

Festskrift til
Jørgen Blomqvist



MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til
Jørgen Blomqvist

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



dreyersfond

FairPublishing

DISSE STUDIER TILEGNES
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021



Kapiteloversigt

	Forord	xxiii
1	Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab	1
	<i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici	19
	<i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	
3	Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music	33
	<i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	
4	Parodirettslig vakuum i norsk rett	87
	<i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	
5	Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive	131
	<i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	
6	Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT	163
	<i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	
7	§ 35 gennem 35 år	191
	<i>Advokat og partner Terese Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	

8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
	<i>Professor (mso), LL.M, ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
17	Anne Black-sagen	403
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
18	Danser la vie	419
	<i>Victor Nabhan</i>	
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	

20	Ophavsret og ytringsfrihed	435
	<i>Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen & partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm</i>	
21	Universitetspersonals opphovsrett och öppen publicering – finsk synpunkt	459
	<i>Professor Rainer Oesch, University of Helsinki</i>	
22	Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner	471
	<i>Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst & Node</i>	
23	Treaty Interpretation and Treaty Making	485
	<i>Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia</i>	
24	Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten	507
	<i>Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet</i>	
25	The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?	525
	<i>Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo</i>	
26	The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case	549
	<i>Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University</i>	
27	Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?	569
	<i>Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet</i>	
28	Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten	597
	<i>Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet</i>	
29	Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?	623
	<i>Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen</i>	
30	DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?	641
	<i>Advokat Peter Schönning</i>	

31	Operationalizing Vigeland —2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
33	Mellemmandsoverføring?	707
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?

Advokat Peter Schønning

1. Artikel 17

Inden for ophavsretten er der kolossal forskel på enerettigheder og undtagelser. De er hinandens modsætninger.

I ophavsretsloven er eneretten beskrevet i § 2, og undtagelserne fra eneretten er placeret i kapitel 2. Sondringen giver således normalt ikke anledning til tvivl; i § 2, stk. 1, har vi fx en eneret til eksemplar fremstilling, og i § 12 har vi en undtagelse (også kaldet indskrænkning)¹ fra denne eneret i form af kopiering til privat brug.

I direktivet om ophavsret i det digitale indre marked² (DSM-direktivet) findes imidlertid en bestemmelse, der ikke entydigt lader sig placere i en af disse to kategorier. Artikel 17 handler om de såkaldte online-indholdsdelingstjenester; Googles YouTube hører til blandt de mest udbredte.³

1. Ifølge Jørgen Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (2014), s. 157, kan der betydningsmæssigt sondres mellem undtagelser og indskrænkninger, mens det er mest udbredt ikke at sondre mellem de to begreber.

2. Direktiv 2019/790.

Artikel 17(1) fastsætter, at “en udbyder af en onlineindholdsdelings-tjeneste foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv”. Definitionen af en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste går i artikel 2(6) ud på, at der skal være tale om en kommerciel tjeneste med “en stor mængde op-havsretligt beskyttede værker”, og det fremgår, at bl.a. udbydere af tjenerer såsom “ikkeprofitbaserede onlineencyklopædier” og “open source-delingsplatforme” ikke er “udbydere af onlineindholdsdelings-tjenester i henhold til nærværende direktiv”. Bestemmelsen i artikel 17 fortsætter: “En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester skal derfor indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29/EF omhandlede rettighedshavere [...]”, dvs. at der skal laves klareringsaftaler med såvel rettighedshaverne til værker (infosoc-direktivets artikel 3(1)) som de nærtstående rettighedshavere (artikel 3(2)).

Artikel 17(3) har denne ordlyd: “Når en udbyder af onlineindholdsdelings-tjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel, finder den ansvarsbegrænsning, der er fastsat i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF, ikke anvendelse på de situationer, der er omfattet af nærværende artikel.”

I artikel 17(4) og (5) er der bestemmelser om, hvornår disse udbydere af onlineindholdsdelingstjenester er ansvarlige for uautoriseret overføring/tilrådighedsstillelse. Stk. 6 giver udvidet ansvarsfrihed til nyere, mindre udbydere.

