



Datum van inontvangstneming : 21/12/2018

Zaak C-683/18

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

6 november 2018

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 september 2018

Verzoekende partij:

Elsevier Inc.

Verwerende partij:

Cyando AG

Voorwerp van het hoofdgeding

Vordering tot staking en tot schadevergoeding wegens inbreuk op het auteursrecht

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. a) Verricht de beheerder van een „shared hosting”-dienst, waar gebruikers bestanden met auteursrechtelijk beschermde inhoud zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar stellen voor het publiek, een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, wanneer

- het uploaden automatisch en zonder voorafgaande inzage of controle door de beheerder verloopt,
 - de beheerder er in de gebruiksvoorwaarden op wijst dat inbreukmakende inhoud niet mag worden geplaatst,
 - hij met het beheer van de dienst inkomsten verwerft,
 - de dienst wordt gebruikt voor legale toepassingen, maar de beheerder er kennis van heeft dat ook een zeer grote inhoud (meer dan 9 500 werken) beschikbaar is die inbreuk maak op het auteursrecht,
 - de beheerder geen inhoudsopgave en geen zoekfunctie aanbiedt, maar de door hem beschikbaar gestelde onbeperkte download-koppelingen door derden in de vorm van gebundelde koppelingen worden geplaatst op het Internet, die informatie betreffende de inhoud van de bestanden bevatten en het zoeken naar bepaalde inhoud mogelijk maakt,
 - hij door de regeling van de door hem afhankelijk van de vraag betaalde vergoeding voor downloads, stimuleert auteursrechtelijk beschermde inhoud te uploaden, die voor gebruikers verder alleen zijn te verkrijgen tegen betaling van de kosten
- en
- door het bieden van de mogelijkheid om bestanden anoniem te uploaden, het waarschijnlijker wordt dat gebruikers niet ter verantwoording worden geroepen voor inbreuken op het auteursrecht?
- b) Wijzigt deze beoordeling wanneer via de „shared hosting”-dienst voor 90 tot 96 % van het totale gebruik inbreukmakend aanbod beschikbaar wordt gesteld?

2. Voor het geval dat de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Valt de activiteit van de beheerder van een „shared hosting”-dienst onder de in de eerste prejudiciële vraag beschreven omstandigheden binnen het toepassingsgebied van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG?

3. Voor het geval dat de tweede prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Moet de daadwerkelijke kennis van de onwettige activiteit of informatie en het besef van feiten of omstandigheden waaruit de onwettige aard van de activiteiten of informatie blijkt, overeenkomstig artikel 14, lid 1, van

richtlijn 2000/31/EG betrekking hebben op concrete onwettige activiteiten of informatie?

4. Daarenboven voor het geval dat de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is het verenigbaar met artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG, wanneer de rechthebbende ten aanzien van een dienstverlener, wiens dienst bestaat in de opslag van door een gebruiker van de dienst ingevoerde informatie, en wiens dienst door een gebruiker is gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten, pas om een verbod kan verzoeken wanneer er na een aanwijzing van een duidelijke inbreuk op het recht opnieuw een dergelijke inbreuk heeft plaatsgevonden?

5. Voor het geval dat de eerste en de tweede vraag ontkennend worden beantwoord:

Is de beheerder van een „shared hosting”-dienst onder de in de eerste vraag beschreven omstandigheden te beschouwen als inbreukmaker in de zin van artikel 11, eerste volzin, en artikel 13 van richtlijn 2004/48/EG?

6. Voor het geval dat de vijfde vraag bevestigend wordt beantwoord:

Mag de verplichting van een dergelijke inbreukmaker tot betaling van een schadevergoeding krachtens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2004/48/EG afhankelijk worden gesteld van het feit dat de inbreukmaker zowel met betrekking tot zijn eigen inbreuk alsook aangaande de inbreuk van de derde opzettelijk heeft gehandeld en wist of redelijkerwijs had moeten weten dat gebruikers het platform voor concrete inbreuken gebruiken?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, met name artikelen 3 en 8

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („Richtlijn inzake elektronische handel”), met name artikelen 14 en 15

Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, met name artikelen 11 en 13

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten; hierna: „Urheberrechtsgesetz” of „UrhG”), met name §§ 97, 99, 101, 102a

