriheden kan opleves forskelligt afhængigt af, hvilken tjeneste brugeren anvender.

Dertil gentager Europa-Kommissionen på linje med generaladvokatens forslag til afgørelse, at det alene er åbenbart ulovligt materiale, der forudgående skal blokeres. I den forbindelse opstiller vejledningen en række forhold, der kan lægges vægt på ved denne vurdering. Det skal ifølge vejledningen pålægges udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesterne at vurdere, hvorvidt det pågældende indhold er åbenbart ulovligt eller ej. Hermed må forventes, at Kommissionen på linje med generaladvokaten mener, at udbyderne alene skal blokere åbenbart ulovligt materiale og at tvivlstilfælde må afgøres ved Domstolene. Såfremt dette ikke er tilfældet, må dette anses for værende en stærk svækkelse af brugernes ytrings- og informationsfrihed eftersom udbyderne således vil blive pålagt et valg, som de ikke nødvendigvis har de nødvendige ressourcer og den nødvendige uafhængighed til at kunne træffe.

Sammenfattende betyder ovenstående, at ethvert tvivlstilfælde bør kunne tilgængeliggøres på udbydernes tjenester, dog bortset fra indhold som rettighedshaverne forudgående har øremærket. Dette indhold skal således gennemgå en forudgående menneskelig kontrol før det kan tilgængeliggøres. Således kan udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne anses for at leve op til betingelserne i artikel 17, stk. 4, litra b og c, hvis de har handlet som beskrevet ovenfor i relation til åbenbart ulovligt materiale.

DSM-direktivet har til formål at beskytte rettighedshaveren og derved varetager DSM-direktivet hensynet til ophavsretten højt. Dog er EU-lovgiver opmærksom på, at denne prioritering har konsekvenser for blandt andet ytrings- og informationsfriheden, hvorfor EU-lovgiver har søgt at balancere hensynet til på den ene side ophavsretten og på den anden side ytrings- og informationsfriheden. Hensynet til ytrings- og informationsfriheden er således søgt varetaget ved DSM-direktivets artikel 17, stk. 7-9.

Europa-Kommissionens vejledning om DSM-direktivets artikel 17 lader imidlertid også forsat flere spørgsmål forblive ubesvarede for så vidt angår praktiske løsninger som kan realisere ovenstående. Herfor bliver Domstolens dom i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, desto mere interessant.

## 9 Konklusion

Ophavsretten har til formål at tildele en række enerettigheder til den, der frembringer et kunstnerisk eller litterært værk. Således får rettighedshaveren – hvis værket har den fornødne originalitet – ret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af værket og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden, jf. ohl. § 2. For så vidt angår tilgængeliggørelse for almenheden kan dette ske ved spredning, visning og fremførelse. Tilrådighedsstillelsen af værker online, herunder på hjemmesider, er at betragte som værende fremførelse, jf. infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1.

Det er indiskutabelt, at brugeren af en indholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden, hvor denne uploader et værk til en given indholdsdelingstjeneste. Det har derimod været omdiskuteret, hvorvidt udbyderen af indholdsdelingstjenesten tillige foretager en overføring til almenheden, som omfattet af infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1. Dette er tilfældet, da det trods alt er brugeren, der uploader værket til indholdstjenesten. EU-Domstolen har i en række afgørelser, herunder C-610/15, Stichting Brein og i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, YouTube/Cyando fastslået, at indholdsdelingstjenesterne kan foretage en selvstændig overføring til almenheden, som omhandlet i infosoc-direktivets artikel 3, stk. 1, for så vidt angår det indhold, som brugerne uploader til indholdsdelingstjenesterne. EU-Domstolen har blandt andet på baggrund af disse sager udarbejdet en doktrin, om mellemmandsoverføring som bygger på et subjektivt og et objektive kriterium. Det subjektive kriterium vedrører, hvorvidt udbyderen havde viden eller burde viden for så vidt angår materiale, der krænker ophavsretten. Det objektive kriterium vedrører, hvorvidt udbyderen ved at stille indholdsdelingstjenesten til rådighed har gjort det væsentligt lettere for brugerne at skaffe sig adgang til ulovligt materiale. Den af EU-Domstolen udviklede doktrin om mellemmandsoverføring kunne være blevet toneangivende for fremtidige sager, var det ikke for vedtagelsen af DSM-direktivet.