Stk. 7 handler om undtagelser. Det følger af bestemmelsen, at medlemsstaterne sikrer, at

“brugere i hver medlemsstat kan henholde sig til enhver af følgende eksisterende undtagelser eller indskrænkninger, når de uploader og stiller indhold, der genereres af brugerne, til rådighed på onlineindholdsdelings-tjenester:

- a) citater, kritik, anmeldelser
- b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche.”

3. Nærmere om artikel 17, se bl.a. Peter Schønning i *NIR* 2020, s. 178 ff., og Sebastian Felix Schwemer i *NIR* 2020, s. 400-435.

Hvordan skal man på denne baggrund anskue artikel 17(1)? Er dette en eneret eller en undtagelse fra eneretten? I denne artikel vil jeg se på og drøfte dette spørgsmål, *pro* (eneret) *et contra* (undtagelse).⁴

2. Pro

Artikel 17(1) benytter ikke terminologien eneret, men at udbydere “foretager en overføring” (mere præcist: skal anses at foretage en overføring, eftersom det handler om brugernes upload) og skal “indhente tilladelse”. Den ophavsretligt relevante handling beskrives som brugernes upload af materiale på tjenesten.

Dette forhold er normalt essensen i beskrivelsen af en eneret: Lovens § 2 betyder, at den, der fx fremstiller et eksemplar af et værk, skal indhente tilladelse til det.

Ovenstående taler for at anse artikel 17(1) som en eneret og stk. 7 som en bestemmelse, der fastsætter visse undtagelser fra denne eneret.

Men er artikel 17 overhovedet nogen af delene? Er det ikke snarere “bare” en ansvarsregel? Det politiske formål med bestemmelsen er som bekendt at regulere, i hvilket omfang bl.a. Google kan gøres ophavsretligt ansvarlig for YouTube-brugernes retsstridige uploads af videoer på tjenesten. En ansvarsregel falder uden for eneret/undtagelse-kategoriseringen. En lovregel, der regulerer, i hvilket omfang nogen har et ansvar eller ikke har et ansvar, *forudsætter* derimod, at der ud over et ansvars-

4. Artikel 17(10) indeholder en bestemmelse om, at EU-Kommissionen skal gennemføre interessentdialoger og udstede en vejledning (såkaldte guidelines) om anvendelsen af artikel 17. Det forventes, at denne vejledning vil få stor betydning for medlemsstaternes implementering, selv om vejledningen i sin natur ikke er bindende. I perioden oktober 2019 til februar 2020 gennemførte Kommissionen en *stakeholder dialogue* med alle interesserede kredse, herunder platformene/tech-firmaerne og de europæiske rettighedshaverorganisationer. På det grundlag offentliggjorde Kommissionen den 10. september 2020 et oplæg til guidelines (vejledning) i form af et papir, som mere har karakter af foreløbige overvejelser og spørgsmål til interessenterne end et egentligt udkast. De endelige guidelines skulle have været offentliggjort i december 2020, men blev udskudt til januar/februar 2021 – efter deadline for aflevering af manuskriptet til nærværende artikel. I dokumentet af 10. september 2020 kalder Kommissionen artikel 17 en *lex specialis* i forhold til infosoc-direktivets artikel 3.

grundlag foreligger en handling, der er omfattet af en eneret og ikke er omfattet af en undtagelse.

Politisk skal artikel 17 ses i denne ansvarsfordelingskontekst.

I Kommissionens oprindelige direktivforslag var bestemmelsen (dengang artikel 13) en *soft-law* regulering om samarbejde og indgåelse af aftaler; i forslaget til præambelbetragtning 38 var der alene en mindre præcisering af forståelsen af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i artikel 14 i e-handelsdirektivet,⁵ der vedrører såkaldte *hosting service providers* (som indgår i udtrykket “udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste”). I den endelige direktivbestemmelse er der, som citeret ovenfor, stadig en henvisning til artikel 14 i e-handelsdirektivet.

