



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 15. juli 2021¹

Sag C-401/19

**Republikken Polen
mod
Europa-Parlamentet**

Rådet for Den Europæiske Union

»Annulationssøgsmål – direktiv (EU) 2019/790 – ophavsret og beslægtede rettigheder – udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters anvendelse af beskyttet indhold – overføring til almenheden – disse udbyderes ansvar – artikel 17 – ansvarsfritagelse – artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine – filtrering af indhold, der gøres tilgængeligt online af brugerne – ytrings- og informationsfrihed – Den Europæiske Unions chartret om grundlæggende rettigheder – artikel 11, stk. 1 – forenelighed – garantier til afgrænsning af denne filtrering«

I. Indledning

1. Med dette søgsmål, der er anlagt på grundlag af artikel 263 TEUF, har Republikken Polen principalt nedlagt påstand om annulation af artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, i 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/EF² og subsidiært nedlagt påstand om annulation af nævnte artikel 17 i sin helhed.

2. Søgsmålet giver Domstolen lejlighed til at behandle spørgsmålet om, hvilket ansvar der påhviler leverandører af onlinedelingstjenester, når indhold, der er beskyttet af ophavsret eller beslægtede rettigheder, gøres tilgængeligt online³ af brugerne af deres tjenester.

3. Dette er en problematik, som Domstolen allerede er blevet forelagt i de forenede sager C-682/18, YouTube, og C-683/18, Cyando, i lyset af den ramme, der udgøres af direktiv 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«)⁴ og af direktiv 2001/29/EF om

¹ – Originalsprog: fransk.

² – EUT 2019, L 130, s. 92.

³ – Jeg vil uden at sondre anvende udtrykkene »gjort tilgængeligt online« og »uploading« til at betegne den proces, hvorved et digitalt indhold gøres tilgængeligt for offentligheden på websteder eller applikationer til intelligente enheder knyttet til disse delingstjenester.

⁴ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 8.6.2000 (EUT 2000, L 178, s. 1).

harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet⁵. Denne gang drejer det sig om en undersøgelse af artikel 17 i direktiv 2019/790, der fastsætter en ny ansvarsordning gældende for udbydere af onlinedelingstjenester.

4. Som det vil fremgå af dette forslag til afgørelse, pålægger denne bestemmelse på en nyskabende måde disse udbydere forpligtelser til at overvåge det indhold, som deres brugere gør tilgængeligt online, for at forhindre uploading af beskyttede værker og frembringelser, som rettighedshaverne ikke ønsker at gøre tilgængelige på disse tjenester. Denne forebyggende overvågning vil som hovedregel finde sted i form af en filtrering af indholdet ved hjælp af it-værktøjer.

5. Denne filtrering rejser imidlertid komplekse spørgsmål, som sagsøgeren har påpeget, med hensyn til ytrings- og informationsfriheden for brugerne af delingstjenesterne, som er sikret ved artikel 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Domstolen bør i forlængelse af *Scarlet Extended-dommen*⁶, *SABAM-dommen*⁷ og *Glawischnig-Piesczek-dommen*⁸ afgøre i givet fald, på hvilke betingelser en sådan filtrering er forenelig med denne frihed. Ved dens afgørelse bør der tages hensyn til de fordele, men også de risici, som en sådan filtrering indebærer, og det skal i denne forbindelse sikres, at der opretholdes en »rimelig balance« mellem på den ene side rettighedshavernes interesse i en effektiv beskyttelse af deres intellektuelle ejendomsret og på den anden side brugernes og almenhedens interesse i den frie informationsstrøm på internettet.

6. Jeg vil i dette forslag til afgørelse forklare, at EU-lovgiver efter min opfattelse, under overholdelse af ytringsfriheden, kan pålægge visse onlineformidlere sådanne forpligtelser til overvågning og filtrering, dog på betingelse af, at disse forpligtelser er omgærdet af tilstrækkelige garantier for at minimere filtreringens indvirkning på denne frihed. Eftersom artikel 17 i direktiv 2019/790 efter min opfattelse indeholder sådanne garantier, vil jeg foreslå Domstolen at fastslå, at denne bestemmelse er gyldig, og at Europa-Parlamentet og Rådet følgelig skal frifindes⁹.

⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 (EUT 2001, L 167, s. 1).

⁶ – Dom af 24.11.2011 (C-70/10, herefter »*Scarlet Extended-dommen*«, EU:C:2011:771).

⁷ – Dom af 16.2.2012 (C-360/10, herefter »*SABAM-dommen*«, EU:C:2012:85).

⁸ – Dom af 3.10.2019 (C-18/18, herefter »*Glawischnig-Piesczek-dommen*«, EU:C:2019:821).

⁹ – Jeg vil straks præcisere, at efter affattelsen af det foreliggende forslag til afgørelse – og under fasen med forslagets oversættelse – blev der *for det første* afsagt dom af 22.6.2021, *YouTube og Cyando* (C-682/18 og C-683/18, EU:C:2021:503), og *for det andet* offentliggjorde Kommissionen sine retningslinjer for anvendelse af artikel 17 i direktiv 2019/790 (Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet, *Vejledning om artikel 17 i direktiv 2019/790 om ophavsret på det digitale indre marked*, 4.6.2021 (COM(2021) 288 final)). Henset til det fremskredne trin, hvorpå dette forslag til afgørelse befandt sig på de nævnte tidspunkter, har jeg begrænset mig til at undersøge de to nævnte tekster i et post scriptum, som findes i punkt 221 ff. i dette forslag til afgørelse.

II. Retsforskrifter

A. Direktiv 2000/31/EF

7. Artikel 14 i direktiv 2000/31 med overskriften »Oplagring (»Hosting«)» bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne sikrer, at tjenesteyderen i tilfælde af levering af en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af information leveret af en tjenestemodtager, ikke pådrager sig ansvar for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager, forudsat:

- a) at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, eller
- b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.«

8. Dette direktivs artikel 15, der har overskriften »Ingen generel overvågningsforpligtelse«, bestemmer i stk. 1:

»Med hensyn til levering af de i artikel 12, 13 og 14 omhandlede tjenester må medlemsstaterne ikke pålægge tjenesteyderne en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.«

B. Direktiv 2001/29

9. Artikel 3 i direktiv 2001/29, der har overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser«, bestemmer følgende i stk. 1 og 2:

»1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

2. Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade og forbyde trådbunden eller trådløs tilrådighedsstillelse for almenheden på en sådan måde, at almenheden får adgang til de pågældende værker på et individuelt valgt sted og tidspunkt:

- a) for udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser
- b) for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer
- c) for producenter af den første filmoptagelse for så vidt angår den originale film eller eksemplarer heraf, og
- d) for radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser, hvad enten der er tale om trådbunden eller trådløs transmission, herunder via kabel eller satellit.«

10. Dette direktivs artikel 5 med overskriften »Undtagelser og indskrænkninger« bestemmer i stk. 3:

»Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

[...]

d) hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser [...]

[...]

k) hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche

[...]«

C. Direktiv 2019/790

11. Artikel 17 i direktiv 2019/790 med overskriften »Udbydere af onlineindholdsdelingstjenesters anvendelse af beskyttet indhold« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne fastsætter, 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.

En udbyder af onlineindholdsdelingstjenester skal derfor indhente tilladelse fra de i artikel 3, stk. 1 og 2, i [direktiv 2001/29] omhandlede rettighedshavere, f.eks. ved at indgå en licensaftale, med henblik på at overføre værker eller andre frembringelser til almenheden eller stille dem til rådighed for almenheden.

2. Medlemsstaterne sørger for, at når en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester har indhentet en tilladelse, f.eks. ved at indgå en licensaftale, omfatter denne tilladelse også handlinger, der udføres af brugere af de tjenester, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3 i [direktiv 2001/29], når de ikke handler på et kommercielt grundlag, eller når deres aktivitet ikke skaber betydelige indtægter.

3. Når en udbyder af onlineindholdsdelingstjenester 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], ikke anvendelse på de situationer, der er omfattet af nærværende artikel.

Dette stykkes første afsnit berører ikke den eventuelle anvendelse af artikel 14, stk. 1, i [direktiv 2000/31] på disse tjenesteudbydere til formål, der ikke er omfattet af nærværende direktivs anvendelsesområde.

4. Hvis der ikke er givet tilladelse, er udbydere af onlineindholdsdelingstjenester ansvarlige for uautoriseret overføring til almenheden, herunder tilrådighedsstillelse for almenheden, af ophavsretligt beskyttede værker og andre frembringelser, medmindre tjenesteudbyderne påviser, at de har:

- a) gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse, og
- b) i overensstemmelse med de høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt gjort deres bedste for at sikre, at specifikke værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, og under alle omstændigheder
- c) handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne for at blokere adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder, og gjort deres bedste indsats for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse med litra b).

5. Ved fastlæggelsen af, om tjenesteudbyderen har opfyldt sine forpligtelser i henhold til stk. 4 og i lyset af proportionalitetsprincippet, tages bl.a. følgende elementer i betragtning:

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

[...]

7. Samarbejdet mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere må ikke føre til blokering af adgangen til værker eller andre frembringelser, der uploades af brugere, og som ikke krænker ophavsret og beslægtede rettigheder, herunder når sådanne værker eller frembringelser er omfattet af en undtagelse eller indskrænkning.

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 onlineindholdsdelingstjenester:

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

8. Anvendelsen af denne artikel medfører ikke nogen generel overvågningsforpligtelse.

Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester efter anmodning fra rettighedshaverne skal give disse tilstrækkelige oplysninger om, hvordan deres praksis fungerer med hensyn til det samarbejde, der er omhandlet i stk. 4, og, når der er indgået licensaftaler mellem tjenesteudbydere og rettighedshavere, oplysninger om anvendelsen af indhold, der er omfattet af aftalerne.

9. Medlemsstaterne sørger for, at udbydere af onlineindholdsdelingstjenester etablerer en effektiv og hurtig klageordning, som står til rådighed for brugerne af deres tjenester i tilfælde af

uenighed om blokering af adgang til eller fjernelse af værker eller andre frembringelser, som de har uploadet.

Hvis rettighedshavere anmoder om, at adgangen til deres specifikke værker eller andre frembringelser blokeres, eller at disse værker eller andre frembringelser fjernes, skal de behørigt begrunde deres anmodninger. Klager, der indgives i henhold til den i første afsnit fastsatte ordning, skal behandles uden unødigt forsinkelse, og afgørelser om at blokere adgangen til eller fjerne indhold, der er uploadet, skal underkastes menneskelig kontrol. Medlemsstaterne sikrer også, at der findes udenretslige ordninger for tvistbilæggelse. Sådanne ordninger skal gøre det muligt at bilægge tvister upartisk og fratager ikke brugeren den retsbeskyttelse, der er fastsat i national ret, uden at dette berører brugernes ret til at anvende effektive retsmidler. Medlemsstaterne sikrer navnlig, at brugere har adgang til en domstol eller en anden relevant retslig myndighed for at påberåbe sig brugen af en undtagelse fra eller en indskrænkning af reglerne om ophavsret og beslægtede rettigheder.

Dette direktiv berører på ingen måde lovlig anvendelse, såsom anvendelse i henhold til undtagelser eller indskrænkninger, der er fastsat i EU-retten [...]

Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester skal i deres vilkår og betingelser informere brugerne om, at de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser fra eller indskrænkninger af ophavsret og beslægtede rettigheder, der er fastsat i EU-retten.

10. Fra den 6. juni 2019 arrangerer Kommissionen i samarbejde med medlemsstaterne interessentdialoger for at drøfte bedste praksis for samarbejdet mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere. Kommissionen udarbejder i samråd med udbydere af onlineindholdsdelingstjenester, rettighedshavere, brugerorganisationer og andre relevante interessenter og under hensyntagen til resultaterne af interessentdialogerne vejledning om anvendelsen af denne artikel, navnlig for så vidt angår det samarbejde, der er omhandlet i stk. 4. Når der drøftes bedste praksis, tages der bl.a. hensyn til behovet for at sikre balance mellem grundlæggende rettigheder og til anvendelsen af undtagelser og indskrænkninger. I forbindelse med denne interessentdialog skal brugerorganisationer have adgang til tilstrækkelige oplysninger fra udbydere af onlineindholdsdelingstjenester om deres praksis hvad angår stk. 4.«

III. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for nærværende sag

A. Forslaget til direktiv om ophavsret på det digitale indre marked

12. Den 14. september 2016 fremsatte Europa-Kommissionen et forslag til direktiv om ophavsret på det digitale indre marked¹⁰. Formålet med forslaget var at tilpasse EU's regler om ophavsret til litterære og kunstneriske værker – ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder – navnlig direktiv 2001/29, til udviklingen af digitale teknologier¹¹. Det havde desuden til formål at gennemføre en yderligere harmonisering på dette område på en måde, som både fortsat sikrer et højt niveau for beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret og samtidig sikrer en bred adgang til kreativt indhold i hele EU og i det digitale miljø opretholder en »rimelig balance« i forhold til andre offentlige interesser.

¹⁰ – Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ophavsret på det digitale indre marked (COM(2016) 593 final) (herefter »direktivforslaget«).

¹¹ – Jf. begrundelsen til direktivforslaget, s. 2 og 3.

13. På denne baggrund tog dette forslags artikel 13 nærmere bestemt sigte på at afhjælpe det eksisterende »value gap«, dvs. forskellen mellem den værdi, som udbyderne af onlinedelingstjenesterne trækker ud af beskyttede værker og frembringelser, og de indtægter, som de fører tilbage til rettighedshaverne¹².

14. Det skal i denne forbindelse anføres, at disse tjenester, der er karakteristiske for det interaktive »web 2.0« – med YouTube¹³, Soundcloud og Pinterest som de mest kendte eksempler – giver alle og enhver mulighed for automatisk at gøre det indhold, de måtte ønske, tilgængeligt online, uden at udbyderne af tjenesterne forinden foretager en udvælgelse. Det indhold, der gøres tilgængeligt online af brugerne af disse tjenester – almindeligvis betegnet som »user-generated content« eller »user-uploaded content« – kan derefter tilgås via streaming (løbende afspilning) fra de pågældende tjenesters websteder eller deres applikationer til intelligente enheder – idet denne tilgang gøres nemmere med de indekserings-, søgnings- og anbefalingsfunktioner, som almindeligvis forefindes dér – som oftest gratis – da udbyderne af disse tjenester normalt modtager vederlag ved salg af reklameplads. En meget stor mængde indhold¹⁴ stilles således til rådighed for almenheden på internettet, herunder en betydelig del beskyttede værker og frembringelser.

15. Siden 2015 har rettighedshaverne imidlertid, navnlig inden for musikbranchen, gjort gældende, at mens disse onlinedelingstjenester reelt er vigtige aktører inden for onlinedistribution af beskyttede værker og frembringelser, og mens deres udbydere får betydelige reklameindtægter herfra, betaler de ikke rettighedshaverne et rimeligt vederlag. De indtægter, som de får fra disse udbydere, er navnlig af ubetydelig størrelse i forhold til de beløb, som musikstreamingtjenester – som f.eks. Spotify – betaler til rettighedshaverne, selv om de to typer tjenester ofte opfattes af forbrugerne som ligestillede kilder til adgang til de pågældende frembringelser. Dette fører ligeledes til illoyal konkurrence mellem de nævnte tjenester¹⁵.

16. For at forstå »value gap«-argumentet er det nødvendigt at se nærmere på de retlige rammer, der var gældende før vedtagelsen af direktiv 2019/790, og den usikkerhed, der prægede dem.

17. *For det første* skal jeg minde om, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde »overføring til almenheden« af deres værker, herunder »tilrådighedsstillelse« af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt¹⁶. Tilsvarende rettigheder tillægges indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder for så vidt angår deres beskyttede frembringelser¹⁷, jf. dette

¹² – Jf. direktivforslaget, s. 3, og »Commission Staff Working Document, impact assesement on the modernisation of EU copyright rules«, (SWD (2016) 301 final) (herefter »konsekvensanalysen«), del 1/3, s. 137-141.

¹³ – Jf., vedrørende YouTube-plattformen mit forslag til afgørelse YouTube og Cyando (C-682/18 og C-683/18, herefter »forslaget til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen«, EU:C:2020:586, punkt 14-18).

¹⁴ – Hver dag offentliggøres således flere hundrede tusinder videoer på YouTube af denne platforms brugere, som ifølge Google udgør mere end 1,9 mia. mennesker. Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 43.

¹⁵ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 137, 139 og 142 samt del 3/3, bilag 12B.

¹⁶ – Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 indeholder således strengt taget en »[ret] til overføring af værker til almenheden« og en »[ret] til tilrådighedsstillelse for almenheden«. Eftersom den førstnævnte rettighed indbefatter den sidstnævnte, vil jeg dog for nemheds skyld uden at sondre anvende udtrykket »overføring til almenheden« til at betegne disse to rettigheder.

¹⁷ – Jf. opregningen i artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29, der er gengivet i dette forslag til afgørelses punkt 9.

direktivs artikel 3, stk. 2¹⁸. Principielt¹⁹ kan en tredjemand således ikke »overføre« et beskyttet værk eller en beskyttet frembringelse »til almenheden« uden på forhånd at have indhentet tilladelse fra indehaveren eller indehaverne af rettighederne hertil, idet denne tilladelse almindeligvis har form af en licensaftale, som indgås mod vederlag²⁰. Selv om det altid har været klart, at der er tale om »overføring til almenheden«, når en bruger gør et værk eller en frembringelse, der er beskyttet, tilgængelig online på en delingstjeneste, hvilket kræver en sådan forudgående tilladelse, var spørgsmålet om, hvorvidt udbydere af disse tjenester selv skulle indgå licensaftaler og betale indehaverne af rettighederne, genstand for uenighed mellem disse udbydere og rettighedshavere²¹.

18. *For det andet* indeholder artikel 14 i direktiv 2000/31 en »safe harbour« for leverandører af informationssamfundstjenester, der består i oplagring af indhold leveret af tredjemand. Denne bestemmelse fastsætter i det væsentlige, at en leverandør af en sådan tjeneste er fritaget for ethvert ansvar, der kan følge²² af det ulovlige indhold, som udbyderen oplagrer på anmodning af brugerne af denne tjeneste, for så vidt som denne ikke har kendskab til dette eller i givet fald straks fjerner det. Også her var der dog uenighed om, hvorvidt udbydere af onlineindholdsdelingstjenester kunne være omfattet af denne fritagelse på det ophavsretlige område²³.

19. Disse uenigheder var så meget desto skarpere, som Domstolen hidtil ikke havde haft lejlighed til at tage stilling til de nævnte spørgsmål²⁴.

20. I denne sammenhæng havde visse udbydere af delingstjenester ganske enkelt afvist at indgå licensaftaler med indehaverne af rettighederne til de beskyttede værker og frembringelser, som brugerne af deres tjenester havde gjort tilgængelige online, ud fra den opfattelse, at de ikke var forpligtet hertil. Andre udbydere havde dog indvilget i at indgå sådanne aftaler, men ifølge rettighedshaverne var aftalevilkårene ikke rimelige, da de ikke kunne forhandle på lige vilkår med de nævnte udbydere²⁵.

21. På denne baggrund var formålet med direktivforslaget således *for det første* at sikre, at rettighedshaverne kan opnå et større vederlag for anvendelsen af deres beskyttede værker og frembringelser på onlinedelingstjenesterne, idet det bekræftede, at udbydere af disse tjenester var forpligtede til at indgå licensaftaler med disse rettighedshavere²⁶.

¹⁸ – Strengt taget tillægger artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29 udelukkende indehavere af beslægtede rettigheder eneret til at stille deres beskyttede frembringelser »til rådighed for almenheden«. Deres ret til »kommunikation til offentligheden« i streng forstand indrømmes i artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12.12.2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EUT 2006, L 376, s. 28). Sidstnævnte ret er en eneret for visse indehavere af beslægtede rettigheder; for andres vedkommende er der alene tale om en ret til vederlag. Disse nuanceforskelle er dog uden betydning for den foreliggende sag. Jeg vil derfor kun henvise til artikel 3 i direktiv 2001/29.

¹⁹ – Med forbehold af undtagelser fra og indskrænkninger af ophavsretten (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 144).

²⁰ – Jf. bl.a. dom af 14.11.2019, Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

²¹ – Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 53-93.

²² – Artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 finder horisontal anvendelse på alle former for indhold og ansvar, uanset hvilket retsområde der er tale om (intellektuel ejendomsret, ærekrænkelser, hadefuld tale på internettet osv.). Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 138 og fodnote 128.

²³ – Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 132-168.

²⁴ – Det har den i et vist omfang gjort i dom af 22.6.2021, YouTube og Cyando (C 682/18 og C-683/18, EU:C:2021:503). Jf. herom vedrørende denne dom, punkt 222 i dette forslag til afgørelse.

²⁵ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 140.

²⁶ – Jf. begrundelsen til direktivforslaget, s. 3.

22. *For det andet* var formålet med dette forslag at gøre det lettere for rettighedshaverne at kontrollere anvendelsen af deres beskyttede værker og frembringelser på de pågældende tjenester. I denne henseende forpligtede artikel 13 i det væsentlige disse tjenesters udbydere til at gøre brug af de værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse, som visse udbydere allerede har indført, dvs. it-værktøjer, hvis funktion er beskrevet nedenfor²⁷, som bl.a. kan anvendes på det tidspunkt, hvor en bruger gør et indhold tilgængeligt online – heraf fællesbetegnelsen »upload filter«, der anvendes om disse værktøjer – til ved hjælp af en automatisk proces at kontrollere, om indholdet omfatter et beskyttet værk eller en anden beskyttet frembringelse, og i givet fald blokere udbredelsen²⁸.

23. Direktivforslaget, navnlig dets artikel 13, gav i løbet af lovgivningsprocessen anledning til adskillige drøftelser i Parlamentet og Rådet. Denne proces var desuden præget af massive lobbykampagner fra de berørte erhvervsdrivendes side og af protestdemonstrationer blandt en del af civilsamfundet, akademiske kredse og forsvarere af ytringsfriheden, der fremhævede de negative virkninger, som udbyderne af delingstjenesters pligt til at indføre »upload filters« ifølge deres opfattelse kunne have for ytringsfriheden²⁹.

24. Direktivforslaget blev endeligt vedtaget af Parlamentet den 26. marts 2019 og af Rådet den 16. april 2019³⁰. Forslaget blev officielt vedtaget som direktiv 2019/790 den 17. april 2019. Direktivet skulle senest være gennemført af medlemsstaterne den 7. juni 2021³¹.

B. Artikel 17 i direktiv 2019/790

25. I løbet af denne lovgivningsproces blev direktivforslagets artikel 13 ændret flere gange. Den blev vedtaget, i en væsentligt anderledes affattelse, som artikel 17 i direktiv 2019/790. Jeg finder det hensigtsmæssigt først at redegøre for visse grundlæggende aspekter.

26. *For det første* er artikel 17 i direktiv 2019/790 – som det fremgår af overskriften – rettet til »udbydere af onlineindholdsdelingstjenester«³². Dette begreb defineres i dette direktivs artikel 2, nr. 6), første afsnit, 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«. Uanset de

²⁷ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 57.

²⁸ – Jf. 38. betragtning, tredje afsnit, og 39. betragtning til samt artikel 13, stk. 1, i direktivforslaget.

²⁹ – Jf. bl.a. andragendet »Stop the censorship-machinery! Save the Internet!« (på adressen <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet>). Jf. ligeledes De Forenede Nationer, D. Kaye, »Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression«, 13.6.2018, samt »Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing«, 26.4.2018.

³⁰ – Direktiv 2019/790 blev ikke vedtaget enstemmigt. Ved den endelige afstemning i Rådet stemte seks medlemsstater (Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Republikken Polen, Republikken Finland og Kongeriget Sverige) imod teksten, mens tre medlemsstater (Kongeriget Belgien, Republikken Estland og Republikken Slovenien) undlod at stemme (jf. dok. 8612/19 af 16.4.2019, »Afstemningsresultat, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (førstebehandling)«, der er tilgængeligt på adressen <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/da/pdf>). I øvrigt gav adskillige medlemsstater, i forskellige erklæringer, udtryk for deres bekymringer med hensyn til dette direktivs virkninger for brugernes rettigheder (jf. den fælles erklæring fra Nederlandene, Luxembourg, Polen, Italien og Finland, erklæring fra Estland og erklæring fra Tyskland, der er tilgængelige på adressen <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/DA/pdf>).

³¹ – Direktiv 2019/790 blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 17.5.2019. Det trådte i kraft den 7.6. samme år (jf. dette direktivs artikel 29 og 31).

³² – Jeg vil for nemheds skyld henvise til »udbyder af delingstjenester«.

anvendte udtryks åbne karakter fremgår det tydeligt heraf, at artikel 17 vedrører de »store« udbydere af delingstjenester, der anses for at være forbundet med det nævnte »value gap«³³, hvis funktionsmåde denne definition tydeligt tager sigte på at afspejle³⁴.

27. *For det andet anføres* det i artikel 17, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2019/790, at en udbyder af delingstjenester »foretager en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden med henblik på dette direktiv, når den pågældende giver offentlig adgang til ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser, der uploades af brugerne«. Som det præciseres i dette stykkes andet afsnit, skal disse udbydere, principielt, indhente tilladelse fra rettighedshaverne, f.eks. ved at indgå en licensaftale, vedrørende anvendelsen af beskyttet indhold, der af brugerne gøres tilgængeligt online på deres tjenester³⁵. EU-lovgiver afgjorde således ex lege den i dette forslag til afgørelses punkt 17 anførte uenighed til fordel for rettighedshaverne³⁶.

28. Denne forpligtelse er direkte relateret til det generelle formål, som forfølges med artikel 17 i direktiv 2019/790, dvs. »at skabe en velfungerende og retfærdig markedsplads for ophavsret«³⁷ ved at fremme udviklingen af »licensmarkedet mellem rettighedshavere og udbydere af onlineindholdsdelingstjenester«. Der er tale om en styrkelse af disse rettighedshavers stilling under forhandlingen (eller genforhandlingen) af licensaftaler med disse udbydere for at sikre, at disse aftaler er »rimelige« og sikrer en »rimelig balance mellem begge parter«³⁸ – og herved afhjælpe det nævnte »value gap«. Rettighedshavernes forhandlingsposition styrkes så meget desto mere, som de, principielt, ikke har pligt til at indgå sådanne aftaler med de pågældende udbydere³⁹.

29. *For det tredje* præciseres det i artikel 17, stk. 3, i direktiv 2019/790, at når en udbyder af delingstjenester foretager en »overføring til almenheden« eller »tilrådighedsstillelse for almenheden« på de i denne artikels stk. 1 fastsatte betingelser, finder den ansvarsfritagelse, der er fastsat i artikel 14 i direktiv 2000/31, ikke anvendelse⁴⁰.

30. *For det fjerde* præciseres det i artikel 17, stk. 4, at udbydere af delingstjenester er ansvarlige for »uautoriseret«⁴¹ overføring til almenheden, der foretages ved hjælp af deres tjenester, hvis de ikke har opnået en tilladelse fra rettighedshaverne. Der er her tale om en logisk konsekvens af det

³³ – I øvrigt præciseres det i 62. betragtning til direktiv 2019/790, at udtrykket »udbydere af onlineindholdsdelingstjenester« vedrører tjenester, der »spiller en vigtig rolle på markedet for onlineindhold ved at konkurrere med andre onlineindholdsdelingstjenester såsom online lyd- og videostreamingtjenester om det samme publikum«, hvilket afspejler de argumenter, der er sammenfattet i dette forslag til afgørelses punkt 14 og 15.

