

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

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>	

Mellemandsoverføring?

Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet

1. Indledning

Ophavsretten er blandt de retsområder, der tidligst blev konfronteret med den digitale teknologi, og siden 1980'erne er reglerne løbende blevet tilpasset den digitale udvikling. I Jørgen Blomqvists licentiatafhandling fra 1987, Overdragelse af ophavsrettigheder, nævnes spørgsmål om overdragelse af edb-programmer således også flere steder. Hvad der til gengæld ikke nævnes i Jørgens afhandling, og hvad der heller ikke kunne nævnes, var spørgsmålet om internettjenesters ansvar for brugernes ophavsretskrænkelser. Dette spørgsmål opstod først med internettets kommercielle udbredelse omkring årtusindeskiftet og blev yderligere aktualiseret med fremkomsten af sociale medier og andre tjenester, der har muliggjort en omfattende deling af materiale mellem brugerne.

Denne udvikling har i betydelig grad udfordret ophavsretten og rettighedshaverne. Ofte vil det være vanskeligt at finde frem til den person, der foretager den ulovlige tilgængeliggørelse af værker. Det vil endvidere ofte ikke være effektivt at gå efter den enkelte bruger, fordi antallet af brugere er for stort: Stopper man én bruger, vil andre brugere fortsætte den ulovlige spredning. Fokus har derfor rettet sig mod de mellemmænd, som gennem forskellige tjenester muliggør brugernes deling af ulovligt indhold. Mellemmændene er typisk mere synlige end

de enkelte brugere og dermed også lettere at finde frem til. Nogle af dem opnår endvidere betydelige indtægter gennem omfattende trafik, der bl.a. skabes ved brugernes deling af ulovligt indhold. Omvendt bidrager tjenesterne også til en fri informationsudveksling, som vil kunne hæmmes, hvis de pålægges et meget strengt ansvar.

Det er derfor heller ikke overraskende, at spørgsmålet om mellemmands ansvar for brugernes deling af ophavsretligt beskyttet materiale har været genstand for intens debat gennem de senere år. Der er med DSM-direktivets¹ art. 17 indført nye regler om mellemmands ansvar, og der er ligeledes ført en lang række sager om dette ansvar. Et af de omtvistede spørgsmål er, hvordan mellemmands handlinger skal subsumeres i det ophavsretlige system. I en række sager, har EU-Domstolen statueret, at mellemmand gennem deres tjenester har foretaget en selvstændig overføring til almenheden efter infosoc-direktivets² art. 3, stk. 1. Med DSM-direktivets art. 17, er det nu lovfæstet, at en række mellemmand foretager selvstændig overføring til almenheden. Genstanden for det følgende er denne "mellemmandsoverføring", hvor mellemmand anses for selv at foretage en overføring til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker, når de gennem deres tjenester faciliterer brugernes adgang til at foretage deling af værkerne. Artiklens fokus er de situationer, hvor brugerne foretager ulovlig informationsdeling, dvs. udveksler ophavsretligt beskyttet materiale uden ophavsmandens samtykke og uden hjemmel i nogen af de ophavsretlige indskrænkingsregler.

Først beskrives i afsnit 2 den doktrin for mellemmandsoverføring, som EU-Domstolen synes at have udviklet under infosoc-direktivets art. 3 gennem de tre sager, der nærmere omtales i afsnittet. Herefter beskrives kort i afsnit 3 den lovregulerede mellemmandsoverføring, der følger af DSM-direktivets art. 17. I afsnit 4 sammenholdes disse to modeller. I afsnit 5 knyttes nogle kritiske bemærkninger til EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring og Domstolens rolle i udvik-

-
1. Direktiv 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
 2. Direktiv 2001/29 af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

lingen af denne doktrin. Artiklen rundes i afsnit 6 af med nogle bemærkninger om kompleksiteten af fremtidens mellemmandsret.

Mellemmandsbegrebet er ikke entydigt. Her i artiklen anvendes begrebet bredt om dem, der bidrager til, at internetbrugere kan udveksle information.

2. EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivets art. 3

EU-Domstolen har i tre omtalte³ og også kontroversielle afgørelser fastslået, at forskellige former for mellemmand foretog selvstændig overføring til almenheden.

I den første af sagerne, *GS Media*-dommen, C-160/15, skulle EU-Domstolen forholde sig til, om linking til ophavsretligt beskyttet materiale, der var lagt på internettet uden rettighedshaverens samtykke, udgjorde en overføring til almenheden. I sagen var fotografier af en hollandsk realitystjerne, der skulle bringes i *Playboy*, blevet uploadet på en hjemmeside uden samtykke fra fotografen eller *Playboy*. Et hollandsk internetmedie linkede til billederne og nægtede at fjerne de pågældende links på rettighedshavernes begæring.

Tidligere havde Domstolen i *Svensson*-dommen, C-466/12, fastslået, at linking til lovligt materiale udgør en overføring til almenheden. Dette gælder dog kun, hvis linket gør materialet tilgængeligt for et "nyt publikum", dvs. et publikum, som rettighedshaveren ikke havde taget i betragtning, da denne tillod den første overføring. Det betyder, at

3. Se også om dommene bl.a. Ohly, "The Broad concept of 'communication to the public' in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, vol. 13, nr. 8, s. 664-675, Angelopoulos, "Primary and Accessory Liability in EU Copyright Law", i Rosati (red.), *The Routledge Handbook of European Copyright Law* (Routledge, under udgivelse), tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3681614>>, og Ginsburg, "The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmspelers* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017), *AUT-EURS & MEDIA*, VOL. 2017, P. 7, 2017 (IN FRENCH)", *COLUMBIA LAW & ECONOMICS WORKING PAPER NO. 572*; *COLUMBIA PUBLIC LAW & LEGAL THEORY PAPER NO. 14-557* (2017), tilgængelig fra <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2053>.

linking til materiale, som er gjort frit tilgængeligt på internettet med rettighedshaverens samtykke, ikke vil udgøre en overføring til almenheden. Hvis linket derimod omgår f.eks. en betalingsmur eller anden form for teknisk beskyttelsesforanstaltning, og dermed gør materialet tilgængeligt for internetbrugere, som ellers ikke ville have adgang til det, vil linkeren foretage en overføring til almenheden.

Skulle man overføre resultatet fra *Svensson*-dommen og dens kriterium om et "nyt publikum" til situationen, hvor der blev linket til ulovligt materiale (*GS Media*-sagen), ville det logisk føre til, at der altid forelå en overføring til almenheden, når der blev linket til ulovligt materiale: Der foreligger i sagens natur ikke noget (nyt) publikum, som rettighedshaveren har taget i betragtning, når materialet gøres tilgængeligt uden rettighedshaverens samtykke. Det ville være ganske vidtgående, at alle, der linker til ulovligt materiale, hermed foretager en selvstændig ophavsretskrænkelse, da linkeren i mange tilfælde ikke er klar over, at materialet er ulovligt, og ofte heller ikke har mulighed for at få afklaret, om rettighedshaveren har tilladt offentliggørelsen. Henset til, at links – som også anført af EU-Domstolen i *GS Media*-sagen – er en fundamental del af internettets funktion og dermed også af den frie informationsudveksling, ville dette være en u hensigtsmæssig retstilstand.

EU-Domstolen løste denne udfordring ved at introducere et krav om ond tro hos linkeren for, at der foreligger en overføring til almenheden. Det fastslås således i dommens præmis 48, at selv om linkeren stiller værket til rådighed for almenheden, handler den pågældende i almindelighed ikke med fuldt kendskab til konsekvenserne af sin handling. Hvis linkeren imidlertid vidste eller burde vide, at der blev linket til ulovligt materiale, foreligger en overføring til almenheden (præmis 49). Dommen opstiller endvidere en formodning for, at linking i kommercielt øjemed sker med kendskab til, at der linkes til ulovligt materiale. I denne situation, må linkeren derfor bevise hverken at have kendskab eller burde-kendskab til, at materialet var ulovligt. Ved ikke-kommerciel linking må rettighedshaveren bevise, at linkeren har et sådant kendskab.

GS Media-dommen var den første dom, hvor EU-Domstolen forholdt sig til, om mellemmand, der bidrager til internetbrugeres deling af ulovligt indhold, foretager en selvstændig overføring til almenheden.

Det kan diskuteres, om den, der linker, kan betegnes som en “mellemmand”. I den brede forståelse af begrebet, der anvendes her i artiklen, vil det være tilfældet.

Der gik dog kun få måneder, før EU-Domstolen igen forholdt sig til spørgsmålet. I *Stichting Brein I (Filmspeler)*-dommen, C-527/15, solgte en person en medieafspiller med præinstallerede småprogrammer, der indeholdt links til websteder, som gav adgang til film uden rettighedshavernes samtykke. Også i denne sag nåede Domstolen til, at der forelå en selvstændig overføring til almenheden. I sin begrundelse for resultatet fastslog Domstolen således (præmis 41), at sælgeren af medieafspilleren havde præinstalleret de pågældende links “med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger”. Domstolen fremhævede endvidere, at reklamer for medieafspilleren specifikt nævnte, at den gjorde det muligt gratis at se film, som var tilgængelige på internettet uden ophavsmandens samtykke. Domstolen lagde også vægt på, at medieafspilleren gjorde det muligt for brugerne at se de ulovlige kopier, og at brugerne uden medieafspilleren “kun vanskeligt” kunne få adgang til disse. Selvom kopierne var tilgængelige på internettet og således kunne tilgås af brugerne uden brug af medieafspilleren, fandt domstolen således, at det måtte tillægges betydning, at medieafspilleren gjorde det nemmere for brugerne af skaffe sig adgang til kopierne.

To måneder efter *Stichting Brein I (Filmspeler)*-dommen afsagde EU-Domstolen den tredje dom om mellemmands overføring til almenheden af ulovligt indhold. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)*-dommen, C-610/15, krævede en hollandsk rettighedshaverorganisation, at de hollandske internetudbydere blokerede for adgangen til den ulovlige fildelingstjeneste The Pirate Bays (“TPB”) internetside. Som led i sagen blev det rejst som et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, om TPB foretog en selvstændig overføring til almenheden ved at stille en peer-to-peer fildelingstjeneste til rådighed for sine brugere. I denne type af fildelingstjenester sker udvekslingen af filer direkte mellem brugerne, og der lagres således ikke kopier af filerne hos udbyderen af tjenesten (TPB). Sagen adskilte sig fra de to andre ved, at mellemmanden (TPB) ikke selv udvalgte den konkrete information, der blev udvekslet mellem brugerne. TPB havde således ikke konkret viden om, hvilke ulovlige filer, der blev delt mellem brugerne. Også i denne sag nåede EU-Domstolen frem til, at der forelå en selvstændig overføring

til almenheden og lagde igen bl.a. vægt på, at administratorerne af TPB-siden havde “fuldt kendskab” til konsekvenserne af deres handling (præmis 36). På samme måde som i *Stichting Brein I (Filmspeler)*, lagde Domstolen endvidere vægt på, at TPB havde gjort det lettere for brugerne at foretage den ulovlige fildeling, jf. dommens præmis 36: “[...] ville disse værker uden administratorernes tilrådighedsstillelse og forvaltning ikke kunne deles af brugerne, eller det ville i det mindste være mere komplekst at dele dem på internettet”. Dommen referer også til kriteriet fra *Stichting Brein I (Filmspeler)*, hvorefter brugerne ville have haft vanskeligt ved at få adgang til værket uden mellemmandstjenesten, jf. præmis 26.

Med disse tre domme har EU-Domstolen reelt udviklet en doktrin, hvorefter internettjenester, der bidrager til brugernes ulovlige deling af ophavsretligt beskyttet materiale, under nærmere betingelser foretager en selvstændig overføring til almenheden efter infoc-direktivets art. 3, stk. 1. Doktrinen tager sit udspring i de kriterier, som Domstolen tidligere har udviklet i sin praksis om overføring til almenheden, der primært har omhandlet fornyet offentlig fremførelse af lovligt indhold (f.eks. om radio, tv og cd-afspillere på hotelværelser, i restauranter og i venteværelser). Der er dog væsentlig forskel på disse situationer, og den situation, hvor en internettjeneste bidrager til brugernes deling af ulovligt indhold.

Med doktrinen introducerer EU-Domstolen derfor også delvist nye og selvstændige kriterier i afgørelsen af, om der foreligger en overføring til almenheden. Doktrinen er således baseret på et *subjektivt kendskabskriterium*, der lægger vægt på mellemmandens kendskab til, at materialet krænker ophavsrettigheder, og et *objektivt adgangskriterium*, der lægger vægt på, om mellemmandens tjeneste har gjort det (væsentligt) nemmere for brugerne at skaffe sig adgang til materialet.

Se i samme retning generaladvokatens fortolkning af de tre domme i sit forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, C-682/18 og C-683/18:⁴

“108. Som jeg har forstået disse domme, skal den handling, hvorved en anden person end den, der har besluttet at foretage transmission af et

4. Visse steder i litteraturen også omtalt som “YouTube/Cyando”.

værk, og som i egentlig forstand foretager handlingen i form af 'overføring til almenheden', medvirker til denne transmission, sidestilles med en sådan handling i form af 'overføring', når to kriterier er opfyldt.

109. For det første skal den pågældende person spille en 'afgørende rolle' for den nævnte transmission. Denne 'rolle' anses ifølge den forståelse, der er lagt til grund i de nævnte domme, for at foreligge, når denne person gør det nemmere at foretage denne transmission [...]

110. For det andet skal den nævnte persons medvirken have en 'bevidst' karakter i den forstand, at den pågældende skal have kendskab til, at den overføring, som vedkommende gør det nemmere at foretage, er ulovlig [...]"

Det subjektive kendskabskriterium kommer klarest til udtryk i *GS Media*-dommen, hvor EU-Domstolen udtrykkeligt forudsætter, at linkerens skal vide eller burde vide, at der linkes til ulovligt materiale, før der foreligger en overføring til almenheden. I *Stichting Brein*-dommene lægger Domstolen vægt på, at de pågældende mellemmande havde "fuldt kendskab" til konsekvenserne af deres handlinger. Begrebet "fuldt kendskab" er også anvendt af Domstolen i sager om fortolkning af begrebet overføring til almenheden i forbindelse med tilgængeliggørelse af lovligt indhold, første gang i *SGAE*-dommen, C-306/05. Denne dom fastslog, at et hotel havde fuldt kendskab til konsekvenserne af at stille tv og radio til rådighed for gæsterne på værelserne – nemlig at gæsterne ville få adgang til ophavsretligt beskyttede værker udsendt i tv og radio. I denne sag (og andre sager om overføring af lovlige værker) anvendes begrebet "fuldt kendskab" imidlertid om en viden om et kausallink mellem handlingen og brugernes (potentielle) udnyttelse af ophavsretligt beskyttede værker. *Stichting Brein*-dommene må forstås sådan, at begrebet "fuldt kendskab" (også) anvendes om mellemmandens kendskab til, at det delte materiale er ulovligt. Dette understøttes af, at formuleringen "fuldt kendskab til konsekvenserne af sin handling" også anvendes i *GS Media*-dommen, hvor Domstolen som nævnt udtrykkelig anførte kravet om viden eller burde-viden om de ulovlige forhold. Endvidere anfører Domstolen direkte i *Stichting Brein I (Film-speler)*, at salget af medieafspilleren blev foretaget med "fuldt kendskab til", at de omhandlede links gav adgang til værker, der ulovligt var blevet offentliggjort på internettet, jf. præmis 50. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* kobler Domstolen ikke begrebet "fuldt kendskab til conse-

kvenserne af deres handling” til en viden om materialets ulovlighed, men med dommens henvisning til tidligere praksis, herunder *GS Media* og *Stichting Brein I (Filmspeler)*, kan den ikke forstås på anden måde.

Det bidrager ikke til retsklarhed, at Domstolen anvender samme begreb i to forskellige betydninger. Se også kritisk heroverfor Ohly, note 3 ovenfor, s. 672.

Det objektive adgangskriterium udtrykkes i *Stichting Brein I (Filmspeler)* ved, at brugerne uden tjenesten kun “vanskeligt” kunne få adgang til de beskyttede værker (præmis 41). I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* gentager Domstolen formuleringen om “vanskeligt” at kunne få adgang uden mellemmandstjenesten (præmis 26), og anfører også, at det ville være “mere komplekst” for brugerne at dele de ulovlige filer uden The Pirate Bays tjeneste (præmis 36).

Det følger af infosoc-direktivets art. 27, at den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør en overføring, ikke i sig selv udgør en overføring. Vurderingen heraf vil i de fleste tilfælde formentlig være sammenfaldende med det objektive kriterium. I *Stichting Brein II (The Pirate Bay)* afviste Domstolen eksempelvis, at TPB blot stillede fysiske faciliteter til rådighed med henvisning til, at tjenesten selv foretog en indeksering af torrent-filerne, således at filerne let kunne lokaliseres og downloades af brugerne. Uden denne indeksering ville man næppe hellere kunne sige, at TPB gjorde det mindre vanskeligt for brugerne at skaffe sig adgang til de ulovlige filer.

Med doktrinen om mellemmandsoverføring har EU-Domstolen etableret en retstilstand, hvor forskellige typer af internetmellemænd i visse situationer kan foretage en overføring til almenheden af ulovligt indhold efter infosoc-directives art. 3, stk. 1, selvom mellemmanden ikke selv foretager en transmission eller er den, der umiddelbart gør indholdet tilgængeligt.

Det er ikke oplagt, at denne type handlinger, der mere naturligt synes at have karakter af medvirkenshandling, skal udgøre selvstændig overføring til almenheden. Spørgsmålet er derfor også, hvor langt doktrinen kan strækkes. De tre domme vedrører alle situationer, hvor mellemmanden med fuldt overlæg medvirkede til brugerens ophavsretskrænkelser og nærmest også gjorde en dyd ud af det. Dette burde

ikke spille en rolle for de principielle ophavsretlige overvejelser i sagen, men det kan nok ikke helt udelukkes, at det har gjort det alligevel. EU-Domstolen har endnu ikke forholdt sig til situationer, hvor en mellemmands tjeneste nok har muliggjort brugernes ulovlige deling af indhold, men ikke haft dette som sit primære formål, og hvor mellemmanden måske også har udvist bestræbelser på at hindre den ulovlige deling. Disse situationer foreligger ikke mindst, når brugerne gør ulovligt indhold tilgængeligt via sociale medier og andre platform for deling af indhold.

En vurdering af dette forhold vil imidlertid foreligge fra Domstolen inden længe. I de verserende forenede sager *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*, C-682/18 og C-683/18, er Domstolen bl.a. blev spurgt, om YouTube foretager overføring til almenheden, når brugerne uploader ulovligt indhold på disse tjenester. Som nærmere anført nedenfor har generaladvokaten i sit forslag til afgørelse af sagen anført, at infosoc-direktivets art. 3 ikke omfatter mellemmands medvirken til brugernes ulovlige deling, hverken i den konkrete sag eller i de tre sager, der allerede er afgjort af EU-Domstolen. Generaladvokaten mener med andre ord, at Domstolen har fortolket direktivet forkert i disse tre sager.

Det forekommer ikke videre sandsynligt, at EU-Domstolen vil følge generaladvokatens anbefaling og undsige sin egen hidtidige praksis. Mere nærliggende er det, at EU-Domstolen vil fastholde sin doktrin og vurdere, hvorvidt mellemmandene opfylder det subjektive og det objektive kriterium i de to konkrete sager. I så fald vil dommen give yderligere bidrag til, hvor langt doktrinen om mellemmandsoverføring kan strækkes.

Man kunne overveje, om Domstolen vil statuere overføring i sagerne allerede med henvisning til, at DSM-direktivets art. 17 nu fastslår, at den type mellemmand, der er omfattet af sagerne foretager en overføring til almenheden. Dette ræsonnement understøttes af, at DSM-direktivets betragtning 64 anfører, at det er hensigtsmæssigt i direktivet at "præcisere", at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester foretager en overføring til almenheden eller tilrådsstilling for almenheden. Dette kan læses således, at lovgiver med art. 17 blot præciserer det, der allerede gælder, og som i givet fald må følge af infosoc-direktivets art. 3. Uanset præambelbetragtningen ville det imidlertid være en forkert brug af art. 17. Det fremgår udtrykkeligt af bestemmelsen, at udbydere

af onlineindholdsdelingstjenester foretager overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden “med henblik på dette direktiv”. Art. 17 indfører et helt nyt og selvstændigt ansvarssystem, som ikke kan tages til indtægt for forståelsen af reglerne i infosoc-direktivet. Reglen i art. 17, stk. 1, der fastslår, at de omfattede mellemænd foretager overføring, skal læses sammen med de væsentlige regler om ansvarsfritagelse i art. 17, stk. 4. Reglerne i art. 17 udgør en samlet balance, og man kan derfor ikke tage dele af reglerne og overføre til forhold uden for art. 17.

Se også afvisende generaladvokatens forslag til afgørelse, pkt. 249-255, hvor det bl.a. påpeges, at det ville være i strid med retssikkerhedsprincipper at udlede retsvirkninger med tilbagevirkende kraft af en ikke-bindende præambelbetragtning. I Kulturministeriet lovudkast⁵ til implementering af art. 17 anføres ligeledes, at art. 17 og brugen af ordet “præcisering” i betragtning 64, ikke berører forståelsen af overføringsbegrebet uden for DSM-direktivet.

DSM-direktivets art. 17 bør derfor heller ikke have betydning for afgørelsen i disse to sager, men art. 17 vil indebære, at afgørelsen, og doktrinen om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivet, ikke vil have betydning for de mellemænd, der fremover reguleres af art. 17.

3. DSM-direktivets art. 17

DSM-direktivet blev vedtaget den 17. april 2019 efter et længere forhandlingsforløb. Direktivet regulerer en række spørgsmål knyttet til brug af ophavsretligt beskyttede værker i en digital kontekst. Særligt to spørgsmål var genstand for intense drøftelser og forhandlinger. Det ene vedrørte beskyttelsen af pressepublikationer ved onlinebrug, der er reguleret i direktivets art. 15. Det andet vedrørte platformes ansvar for brugernes deling af ulovligt indhold. Med andre ord, det spørgsmål,

5. Lovudkastet blev sendt i høring den 18. december 2020 med titlen “Høring over udkast til lov om ændring af lov om ophavsret (Implementering af dele af direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked samt direktiv om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer m.v.)”.

som EU-Domstolen også forholdt sig til i de tre ovennævnte sager parallelt med behandlingen af DSM-direktivet.

Dette spørgsmål er nu reguleret i direktivets art. 17, hvorefter medlemsstaterne skal fastsætte, at

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

Med denne bestemmelse bliver det nu lovfæstet, at en række mellemænd foretager selvstændig overføring til almenheden.⁶ Dette vil dog langt fra omfatte alle typer af mellemænd.

En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester defineres i direktivets art. 2, nr. 6, som “en udbyder af en informationssamfundstjeneste, der har som hovedformål eller som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, som uploades af dens brugere, og som den organiserer og promoverer med et profitmæssigt formål”. Herefter angiver bestemmelsen en række typer af tjenester, som ikke omfattes af definitionen. Dette gælder eksempelvis for non-profit onlineencyklopædier (som f.eks. Wikipedia), onlinemarkedspladser (som f.eks. Amazon og eBay), B2B-cloudtjenester og cloudtjenester, der gør det muligt at uploade indhold til eget brug (hvilket omfatter tjenester som Dropbox og iCloud). Kravet om, at udbyderen skal have som et af sine hovedformål at lagre og give almenheden adgang til en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker, vil ligeledes undtage en række tjenester fra art. 17, om end det er uklart, hvad der nærmere ligger heri. Det følger af bemærkningerne til det ovenfor nævnte lovudkast, der skal implementere art. 17, at bestemmelsen heller ikke omfatter pirattjenester. Hermed vil eksempelvis The Pirate Bay ikke være omfattet (hvilket også vil følge af kravet om, at tjenesten skal lagre det op-

6. DSM-direktivet skal være implementeret i national ret senest 7. juni 2021. Som anført ovenfor har Kulturministeriet den 18. december 2020 sendt et lovudkast i høring, der skal implementere dele af direktivet, herunder art. 17.

havsretlige materiale, hvad The Pirate Bay – og andre fildelingstjenester baseret på BitTorrent-teknologi – ikke gør).

Det følger af direktivets betragtning 62, at pirattjenester ikke omfattes af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. 17, stk. 4. Det synes at være denne betragtning, der i det danske lovudkast har ført til bemærkningen om, at pirattjenester ikke omfattes af art. 17. Det er åbenbart, at en pirattjeneste ikke omfattes af ansvarsfritagelsen i art. 17, stk. 4, allerede fordi tjenesten ikke vil opfylde bestemmelsens betingelser for ansvarsfritagelse. Det kan dog ikke nødvendigvis udledes af præambelbetragtningen, at pirattjenesten ikke omfattes af art. 17, stk. 1. Om denne fortolkning er i overensstemmelse med direktivet må i sidste ende afgøres af EU-Domstolen.

De mellemmænd, der er omfattet af definitionen, foretager efter art. 17 en selvstændig overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden, når deres brugere uploader ophavsretligt beskyttet materiale. Konsekvensen heraf er, at udbyderen skal indhente tilladelse fra rettighedshaverne, jf. art. 17, stk. 1, 2. afsnit, og ifalder ansvar for brugerens upload af ulovligt indhold, hvis ikke udbyderen har iagttaget ansvarsfritagelsesbetingelserne i art. 17, stk. 4, ved at have gjort sin bedste indsats for at opnå tilladelse fra rettighedshaveren og overholdt nærmere angivne “notice and take down” og “notice and stay down”-forpligtelser.

En nærmere gennemgang af art. 17, herunder betingelserne for ansvarsfrihed, er ikke genstand for nærværende artikel. Der henvises til den allerede ganske omfattende litteratur om bestemmelsen, herunder Schönings artikel her i festskriftet, Schwemer, *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, *MIR*, 3, 2020, s. 400-435, og Leistner, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?* (maj 21, 2020). 2020 *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal*, Issue 2, s. 123-214, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3572040>>.

4. Forholdet mellem mellemmandens overføring efter infosoc-direktivets art. 3 og DSM-direktivets art. 17 – et tostrengt ansvarssystem

Selvom der med DSM-direktivets art. 17 er etableret en særskilt bestemmelse for mellemmandsansvaret på det ophavsretlige område, dækker denne bestemmelse som beskrevet langt fra alle mellemmandstjenester. For andre mellemmænd vil det forsat være infosoc-direktivet og EU-Domstolens doktrin om mellemmandsoverføring, der afgør, om de foretager en selvstændig overføring af brugernes materiale.

Trods disse modellers fælles udspring i overføringsfiguren, er de grundlæggende forskellige.

Ansaret efter art. 17 er som udgangspunkt baseret på objektive kriterier, både i vurderingen af, om mellemmanden foretager overføring eller tilrådighedsstillelse for almenheden, og i vurderingen af, om mellemmanden kan påberåbe sig ansvarsfrihed. Det sidstnævnte forudsætter, at mellemmanden foretager indholdskontrol og indfører foranstaltninger mod genupload af ulovligt indhold. De nærmere grænser for disse forpligtelser er uklare, men kriterierne er under alle omstændigheder ikke baseret på subjektive forhold om mellemmandens erkendelser og motiver. Det eneste subjektive element er mellemmandens viden eller burde-viden om konkret ulovligt indhold som forudsætning for ansvarsfrihed. Bestemmelsen er heller ikke baseret på en vurdering af, om mellemmanden har gjort det nemmere for brugerne at få adgang til det ulovlige indhold.

Det er diskuteret, hvorvidt art. 17 indfører en sui generis-ret, eller om overførringsretten efter bestemmelsen skal tillægges samme indhold som overførringsbegrebet i den øvrige EU-retlige regulering, herunder infosoc-direktivet.⁷ Spørgsmålet har flere facetter, herunder hvorvidt der kan

7. Se hertil bl.a. Rosati, "The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, vol. 15, nr. 11, s. 874-878, og Nordemann, Jan Bernd, "Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft" (tyisk udgave publiceret i *GRUR/Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 12. august 2020), s. 569-576, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3649626>> eller <<http://dx>.

indføres særskilte undtagelser til art. 17 i national ret, men det må klart afvises, at det subjektive kriterium, EU-Domstolen har indført i sin doktrin om mellemmandsoverføring efter infosoc-direktivet, også gælder efter art. 17. Bestemmelsen fastslår udtrykkeligt, at der foreligger overføring, når onlineindholdsdelingstjenester giver offentlig adgang til op-havsretligt beskyttede værker, der uploades af brugerne, uden nogen form for krav om subjektiv kendskab til, at materialet er ulovligt.

Omvendt er ansvaret efter infosoc-direktivets art. 3 som udviklet af EU-Domstolen baseret på et subjektivt kendskabskriterium, der ikke kun knytter sig til viden om den konkrete ulovlige information, jf. *Stichting Brein II (The Pirate Bay)*, hvor mellemmanden (TPB) ansås for at foretage overføring uden nødvendigvis at have kendskab til det konkrete indhold, der blev delt mellem brugerne, og på et objektivi adgangskriterium, hvorefter mellemmanden skal have gjort delingen af det ulovlige indhold nemmere for brugerne. Ansvaret efter denne model begrænses af ansvarsfritagelsesreglen i e-handelsdirektivets⁸ art. 14, der gør mellemmanden ansvarsfri, medmindre mellemmanden har konkret kendskab til ulovligt indhold, eller for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet fremgår. Det er ikke klart, hvor langt denne ansvarsfritagelse rækker, men den kan næppe indebære, at mellemmanden skal foretage nogen form for indholdskontrol eller foranstaltninger mod genupload af ulovligt for at opnå ansvarsfrihed. Hermed er mellemmandsansvaret efter infosoc-direktivet (sammenholdt med e-handelsdirektivets art. 14) under alle omstændigheder et andet, end ansvaret efter DSM-direktivets art. 17.

Art. 14 er traditionelt blevet opfattet som en bestemmelse, der fritager mellemmand for et medvirkensansvar. Når mellemmand efter EU-Domstolens doktrin pålægges et direkte ansvar, kunne det forlede til den slutning, at art. 14 ikke ville finde anvendelse. Som påpeget af generaladvo-

doi.org/10.2139/ssrn.3649626> og Husovec & Quintais, “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New Rules on Content-Sharing Platforms”, Januar 2021, *GRUR International* (Issue 4/2021, forthcoming), tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3463011>> eller <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463011>>.

8. Direktiv 2000/31 af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked

katen i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, synes dette også at være opfattelsen hos den forelæggende ret i sagen. Retten stilledes således kun præjudicielle spørgsmål til forståelsen af art. 14 for det tilfælde, at EU-Domstolen nåede frem til, at mellemmændene ikke foretog selvstændig overføring efter Domstolens doktrin herom. I Kulturministeriets lovudkast til implementering af art. 17 anføres i samme retning, at ansvarsreglerne i e-handelslovens § 16 (der implementerer e-handelsdirektivets art. 14) ikke finder anvendelse på mellemmænd omfattet af art. 17, fordi denne bestemmelse indfører et direkte ansvar og ikke et medvirkensansvar. Der bør dog ikke være tvivl om, at art. 14 også omfatter mellemmænd, der foretager selvstændig overføring efter infosoc-direktivets art. 3. Disse mellemmænd vil kunne opfylde alle de krav, som følger af art. 14, og der er intet i bestemmelsen, der giver belæg for at begrænse den til mellemmænd, som kun medvirker til andres ophavsretskrænkelser. I takt med at EU-Domstolen udvider området for mellemmænds selvstændige overføring, ville dette også betyde, at bestemmelsen blev uden reelt indhold på det ophavsretlige område og efterlade mellemmænd uden mulighed for ansvarsfritagelse, hvis de ikke var omfattet af DSM-direktivets art. 17. Se tilsvarende generaladvokatens forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, pkt. 137-139.

De to modeller rummer således væsentlige forskelle. I det lys er det ikke uproblematisk, at DSM-direktivets definition af "onlineindholdsdelingstjenester" med sit krav om, at mellemmændene skal have det som "et af sine hovedformål" at lagre og give almenheden adgang til "en stor mængde" ophavsretligt beskyttede værker, skaber ganske stor usikkerhed om, hvilke mellemmænd, der er omfattet af art. 17 – og dermed modsætningsvist, hvem der er omfattet af infosoc-direktivets art. 3. Der er med andre ord etableret et ganske komplekst og trestrengt system for mellemmænds ansvar for brugernes ophavsretskrænkelser.

I det omfang mellemmænd hverken omfattes af DSM-direktivets art. 17 eller af doktrinen om mellemmændsoverføring efter infosoc-direktivets art. 3, vil de potentielt kunne blive ansvarlige efter nationale medvirkensregler. I realiteten er der således tale om et trestrengt ansvarssystem, når man medregner de nationale medvirkensregler.

5. Nogle betragtninger om EU-Domstolens rolle

Med sin doktrin om mellemmandsoverføring har EU-Domstolen introduceret et subjektivt element som betingelse for, at der foreligger en ophavsretlig handling i form af overføring til almenheden. Dette bryder med en grundlæggende ophavsretlig struktur, hvorefter de ophavsretligt beskyttede handlinger defineres af objektive kriterier, og ikke af god eller ond tro hos den person, der foretager handlingen.

Selvom EU-Domstolens afgørelser ofte er nyskabende hører det dog til sjældenhederne, at Domstolen bryder med de grundlæggende strukturer på et givent retsområde, og det rejser spørgsmålet, hvad der har fået Domstolen til at bevæge sig ind på den vej.

For en umiddelbar betragtning kunne sagerne være et eksempel på, at den teknologiske udvikling har overhalet lovgivningen, og at EU-Domstolen har måtte forholde sig til retlige problemstillinger, som lovgiver ikke havde i tankerne, da reglerne blev til. Infosoc-direktivet er således fra 2001, hvor internettet og den digitale virkelighed var meget anderledes end i dag, og hvor sociale medier og techgiganter endnu ikke var fænomener. Det er ikke usædvanligt, at ældre regler bliver konfronteret med en teknologisk udvikling, og at domstolene som led heri må foretage relativt åbne fortolkninger af reglerne, fordi der i realiteten består et mere eller mindre retstomt rum. EU-Domstolens dom om retten til videresalg af digitale kopier af edb-programmer, *UsedSoft*, C-128/11, er et eksempel herpå. Ser man nærmere på de tre sager, kan det imidlertid konstateres, at den teknologiske udvikling ikke kan forklare det nybrud, som sagerne er udtryk for. Sagerne omhandlede linking og fildeling, hvilket ikke var fremmede teknologier, da infosoc-direktivet blev vedtaget. Anderledes forholder det sig med onlineplatforme som YouTube, der ikke eksisterede på dette tidspunkt. At man allerede ved reglernes tilblivelse var opmærksom på mellemmands særlige rolle, illustreres også af præambelteksten til direktivet (betragtning 59), hvor det anføres, at mellemmands tjenester navnlig på det digitale område i stadig stigende grad kan anvendes af tredjemand til krænkelse, og at mellemmand i mange tilfælde er bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. I nogle tilfælde har den teknologiske udvikling nødvendiggjort, at domstolene har udviklet reglerne, fordi udviklingen ellers ville føre til en materielt helt u hensigtsmæssig retstil-

stand, som lovgiver med stor sandsynlighed ikke ville have accepteret, hvis man kunne have taget højde for problemstillingen, da reglerne blev lavet. Dette var imidlertid ikke situationen i de tre sager. Der ville ikke opstå et retstomt rum, hvis ikke Domstolen nåede frem til, at de pågældende mellemænd foretog en overføring til almenheden, og det ville ikke medføre, at mellemænd i ond tro ansvarsfrit kunne facilitere deling af ulovligt indhold. Mellemændene ville således stadig kunne ifalde ansvar efter medvirkensregler. Den iagttagelse leder til en anden og sandsynlig forklaring på den vej, Domstolen valgte.