DSM-direktivets artikel 17 søger at varetage hensynet til rettighedshaverne. Med vedtagelsen af DSM-direktivets artikel 17, stk. blev det således fastlagt, at udbydere af en onlineindholdsdelingstjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når en sådan giver offentligheden adgang til ophavsretligt beskyttede værker, der

uploades til tjenesten af dennes brugere. Således skal udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne indhente tilladelse fra rettighedshaverne, førend de lovligt kan overføre værkerne til almenheden eller stille dem til rådighed for almenheden, jf. DSM-direktivets artikel 17, stk. 2. Hermed blev udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters ansvar lovfæstet.

Af DSM-direktivets artikel 17, stk. 4 fremgår imidlertid en mulighed for at udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne kan opnå ansvarsfritagelse såfremt tre kumulative betingelser er opfyldt. Udbyderen af onlineindholdsdelingstjenesten skal således 1) have gjort sit bedste for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne, 2) i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt have gjort sit bedste for at sikre, at værker hvorom rettighedshaverne har givet de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, og 3) handle hurtigt efter at modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne om at forhindre adgangen til eller fjerne de værker, der er givet meddelelse om og dertil har gjort sit bedste for at forhindre, at disse værker også fremover uploades i overensstemmelse med litra b.

Denne ansvarsfritagelsesregel i DSM-direktivets artikel 17, stk. 4, litra a-c pålægger indirekte udbyderne af onlineindholdsdelingstjenesterne at inkorporere it-værktøjer til automatisk genkendelse, for således at kunne filtrere det indhold, som brugerne uploader til tjenesternes onlineplatforme. Denne filtreringsmekanisme udgør et indgreb i ytrings- og informationsfriheden. Hverken den intellektuelle ejendomsret, som sikret ved Charterets artikel 17, stk. 2 eller ytrings- og informationsfriheden, som sikret ved Charterets artikel 11, er imidlertid absolutte rettigheder. Således kan der ske indgreb i disse rettigheder, hvis de tre kumulative betingelser i Charterets artikel 52, stk. 1 er opfyldt.

Generaladvokaten anfører i sit forslag til afgørelse i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, at indgrebet i ytrings- og informationsfriheden opfylder betingelserne i Charterets artikel 52, stk. 1. Således har EU-lovgiver blandt andet ved DSM-direktivets artikel 17, stk. 7-9 indført en række garantier, som afgrænser denne filtrering og derved minimerer filtreringens indvirkning på informations- og ytringsfriheden.

DSM-direktivet har således til formål at beskytte rettighedshaveren og derved varetages hensynet til ophavsretten. EU-lovgiver har imidlertid også ønsket at varetage hensynet til ytrings- og informationsfriheden, eksemplificeret ved DSM-direktivets artikel 7-9. EU-lovgiver har således søgt at balancere hensynet til ophavsretten over for hensynet til ytrings- og informationsfriheden.

Udfordringen består dog i at iværksætte praktiske løsninger, som kan opretholde balancen mellem ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden. Foruden generaladvokaten fremhæver Europa-Kommissionens i dennes vejledning om DSM-direktivets artikel 17 flere forhold, som søger at balancere disse hensyn. Det gælder imidlertid, at uanset hvilken praktisk løsning, der vælges, da vil denne nødvendigvis svække det modsatrettede hensyn. Således vil en løsning, der tilgodeser ytrings- og informationsfriheden svække hensynet til ophavsretten og omvendt. Domstolens dom i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union vil givetvis

afklare flere af de spørgsmål, der omgærder DSM-direktivets artikel 17. Dette med henblik på at sikre en rimelig balance mellem henholdsvis ophavsretten og ytrings- og informationsfriheden.

## 10 Litteraturliste

### **Bøger:**

Andersen, Pernille Bruun, Ophavsret og ytringsfrihed, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag, 2018.

Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode, Djøf Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2020.

Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik og Ventegodt, Maria, EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2018.

Ersbøll, Eva, EU's Charter – I et menneskeretligt krydsfelt, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2016.

Evald, Jens, Juridisk teori, metode og videnskab, Djøf Forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2020.

Høilund, Dorte, Retssikkerhed og juridisk metode, Hans Reitzels Forlag, 3. udgave, 1. oplag, 2021.