³⁴ – Artikel 2, nr. 6), andet afsnit, i direktiv 2019/790 indeholder en ikke-udtømmende liste over tjenesteudbydere, hvorpå dette direktivs artikel 17 ikke skal anvendes.

³⁵ – Dette ansvar erstatter ikke, men gælder sammen med det ansvar, som påhviler de brugere, der uploader indholdet, og som selv foretager særskilte »overføringer til almenheden«. Jf. ikke desto mindre fodnote 265 i dette forslag til afgørelse.

³⁶ – Det fremgår af 64. betragtning til direktiv 2019/790, at der er tale om en »præcisering«. Efter min opfattelse omdefinerede EU-lovgiver reelt rækkevidden af retten til »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3 i direktiv 2001/29 (alene) med henblik på anvendelsen af nævnte artikel 17. Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 250-255.

³⁷ – Tredje betragtning til direktiv 2019/790.

³⁸ – Jf. 61. betragtning til direktiv 2019/790.

³⁹ – Jf. 61. betragtning til direktiv 2019/790, hvor det præciseres, at »[d]a aftalefriheden ikke bør blive berørt af disse bestemmelser, bør rettighedshaverne ikke være forpligtet til at give en tilladelse eller indgå licensaftaler«.

⁴⁰ – Som det præciseres i artikel 17, stk. 3, andet afsnit, i direktiv 2019/790, berører dette ikke anvendelsen af denne artikel 14 på udbyderne af delingstjenester til formål, der ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Som jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 141-168, er de pågældende udbydere efter min opfattelse omfattet af den i artikel 14 foreskrevne undtagelse i andre situationer. Som Kommissionen har gjort gældende, er artikel 17, stk. 3, i direktiv 2019/790 således en lex specialis i forhold til denne artikel 14.

⁴¹ – Dette skal forstås således, at udbyderne er ansvarlige for »ulovlig« overføring til almenheden, dvs. uautoriseret overføring, for hvilken der ikke gælder nogen undtagelse eller begrænsning (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 143 ff.).

ovenfor anførte: Eftersom disse udbydere nu anses for at foretage »overføring til almenheden«, når de »giver adgang« til de beskyttede værker og andre frembringelser, som uploades af brugerne af deres tjenester, bærer de et *direkte ansvar* (eller »primært«) i tilfælde af ulovlig »overføring«.

31. Det direkte ansvar, der pålægges en person, som foretager en ulovlig »overføring til almenheden«, er i princippet et objektivt ansvar⁴². Udbydere af delingstjenester skulle således automatisk være ansvarlige, hver gang et beskyttet værk eller en beskyttet frembringelse ulovligt gøres tilgængelig online på deres tjenester. Som sådan kunne de bl.a. dømmes til at betale de berørte rettighedshavere en potentielt betydelig erstatning⁴³.

32. Eftersom det *på den ene side* er brugerne af delingstjenesterne, der gør indholdet på disse tjenester tilgængelig online, uden at udbyderne på forhånd foretager en udvælgelse⁴⁴, og disse udbydere *på den anden side* sandsynligvis ikke ville kunne indhente tilladelse fra alle rettighedshavere til samtlige – nuværende og fremtidige – beskyttede værker og andre frembringelser, som således ville kunne uploades⁴⁵, ville et sådant ansvar imidlertid have tvunget udbyderne til fuldstændig at ændre forretningsmodel – og herved opgive selve den interaktive »web 2.0«-model.

33. Derfor vurderede EU-lovgiver, at der skulle indføres en særlig ansvarsordning for disse udbydere⁴⁶. I henhold til artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790 kan de, såfremt der er sket ulovlig »overføring til almenheden« ved brug af deres tjenester, fritages for ethvert ansvar ved at godtgøre, at de har:

- »a) gjort deres bedste indsats for at opnå en tilladelse, og
- b) i overensstemmelse med de høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt gjort deres bedste for at sikre, at specifikke værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, ikke er tilgængelige, og under alle omstændigheder
- c) handlet hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne for at blokere adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder, og gjort deres bedste indsats for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse med litra b)«.

34. To af disse kumulative betingelser udgør kernen i den foreliggende sag. De øvrige stykker i artikel 17 i direktiv 2019/790 vil blive gennemgået i løbet af behandlingen af denne sag⁴⁷.

⁴² – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 100 og 101.

⁴³ – Jf. artikel 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45).

⁴⁴ – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 73-78.

⁴⁵ – *Først og fremmest* er det ikke alle rettighedshavere, der vil give tilladelse til anvendelsen af deres beskyttede værker og frembringelser på disse tjenester. *Endvidere* vil det ganske vist være forholdsvis let for udbydere af delingstjenester i givet fald at indgå licensaftaler med de »store« eller de kollektive forvaltningsorganisationer, mens det vil være mere kompliceret hvad angår de utallige »små« rettighedshavere og individuelle ophavsmænd. *Endelig* øges denne kompleksitet af den omstændighed, at det indhold, der gøres tilgængeligt online på delingstjenesterne, kan involvere mange forskellige former for rettigheder, og at ophavsret og beslægtede rettigheder er undergivet territorialprincippet. Licenser gælder således for de individuelle lande, hvilket mangedobler antallet af tilladelser, der skal indhentes.

⁴⁶ – Jf. 66. betragtning til direktiv 2019/790.

⁴⁷ – Med undtagelse af artikel 17, stk. 6, i direktiv 2019/790, som fastsætter særlige betingelser for ansvarsfritagelse for »nye« udbydere af delingstjenester, hvilket ikke er omfattet af genstanden for nærværende søgsmål.

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

35. Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 24. maj 2019 har Republikken Polen anlagt nærværende sag.

36. Republikken Polen har nedlagt følgende påstande:

- Artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, dvs. for så vidt som den vedrører ordlyden »og gjort deres bedste indsats for at forhindre, at de fremover uploades, i overensstemmelse med litra b)«, i direktiv 2019/790 annulleres.
- Subsidiært, såfremt Domstolen er af den opfattelse, at de anfægtede bestemmelser ikke kan adskilles fra resten af artikel 17 i dette direktiv uden at ændre dens indhold, annulleres denne artikel i sin helhed.
- Parlamentet og Rådet tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

37. Parlamentet har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Republikken Polen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

38. Rådet har nedlagt følgende påstande:

- De principale påstande afvises.
- Subsidiært frifindelse i det hele.
- Republikken Polen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

39. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 17. oktober 2019 har Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Den Portugisiske Republik og Europa-Kommissionen fået tilladelse til at intervenere til støtte for Parlamentets og Rådets påstande. Med undtagelse af Den Portugisiske Republik har disse intervenienter alle afgivet interventionsindlæg.

40. Procesdeltagerne og intervenienterne, med undtagelse af den portugisiske regering, var repræsenteret i retsmødet, som blev afholdt den 10. november 2020.

V. Bedømmelse

41. Republikken Polen har til støtte for søgsmålet fremsat et enkelt anbringende om tilsidesættelse af den i chartrets artikel 11, stk. 1, grundfæstede ret til ytrings- og informationsfrihed⁴⁸. Inden jeg undersøger realiteten af dette anbringende (afsnit B), vil jeg ganske kort undersøge spørgsmålet om sagens formalitet (afsnit A).

⁴⁸ – Jeg vil derfor begrænse min undersøgelse til denne grundlæggende rettighed uanset de spørgsmål, som artikel 17 i direktiv 2019/790 ville kunne rejse med hensyn til andre grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartret, f.eks. frihed til at oprette og drive egen virksomhed (artikel 16).

A. Formaliteten

42. Parlamentet, Rådet, den franske regering og Kommissionen har gjort gældende, at stævningens principale påstand skal afvises, for så vidt som den alene vedrører annullation af litra b) og c), in fine, i artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790. Jeg deler denne opfattelse.

43. Det fremgår således af Domstolens faste praksis, at en EU-retsakt kun kan annulleres delvist, såfremt de elementer, der kræves annulleret, *kan udskilles* fra den øvrige retsakt. Dette krav er ikke opfyldt, når en delvis annullation bevirker, at det materielle indhold heraf ændres⁴⁹.

44. En annullation udelukkende af stk. 4, litra b) og c), in fine, ville således åbenbart ændre det materielle indhold af artikel 17 i direktiv 2019/790. Som Parlamentet, Rådet, den franske regering og Kommissionen har gjort gældende, udgør de forskellige bestemmelser i artikel 17 samlet set en »kompleks« ansvarsordning, der afspejler den af EU-lovgiver ønskede balance mellem de rettigheder og interesser, som udbydere af delingstjenester, brugere af deres tjenester og rettighedshavere har. En annullation af de anfægtede bestemmelser alene ville medføre, at denne ansvarsordning blev erstattet af en ordning, der både er væsentligt anderledes og meget gunstigere for disse udbydere. Med andre ord ville en sådan delvis annullation svare til, at Domstolen *ændrede* samme artikel 17, hvilket den ikke kan gøre inden for rammerne af et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF.

45. Det er derimod ubestridt mellem parterne, at sagsøgerens subsidiære påstand om annullation af artikel 17 i direktiv 2019/790 i sin helhed kan antages til realitetsbehandling. Uanset hvor vigtig denne artikel måtte være, ville en annullation heraf således ikke ændre direktivets materielle indhold. Direktivets mange artikler har forskellige genstande og er inddelt i forskellige afsnit og kapitler. Dette direktivs artikel 17 kan således *udskilles* fra dets øvrige artikler, der stadig kan gælde, såfremt artikel 17 annulleres⁵⁰.

B. Realiteten

46. Republikken Polens eneste anbringende kan sammenfattes i enkelte ord. Republikken Polen har i det væsentlige gjort gældende, at udbydere af delingstjenester i henhold til artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, i direktiv 2019/790 for at være fritaget for ethvert ansvar i tilfælde af ulovlig »overføring til almenheden« af beskyttede værker eller andre frembringelser på deres tjenester skal foretage en forebyggende overvågning af det indhold, som brugerne ønsker at gøre tilgængeligt online. Med henblik herpå skal de anvende it-værktøjer, der muliggør en automatisk filtrering af indholdet. Denne forebyggende overvågning udgør imidlertid en begrænsning i udøvelsen af retten til ytringsfrihed, som er sikret ved chartrets artikel 11. Denne begrænsning er ikke forenelig med dette instrument, eftersom den udgør en indskrænkning i denne grundlæggende rettigheds »væsentligste indhold« eller i det mindste ikke overholder proportionalitetsprincippet.

47. Parlamentet og Rådet har, støttet af den spanske og den franske regering samt af Kommissionen, i deres svarskrifter bestridt alle disse punkter. Jeg vil derfor behandle dem et ad gangen i de følgende afsnit. *Først* vil jeg undersøge rækkevidden af de anfægtede bestemmelser

⁴⁹ – Jf. bl.a. dom af 8.12.2020, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-626/18, EU:C:2020:1000, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁰ – Bortset fra definitionen af »udbydere af onlineindholdsdelingstjenester« i artikel 2, nr. 6), i direktiv 2019/790, som ville miste sin eksistensberettigelse.

(afsnit 1). *Derefter* vil jeg behandle spørgsmålet om begrænsningen i udøvelsen af retten til ytrings- og informationsfrihed (afsnit 2) og *til sidst* spørgsmålet om denne begrænsnings forenelighed med chartret (afsnit 3).

1. De anfægtede bestemmelsers rækkevidde

48. For til fulde at forstå rækkevidden af de betingelser for ansvarsfritagelse, som er fastsat i artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, i direktiv 2019/790, er det nyttigt at have betingelserne i artikel 14 i direktiv 2000/31 for øje med henblik på en sammenligning. I henhold til denne artikel er en udbyder således i det væsentlige fritaget for ethvert ansvar, der kan følge af ulovlig information, som den pågældende oplagrer på anmodning af en bruger af tjenesten, for så vidt som for det første tjenesteyderen ikke har konkret kendskab hertil, eller for det andet i givet fald hurtigt har fjernet denne information eller har blokeret adgangen hertil. I praksis forventes det ikke, at en tjenesteyder overvåger de informationer, der findes på den pågældendes servere, og aktivt søger efter ulovlige informationer på serverne⁵¹. Når udbyderen får kendskab til, at der findes ulovlig information på den pågældendes servere, og hvor denne information befinder sig, almindeligvis via en underretning fra tredjemand, skal udbyderen derimod reagere ved at fjerne den pågældende information eller blokere adgangen til den – ved brug af en ordning for »underretning om og fjernelse af indhold« (»notice and take down«)⁵².

49. Som sagsøgeren har gjort gældende, skal udbydere af delingstjenester derimod for at opfylde betingelserne i de anfægtede bestemmelser foretage en forebyggende overvågning af de informationer, som brugerne af disse tjenester har gjort tilgængelige online [afsnit a)]. For at foretage en sådan overvågning skal disse udbydere således i en lang række situationer anvende it-værktøjer til at foretage en automatisk filtrering af det nævnte indhold [afsnit b)].

a) Forebyggende overvågning af indhold, som gøres tilgængeligt online af brugerne ...

50. *Først* skal det anføres, at udbydere af delingstjenester *for det første* i henhold til artikel 17, stk. 4, litra b), i direktiv 2019/790 »i overensstemmelse med de høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt [skal gøre] deres bedste« for »at »sikre«, at specifikke beskyttede værker og andre frembringelser, for hvilke rettighedshaverne har givet tjenesteudbyderne de relevante og nødvendige oplysninger, »ikke er tilgængelige«.

51. *For det andet* skal disse udbydere i henhold til dette stykkes litra c), når de modtager en tilstrækkelig begrundet meddelelse fra rettighedshaverne om tilstedeværelsen af beskyttede værker eller andre frembringelser på deres tjenester, ikke kun handle hurtigt for at blokere adgangen til disse frembringelser eller fjerne dem fra deres websteder⁵³, men også gøre deres »bedste indsats« for »at forhindre, at de fremover uploades« – i dette tilfælde ifølge en model med »underretning og permanent blokering« (*notice and stay down*).

⁵¹ – Jf. artikel 15 i direktiv 2000/31 (jf. dette forslag til afgørelses punkt 105). Udbydere kan dog, ved påbud, pålægges visse overvågningsforpligtelser, uanset denne ansvarsfritagelse (jf. bl.a. artikel 14, stk. 3, i direktiv 2000/31 og artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29).

⁵² – Jf. vedrørende flere detaljer mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 173-196.

⁵³ – Betingelsen i artikel 17, stk. 4, litra c), svarer således, principielt, til betingelserne i artikel 14 i direktiv 2000/31.

52. Sammenfattende pålægger de anfægtede bestemmelser udbydere af delingstjenester diligensforpligtelser – eller med andre ord handlingsforpligtelser⁵⁴ – med hensyn til *overvågning* af deres tjenester. For at »sikre«, at beskyttede værker og andre frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne, »ikke er tilgængelige«, og »forhindre, at de fremover uploades«, skal disse udbydere tage »alle de skridt, som en påpasselig erhvervsdrivende ville tage«⁵⁵, for aktivt at søge efter og blokere eller fjerne det indhold blandt mængden af indhold, som brugerne gør tilgængeligt online, der reproducerer de pågældende frembringelser⁵⁶.

53. Denne fortolkning bekræftes af det formål, der forfølges med artikel 17 i direktiv 2019/790. I henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31 skulle rettighedshaverne således overvåge delingstjenesterne og underrette udbydere om det indhold, der krænkede ophavsretten, som befandt sig dér, for at udbydere kunne fjerne det ulovlige indhold. Som Rådet har gjort opmærksom på, fandt EU-lovgiver imidlertid ved vedtagelsen af nævnte artikel 17, at en sådan ordning lagde et alt for stort ansvar på rettighedshaverne og indebar, og at de ikke effektivt kunne kontrollere anvendelsen af deres beskyttede værker og frembringelser på disse tjenester⁵⁷. Navnlig blev det fjernede indhold ofte gjort tilgængeligt online på ny efter kort tid, hvilket tvang rettighedshaverne til at øge antallet af underretninger⁵⁸. For at rette op på problemet overfører de anfægtede bestemmelser forpligtelsen til at overvåge tjenesterne til udbydere af disse⁵⁹.

54. *Endvidere* skal udbydere af delingstjenester, således som Republikken Polen har gjort gældende, for at opfylde de i de anfægtede bestemmelser anførte formål, søge – på forhånd – at forhindre, at indhold, der krænker ophavsretten, gøres tilgængeligt online, og ikke længere blot – efterfølgende – fjerne sådant indhold.

55. I denne henseende fremgår det af 66. betragtning til direktiv 2019/790, at udbydere af delingstjenester i overensstemmelse med dette direktivs artikel 17, stk. 4, litra b), bør »sikre«, at beskyttede værker og andre frembringelser som identificeret af rettighedshaverne ikke »bliver tilgængelige« på deres tjenester. Dette stykkes litra c) er endnu mere tydeligt med hensyn til arten af de forventede foranstaltninger, eftersom det anføres, at disse udbydere skal »forhindre«, at de værker eller frembringelser, som har medført en meddelelse fra rettighedshaverne, fremover »uploades«. Sætningsleddet »i overensstemmelse med litra b)« fremhæver i øvrigt, at der forventes det samme af de pågældende udbydere i begge litraer, dvs. at de skal søge at *forhindre*, at ulovligt indhold gøres tilgængeligt online – eller gøres tilgængeligt på ny, i overensstemmelse med »stay down«-ordningen – på deres tjenester.

56. Denne fortolkning bekræftes også her af det formål, der forfølges med artikel 17 i direktiv 2019/790, nemlig at give rettighedshaverne mulighed for lettere at kontrollere anvendelsen af deres værker på delingstjenesterne. Som Rådet har gjort gældende, har denne bestemmelse til formål på det digitale område at bekræfte, at retten til »overføring til almenheden« har karakter af

⁵⁴ – En pligt til handling kræver, at adressaten gør sin bedste indsats for at opnå et resultat uden at være forpligtet til at opnå dette. Jf. i denne retning dom af 4.6.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-250/07, EU:C:2009:338, præmis 68), og af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 53).

⁵⁵ – Jf. 66. betragtning, andet afsnit, til direktiv 2019/790.

⁵⁶ – Artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790 er således i det væsentlige en ordning med ansvar for *uagtsomhed*: I henhold til denne bestemmelse holdes udbydere af delingstjenester ansvarlige, når de ikke med tilstrækkelig omhu har bekæmpet ulovligt indhold, som gøres tilgængeligt online af brugerne af deres tjenester. Denne artikel 17 er således en form for »hybrid« konstruktion mellem det direkte ansvar, som påhviler dem, der begår ulovlige handlinger, og det indirekte (eller »sekundære«) ansvar, som påhviler mellemmandene for tredjemands handlinger. Jf. vedrørende denne sontring mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 64, 65, 102 og 103.

⁵⁷ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 140.

⁵⁸ – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 193.

⁵⁹ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 137, samt 61. betragtning til direktiv 2019/790.

eneret. De diligensforpligtelser, som ved de anfægtede bestemmelser pålægges udbydere af fordelingstjenester, skal sikre, at rettighedshaverne effektivt kan »komme imellem eventuelle brugere af deres værk og den overføring til almenheden, som disse brugere kunne tænkes at foretage«⁶⁰ på disse tjenester. Som Parlamentet og Rådet har fremhævet, skal udbyderne således søge at gribe ind, før indholdet gøres tilgængeligt online, dvs. inden de beskyttede værker eller frembringelser, som de kan reproducere, faktisk er »overført til almenheden« i strid med denne eneret.

b) ... som i mange situationer nødvendiggør anvendelsen af filtreringsværktøjer

57. I denne del af forslaget til afgørelse er det hensigtsmæssigt at anføre, at en række it-værktøjer gør det muligt automatisk at opdage, når givne informationer gøres tilgængelige online eller allerede findes på en server. Til dette formål findes der bl.a. værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse (Automatic Content Recognition eller »ACR«), baseret på forskellige teknikker, dvs. – fra den mest enkle til den mest komplekse – »hashing«, digital vandmærkning (watermarking) og digitalt fingeraftryk (fingerprinting)⁶¹.

58. Siden anden halvdel af 00'erne er sådanne værktøjer, der især gør brug af den sidstnævnte teknik⁶², blevet indført på frivillig basis af visse udbydere af delingstjenester, navnlig⁶³ med det formål aktivt at søge indhold, der krænker ophavsretten, på deres tjenester⁶⁴. De genkendelsesværktøjer, der anvender »digitalt fingeraftryk«, kan således foretage en *automatisk filtrering* af rettighedshaveres beskyttede værker og andre frembringelser blandt det indhold, som gøres tilgængeligt online på disse tjenester, idet de på det tidspunkt, hvor dette indhold uploades, eller efter at dette er sket, sammenligner det med referenceoplysninger, som rettighedshaverne har leveret⁶⁵. Når der ved sammenligningen konstateres et match, giver de nævnte værktøjer almindeligvis de pågældende rettighedshavere mulighed for at beslutte, manuelt eller automatisk,

⁶⁰ – Jf. bl.a. dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

⁶¹ – Ved »hashing« anvendes et særligt værktøj til at gengive en elektronisk fil digitalt med en unik kæde af alfanumeriske karakterer, kaldet »hashkoden«. Ved at sammenligne denne »hashkode« med koderne i de filer, der er gjort tilgængelige online på en server, er det muligt automatisk at identificere alle identiske kopier af den originale fil, som findes dér. Ved »watermarking« anvendes et særligt værktøj til at integrere en specifik »markør«, der kan være enten synlig eller usynlig med det blotte øje, og som det efterfølgende er muligt at genkende med henblik på at identificere det originale indhold og de kopier, der er fremstillet af dette. Endelig består »fingerprinting« i ved hjælp af et særligt værktøj at skabe en unik digital gengivelse (»fingeraftryk«) af et givet indhold – et billede, et fonogram, en video osv. – ved at reducere det til visse af dets karakteristiske elementer. Ved at sammenligne dette »fingeraftryk« med aftrykkene i de filer, der befinder sig på en server, er det muligt at identificere alle filer med et stort set tilsvarende indhold. Jf. for flere detaljer J.-P. Mochon, »Rapport de mission – une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus«, *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, 29.1.2020.

⁶² – De værktøjer, der anvender hashingteknikken, har en begrænset effekt med hensyn til indholdsgenkendelse, eftersom denne teknik, som nævnt i fodnote 61, kun giver mulighed for at identificere *identiske kopier* af en given elektronisk fil. Den mindste ændring i forhold til den originale fil (ændring af en billedpixel osv.) vil forhindre automatisk genkendelse, selv om de sammenlignede filers indhold er stort set identisk. På samme måde giver vandmærkningsteknikken udelukkende mulighed for at identificere kopier af en fil, der er blevet mærket, og kan nemt omgås. Jf. J.-P. Weiler, op.cit.

⁶³ – Disse værktøjer anvendes til at identificere andre typer ulovligt indhold (børnepornografisk indhold, krænkende indhold osv.). Jf. J.-P. Weiler, op.cit.

⁶⁴ – Det mest kendte værktøj er uden tvivl softwaren »Content ID«, som er udviklet af Google til YouTube. Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 22.

⁶⁵ – I praksis fungerer systemet således, at der skabes »digitale fingeraftryk« af beskyttede værker og andre frembringelser, som rettighedshaverne har identificeret, hvorefter disse »fingeraftryk« lægges ind i en database, der er knyttet til genkendelsesværktøjet. Ved hjælp af en algoritme scannes alle de uploadede filer automatisk, og deres egne »fingeraftryk« sammenlignes med fingeraftrykkene i databasen med henblik på at finde match. Genkendelsesværktøjer, der anvender »digitalt fingeraftryk«, kan identificere sådanne match af selv kort varighed (f.eks. nogle sekunder for så vidt angår et fonogram) eller konstatere, at indholdet er blevet ændret for at undgå automatisk genkendelse (f.eks. at filbilledet er blevet spejlvendt, afspilningshastigheden øget osv.). Visse værktøjer, f.eks. Content ID, er endog i stand til at genkende ikke blot fonogrammer, men også de underliggende værkers melodier. Jf. J.-P. Weiler, op.cit.

at *blokere* det relevante indhold, give tilladelse til, at det gøres tilgængeligt online, og følge dets popularitet ved hjælp af brugerstatistikker eller at udnytte det til at skabe indtægt ved at indsætte reklamer i indholdet⁶⁶.

59. Direktivforslaget tog højde for denne teknologiske udvikling. Konsekvensanalysen fremhævede, hvor effektive genkendelsesværktøjer, der anvender »digitalt fingeraftryk«, er til at genkende indhold, der krænker ophavsretten, og disse værktøjers voksende tilgængelighed på markedet. Som nævnt⁶⁷ tog dette forslag sigte på at gøre det obligatorisk for udbydere af delingstjenester at indføre sådanne værktøjer med det mål at tvinge de udbydere, som stadig ikke havde gjort det, til at »opgradere« og forpligte de øvrige til at give rettighedshaverne gennemsigtig adgang til deres genkendelsesværktøjer⁶⁸.

60. Som Parlamentet, Rådet og den spanske regering ikke har undladt at fremhæve, indeholder den endelige version af direktiv 2019/790 ikke længere udtrykkelige henvisninger til værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse. Direktivets artikel 17, stk. 4, litra b) og c), er affattet i generelle vendinger. Disse bestemmelser pålægger ikke formelt udbydere af delingstjenester at indføre specifikke foranstaltninger eller teknikker med henblik på at nå de forfulgte mål⁶⁹.

61. De sagsøgte og intervenienterne er derfor af den opfattelse, at de anfægtede bestemmelser ikke forpligter disse udbydere til at gøre brug af sådanne værktøjer. De har et »råderum« med hensyn til de foranstaltninger og teknikker, der skal iværksættes for at nå de mål, som er omhandlet i disse bestemmelser. Inden for disse rammer kan udbyderne »vælge« at anvende sådanne værktøjer – eller fortsætte med at anvende dem, såfremt de allerede har taget dem i brug – eller endog udvikle »innovative løsninger«⁷⁰. Under alle omstændigheder bør de foranstaltninger, som kræves af udbyderne, i henhold til artikel 17, stk. 5, i direktiv 2019/790 undersøges i hvert enkelt tilfælde på baggrund af proportionalitetsprincippet.

62. Ikke desto mindre er jeg enig med Republikken Polen, der har gjort gældende, at de anfægtede bestemmelser forpligter udbydere af delingstjenester til, i temmelig mange situationer, at anvende disse værktøjer til indholdsgenkendelse⁷¹. Efter min opfattelse ændrede EU-lovgiver ganske enkelt

⁶⁶ – Jf. vedrørende flere detaljer om disse værktøjer og deres udbydere konsekvensanalysen, del 3/3, s. 164-172 og J.-P. Mochon, op.cit.

⁶⁷ – Jf. dette forslag til afgørelses punkt 22.

⁶⁸ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 140-144. Jf. i samme retning Kommissionens meddelelse »Bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet« (COM(2017) 555 final), 28.9.2017, s. 13 og 14.

⁶⁹ – I 68. betragtning til direktiv 2019/790 anføres blot, at udbyderne af delingstjenester »kan [træffe] forskellige foranstaltninger«.

⁷⁰ – Jf. i samme retning Parlamentets pressemeddelelse af 27.3.2019, »Spørgsmål & svar vedrørende direktivet om ophavsret på det digitale indre marked«: »Indfører direktivet automatiske filtre på onlineplatforme? Nej. Direktivet fastsætter et mål, der skal nås [...]. Direktivet præciserer eller opregner imidlertid ikke, hvilke værktøjer, menneskelige ressourcer eller infrastrukturer der kan være nødvendige for at forhindre, at materiale, der ikke er betalt for, dukker op på siden. Der stilles derfor ikke noget krav om at anvende uploadfiltre. Men hvis de store platforme ikke kommer frem med innovative løsninger, kan de ende med at beslutte sig for at gøre brug af filtre [...]« (tilgængelig på internetadressen <https://www.europarl.europa.eu/news/da/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>).