Spørgsmålet er, hvordan denne henvisning i stk. 3 til forstås.

Til belysning af dette spørgsmål er der to forhold vedrørende artikel 14 i e-handelsdirektivet, der ikke skal glemmes:

- Der er ikke tale om en regel, der pålægger et ansvar. Det er derimod en regel om, at medlemsstaterne skal sikre, at i hvert fald i de tilfælde og under de betingelser, der fremgår af artikel 14, kan udbyderen *ikke* pålægges et ansvar. DSM-direktivets artikel 17(4)-(5) går derimod ud på, at udbyderne *er* ansvarlige, medmindre de opfylder visse betingelser i bestemmelserne.
- Artikel 14 i e-handelsdirektivet handler efter alt at dømme udelukkende om situationer, hvor udbyderen kunne pådrage sig et *medvirkensansvar*, hvis ikke det var for artikel 14. Bestemmelsen fritager med andre ord ikke for et direkte ansvar.⁶

Henvisningen til artikel 14 rejser dette spørgsmål: Gælder e-handelsdirektivets artikel 14 ved siden af DSM-direktivets artikel 17?⁷

5. Direktiv 2000/31.

6. Dette forudsættes også i den juridiske litteratur; se fx Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen, *E-handelsret* (2011), s. 159 ff. Spørgsmålet bliver muligvis afgjort EU-Domstolen i den verserende sag om *YouTube* og *Cyando* (forenede sager C-682/18 og C-683/18). I generaladvokatens forslag til afgørelse af 16. juli 2020 lægges der overraskende op til, at ansvarsfritagelse for *hosting service providers* i e-handelsdirektivet ikke alene fritager for medvirkensansvar, men også for direkte ansvar (præmis 132-168).

7. I forlængelse af artikel 17 i DSM-direktivet har Kommissionen den 15. december 2020 fremsat et direktivforslag (2000/31), kaldet *Digital Services Act*, der skærper

I hvert fald for de tjenester, der er undtaget fra artikel 17 ifølge definitionen i artikel 2(6), er svaret bekræftende; det følger således udtrykkeligt af denne bestemmelse, at definitionen, der udelukker tjenesterne fra artikel 17's anvendelsesområde, kun gælder "i henhold til nærværende direktiv".

For andre tjenester, herunder YouTube, er svaret mere usikkert. Svaret afhænger formentlig i vid udstrækning af svaret på det grundlæggende spørgsmål, om artikel 17 skal anses som en ny eneret. Hvis det er tilfældet, finder de to regelsæt parallel anvendelse: det ene for medvir-kensansvar, det andet for direkte ansvar.

Ordlyden af artikel 17(3) taler ikke imod en parallel anvendelse. Bestemmelsen taler om overføring/tilrådighedsstillelse "på de betingelser, der er fastsat i nærværende artikel", hvilket kan læses sådan, at betin-gelsen drejer sig om, at udbydere anses at foretage overføringen, dvs. at det slet ikke drejer sig om medvirkensansvar, og at ansvarsbegrænsnin-gen i e-handelsdirektivets artikel 14 formentlig af dén grund ikke har re-levans.

Denne fortolkning bestyrkes af det forhold, at stk. 3 taler om, at arti-kel 14 ikke finder anvendelse på de *situationer*, der omfattes af arti-kel 17 – dvs. at den ikke undtager visse *tjenester* fra artikel 14's anvendelsesområde.

Fortolkningen bestyrkes også af andet afsnit af stk. 3, hvorefter ud-sagnet i første afsnit ikke berører den eventuelle anvendelse af artikel 14 "på disse tjenesteudbydere til formål, der ikke er omfattet af nærværen-de direktivs anvendelsesområde".

Konsekvensen af denne fortolkning er, at rettighedshaverne kan gøre ansvar gældende over for fx Googles YouTube efter artikel 17 ved siden af infosoc-direktivet/e-handelsdirektivet; hvis ikke det ene regel-sæt fører til ansvar, kan man prøve med det andet – der er således to skud i bøssen.

Ansvarsregler skal som nævnt ikke opfattes som undtagelser fra ene-retten. Spørgsmålet er, om denne antagelse holder stik med hensyn til artikel 17.

ansvaret for onlineplatforme, men i artikel 1(5)(c) er ophavsret delvist undtaget fra direktivforslaget.

Det særlige ved artikel 17 er, at man delvist fritager udbydere for et ophavsretligt ansvar for en handling, de selv anses at foretage – det, man med et nyere EU-udtryk kunne fristes til at kalde en *legal fiction*.⁸ Det er et lovgivningsmæssigt særsyn, at man her først foreskriver, at udbydere anses at foretage en ophavsretligt relevant handling (overføring), og dernæst at de under visse betingelser ikke har et ansvar for denne handling (selvfølgelig bortset fra subjektiv betingelser, typisk ansvarsfrihed på grund af god tro). Ved at slå fast, at udbyderne anses at foretage en bestemt handling, følger det ellers af culpanormen, at udbyderen har et *direkte* ansvar for handlingen. Altså ikke et muligt medvirkensansvar, som er det, e-handelsdirektivets artikel 14 formentlig alene handler om.

Når man således på visse betingelser fritager en udbyder for ansvaret for en ophavsretligt relevant handling, vedkommende har foretaget, dvs. et direkte ansvar, svarer den reelle effekt af dette til en undtagelse fra eneretten. I det omfang ansvarsfritagelsen finder anvendelse, vil rettighedshaveren ikke kunne håndhæve nogen rettigheder i forhold til den pågældende handling.⁹ Realiteten er således, at der i disse tilfælde ikke kan påberåbes nogen retsbeskyttelse, hvilket også er tilfældet ved traditionelle undtagelser fra eneretten.

Også dette taler for at anse artikel 17(1) for en ny eneret, en *sui generis*-ret.¹⁰

8. Sml. fx DSM-direktivets artikel 5(3) om, hvor en undervisningsinstitutions handling anses at finde sted i relation til lovvalg.

9. Bemærk, at ansvaret for de brugere, der rent faktisk uploader videoerne, ikke omfattes af artikel 17 (undtagen indirekte i stk. 2, hvorefter udbyderens aftale med rettighedshaverne også skal klarere ikke-kommercielle brugeres handlinger). Brugernes upload-handlinger skal bedømmes efter de almindelige ophavsretsregler, herunder infosoc-direktivets artikel 3, der utvivlsomt giver brugere, der retsstridigt uploader ophavsretsbeskyttet materiale på YouTube m.v., et ansvar for ophavsretskrænkelser.

10. Dette spørgsmål drøftes af Eleonora Rosati i et *IPKat*-blogindlæg den 31. august 2020, <<https://ipkitten.blogspot.com/2020/08/the-legal-nature-of-article-17-of.html>> (med henvisninger til andre kilder). Se også indlæg af Brigitte Lindner & Ted Shapiro på *Elgar*-blog den 7. september 2020, <<https://elgar.blog/2020/09/07/from-information-society-to-digital-single-market-the-copyright-drama-continues/>>.

Tre formuleringer i DSM-direktiver indikerer, at intentionen med artikel 17 ikke er at regulere ansvar for rettigheder fastsat i infosoc-direktivet, men i stedet at indføre en særskilt, uafhængig retsbeskyttelse:

1. Artikel 17(1) bruger udtrykket “med henblik på dette direktiv” om overføringen/tilrådighedsstillelsen foretaget af udbyderen.
2. Artikel 17(1), andet afsnit, refererer godt nok til infosoc-direktivets artikel 3(1) og (2), men i virkeligheden kun i form af en reference til de rettighedshavere, der er omhandlet i disse bestemmelser: udbyderen skal “indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29/EF omhandlede rettighedshavere”.
3. Artikel 1(2) nævner, at DSM-direktivet “på ingen måde [berører] de eksisterende regler” fastsat i bl.a. infosoc-direktivet.

Selv om artikel 17 bruger samme eneretsudtryk som i artikel 3 i infosoc-direktivet: overføring/tilrådighedsstillelse, kan det hævdes, at indholdet af de juridiske udtryk er forskellige. EU-Domstolen stiller nogle helt særlige betingelser, før en udbyder af en delingsplatform kan anses at foretage overføring til almenheden i artikel 3’s forstand.¹¹ Ved anvendelse af artikel 17 vil en brugers upload på en sådan platform *altid* kvalificere til, at udbyderen anses at have foretaget overføringshandlingen.

Det, der er overføring i medfør af den ene bestemmelse, er med andre ord ikke nødvendigvis overføring i medfør af den anden.

En sådan ny eneret kan principielt sammenlignes med den særlige importret i ophavsretslovens § 77 og med den særlige *sui generis*-beskyttelse af databaser, jf. ophavsretslovens § 71 og artikel 7-11 i databasedirektivet.¹² *Sui generis*-beskyttelsen af databaser medfører, at kopiering af en database kan være en krænkelse af såvel den almindelige ophavsret til databasen qua et værk som *sui generis*-beskyttelse af databasen.

Kulturministeriet sendte den 18. december 2020 et udkast til ændring af ophavsretsloven i høring. Formålet med lovændringen er at implementere bl.a. DSM-direktivets artikel 17. Lovbemærkningerne forholder sig ikke eksplicit til denne problemstilling om eneret contra

11. Se fx EU-Domstolens dom af 14. juni 2017, sag C-610/15, *Ziggo BV*.

12. Direktiv 96/9.

undtagelse, men ministeriets holdning fremgår alligevel særligt tre steder:

1. På s. 38 (i bemærkningerne til forslaget til § 52 e) bruges udtrykket “særbestemmelse”, og det pointeres, at begreberne overføring og tilrådighedsstillelse svarer til § 2, stk. 4, nr. 1, men at “betydningssindholdet ikke nødvendigvis [er] det samme”.
2. I lovens § 76, stk. 1, nr. 3, foreslås det at indføre en straffebestemmelse for overtrædelse af § 52 e (som implementerer artikel 17); en sådan bestemmelse forudsætter, at § 52 e anses som en eneret – man kan logisk set ikke straffes for at overtræde en undtagelsesbestemmelse (da det i givet fald ikke er undtagelsen, men eneretten, der finder anvendelse). Det foreslås imidlertid ikke, at undtagelserne fra eneret i ophavsretslovens kapitel 2 skal finde anvendelse i forhold til § 52 e. På s. 37 i høringsudkastet anføres det, at “hvor § 52 e ikke finder anvendelse, gælder bestemmelsen i den gældende § 2”.
3. I lovens § 11, der handler om lovens undtagelsesbestemmelser (navnlig i kapitel 2), foreslås det at indføje en reference til § 52 e, stk. 10, men ikke til § 52 som sådan. Dette indikerer, at hovedbestemmelsen i § 52 e, stk. 2, ikke anses som en undtagelse fra eneretten.

Det endelige implementeringslovforslag blev fremsat og behandlet i Folketinget efter deadline for aflevering af dette manuskript.

3. Contra

Andre forhold taler imod at se artikel 17 som en ny eneret, men i stedet som en nyt sæt undtagelser fra ophavsretten.

Artikel 17 bruger terminologien fra infosoc-direktivets artikel 3¹³ –

13. Forholdet mellem disse to bestemmelser behandles nærmere af Jan Bernd Nordemann & Julian Waiblinger i blogindlæg den 16. juli 2020 på *Kluwer Copyright Blog*, <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/?doing_wp_cron=1597142146.3135290145874023437500>.

helt ned i den detalje, at for værker er tilrådighedsstillelse en underkategori til overføring, mens det for nærtstående rettigheder er en selvstændig kategori ved siden af overføringsretten, som i stedet er reguleret i artikel 8 i udlejningsdirektivet.¹⁴ Dette taler for, at de enerettigheder, som omfattes af artikel 17, er identiske med enerettighederne i infosoc-direktivets artikel 3, og at artikel 17 blot *præciserer*, at udbyderne udfører overføringen/tilrådighedsstillelsen på deres platforme,¹⁵ som de derfor har et direkte ansvar for, jf. stk. 1 – for så igen at lempe ansvaret i stk. 4 og 5, hvilket som nævnt har karakter af en særlig undtagelse fra ophavsretten, fordi det er fritagelse for et direkte ansvar.