Linkis, Jacob, Dansk ophavsrets fleksibilitet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2017.

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2014.

Rosenmeier, Morten, Riis, Thomas, Schovsbo, Jens og Udsen, Henrik (red.), Festskrift til Jørgen Blomqvist, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag, 2021.

Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, Karnov Group Denmark A/S, 4. udgave, 1. oplag, 2021.

Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, Retskilder og retsteorier, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014.

Udsen, Henrik, IT-ret, Ex Tuto Publishing A/S, 5. udgave, 1. oplag, 2021.

### **Artikler:**

Schwemer, Sebastian Felix, Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation, tilgængelig her: Nordic Intellectual Property Law Review (NIR), NIR 3/2020, side 400-435.

Schwemer, Sebastian Felix og Schovsbo, Hemmingsen Jens, What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime, University of Copenhagen, 2019, tilgængelig her: [https://static-curis.ku.dk/portal/files/235590603/SSRN\\_id3507542.pdf](https://static-curis.ku.dk/portal/files/235590603/SSRN_id3507542.pdf) (sidst besøgt 30.11.2021).

### **Domme:**

Domstolens dom af 15. juli 1964 i sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL, (Costa mod ENEL), tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=DA> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 12. september 2006 i sag C-479/04, Laserdisken ApS mod Kulturministeriet, (Laserdisken II), tilgængelig her: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=63876&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=382520> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG, (Küçükdeveci-dommen), tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0555&from=DA> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 24. november 2011 i sag C-70/10, Scarlet Extended SA mod Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SAMBAM), (Scarlet Extended), tilgængelig her: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=31031187> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 1. december 2011 i sag C-145/10, Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co. KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, (Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH), tilgængelig her: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115785&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=442241> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 16. februar 2012 i sag C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM), (SABAM), tilgængelig her: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=31031668> (sidst besøgt 30.11.2021).



Domstolens dom af 3. juli 2012 i sag C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., (UsedSoft), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39466394> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 15. januar 2014 i sag C-176/12, Association de médiation sociale mod Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT), (AMS-dommen), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146384&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=118919> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 13. februar 2014 i sag C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd mod Retriever Sverige AB, (Svensson), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27364304> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 8. september 2016 i sag C-160/15, GS Media BV mod Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc., Britt Geertrudia Dekker, (GS Media), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183124&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27364618> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 14. juni 2017 i sag C-610/15, Stichting Brein mod Ziggo BV, XS4All Internet BV, (Stichting Brein), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191707&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39488824> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 3. oktober 2019 i sag C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek mod Facebook Ireland Limited, (Glawischnig-Piesczek), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=41979427> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 19. december 2019 i sag C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mod Tom Kabinet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV, (Tom Kabinet), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221807&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39478968> (sidst besøgt 30.11.2021).

Domstolens dom af 22. juni 2021 i de forenede sager C-682/18 og C-683/18, Frank Peterson mod Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH og Elsevier Inc. mod Cyando AG, (Youtube/Cyando), tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243241&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27452479> (sidst besøgt 30.11.2021).

#### Generaladvokatens forslag til afgørelse:

Forslag til afgørelse fra generaladvokaten af 15. juli 2021 i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244201&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=DA&cid=41859398> (sidst besøgt 30.11.2021).

#### Stævning:

Sag anlagt den 24. maj 2019 i sag C-401/19, Republikken Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union, tilgængelig her:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216823&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=41859398> (sidst besøgt 30.11.2021).

#### **Lovgivning:**

##### EU-ret:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (Direktivet om elektronisk handel), tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=DA> (sidst besøgt 30.11.2021).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=EN> (sidst besøgt 30.11.2021).

Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2010/C 83/02) af 30. marts 2010, tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:DA:PDF> (sidst besøgt den 30.11.2021).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester, tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/da/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535> (sidst besøgt den 30.11.2021).

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, tilgængelig her <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN> (sidst besøgt 30.11.2021).

#### Dansk ret:

Lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, tilgængelig her: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2002/227> (sidst besøgt 30.11.2021).

Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 af lov om ophavsret (med senere ændringer til forskriften), tilgængelig her: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2014/1144> (sidst besøgt 30.11.2021).

Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021 om ændring af lov om ophavsret (implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af tv- og radioselskabernes onlinetransmissioner og retransmissioner af tv- og radioprogrammer m.v.), Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, tilgængelig her: [https://www.folketingstidende.dk/samling/20201/lovforslag/L205/20201\\_L205\\_som\\_fremsat.pdf](https://www.folketingstidende.dk/samling/20201/lovforslag/L205/20201_L205_som_fremsat.pdf) (sidst besøgt 30.11.2021).

Lov nr. 1121 af 4. juni 2021 om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af tv- og radioselskabernes onlinetransmissioner og retransmissioner af tv- og radioprogrammer m.v.), tilgængelig her: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2021/1121> (sidst besøgt 30.11.2021).

#### Tysk ret:

Urheberrechts-Dienstanbieter-Gesetz – UrhDaG, tilgængelig her: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/UrhDaG\\_ENG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/UrhDaG_ENG.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (sidst besøgt 30.11.2021).

#### **Øvrigt:**

DR Medieforskning, ansvarshavende redaktør: Christensen, Dennis, Medieudviklingen 2020, 2020, tilgængelig her: <https://www.dr.dk/om-dr/fakta-om-dr/medieforskning/medieudviklingen/2020> (sidst besøgt 30.11.2021).

Europa-Kommissionen, pressemeddelelse: Nye EU-regler om ophavsret, som vil gavne ophavsmænd, virksomheder og forbrugere, begynder at finde anvendelse, 4. juni 2021, tilgængelig her: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip\\_21\\_1807](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip_21_1807) (sidst besøgt 30.11.2021).

Folketingets EU-oplysning, sideansvarlig: Bang, Sofie Hvid, Hvad er en generaladvokat?, senest opdateret: 31. juli 2020, tilgængelig her: <https://www.eu.dk/da/faq/alle-faqs/hvad-er-en-generaladvokat> (sidst besøgt 30.11.2021).

Husovec, Martin og Quintais, Joao Pedro, Article 17 of the Copyright Directive: Why the German implementation proposal is compatible with EU law – Part 1, 26. august 2020, Wolters Kluwer, Kluwer Copyright Blog, tilgængelig her: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/08/26/article-17-of-the-copyright-directive-why-the-german-implementation-proposal-is-compatible-with-eu-law-part-1/> (sidst besøgt 30.11.2021).

Meaker, Morgan, Inside the giant German protest trying to bring down Article 13, 26. marts 2019, Wired, tilgængelig her: <https://www.wired.co.uk/article/article-13-protests> (sidst besøgt 30.11.2021).

Nordemann, Jan Bernd og Waiblinger Julian, Art. 17 DSMCD: a class of its own? How to implement Art. 17 into the existing national copyright acts, including a comment on the recent German Discussion Draft – Part 1, 16. juli 2020, Wolters Kluwer, Kluwer Copyright Blog, tilgængelig her: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/16/art-17-dsmcd-a-class-of-its-own-how-to-implement-art-17-into-the-existing-national-copyright-acts-including-a-comment-on-the-recent-german-discussion-draft-part-1/> (sidst besøgt 30.11.2021).

Solmecke, Christian, Polens EuGH-Klage kann die Reform teilweise kippen, 21. april 2021, Wilde Beuger Solmecke Rechtsanwälte, tilgængelig her: [https://www.wbs-law.de/urheberrecht/klage-gegen-eu-urheberrechtsreform-polen-zieht-vor-den-eugh-37573/?utm\\_campaign=Artikel%2013&utm\\_content=145606061&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter&utm\\_channel=tw-52031661](https://www.wbs-law.de/urheberrecht/klage-gegen-eu-urheberrechtsreform-polen-zieht-vor-den-eugh-37573/?utm_campaign=Artikel%2013&utm_content=145606061&utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_channel=tw-52031661) (sidst besøgt 30.11.2021).

## **Vejledninger:**

Europa-Kommissionen, Vejledning om artikel 17 i direktiv 2019/790 om ophavsret på det digitale indre marked, 4. juni 2021, tilgængelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288&from=DA> (sidst besøgt 30.11.2021).

## 11 Skærmpoint af antal anslag

Ordoptælling

Statistik:

Sider	49
Ord	19.320
Tegn (uden mellemrum)	121.350
Tegn (med mellemrum)	140.649
Afsnit	242
Linjer	1.794

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk