

## Nr. 1 YouTube en Cyando

Hof van Justitie van de EU 22 juni 2021

IEF 20039; ECLI:EU:C:2021:503 (C-682/18 en C-683/18)

**Auteursrecht en platformaansprakelijkheid. Video-deelplatforms en platforms voor het hosten en delen van bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar kunnen stellen voor het publiek, verrichten zelf geen mededeling aan het publiek van die content, tenzij – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe wordt bijgedragen dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer (1) de exploitant kennis heeft van concrete inbreuk en deze niet verwijderd of ontoegankelijk maakt, (2) de exploitant weet of behoort te weten dat zijn platform in het algemeen wordt gebruikt voor het delen van illegaal materiaal, en niet de passende technische maatregelen neemt die van een normaal behoedzame marktdeelnemer kunnen worden verwacht of (3) de exploitant deelneemt aan selectie van de illegale content, hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn illegale content te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit zijn bedrijfsmodel. Toepassing art. 14 lid 1 van richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel. Mogelijk om melding van inbreuk als voorwaarde te stellen voor het verkrijgen van een verbodsmaatregel onder art. 8 lid 3 van richtlijn 2001/29, mits de daadwerkelijke beëindiging van de inbreuk niet zodanig wordt uitgesteld dat de rechthebbende onevenredige schade lijdt.**

In de gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) bij beslissingen van 13 september 2018 en 20 september 2018, ingekomen bij het Hof op 6 november 2018, in de procedures

Frank Peterson  
tegen  
Google LLC,  
YouTube Inc.,  
YouTube LLC,  
Google Germany GmbH (C-682/18),  
en  
Elsevier Inc.  
tegen  
Cyando AG (C-683/18),

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan en M. Ilešič (rapporteur), kamerpresidenten, E. Juhász, M. Safjan, D. Šváby, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe,

griffier: M. Krausenböck, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 november 2019,

gelet op de opmerkingen van:

- Frank Peterson, vertegenwoordigd door P. Wassermann en J. Schippmann, Rechtsanwältin,
  - Elsevier Inc., vertegenwoordigd door K. Bäcker, U. Feindor-Schmidt en M. Lausen, Rechtsanwältin,
  - Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC en Google Germany GmbH, vertegenwoordigd door J. Wimmers en M. Barudi, Rechtsanwältin,
  - Cyando AG, vertegenwoordigd door H. Waldhauser en M. Junker, Rechtsanwältin,
  - de Duitse regering, vertegenwoordigd door J. Möller, M. Hellmann en E. Lankenau als gemachtigden,
  - de Franse regering, vertegenwoordigd door A.-L. Desjonquères, A. Daniel en R. Coesme als gemachtigden,
  - de Finse regering, vertegenwoordigd door J. Heliskoski als gemachtigde,
  - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door T. Scharf, S. L. Kaléda en J. Samnadda als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juli 2020,  
het navolgende

### Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 3, lid 1, en artikel 8, lid 3, van 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 (PB 2001, L 167, blz. 10; hierna: „auteursrechtlijn”), artikel 14, lid 1, van 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”) (PB 2000, L 178, blz. 1), en artikel 11, eerste volzin, en artikel 13 van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de

Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45, met rectificatie in PB 2004, L 195, blz. 16; hierna: „handhavingsrichtlijn”).

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van een geding tussen Frank Peterson enerzijds en Google LLC en YouTube LLC anderzijds (zaak C-682/18) en een geding tussen Elsevier Inc. en Cyando AG (zaak C-683/18) over verschillende inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten van Peterson en Elsevier door gebruikers van respectievelijk het door YouTube geëxploiteerde videodeelplatform en het door Cyando geëxploiteerde host- en deelplatform voor bestanden.

## Toepasselijke bepalingen

### Internationaal recht

3 De Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht (hierna: „WCT”) vastgesteld, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6) en dat, wat de Europese Unie betreft, in werking is getreden op 14 maart 2010 (PB 2010, L 32, blz. 1).

4 Artikel 8 WCT, met het opschrift „Recht op mededeling aan het publiek”, luidt als volgt:

„Onverminderd de bepalingen van artikel 11, lid 1, onder ii), artikel 11 bis, lid 1, onder i) en ii), artikel 11 ter, lid 1, onder ii), artikel 14, lid 1, onder ii), en artikel 14 bis, lid 1, van de Berner Conventie [voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979], hebben auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek, met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van hun werken dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip.”

5 Gemeenschappelijke verklaringen betreffende het WCT zijn op 20 december 1996 bij diplomatieke conferentie vastgesteld.

6 De gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT luidt als volgt:

„Het is wel verstaan dat de enkele terbeschikkingstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of de Berner Conventie uitmaakt. [...]”

## Unierecht

### Auteursrechtlijn

7 De overwegingen 4, 5, 8 tot en met 10, 16, 23, 27, 31 en 59 van de auteursrechtlijn luiden als volgt:

„(4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. Hierdoor zal de werkgelegenheid veilig worden gesteld en de schepping van nieuwe arbeidsplaatsen worden aangemoedigd.