I modsætning til det direkte ansvar er medvirkensansvaret ikke reguleret EU-retligt og dermed ikke harmoniseret. Dette kan for så vidt ikke udledes direkte af de EU-retlige eneretsbestemmelser i infosoc-direktivet eller erstatningsbestemmelsen i håndhævelsesdirektivets art 13. Resultatet er imidlertid fast antaget og understøttes af en række forhold, således som generaladvokaten har påpeget i sit forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne. I forslaget afviser generaladvokaten, at EU-ophavsretten omfatter et medvirkenansvar ("sekundært ansvar"), der i stedet må fastsættes efter medlemsstaternes civile retlige erstatningsregler. Afvisningen peger bl.a. på, at ordlyden af infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, ikke indeholder elementer, der antyder, at bestemmelsen regulerer medvirkensansvar, at EU-lovgiver i andre retsakter eksplicit har reguleret medvirkensansvaret, når dette ønskes omfattet, og at EU-Domstolen i *Google AdWords*-sagerne i C-236-238/08 og C-324/09 henviste til nationale civile retlige regler i forbindelse med afvisning af et direkte ansvar for mellemmanden i forbindelse med varemærkekrænkelser.

Såfremt EU-Domstolen var nået til, at der ikke forelå overføring i de tre sager, ville det derfor være medlemsstaternes nationale regler om medvirkensansvar, der blev afgørende for, om mellemændene kunne holdes ansvarlig for deres medvirken til brugernes krænkelser. Hermed ville et centralt spørgsmål i nutidens ophavsret ikke være undergivet EU-harmonisering. Selvom det ikke udtrykkes direkte i dommene, er der næppe tvivl om, at ønsket om integration og harmonisering, har haft afgørende betydning for dommenes resultat. Dette udtrykkes også ganske klart i generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse af *Stichting Brein I (Filmspeler)*-sagen (pkt. 3):

“Europa-Kommissionen, hvis opfattelse det forekommer mig deles af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, gør gældende, at ansvaret for sider af denne type er et spørgsmål om anvendelse af ophavsretten, som ikke kan løses på EU-retligt niveau, men inden for rammerne af medlemsstaternes interne retssystemer. En sådan tilgang ville imidlertid lade dette ansvar og i sidste ende rækkevidden af de rettigheder, der tilkommer indehaverne, være afhængige af de meget forskellige løsninger, der findes i de forskellige nationale retssystemer. Dette ville undergrave formålet med EU-lovgivningen på det relativt begrænsede område for ophavsret, som netop er at harmonisere rækkevidden af de rettigheder, som ophavsmændene og andre indehavere nyder på det indre marked. Dette er grunden til, at svaret på de problemer, der er rejst i nærværende sag, efter min opfattelse snarere skal søges i EU-retten.”

Det er almindeligt anerkendt i EU-retten, at Domstolens fortolkning er båret af sådanne harmoniseringsønsker, også benævnt “effektivitetsprincippet”. Spørgsmålet er dog, hvor langt dette princip kan og bør strække fortolkningen og tillade rum for ændringer af grundlæggende ophavsretlige strukturer.

I sit forslag til afgørelse af *GS Media*-sagen mente generaladvokat Wathelet ikke, at linking til værker, der var frit tilgængelige på internettet, havde karakter af en overføring til almenheden. Dette forslag valgte EU-Domstolen ikke at følge. Det er ikke usædvanligt, at EU-Domstolen vælger et andet resultat end foreslået af generaladvokaten, men ueenheden illustrerer forskellige opfattelser af, hvad overføringsbegrebet kan og bør dække.

Endnu mere markant er den danske generaladvokats Henrik Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, C-682/18 og C-683/18. Efter at have fastslået, at info-soc-direktivet ikke regulerer spørgsmål om sekundært ansvar (medvirkensansvar), afviser generaladvokaten EU-Domstolens praksis i *GS Media* og de to *Stichting Brein*-sager og siger dermed, at EU-Domstolen har anlagt en forkert fortolkning af direktivet i disse sager (pkt. 104):

“Jeg er af disse grunde forbeholden over for den argumentation, som Domstolen anvendte i *GS Media*-dommen, dommen i sagen *Stichting Brein I* (“Filmspeler”) og dommen i sagen *Stichting Brein II* (“The Pirate Bay”). Uanset om det er ønskeligt, at der på EU-plan findes en ensartet løsning for handlinger, der foretages af personer, som bevidst gør det

nemmere for tredjemænd at begå ulovlige handlinger, og selv om en sådan ensartethed ville bidrage til at sikre et højt beskyttelsesniveau for ophavsretten, forholder det sig efter min opfattelse ikke desto mindre således, at EU-retten på sit nuværende udviklingstrin ikke indeholder bestemmelser herom. Det tilkommer EU-lovgiver at indføre en ordning for sekundært ansvar i EU-retten.”

Dette er en bemærkelsesværdig klar tilkendegivelse om, at EU-Domstolen efter generaladvokatens opfattelse er gået for langt i de tre foregående sager, og har påtaget sig en kompetence, som reelt tilkommer lovgiver.

Generaladvokatens konklusion og afstandstagen til Domstolens praksis er efter min opfattelse berettiget. I realiteten har EU-Domstolen indført et EU-harmoniseret medvirkensansvar for mellemmand “ad bagvejen” ved at indfortolke et subjektivt kriterium i overføringsbegrebet og dermed lade det omfatte medvirkenshandling. Selv ikke harmoniseringsbestrebelse og fordelene ved en ensartet regulering på europæisk plan bør kunne strække fortolkningen af centrale begreber så langt, at man reelt gør op med grundlæggende ophavsretlige strukturer.