Man kan også sige, at det ville være paradoksalt, hvis den samme ophavsretligt relevante handling: overføring/tilrådighedsstillelse, skulle kunne subsumeres under to forskellige enerettigheder i to forskellige direktiver. Den overføring til almenheden, der behandles i infosoc-direktivets artikel 3, er den samme overføring til almenheden, der behandles i DSM-direktivets artikel 17. Forskellen er reelt alene ansvarsbedømmelsen. Infosoc-direktivet vedrører ikke ansvaret, men her gælder ansvarsfritagelsen i e-handelsdirektivets artikel 14. DSM-direktivets artikel 17 fastsætter en *legal fiction* om, at en tilrådighedsstillelse, der egentlig foretages af en bruger, i stedet skal anses som foretaget af udbyderen.¹⁶

Der er med andre ord ikke tale om en anden eneret end eneretten i infosoc-direktivet.

At der ikke foreligger en anden eneret, kan også begrundes på anden vis. Konsekvensen af, at udbyderen anses at foretage overføringen er, at der er to personer, der hver for sig anses at foretage en overføring og dermed uafhængigt af hinanden at være ansvarlige herfor: den bruger, der rent faktisk uploader til platformen, og udbyderen af den

14. Direktiv 2006/115 (oprindelig direktiv 92/100).

15. Direktivets betragtning 64 angiver da også, at formålet med artikel 17(1) er at præcisere dette.

16. I den ovennævnte sag for EU-Domstolen om *YouTube* og *Cyando* (forenede sager C-682/18 og C-683/18) foreslår generaladvokaten i sin udtalelse af 16. juli 2020, at YouTube og Cyando ikke kan siges selv at lave overføringer af det beskyttede materiale til offentligheden, idet tjenesterne blot formidler brugernes upload, og at tjenesterne derfor ikke er direkte ansvarlige for ulovligt indhold efter infosoc-direktivet (præmis 66-93).

pågældende platform. Dette viser – kan man argumentere for – at der ikke er tale om en særskilt overføring eller en ny definition af overføring, men alene hvem der har ansvaret for den.

Der er mig bekendt ikke andre eksempler i ophavsretslovgivningen på, at nøjagtig den samme ophavsretlige handling kan rammes af forskellige eneretsbestemmelser påberåbt af den samme rettighedshaver.

Der er eksempler på, at den samme handling kan involvere forskellige typer af enerettigheder; fx indebærer upload på samme tid en eksemplar fremstilling og en tilrådighedsstillelse, men det er noget andet, da handlingen her anses at involvere to forskellige eneretsbeføjelser.¹⁷ De nærtstående rettigheder, herunder *sui generis*-beskyttelsen af databaser, kan heller ikke sammenlignes, fordi man her udvider kredsen af rettighedshavere, der kan gøre krav gældende over for en handling.¹⁸ Ophavsretslovens § 77 er ligeledes noget andet, da den giver eneret til en anden handling (import) end de enerettigheder, der følger af § 2 (eksemplarspredning omfatter ikke en importhandling).

Artikel 17(7) om undtagelser fra ophavsretten er også besynderligt formuleret, hvis bestemmelsen skulle ses som en undtagelse fra en ny eneret i stk. 1.