⁷¹ – Dette er også opfattelsen hos en hel del eksperter på området. Jf. bl.a. K. Grisse, »After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, bind 14, nr. 11, s. 887-899, på s. 894 og 895; M. Leitsner, »European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?«, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2020, bd. 12, nr. 2, s. 123-214, på s. 141 og 143; M. Lambrecht, »Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive«, *JIPITEC*, bd. 11, 2020, s. 68-94, på s. 71; S. Dusollier, »The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition«, *Common Market Law Review*, bind 57, 2020, s. 979-1030, på s. 1016; J.-P. Mochon, op.cit., s. 106, samt G. Frosio og S. Mendis, »Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?«, i G. Frosio (red), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020, på s. 562.

metode mellem direktivforslaget og vedtagelsen af direktiv 2019/790. I stedet for *direkte* at fastsætte en forpligtelse til at indføre sådanne værktøjer, blev de pålagt *indirekte* med de betingelser for ansvarsfritagelse, som er fastsat i disse bestemmelser.

63. *For det første* skal der – som sagsøgeren med rette har fremhævet – tages hensyn til den faktiske sammenhæng, hvori de anfægtede bestemmelser indgår. Artikel 17 i direktiv 2019/790 vedrører udbydere af tjenester, der lagrer og giver almenheden adgang til en »stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser«. Det drejer sig med andre ord om erhvervsdrivende, der administrerer en stor, eller endog gigantisk, mængde indhold. Desuden leveres disse delingstjenester uafbrudt og åbent til et betydeligt antal brugere, og anseelige mængder nyt indhold kan således gøres tilgængeligt online til enhver tid.

64. I denne sammenhæng finder jeg det indlysende, at udbyderne af delingstjenester – således som sagsøgeren har gjort gældende – ikke kan lade deres ansatte kontrollere hele eller endog størstedelen af det indhold, der gøres tilgængeligt online⁷² – hvilket Parlamentet i øvrigt har anerkendt. Jeg har således vanskeligt ved at se, hvilke andre midler end et automatisk genkendelsesværktøj der gør det muligt at filtrere det indhold, der uploades på deres tjenester, som disse udbydere med rimelighed kunne anvende til at »sikre«, at beskyttede værker og frembringelser, som rettighedshaverne har identificeret, »ikke er tilgængelige«, og »forhindre, at de fremover uploades« på deres tjenester, i overensstemmelse med de mål, der er omhandlet i de anfægtede bestemmelser⁷³ – og Parlamentets og Rådets henvisning til eventuelle »innovative løsninger« på området kaster ikke meget lys over spørgsmålet⁷⁴. I øvrigt antydede de sagsøgte og intervenienterne i retsmødet, som svar på Domstolens spørgsmål, at disse værktøjer de facto ofte er uundværlige i denne forbindelse⁷⁵.

65. *For det andet* gør jeg opmærksom på, at udbydere af delingstjenester for at opfylde de diligensforpligtelser, som de er pålagt, i overensstemmelse med ordlyden af artikel 17, stk. 4, litra b), i direktiv 2019/790 skal træffe foranstaltninger, der svarer til de »høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt«. Som det præciseres i 66. betragtning, andet afsnit, til dette direktiv, skal der i denne henseende tages hensyn til »bedste praksis i branchen« og til »den nyeste viden«.

66. Som jeg har redegjort for i dette forslag til afgørelses punkt 58, anvendes de genkendelsesværktøjer, der gør brug af »digitalt fingeraftryk«, allerede af forskellige udbydere af delingstjenester i forbindelse med adskillige typer indhold⁷⁶. De øvrige udbydere, som modtager

⁷² – Jf. M. Lambrecht, op.cit., s. 71: »[...] if YouTube wanted to ensure a human review of the 432 000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70 000 full time (very efficient) employees«.

⁷³ – Dette betyder ikke, at udbydere af delingstjenester slet ikke kan lade en vis del af indholdet blive kontrolleret af deres ansatte. Udbyderne bør dog anvende automatiske værktøjer til i det mindste at reducere mængden af indhold, som undergives en sådan kontrol (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 211).

⁷⁴ – Visse operatører er tilsyneladende begyndt at udvikle og anvende værktøjer, som gør det muligt at identificere indhold ved hjælp af kunstig intelligens. Jf. bl.a. J.-P. Mochon, op.cit., s. 35. Under alle omstændigheder er dette i sig selv stadig en teknik til automatisk indholdsgenkendelse.

⁷⁵ – Den franske regering har nærmere bestemt medgivet, at »henset til mængden af indhold, som til stadighed er tilgængeligt online på de i artikel 17 omhandlede platforme, synes anvendelsen af mekanismer til automatisk filtrering på det nuværende teknologiske udviklingstrin at være det bedst egnede middel til hurtigt at identificere et beskyttet indhold, der ulovligt er gjort tilgængeligt online«. Rådet har ligeledes anerkendt, at de »store« udbydere af delingstjenester kan »føle sig nødsaget til« at anvende sådanne værktøjer.

⁷⁶ – De genkendelsesværktøjer, der anvender »digitalt fingeraftryk«, kan anvendes på lyd-, foto- og videoindhold. Jf. J.-P. Weiler, op.cit. Det skal præciseres, at eftersom der ikke er nogen begrænsninger i denne henseende i ordlyden af artikel 17 i direktiv 2019/790 og heller ikke i definitionen af »udbydere af onlineindholdsdelingstjenester« i dette direktivs artikel 2, nr. 6), finder nævnte artikel 17 anvendelse på alle typer beskyttede frembringelser (visuelle værker, musikværker, filmværker, tekstværker, men også kodelinjer, videospil osv.).

et sådant indhold på deres tjenester, bør således som udgangspunkt – for at opfylde de diligensforpligtelser, der følger af de anfægtede bestemmelser – følge »bedste praksis i branchen« og »den nyeste viden« og indføre sådanne værktøjer til at filtrere disse kategorier af indhold.

67. Som de sagsøgte og intervenienterne har fremhævet, skal de foranstaltninger, som udbydere af delingstjenester forventes at træffe, i henhold til artikel 17, stk. 5, i direktiv 2019/790 ganske vist i hvert enkelt tilfælde være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. I denne forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til for det første »tjenestens type, publikum og størrelse og typen af værker eller andre frembringelser, som uploades af tjenestens brugere«, og for det andet »tilgængeligheden af egnede og effektive midler og deres omkostninger for tjenesteudbydere«⁷⁷. Inden for disse rammer kan det ikke udelukkes, at det i visse særlige tilfælde er i strid med dette princip at kræve af visse udbydere, at de anvender et værktøj til indholdsgenkendelse. Desuden synes disse værktøjer på teknologiens nuværende udviklingstrin ikke at være egnede eller effektive i forhold til visse særlige typer beskyttede værker og frembringelser⁷⁸.

68. Bortset fra disse særlige tilfælde er det dog efter min opfattelse tydeligt, at udbydere af delingstjenester i alle de situationer, hvor forskellige egnede og effektive værktøjer er tilgængelige på markedet og ikke er urimeligt dyre, a priori har pligt til at indføre dem for at godtgøre, at de har gjort deres »bedste indsats« for at sikre, at ulovligt indhold ikke gøres tilgængeligt online, og således overholde de anfægtede bestemmelser⁷⁹. De kan i givet fald – i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet – blandt de værktøjer, der er tilgængelige, vælge dem, der bedst står mål med deres situation og de ressourcer, som de råder over⁸⁰ – eller de mest velhavende af dem kan endog udvikle et sådant værktøj internt.

69. *Sammenfattende* bør udbydere af delingstjenester i henhold til de anfægtede bestemmelser i en lang række tilfælde for at godtgøre, at de har gjort deres »bedste indsats i overensstemmelse med høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt« for at »sikre, at der på deres tjenester ikke er adgang til« beskyttede værker som identificeret af rettighedshaverne, og »forhindre, at de fremover uploades« på deres tjenester, indføre værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse for at *filtrere* det indhold, som brugerne af deres tjenester gør tilgængeligt online, og i givet fald *blokere* en vis del af dette indhold, inden det uploades⁸¹.

2. Spørgsmålet, om der er en begrænsning i udøvelsen af retten til ytrings- og informationsfrihed

70. Efter at have præciseret rækkevidden af de anfægtede bestemmelser vil jeg nu undersøge disse bestemmelser på baggrund af retten til ytrings- og informationsfrihed.

⁷⁷ – Jf. ligeledes 66. betragtning, andet afsnit, til direktiv 2019/790 (»[...] Forskellige midler til at forhindre adgang til uautoriseret ophavsretligt beskyttet indhold kan være egnede og proportionale afhængig af typen af indhold [...]«).

⁷⁸ – Jf. bl.a. J.-P. Mochon, op.cit., s. 12. Dette synes bl.a. at være tilfældet for så vidt angår filmede dele af videospil. I mangel af it-værktøjer, der gør det muligt automatisk og effektivt at filtrere visse typer af beskyttede værker og frembringelser, kan det ikke udelukkes, at proportionalitetsprincippet i denne henseende medfører en betydelig begrænsning af omfanget af de diligensforpligtelser, som er pålagt udbydere af delingstjenester. Jf. i denne retning 66. betragtning, andet afsnit, til direktiv 2019/790 (»[...] det kan [...] ikke udelukkes, at tilgængelighed af uautoriseret indhold i visse tilfælde kun kan undgås ved underretning af rettighedshaverne [...]«).

⁷⁹ – Jf. K. Grisse, op.cit., s. 895, samt G. Frosio og S. Mendis, op.cit., s. 562.

⁸⁰ – Jf. analogt dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 51-53).

⁸¹ – I øvrigt vil værktøjerne til indholdsgenkendelse i mange tilfælde gøre det muligt for udbydere af delingstjenester at opfylde de gennemsigtighedsforpligtelser, som de er pålagt i henhold til artikel 17, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 2019/790. I henhold til denne bestemmelse skal disse udbydere således give rettighedshaverne oplysninger om anvendelsen af det indhold, som er omfattet af de licensaftaler, der eventuelt er indgået med rettighedshaverne. Disse værktøjer gør det således netop muligt at indsamle – ofte meget præcis – statistik om publikum til indholdet på deres tjenester (jf. konsekvensanalysen, del 3/3, s. 165, samt dette forslag til afgørelse, punkt 58).

71. Den rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 11, og som »omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser«, svarer til den rettighed, der er fastsat i artikel 10 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«)⁸². I henhold til chartrets artikel 52, stk. 3, har disse to rettigheder således samme betydning eller, i det mindste, samme omfang. Det følger heraf, at chartrets artikel 11 skal fortolkes i lyset af EMRK's artikel 10 og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) relaterede praksis.

72. Denne grundlæggende rettighed er unægtelig relevant i den foreliggende sag. Som Republikken Polen og Kommissionen har anført i deres respektive indlæg, er de delingstjenester, der er omhandlet i artikel 17 i direktiv 2019/790, af særlig betydning for friheden til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker.

73. Som sagsøgeren har gjort gældende, er der således tale om udøvelse af retten til ytrings- og informationsfrihed, når indhold gøres tilgængeligt online på disse tjenester – det være sig videoer, fotografier, tekst osv.⁸³. Desuden kan andre beslægtede frihedsrettigheder være berørt heraf. Når det pågældende indhold udgør brugernes kunstneriske virksomhed, som de gør tilgængelig online, udgør deres uploading nærmere bestemt udøvelse af friheden for kunst, som er sikret ved chartrets artikel 13 og EMRK's artikel 10⁸⁴.

74. Det skal præciseres, at dette er tilfældet, uanset om dette indhold krænker ophavsrettigheder eller ej. Det argument til støtte for den modsatte opfattelse, som Parlamentet har fremført, beror efter min opfattelse på en retlig tilnærmelse. Den omstændighed, at en information er beskyttet af ophavsrettigheder, bevirker således ikke, at den uden videre er udelukket fra anvendelsesområdet for ytringsfriheden⁸⁵. Selv om en begrænsning af udbredelsen af en sådan information, som hovedregel, er *begrundet*, er dette kun relevant i forbindelse med en undersøgelse af betingelserne for at tillade en sådan begrænsning af denne frihed⁸⁶.

75. Ifølge sagsøgeren er de filtreringsforanstaltninger, som udbydere af delingstjenester er nødsaget til at iværksætte for at opfylde kravene i artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, på grund af deres karakter »forebyggende foranstaltninger« til kontrol af brugernes informationer. Disse foranstaltninger medfører »forudgående restriktioner« som omhandlet i Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende EMRK's artikel 10. De anfægtede

⁸² – Jf. bl.a. dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes artikel 19 i verdenserklæringen om menneskerettigheder, vedtaget den 10.12.1948 af De Forenede Nationers Generalforsamling (resolution 217A (III)), og artikel 19 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder vedtaget af De Forenede Nationers generalforsamling den 16.12.1966.

⁸³ – Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom af 19.2.2013, Neij og Sunde Kolmisoppi mod Sverige (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712, herefter »Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige«), s. 9 og 10; og Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.4.2013, Ashby Donald m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, herefter »Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ashby Donald m.fl. mod Frankrig«), § 34, samt generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse L'Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2010:757, punkt 49 og 157).

⁸⁴ – Selv om EMRK ikke anfører en sådan frihed som en selvstændig ret, er »friheden til kunstnerisk udfoldelse« omfattet af denne konventions artikel 10. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 24.5.1988, Müller m.fl. mod Schweiz (CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27), og af 8.7.1999, Karataş mod Tyrkiet (CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49).

⁸⁵ – Så vidt jeg ved, er de eneste meningstilkendegivelser, informationer og idéer, som uden videre er undtaget fra beskyttelsen i EMRK's artikel 10, hadefulde udtalelser med den begrundelse, at de er uforenelige med de i denne konvention erklærede og garanterede værdier (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Gunduz mod Tyrkiet (CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41)).

⁸⁶ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige, s. 10 og 12, samt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ashby Donald m.fl. mod Frankrig, §§ 35 og 44. Jf. desuden G. Smith, »Copyright and freedom of expression in the online world«, *Journal of Intellectual Property Law & practice*, 2010, bind 5, nr. 2, s. 88-95, og B. Michaux, »Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d'auteur et Internet«, *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Q. Van Enis, (Dir.), Bruylant, 2019, s. 491-526. Jf. Endvidere punkt 117 i dette forslag til afgørelse.

bestemmelser indebærer således, at der på delingstjenesterne indføres en »generel, automatisk censur af forebyggende karakter«, som udføres af disse tjenesters udbydere. De nævnte bestemmelser er herved kendetegnende for et særligt alvorligt »indgreb«, fra EU-lovgivers side, i de nævnte brugeres ytrings- og informationsfrihed.

76. De sagsøgte og intervenienterne har derimod bestridt, at de anfægtede bestemmelser indebærer en sådan »censur« eller en form for »indgreb« i denne frihed. Navnlig er formålet med disse bestemmelser – eller generelt artikel 17 i direktiv 2019/790 – ifølge Rådet ikke på forhånd at begrænse de informationer, der kan formidles på disse tjenester. Brugerne kan frit uploade det indhold, de ønsker. I alle de situationer, hvor det indhold, der gøres tilgængeligt online, er ophavsretligt beskyttet, skal disse udbydere, principielt, indhente en tilladelse fra de berørte rettighedshavere, og uden en sådan tilladelse vil de efterfølgende være ansvarlige.

77. Jeg er i lighed med sagsøgeren af den opfattelse, at de anfægtede bestemmelser faktisk indebærer et »indgreb« i ytringsfriheden for brugerne af delingstjenesterne. Jeg vil dog først komme med en terminologisk præcisering. Ordet »censur« er ganske vist flertydigt. Det fremgår dog tydeligt af sagsøgerens indlæg, at denne herved henviser til en forudgående kontrol af informationerne, inden de formidles. På denne baggrund er Parlamentets, Rådets og den spanske regerings argumenter om, at udtrykket »censur« ikke er relevant i det foreliggende tilfælde, fordi artikel 17 i direktiv 2019/790 ikke indebærer nogen »politisk eller moralsk« kontrol af de informationer, der gøres tilgængelige online, efter min opfattelse sagen uvedkommende. For at undgå yderligere forvirring vil jeg i dette afsnit blot anvende udtrykkene »forebyggende foranstaltninger« og »forudgående begrænsninger«.

78. Efter denne præcisering gør jeg opmærksom på, at artikel 17 i direktiv 2019/790 ikke blot, således som Rådet har gjort gældende, bestemmer, at udbydere af delingstjenester skal indhente en tilladelse til det beskyttede indhold, som brugerne af deres tjenester gør tilgængeligt online, og at de uden en sådan tilladelse er direkte ansvarlige for indholdet. Som jeg har redegjort for i det foregående afsnit, bestemmer de anfægtede bestemmelser ligeledes, at de nævnte udbydere er fritaget for dette ansvar, såfremt de har gjort deres »bedste« for at *sikre*, at indhold, der reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, som rettighedshaverne har identificeret, *ikke gøres tilgængeligt* online af disse brugere. Udbyderne skal således foretage en forebyggende filtrering og blokering af det pågældende indhold.

79. Som sagsøgeren har gjort gældende, er filtreringen på grund af sin karakter en »forebyggende foranstaltning« til kontrol af informationer, der formidles på disse tjenester, og de blokeringsforanstaltninger, der kan være resultatet, udgør »forudgående begrænsninger« som omhandlet i Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende EMRK's artikel 10⁸⁷: Ikke for at *bekæmpe*, men for at *forebygge* eventuelle krænkelse af ophavsretten kontrolleres de informationer, som brugerne påtænker at gøre tilgængelige online, og de informationer, der anses for at kunne indebære en sådan krænkelse, begrænses *forud for formidlingen af dem*⁸⁸.

⁸⁷ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.12.2012, Ahmet Yildirim mod Tyrkiet (CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, herefter »Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet«, § 55), af 23.6.2020 Vladimir Kharitonov mod Rusland (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36), og af 30.4.2019, Kablis mod Rusland (CE:ECHR:2019:0430JUD004831016, herefter »Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kablis mod Rusland«, § 90).

⁸⁸ – Jf. analogt Scarlet Extended-dommen, præmis 29, 36, 37 og 40, og SABAM-dommen, præmis 26, 35, 37 og 38. Dette kan stå i modsætning til de »repressive« foranstaltninger, der hidtil har været gældende, såsom fjernelse – efter en meddelelse eller et påbud fra en domstol – af *en information, der allerede er gjort tilgængelig online*, som er åbenbart ulovlig og/eller hvis ulovlighed er blevet bedømt af denne domstol.

80. I disse situationer kan brugerne således ikke, i modsætning til, hvad Rådet har gjort gældende, »frit« gøre det indhold tilgængeligt online på delingstjenesterne, som de ønsker. De filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, som udbydere iværksætter, vil begrænse det indhold, som de kan uploade. Resultatet er et »indgreb« i udøvelsen af nævnte brugeres kommunikationsfrihed. Desuden indebærer filtreringen og blokeringen af indhold inden formidlingen et »indgreb« i offentlighedens frihed til at modtage oplysninger⁸⁹.

81. Parlamentet og Rådet har heroverfor anført, at udbydere af delingstjenester i egenskab af private aktører frit kan vælge, hvilken type information de ønsker skal formidles på deres tjenester, og således beslutte at filtrere og blokere indhold. Selv hvis det antages, at dette udgør et »indgreb« i brugernes ytringsfrihed, kan det under alle omstændigheder ikke tilregnes EU-lovgiver.

82. Efter min opfattelse blander dette argument to situationer sammen. Det er korrekt, at udbydere af delingstjenester på grundlag af friheden til at oprette og drive egen virksomhed og aftalefriheden, som de er sikret ved chartrets artikel 16, i betingelserne for at anvende deres tjeneste eller »retningslinjer for fællesskabet« kan fastlægge en politik med hensyn til indhold og på eget initiativ udøve en form for »selvregulering« ved at filtrere og blokere indhold, som de anser for at være i strid med disse regler. I denne situation er der således ikke tale om »indblanding fra offentlig myndighed«, som omhandlet i EMRK's artikel 10 og chartrets artikel 11, i brugernes ytringsfrihed⁹⁰.

83. I det foreliggende tilfælde er der imidlertid efter min opfattelse ikke tale om »selvregulering« foretaget af udbydere af delingstjenester. Uanset om forbuddet mod at gøre indhold, der krænker ophavsretten, tilgængeligt online, indgår i de almindelige betingelser for brug af tjenesterne eller i deres »retningslinjer for fællesskabet«, foretages filtreringen og blokeringen af indhold for at overholde de anfægtede bestemmelser⁹¹.

⁸⁹ – Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 55, og Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov mod Rusland (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 (vedrørende foranstaltninger til blokering af websteder)), samt generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, punkt 85). Som jeg vil redegøre nærmere for i det følgende, kan den omstændighed, at det blokerede indhold i givet fald kan gøres tilgængeligt online på ny, såfremt de pågældende brugere inden for den klageordning, der er omhandlet i artikel 17, stk. 9, i direktiv 2019/790, påviser, at det ikke krænker ophavsrettighederne, efter min opfattelse ikke rejse tvivl om, at der er tale om et »indgreb«. Det samme gælder spørgsmålet om, hvorvidt filtreringen er strengt målrettet mod det ulovlige indhold eller ej. Disse omstændigheder vil derimod blive analyseret i forbindelse med undersøgelsen af, om dette indgreb er forholdsmæssigt.

⁹⁰ – I dette tilfælde er det spørgsmål, der opstår hvad angår denne frihed, spørgsmålet om, i hvilket omfang udbydere, henset til den store betydning, disse tjenester har fået – idet de er blevet vigtige infrastrukturer for udøvelsen af kommunikationsfriheden på internettet (jf. punkt 103 i dette forslag til afgørelse) – skal respektere brugernes grundlæggende rettigheder, og i hvilket omfang de offentlige myndigheder i henhold til de »positive forpligtelser«, der følger af disse artikler, har pligt til at indføre »positive beskyttelsesforanstaltninger«, som sikrer en effektiv nydelse af denne frihed i forholdet mellem brugere og udbydere af delingstjenester. Det er ikke nødvendigt at afgøre dette spørgsmål i den foreliggende sag. Jf. hvad angår de »positive forpligtelser«, der følger af EMRK's artikel 10, bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 6.5.2003, Appleby mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39), og af 16.12.2008, Khurshid Mustafa mod Sverige (CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, § 31).

⁹¹ – Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.6.2001, VgT Verein gegen Tierfabriken mod Schweiz (CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, §§ 44-47). I denne sag fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at den omstændighed, at en privat TV-kæde afviste at udsende et TV-spot, der var udarbejdet af en dyreværnsorganisation, udgjorde et »indgreb« i foreningens ytringsfrihed, der kunne tilregnes den sagsøgte stat, eftersom dette afslag havde til formål at overholde den nationale radio- og TV-lovgivning, der forbød politisk propaganda. I modsætning til Republikken Polen anser jeg således ikke teorien om »positive forpligtelser« for relevant i den foreliggende sag. Under alle omstændigheder er dette ikke et afgørende punkt i argumentationen. Menneskerettighedsdomstolen har hvad dette angår gentagne gange fastslået, at »[t]he boundaries between the State's positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition«, og at det i det væsentlige er de samme principper, der finder anvendelse i begge tilfælde (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.7.2012, Mouvement Raëlien Suisse mod Schweiz, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 og den deri nævnte retspraksis).

84. Efter min opfattelse kan »indgrebet« i brugernes ytringsfrihed derfor tilregnes EU-lovgiver. EU-lovgiver er således ophavsmand hertil. Parlamentet og Rådet har i øvrigt selv anerkendt, at de anfægtede bestemmelser i det væsentlige har til formål at overdrage byrden i forbindelse med kontrollen af krænkelse af ophavsretten på delingstjenesterne til udbydere af disse tjenester. Lovgiver har så at sige delegeret opgaven med at kontrollere, om ophavsretten på det digitale område anvendes korrekt, til disse udbydere. Lovgiver kan imidlertid ikke foretage en sådan delegation og samtidig lægge hele ansvaret for de indgreb i brugernes grundlæggende rettigheder, som følger heraf, over på disse udbydere⁹².

85. Min overbevisning i denne henseende kan ikke røkke af Rådets argument om, at de anfægtede bestemmelser ikke »forpligter« udbydere af delingstjenester til at filtrere og blokere indhold, som gøres tilgængeligt online af brugerne af deres tjenester, med den begrundelse, at artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790 ikke i snæver forstand pålægger disse udbydere en »forpligtelse«, men blot fastsætter en ansvarsfritagelsesordning, som de har »mulighed« for at anvende, såfremt de ikke har indhentet rettighedshavernes tilladelse.

86. For at vurdere, om artikel 17 i direktiv 2019/790 er forenelig med chartrets artikel 11, skal der således efter min opfattelse ikke alene tages hensyn til bestemmelsens ordlyd, men også til dens konkrete virkninger. Henset til den omstændighed, at udbydere af delingstjenester *på den ene side* ikke kan opnå rettighedshavernes tilladelse hvad angår en række beskyttede værker og andre frembringelser⁹³, hvorimod brugerne *på den anden side* potentielt alligevel kan gøre en mængde indhold, der reproducerer de pågældende frembringelser, tilgængeligt online, er anvendelsen af fritagelsesordningen i artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790 ikke en »mulighed«, men en nødvendighed for disse udbydere, som ellers påtager sig en uforholdsmæssig risiko for at ifalde ansvar. I mange tilfælde udgør de betingelser for fritagelse, der er fastsat i de anfægtede bestemmelser, således i praksis egentlige *forpligtelser* for de nævnte udbydere. Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at artikel 17, stk. 5, selv henviser til de »forpligtelser[, som påhviler udbyderne af delingstjenester,] i henhold til stk. 4« (min fremhævelse).

87. En sådan ansvars- eller fritagelsesordning er efter min opfattelse en fremgangsmåde, der er lige så effektiv som en direkte forpligtelse, til at tvinge de berørte erhvervsdrivende til at foretage forebyggende filtrering af indhold fra deres brugere. Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 62 har EU-lovgiver ganske enkelt ændret metoden hvad dette angår. Disse forskellige metoder har imidlertid *de samme virkninger* og skal af denne grund anskues på samme måde i forhold til de grundlæggende rettigheder⁹⁴.

3. Spørgsmålet, om denne begrænsning er forenelig med chartret

88. Det fremgår af det foregående afsnit, at de anfægtede bestemmelser, således som Republikken Polen har gjort gældende, indebærer en begrænsning i udøvelsen af den ved chartrets artikel 11 sikrede ret til ytringsfrihed.

⁹² – Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.3.1993, Costello-Roberts mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, § 27): »The State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals.«

⁹³ – Jf. fodnote 45 i dette forslag til afgørelse.

⁹⁴ – Jeg vil afslutningsvis tilføje, at selve den omstændighed, at udbydere af delingstjenester indirekte forpligtes til at foretage en sådan overvågning af deres tjenester, udgør et »indgreb« fra EU-lovgivers side i *disse udbyderes* ytringsfrihed. Eftersom de giver enhver midlerne til at modtage eller formidle informationer, er deres aktivitet omfattet af chartrets artikel 11 og EMRK's artikel 10. Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige, s. 9 og 10, samt Menneskerettighedsdomstolens dom af 2.2.2016, Magyar Tartalomzolgálatok Egyesülete og Index.hu zrt mod Ungarn (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 45), og af 4.6.2020, Jezior mod Polen (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 41).