(5) De technologische ontwikkeling heeft de vectoren voor schepping, productie en exploitatie in aantal en verscheidenheid doen toenemen. Hoewel voor de bescherming van de intellectuele eigendom geen behoefte aan nieuwe concepten bestaat, zullen het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten moeten worden aangepast en aangevuld om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren.

[...]

(8) De verschillende sociale, maatschappelijke en culturele implicaties van de informatiemaatschappij vereisen dat rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van de inhoud van de producten en diensten.

(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. [...] Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele-eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.

[...]

(16) [...] Deze richtlijn moet worden uitgevoerd binnen eenzelfde tijdschema als dat voor de uitvoering van de richtlijn inzake elektronische handel, omdat die richtlijn voorziet in een geharmoniseerd kader van de begin-

selen en voorschriften die onder andere van belang zijn voor belangrijke delen van deze richtlijn. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in de richtlijn inzake elektronische handel.

[...]

(23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. [...]

[...]

(27) De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn.

[...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...]

[...]

(59) In het bijzonder in de digitale omgeving, zullen derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruik maken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen. Onverminderd de eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt. Deze mogelijkheid moet ook beschikbaar zijn wanneer de door de tussenpersoon verrichte handelingen krachtens artikel 5 uitgezonderd zijn. De voorwaarden en nadere bepalingen met betrekking tot dergelijke verbodsmaatregelen moeten aan het nationaal recht van de lidstaten worden overgelaten."

8 Artikel 3 van deze richtlijn, met het opschrift „Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek”, bepaalt in lid 1:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.”

9 Artikel 8 van deze richtlijn, „Sancties en rechtsmiddelen”, bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in deze richtlijn omschreven rechten en verplichtingen en dragen er zorg voor, dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben.

2. Elke lidstaat draagt er zorg voor, dat rechthebbenden wier belangen worden geschaad door een inbreukmakende handeling die op zijn grondgebied plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding en/of beëindiging van de inbreuk en in voorkomend geval een vordering tot inbeslagneming van het inbreukmakende materiaal en de in artikel 6, lid 2, bedoelde inrichtingen, producten of onderdelen kunnen instellen.

3. De lidstaten zorgen 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.”

*Richtlijn inzake elektronische handel*

10 De overwegingen 41 tot en met 46, 48 en 52 van de richtlijn inzake elektronische handel luiden als volgt:

„(41) De onderhavige richtlijn brengt een evenwicht tot stand tussen de verschillende betrokken belangen en legt beginselen vast waarop sectorale overeenkomsten en normen kunnen worden gebaseerd.

(42) De in deze richtlijn vastgestelde vrijstellingen van de aansprakelijkheid gelden uitsluitend voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij beperkt is tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken. Die activiteit heeft een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen.

(43) Een dienstverlener komt voor de vrijstellingen voor ‘mere conduit’ en ‘caching’ in aanmerking wanneer hij op geen enkele wijze betrokken is bij de doorgegeven informatie. Daarvoor is onder meer vereist dat hij de informatie die hij doorgeeft, niet wijzigt. Die eis heeft geen betrekking op technische handelingen die tijdens de doorgifte plaatsvinden aangezien de integriteit van de doorgegeven informatie daardoor niet wordt aangetast.

(44) Een dienstverlener die met opzet met een van zijn afnemers van de dienst samenwerkt om onwettige handelingen te verrichten, gaat verder dan de activiteiten ‘mere conduit’ of ‘caching’ en kan zich derhalve niet

beroepen op de voor die activiteiten vastgestelde vrijstelling van de aansprakelijkheid.

(45) De beperking van de in de richtlijn vastgestelde aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om verschillende soorten verbodsmaatregelen te treffen. Die maatregelen bestaan in het bijzonder in rechterlijke of administratieve uitspraken waarin de beëindiging of voorkoming van een inbreuk wordt bevolen, met inbegrip van de verwijdering of het ontoegankelijk maken van onwettige informatie.

(46) Wil de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij die uit de opslag van informatie bestaat, in aanmerking komen voor een beperkte aansprakelijkheid, dan moet hij, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft van onwettige activiteiten of dergelijke activiteiten gewaarwordt, prompt handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. De verwijdering of het ontoegankelijk maken dient te geschieden met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting en van daarvoor vastgestelde procedures op nationaal niveau. Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om specifieke eisen te stellen waaraan onverwijld dient te worden voldaan eer er informatie wordt verwijderd of ontoegankelijk wordt gemaakt.

[...]

(48) Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen.

[...]

(52) Het daadwerkelijke gebruik van de vrijheden van de interne markt vereist dat de slachtoffers effectief toegang wordt gewaarborgd tot de geschillenregelingen. De schade die in het kader van de diensten van de informatiemaatschappij kan ontstaan, loopt snel op en bestrijkt een groot geografisch gebied. In de onderhavige richtlijn wordt met het oog op deze specifieke kenmerken en om ervoor te zorgen dat de nationale autoriteiten het wederzijdse vertrouwen dat zij elkaar moeten schenken, niet in gevaar brengen, aan de lidstaten gevraagd ervoor te zorgen dat passende gerechtelijke stappen mogelijk zijn. De lidstaten moeten onderzoeken of het nodig is door middel van geschikte elektronische middelen toegang tot gerechtelijke procedures te bieden.”

11 Artikel 14 van deze richtlijn, „Hosting („host-diensten’)\", luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op ver-

zoek 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 schadevergoedingsvordering 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 beseft krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

12 Artikel 15 van die richtlijn, met als opschrift „Geen algemene toezichtverplichting”, bepaalt in lid 1 ervan het volgende:

„Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.”

13 Artikel 18 van de richtlijn inzake elektronische handel, met als opschrift „Beroep op rechterlijke instanties”, bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zorgen ervoor dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.”

#### Handhavingsrichtlijn

14 De overwegingen 17, 22 en 23 van de handhavingsrichtlijn luiden:

„(17) De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend

geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.

[...]

(22) Ook moet worden voorzien in voorlopige maatregelen om de inbreuk onmiddellijk te kunnen doen ophouden zonder op een beslissing ten gronde te wachten; hierbij moeten de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd, moet worden toegezien op de evenredigheid van de voorlopige maatregelen naargelang van het specifieke karakter van de desbetreffende zaak en moeten de noodzakelijke waarborgen worden geboden om de kosten en de schade te dekken die de verweerder door een ongerechtvaardigd verzoek heeft geleden. Deze maatregelen zijn met name gerechtvaardigd wanneer elk uitstel voor de houder van een intellectueel-eigendomsrecht onherstelbare schade zou veroorzaken.

(23) Onverminderd andere ter beschikking staande maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten rechthebbenden de mogelijkheid hebben te verzoeken dat een bevel wordt uitgevaardigd tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het industriële-eigendomsrecht van de rechthebbende. De voorwaarden voor en modaliteiten van deze bevelen moeten aan het nationale recht van de lidstaten worden overgelaten. Met betrekking tot inbreuken op auteursrechten en naburige rechten is al een grote mate van harmonisatie bewerkstelligd door [de auteursrechtlijn]. Aan artikel 8, lid 3, van [de auteursrechtlijn] dient dan ook door deze richtlijn geen afbreuk te worden gedaan."

15 Artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift „Algemene verplichting”, luidt:

„1. De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of node-loze vertragingen inhouden.

2. De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures."

16 Artikel 11 van deze richtlijn, „Rechterlijk bevel”, bepaalt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat, wanneer bij rechterlijke uitspraak inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht is vastgesteld, de bevoegde rechterlijke instanties een bevel tot staking van de inbreuk tegen de inbreukmaker kunnen uitvaardigen. Indien het nationale recht erin voorziet, wordt bij niet-naleving van een bevel, indien passend, een dwangsom tot naleving van het verbod opgelegd. De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de

rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van [de auteursrechtlijn]."

17 Artikel 13 van de handhavingsrichtlijn, met als opschrift „Schadevergoeding”, bepaalt:

„1. De lidstaten dragen 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.

De rechterlijke instanties die de schadevergoeding vaststellen:

a) houden rekening met alle passende aspecten, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder winstderving, die de benadeelde partij heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en, in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden,

of

b) kunnen, als alternatief voor het bepaalde onder a), in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag, op basis van elementen zoals ten minste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het desbetreffende intellectueel-eigendomsrecht te gebruiken.

2. De lidstaten kunnen bepalen dat de rechterlijke instanties invordering van winsten of betaling van een vooraf vastgestelde schadevergoeding kunnen gelasten, indien de inbreukmaker niet wist of niet redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde."

## Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

### Zaak C-682/18

18 Peterson is een muziekproducent en stelt dat hij eigenaar is van de vennootschap Nemo Studios.

19 YouTube exploiteert het gelijknamige internetplatform waarop gebruikers hun eigen video's gratis kunnen uploaden en deze ter beschikking van andere internetgebruikers kunnen stellen. Google is de enige vennoot en wettelijke vertegenwoordiger van YouTube. YouTube Inc. en Google Germany GmbH zijn geen partijen meer in het geding.

20 Op 20 mei 1996 heeft de vennootschap Nemo Studio Frank Peterson met de artieste Sarah Brightman een wereldwijde exclusieve overeenkomst inzake de exploitatie van audio- en video-opnamen van haar voorstellingen gesloten. Over deze overeenkomst is in 2005 een aanvullende over-

eenkomst gesloten. Op 1 september 2000 sloot Peterson in eigen naam en namens de vennootschap Nemo Studios met Capitol Records Inc. een licentieovereenkomst betreffende de exclusieve distributie van de opnamen en voorstellingen van Sarah Brightman door Capital Records.