Stk. 7 er formuleret sådan, at medlemsstaterne skal sikre, at *brugerne* kan henholde sig til visse undtagelser fra ophavsretten (citater, parodi m.v.). Der står ikke noget om, at en udbyder af en onlineindholdsdelingstjeneste kan påberåbe sig undtagelserne, kun disses brugere. Brugen af ordet “eksisterende undtagelser” indikerer tillige, at der her ikke refereres til undtagelser fra en ny eneret, men at medlemsstaterne får en – i sammenligning med de frivillige undtagelsesbestemmelser i infosoc-direktivets artikel 5(2)-(3) – skærpet pligt til at sikre visse undtagelser, som dermed bliver obligatoriske. Når det drejer sig om brugere, kan undtagelserne kun siges at relatere sig til den hidtidige ophavsretsbeskyttelse i infosoc-direktivet.¹⁹ Der kan også henvises til artikel

17. Dette er netop situationen ved upload af videoer på fx YouTube. Det er bemærkelsesværdigt, at artikel 17 kun regulerer overføringsretten, men er tavs om eksemplar fremstillingen. Denne problemstilling skal imidlertid ikke behandles nærmere her.

18. Det samme gælder artikel 15 i DSM-direktivet, der giver aviser m.v. en slags nærtstående ret til deres publikationer i tillæg til den almindelige ophavsret.

19. Uanset karakteren af artikel 17 kan medlemsstaterne ikke selv vælge at fastsætte yderligere undtagelser. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at EU-retten har

25, der handler om fortsat anvendelse af undtagelserne i infosoc-direktivet; denne bestemmelse refererer ikke til nogen (nye) eneretsområder i DSM-direktivet, men “anvendelser eller områder, der er omfattet af undtagelserne eller indskrænkningerne i dette direktiv”.

Dermed kan det konstateres, at hvis artikel 17(1) skal opfattes som en ny eneret vedrørende udbydernes handlinger, rummer DSM-direktivet ingen obligatoriske undtagelser fra denne eneret ud over den delvise ansvarsfritagelse. Dette har ikke formodningen for sig.

4. Konklusion

Konklusionen er på denne baggrund usikker.

Svaret på spørgsmålet, om artikel 17 er en ny eneret, en ny undtagelse eller blot en særlig ansvarsregel, følger ikke entydigt af bestemmelsen og de tilhørende betragtninger. Meget tyder på, at der i bestemmelsen ganske enkelt ikke er taget stilling til spørgsmålet, hverken direkte eller indirekte.

Et eksempel på, at artikel 17 må siges at være tvetydig, er direktivets betragtning 69, hvor det anføres, at hvis brugeren har fået et udtrykkeligt samtykke fra rettighedshaveren til upload af værker m.v., “er udbyderens overføring heraf til almenheden tilladt inden for rammerne af den tilladelse, der er udstedt af rettighedshaveren”. Hvis artikel 17 skal anses som en ny eneret, har vi altså den specielle situation, at en rettighedshavers tilladelse til A i medfør af regel X, anses også at være en tilladelse til B i medfør af regel Y.

Men gør det i praksis nogen forskel, om artikel 17 er det ene eller det andet – en eneret eller en undtagelse? Ja, i høj grad. Hvis bestemmelsen skal anskues sådan, at den etablerer en ny *sui generis*-ret, vil der i forhold til tjenester som YouTube kunne søges ansvar gjort gældende efter såvel artikel 17 som infosoc-direktivet (med mulig ansvarsbegrænsning i e-handelsdirektivet); der vil som nævnt ovenfor være to skud i bøssen for rettighedshavere, der ønsker at gøre et ansvar gældende.

En afledet effekt handler om kontrakter: Hvis der er tale om en ny *sui generis*-ret, er retten så overdraget i medfør af hidtidige (ældre) kon-

forrang. Se fx EU-Domstolens dom af 29. juli 2019 i sag C-469/17, *Funke Medie*, præmis 38, 46 og 54.

trakter indgået før DSM-direktivet eller implementeringen heraf? Hvis eksempelvis en ophavsmand til en producent har overdraget eneretten til overføring til almenheden, vil denne overdragelse så kunne siges at indbefatte artikel 17-retten? Eller vil ophavsmanden have denne eneret i behold, så længe der ikke specifikt er disponeret over den?

Én ting er helt sikker: Spørgsmålet vil fortsat blive diskuteret under og efter DSM-direktivets implementering. En dag, når EU-Domstolen har talt, får vi, måske, et svar.