89. Ytringsfriheden er imidlertid ikke en absolut rettighed. I henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, er begrænsninger i udøvelsen af denne frihed tilladt, forudsat at de for det første er »fastlagt i lovgivningen«, for det andet respekterer denne friheds »væsentligste indhold« og for det tredje iagttager proportionalitetsprincippet.

90. På samme vis er indgreb i ytringsfriheden i henhold til EMRK's artikel 10, stk. 2, og Menneskerettighedsdomstolens praksis herom tilladt, for så vidt som de for det første er »foreskrevet ved lov«, for det andet forfølger et eller flere legitime formål, som er defineret i dette stk. 2, og for det tredje er »nødvendige i et demokratisk samfund«⁹⁵. Selv om disse betingelser, i deres formulering, delvis afviger fra betingelserne i chartrets artikel 52, stk. 1, skal de også her anses for at have den samme betydning eller i det mindste den samme rækkevidde⁹⁶.

91. Jeg vil derfor i de følgende afsnit undersøge, om de tre betingelser, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, er opfyldt, og samtidig fortolke dem i lyset af Menneskerettighedsdomstolens relevante praksis. I denne forbindelse vil jeg redegøre for grundene til, at den pågældende begrænsning er »fastlagt i lovgivningen« [afsnit a)], hvorfor den respekterer ytringsfrihedens »væsentligste indhold« [afsnit b)], og hvorfor den, for så vidt som artikel 17 i direktiv 2019/790 fortolkes korrekt, iagttager proportionalitetsprincippet [afsnit c)].

a) Den pågældende begrænsning er »fastlagt i lovgivningen«

92. I henhold til Domstolens faste praksis indebærer betingelsen om, at enhver begrænsning i udøvelsen af de grundlæggende rettigheder skal være »fastlagt i lovgivningen« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, sammenholdt med Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende den tilsvarende betingelse i EMRK's artikel 10, stk. 2, ikke blot, at denne begrænsning skal have et retsgrundlag (»lovgivningens eksistens«), men også, at dette retsgrundlag skal have visse kendetegn i form af tilgængelighed og forudsigelighed (»lovgivningens kendetegn«)⁹⁷.

93. *For det første* har begrænsningen i den foreliggende sag åbenbart et retsgrundlag, eftersom den følger af bestemmelser, der er vedtaget af EU-lovgiver.

94. *For det andet* gør jeg hvad angår dette lovgrundlags »kendetegn« opmærksom på Domstolens praksis⁹⁸ samt Menneskerettighedsdomstolens praksis⁹⁹, hvorefter det retsgrundlag, der indebærer en begrænsning i udøvelsen af en grundlæggende rettighed, skal være tilstrækkeligt tilgængeligt og forudsigeligt med hensyn til dets retsvirkninger, dvs. affattet tilstrækkeligt klart og præcist til, at de berørte parter, om fornødent efter at have indhentet kyndige råd, kan tilpasse deres adfærd.

⁹⁵ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.3.2002, Gaweda mod Polen (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 37), Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 56, samt Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov mod Rusland (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36).

⁹⁶ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 71. I henhold til chartrets artikel 53 kan det beskyttelsesniveau, der følger af dette instrument, i øvrigt aldrig være lavere end det niveau, der er sikret ved EMRK. Med henblik herpå skal Domstolen anlægge en fortolkning af betingelserne i chartrets artikel 52, stk. 1, som er mindst lige så streng som Menneskerettighedsdomstolens fortolkning af betingelserne i EMRK's artikel 10, stk. 2.

⁹⁷ – Jf. bl.a. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 81), udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017 (EU:C:2017:592, præmis 146) samt mit forslag til afgørelse Facebook Ireland og Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, punkt 263).

⁹⁸ – Jf. bl.a. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 81).

⁹⁹ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 26.4.1979, Sunday Times mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49), af 14.3.2002, Gaweda mod Polen (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 39), og af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov mod Rusland (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37).

95. Efter min opfattelse er de anfægtede bestemmelser således tilstrækkeligt klare og præcise til at opfylde denne standard. Definitionen af »udbyder af onlineindholdsdelingstjenester«, der er fastsat i artikel 2, nr. 6), i direktiv 2019/790, og de anfægtede bestemmelser indeholder ganske vist flere åbne begreber – »en stor mængde ophavsretligt beskyttede værker eller andre beskyttede frembringelser«, »bedste indsats«, »høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt« osv. – som skaber en vis usikkerhed med hensyn til de pågældende erhvervsdrivende og de forpligtelser, der påhviler dem i hver enkelt situation. Ifølge Parlamentets og Rådets forklaringer er formålet med at anvende disse begreber imidlertid at sikre, at disse bestemmelser kan tilpasses forskellige typer aktører og situationer samt udviklingen i praksis og teknologi med henblik på fremtidssikring. I henhold til Menneskerettighedsdomstolens praksis kan EU-lovgiver således, uden at tilsidesætte kravet om »forudsigelighed«, vælge at give de tekster, der vedtages, en vis fleksibilitet i stedet for absolut retssikkerhed¹⁰⁰. I øvrigt vil de præciseringer, som dette forslag til afgørelse indeholder, og de præciseringer, som Domstolen vil give i sin kommende dom og i fremtidige afgørelser, bidrage til at tydeliggøre disse begreber og fjerne den tvivl, der omgærder dem – hvilket også opfylder kravet om »forudsigelighed«¹⁰¹.

96. Efter denne præcisering gør jeg opmærksom på, at Domstolen¹⁰² og Menneskerettighedsdomstolen¹⁰³ ligeledes knytter spørgsmålet om, hvorvidt det retsgrundlag, der indebærer et indgreb, fastsætter tilstrækkelige garantier mod risikoen for vilkårlige eller urimelige indgreb i de grundlæggende rettigheder (i overensstemmelse med retsstatsprincippet), sammen med kravet om »forudsigelighed«. Sagsøgeren har bestridt dette aspekt i den foreliggende sag.

97. Spørgsmålet om, hvorvidt de anfægtede bestemmelser frembyder tilstrækkelige garantier for beskyttelsen af delingstjenesternes brugeres ytringsfrihed mod overdrevne eller vilkårlige filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, vedrører imidlertid også *forholdsmæssigheden* af den begrænsning, der følger af disse bestemmelser¹⁰⁴. For at undgå gentagelser vil jeg vende tilbage til dette spørgsmål i forbindelse med undersøgelsen af betingelsen vedrørende overholdelse af proportionalitetsprincippet¹⁰⁵.

b) Den pågældende begrænsning respekterer ytringsfrihedens »væsentligste indhold«

98. Det skal anføres, at betingelsen fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, hvorefter enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette instrument, skal »respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold«, indebærer, at en foranstaltning, der udgør et indgreb i dette »væsentligste indhold«, ikke kan begrundes. Denne foranstaltning

¹⁰⁰ – Hvad dette angår har Menneskerettighedsdomstolen gentagne gange fastslået, at »[w]hilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice«. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 16.6.2015, Delfi AS mod Estland (CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, herefter »Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delfi AS mod Estland«, § 121 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰¹ – Den omstændighed alene, at parterne og intervenienterne i den foreliggende sag har fremført forskellige fortolkninger af artikel 17 i direktiv 2019/790 (jf. dette forslag til afgørelses punkt 168 og 170), betyder ikke, at kravet om »forudsigelighed« ikke er opfyldt (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 17.2.2004, Gorzelik m.fl. mod Polen (CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65)). Det tilkommer Domstolen at klarlægge den korrekte fortolkning af denne bestemmelse.

¹⁰² – Jf. bl.a. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 81).

¹⁰³ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, §§ 59 og 64, samt Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov mod Rusland (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37).

¹⁰⁴ – Jf. analogt dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, præmis 132).

¹⁰⁵ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 128 ff.

anses således for at være i strid med chartret og skal, idet den vedrører en EU-retsakt, annulleres eller erklæres ugyldig, uden at det er fornødent at undersøge betingelsen vedrørende iagttagelse af proportionalitetsprincippet¹⁰⁶.

99. EU-lovgiver kan således begrænse udøvelsen af visse grundlæggende rettigheder i fælles interesse for at beskytte andre rettigheder og interesser. Det kan bl.a. ske for at beskytte en anden grundlæggende rettighed. Inden for disse rammer råder EU-lovgiver over en vis skønsbeføjelse til at foretage en afvejning og finde en »rimelig balance« mellem de forskellige relevante rettigheder og interesser¹⁰⁷. Denne skønsbeføjelse har dog en absolut grænse. En grundlæggende rettigheds »væsentligste indhold« er en »urørlig grundstamme«, som der ikke må gøres indgreb i. Derfor kan et formål aldrig, hvor legitimt det end måtte være, begrunde visse – særligt alvorlige – indgreb i de grundlæggende rettigheder. Med andre ord helliger målet ikke alle midler.

100. I det foreliggende tilfælde udgør de anfægtede bestemmelser ifølge Republikken Polen et indgreb i ytringsfrihedens »væsentligste indhold«. Den forebyggende overvågning, som udbydere af delingstjenester i henhold til disse bestemmelser skal foretage af indhold, som deres brugere gør tilgængeligt online, rejser således tvivl om denne rettighed som sådan, eftersom den indebærer et indgreb i dette indhold og en eventuel blokering heraf, endog inden udbredelsen.

101. I lighed med de sagsøgte og intervenienterne deler jeg ikke denne opfattelse.

102. Ganske vist anses forebyggende foranstaltninger til kontrol af information almindeligvis for et særligt alvorligt indgreb i ytringsfriheden¹⁰⁸ på grund af det misbrug, de kan indebære. Disse forebyggende foranstaltninger forkastes principielt i et demokratisk samfund med den begrundelse, at de ved at begrænse visse informationer, endog før de udbredes, er til hinder for enhver offentlig debat om indholdet, hvorved ytringsfriheden mister selve sin funktion som løftestang for pluralisme¹⁰⁹. Som sagsøgeren har fremhævet, er dette grunden til, at mange medlemsstater i deres respektive forfatninger forbyder en generel forudgående kontrol af informationer.

103. Disse betragtninger er fuldt ud relevante i forbindelse med internettet. Som sagsøgeren har gjort gældende, er internettet af særlig stor betydning for friheden til at modtage eller meddele informationer eller idéer¹¹⁰. Dette gælder mere specifikt for de store sociale platforme og netværk, der giver alle mulighed for at gøre indhold tilgængeligt online efter eget ønske og giver offentligheden adgang til dette, og derfor er »hidtil usete« værktøjer til udøvelse af denne frihed¹¹¹. Disse platforme deltager herved i en form for »demokratisering« af produktionen af informationer og er – selv om de drives af private operatører – reelt blevet en væsentlig

¹⁰⁶ – Jf. mit forslag til afgørelse Facebook Ireland og Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, punkt 272).

¹⁰⁷ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 117 og 129.

¹⁰⁸ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 26.11.1991, Observer og Guardian mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60), af 14.3.2002, Gaweda mod Polen (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 35), og Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 64 og den deri nævnte retspraksis.

¹⁰⁹ – Jeg gør opmærksom på, at dette er grunden til, at ytringsfriheden er et væsentligt grundlag for ethvert demokratisk samfund. Jf. bl.a. dom af 23.4.2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis), og Menneskerettighedsdomstolens dom af 7.12.1976, Handyside (CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49), og af 26.11.1991, Observer og Guardian mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 59).

¹¹⁰ – Jf. for det første dom af 8.9.2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, præmis 45). Jf. for det andet Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.3.2009, Times Newspapers Ltd mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27), Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, §§ 48 og 54, og Menneskerettighedsdomstolens dom af 1.12.2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, §§ 49 og 52).

¹¹¹ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 1.12.2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, §§ 51 og 52), og Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kablis mod Rusland, § 81.

infrastruktur til at udtrykke sig på internettet¹¹². På kommunikationsmidlernes nuværende udviklingstrin indebærer retten til ytringsfrihed således særligt fri adgang til disse platforme og frihed til at udtrykke sig dér, principielt uden indblanding fra offentlig myndighed¹¹³.

104. Hvis de offentlige myndigheder direkte eller indirekte¹¹⁴ skulle pålægge de tjenesteydere, der handler som mellemænd, og som kontrollerer disse infrastrukturer, hvor brugerne kan udtrykke sig, en forpligtelse til at foretage en generel forebyggende overvågning af informationer fra brugerne af deres tjenester for at søge efter alle former for ulovlige oplysninger, herunder blot uønskede, ville det således udgøre et indgreb i selve denne kommunikationsfrihed. Ytringsfrihedens »væsentligste indhold« som fastsat i chartrets artikel 11 ville efter min opfattelse herved blive berørt.

105. I denne sammenhæng anser jeg artikel 15 i direktiv 2000/31 for at have afgørende betydning. Ved at fastsætte, at tjenesteydere, der handler som mellemænd, ikke kan pålægges en »generel forpligtelse til at overvåge de oplysninger, der bæres eller hostes«, er denne bestemmelse til hinder for, at onlineinformation undergives en generel forebyggende overvågning, der er delegeret til disse mellemænd. Herved garanterer den, at internettet forbliver et frit og åbent område¹¹⁵.

106. Dette er grunden til, at jeg er tilbøjelig til at anse forbuddet i denne artikel 15 for et *almindeligt princip* i de retsfor skrifter, der gælder vedrørende internettet, idet det konkretiserer den grundlæggende kommunikationsfrihed på det digitale område¹¹⁶. Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at Domstolen i sin praksis allerede har knyttet respekten for denne frihed og dette forbud tættere sammen¹¹⁷. De er således forbundne. Det følger efter min opfattelse heraf, at dette forbud går ud over rammerne for nævnte artikel 15 og ikke kun gælder for medlemsstaterne, men også for EU-lovgiver.

107. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, er den grundlæggende ret til ytringsfrihed, som konkretiseret ved forbuddet mod »generelle overvågningsforpligtelser«, imidlertid ikke til hinder for alle former for overvågningsforpligtelse.

108. Som Kommissionen har gjort opmærksom på, har Domstolen således i sin praksis vedrørende påbud, der kan anordnes over for onlineformidlere¹¹⁸, anerkendt, at det er muligt at pålægge en sådan formidler at »forebygge« visse krænkelser ved at foretage en form for målrettet overvågning af sin tjeneste¹¹⁹. Den sondrede således mellem »generelle« forpligtelser til

¹¹² – Jf. bl.a. anbefaling CM/rec(2018)2 fra Ministerkomitéen til medlemsstaterne om internetformidlers rolle og ansvar, vedtaget af Ministerkomitéen den 7.3.2018, på ministerrepræsentanternes 1309. møde, samt J.M. Balkin, »Old-School/New-School Speech Regulation«, *Harvard Law Review*, bind 127, nr. 8, 2014, s. 2296-2342, på s. 2304.

¹¹³ – Jf. Conseil constitutionnels (forfatningsråd, Frankrig) afgørelse nr. 2020-801 DC af 18.6.2020, »Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet« (lov om bekæmpelse af hadefulde ytringer på internettet), artikel 4.

¹¹⁴ – Dvs. ved brug af en ansvarsfrigagelsesordning som i det foreliggende tilfælde (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 62).

¹¹⁵ – Jf. generaladvokat Poirares Maduros forslag til afgørelse Google France og Google (C-236/08 – C-238/08, EU:C:2009:569, punkt 142 og 143). Jf. ligeledes anbefaling CM/Rec(2007)16 fra Ministerkomitéen til medlemsstaterne om foranstaltninger til fremme af værdien af internettets offentlige service, vedtaget af Ministerkomitéen den 7.11.2007 på ministerrepræsentanternes 1010. møde, bilag, del III, punkt a), samt anbefaling CM/Rec(2018)2 om internetformidlers rolle og ansvar, bilag, punkt 1.3.5.

¹¹⁶ – Jf. i samme retning G. Smith, »Time to speak up for Article 15«, *Blog Cyberleagle*, 21.5.2017 (tilgængelig på adressen <https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html>).

¹¹⁷ – Jf. Scarlet Extended-dommen, præmis 40 og 52, og SABAM-dommen, præmis 38 og 50.

¹¹⁸ – Domstolen har gentagne gange fastslået, at de nationale regler, som fastsætter betingelserne for disse påbud, samt de nationale retters anvendelse heraf, skal iagttage det forbud mod »generelle overvågningsforpligtelser«, der er fastsat i artikel 15 i direktiv 2000/31. Jf. bl.a. Scarlet Extended-dommen, præmis 32-35, og SABAM-dommen, præmis 30-33.

¹¹⁹ – Jf. 45. betragtning til og artikel 14, stk. 3, i direktiv 2000/31.

overvågning og forpligtelser i »særlige« tilfælde¹²⁰. Tilsvarende anser Menneskerettighedsdomstolen ikke de forebyggende foranstaltninger til kontrol af information, herunder forpligtelserne til blokering, for at være uforenelige som sådan med EMRK's artikel 10, for så vidt som de indgår i en særlig ramme¹²¹. Denne domstol har i dommen i sagen Delfi AS mod Estland endog anerkendt, at det kan forventes af visse mellemmand, at de aktivt overvåger deres tjenester for at søge efter visse typer ulovlig information¹²².

109. Sagsøgeren har heroverfor anført, at netop den overvågningsforpligtelse, som i henhold til de anfægtede bestemmelser er pålagt udbydere af delingstjenester, er »generel«. Med henblik på at »sikre«, at beskyttede værker og andre frembringelser som identificeret af rettighedshaverne »ikke er tilgængelige«, og »forhindre, at de fremover uploades« på deres tjenester, skal disse udbydere således i praksis filtrere alt indhold, der uploades af samtlige brugere.

110. I lighed med de sagsøgte og intervenienterne er jeg imidlertid af den opfattelse, at der ved disse bestemmelser i realiteten pålægges en »særlig« forpligtelse til overvågning¹²³. Jeg må dog erkende, at Domstolens praksis¹²⁴ på det seneste har udviklet sig med hensyn til kriteriet for sondringen mellem »generel« og »særlig«.

111. *Oprindeligt* var Domstolen tilbøjelig til at lægge vægt på mængden af information, der skal kontrolleres. I dommen i sagen L'Oréal m.fl.¹²⁵ fastslog Domstolen, at en operatør af en onlinemarkedsplads ikke kunne være forpligtet til »aktivt at overvåge samtlige oplysninger fra den pågældendes kunder med henblik på at forebygge alle former for fremtidige krænkelse af den intellektuelle ejendomsret«. I Scarlet Extended-dommen fastslog den, at en internetudbyder ikke, med et påbud, kunne tvinges til at indføre et system med filtrering af »al indgående og udgående elektronisk kommunikation«, der således »uden forskel anvendes over for alle kunderne« med henblik på »i udbyderens netværk at identificere omsætning af elektroniske filer, der indeholder et musikværk, kinematografisk værk eller audiovisuelt værk, som sagsøgeren hævder at have intellektuelle ejendomsrettigheder til, og dernæst blokere overførslen af filer, hvis udveksling krænker ophavsretten«¹²⁶. I SABAM-dommen¹²⁷ lagde Domstolen det samme ræsonnement til grund i forbindelse med en forpligtelse, som påhvilede operatøren af en social netværksplatform, til at indføre et lignende filtreringssystem. Endelig fastslog den i Mc

¹²⁰ – Jf. 47. betragtning til direktiv 2000/31 (»[...] medlemsstaterne [kan] ikke pålægge tjenesteyderne overvågningsforpligtelser [undtagen] [...] i særlige tilfælde [...]«).

¹²¹ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 64, Menneskerettighedsdomstolens dom af 1.12.2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62), og Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kablis mod Rusland, § 97.

¹²² – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 138.

¹²³ – Jf. i samme retning K. Grisse, op.cit., s. 897; G. Spindler, »The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties?«, JIPITEC, bind 10, 2020, s. 350 og 353-359, samt J. Cabay, »Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du »juste équilibre««, i *Propriété intellectuelle à l'ère du big data et de la blockchain*, J. De Werra og Y. Benhamou, (red), Schulthess, Genève, 2021, s. 225-237.

¹²⁴ – Det skal præciseres, at denne retspraksis – i modsætning til, hvad Parlamentet har anført – er relevant i den foreliggende sag, selv om den vedrører påbud udstedt af nationale retter og ikke en retsakt vedtaget af EU-lovgiver. Begrebet »generel overvågningsforpligtelse« skal således fortolkes på samme måde, uanset hvilken oprindelse en sådan forpligtelse har (jf. i denne retning mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen (fodnote 104)).

¹²⁵ – Dom af 12.7.2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, præmis 139).

¹²⁶ – Scarlet Extended-dommen, præmis 29 og 38-40. Ifølge min fortolkning lagde Domstolen afgørende vægt på den omstændighed, at »en sådan præventiv overvågning kræver aktiv observation af al den elektroniske kommunikation, der foretages på den pågældende internetudbyders netværk, og den omfatter følgelig enhver oplysning, der skal transmitteres, og enhver kunde, der bruger dette netværk« (præmis 39) (min fremhævelse).

¹²⁷ – Jf. denne doms præmis 35-38.

Fadden-dommen¹²⁸, at operatøren af et lokalt trådløst netværk ikke kunne pålægges en forpligtelse til at overvåge »al transmitteret information« via dette netværk, når det drejede sig om at blokere kopier af et enkelt musikværk, som var identificeret af rettighedshaveren¹²⁹.

112. *Nu* synes Domstolen at lægge vægt på præcision med hensyn til, hvad der undersøges. I denne henseende fastslog Domstolen i Glawischnig-Piesczek-dommen¹³⁰, denne gang vedrørende ærekrænkende udtalelser, at den forpligtelse, der påhviler operatøren af et socialt netværk til at overvåge samtlige informationer, som er gjort tilgængelige online¹³¹, skulle anses for at være en forpligtelse »i særlige tilfælde« med den begrundelse, at der var tale om undersøgelse og blokering af en »præcis«¹³² ærekrænkende information, at udbyderen ikke var forpligtet til at foretage en »selvstændig vurdering« af, om de filtrerede informationer var lovlige, og at denne derimod kunne »anvende automatiserede teknikker og søgemetoder«¹³³.

113. Efter min opfattelse er denne udvikling i Domstolens praksis¹³⁴ begrundet. Jeg vil nedenfor komme nærmere ind på de grænser, der er forbundet hermed¹³⁵, men det skal her anføres, at det synspunkt, hvorefter en overvågningsforpligtelse er »generel«, når den de facto tvinger en mellemmand til, ved hjælp af it-værktøjer, at foretage en filtrering af alle de oplysninger, som tjenestens brugere gør tilgængelige online, selv om der skal søges efter specifikke overtrædelser, beklageligvis ville ignorere den teknologiske udvikling, som gør en sådan filtrering mulig, og fratage EU-lovgiver et hensigtsmæssigt middel til bekæmpelse af visse typer ulovligt indhold.

114. I den foreliggende sag skal udbydere af delingstjenester ganske vist for at nå de mål, der er omhandlet i de anfægtede bestemmelser, overvåge alt det indhold, som deres brugere gør tilgængeligt online. Der er dog tale om, at der blandt dette indhold skal søges efter »specifikke værker eller andre frembringelser«, med hensyn til hvilke rettighedshaverne på forhånd har meddelt de »relevante og nødvendige oplysninger« [artikel 17, stk. 4, litra b), i direktiv 2019/790] eller en »tilstrækkelig begrundet meddelelse« [stk. 4, litra c)]. Jeg vil nedenfor i dette forslag til afgørelse¹³⁶ redegøre nærmere for, hvilket indhold der skal blokeres. På dette trin i analysen er disse elementer dog efter min opfattelse tilstrækkelige til at godtgøre, at disse bestemmelser indirekte fastsætter en overvågningsforpligtelse »i særlige tilfælde«, og til at udelukke, at der er tale om et indgreb i ytringsfrihedens »væsentligste indhold«¹³⁷.

¹²⁸ – Dom af 15.9.2016 (C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 25 og 88).

¹²⁹ – Man kan med alvor spørge, om de anfægtede bestemmelser medfører en »generel overvågningsforpligtelse«, således som dette begreb er fortolket i disse domme. Navnlig er forskellene mellem de forpligtelser, der følger af disse bestemmelser, og det filtreringssystem, som var omhandlet i den sag, der gav anledning til Scarlet Extended-dommen, langt fra indlysende. I denne sag anmodede rettighedshaverne om, at det blev pålagt mellemmanden at »identificere[...] de filer, der indeholder værker, i forhold til hvilke [disse rettighedshavere] hævder at besidde rettigheder« (dommens præmis 38), konkret ved hjælp af værktøjet »Audible Magic« (jf. generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:255, punkt 21 og 24). Der er således tale om et genkendelsesværktøj, der anvender »digitalt fingeraftryk«, som fungerer på grundlag af referencefiler leveret af disse rettighedshavere, og som ligeledes er nævnt i konsekvensanalysen (del 3/3, s. 55).

¹³⁰ – Jeg gør opmærksom på, at denne dom er afsagt, efter at den foreliggende sag blev anlagt.

¹³¹ – Jf. generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, punkt 25, 26 og 59).

¹³² – Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 35.

¹³³ – Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 46.

¹³⁴ – Det skal præciseres, at selv om Glawischnig-Piesczek-dommen vedrører reglerne om ærekrænkelser, rækker de konklusioner, der kan udledes heraf, ud over dette område. Begrebet »generel overvågningsforpligtelse« finder således horisontal anvendelse, uanset hvilken type krænkelse mellemmanden skal søge efter. Jf. generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, punkt 43).

¹³⁵ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 194-199.

¹³⁶ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 200-203.

¹³⁷ – Det skal i øvrigt anføres, at EU-lovgiver bekræftede forbuddet mod »generelle overvågningsforpligtelser« i artikel 17, stk. 8, i direktiv 2019/790 (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 194-203).

115. Afslutningsvis skal jeg præcisere, at selv om EU-lovgiver ikke kan delegere opgaven med at foretage en generel forebyggende overvågning af informationer, der deles eller overføres via onlineformidlers tjenester, til disse formidlere, kan denne efter min opfattelse uden at gribe ind i ytringsfrihedens »væsentligste indhold« vælge at pålægge visse onlineformidlere visse aktive overvågningsforanstaltninger vedrørende visse specifikke ulovlige oplysninger. Jeg gør desuden opmærksom på, at artikel 17 i direktiv 2019/790 i denne henseende ligger i forlængelse af en række meddelelser og henstillinger fra Kommissionen¹³⁸ samt nye retsfor skrifter¹³⁹, som i denne forbindelse tager sigte på, at visse formidlere – navnlig de store delingsplatforme – skal bidrage til at bekæmpe visse typer ulovligt indhold. Det skal dog i hvert enkelt tilfælde sikres, at proportionalitetsprincippet iagttages. Denne form for delegering af kontrollen af lovligheden af onlineindhold¹⁴⁰ til visse mellem mænd er bl.a. ledsaget af risici for tjenesternes brugeres ytringsfrihed, og den kan således ikke finde sted uden tilstrækkelige garantier for disse brugere¹⁴¹.

c) Den pågældende begrænsning iagttager proportionalitetsprincippet

116. Tilbage står nu at undersøge betingelsen om iagttagelse af proportionalitetsprincippet, som ifølge ordlyden af chartrets artikel 52, stk. 1, er opdelt i to delbetingelser: Den pågældende begrænsning skal for det første være »nødvendig« og for det andet »faktisk svare til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder«.