21 In november 2008 is het album „A Winter Symphony”, dat bestaat uit door Sarah Brightman uitgevoerde werken, in de handel gebracht. Op 4 november 2008 is Sarah Brightman begonnen met de concertenreeks „Symphony Tour”, waarin zij de op het album geregistreerde werken heeft uitgevoerd.

22 Op 6 en 7 november 2008 waren werken uit dit album en particuliere opnamen van concerten van deze concertenreeks op het internetplatform YouTube beschikbaar en gekoppeld aan stilstaande en bewegende beelden. Bij brief van 7 november 2008 heeft Peterson zich tot Google Germany gewend en van die vennootschap en Google geëist dat zij verklaringen van stopzetting van de inbreuk verstrekten op straffe van sancties. Ter ondersteuning van die eis heeft hij screenshots overgelegd ten bewijze van de gelaakte feiten. Google Germany heeft zich vervolgens gewend tot YouTube, die met behulp van de door Peterson overgelegde screenshots de internetadressen (URL) van de betrokken video's handmatig heeft opgezocht en de toegang daartoe heeft geblokkeerd. Partijen zijn het niet eens over de omvang van deze blokkeringsmaatregelen.

23 Op 19 november 2008 konden opnieuw geluidsopnamen van voorstellingen van de artieste, gekoppeld aan stilstaande en bewegende beelden, worden geraadpleegd op het internetplatform YouTube.

24 Bijgevolg heeft Peterson bij het Landgericht Hamburg (rechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) tegen Google en YouTube (hierna samen: „verweersters in het hoofdgeding”) vorderingen tot staking, tot mededeling van inlichtingen en tot vaststelling van hun verplichting tot betaling van schadevergoeding ingesteld. Ter ondersteuning van deze vorderingen heeft hij zich beroepen op zijn eigen rechten als producent van het album „A Winter Symphony” alsmede op eigen en van de artieste afgeleide rechten ten aanzien van de uitvoering van de muziekstukken van dit album dat tot stand is gebracht met zijn artistieke bijdrage als producent en achtergrondzanger. Voorts stelt hij met betrekking tot de concertopnamen van de „Symphony Tour” componist en tekstschrijver te zijn van verschillende muziekstukken van dat album. Bovendien bezit hij als uitgever rechten die afgeleid zijn van die van de auteurs ten aanzien van verschillende muziekwerken.

25 Bij vonnis van 3 september 2010 heeft de aangezochte rechter het beroep toegewezen met betrekking tot drie muziekstukken en het verworpen voor het overige.

26 Peterson en verweersters in het hoofdgeding hebben tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Hamburg (hoogste rechter van de deelstaat

Hamburg, Duitsland). Peterson heeft gevorderd dat verweersters in het hoofdgeding het verbod wordt opgelegd om voor het publiek, in gesynchroniseerde versies of op een andere wijze met content van derden verbonden versies dan wel voor reclaimedoeleinden, twaalf door hem geproduceerde geluidsopnamen of uitvoeringen uit het album „A Winter Symphony” van de artieste Sarah Brightman beschikbaar te stellen, alsmede twaalf door hem gecomponeerde muziekstukken uit concerten van de „Symphony Tour”, of, subsidiair, om derden in staat te stellen die muziekstukken voor het publiek beschikbaar te stellen. Voorts heeft hij gevorderd dat gegevens over de illegale activiteiten en over de omzet of de winst uit deze activiteiten wordt meegedeeld. Hij heeft tevens gevorderd dat YouTube wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding en dat Google wordt veroordeeld tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde. Subsidiair heeft hij verzocht om inlichtingen over de gebruikers van het internetplatform YouTube die de betrokken muziekstukken hebben geüpload met behulp van pseudoniemen.

27 Bij arrest van 1 juli 2015 heeft het Oberlandesgericht Hamburg het in eerste aanleg gewezen vonnis gedeeltelijk gewijzigd en verweersters in het hoofdgeding verboden, derden de mogelijkheid te bieden om met betrekking tot zeven muziekstukken, in gesynchroniseerde versies of anderszins met content van derden verbonden versies dan wel voor reclaimedoeleinden, geluidsopnamen of uitvoeringen van Sarah Brightman uit het album „A Winter Symphony” voor het publiek beschikbaar te stellen. Bovendien heeft deze rechter verweersters in het hoofdgeding veroordeeld tot vermelding van de namen en de postadressen van de gebruikers van het platform die de muziekstukken op dit platform hebben geüpload met gebruikmaking van een pseudoniem of, bij gebreke van een postadres, het e-mailadres van deze gebruikers. Deze rechter heeft het beroep voor het overige deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond verklaard.