Imod denne kritik kunne indvendes, at DSM-direktivets art. 17 netop kodificerer den retstilstand, som EU-Domstolen har etableret med de tre afgørelser, idet bestemmelsen fastslår, at visse typer af mellemmand foretager en selvstændig overføring til almenheden, når brugere uploader ophavsretligt beskyttet materiale på deres tjenester. Man kunne derfor vælge at betragte det således, at EU-Domstolen ved sin fortolkning blot har etableret en retstilstand, som lovgiver efterfølgende har tilsluttet sig. Dette ville imidlertid være en forkert slutning. Selvom art. 17 fastslår, at mellemmand foretager en selvstændig overføring, er dette ikke baseret på et subjektivt kriterium, og bestemmelsen bryder derfor heller ikke med den grundlæggende ophavsretlige struktur på samme måde, som EU-Domstolens praksis gør. At lovgiver parallelt med afgørelsen af de tre sager arbejdede med ophavsretlig regulering af mellemmands ansvar og regler for, hvornår mellemmand foretager en selvstændig overføring, gør det blot ekstra betænkeligt, at Domstolen påtager sig en rolle, der minder om lovgivers.

EU-Domstolen har med de tre beskrevne domme påtaget sig en rolle, som der er grund til at være kritisk over for.⁹ Det forekommer imidlertid ikke sandsynligt, at EU-Domstolen vil følge generaladvokatens indstilling og bruge *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne til at ændre sin linje og undsige sin egen doktrin om mellemmandsoverføring. Under alle omstændigheder er Domstolens afgørelse i de tre sager endnu en illustration af den markante rolle EU-Domstolen spiller i udviklingen af europæisk ophavsret. Den bliver også en illustration af, at man ved fortolkningen af de (nationale) ophavsretlige regler, skal have en forståelse for, hvordan EU-Domstolen tænker, herunder at integrationshensyn kan spille en væsentlig rolle i reglernes fortolkning – også selvom man finder, at EU-Domstolen i nogle sager strækker dette hensyn og sin egen kompetence for langt.

6. Fremtidens mellemmandsret – et puslespil med mange brikker

EU-Domstolens afgørelser om mellemmands overføring til almenheden og DSM-direktivets art. 17 er brikker i det større puslespil om mellemmands ansvar for brugernes deling af ophavsretligt beskyttet materiale. Dette puslespil er blevet stadig mere komplekst i de senere år.

EU-Domstolens doktrin om mellemmands ansvar giver i sig selv anledning til spørgsmål om, hvor langt mellemmandsoverføring under infoc-direktivets art. 3 kan strækkes og dermed også, hvor grænserne går mellem dette ansvar og medvirkensansvaret under national ret. DSM-direktivets art. 17 rummer også mange uafklarede spørgsmål, bl.a. forårsaget af de nævnte åbne formuleringer i definitionen af onlineindholdsdelingstjenester, og de tilsvarende brede formuleringer om “bedste indsats” i ansvarsfritagelsesbestemmelsen i stk. 4. Også ansvarsfritagelsesbestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 14 rejser vanskelige spørgsmål, ikke mindst fordi reglen blev til, før mange af de nuværende mellemmandstjenester eksisterede. I det lys er det bemærkelses-

9. Se således også Ohly, note 3 ovenfor og Rosati “GS Media and Its Implications for the Construction of the Right to the Public within EU Copyright Architecture, 29. marts, 2017, 54(4) *Common Market Law Review* 1221-1242, tilgængelig fra SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2943040>>.

værdigt, at Kommissionens udkast til Digital Services Act¹⁰ lægger op til i det væsentlige at lade bestemmelsen bestå uændret. At spørgsmålet om mellemmandsansvar giver anledning til betydelig retsusikkerhed, illustreres også af, at både spørgsmålet om rækkevidden af overførbegrebet i infosoc-direktivets art. 3 og af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. e-handelsdirektivets art. 14 er genstand for flere verserende sager for EU-Domstolen udover *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne.¹¹

Det er ikke kun spørgsmålet om, hvornår mellemmand kan holdes straf- og erstatningsansvarlige, der har betydning i mellemmandsretten. Det er således også et centralt spørgsmål, hvornår mellemmand ved påbud kan forpligtes at fjerne og eventuelt også forhindre genupload af ulovligt indhold. EU-Domstolen har i flere sager forholdt sig til, hvorvidt pålæg om at føre indholdskontrol, var i strid med overvågningsforbuddet i e-handelsdirektivets art. 15. Senest har EU-Domstolen (uden for det ophavsretlige område) i C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, fastslået, at det ikke var i strid med art. 15 at pålægge Facebook en pligt til at sikre, at ærekrænkende ytringer ikke blev genuploadet. Hvor langt sådanne forpligtelser kan strækkes uden at komme i konflikt med overvågningsforbuddet, må forventes at blive genstande for fortsatte retlige tvister. I øjeblikket verserer bl.a. en sag for EU-Domstolen, C-401/19, hvor den polske regering har gjort gældende, at den pligt til indholdskontrol, der følger af DSM-direktivets art. 17, stk. 4, er i strid med EU's charter om grundlæggende rettigheder.

Reguleringen af mellemmandsansvaret er således et komplekst og stort puslespil med mange ulagte brikker. Nogle af disse brikker vil blive lagt med *Peterson (YouTube)* og *Elsevier (Uploaded)*-sagerne, hvor Domstolen får mulighed for at forholde sig til grænserne for sin egen doktrin om mellemmandsoverføring og for ansvarsfritagelsesbestemmelsen i art. 14. Det kan således være, at puslespillet allerede ser anderledes ud, når Jørgen får overrakt dette festsskrift, hvis EU-Domstolen på dette tidspunkt, har truffet afgørelse i sagerne. Men uanset hvad Domstolen

10. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om et indre marked for digitale tjenester (retsakt om digitale tjenester) og om ændring af direktiv 2000/31/EF, COM(2020) 825

11. Se sagerne C-442/19, *Stichting Brein III*, C-500/19, *Puls 4 TV*, og C-597/19, *M.I.C.M.*

når frem til, bliver det med sikkerhed ikke de sidste brikker, der lægges. De nærmere grænser for mellemmands ansvar vil også være blandt ophavsrettens centrale spørgsmål i de kommende år, og området vil utvivlsomt fortsat være leverandør af sager til EU-Domstolen. Lad os håbe, at Domstolen vil udvikle området i respekt for ophavsrettens grundlæggende strukturer.