117. Parterne er enige om, at den *anden delbetingelse* er overholdt. Henset til det generelle formål, der forfølges ved artikel 17 i direktiv 2019/790¹⁴², opfylder den pågældende begrænsning et »behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder«, dvs. rettighedshavernes ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder. Jeg gør opmærksom på, at intellektuel ophavsret er beskyttet som en grundlæggende rettighed, navnlig¹⁴³ i chartrets artikel 17, stk. 2, og artikel 1 i protokol nr. 1 til

¹³⁸ – Jf. bl.a. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget af 6.5.2015, »En strategi for et digitalt indre marked i Europa« (COM(2015)192 final), s. 4, 8 og 12-14, af 25.5.2016, »Onlineplatforme og det digitale marked – Muligheder og udfordringer for Europa« (COM(2016) 288 final), s. 8-11, og af 28.9.2017, »Bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet, større ansvar for onlineplatforme«, (COM(2017) 555 final). Jf. ligeledes Kommissionens henstilling (EU) 2018/334 af 1.3.2018 om foranstaltninger til effektiv bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet (EUT 2018, L 63, s. 50), 1.-5., 24. og 36. betragtning samt punkt 18, 36 og 37.

¹³⁹ – Jf. bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2021/784 af 29.4.2021 om håndtering af udbredelsen af terrorrelateret indhold online (EUT 2021, L 172, s. 79), navnlig artikel 5, og forslag af 15.12.2020 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 final), navnlig artikel 27. Jeg gør opmærksom på, at princippet om, at onlineformidlere ikke kan pålægges en generel overvågningsforpligtelse, bekræftes i artikel 7 i det sidstnævnte forslag.

¹⁴⁰ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 84.

¹⁴¹ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 140-153. Jf. ligeledes i samme retning henstilling 2018/334 (24., 27. og 36. betragtning og punkt 19-21).

¹⁴² – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 28.

¹⁴³ – Jf. desuden artikel 27, stk. 2, i verdenserklæringen om menneskerettigheder og artikel 15 i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.

EMRK¹⁴⁴. De anfægtede bestemmelser udgør således »positive beskyttelsesforanstaltninger«, som er vedtaget af EU-lovgiver for at sikre, at disse rettighedshavere faktisk og effektivt kan udøve deres intellektuelle ejendomsrettigheder i forholdet til udbydere af delingstjenester¹⁴⁵.

118. Parterne er derimod uenige om, hvorvidt den pågældende begrænsning opfylder den *første delbetingelse*. I denne forbindelse skal det præciseres, at undersøgelsen af, hvorvidt en begrænsning i udøvelsen af en grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartret, er »nødvendig« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, i realiteten omfatter kontrol af tre kumulative krav: Det skal således kontrolleres, om denne begrænsning er 1) »passende«, 2) »nødvendig« og 3) »forholdsmæssig« i ordets egentlige forstand¹⁴⁶. I de følgende afsnit vil jeg undersøge disse tre krav hver især.

1) Den pågældende begrænsning er »passende«

119. Republikken Polen synes ikke at have bestridt kravet om, at den omhandlede begrænsning skal være »passende«. Under alle omstændigheder anser jeg det, i lighed med Parlamentet og Rådet, for at være opfyldt.

120. Ved analysen af, om en given foranstaltning er passende, skal Domstolen således ikke efterprøve, om denne foranstaltning er den foranstaltning, hvormed det forfulgte mål *bedst kan opnås*, men om den er *egnet til bidrage* til at opfylde dette mål¹⁴⁷.

121. I det foreliggende tilfælde er de overvågningsforpligtelser, der i henhold til de anfægtede bestemmelser påhviler udbydere af delingstjenester, egnede til at bidrage til det af EU-lovgiver forfulgte mål. Idet disse bestemmelser overdrager opgaven med at overvåge disse tjenester og aktivt bekæmpe det krænkende indhold, der kan findes dér, til udbyderne, udgør de *dels* et kraftigt incitament for disse udbydere til at indgå licensaftaler med rettighedshaverne¹⁴⁸ og giver *dels* rettighedshaverne mulighed for nemmere at kontrollere anvendelsen af deres beskyttede værker og frembringelser på disse tjenester¹⁴⁹.

¹⁴⁴ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 11.1.2007, Anheuser-Busch Inc. mod Portugal (CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 72), Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ashby Donald m.fl. mod Frankrig, § 40, samt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige, s. 11.

¹⁴⁵ – Jf. analogt dom af 29.1.2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 53), af 15.9.2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 81), samt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ashby Donald m.fl. mod Frankrig, § 36, og Menneskerettighedsdomstolens dom af 19.2.2013, Neij m.fl. mod Sverige, s. 10 og 11. Som Parlamentet og Rådet har gjort opmærksom på, svarer den pågældende begrænsning på samme tid til et mål af almen interesse, der ikke blot er »anerkendt«, men også »forfølges« af Unionen, dvs. fremme af kulturel mangfoldighed (jf. anden betragtning til direktiv 2019/790). Beskyttelsen af ophavsret tager således bl.a. sigte på at støtte skabelse, produktion og distribution af informationer, viden og kultur (jf. bl.a. 9.-11. og 14. betragtning til direktiv 2001/29). Unionen har således i overensstemmelse med artikel 3, stk. 3, TEU sat sig som mål at »[sikre], at den europæiske kulturarv beskyttes og udvikles«.

¹⁴⁶ – Jf. bl.a. dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 50), af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 54), og af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 64)

¹⁴⁷ – Jf. bl.a. dom af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴⁸ – Eftersom de anfægtede bestemmelser, som anført, kun finder anvendelse for så vidt angår beskyttede værker og frembringelser, der er identificeret af rettighedshaverne, og for hvilke udbyderne af delingstjenester ikke har opnået en tilladelse fra disse rettighedshavere.

¹⁴⁹ – Jf. dette forslag til afgørelses punkt 53. Den omstændighed, at en filtrering altid kan omgås af ildesindede brugere (jf. dog, vedrørende pålideligheden af de filtreringsværktøjer, der anvender »fingeraftryk«, fodnote 65 i dette forslag til afgørelse), og nødvendigvis indebærer en vis fejlmargen, kan eventuelt gøre disse forpligtelser mindre egnede til at nå det forfulgte mål, men gør dem dog ikke uegnede af den grund (jf. dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 63).

2) Den pågældende begrænsning er »nødvendig«

122. Republikken Polen har derimod gjort gældende, at den begrænsning af udøvelsen af retten til ytringsfrihed, som følger af artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, i direktiv 2019/790, går ud over, hvad der er »nødvendigt« for at nå det af EU-lovgiver forfulgte mål. Ifølge Republikken Polen er de forpligtelser, som er fastsat i dette stykkes litra a) og i dets litra c), in principio, tilstrækkelige i denne henseende. *For det første* styrker den forpligtelse til at gøre deres »bedste indsats« for at opnå en tilladelse fra rettighedshaverne, som påhviler udbydere af delingstjenester i henhold til nævnte litra a), rettighedshavernes forhandlingsposition. *For det andet* sikrer de samme udbyderes forpligtelse, i henhold til nævnte litra c), in principio, til at handle hurtigt efter at have modtaget en tilstrækkelig begrundet meddelelse for at blokere adgangen til eller fjerne de værker og andre frembringelser, der er givet meddelelse om, fra deres websteder en effektiv beskyttelse af disse rettighedshaveres rettigheder.

123. Jeg er ikke enig.

124. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at kriteriet om »nødvendighed« indebærer, at det efterprøves, om der findes alternative foranstaltninger, der er *lige så effektive* som den foranstaltning, der er valgt til at nå det forfulgte mål, og samtidig er *mindre indgribende*¹⁵⁰.

125. Som Parlamentet og Rådet i det væsentlige har gjort gældende, er en ansvarsordning, som alene omfatter de forpligtelser, der er fastsat i artikel 17, stk. 4, litra a), og artikel 17, stk. 4, litra c), in principio, i direktiv 2019/790, tydeligvis ikke *lige så effektiv* til at nå det af EU-lovgiver forfulgte mål som en ordning, der desuden indeholder de forpligtelser, der følger af dette stykkes litra b) og dets litra c), in fine – selv om de førstnævnte forpligtelser faktisk er *mindre indgribende* i retten til ytringsfrihed end de sidstnævnte¹⁵¹.

126. Selv om forpligtelsen pålagt udbydere af delingstjenester til at gøre deres »bedste indsats« for at opnå rettighedshavernes tilladelse *for det første* i sig selv – således som sagsøgeren har gjort gældende – styrker disse rettighedshaveres position i en forhandling om licensaftaler med disse udbydere, har artikel 17 i direktiv 2019/790 ikke alene til formål at sikre, at rettighedshaverne modtager et rimeligt vederlag for anvendelsen af deres beskyttede værker og andre frembringelser på disse tjenester. Formålet er i videre forstand at sikre, at disse rettighedshavere effektivt kan kontrollere en sådan anvendelse og navnlig – hvis de ønsker det – *forhindre*, at deres frembringelser er tilgængelige på disse tjenester.

127. Som de sagsøgte har fremhævet, er det i denne henseende *for det andet* ubestrideligt, at en ordning med underretning om og fjernelse af indhold som den, der følger af artikel 14 i direktiv 2000/31 og i det væsentlige gentages i artikel 17, stk. 4, litra c), in principio, i direktiv 2019/790 ikke *lige så effektivt* giver de pågældende rettighedshavere mulighed for at modsætte sig den ulovlige anvendelse af deres værker på delingstjenesterne som den ordning, der følger af de anfægtede bestemmelser, som desuden pålægger udbydere af disse tjenester overvågningsforpligtelser.

¹⁵⁰ – Jf. bl.a. dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 54 og 55), af 17.10.2013, Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, præmis 46, 52 og 53), og af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 160).

¹⁵¹ – Jf. fodnote 172 i dette forslag til afgørelse.

3) *Den pågældende begrænsning er »forholdsmæssig« i ordets egentlige forstand*

128. I henhold til Domstolens faste praksis anses en begrænsning i udøvelsen af en grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartret, for at være »forholdsmæssig« i ordets egentlige forstand, hvis byrderne som følge af den pågældende foranstaltning ikke er uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål¹⁵².

129. I det foreliggende tilfælde medfører de anfægtede bestemmelser, at retten til ytringsfrihed, der er sikret ved chartrets artikel 11, på den ene side og den intellektuelle ejendomsret, som er beskyttet ved dette instruments artikel 17, stk. 2, på den anden side stilles over for hinanden. Som anført af Parlamentet, Rådet og den spanske regering er den førstnævnte rettighed ikke tillagt en »automatisk forrang« for den sidstnævnte¹⁵³. Vurderingen af, hvorvidt disse bestemmelser er forholdsmæssige, skal således foretages – for at gentage den af Domstolen anvendte formulering – »med respekt af den nødvendige forening af de krav, der er forbundet med beskyttelsen af de forskellige grundlæggende rettigheder« og den »rette afvejning« af dem¹⁵⁴. På det ophavsretlige område har Domstolen i øvrigt særligt fremhævet nødvendigheden af inden for det elektroniske miljø at bevare denne »rimelige balance«¹⁵⁵.

130. Republikken Polen har imidlertid gjort gældende, at EU-lovgiver netop ikke har bevaret denne balance i artikel 17 i direktiv 2019/790. Ifølge Republikken Polen er den skade, som de anfægtede bestemmelser har medført for ytringsfriheden, uforholdsmæssigt stor i forhold til de fordele, som disse kan indebære for beskyttelsen af rettighedshavernes intellektuelle ejendomsrettigheder.

131. Jeg er i lighed med Parlamentet, Rådet og Kommissionen af den opfattelse, at EU-lovgiver kunne vælge at ændre den balance, der er indbygget i ansvarsordningen gældende for udbydere af delingstjenester [underafsnit i)]. Den nye ansvarsordning, der er vedtaget, indebærer dog væsentlige risici for ytringsfriheden [underafsnit ii)], der kræver, at der fastsættes tilstrækkelige garantier for, at disse risici minimeres [underafdeling iii)], hvilket EU-lovgiver efter min opfattelse har gjort [underafdeling iv)].

i) EU-lovgiver kunne med rette erstatte den oprindeligt fastsatte balance med en ny balance

132. Den ansvarsfritagelse, der i artikel 14 i direktiv 2000/31 er fastsat for tjenesteydere, der handler som mellemmænd, afspejler en balance mellem bl.a. ytringsfrihed og intellektuelle ejendomsrettigheder, som EU-lovgiver ønskede i forbindelse med vedtagelsen af dette direktiv. På daværende tidspunkt tilsigtede EU-lovgiver at fremme udviklingsmulighederne for disse tjenesteydere med henblik på mere generelt at stimulere udbredelsen af elektronisk handel og »informationssamfundstjenester« i det indre marked. Det var derfor vigtigt ikke at pålægge de nævnte tjenesteydere et ansvar, der kunne udgøre en risiko for deres virksomhed. Rettighedshavernes interesser skulle beskyttes og afvejes over for internetbrugernes ytringsfrihed inden for rammerne af ordningen for »underretning om og fjernelse af indhold« og muligheden for at udstede påbud til disse tjenesteydere¹⁵⁶.

¹⁵² – Jf. bl.a. dom af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁵³ – Jf. analogt dom af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert (C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 85).

¹⁵⁴ – Jf. bl.a. dom af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁵⁵ – Jf. bl.a. dom af 9.3.2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁵⁶ – Jf. 1.-7., 40., 41. og 45.-49. betragtning til direktiv 2000/31 samt mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 245.

133. Som Rådet har gjort gældende, har omstændighederne utvivlsomt ændret sig siden. Da »web 2.0«-tjenesterne kom frem, medførte de både nye fordele og økonomiske og sociale risici, som påvirker de forskellige involverede interesser. EU-lovgiver kunne i denne sammenhæng foretage en fornyet undersøgelse af de valg, der var blevet truffet næsten 20 år tidligere, og vurdere disse ændrede omstændigheder og disse fordele og risici¹⁵⁷.

134. Som Parlamentet, Rådet og den franske regering har fremhævet, råder EU-lovgiver i denne henseende over et vidt skøn på områder, hvor de foranstaltninger, der skal træffes, indebærer valg af både politisk og økonomisk eller social karakter, og hvor EU-lovgiver skal foretage komplekse vurderinger¹⁵⁸. Der er ingen tvivl om, at det er en »kompleks« opgave at tilpasse ophavsretten til det digitale miljø og fastsætte en ansvarsordning for onlinedelingstjenester på området, der sikrer en rimelig balance mellem alle de involverede rettigheder og interesser¹⁵⁹.

135. Menneskerettighedsdomstolen tillægger ligeledes offentlige myndigheder et vidt skøn, når de skal skabe en ligevægt mellem forskellige rettigheder, der er beskyttet af EMRK¹⁶⁰. Dette skøn var så meget desto vigtigere i det foreliggende tilfælde, som EU-lovgiver, principielt, ikke skulle regulere politiske ytringer, men anvendelsen af beskyttede værker og andre frembringelser¹⁶¹.

136. I en sammenhæng, der var præget af en bred debat¹⁶², foretog EU-lovgiver et politisk valg til fordel for de kreative brancher. Det blev vurderet, at den tidligere balance mellem de involverede rettigheder og interesser ikke længere var tilfredsstillende, og at det for fortsat at sikre rettighedshaverne et højt beskyttelsesniveau¹⁶³ var nødvendigt at indføre en ny ansvarsordning for visse udbydere af »web 2.0«-tjenester ved at pålægge dem visse forpligtelser til overvågning af indhold, der gøres tilgængeligt online af brugerne af deres tjenester. Henset til det vide skøn, som lovgiver rådede over, er det min opfattelse, at et sådant valg, rent principielt, ikke var uforholdsmæssigt.

137. Nærmere bestemt består de anfægtede bestemmelsers forholdsmæssighed efter min opfattelse i samspillet mellem de faktorer, som de sagsøgte og intervenienterne har anført, dvs. for det første omfanget af den økonomiske skade, som påføres rettighedshaverne, når deres værker ulovligt gøres tilgængelige online på disse onlinedelingstjenester, henset til den gigantiske mængde indhold, der uploades på disse tjenester, og den hastighed, hvormed udvekslingen af informationer på internettet finder sted¹⁶⁴, for det andet den omstændighed, at ordningen for »underretning om og fjernelse af indhold« gør det vanskeligt for rettighedshaverne at kontrollere anvendelsen af deres værker på de nævnte tjenester, for det tredje de vanskeligheder, de oplever med at retsforfølge de ansvarlige brugere, og for det fjerde den omstændighed, at

¹⁵⁷ – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 246.

¹⁵⁸ – Jf. bl.a. dom af 17.12.2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁵⁹ – Jf. anbefaling CM/Rec (2018)2 om internetformidlers rolle og ansvar, præambel, punkt 9.

¹⁶⁰ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ashby Donald m.fl. mod Frankrig, § 40 og den deri nævnte retspraksis. Jf. desuden Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige, s. 11, og Menneskerettighedsdomstolens dom af 11.3.2014, Akdeniz mod Tyrkiet (CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, § 28). Jf. i samme retning dom af 3.2.2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, præmis 91-93).

¹⁶¹ – Jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Neij m.fl. mod Sverige, s. 11.

¹⁶² – En del af retslitteraturen hævder, at der ikke findes empiriske beviser for, at »value gap« findes. Jf. bl.a. G.F. Frosio, »From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, bind 12, nr. 7, s. 565-575, på s. 567-569. Jf., vedrørende det modsatte synspunkt, A. Bensamoun, »Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique«, *Entertainment*, Bruylant, nr. 2018-4, s. 278-287.

¹⁶³ – Det skal præciseres, at det naturligvis tilkommer EU-lovgiver at afgøre, på hvilket niveau beskyttelsen af ophavsretten og beslægtede rettigheder i Unionen skal sikres.

¹⁶⁴ – Jf. konsekvensanalyse, del 1/3, s. 137-144 og 175. Jf. i samme retning dom af 13.5.2014, Google Spain og Google (C-131/12, EU:C:2014:317, præmis 80), samt Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 36 og 37.

overvågningsforpligtelserne vedrører specifikke tjenesteydere, der handler som mellemmand. Hvad angår det sidstnævnte punkt skal det anføres, at udbydere af delingstjenester ved at promovere deres indhold¹⁶⁵ udøver en vis indflydelse på de informationer, som offentligheden får adgang til. Disse aspekter synes, i et vist omfang¹⁶⁶, at tilnærme disse udbydere til traditionelle mellemmand som f.eks. forlæggere, således at det kan være forholdsmæssigt at indføre en særlig ansvarsordning gældende for disse, som adskiller sig fra den ordning, der gælder for andre hosting-udbydere¹⁶⁷.

138. Som den spanske og den franske regering har gjort gældende, fastslog Menneskerettighedsdomstolen desuden i dommen i sagen Delfi AS mod Estland, at det i forbindelse med en afvejning mellem ytringsfriheden som omhandlet i EMRK's artikel 10 og retten til beskyttelse af en persons ære, der er sikret ved denne konventions artikel 8, ikke var uforholdsmæssigt at holde en stor onlinenyhedsportal ansvarlig for ikke at have forhindret offentliggørelsen af visse typer ulovlige kommentarer, som brugerne havde slået op på portalens websted efter en artikel, eller i det mindste for ikke hurtigt at have fjernet dem på eget initiativ.

139. I denne dom lagde Menneskerettighedsdomstolen vægt på for det første omfanget af den skade, som sådanne kommentarer forårsagede i betragtning af den hastighed, hvormed informationer formidles på internettet¹⁶⁸, for det andet den omstændighed, at selv om ordningen for »underretning om og fjernelse af indhold« i mange tilfælde kan være et egnet værktøj til afvejning af alle de berørte parter rettigheder og interesser, var det ikke tilstrækkeligt til at rette op på den alvorlige skade, som fulgte af sådanne kommentarer¹⁶⁹. Menneskerettighedsdomstolen fremhævede desuden, for det tredje, at det ville have været vanskeligt for offeret at retsforfølge ophavsmændene til kommentarerne, og for det fjerde, at operatøren af nyhedsportalen udøvede en vis indflydelse på de kommentarer, der blev slået op af brugerne, således at der kunne være grundlag for at anvende en særlig tilgang hvad angår ansvar i forbindelse med en mellemmand som denne¹⁷⁰. Der kan således være en vis analogi i forhold til den foreliggende sag¹⁷¹.

ii) De risici, der er forbundet med en ansvarsordning som den, der følger af de anfægtede bestemmelser

140. Som Parlamentet i det væsentlige har gjort gældende, er den begrænsning i udøvelsen af ytringsfriheden, der følger af de anfægtede bestemmelser, begrundet hvad angår indhold, der krænker ophavsretten eller beslægtede rettigheder – for så vidt som den filtrering, som udbydere af delingstjenester skal foretage i henhold til disse bestemmelser, vil forhindre formidlingen på disse tjenester af dette indhold.

¹⁶⁵ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 14.

¹⁶⁶ – Den omstændighed, at disse udbydere ikke foretager en forudgående udvælgelse af de informationer, der gøres tilgængelige online på deres tjenester (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 32), er dog efter min opfattelse en afgørende forskel, som er til hinder for, at de kan behandles på samme måde som forlæggere.

¹⁶⁷ – Jf. i denne retning anbefaling CM/Rec(2018)2 om internetformidlers rolle og ansvar, præambel, punkt 4 og 5, og bilag, punkt 1.3.9. Hvad angår »traditionelle« hosting-udbydere er en sådan ansvarsordning efter min opfattelse ikke forholdsmæssig. Det samme gælder i endnu højere grad for andre typer mellemmand som f.eks. tjenesteydere, der foretager »ren videreformidling« (jf. artikel 12 i direktiv 2000/31).

¹⁶⁸ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delfi AS mod Estland, § 133.

¹⁶⁹ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delfi AS mod Estland, §§ 151, 155, 158 og 159.

¹⁷⁰ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delfi AS mod Estland, §§ 113, 115, 117, 128 og 145.

¹⁷¹ – Det skal præciseres, at det i denne sag drejede sig om, at operatøren af nyhedsportalen skulle overvåge portalen for at søge efter »klart ulovlige« oplysninger. Som jeg vil komme nærmere ind på i dette forslag til afgørelse punkt 194-218, er dette ligeledes tilfældet i den foreliggende sag.

141. Den forbindelse, som EU-lovgiver i de nævnte bestemmelser har opstillet mellem det ansvar, som er pålagt udbydere af delingstjenester, og effektiviteten af denne filtrering, indebærer imidlertid en væsentlig risiko for ytringsfriheden, nemlig risikoen for, at der sker en »overforsigtig blokering« af lovligt indhold.

142. Der er en generel risiko for en sådan »overforsigtig blokering«, når de offentlige myndigheder holder tjenesteydere, der fungerer som mellemmand, ansvarlige for ulovlige informationer, der tilvejebringes af brugerne af deres tjenester. For at undgå enhver risiko for at ifalde ansvar kan disse udbydere være tilbøjelige til at udvise nidkærhed og i overdreven grad blokere disse informationer *ved den mindste tvivl om deres lovlighed*¹⁷².

143. I den foreliggende sag består risikoen nærmere bestemt i, at udbydere af delingstjenester for at undgå enhver risiko for at ifalde ansvar i forhold til rettighedshaverne systematisk forhindrer, at alt indhold, der reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, for hvilke de har modtaget de »relevante og nødvendige oplysninger« eller en »tilstrækkelig begrundet meddelelse« fra rettighedshaverne, herunder indhold, som ikke krænker deres rettigheder, gøres tilgængeligt på deres tjenester¹⁷³.

144. Ud over det forhold, at visse brugere, der ønsker at gøre det pågældende indhold tilgængeligt online, kan råde over en licens til de pågældende værker og frembringelser, har rettighedshaverne således ikke et absolut monopol på anvendelsen af deres beskyttede frembringelser. Artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 indeholder i denne henseende en liste over undtagelser fra og indskrænkninger i eneretten til »overføring til almenheden«. Disse undtagelser og indskrænkninger sikrer, principielt, en »rimelig balance« mellem på den ene side rettighedshavernes interesse i beskyttelsen af deres intellektuelle ophavsret og på den anden side beskyttelsen af interesserne og de grundlæggende rettigheder hos brugerne af beskyttede frembringelser samt almenhedens interesse¹⁷⁴ – bl.a. offentlighedens adgang til kultur. Navnlig indebærer adskillige af disse undtagelser og indskrænkninger, bl.a. vedrørende citater, kritik og anmeldelser¹⁷⁵ og vedrørende karikatur, parodi eller pastiche¹⁷⁶, på deres respektive anvendelsesområder, at brugernes ret til ytringsfrihed og kreativ udfoldelse har forrang for rettighedshavernes interesse.

¹⁷² – Jf. bl.a. J.-M. Balkin, op.cit., s. 2309, samt Menneskerettighedsdomstolens dom af 4.6.2020, Jezior mod Polen (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 60) (»Såfremt [en tjenesteyder, der handler som mellemmand,] pålægges et ansvar for kommentarer fra tredjemand, kan det [...] have en afskrækkende virkning på ytringsfriheden på internettet«). Jf. ligeledes Menneskerettighedsdomstolens dom af 2.2.2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete og Index.hu Zrt mod Ungarn (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 86), og af 7.2.2017, Pihl mod Sverige (CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 35). Denne risiko reduceres derimod med den ansvarsfritagelse, der er fastsat i artikel 14 i direktiv 2000/31, eftersom de tjenesteydere, der handler som mellemmand, kun skal fjerne den information, hvis ulovlighed er fastslået eller »fremgår«.

¹⁷³ – Dette gælder så meget desto mere som udbydere af delingstjenester i henhold til artikel 17, stk. 4, i direktiv 2019/790 for det første bærer bevisbyrden og skal godtgøre, at de har gjort deres »bedste indsats« for at forhindre, at krænkende indhold gøres tilgængeligt online, og at de for det andet løber en betydelig risiko for at ifalde ansvar, henset til den »store mængde« indhold, som disse tjenester giver adgang til.

¹⁷⁴ – Jf. bl.a. dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 26), af 7.8.2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, præmis 43), og af 29.7.2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 38, 42, 43 og 54). Jf. ligeledes sjette betragtning til direktiv 2019/790.

¹⁷⁵ – Jf. artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 og dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 71), samt Spiegel Online-dommen (C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 57).

¹⁷⁶ – Jf. artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29 samt dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 25).

145. En væsentlig del af det indhold, som brugerne gør tilgængeligt online på delingstjenesterne, udgør netop anvendelse, eller endog kreativt genbrug, af beskyttede værker og andre frembringelser, der kan være omfattet af disse undtagelser og indskrænkninger¹⁷⁷.

146. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan undtagelse eller indskrænkning finder anvendelse på et givent indhold, afhænger imidlertid af sammenhængen og kræver en vis analyse¹⁷⁸. Det kan i forskellige tilfælde diskuteres, hvor grænsen går mellem en lovlig anvendelse og en forfalskning¹⁷⁹. I alle disse tvetydige situationer kan udbydere af delingstjenester finde det nemmere at forhindre, at det pågældende indhold gøres tilgængeligt online end at være nødt til i forbindelse med et eventuelt erstatningssøgsmål anlagt af rettighedshaverne selv at skulle argumentere for anvendelsen af disse undtagelser eller begrænsninger¹⁸⁰.

147. Den risiko for »overforsigtig blokering«, som jeg her har beskrevet, forstærkes i det foreliggende tilfælde af den omstændighed, at de betingelser for fritagelse, der er opstillet i artikel 17, stk. 4, litra b) og c), in fine, i direktiv 2019/790 i vid udstrækning de facto forpligter udbydere af delingstjenester til at anvende værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse.