28 Wat de zeven muziekstukken uit het album „A Winter Symphony” betreft, heeft de appelrechter geoordeeld dat inbreuk was gemaakt op de rechten van Peterson doordat deze muziekstukken zonder toestemming op het videodeelplatform van YouTube waren geplaatst en waren gekoppeld aan bewegende beelden, zoals films uit de reclamevideo van de artieste. Deze rechter heeft geoordeeld dat YouTube niet aansprakelijk is voor deze inbreuken als pleger of medeplichtige, aangezien zij geen actieve rol had bij het scheppen of plaatsen van de litigieuze content op het platform en deze externe content ook niet heeft overgenomen. Bovendien heeft zij geen blijk gegeven van de intentie die nodig is om als medeplichtige aansprakelijk te kunnen worden gesteld, aangezien zij niet op de hoogte was van de concrete inbreuken. YouTube is niettemin aansprakelijk als „storende partij” (*Störer*in), aangezien zij de op haar rustende gedragsverplichtingen niet is nagekomen. Zo heeft zij, ondanks het feit dat zij was geweest op illegale activiteiten met betrekking tot de litigieuze muziekstuk-

ken, de gelaakte content niet onmiddellijk verwijderd of de toegang daartoe geblokkeerd.

29 Wat de opnamen van concerten van de „Symphony Tour” betreft, is YouTube daarentegen al haar gedragsverplichtingen nagekomen. Het is juist dat derden de video’s met de litigieuze muziekstukken illegaal op het videodeelplatform hebben geplaatst. YouTube was echter onvoldoende op de hoogte gesteld van deze inbreuken of heeft de toegang tot de betrokken content tijdig geblokkeerd; met andere woorden, YouTube kan niet worden verweten dat zij de verplichting om deze content onmiddellijk te blokkeren niet is nagekomen.

30 De appelrechter heeft onder meer de volgende feiten vastgesteld:

- Op het internetplatform YouTube worden per minuut bijna 35 uur aan videomateriaal en dagelijks honderduizenden video’s geüpload. De video’s worden automatisch geüpload op de servers van Google, en worden niet vooraf bekeken of gecontroleerd door verweersters in het hoofdgeding.
- Voor het uploaden van video’s op het internetplatform YouTube dient een account te worden aangemaakt, met een gebruikersnaam en wachtwoord, en dienen de algemene gebruiksvoorwaarden van dat platform te worden aanvaard. Gebruikers die, nadat zij zich op die manier hebben geregistreerd, een video uploaden, hebben de keuze om deze „privé” te houden of op het platform te plaatsen. In het tweede geval kan de betrokken video via dat platform door elke internetgebruiker onafgebroken worden bekeken (*streaming*).
- Volgens de algemene gebruiksvoorwaarden van YouTube verleent elke gebruiker op de door hem geüploadede video’s, totdat deze van het platform worden verwijderd, een wereldwijde, niet-exclusieve en kosteloze licentie aan YouTube voor gebruik, reproductie, verspreiding, creatie van afgeleide werken, tentoonstelling en uitvoering in verband met de beschikbaarstelling van het platform en de activiteiten van YouTube, waaronder reclame.
- Door die algemene voorwaarden te aanvaarden, bevestigen de gebruikers dat zij beschikken over alle nodige rechten, akkoorden, toelatingen en licenties met betrekking tot de door hen geüploadede video’s. In de „richtsnoeren van de community” roept YouTube de gebruikers van haar platform bovendien op om het auteursrecht te eerbiedigen. Voorts worden die gebruikers er bij elke upload op gewezen dat op het platform geen video’s mogen worden geplaatst die inbreuk maken op het auteursrecht.
- YouTube heeft verschillende technische voorzieningen getroffen om inbreuken op haar platform te beëindigen en te voorkomen. Iedereen kan haar per brief, fax of e-mail of via het webformulier de aanwezigheid van een onwettige video melden. Met behulp van een meldknop

kan aanstootgevende of inbreukmakende content worden gesignaleerd. Rechthebbenden kunnen eveneens via een speciale alarmprocedure maximaal tien video’s die zij concreet betwisten, met vermelding van de corresponderende internetadressen (URL’s) van het platform doen verwijderen.

- YouTube heeft voorts een programma opgezet om content te controleren (Content Verificatie Program), dat de aanduiding van video’s door de rechthebbende vergemakkelijkt door hem in staat te stellen in een lijst met video’s aan te vinken welke daarvan volgens hen inbreuk maken op zijn rechten. Dit programma wordt uitsluitend ter beschikking gesteld van ondernemingen die zich daarvoor speciaal hebben aangemeld, en niet van gewone particulieren. Wanneer een video op grond van een melding door de rechthebbende wordt geblokkeerd, wordt de gebruiker die de video heeft geüpload, gewaarschuwd dat zijn account zal worden vergrendeld indien er een nieuwe inbreuk plaatsvindt.
- Daarnaast heeft YouTube, om illegale content te identificeren, software voor contentherkenning ontwikkeld, genaamd „Content ID” of „YouTube Audio ID” en „YouTube Video ID”. Daartoe moet de rechthebbende een audio- of videoreferentiebestand verstrekken waarmee YouTube op haar platform andere video’s kan identificeren die geheel of gedeeltelijk dezelfde content hebben. Indien een dergelijke video wordt gedetecteerd, wordt de rechthebbende hiervan door YouTube op de hoogte gebracht. De rechthebbende kan dan ofwel de betrokken content blokkeren, ofwel deze content toestaan en delen in de reclame-inkomsten.
- YouTube biedt een zoekfunctie aan en beoordeelt de geografische relevantie van de zoekresultaten die op de homepage worden samengevat in de vorm van een „indeling” in de rubrieken „momenteel bekeken video’s”, „gepromote video’s” en „trendy video’s”. Andere overzichten van het aanbod zijn beschikbaar onder de opschriften „video’s” en „kanalen” met de subrubrieken „amusement”, „muziek” of „film en animatie”. Aan een geregistreerde gebruiker die gebruikmaakt van het platform, wordt een overzicht getoond met „aanbevolen video’s”, dat met name op eerder door die gebruiker bekeken video’s is gebaseerd.
- Aan de rand van de homepage verschijnen reclamebanners van externe adverteerders die specifiek zijn voor de betrokken regio. Een andere mogelijkheid om reclame te maken op YouTube bestaat uit videoboodschappen, waarvoor tussen de gebruiker die de video uploadt en YouTube een specifieke overeenkomst moet worden gesloten. Wat de video’s betreft die in casu aan de orde zijn, lijkt er echter geen verband te bestaan met reclame.