Telemediengesetz (wet inzake elektronische media; hierna: „TMG”), met name § 10

Summier overzicht van de feiten en de procedure

- 1 Verzoekster is een internationale uitgeverij van vakliteratuur en bezit de exclusieve gebruiksrechten op werken.
- 2 Verweerster beheert de „shared hosting”-dienst „uploaded”, die kan worden opgevraagd via de internetsites uploaded.net, uploaded.to en ul.to. Deze dienst biedt iedereen gratis opslagruimte voor het uploaden van bestanden van willekeurige inhoud. Voor elk geüpload bestand plaatst verweerster automatisch een elektronische verwijzing (download-link) op de opslagruimte van de gegevens en deelt deze automatisch mee aan de gebruiker. Verweerster biedt voor de bij haar opgeslagen bestanden noch een inhoudsopgave, noch een passende zoekfunctie. Gebruikers kunnen evenwel de download-koppelingen in zogenaamde gebundelde links op het internet plaatsen. Deze worden door derden aangeboden en bevatten informatie betreffende de inhoud van de bij de dienst van verweerster opgeslagen bestanden. Op deze wijze hebben andere gebruikers toegang tot de op de servers van verweerster opgeslagen bestanden.
- 3 Het downloaden van bestanden van het platform van verweerster is tot een bepaalde omvang gratis mogelijk. Betalende gebruikers verkrijgen een groter downloadquotum met hogere downloadsnelheden. Verweerster betaalt gebruikers die bestanden uploaden, downloadvergoedingen. Voor 1 000 downloads betaalt verweerster haar gebruikers tot 40 EUR.
- 4 De dienst van verweerster wordt gebruikt voor zowel legale toepassingen als toepassingen die inbreuk maken op auteursrechten van derden. Verweerster heeft in het verleden reeds zeer veel kennisgevingen betreffende de beschikbaarheid van inbreukmakende inhoud ontvangen van in opdracht van de rechthebbenden handelende dienstverrichters. Bij haar zijn meer dan 9 500 werken aangemeld, waartoe inbreukmakende koppelingen op ongeveer 800 haar bekende internetsites (gebundelde links, blogs, fora) waren geplaatst, en waarvan het aantal voortdurend groeit. Volgens de algemene voorwaarden van verweerster is het de gebruikers verboden om inbreuken op het auteursrecht te plegen via het platform van verweerster.
- 5 Verzoekster acht haar gebruiksrechten op bepaalde werken geschonden. Zij eist met haar vordering van verweerster, in de eerste plaats als dader, subsidiair als deelnemer en meer subsidiair als „Störer” (een persoon die, zonder dat hij de

inbreuk zelf begaat of daaraan medeplichtig is, bewust aan die inbreuk bijdraagt) van een inbreuk op het auteursrecht, een bevel tot staking en tot het verstrekken van inlichtingen en de vaststelling van haar verplichting tot schadevergoeding.

- 6 De appelrechter heeft verweerster op grond van de subsidiaire eis als „Störer” met betrekking tot een drietal werken veroordeeld tot staking en het hoger beroep voor het overige afgewezen. Met haar Revision houdt verzoekster vast aan haar eisen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 7 Zoals in het hoofdgeding van het gelijktijdig voorgelegde verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-682/18, hangt de uitkomst van de Revision van verzoekster af van de vraag of de handelwijze van verweerster volgens de in het hoofdgeding vastgestelde omstandigheden een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vormt (eerste prejudiciële vraag). Indien dat moet worden ontkend, rijst de vraag of de activiteit van verweerster in het toepassingsgebied van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt (tweede prejudiciële vraag). Voor zover dat moet worden bevestigd, rijst de vraag of de daadwerkelijke kennis van de onwettige activiteit of informatie en de kennis van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG betrekking moet hebben op concrete onwettige activiteiten of informatie (derde prejudiciële vraag). Vervolgens rijst dan de vraag of het met artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG verenigbaar is, wanneer de rechthebbende ten aanzien van een dienstverlener, wiens dienst bestaat in de opslag van door een gebruiker van de dienst ingevoerde informatie, die door een derde is gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten, pas om een verbod kan verzoeken wanneer er na een aanwijzing van een duidelijke inbreuk op het recht opnieuw een dergelijke inbreuk heeft plaatsgevonden (vierde prejudiciële vraag).
- 8 Indien de handelwijze van verweerster noch een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vormt, noch binnen het toepassingsgebied van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt, rijst de vraag of verweerster niettemin moet worden beschouwd als inbreukmaker in de zin van artikel 11, eerste volzin, en artikel 13 van richtlijn 2004/48/EG (vijfde prejudiciële vraag). Voor het geval deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, rijst de vraag of de verplichting van een dergelijke inbreukmaker om krachtens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2004/48/EG een schadevergoeding te betalen afhankelijk mag worden gesteld van het feit dat de inbreukmaker zowel aangaande zijn eigen inbreuk alsook aangaande de inbreuk van de derde opzettelijk heeft gehandeld en wist of redelijkerwijs had moeten weten dat gebruikers het platform voor concrete inbreuken gebruiken (zesde prejudiciële vraag).