148. I denne forbindelse må de begrænsninger, der er uløseligt forbundet med de pågældende værktøjer, holdes for øje – begrænsninger, som sagsøgeren korrekt har fremhævet, og som Domstolen i øvrigt allerede har konstateret i *Scarlet Extended-dommen* og *SABAM-dommen*¹⁸¹. De automatiske genkendelsesværktøjer finder således netop *indhold* og ikke *krænkelser* af ophavsretten. Disse værktøjer – navnlig værktøjer, der fungerer ved brug af »digitalt fingeraftryk« – kan finde *match*, dvs. genkende indhold i en given fil, som er en hel eller delvis reproduktion af indholdet i en referencefil¹⁸². Som Republikken Polen har gjort gældende, er disse værktøjer derimod ikke i stand til, på nuværende tidspunkt, at bedømme den kontekst, hvori det reproducerede indhold er anvendt, og navnlig identificere anvendelsen af en undtagelse fra eller begrænsning af ophavsretten¹⁸³. Risikoen for »overforsigtig blokering« er så meget desto større, som disse værktøjer bliver bedre og bedre til at genkende match i stadig kortere uddrag (f.eks. nogle sekunder af et fonogram). Anvendelsen heraf medfører således en risiko for, at brugerne fratages et rum, hvori de kan udtrykke sig, og for kreativ udfoldelse, som er lovligt ifølge de nævnte undtagelser og indskrænkninger¹⁸⁴. Desuden afhænger de automatiske

¹⁷⁷ – Jeg tænker her på »memes«, filmkritik, alternative anvendelser og en mængde andre typer indhold til underholdnings- eller undervisningsformål, hvoraf der er store mængder på disse tjenester, og som i øvrigt i sig selv, ofte kan udgøre »transformative« værker.

¹⁷⁸ – Hvad f.eks. angår den undtagelse, der er fastsat i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29, skal det efterprøves, om brugeren har »[godtgjort] en direkte og nær forbindelse mellem det citerede værk og den pågældendes egne overvejelser og dermed [muliggjort] en sådan intellektuel sammenligning med den andens værk« (dom af 29.7.2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 79). Med hensyn til undtagelsen i dette stykkes litra k) skal det afklares, om indholdet dels »[vækker] forestilling om et eksisterende værk, samtidig med at [det udviser] synlige forskelle i forhold til dette«, dels »[er] et udtryk for humor eller en latterliggørelse« (dom af 3.9.2014, *Deckmyn* og *Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 20).

¹⁷⁹ – Analysen kompliceres i øvrigt af den omstændighed, at de gældende undtagelser og indskrænkninger samt deres anvendelsesområde kan variere fra en national lovgivning til en anden. Selv om opregningen i artikel 5 i direktiv 2001/29 er udtømmende, giver den således de enkelte medlemsstater *mulighed* for at gennemføre de undtagelser og indskrænkninger, som de ønsker, i national ret. Desuden råder medlemsstaterne, alt efter omstændighederne, over et skøn med hensyn til deres gennemførelse. Jf. mit forslag til afgørelse i *YouTube* og *Cyando-sagen*, punkt 188.

¹⁸⁰ – Jf. analogt mit forslag til afgørelse i *YouTube* og *Cyando-sagen*, punkt 189.

¹⁸¹ – Jf. i denne retning den førstnævnte dom, præmis 52, og den sidstnævnte dom, præmis 50. Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i *YouTube* og *Cyando-sagen*, punkt 243.

¹⁸² – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 58.

¹⁸³ – Jf. bl.a. Kommissionens dokument, »Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market«, s. 15.

¹⁸⁴ – Jf. bl.a. K. Grisse, op.cit., s. 887; S. Dusollier, op.cit., s. 1018, og M. Lambrecht, op.cit., s. 73. Jf. ligeledes S. Jacques, K. Garstka, M. Hviid, J. Street, »The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube's Content ID digital fingerprinting technology«, 2017.

genkendelsesværktøjers evne til at identificere krænkende indhold af, hvor præcise og korrekte de oplysninger, som rettighedshaverne har givet, er. Anvendelsen af disse værktøjer kan således medføre ubegrundede klager, f.eks. vedrørende værker henhørende under offentligt domæne¹⁸⁵, på grundlag af fejlagtige eller misvisende referenceoplysninger (risiko for såkaldt »overdreven klagepraksis«)¹⁸⁶.

iii) Nødvendigheden af at fastsætte tilstrækkelige garantier for at minimere disse risici

149. Henset til de risici for »overforsigtig blokering«, som er beskrevet i det foregående underafsnit, bør en ansvarsordning som den, der følger af de anfægtede bestemmelser, efter min opfattelse ledsages af tilstrækkelige garantier for, at disse risici minimeres, og det således sikres, at omfanget af indgrebet i ytringsfriheden er præcist afgrænset¹⁸⁷. Generelt bør enhver form for delegation fra de offentlige myndigheders side af kontrol af onlineindholds lovlighed til tjenesteydere, der handler som mellemmand¹⁸⁸, i form af overvågningsforpligtelser, som direkte eller indirekte pålægges disse mellemmand, være ledsaget af sådanne garantier.

150. Nærmere bestemt bør en sådan ordning efter min opfattelse indgå i en retlig ramme, der fastsætter klare og præcise regler vedrørende rækkevidden og anvendelsen af de filtreringsforanstaltninger, som skal gennemføres af de relevante tjenesteydere, således at disse tjenesters brugere sikres en effektiv beskyttelse mod urimelig eller tilfældig blokering af informationer, som de ønsker at gøre tilgængelige online¹⁸⁹.

151. Jeg vil ligeledes fremhæve, at EU-lovgiver har en væsentlig del af ansvaret i denne henseende, når begrænsningen af de grundlæggende rettigheder følger af selve EU-lovgivningen, og den derfor kan tilregnes denne, således som det er tilfældet i den foreliggende sag¹⁹⁰. I et sådant tilfælde kan EU-lovgiver ikke fuldstændigt overlade det til medlemsstaterne – og i endnu mindre grad til de tjenesteydere, der skal gennemføre denne lovgivning – at fastsætte sådanne garantier. EU-lovgiver bør derimod i det mindste fastlægge substansen¹⁹¹. Da der i det foreliggende tilfælde er tale om et direktiv, som ydermere vedrører et teknisk område, bør medlemsstaterne – og Kommissionen – dog fastsætte visse gennemførelsesbestemmelser¹⁹².

¹⁸⁵ – Fonogramfremstillernes beslægtede rettighed medfører ligeledes særlige risici i denne henseende. F.eks. kan en sådan fremstiller med henblik på blokering identificere optagelsen af en fortolkning af Chopins nocturne (et værk, der i øvrigt henhører under det offentlige domæne), hvortil vedkommende har rettigheder. Eftersom visse værktøjer, såsom Content ID, ikke alene kan genkende indhold, der gengiver uddrag af dette fonogram, men også indhold, der gengiver den samme melodi (jf. fodnote 65 i dette forslag til afgørelse), kan de f.eks. automatisk blokere videoer, som er optaget af brugere, mens de fortolker denne nocturne.

¹⁸⁶ – Tilsyneladende har Navnlig Content ID af denne grund allerede fejlagtigt taget uskyldigt indhold for beskyttede værker. Jf. vedrørende en række eksempler K. Garstka: »Guiding the blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression«, i *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, 4. udg., P. Torremans (red), 2020, s. 327-352, på s. 332-334.

¹⁸⁷ – Jf. analogt dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 61), og af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 65).

¹⁸⁸ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 84 og 115.

¹⁸⁹ – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 64, Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.10.2013, Cumhuriyet Vakfı m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, § 61), og af 1.12.2015, Cengiz m.fl. mod Tyrkiet (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62), samt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kablis mod Rusland, § 97. Jf. desuden analogt dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 54, 55 og 65), af 21.12.2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 117), og af 2.3.2021, Prokuratuur (Betingelser for adgang til oplysninger om elektronisk kommunikation) C-746/18, EU:C:2021:152, præmis 48).

¹⁹⁰ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 84.

¹⁹¹ – Jf. dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 60-67), og generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2013:845, punkt 117 og 120).

¹⁹² – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 210-213.

152. Jeg skal tilføje, at kravet om, at EU-lovgiver fastsætter indholdet af disse garantier, er absolut nødvendigt for, at der kan sikres en ensartet anvendelse af EU-lovgivningen i alle medlemsstaterne – idet en sådan ensartethed er så meget desto mere nødvendig, som der i det foreliggende tilfælde er tale om et harmoniseringsdirektiv vedtaget på grundlag af artikel 114 TEUF. Udbydere af delingstjenester, der opererer på internationalt plan, bør ikke være underlagt 27 nationale ansvarsordninger, der kan være forskellige med hensyn til omfanget af de filtreringsforpligtelser, som de er pålagt. Frem for alt bør brugerne af disse tjenester nyde en i det væsentlige ens beskyttelse mod urimelige eller vilkårlige blokeringsforanstaltninger, uanset hvilken medlemsstat de befinder sig i.

153. Sammenfattende skal det anføres, at selv om EU-lovgiver råder over et vidt skøn til at træffe afgørelse om *princippet* om en ansvarsordning som den, der er fastsat i de anfægtede bestemmelser, kan denne til gengæld ikke undgå at fastsætte *tilstrækkelige garantier*, der vil minimere de heraf følgende risici for ytringsfriheden. Det tilkommer efter min opfattelse Domstolen at foretage en grundig kontrol af, om dette krav er overholdt¹⁹³.

iv) De garantier, der er fastsat i det foreliggende tilfælde

154. Republikken Polen har gjort gældende, at EU-lovgiver ikke har opfyldt dette krav i det foreliggende tilfælde. Ifølge Republikken Polen er de anfægtede bestemmelser ikke ledsaget af en garanti, der kan afgrænse omfanget af indgrebet i ytringsfriheden for brugerne af delingstjenesterne.

155. De sagsøgte og intervenienterne har derimod gjort gældende, at artikel 17 i direktiv 2019/790 indeholder en »komplet garantiordning«. De anfægtede bestemmelser kan således ikke adskilles fra denne artikels stk. 5, 7, 8 og 9. Disse stykker fastsætter klare og præcise regler, der fastlægger rækkevidden og anvendelsen af de foranstaltninger, som udbydere af delingstjenester skal gennemføre, og sikrer herved en »rimelig balance« mellem intellektuel ejendomsret og ytringsfrihed.

156. Artikel 17, stk. 5, i direktiv 2019/790, der, som det fremgår, anfører, at de foranstaltninger, som hver enkelt tjenesteudbyder skal træffe, under hensyn til proportionalitetsprincippet skal vurderes i forhold til elementer såsom »tjenestens størrelse« eller »omkostningerne« til de tilgængelige værktøjer, er efter min opfattelse mere relevant for spørgsmålet om iagttagelse af friheden til at oprette og drive egen virksomhed, som ikke er genstand for den foreliggende sag, end for så vidt angår ytringsfriheden. Jeg finder det derfor ikke nødvendigt at vende tilbage til dette.

157. Derimod indeholder denne artikels stk. 7, 8 og 9 efter min opfattelse reelt betydelige garantier for beskyttelsen af brugerne af delingstjenester mod urimelige eller vilkårlige foranstaltninger til blokering af deres indhold. Jeg vil derfor gennemgå dem i de følgende underafsnit.

¹⁹³ – Hvad dette angår gør jeg opmærksom på, at Menneskerettighedsdomstolen gentagne gange har fastslået, at de »farer«, som de »forudgående begrænsninger«, der følger af filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, frembyder for denne frihed, kræver »meget indgående vurdering«. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 47.

– *Retten til lovlig anvendelse af beskyttede frembringelser (stk. 7) og klageordningen (stk. 9)*

158. De sagsøgte og intervenienterne har med rette fremhævet den omstændighed, at en af de væsentligste garantier, som skal begrænse risikoen for, at udbydere af delingstjenester i henhold til de anfægtede bestemmelser forhindrer, at indhold, som på lovlig vis reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, der er identificeret af rettighedshaverne, stilles til rådighed på deres tjenester, fremgår af artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790.

159. *For det første* bestemmer dette stykkes første afsnit således, at »[s]amarbejdet mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere¹⁹⁴ [...] ikke [må] føre til blokering af adgangen til værker eller andre frembringelser, der uploades af brugere, og som ikke krænker ophavsret og beslægtede rettigheder, herunder når sådanne værker eller frembringelser er omfattet af en undtagelse eller indskrænkning«¹⁹⁵.

160. *For det andet* skal medlemsstaterne i henhold til dette stykkes andet afsnit sikre, at brugerne kan henholde sig til undtagelserne og indskrænkningerne vedrørende a) citater, kritik og anmeldelser samt b) anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche¹⁹⁶, når de gør indhold tilgængeligt online på delingstjenesterne.

161. Det fremgår heraf, at EU-lovgiver udtrykkeligt har indrømmet brugere af delingstjenester subjektive rettigheder på det ophavsretlige område. Disse brugere har nu en *ret*, som kan gøres gældende over for udbyderne af disse tjenester og rettighedshaverne, til på disse tjenester lovligt at anvende beskyttede frembringelser, herunder *retten* til at henholde sig til undtagelser og indskrænkninger af ophavsretten og beslægtede rettigheder¹⁹⁷. Den omstændighed, at lovgiver har anerkendt betydningen af disse undtagelser og indskrænkninger for brugerne, falder sammen med Domstolens praksis, idet denne for nylig har anerkendt, at de »medfører rettigheder« for disse brugere¹⁹⁸.

162. Det skal fremhæves, at brugerne i henhold til artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 har ret til at henholde sig til *samtlig* undtagelser og indskrænkninger, som er fastsat i EU-retten¹⁹⁹, navnlig de undtagelser og indskrænkninger, som er fastsat i artikel 5 i direktiv 2001/29 – dog for så vidt som de findes i den gældende nationale lovgivning. Mens denne artikel 5 giver medlemsstaterne *mulighed* for at gennemføre de undtagelser og indskrænkninger, der er opregnet heri²⁰⁰, *forpligter*

¹⁹⁴ – Herved skal forstås: de filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, som disse udbydere skal træffe i henhold til de anfægtede bestemmelser. Jf. 66. betragtning, første afsnit, til direktiv 2019/790.

¹⁹⁵ – Denne bestemmelse vedrører navnlig anvendelse af værker og andre frembringelser, der er omfattet af licensaftaler, som brugerne har indgået (jf. 66. betragtning, første afsnit, til direktiv 2019/790) samt især anvendelse af værker, der henhører under det offentlige domæne.

¹⁹⁶ – De pågældende undtagelser og indskrænkninger er i øvrigt, som anført i fodnote 175 og 176 i dette forslag til afgørelse, fastsat i artikel 5, stk. 3, litra d) og k), i direktiv 2001/29.

¹⁹⁷ – Det kan de navnlig gøre ved de nationale domstole (jf. artikel 17, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2019/790) (»[...] brugere [har] adgang til en domstol eller en anden retslig myndighed for at påberåbe sig brugen af en undtagelse fra eller en indskrænkning af reglerne om ophavsret og beslægtede rettigheder«).

¹⁹⁸ – Jf. dom af 29.7.2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 70), samt Spiegel Online-dommen (C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 54).

¹⁹⁹ – Selv om stk. 7 på dette punkt er tvetydigt, fremgår denne fortolkning tydeligt af 70. betragtning til direktiv 2019/790 (»De foranstaltninger, der træffes af udbyderne af onlineindholdsdelingstjenester [...] bør ikke berøre anvendelsen af undtagelser fra eller indskrænkninger af ophavsretten [...]«), samt denne artikels stk. 9, navnlig fjerde afsnit (»[...] de kan anvende værker og andre frembringelser i henhold til undtagelser [...] eller indskrænkninger [...], der er fastsat i EU-retten«) (min fremhævelse).

²⁰⁰ – Jf. fodnote 179 i dette forslag til afgørelse.

nævnte stk. 7 nu medlemsstaterne til i det mindste at fastsætte undtagelser og indskrænkninger vedrørende citater og parodi i deres nationale ret²⁰¹, henset til disses særlige betydning for ytringsfriheden.

163. Heraf følger konkret, at lovgivningen ikke tillader udbydere af delingstjenester at blokere eller fjerne indhold, som udgør lovlig anvendelse af værker eller andre frembringelser, *med den begrundelse, at dette indhold er i strid med ophavsretten*²⁰². De kan navnlig heller ikke i deres almindelige brugsbetingelser eller i kontraktmæssige aftaler med rettighedshaverne udelukke anvendelsen af undtagelser og indskrænkninger blot ved f.eks. at fastsætte, at rettighedshavernes påstand om, at ophavsretten er blevet krænkert, i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde en sådan blokering eller fjernelse²⁰³. Udbyderne skal derimod i deres almindelige brugsbetingelser oplyse brugerne om, at de kan anvende beskyttede værker og andre frembringelser på grundlag af de nævnte undtagelser og indskrænkninger²⁰⁴.

164. Med vedtagelsen af artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 er EU-lovgiver efter min opfattelse opmærksom på de risici for »overforsigtig blokering«²⁰⁵, som kan følge af den ansvarsordning, der er fastsat, og har for at sikre en »rimelig balance« mellem de involverede rettigheder og interesser og udtrykkeligt beskytte brugerne af delingstjenesters ytringsfrihed²⁰⁶ sat en klar og præcis grænse for de filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, som udbyderne af disse tjenester skal gennemføre i henhold til denne artikels stk. 4.

165. Hvad dette angår har Parlamentet, Rådet og Kommissionen med rette fremhævet, at dette stk. 7, henset til den bindende karakter af de udtryk, der er anvendt i bestemmelsens første afsnit – »må ikke føre til«²⁰⁷ – pålægger udbydere af delingstjenester en *resultatforpligtelse*: *De har pligt til at opnå det resultat*, at de ikke hindrer, at indhold, som lovligt reproducerer værker og andre frembringelser, gøres tilgængeligt online på deres tjenester, selv om rettighedshaverne har identificeret disse værker og frembringelser. Grænsen for de tilladte filtrerings- og blokeringsforanstaltninger er således trukket klart op: *De må ikke have til formål eller til følge, at en sådan lovlig anvendelse hindres*. Denne bestemmelse bidrager således til at modvirke disse udbyderes tilbøjelighed til »nidkærhed« og således til at afgrænse omfanget af indgrebet i ytringsfriheden, således at det er begrænset til formidling af indhold, der er i strid med ophavsretsreglerne.

166. Republikken Polen har dog heroverfor anført, at artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790/EF, henset til de begrænsninger, der er forbundet med den måde, hvorpå værktøjer til indholdsgenkendelse fungerer, jf. dette forslag til afgørelses punkt 148 – og navnlig den omstændighed, at de ikke kan identificere anvendelsen af undtagelser fra og begrænsninger af ophavsretten – snarere er et fromt ønske end en effektiv garanti. Reelt vil det indhold, der er

²⁰¹ – I det mindste for så vidt angår anvendelsen af beskyttede frembringelser på delingstjenesterne.

²⁰² – I denne henseende begrænser artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 – for at sikre brugernes ytringsfrihed – friheden til at oprette og drive egen virksomhed for udbydere af delingstjenester. Det står dog fortsat disse udbydere frit for at fjerne indhold, som er omfattet af undtagelser eller indskrænkninger, af *andre grunde end ophavsretlige problemer*, f.eks. hvis indholdet er krænkende eller strider imod deres politik med hensyn til nøgenhed. Denne bestemmelse pålægger således ikke de nævnte udbydere som sådan en fordelingspligt (»must carry-forpligtelse«) hvad angår sådant indhold.

²⁰³ – Jf. i samme retning M. Leistner, op.cit, s. 165 og 166. Enhver modstridende bestemmelse i disse almindelige brugsbetingelser eller de nævnte kontraktmæssige aftaler er derfor efter min opfattelse uforenelig med artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790.

²⁰⁴ – Jf. artikel 17, stk. 9, fjerde afsnit, i direktiv 2019/790. Informationen til brugerne om deres ret til at anvende beskyttede frembringelser på grundlag af en undtagelse og indskrænkning, samt om grænserne for denne rettighed, er af afgørende betydning for, at brugerne kan udøve deres ytringsfrihed og kreative udfoldelse, samtidig med at risikoen for tilfældige krænkelse af ophavsretten mindskes.

²⁰⁵ – Jf. konsekvensanalysen, del 1/3, s. 140 og 141 samt fodnote 422.

²⁰⁶ – Jf. 70. betragtning, første afsnit, til direktiv 2019/790.

²⁰⁷ – »shall not result« i den engelske sprogversion af direktiv 2019/790.

omfattet af disse undtagelser og indskrænkninger, automatisk blive blokeret af disse værktøjer. Denne bestemmelse kan således ikke sikre brugerne af delingstjenesterne en effektiv beskyttelse mod urimelig eller vilkårlig blokering af deres indhold.

167. Sagsøgerens argumenter hvad dette angår afspejler grundlæggende meningsforskelle blandt parterne og intervenienterne med hensyn til rækkevidden af stk. 7, og til hvorledes brugernes rettigheder konkret skal overholdes i praksis. Hvad dette angår er der således i forhandlingerne for Domstolen blevet drøftet to forskellige fortolkninger af denne bestemmelse.

168. Ifølge den *første fortolkning*, som er grundlag for Republikken Polens søgsmål, og som den spanske og den franske regering i øvrigt også har fremført, er den (eneste) ordning²⁰⁸, der i praksis sikrer, at de filtrerings- og blokeringsforanstaltninger, som udbydere af delingstjenester gennemfører i henhold til de anfægtede bestemmelser, ikke forhindrer, at lovlige anvendelser af beskyttede værker og andre frembringelser gøres tilgængelige på deres tjenester, den »klageordning«, som disse udbydere i henhold til artikel 17, stk. 9, i direktiv 2019/790 skal stille til rådighed for brugerne af deres tjenester »i tilfælde af uenighed om blokering af adgang til eller fjernelse af værker eller andre frembringelser, som de har uploadet«.

169. Konkret skal udbydere af delingstjenester, i overensstemmelse med rettighedshavernes ønske, på forhånd blokere alt indhold, som helt eller delvist reproducerer de beskyttede værker og andre frembringelser, der er identificeret af rettighedshaverne – uanset om indholdet krænker deres rettigheder – idet det påhviler brugeren at indgive en klage, såfremt vedkommende anser sin anvendelse af disse frembringelser for at være lovlig, f.eks. på grundlag af en undtagelse eller indskrænkning. Såfremt klagen er begrundet, skal det pågældende indhold, efterfølgende, gøres tilgængeligt online, efter at det er blevet undersøgt. Det skal præciseres, at selv om sagsøgeren og den spanske og den franske regering har den samme forståelse af artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790, er de grundlæggende uenige hvad angår de konsekvenser, der skal drages heraf²⁰⁹.

170. Ifølge en *anden fortolkning*, som er fremført af Parlamentet, Rådet og Kommissionen, bør udbydere af delingstjenester i selve filtreringsprocessen tage forudgående hensyn til den ret til lovlig anvendelse af beskyttede værker, som disse tjenesters brugere har i henhold til artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790. De anfægtede bestemmelser og stk. 7 skal således sammenholdes, og de forpligtelser, som de fastsætter, finder anvendelse »samtidigt«. Den »bedste indsats«, som disse udbydere i henhold til disse bestemmelser skal gøre for at forhindre, at beskyttede værker og frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne, gøres tilgængelige online, kan således ikke i praksis indebære en forebyggende og systematisk blokering af denne lovlige anvendelse. Den klageordning, der er omhandlet i denne artikels stk. 9, udgør en supplerende, og endelig, garanti i de situationer, hvor udbyderne til trods for forpligtelsen i samme stk. 7 ved en fejl alligevel blokerer sådant lovligt indhold.

171. Jeg tilslutter mig den sidstnævnte fortolkning, som efter min opfattelse følger af en ordlydsfortolkning, en systematisk og en historisk fortolkning af artikel 17 i direktiv 2019/790.

²⁰⁸ – Den franske regering har ligeledes henvist til eventuelle frivillige tiltag iværksat af rettighedshaverne (jf. fodnote 252 i dette forslag til afgørelse).

²⁰⁹ – Ifølge sagsøgeren – som anført i dette forslag til afgørelses punkt 166 – beviser den omstændighed, at der først efterfølgende – og, i givet fald, i tilfælde af en klage fra disse brugere – tages hensyn til de rettigheder, som brugere af delingstjenesterne har, at begrænsningen i udøvelsen af ytringsfriheden er uforholdsmæssig. Ifølge den spanske og den franske regering opretholder denne fortolkning derimod en »rimelig balance« mellem de involverede rettigheder og interesser, eftersom den giver rettighedshaverne mulighed for på forhånd at kontrollere anvendelsen af deres beskyttede værker og andre frembringelser, samtidig med at den kun forårsager en »midlertidig« ulempe for disse brugere.

172. Indledningsvis hvad angår ordlyden gør jeg opmærksom på, at samarbejdet mellem rettighedshavere og udbydere af delingstjenester i henhold til ordlyden af artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 ikke må føre til »blokering af adgangen« til indhold, der lovligt reproducerer værker eller andre frembringelser. Den fortolkning, hvorefter der kan ske en forudgående systematisk blokering af indhold, for så vidt som brugerne efterfølgende kan uploade det på ny, er efter min opfattelse langt fra den mest naturlige fortolkning af denne ordlyd²¹⁰.

173. Endvidere, på det systematiske plan, skal de anfægtede bestemmelser og dette stk. 7, således som Kommissionen har gjort gældende, sammenholdes med artikel 17, stk. 9, tredje afsnit, hvorefter direktivet »på ingen måde [berører]« lovlig anvendelse af beskyttede værker og frembringelser. Hvis det pågældende indhold systematisk skulle blokeres på forhånd, og brugerne skulle indgive en klage for at opnå, at det gøres tilgængeligt online, ville denne legitime anvendelse i en vis forstand åbenbart blive »berørt«.

174. Jeg gør desuden opmærksom på, at spørgsmålet om lovlig brug af beskyttede frembringelser ikke kun er nævnt i 70. betragtning til direktiv 2019/790, hvori der henvises til klageordningen, men ligeledes i 66. betragtning, første afsnit²¹¹, om forebyggende foranstaltninger, som udbydere af delingstjenester skal iværksætte i henhold til de anfægtede bestemmelser. Ifølge ordlyden af 70. betragtning, første afsnit, har denne bestemmelse desuden til formål at »støtte« – og ikke at »tillade« – en sådan lovlig anvendelse.

175. *Endelig* synes forarbejderne at bekræfte denne fortolkning. Det skal i denne forbindelse anføres, at artikel 17, stk. 9, i direktiv 2019/790 har sin oprindelse i artikel 13, stk. 2, i direktivforslaget. Dette forslag indeholdt ikke nogen bestemmelse om lovlig anvendelse af værker og andre frembringelser. En sådan bestemmelse blev tilføjet ved ændringsforslag ved forslagets førstebehandling i Parlamentet og Rådet. I disse ændringsforslag var det specifikke formål med klageordningen at tillade disse lovlige anvendelser²¹². Efter Parlamentets første afvisning af forslaget den 5. juli 2018 blev spørgsmålet om brugernes rettigheder og spørgsmålet om klageordningen imidlertid adskilt i to forskellige bestemmelser i de senere affattelser af teksten og i den tekst, der blev endeligt vedtaget.