31 Het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft het beroep in *Revision* tegen het in hoger beroep gewezen arrest toegela-

ten wat betreft de door de appelrechter ontvankelijk verklaarde middelen. In het kader van zijn beroep in *Revision* handhaaft Peterson de middelen die hij in hoger beroep had aangevoerd, voor zover de appelrechter deze middelen ongegrond heeft verklaard. In hun beroep in *Revision* concluderen verweersters in het hoofdgeding tot volledige verwerving van het beroep.

32 De verwijzende rechter merkt op dat de gegrondheid van het beroep in *Revision* van Peterson in de eerste plaats afhangt van de vraag of het gedrag van YouTube in casu een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vormt. Deze rechter is van mening dat dit alleen het geval kan zijn voor de zeven muziekstukken van het album „A Winter Symphony”, die YouTube niet prompt heeft verwijderd of geblokkeerd, terwijl zij in kennis was gesteld van het door de appelrechter vastgestelde feit dat deze muziekstukken via haar platform illegaal voor het publiek beschikbaar waren gesteld.

33 Door de exploitatie van haar platform heeft YouTube namelijk geen centrale rol in de zin van de rechtspraak van het Hof, hetgeen vereist is om haar gedrag te kunnen aanmerken als een handeling bestaande in een mededeling, indien zij, na kennis te hebben genomen van het feit dat op het auteursrecht inbreukmakende content beschikbaar voor het publiek is gesteld, deze content verwijdert of de toegang ertoe onmiddellijk blokkeert. Voor die centrale rol zou YouTube zich ten volle bewust moeten zijn van de gevolgen van haar gedrag en met name van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende. Omdat het uploaden van de video's automatisch gebeurt, is YouTube niet op de hoogte van de beschikbaarstelling voor het publiek van op het auteursrecht inbreukmakende content voordat de rechthebbende haar daarvan op de hoogte stelt. De verwijzende rechter beklemtoont dat YouTube de gebruikers in haar algemene gebruiksvoorwaarden en ook tijdens het uploaden erop wijst dat zij via haar platform geen inbreuk op het auteursrecht mogen maken, en aan de rechthebbenden middelen verstrekt waarmee zij tegen dergelijke inbreuken kunnen optreden.

34 Indien het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gedrag van YouTube niet kan worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn, dient volgens de verwijzende rechter in de tweede plaats te worden bepaald of de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform zoals YouTube binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel valt, zodat deze exploitant kan worden vrijgesteld van aansprakelijkheid wat de op zijn platform opgeslagen informatie betreft. De verwijzende rechter merkt op dat YouTube, zoals blijkt uit de door de appelrechter vastgestelde elementen, geen reclame heeft gemaakt in het kader van de video's die inbreuk maken op de auteursrechten van Peterson. Niettemin rijst de vraag of YouTube – gelet op de andere omstandigheden van het onderhavige geval, zoals samengevat in punt 30 van het onderhavige arrest – toch een actieve rol heeft

gespeeld, die in de weg staat aan de toepassing van deze bepaling.

35 Voor het geval dat de rol van YouTube als neutraal moet worden aangemerkt en haar activiteit dus binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel valt, rijst in de derde plaats 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” in de zin van die bepaling betrekking moeten hebben op concrete onwettige activiteiten of informatie. Volgens de verwijzende rechter moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Uit de bewoordingen en de opzet van deze bepaling volgt immers dat het niet volstaat dat de dienstverlener algemeen op de hoogte was van het feit dat zijn diensten worden gebruikt voor het verrichten van onwettige activiteiten. Een inbreuk moet dus zo concreet en nauwkeurig aan de dienstverrichter worden gemeld dat hij deze zonder nader juridisch en inhoudelijk onderzoek kan vaststellen.