Eerste prejudiciële vraag

- 9 Aangezien het bij de door verzoekster aangevoerde rechten betreffende een mededeling aan het publiek in de vorm van beschikbaarstelling aan het publiek gaat om krachtens artikel 3, lid 1 en lid 2, onder a en b, van richtlijn 2001/29 geharmoniseerd recht, moeten de overeenkomstige bepalingen van het Duitse Urheberrechtsgesetz richtlijnconform worden uitgelegd.
- 10 Het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vergt een geïndividualiseerde beoordeling, in het kader waarvan rekening moet worden gehouden met meerdere criteria. Van deze criteria heeft het Hof in het bijzonder de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie genoemd (zie recent arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punten 23-26).
- 11 Het is onzeker of de activiteit van verweerster volgens de in het hoofdgeding vastgestelde omstandigheden een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vormt.
- 12 In het licht van het criterium aangaande de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens handelen, veronderstelt een handeling bestaande in een mededeling dat de gebruiker met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze – dus opzettelijk en doelbewust – handelend optreedt, om derden toegang te verschaffen tot een beschermd werk of een beschermde dienst. Daarbij volstaat het dat derden toegang tot het beschermde werk of de beschermde dienst hebben, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid (zie arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 31).
- 13 De toepassing van de door het Hof ontwikkelde criteria pleit voor de veronderstelling dat verweerster een centrale rol inneemt. Een centrale rol is niet in tegenspraak met het feit dat verweerster niet zelf inhoud plaatst, maar het derden mogelijk maakt, door de beschikbaarstelling van de „shared hosting”-dienst, de gebruikers daarvan inhoud ter beschikking te stellen, waaronder zich ook inbreukmakende inhoud kan bevinden (zie arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 36). Verweerster handelt eveneens met winstoogmerk, omdat zij met het beheer van de dienst inkomsten verkrijgt. Voor een centrale rol moet de inbreukmaker voorts volledige kennis hebben van de gevolgen van zijn handelen, die eveneens betrekking moet hebben op het ontbreken van toestemming van de rechthebbende (zie arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 41). Verweerster heeft, omdat de via haar dienst beschikbaar gestelde bestanden worden geüpload door derden, er inderdaad geen weet van dat inbreukmakende inhoud beschikbaar is totdat de rechthebbende daarop wijst. Tevens wijst zij gebruikers er in haar gebruikersvoorwaarden op dat het plaatsen van inbreukmakende inhoud niet is toegestaan. Verweerster heeft er evenwel kennis van dat via haar dienst in aanzienlijke mate inbreukmakende inhoud beschikbaar is. Tegelijkertijd zorgt

verweerster er door de regeling van haar vergoedingssysteem voor dat meer onbeperkte download-links beschikbaar zijn en zorgt zij er door het toestaan van anoniem gebruik van haar dienst voor dat het risico van inbreukmakend gebruik aanzienlijk toeneemt.

Tweede prejudiciële vraag

- 14 Het aanbod van een internetplatform waarop derden informatie kunnen opslaan, valt als „host”-dienst in principe binnen het toepassingsgebied van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 (zie arrest van 16 februari 2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, punt 27). Een „host-provider” kan zich echter niet beroepen op het voorrecht wat betreft de aansprakelijkheid volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 wanneer hij, in plaats van zich te beperken tot een neutrale levering van „host”-diensten met behulp van een louter technische en automatische verwerking van de gegevens die hem door zijn klanten zijn verstrekt, een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die gegevens (zie in die zin arrest van 12 juli 2011, L’Oréal, C-324/09, EU:C:2011:474, punten 112-116).
- 15 Het is de vraag, die wat het Unierecht betreft verduidelijking behoeft, of verweerster volgens de in het hoofdgeding gegeven omstandigheden (zie de eerste prejudiciële vraag) een actieve rol heeft gespeeld die in de weg staat aan de toepassing van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31.