176. Denne lovgivningsproces viser efter min opfattelse ligeledes, at der skete en udvikling i EU-lovgivers hensigt i denne henseende. Selv om direktivforslagets artikel 13 ensidigt var til fordel for rettighedshaverne, ændrede denne artikel 13 sig – i forbindelse med dens vedtagelse som artikel 17 i direktiv 2019/790 – til en kompleks bestemmelse, der tager sigte på at anerkende og afveje de forskellige involverede interesser. Som Rådet har gjort gældende, valgte lovgiver i

²¹⁰ – Dette er endnu mere åbenlyst i den engelske sprogversion af direktiv 2019/790 (»[...] shall not result in the *prevention* of the availability [...]«) (Min fremhævelse). Efter min opfattelse konkretiserer dette stk. 7 i øvrigt ytringsfriheden, hvorved dets ordlyd egner sig til en vid fortolkning. Jf. analogt dom af 14.2.2019, Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

²¹¹ – »[...] Skridt taget af sådanne tjenesteudbydere bør [...] ikke berøre brugere, der anvender [...] delingstjenesterne til lovligt at uploade [...] oplysninger på sådanne tjenester.«

²¹² – Jf. for det første »Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ophavsret på det digitale indre marked«, 29.6.2019, Parlamentet, Retsudvalget, dok. A8-0245/2018 (tilgængelig på adressen https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_DA.html?redirect), ændringsforslag 77: »[...] Med henblik på at forhindre misbrug eller begrænsninger i udøvelsen af undtagelser og indskrænkninger sikrer medlemsstaterne, at de i stk. 1 omhandlede tjenesteydere indfører effektive og hurtige klage- og erstatningsordninger [...]« Jf. for det andet Rådet, dok. 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, 25.5.2018 (tilgængelig på adressen <https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf>): »Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. For that purpose, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism [...]« (min fremhævelse).

denne bestemmelse at beskytte både rettighedshaverne og brugerne. Som Parlamentet har fremhævet, afspejler denne artikel 17 et vanskeligt kompromis i denne henseende. Denne udvikling kan der ikke ses bort fra ved fortolkningen heraf²¹³.

177. Desuden sikrer den fortolkning, som Parlamentet, Rådet og Kommissionen har fremført, hvorefter der i henhold til artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 skal tages hensyn til brugernes rettigheder på forhånd, og ikke kun efterfølgende, at den begrænsning i udøvelsen af ytringsfriheden, der følger af de anfægtede bestemmelser, er forholdsmæssig²¹⁴.

178. Hvad dette angår er det korrekt, at den klageordning, der er fastsat i artikel 17, stk. 9, i direktiv 2019/790, både udgør en væsentlig garanti og et stort fremskridt i forhold til direktiv 2000/31²¹⁵. Der er tale om en nødvendig bestanddel i ethvert filtreringssystem i betragtning af den risiko for »overforsigtig blokering«, som følger heraf. EU-lovgiver har ligeledes knyttet proceduremæssige »delgarantier« til denne ordning. Ordningen skal være »effektiv og hurtig«, og de klager, der indgives, skal behandles »uden unødigt forsinkelse«. Med andre ord skal udbydere af delingstjenester i denne forbindelse handle lige så hurtigt, som de skal, når det drejer sig om meddelelser, der i henhold til artikel 17, stk. 4, litra c), i direktiv 2019/790 modtages fra rettighedshaverne²¹⁶. I øvrigt skal rettighedshaverne »behørigt« begrunde deres anmodninger om blokering, og klagerne bør underkastes menneskelig kontrol.

179. Endvidere skal medlemsstaterne i henhold til samme stk. 9 ligeledes sikre, at der findes udenretslige ordninger for bilæggelse af tvister mellem brugere og rettighedshavere. Sådanne ordninger er nyttige i forhold til, at disse tvister kan bilægges på en upartisk måde. Endnu vigtigere er det efter min opfattelse, at medlemsstaterne har pligt til at fastsætte »effektive retsmidler« på området. I denne forbindelse fremhævede Domstolen i sin dom i sagen UPC Telekabel Wien²¹⁷ i det væsentlige, at denne ret til effektive retsmidler er absolut nødvendig for at sikre, at ytringsfriheden kan udøves online.

180. Selv om disse processuelle garantier er vigtige, er de imidlertid ikke i sig selv *tilstrækkelige* til at sikre en »rimelig balance« mellem ophavsretten og brugernes ytringsfrihed.

181. *For det første* – i overensstemmelse med Domstolens og Menneskerettighedsdomstolens praksis – fritager den omstændighed, at sådanne processuelle garantier findes, ikke de offentlige myndigheder for at minimere *bivirkningen* af en filtrerings- og blokeringsforanstaltning. Der er her tale om forskellige betingelser, som er *kumulative*.

²¹³ – Jf. analogt generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206, punkt 82) og mit forslag til afgørelse Acacia og D'Amato (C-397/16 og C 435/16, EU:C:2017:730, punkt 53 og 63-65)

²¹⁴ – Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på Domstolens faste praksis, hvorefter »en bestemmelse i den afledte EU-ret i videst muligt omfang fortolkes således, at dens gyldighed ikke drages i tvivl, og i overensstemmelse med hele den primære ret og navnlig med chartrets bestemmelser« (jf. bl.a. dom af 2.2.2021, Consob, C-481/19, EU:C:2021:84, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

²¹⁵ – Direktiv 2000/31 indeholder således ikke en forpligtelse for tjenesteydere, der fungerer som mellemmand, til at indføre en procedure, hvorved brugerne med en meddelelse kan anfægte den »overforsigtige fjernelse« af deres oplysninger.

²¹⁶ – I den engelske sprogversion af direktiv 2019/790 anvendes i øvrigt det samme adjektiv i direktivets artikel 17, stk. 4, litra c), og i artikel 17, stk. 9, første afsnit (»acted *expeditiously*, upon receiving a [...] notice [...]« og »[...] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism [...]«) (min fremhævelse).

²¹⁷ – Dom af 27.3.2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 57).

182. Disse to domstole har gentagne gange fastslået, at alle filtrerings- og blokeringsforanstaltninger skal være »strengt målrettede« i den forstand, at de skal være rettet mod ulovligt indhold og ikke have en vilkårlig eller for stor virkning på det lovlige indhold²¹⁸. I dommen i sagen L'Oréal m.fl.²¹⁹ fastslog Domstolen i samme retning, at de overvågningsforanstaltninger, der pålægges en mellemmand, ikke må indebære hindringer for lovlig brug af dennes tjeneste. Endelig fastslog den i dommen i sagen UPC Telekabel Wien²²⁰, at en blokeringsforanstaltning ikke »unødigt [må fratage]« internetbrugerne muligheden for lovligt at dele og få adgang til information.

183. Denne retspraksis indebærer ikke, at retten til ytringsfrihed er til hinder for sådanne foranstaltninger, når de kan medføre *den mindste blokering* af lovligt indhold. Det af Domstolen anvendte udtryk »unødigt« afspejler efter min opfattelse den tankegang, at kravet om en effektiv beskyttelse af rettighedshavernes rettigheder kan begrunde visse tilfælde af »overforsigtig blokering«.

184. Der skal dog også her være en »rimelig balance« mellem filtreringens effektivitet og dens bivirkninger. Som det i det væsentlige fremgår af Menneskerettighedsdomstolens praksis, kan man ikke i et demokratisk samfund kræve absolut effektivitet – og dermed »nul risiko« for eventuelle krænkelse af ophavsrettighederne – når det ville have den virkning, at en ikke ubetydelig del lovligt indhold blev blokeret²²¹.

185. Den franske regering har heroverfor anført, at de filtreringsforanstaltninger, som iværksættes af udbydere af delingstjenester i henhold til de anfægtede bestemmelser, ifølge dens fortolkning af artikel 17 i direktiv 2019/790 opfylder disse krav, når blot de er »strengt målrettede« mod det indhold, der helt eller delvist reproducerer de beskyttede værker og frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne.

186. Dette argument kan ikke tiltrædes. Det fremgår således af Scarlet Extended-dommen og SABAM-dommen, at et filtreringssystem, som systematisk blokerer indhold, der udgør en lovlig anvendelse af beskyttede værker, medfører et uforholdsmæssigt indgreb i ytrings- og informationsfriheden²²². Dette skyldes efter min opfattelse netop, at bivirkningen af en sådan filtrering er for stor til at være forenelig med denne frihed – uafhængigt af, om de brugere, der krænkes, har ret til at klage over blokeringen af deres oplysninger, et aspekt, som Domstolen end ikke nævnte i disse domme.

²¹⁸ – Jf. for det første dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 56), og navnlig af 15.9.2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 93). Jf. for det andet Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov mod Rusland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 46: »[...] When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects [...]. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression]. [...]«. Jf. også anbefaling CM/Rec. (2018)2 om internetformidlers rolle og ansvar, bilag, punkt 2.3.2.

²¹⁹ – Dom af 12.7.2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, præmis 131).

²²⁰ – Dom af 27.3.2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 63).

²²¹ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmet Yildirim mod Tyrkiet, § 66, Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.6.2020, Vladimir Kharitonov (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 45), og Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kablis mod Rusland, § 94.

²²² – Jf. i denne retning Scarlet Extended-dommen, præmis 52: »Påbuddet om filtrering ville] kunne krænke friheden til at afgive og modtage oplysninger, fordi systemet muligvis ikke ville være i stand til at skelne mellem et ulovligt og et lovligt indhold, således at dettes iværksættelse kunne have den virkning at blokere for kommunikationer med lovligt indhold. Det bestrides således ikke, at besvarelsen af spørgsmålet om en videreendelses lovlighed ligeledes afhænger af anvendelsen af lovlige undtagelser til ophavsretten, hvilke varierer fra medlemsstat til medlemsstat. Endvidere kan visse værker i visse medlemsstater henhøre under offentligt domæne, eller de kan af de pågældende ophavsmænd være gjort til genstand for offentliggørelse på internettet med gratis adgang« (min fremhævelse). Jf. SABAM-dommen, præmis 50, vedrørende det samme ræsonnement.

187. Det er der gode grunde til. I det foreliggende tilfælde ville en forebyggende blokering af alt indhold, der reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne, *på den ene side* bevirke, at byrden ved manglende handling systematisk ville påhvile brugerne, eftersom det lovlige indhold ikke ville kunne formidles, uden at disse indgiver, og får medhold i, en klage. Hvis disse brugere systematisk skulle gøre deres rettigheder gældende ved brug af klageordningen, er det meget sandsynligt, at en betydelig del af dem ville afstå fra at gøre dette, bl.a. fordi de ikke besidder tilstrækkelig viden til at bedømme, om deres anvendelse af disse frembringelser er lovlig, og følgelig om der er grundlag for at indgive en klage²²³. En forebyggende »overforsigtig blokering« af alle disse lovlige anvendelser og en situation, hvor bevisbyrden systematisk vendes, således at det påhviler brugerne at godtgøre lovligheden, ville således på kort eller langt sigt kunne medføre en »chilling effect« på ytringsfriheden og den kreative udfoldelse, der ville vise sig som en nedgang i disse brugeres aktivitet²²⁴.

188. *På den anden side* er onlineudvekslingen af informationer bl.a. kendetegnet ved hurtighed. Der er visse typer indhold, der uploades på delingstjenesterne, som offentligheden kun søger efter i en kort periode, bl.a. indhold, der vedrører dagsbegivenheder²²⁵. Dette indhold bliver således ofte forældet i løbet af nogle dage. Hvis tilgængeligheden online blev forsinket på grund af en systematisk blokering på forhånd, ville det risikere helt at miste aktualiteten og interessen for offentligheden. I modsætning til den spanske og den franske regering er jeg således af den opfattelse, at en sådan systematisk blokering er særligt problematisk, selv om den kun er »midlertidig«, eftersom det ikke vil være muligt eventuelt at rette op på den skade, som brugernes ytringsfrihed har lidt, selv om indholdet genetableres, efter at deres klager er blevet behandlet²²⁶.

189. *For det andet* gør jeg opmærksom på, at Domstolen i sin seneste praksis fremhæver nødvendigheden af at »sikre [den] effektive virkning« af undtagelserne fra og indskrænkningerne af ophavsretten, henset til deres betydning for bevarelsen af en »rimelig balance« mellem de involverede rettigheder og interesser, navnlig når de har til formål at sikre respekten for ytringsfriheden – som det er tilfældet med anvendelse med henblik på citater, kritik eller anmeldelser og anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche²²⁷.

190. Netop for at »sikre den effektive virkning« af disse undtagelser og indskrænkninger er det således efter min opfattelse vigtigt at sikre, at de forebyggende foranstaltninger, der træffes i henhold til de anfægtede bestemmelser, ikke systematisk hindrer brugernes ret til at gøre brug heraf. Selv om rettighedshaverne inden for det digitale miljø har mulighed for at kontrollere

²²³ – Denne tilbøjelighed hos brugerne til ikke at gøre deres rettigheder gældende er dokumenteret i både Europa og i Amerikas Forenede Stater. Jf. bl.a. J. Urban, J.M. Karaganis og B. Schofield, »Notice and Takedown in Everyday Practice«. UC Berkeley Public Law Research Paper nr. 2755628, 2017; L. Fiala, M. Husovec, »Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process«, *TILEC Discussion Paper nr. 2018-028*, 2018, s. 3.

²²⁴ – Jf. i samme retning G. Spindler, op.cit., s. 355. Dette risikerer ligeledes at have den virkning, at offentligheden fratages sin ret til adgang til dette med urette blokerede lovlige indhold.

²²⁵ – F.eks. finder søgningen af en »reaktionsvideo« (*reaction video*) på en trailer for et videospil eller en film sted omkring det tidspunkt, hvor traileren offentliggøres. På samme måde bliver en video, der er en parodi knyttet til en nylig politisk skandale, normalt set lige efter denne skandale. Jf. i denne retning K. Garstka, op.cit., s. 339.

²²⁶ – Desuden har Menneskerettighedsdomstolen gentagne gange fastslået, at »news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest« (jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 26.11.1991, *Observer og Guardian mod Det Forenede Kongerige*, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen *Ahmet Yildirim mod Tyrkiet*, § 47; samt Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen *Kablis mod Rusland*, § 91). Den spanske og den franske regering har heroverfor anført, at den hurtige udveksling af information på internettet tværtimod begrundes en forebyggende blokering af alt indhold, der reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, som rettighedshaverne har identificeret, for at undgå risikoen for, at ulovligt indhold gøres tilgængeligt online, og at dette medfører »uoprettelig« skade for rettighedshaverne. Jeg vil vende tilbage til dette argument i dette forslag til afgørelses punkt 215 og 216.

²²⁷ – Jf. bl.a. dom af 29.7.2019, *Funko Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, præmis 51 og 57)*, og *Spiegel Online-dommen (C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 36, 55 og 72)*.

deres beskyttede frembringelser på en måde, der er uden sidestykke i den »virkelige verden« – eftersom værktøjerne til indholdsgenkendelse praktisk taget giver dem midlerne til at hindre *alle* anvendelser af disse frembringelser, herunder dem, der ikke er omfattet af deres monopol, såsom parodi – skal disse undtagelser og indskrænkninger beskyttes tilsvarende. Der består i denne henseende en fare for, at en maksimal beskyttelse af visse intellektuelle frembringelser vil ske på bekostning af andre former for frembringelser, der ud fra et samfundsmæssigt synspunkt har en lige så stor betydning²²⁸.

191. *Det følger efter min opfattelse af det ovenstående*, at de filtreringsforanstaltninger, som udbydere af delingstjenester er forpligtede til at gennemføre, i overensstemmelse med de anfægtede bestemmelser, sammenholdt med artikel 17, stk. 7 i direktiv 2019/790, skal være i overensstemmelse med to forpligtelser, som begge skal være opfyldt: De skal tage sigte på at forhindre, at indhold, der på ulovlig vis reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, som identificeret af rettighedshaverne, gøres tilgængeligt online, samtidig med at de ikke hindrer, at indhold, der på lovlig vis reproducerer disse frembringelser, »stilles til rådighed«.

192. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, kan udbydere af delingstjenester ikke »anvende alle tilgængelige foranstaltninger« for at beskytte rettighedshavernes intellektuelle ejendomsret²²⁹. Den »bedste indsats« og »erhvervsmæssige diligenspligt«, som de skal udvise i denne forbindelse, skal sammenholdes med artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790. Eftersom disse udbydere befinder sig i en dobbeltsidig erhvervsmæssig position i forhold til brugerne og rettighedshaverne, skal de udvise »diligens« i forhold til begge kategorier.

193. Artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 forpligter således disse udbydere – men også medlemsstaternes myndigheder og domstolene inden for rammerne af tilsynet med gennemførelsen af denne artikel²³⁰ – til at tage hensyn til bivirkningen af de filtreringsforanstaltninger, som de gennemfører²³¹. De kan således ikke præventivt og systematisk blokere indhold, der bl.a. kan være omfattet af undtagelserne fra og indskrænkningerne af ophavsretten. De skal ex ante tage hensyn til overholdelsen af brugernes rettigheder. Jeg opfordrer Domstolen til i sin kommende dom utvetydigt at bekræfte, at dette er den korrekte fortolkning af nævnte artikel 17.

– *Forbuddet mod generelle overvågningsforpligtelser (stk. 8)*

194. Artikel 17, stk. 8, i direktiv 2019/790 bestemmer, at »anvendelsen af denne artikel [ikke] medfører [...] nogen generel overvågningsforpligtelse«. De anfægtede bestemmelser skal følgelig også sammenholdes med dette stykke.

195. Med bekræftelsen af forbuddet mod en sådan »forpligtelse«²³² har EU-lovgiver efter min opfattelse således opstillet en anden væsentlig garanti for ytringsfriheden. Dette forbud afgrænser således omfanget af de filtreringsforanstaltninger, som kan forventes af alle tjenesteydere, der handler som mellemmand, og, i det foreliggende tilfælde, udbydere af delingstjenester.

²²⁸ – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 243.

²²⁹ – Jeg er klar over, at det i 66. betragtning, tredje afsnit, til direktiv 2019/790 anføres, at udbydere af delingstjenester, såfremt en beskyttet frembringelse ulovligt er gjort tilgængelig online på deres tjeneste, kun kan fritages for deres ansvar ved at påvise, at de har »gjort deres bedste indsats« [på fransk: »tout mis en œuvre pour éviter cette situation«]. Der er her, efter min opfattelse, tale om en uheldig formulering [i den franske sprogversion], som ikke kan rejse tvivl om, hvad jeg netop har redegjort for.

²³⁰ – Jf. fodnote 249 i dette forslag til afgørelse.

²³¹ – Jf. i modsætning hertil Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Yildirim mod Tyrkiet, § 66.

²³² – Jeg har redegjort for den grundlæggende betydning, som forbuddet mod »generelle overvågningsforpligtelser« har for kommunikationsfriheden på nettet, i afsnittet om ytringsfrihedens »væsentligste indhold« (punkt 98 ff. i dette forslag til afgørelse).

196. I denne henseende kan der udledes nogle principper af Glawischnig-Piesczek-dommen, som jeg har henvist til ovenfor²³³. I denne dom fastslog Domstolen i forbindelse med sin fortolkning af det nævnte forbud i dets affattelse i artikel 15 i direktiv 2000/31, at operatøren af et socialt netværk ved et retsligt påbud kunne pålægges en pligt til blandt de informationer, der er gjort tilgængelige online, at søge efter og blokere »præcis information [...] hvis indhold er blevet analyseret og bedømt af en kompetent ret [...], som efter at have vurderet informationen har erklæret den ulovlig«²³⁴. Retten kunne således kræve, at operatøren blokerer adgangen til al *information, der er identisk* med denne. Påbuddet kunne endog udvides til at gælde *informationer med samme betydning*, for så vidt som tjenesteyderen ikke er forpligtet til at foretage en »selvstændig vurdering« af deres lovlighed og derimod kan »anvende automatiserede teknikker og søgemetoder«²³⁵.

197. Det fremgår *generelt* heraf, at selv om mellemmand ud fra et teknisk synspunkt er i stand til at bekæmpe forekomsten af visse ulovlige informationer, der udbredes via deres tjenester²³⁶, kan det ikke forventes af dem, at de foretager en »selvstændig vurdering« af de pågældende informationers lovlighed. Disse mellemmand besidder generelt ikke den ekspertise og navnlig ikke den *uafhængighed*, der er nødvendig for at gøre det – a fortiori når de står over for truslen om tungt ansvar²³⁷. De kan således ikke gøres til dommere over, hvilket onlineindhold der er lovligt, og pålægges at træffe afgørelse i vanskelige juridiske spørgsmål²³⁸.

198. For at minimere risikoen for »overforsigtig blokering« og dermed sikre respekten for ytringsfriheden kan en mellemmand efter min opfattelse udelukkende være forpligtet til at filtrere og blokere informationer, hvis ulovlige karakter forudgående er fastslået af en domstol, eller, såfremt dette ikke er tilfældet, informationer, hvor det *straks* fremgår, dvs. det er *åbenbart*, at de er ulovlige, ulovlige, uden at det bl.a. er nødvendigt at kende den nærmere sammenhæng²³⁹.

199. Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at de overvågningsforpligtelser, som Menneskerettighedsdomstolen i dommen i sagen Delfi A.S. mod Estland anså for begrundede, vedrørte *åbenbart ulovlige* informationer²⁴⁰. Menneskerettighedsdomstolen har i sin efterfølgende praksis præciseret, at en sådan overvågning ikke kan kræves i forbindelse med informationer, som ikke umiddelbart er af ulovlig karakter, og som kræver en analyse af sammenhængen²⁴¹. For så vidt angår denne sidstnævnte type af informationer er en tilstrækkeligt

²³³ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 112.

²³⁴ – Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 35.

²³⁵ – Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 46.

²³⁶ – Jf. 59. betragtning til direktiv 2001/29, der har følgende ordlyd: »[...] I mange tilfælde er [...] mellemmand[ene] bedst i stand til at bringe [...] krænkelse[r] [begået via deres tjenester] til ophør [...]«

²³⁷ – Jf. punkt 142, 143 og 146 i dette forslag til afgørelse.

²³⁸ – Jf. mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen (punkt 187 og 188).

²³⁹ – Jf. i denne retning henstilling 2018/334 (25. betragtning): »Det kan navnlig være hensigtsmæssigt at træffe sådanne aktive foranstaltninger i tilfælde, hvor *indholdets ulovlige karakter allerede er fastslået*, eller *hvor indholdet er af en sådan art, at det ikke er afgørende at kende den nærmere sammenhæng*«, samt anbefaling CM/Rec(2018)2 om internetformidlers rolle og ansvar, bilag, punkt 1.3.2: »State authorities should obtain an order by a judicial authority [...], when demanding intermediaries to restrict access to content. This does not apply in cases concerning *content that is illegal irrespective of context*, such as content involving child sexual abuse material, or in cases where expedited measures are required in accordance with the conditions prescribed in Article 10 of the Convention« (min fremhævelse).

²⁴⁰ – Menneskerettighedsdomstolen fremhævede, at der var tale om »clearly unlawful« kommentarer, som »viewed on their face [were] tantamount to an incitement to hatred or to violence«, hvorved »their lawful nature did not require any linguistic or legal analysis« (jf. bl.a. denne doms § 110, 114, 115, 117, 140 og 155).

²⁴¹ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 7.2.2017, Pihl mod Sverige (CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 25), af 19.3.2019, Hoiness mod Norge (CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, § 68), af 2.2.2016, Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete og Index.hu Zrt mod Ungarn (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 63 og 64), og af 4.6.2020, Jezior mod Polen (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, §§ 54 og 58).

begrundet underretning, der rummer de væsentligste oplysninger om omstændighederne, der viser, at der er tale om åbenbart ulovlige informationer, eller – hvor en sådan underretning ikke er tilstrækkelig – et retsligt påbud, nødvendige for at opnå tilbagetrækning heraf.

200. Som jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen²⁴², følger det *specifikt* af Glawischnig-Piesczek-sagen, overført til det ophavsretlige område, at selv om en tjenesteyder, der handler som mellemmand, i henhold til artikel 15 i direktiv 2000/31 ikke kan være forpligtet til at foretage en generel filtrering af oplysninger, som denne lagrer, *i en søgning efter en forfalskning af en hvilken som helst art*, er denne bestemmelse ikke umiddelbart til hinder for, at denne tjenesteyder pålægges at foretage en blokering af en *bestemt fil*, der gør ulovligt brug af et beskyttet værk, hvilket forudgående er fastslået af en dommer. Den nævnte bestemmelse er i denne forbindelse ikke til hinder for, at tjenesteyderen ikke alene pålægges at søge efter og blokere *identiske* kopier af denne fil, men også andre *tilsvarende* filer dvs. filer, der anvender det omhandlede værk på samme måde.

201. Denne fortolkning kan *mutatis mutandis* efter min opfattelse overføres til artikel 17, stk. 8, i direktiv 2019/790. I det omfang den ulovlige karakter af det indhold, som filtreres, ifølge den ordning, der følger af artikel 17, ikke er blevet fastslået af en domstol, kan der i overensstemmelse med min redegørelse i dette forslag til afgørelses punkt 198 kun være tale om, at der skal søges efter indhold, som – henset til de oplysninger, som rettighedsindehaveren har givet – fremstår som *åbenlyse forfalskninger*. I henhold til de anfægtede bestemmelser, sammenholdt med dette stk. 8, er de filtreringsforanstaltninger, som udbydere af delingstjenester skal anvende, efter min opfattelse således begrænset til indhold, som er »identisk med« eller »svarer til« de beskyttede værker og frembringelser, der er identificeret af rettighedshaverne²⁴³.

202. Den første kategori, der er nævnt i punktet ovenfor, vedrører konkret hele eller identiske reproduktioner af beskyttede værker og andre frembringelser identificeret af rettighedshaverne, uden yderligere elementer eller merværdi. Den anden vedrører indhold, der på samme vis reproducerer disse frembringelser, samtidig med at det indeholder ubetydelige ændringer, således at offentligheden ikke kan adskille det fra de oprindelige objekter (f.eks. ved simple tekniske ændringer, der har til formål at omgå filtreringssystemet, såsom en ændring i formatet, eller ved at spejlvende billedet eller ændre afspilningshastigheden osv.)²⁴⁴. For at identificere disse to kategorier af indhold kræves det ikke, at udbydere af delingstjenester foretager en »selvstændig vurdering« af lovligheden, – det fremgår på baggrund af informationerne, at forfalskningen er »åbenbar«, henset til de »relevante og nødvendige« oplysninger, der er fremlagt af rettighedshaveren – og identificeringen kan foretages ved hjælp af »automatiserede teknikker og søgemetoder«²⁴⁵.

²⁴² – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 221.

²⁴³ – Jf. i samme retning J. Quintais, G. Frosio, S. van Gompel m.fl., »Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics«, JIPITEC, 2019, bind 10, nr. 3, M. Lambrecht, op.cit., s. 88-90; J. Cabay, op.cit., s. 237-273, samt S. Dusollier, op.cit., s. 1020. Denne fortolkning følger i øvrigt af en naturlig forståelse af ordlyden af artikel 17, stk. 4, litra b) og c), i direktiv 2019/790, der pålægger udbydere af tjenesteydelser at sikre, at der ikke er adgang til »værker« og andre »frembringelser«, og ikke til en hvilken som helst forfalskning, der på den ene eller anden måde involverer de pågældende frembringelser (jf. i samme retning M. Lambrecht, op.cit., s. 89).

²⁴⁴ – Med andre ord mener jeg det, der kan betegnes som »slaviske« og »kvasi-slaviske« kopier. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at en del af det indhold, der findes på delingstjenesterne, udgør simple ulovlige kopier af beskyttede værker eller andre frembringelser, såsom filmværker eller fonogrammer, der er gjort tilgængelige online, helt eller delvist og uden merværdi, af ukendte brugere.