36 De verwijzende rechter zet uiteen dat, indien het in het hoofdgeding aan de orde zijnde gedrag van YouTube binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel valt, in de vierde plaats ook de vraag rijst of het met artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn verenigbaar is dat de rechthebbende uitsluitend een verbod kan verkrijgen ten aanzien van een exploitant van een videodeelplatform wiens diensten door een derde zijn gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten, indien de exploitant – nadat melding is gemaakt van een duidelijk inbreuk op die rechten – niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of te blokkeren en ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet weer voordoen. Volgens deze rechter moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, aangezien uit artikel 14, lid 1, en artikel 15, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel volgt dat het nationale recht van de lidstaten slechts kan voorzien in de mogelijkheid om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een dergelijke exploitant wanneer deze daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie.

37 Indien het gedrag van YouTube niet binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel valt, rijst in de vijfde plaats de vraag of YouTube, zelfs indien er geen sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn, moet worden beschouwd als een „inbreukmaker” waartegen – anders dan tegen een „tussenpersoon” – op grond van de artikelen 11 en 13 van de handhavingsrichtlijn niet alleen een vordering tot staking maar ook een vordering tot betaling van schadevergoeding en tot invordering van de winst kan worden ingesteld.

38 Nog steeds in het in het vorige punt bedoelde geval en voor het geval dat het Hof het standpunt van de verwijzende rechter zou volgen dat YouTube als een inbreuk-



maker moet worden beschouwd, rijst in de zesde en laatste plaats de vraag of de in artikel 13, lid 1, van de handhavingsrichtlijn neergelegde verplichting van een dergelijke inbreukmaker om schadevergoeding te betalen afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde dat hij opzettelijk heeft gehandeld, zowel wat zijn eigen onwettige activiteit als wat de concrete onwettige activiteit van de derde betreft.

39 Tegen deze achtergrond heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verricht de exploitant van een videodeelplatform, waar gebruikers video's met auteursrechtelijk beschermde content 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 [de auteursrechtlijn], wanneer

- hij met het platform reclame-inkomsten verwerft,
- het uploaden automatisch en zonder voorafgaande inzage of controle door de exploitant verloopt,
- de exploitant volgens de gebruiksvoorwaarden voor de duur van de plaatsing van de video's een wereldwijde, niet-exclusieve en kosteloze licentie verkrijgt,
- de exploitant er in de gebruiksvoorwaarden en in het kader van het uploaden op wijst dat er geen inbreukmakende content mag worden geplaatst,
- de exploitant hulpmiddelen ter beschikking stelt waarmee rechthebbenden inbreukmakende video's kunnen blokkeren,
- de exploitant op het platform een analyse van de zoekresultaten verricht in de vorm van ranglijsten en inhoudelijke rubrieken, en geregistreerde gebruikers een overzicht toont met aanbevolen video's, dat is gebaseerd op door deze gebruikers reeds bekeken video's,

indien hij niet concreet weet dat content die inbreuk maakt op het auteursrecht beschikbaar is of hij, nadat hij deze kennis heeft verkregen, deze content onverwijld verwijdert of onmiddellijk de toegang daartoe blokkeert?

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

Valt de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform onder de in de eerste vraag beschreven omstandigheden binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van [de richtlijn inzake elektronische handel]?

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

Moet de daadwerkelijke kennis van de onwettige activiteit of informatie en het besef van de feiten of omstandigheden waaruit de onwettige aard van de activiteiten of informatie blijkt, overeenkomstig artikel 14, lid 1, van [de richtlijn inzake elektronische handel] 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 [de auteursrechtlijn], 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 een verbod kan verkrijgen wanneer er na de melding 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 exploitant van een videodeelplatform onder de in de eerste vraag beschreven omstandigheden te beschouwen als inbreukmaker in de zin van artikel 11, eerste volzin, en artikel 13 van [de handhavingsrichtlijn]?

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 [de handhavingsrichtlijn] afhankelijk worden gesteld van het feit dat de inbreukmaker zowel met betrekking tot zijn eigen inbreuk als ook met betrekking tot de inbreuk van de derde opzettelijk heeft gehandeld en wist of redelijkerwijs had moeten weten dat gebruikers het platform voor concrete inbreuken gebruiken?"

### Zaak C-683/18

40 Elsevier is een internationale gespecialiseerde uitgeverij en houder van de exclusieve exploitatierechten op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werken.

41 Cyando beheert het host- en deelplatform voor bestanden „Uploaded”, dat toegankelijk is via de websites uploaded.net, uploaded.to en ul.to. Dit platform biedt opslagruimte aan waarmee alle internetgebruikers kosteloos bestanden met om het even welke content online kunnen plaatsen (uploaden). Voor het uploaden van bestanden op dat platform dient een account te worden aangemaakt – met een gebruikersnaam en wachtwoord – door met name een e-mailadres te verstrekken. Door een gebruiker geüploadte bestanden worden automatisch op het platform geplaatst en worden niet vooraf door Cyando bekeken of gecontroleerd. Voor elk bestand dat wordt geüpload, genereert Cyando automatisch een hyperlink voor het downloaden ervan (downloadlink), die rechtstreeks toegang verschaft tot het betrokken bestand en die automatisch wordt meegedeeld aan de gebruiker die het bestand heeft geüpload.