Derde prejudiciële vraag

- 16 Volgens de Senat moet de derde prejudiciële vraag bevestigend worden beantwoord. Het volstaat niet wanneer het de aanbieder algemeen bekend is of wanneer hij zich ervan bewust is dat zijn diensten voor willekeurige onwettige activiteiten worden gebruikt. Dat ligt reeds voor de hand door de bewoordingen van de regeling en het gebruik van het bepaalde lidwoord ter aanduiding van de onwettige activiteit of informatie. Daarenboven blijkt dat uit het feit dat de aanbieder zijn verplichting om de onwettige informatie te verwijderen of de toegang daartoe te blokkeren, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt (artikel 14, lid 1, onder b), van richtlijn 2000/31), alleen met betrekking tot concrete informatie kan vervullen. Derhalve moet een aanwijzing van inbreuken zodanig concreet zijn dat de adressaat de schending van het recht zonder veel moeite en zonder een uitvoerige juridische of feitelijke toetsing kan vaststellen. Wanneer een auteursrechtelijk beschermde rechtspositie wordt aangevoerd, moeten derhalve het beschermde werk of de beschermde dienst worden geïdentificeerd en de aangevochten vorm van de inbreuk worden beschreven, alsmede voldoende duidelijke aanwijzingen worden verstrekt voor de auteursrechtelijke rechten van de belanghebbenden.

Vierde prejudiciële vraag

- 17 Overeenkomstig artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 zorgen de lidstaten ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.
- 18 Wie – zonder dader of deelnemer te zijn – op een of andere wijze opzettelijk bijdraagt aan de inbreuk op het beschermde recht kan volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof als „Störer” aansprakelijk worden gesteld. Deze aansprakelijkheid vereist schending van gedragsverplichtingen, en waarvan de omvang wordt bepaald aan de hand van hetgeen in het individuele geval redelijk is. Wanneer de „Störer” een dienstverlener is, wiens dienst bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst ingevoerde informatie, kan hij volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof in principe pas door een verbod tot staking worden verplicht, wanneer er na een aanwijzing van een duidelijke inbreuk op het recht opnieuw een dergelijke inbreuk heeft plaatsgevonden.
- 19 Volgens de Senat moet de vierde prejudiciële vraag bevestigend worden beantwoord. Een dienstverlener, wiens dienst bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst ingevoerde informatie, mag volgens artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 geen algemene verplichting worden opgelegd om toe te zien op de informatie die hij opslaat, of om actief te zoeken naar omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Verder is een dergelijke dienstverlener volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 niet aansprakelijk voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of dergelijke activiteiten gewaarwordt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Dienovereenkomstig is de beheerder van een internetplatform, waar door derden informatie wordt opgeslagen, en die geen daadwerkelijke kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie, ook niet aansprakelijk voor nalatigheid.

Vijfde prejudiciële vraag

- 20 Richtlijn 2004/48, die volgens artikel 2, lid 1, ervan van toepassing is op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het Unierecht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat, laat de artikelen 2 tot en met 6 en artikel 8 van richtlijn 2001/29 onverlet (artikel 2, lid 2, van richtlijn 2004/48) en doet geen afbreuk aan de artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 2000/31 (artikel 2, lid 3, van richtlijn 2004/48). Zij maakt onderscheid tussen de inbreukmaker en tussenpersonen, wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken (zie artikelen 11 en 13 van de richtlijn). Dergelijke tussenpersonen worden, voor zover hun diensten door

een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten, in artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 aangeduid als tussenpersonen, en voor zover hun diensten bestaan in de opslag van de door een afnemer van de dienst ingevoerde informatie, in artikel 14, lid 3, van richtlijn 2000/31 als dienstverlener.

- 21 Indien de handelwijze van verweerster een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, moet verweerster worden beschouwd als inbreukmaker in de zin van richtlijn 2004/48, waartegen een bevel tot staking (artikel 11, eerste volzin, van richtlijn 2004/48; § 97, lid 1, UrhG), betaling van schadevergoeding (artikel 13, lid 1, van richtlijn 2004/48; § 97, lid 2, UrhG) en invordering van de winsten (artikel 13, lid 2, van richtlijn 2004/48; § 102a UrhG) kan worden geëist. Indien de handelwijze van verweerster binnen het toepassingsgebied van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt, moet verweerster worden beschouwd als tussenpersoon in de zin van richtlijn 2004/48, wiens aansprakelijkheid is uitgesloten voor zover is voldaan aan de vereisten onder a) en b) van deze bepaling, en die anders als inbreukmaker aansprakelijk is.
- 22 Het is de vraag of verweerster eveneens moet worden beschouwd als inbreukmaker in de zin van richtlijn 2004/48, die niet alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor staking, maar ook voor betaling van schadevergoeding en invordering van winsten, wanneer haar handelwijze noch een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, noch in het toepassingsgebied van artikel 14 van richtlijn 2000/31 valt. Volgens de Senat moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, omdat degene die aan een inbreuk deelneemt volgens richtlijn 2004/48 ofwel tussenpersoon, ofwel inbreukmaker moet zijn en derhalve alleen inbreukmaker kan zijn wanneer zijn deelname zich niet beperkt tot het aanbieden van diensten, die door een derde worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken. Dientengevolge is niet alleen de gebruiker, die bij de mededeling aan het publiek een centrale rol speelt en met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze – dus opzettelijk en doelbewust – handelend optreedt, om derden toegang te verschaffen tot een beschermd werk of een beschermde dienst, inbreukmaker; inbreukmaker is volgens de Senat veeleer ook de dienstverlener die zich bij de mededeling aan het publiek door gebruikers van zijn platform niet beperkt tot een neutrale rol, maar een actieve rol speelt.