²⁴⁵ – Glawischnig-Piesczek-dommen, præmis 46. Det skal præciseres, at det efter min opfattelse ikke var Domstolens hensigt i denne dom at udelukke, at visse former for menneskelig kontrol er nødvendige. Jeg vil vende tilbage til dette spørgsmål i punkt 211 i dette forslag til afgørelse.

203. Det kan derimod ikke kræves af udbydere af delingstjenester, at de også forebyggende filtrerer indhold, der – samtidig med, at det gengiver beskyttede værker og frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne – adskiller sig væsentligt fra disse værker og frembringelser, som det er tilfældet med genbrug af uddrag af værker i andre sammenhænge, »transformativt« indhold osv., der kan være omfattet af undtagelserne fra og indskrænkningerne af ophavsretten. For at disse udbydere kan identificere de forfalskninger, der måtte være her, vil de skulle foretage »selvstændige vurderinger«, eftersom de skal vurdere den sammenhæng, hvori disse anvendelser finder sted. Som Republikken Polen har gjort gældende, kan de komplekse ophavsretlige spørgsmål, der bl.a. vedrører den nøjagtige rækkevidde af undtagelserne og indskrænkningerne, ikke overlades til udbyderne af delingstjenester. Det tilkommer ikke disse udbydere at fastsætte grænser for kreativiteten på nettet, f.eks. ved selv at undersøge, om det indhold, som en bruger påtænker at uploade, opfylder kravene til parodi. En sådan delegering ville medføre en uacceptabel risiko for »overforsigtig blokering«. Sådanne spørgsmål skal overlades til en domstol.

– *Konsekvenserne af det ovenstående*

204. Det fremgår efter min opfattelse af de foregående afsnit, at artikel 17 i direktiv 2019/790 indeholder tilstrækkelige garantier, som afgrænser rækkevidden af den begrænsning i udøvelsen af retten til ytringsfrihed, som følger af de anfægtede bestemmelser.

205. *For det første* har udbydere af delingstjenester i henhold til denne artikels stk. 7 ikke ret til i henhold til de anfægtede bestemmelser at foretage en forebyggende blokering af alt indhold, der reproducerer beskyttede værker og andre frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne, herunder det, der er lovligt. *For det andet* skal disse udbydere i henhold til denne artikels stk. 8 ikke være forpligtet til at identificere og blokere indhold, der er »identisk med« og »svarer til« disse frembringelser, dvs. som fremstår som *åbenbart* ulovligt på grundlag af de »relevante og nødvendige« oplysninger, som rettighedshaverne har givet. I disse tilfælde, hvor der højst sandsynligt er tale om forfalskning, kan dette indhold *formodes at være ulovligt*. En forebyggende blokering er derfor forholdsmæssig, idet det påhviler de berørte brugere at godtgøre lovligheden – at de f.eks. er i besiddelse af en licens, eller at værket reelt henhører under offentligt domæne²⁴⁶ – ved brug af klageordningen. Sammenfattende består den »bedste indsats«, som det i henhold til de anfægtede bestemmelser er pålagt udbydere af delingstjenester at gøre, i at blokere åbenbare forfalskninger²⁴⁷.

206. I alle tvivlstilfælde – ved korte uddrag af værker gengivet i et længere indhold, »transformativ« værker osv. – hvor navnlig anvendelsen af undtagelser fra og indskrænkninger af ophavsretten med rimelighed kan anses for mulig, kan det pågældende indhold derimod ikke gøres til genstand for en forebyggende blokeringsforanstaltning.

²⁴⁶ – Efter min opfattelse skal de »relevante og nødvendige« oplysninger, som rettighedshaverne giver, omfatte oplysninger, der kan godtgøre, at de har rettigheder til de beskyttede værker eller andre frembringelser, som de ønsker blokeret, for at begrænse risikoen for en sådan »overforsigtig klage« (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 148).

²⁴⁷ – Denne fortolkning kan ikke drages i tvivl af sagsøgerens og den franske regerings argument om, at udtrykket »åbenbar« ikke indgår i teksten til direktiv 2019/790. Der er således ikke tale om et væsentligt begreb, men ganske enkelt om graden af kontrol, som udbydere af delingstjenester skal udføre. Denne grad af kontrol kan udledes af artikel 17, stk. 8, i dette direktiv og kravet om at gennemføre de anfægtede bestemmelser på en sådan måde, at stk. 7 overholdes. I øvrigt er sondringen mellem oplysninger, hvis ulovlige karakter fremgår umiddelbart, og oplysninger, der nødvendiggør yderligere undersøgelser – i modsætning til, hvad den franske regering har gjort gældende – ikke en ny tankegang. Jeg vil i denne henseende begrænse mig til at nævne, at en tjenesteyder, der handler som mellemmand, på baggrund af artikel 14 i direktiv 2000/31 skal fjerne en oplysning, når han »har konkret kendskab« til, at den er ulovlig, eller når det på grundlag af de oplysninger, han råder over, »fremgår«, at den er ulovlig. Det drejer sig i dette tilfælde om den samme tankegang. Jeg henviser ligeledes til Menneskerettighedsdomstolens ræsonnement i dommen i sagen Delfi A.S. mod Estland. Endelig er tesen om den åbenbare retskrænkelser, forstøet som en »slavisk« eller »kvasi-slavisk« kopi, allerede velkendt.

207. Som Parlamentet, Rådet og Kommissionen har fremhævet, er den resultatforpligtelse, der er fastsat i artikel 17, stk. 7, første afsnit, i direktiv 2019/790, til ikke at forhindre adgangen til lovligt indhold på internettet, i denne henseende mere bindende end de forpligtelser til at gøre sin »bedste indsats«, der følger af de anfægtede bestemmelser, og som udgør handlingsforpligtelser²⁴⁸. Dette betyder, at EU-lovgiver – efter min opfattelse med rette – har villet sikre, at udbydere af delingstjenester i et sådant tilfælde prioriterer ytringsfriheden højest. Lovgiver har med andre ord anset de »falsk positive«, i form af blokering af lovligt indhold, for at være mere alvorlige end »falsk negative«, som indebærer, at en vis mængde ulovligt indhold accepteres.

208. Er der tvivl om lovligheden af et givet indhold, skal dette indhold således – som Parlamentet, Rådet og Kommissionen har gjort gældende – *formodes at være lovligt*, og deres tilgængelighed online kan ikke hindres.

209. Vanskeligheden består i at definere praktiske løsninger med henblik på at gennemføre denne sondering ved hjælp af værktøjer til automatisk indholdsgenkendelse, som udbydere af delingstjenester skal anvende i mange situationer. Sagsøgeren har i øvrigt gjort gældende, at EU-lovgiver ikke har fastsat nogen konkret løsning i denne henseende i direktiv 2019/790.

210. Ikke desto mindre tilkom det efter min opfattelse – som allerede nævnt – EU-lovgiver at fastsætte indholdet i minimumsgarantierne, der er nødvendige for at minimere de risici på området for ytringsfrihed, som udspringer af de anfægtede bestemmelser. Som Rådet har gjort gældende, tilkommer det derimod – på et område, hvor der skal træffes tekniske foranstaltninger, som det i den foreliggende sag omhandlede, og henset til den omstændighed, at artikel 17 i direktiv 2019/790 finder anvendelse på forskellige typer udbydere, tjenester og beskyttede frembringelser – medlemsstaterne og Kommissionen at konkretisere retningslinjerne herfor²⁴⁹.

211. I praksis vil en sådan løsning bestå i indarbejdelsen af parametre i værktøjerne til indholdsgenkendelse, som gør det muligt at sondre mellem indhold, der er åbenbart ulovligt, og indhold, hvor der er tvivl om dets lovlighed. Dette kan variere i forhold til typen af beskyttede frembringelser og undtagelser. Der skal f.eks. tages hensyn til omfanget af match, som disse værktøjer finder, og fastsættes tærskelværdier, som begrunder en automatisk blokering af indhold, hvis de overskrides, hvorimod en undtagelse rimeligvis kan komme på tale, f.eks. vedrørende citater, når omfanget af match ligger under en sådan tærskel²⁵⁰. Denne løsning kan kobles sammen med en løsning, som giver brugerne mulighed for at indikere (*flagging*), når de gør indhold tilgængeligt online, eller straks derefter, såfremt de efter deres opfattelse er omfattet

²⁴⁸ – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 52. Jf. i samme retning C. Geiger, B.-J. Jütte, »Platform liability under artikel 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match«, *SSRN Papers* (tilgængelig på adressen https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), s. 44.

²⁴⁹ – Generelt tilkommer det medlemsstaternes administrative og retslige myndigheder at føre tilsyn med udbydere af delingstjenesters anvendelse af de anfægtede bestemmelser og at sikre, at brugerne faktisk kan påberåbe sig deres ret til lovlige anvendelser, jf. artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790. Hvad dette angår har Republikken Polen gjort gældende, at dette direktiv ikke indeholder nogen bestemmelse vedrørende udbydere af delingstjenesters ansvar i forhold til brugerne i tilfælde af tilsidesættelser af stk. 7. Efter min opfattelse skal dette ansvar indgå i medlemsstaternes nationale retsfor skrifter under iagttagelse af princippet om procesautonomi. Her bør der fastsættes andre effektive, afskrækkende og forholdsmæssige sanktioner. Eftersom overholdelse af brugernes rettigheder er en del af den »bedste indsats«, som udbydere af delingstjenester skal gøre, følger det heraf, at en udbyder, der ikke overholder de pågældende rettigheder, *bør miste retten til at anvende den fritagelsesordning, der er fastsat i denne artikels stk. 4*.

²⁵⁰ – De genkendelsesværktøjer, der anvender »fingeraftryk«, kan således sondre på grundlag af mængden af beskyttet indhold, der er genanvendt i et indhold, som er gjort tilgængeligt online, navnlig i forbindelse med lyd- og videoindhold. Som den franske regering har gjort gældende, er det ganske vist ikke tilstrækkeligt, at et musikalsk uddrag f.eks. er under en vis varighed, for at undtagelsen for citater kan finde anvendelse, da dette afhænger af brugerens hensigt (jf. fodnote 178 i dette forslag til afgørelse). Det drejer sig dog blot om, at konfigureringen af filtreringsværktøjet skal have en margen, inden for hvilken anvendelsen af denne undtagelse tilsyneladende ikke er sikker, men blot *med rimelighed tænkelig*.

af en undtagelse eller begrænsning, hvilket ville indebære, at den pågældende udbyder foretager en manuel undersøgelse af dette indhold for at kontrollere, om anvendelsen af undtagelsen eller begrænsningen er åbenbart udelukket eller derimod rimeligt sandsynlig²⁵¹.

212. Generelt – hvad angår de forskellige typer udbydere, tjenester og beskyttede værker eller frembringelser – kan fastlæggelsen af disse praktiske løsninger hverken overdrages til disse udbydere eller, i modsætning til, hvad den franske regering har gjort gældende, fuldstændig overlades til rettighedshaverne²⁵². Henset til den betydning, som disse løsninger har for brugernes ytringsfrihed, bør de ikke fastlægges på en uigennemsigtig måde af disse private parter alene, men på en gennemsigtig måde under offentlige myndigheders tilsyn.

213. Efter min opfattelse er det netop her, den af EU-lovgiver i artikel 17, stk. 10, i direktiv 2019/790 fastsatte dialog mellem interessenterne kommer til gavn. Ifølge denne bestemmelse er Kommissionen forpligtet til i samarbejde med medlemsstaterne at arrangere dialoger mellem udbydere af delingstjenester, rettighedshavere, brugerorganisationer og andre relevante interessenter med henblik på at drøfte »bedste praksis for samarbejdet mellem udbydere af onlineindholdsdelingstjenester og rettighedshavere«. På dette grundlag skal Kommissionen udarbejde vejledning om anvendelsen af denne artikel 17, navnlig for så vidt angår måden, hvorpå de anfægtede bestemmelser gennemføres. I denne proces tages der »bl.a. hensyn« til »behovet for at sikre balance mellem grundlæggende rettigheder og til anvendelsen af undtagelser og indskrænkninger«. Kommissionen skal således, bistået af interessenterne, foreslå praktiske løsninger til, hvordan de anfægtede bestemmelser kan gennemføres under overholdelse af artikel 17, stk. 7 og 8²⁵³.

214. Endelig skal det præciseres – således som Kommissionen har gjort gældende, og i overensstemmelse med det i dette forslag til afgørelses punkt 183 anførte – at forpligtelsen i artikel 17, stk. 7, i direktiv 2019/790 ikke betyder, at de mekanismer, der fører til et meget begrænset antal tilfælde af »falsk positive«, automatisk er i strid med denne bestemmelse. Fejlprocenten bør dog være så lav som mulig. Det følger heraf, at i de tilfælde, hvor det på teknologiens nuværende udviklingstrin – f.eks. hvad angår visse typer af beskyttede værker og frembringelser – ikke er muligt at anvende et værktøj til automatisk filtrering, uden at det medfører en ikke ubetydelig andel »falsk positive«, bør anvendelsen af et sådant værktøj efter min opfattelse udelukkes i henhold til dette stk. 7²⁵⁴.

²⁵¹ – Hvad dette angår er den tilgang, som Kommissionen har redegjort for i dokumentet »Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market«, efter min opfattelse en god fremgangsmåde (jf. s. 15 og 16 i dette dokument). Jf. vedrørende lignende forslag J. Quintais, G. Frosio, S. van Gompel, m.fl., op.cit.; M. Lambrecht, op.cit., s. 79-94, og M. Leitsner, op.cit., s. 193-208. Medlemsstaterne kan ligeledes fastsætte ordninger til bekæmpelse af misbrug. Det er ikke nødvendigt i den foreliggende sag at tage nærmere stilling til disse forskellige forslag.

²⁵² – Den franske regering har gjort gældende, at anvendelsen af genkendelsesværktøjer er baseret på regler for håndteringen på grundlag af parametre fastsat af rettighedshaverne, og at disse f.eks. i filmbranchen tillader, at uddrag på flere minutter af deres film gøres tilgængelige online – normalt til gengæld for en del af indtægterne forbundet med »monetariseringen« af den pågældende video (jf. dette forslag til afgørelse, punkt 58). Den tankegang, at overholdelsen af undtagelser og indskrænkninger kan sikres ved frivillige foranstaltninger truffet af rettighedshaverne, er ganske vist ikke ukendt i EU-retten (jf. artikel 6, stk. 4, i direktiv 2001/29 vedrørende tekniske beskyttelsesforanstaltninger). På baggrund af de risici, jeg har redegjort for, er jeg dog af den opfattelse, at beskyttelsen af brugernes rettigheder i forbindelse med en filtrering som den, der følger af de anfægtede bestemmelser, ikke udelukkende bør bero på rettighedshavernes vilje.

²⁵³ – Med en definition af denne »bedste praksis« vil denne vejledning efter min opfattelse bidrage til at opstille de »høje branchestandarder for erhvervsmæssig diligenspligt«, som udbyderne skal overholde i overensstemmelse med de anfægtede bestemmelser. Denne vejledning skal givet fald opdateres for at følge »den nyeste viden«.

²⁵⁴ – Jf. i samme retning K. Grisse, op.cit., s. 898.

215. Den fortolkning, der foreslås i dette forslag til afgørelse, drages ikke i tvivl af den spanske og den franske regerings argument om, at det er nødvendigt på forhånd at blokere alt indhold, der helt eller delvist reproducerer de beskyttede frembringelser, som er identificeret af rettighedshaverne, for at fjerne enhver risiko forbundet med formidlingen af ulovligt indhold på en delingstjeneste, der vil kunne påføre dem »uoprettelig« skade, henset til den fart, hvormed udvekslingen af informationer på internettet foregår.

216. Selv om risikoen for en alvorlig og overhængende skade som følge af et forsøg på at gøre indhold, der åbenbart krænker ophavsretten, tilgængeligt online, efter min opfattelse kan begrunde en forebyggende blokering af dette indhold²⁵⁵, kan de nævnte rettighedshavere ikke kræve »nul risiko« for eventuelle krænkelser af deres rettigheder, sådan som jeg har nævnt i punkt 184 i dette forslag til afgørelse. Det vil således være uforholdsmæssigt at anvende sådanne foranstaltninger på alle de, mere tvivlsomme, tilfælde af potentielle skader, der f.eks. kan forårsages af »transformativt« indhold, som måske, måske ikke, kan falde inden for rammerne af undtagelser fra og indskrænkninger af ophavsretten, der ikke direkte konkurrerer med de oprindelige beskyttede værker²⁵⁶. I disse situationer risikerer anvendelsen af sådanne forebyggende foranstaltninger omvendt at forvolde »uoprettelig« skade på ytringsfriheden af de grunde, som jeg har redegjort for i dette forslag til afgørelses punkt 188.

217. I øvrigt har Domstolen gentagne gange fastslået, »at det på ingen måde følger af chartrets artikel 17, stk. 2, at den intellektuelle ejendomsret skulle være urørlig, og at dens beskyttelse derfor nødvendigvis skulle være absolut«²⁵⁷.

218. Den fortolkning, der foreslås i dette forslag til afgørelse, indebærer i øvrigt ikke, at rettighedshaverne vil være uden beskyttelse for så vidt angår dette tvetydige indhold. Der er navnlig ikke tale om, at rækkevidden af retten til overføring til almenheden som sådan skal ændres²⁵⁸. Den omstændighed, at et vist indhold, der ulovligt reproducerer rettighedshaveres beskyttede værker og andre frembringelser, ikke blokeres, så snart det gøres tilgængeligt online, er ikke til hinder for, at disse bl.a.²⁵⁹ kan anmode om fjernelse og permanent blokering af det pågældende indhold ved brug af en meddelelse i overensstemmelse med artikel 17, stk. 4, litra c), i direktiv 2019/790²⁶⁰, der indeholder rimelige redegørelser for grundene til, at anvendelsen af en undtagelse f.eks. bør udelukkes²⁶¹. Den berørte udbyder bør derefter omhyggeligt undersøge meddelelsen og på baggrund af disse nye oplysninger tage stilling til, om det fremgår, at

²⁵⁵ – Jeg tænker f.eks. på det tilfælde, hvor en film, som for ganske nylig, eller endnu ikke, er kommet i biografen, gøres tilgængelig online.

²⁵⁶ – Jf. i samme retning M. Lambrecht, op.cit., s. 89 og 90.

²⁵⁷ – Jf. bl.a. dom af 27.3.2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

²⁵⁸ – Der er navnlig ikke tale om at fastsætte en bagatelgrænse, hvorunder rettighedshaverne mister alle muligheder for at gøre deres rettigheder gældende. Domstolen har altid afvist, at der findes en sådan grænse. Jf. i denne forbindelse generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2018:1002, punkt 28-33).

²⁵⁹ – Dette berører i øvrigt ikke rettighedshavernes mulighed for at få udstedt et retsligt påbud (jf. 66. betragtning, første afsnit, til direktiv 2019/790) eller endog anlægge sag mod den ansvarlige bruger.

²⁶⁰ – Jf. i samme retning J. Cabay, op.cit., s. 221, og M. Lambrecht, op.cit., s. 90. På denne baggrund kunne en praktisk løsning bestå i, at rettighedshaverne informeres straks når et indhold, der reproducerer deres beskyttede frembringelser, gøres tilgængeligt online, således at de i givet fald hurtigt kan udarbejde en begrundet anmodning om, at det blokeres (jf. artikel 17, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2019/790). De pågældende indehavere ville således under alle omstændigheder ikke selv skulle overvåge delingstjenesterne for at finde og lokalisere det pågældende indhold, der automatisk ville blive fundet for dem af genkendesværktøjet.

²⁶¹ – Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at Menneskerettighedsdomstolen for så vidt angår indhold, som ikke kan anses for at være åbenbart ulovligt, har anset ordningen med »underretning om og fjernelse af indhold« for et middel, der er egnet til at opretholde en »rimelig balance« mellem de involverede rettigheder og interesser, eftersom disse meddelelser netop gør det muligt at give tjenesteyderne de baggrundsoplysninger, der er nødvendige for at fastslå, at indholdet er ulovligt. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete og Index.hu Zrt mod Ungarn (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 91).

indholdet er ulovligt²⁶². Såfremt dette er tilfældet, skal den pågældende udbyder for ikke at ifalde erstatningsansvar hurtigt blokere adgangen til indholdet eller fjerne det fra sit websted. Som Kommissionen har fremhævet, fremgår det af 66. betragtning, andet afsnit, til direktiv 2019/790²⁶³, at EU-lovgiver havde fastsat, at denne fremgangsmåde i visse tilfælde er den eneste, hvormed det kan sikres, at et givent indhold ikke er tilgængeligt. For det tilfælde, hvor ulovligheden ikke er åbenlys, når henses til disse forklaringer, fordi det omhandlede indhold rejser komplekse og/eller nye juridiske ophavsretlige spørgsmål, er det i princippet nødvendigt, at en retsinstans, som alene kan tage stilling til sådanne spørgsmål, intervenerer. Det tilkommer derfor rettighedshaveren at anlægge sag ved en retsinstans på grundlag af bl.a. artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, for at denne instans kan træffe afgørelse om dette indhold og – for det tilfælde, at det findes at være ulovligt – træffe afgørelse om blokeringen heraf.

219. Som Parlamentet med rette har anført, sikrer dette en »rimelig balance« mellem de skridt, som brugerne i visse tilfælde skal tage, for at deres indhold kan gøres tilgængeligt online, og dem, der kræves af rettighedshaverne for at opnå, at dette indhold fjernes²⁶⁴.

4. Konklusion med hensyn til den omhandlede begrænsnings forenelighed med chartret

220. Det følger af de ovenstående betragtninger, at begrænsningen i udøvelsen af den ret til ytrings- og informationsfriheden, der følger af de anfægtede bestemmelser, således som fortolket i dette forslag til afgørelse, opfylder alle de betingelser, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1. Denne begrænsning er derfor efter min opfattelse forenelig med dette instrument. Jeg er følgelig af den opfattelse, at Rådet og Parlamentet bør frifindes²⁶⁵.

C. Post-scriptum

221. Efter affattelsen af dette forslag til afgørelse, og mens det var under oversættelse ved Domstolens tjenestegrene, er to vigtige dokumenter blevet offentliggjort.

²⁶² – Jf. analogt mit forslag til afgørelse i YouTube og Cyando-sagen, punkt 190. Udbydere af delingstjenester kan således ikke nøjes med at godkende alle de anmodninger om blokering, som de modtager fra rettighedshaverne, uden at kontrollere dem.

²⁶³ – »[...] det kan [...] ikke udelukkes, at tilgængelighed af uautoriseret indhold i visse tilfælde kun kan undgås ved underretning af rettighedshaverne«.

²⁶⁴ – Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 178 skal udbyderne af delingstjenester behandle disse klager og meddelelser med den samme hurtighed – og den samme diligen.

²⁶⁵ – Jeg vil gerne fremhæve et sidste punkt. De sagsøgte og intervenienterne har gjort opmærksom på, at den »primære« måde, hvorpå en udbyder af en delingstjeneste kan undgå enhver form for ansvar for de beskyttede værker og andre frembringelser, som er gjort tilgængelige på dennes tjeneste, i henhold til artikel 17, stk. 1, i direktiv 2019/790 er ved at indhente tilladelse fra rettighedshaverne. I denne sammenhæng vedrører ansvarsfritagelsesordningen i denne artikels stk. 4 – og de heraf følgende filtreringsforpligtelser – under alle omstændigheder kun beskyttede værker og frembringelser, for hvilke der ikke er opnået en sådan tilladelse. Selv om der efter min opfattelse ikke i egentlig forstand er tale om en »garanti«, der afgrænser filtreringen, er dette punkt vigtigt for disse tjenesters brugeres ytringsfrihed, og dette gælder så meget desto mere, som disse tilladelser i overensstemmelse med artikel 17, stk. 2, i direktiv 2019/790 under visse omstændigheder ligeledes omfatter de handlinger i form af »overføring til almenheden«, som disse brugere foretager. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at medlemsstaterne bør indføre ordninger i deres nationale ret, der skal gøre det nemmere at give sådanne tilladelser. Jo flere af disse tilladelser udbydere af delingstjenester kan opnå, desto oftere vil rettighedshaverne modtage et passende vederlag for brugen af deres beskyttede værker, og desto færre brugere vil blive underlagt foranstaltninger til filtrering og blokering af deres indhold.

222. Dels er YouTube og Cyando-dommen²⁶⁶ blevet afsagt. Det ræsonnement, som Domstolen lagde til grund i den nævnte dom vedrørende direktiv 2000/31 og 2001/29, som jeg ikke vil gengive i detaljer her, ændrer efter min opfattelse ikke de overvejelser, der er redegjort for i dette forslag til afgørelse²⁶⁷.

223. For det andet har Kommissionen offentliggjort sin vejledning om anvendelsen af artikel 17 i direktiv 2019/790²⁶⁸. I det væsentlige gengiver denne vejledning det, som Kommissionen har gjort gældende for Domstolen, og den afspejler den redegørelse, der fremgår af punkt 158-219 i dette forslag til afgørelse. *Ikke desto mindre* fremgår det ligeledes af denne vejledning – for første gang – at rettighedshaverne bør have muligheden for at øremærke (earmark) frembringelser, »hvis tilgængelighed [online] kan forvolde dem betydelig [økonomisk] skade«. Udbyderne skal udvise en særlig agtpågivenhed i forhold til disse frembringelser. Det fremgår videre, at disse sidstnævnte ikke opfylder deres forpligtelse til at »gøre deres bedste indsats«, hvis de tillader tilrådighedsstillelsen af indhold, der gengiver disse frembringelser trods sådanne »øremærker«. Hvis dette skal forstås således, at disse udbydere skal blokere ex ante for indhold, blot fordi rettighedshaverne hævder at kunne lide et betydeligt økonomisk tab – vejledningen indeholder ikke andre kriterier, der på objektiv vis afgrænser »øremærkningsmekanismen« til særlige tilfælde²⁶⁹ – selv om dette indhold ikke indebærer en åbenlys krænkelse, kan jeg ikke tiltræde dette uden at skulle tage alle de betragtninger, der er redegjort for ovenfor i dette forslag til afgørelse, op til revision.

VI. Sagsomkostninger

224. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Parlamentet og Rådet efter min opfattelse bør frifindes, og disse parter har nedlagt påstand om, at Republikken Polen betaler sagsomkostningerne, bør denne medlemsstat pålægges at betale sagsomkostningerne. Den spanske og den franske regering samt Kommissionen, der er indtrådt i sagen, bør dog bære deres egne omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 140, stk. 1.

VII. Forslag til afgørelse

225. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Parlamentet og Rådet frifindes.
- Republikken Polen betaler sagsomkostningerne.
- Kongeriget Spanien, Den Franske Republik og Europa-Kommissionen bærer hver deres egne omkostninger.«

²⁶⁶ – Dom af 22.6.2021 (C-682/18 og C-683/18, EU:C:2021:503).

²⁶⁷ – Jf. Dom af 22.6.2021, YouTube og Cyando (C-682/18 og C-683/18, EU:C:2021:503, præmis 59).

²⁶⁸ – Jf. Kommissionens meddelelse »Vejledning om artikel 17 i direktiv 2019/790 om ophavsret på det digitale indre marked«, navnlig s. 18-24.

²⁶⁹ – Kommissionen har henvist til frembringelser, der har en særlig økonomisk værdi i en bestemt periode. Ikke desto mindre forekommer »øremærkningsmekanismen« ikke at være begrænset til sådanne frembringelser. Vejledningen definerer heller ikke begrebet »betydelig økonomisk skade«. Jeg vil minde om, at ifølge den franske regering vil der i tilfælde af tilrådighedsstillelse online af et krænkende indhold altid være tale om, at rettighedshaverne lider et »uopretteligt« tab.