Zesde prejudiciële vraag

- 23 Volgens artikel 13, eerste volzin, van richtlijn 2004/48 dragen de lidstaten er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de benadeelde partij de inbreukmaker die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde, gelasten de rechthebbende een passende vergoeding te betalen tot herstel van de schade die deze wegens de inbreuk heeft geleden.
- 24 Krachtens § 97, lid 2, eerste volzin, UrhG is degene die het auteursrecht of een ander krachtens het Urheberrechtsgesetz beschermd recht onrechtmatig schendt,

verplicht de benadeelde de daaruit voortgevloeide schade te vergoeden, wanneer hij de handeling opzettelijk of door nalatigheid pleegt. De vraag of iemand als dader of als deelnemer civielrechtelijk aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad, zoals de inbreuk op een beschermd recht, wordt volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof in principe beoordeeld volgens de in het strafrecht ontwikkelde rechtsbeginselen. Voor verweerster, die moet worden beschouwd als inbreukmaker in de zin van artikel 11, lid 1, en artikel 13 van richtlijn 2004/48, omdat zij bij de inbreuk op de rechten van verzoeker door de gebruikers van het platform een actieve rol heeft gespeeld, kan volgens deze beginselen aansprakelijk worden gesteld als medeplichtige. Een medeplichtige is degene die een ander bij zijn opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad, opzettelijk behulpzaam is geweest.

- 25 Vervolgens rijst de vraag of de verplichting van een dergelijke inbreukmaker om krachtens artikel 13, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2004/48/EG een schadevergoeding te betalen afhankelijk mag worden gesteld van het feit dat de inbreukmaker zowel met betrekking tot zijn eigen inbreuk alsook met betrekking tot de inbreuk van de derde opzettelijk heeft gehandeld.
- 26 Mogelijkerwijze moet het ook in dergelijke gevallen voor een vordering tot schadevergoeding krachtens artikel 13, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2004/48, volstaan dat de inbreukmaker redelijkerwijs had moeten weten, dat hij een inbreuk pleegde. Dan zou de medeplichtige reeds gehouden zijn tot schadevergoeding in geval van nalatigheid. De aansprakelijkheid van de dienstverlener die een actieve rol speelt, is derhalve groter dan die van de dienstverlener die een neutrale rol speelt en bijgevolg binnen het toepassingsgebied van artikel 14 van richtlijn 2000/31 valt; diens aansprakelijkheid vereist krachtens artikel 14, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/31 dat hij daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie.
- 27 Verder rijst vervolgens de vraag welke eisen moeten worden gesteld aan de opzet of – wanneer dat volstaat – de nalatigheid van de inbreukmaker met betrekking tot de inbreuk van de derde. Volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof moet de deelnemer met betrekking tot de hoofddaad van de derde ten minste tot op zekere hoogte opzettelijk handelen en zich onder meer bewust zijn van de onrechtmatigheid van de daad. Daarbij moeten de opzet en het bewustzijn van de onrechtmatigheid betrekking hebben op een concrete hoofddaad. Om de beheerder van een internetplatform als deelnemer voor schade aansprakelijk te stellen, volstaat het derhalve niet dat de beheerder wist dat gebruikers het platform gebruiken om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, wanneer deze wetenschap geen betrekking heeft op concrete inbreuken.
- 28 Het Hof heeft het in de arresten van 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punt 50) en 14 juni 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, punt 45) voldoende geacht dat de desbetreffende verweerders bewust een gevaarlijke handeling verrichtten en algemeen uitgingen van onwettig gebruik. Zou het voor een schadevordering tegen een dienstverlener die een actieve rol speelt, volstaan dat hij alleen algemeen wist of redelijkerwijs had

moeten weten dat er op het platform inbreuken plaatsvonden, dan zou zijn aansprakelijkheid dienaangaande ook groter zijn dan die van de dienstverlener die een neutrale rol speelt en derhalve in het toepassingsgebied van artikel 14 van richtlijn 2000/31 valt.