42 Cyando biedt voor de op haar platform opgeslagen bestanden geen index of zoekfunctie aan. Gebruikers kunnen de hun door Cyando meegedeelde downloadlink evenwel delen op internet op bijvoorbeeld blogs, fora of „linkverzamelingen”. Deze verzamelingen, die door derden

worden aangeboden, indexeren deze links en verschaffen informatie over de inhoud van de bestanden waarnaar die links verwijzen, zodat internetgebruikers de bestanden kunnen zoeken die zij willen downloaden. Op die manier kunnen andere internetgebruikers toegang krijgen tot de bestanden die op het platform van Cyando zijn opgeslagen.

43 Het downloaden van bestanden vanaf het platform van Cyando is kosteloos. Voor niet-geregistreerde gebruikers en gebruikers met een gratis abonnement zijn de downloadhoeveelheid en -snelheid echter beperkt. Gebruikers met een betaald abonnement kunnen dagelijks 30 GB downloaden, tot een cumulatief maximum van 500 GB, zonder beperking van de downloadsnelheid of het aantal gelijktijdige downloads en zonder wachttijd tussen downloads. De prijs van dat abonnement varieert van 4,99 EUR voor twee dagen tot 99,99 EUR voor twee jaar. Cyando betaalt aan gebruikers die bestanden hebben geüpload een vergoeding op basis van het aantal downloads van deze bestanden. Zo wordt tot 40 EUR uitbetaald voor 1 000 downloads.

44 Volgens de algemene voorwaarden van Cyando mag haar platform niet worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht.

45 De verwijzende rechter wijst erop dat dit platform wordt gebruikt zowel voor wettelijke toepassingen als voor toepassingen die inbreuk maken op het auteursrecht. Cyando werd ervan op de hoogte gesteld dat meer dan 9 500 werken zijn geüpload op haar platform, waarvoor in strijd met het auteursrecht downloadlinks zijn gedeeld op ongeveer 800 verschillende websites (linkverzamelingen, blogs, fora).

46 In het bijzonder heeft Elsevier op basis van onderzoek dat is uitgevoerd van 11 tot en met 19 december 2013 bij twee brieven, die zijn verstuurd op 10 en 17 januari 2014, Cyando meegedeeld dat drie van de werken waarop zij exclusieve exploitatierechten bezit, te weten „Gray's Anatomy for Students”, „Atlas of Human Anatomy” en „Campbell-Walsh Urology”, als bestand op het platform Uploaded kunnen worden opgevraagd via de linkverzamelingen rehabgate.com, avaxhome.ws en bookarchive.ws.

47 Elsevier heeft tegen Cyando een zaak aanhangig gemaakt bij het Landgericht München I (rechter in eerste aanleg München I, Duitsland). Zij heeft met name verzocht om Cyando te veroordelen tot staking, primair, als inbreukmaker op het auteursrecht met betrekking tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werken, subsidiair, als medeplichtige aan die inbreuken en, uiterst subsidiair, als „storende partij” (*Störerin*). Elsevier heeft tevens verzocht om Cyando te gelasten haar bepaalde gegevens te verstrekken en te veroordelen tot betaling van schadevergoeding voor die inbreuken.

48 Bij vonnis van 18 maart 2016 heeft het Landgericht München I Cyando veroordeeld tot staking als medeplich-

tige aan de inbreuken op het auteursrecht met betrekking tot drie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werken, te weten die welke in de brieven van 10 en 17 januari 2014 zijn genoemd.

49 Zowel Elsevier als Cyando heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht München (hoogste rechter van de deelstaat Beieren, München, Duitsland).

50 Bij arrest van 2 maart 2017 heeft de appelrechter het in eerste aanleg gewezen arrest gewijzigd. Deze rechter heeft Cyando als „storende partij” veroordeeld tot staking van de inbreuken op het auteursrecht op de drie in de brieven van 10 en 17 januari 2014 genoemde werken en heeft het beroep verworpen voor het overige.

51 De appelrechter heeft onder meer geoordeeld dat Elsevier Cyando niet kon aanklagen als pleger van de inbreuken op de betrokken auteursrechten. De bijdrage van Cyando beperkt zich immers tot het verschaffen van technische middelen waarmee de betrokken werken voor het publiek beschikbaar kunnen worden gesteld. Aangezien Cyando niet op de hoogte is van die inbreuken die door de gebruikers van haar platform worden gepleegd, kan zij evenmin als medeplichtige aan die inbreuken worden beschouwd. Cyando is niettemin verplicht om als „storende partij” een einde te maken aan de inbreuken op de auteursrechten op de drie in de brieven van 10 en 17 januari 2014 genoemde werken. Met betrekking tot een ander werk, „Robbins Basic Pathology”, dat eveneens in het hoofdgeding aan de orde is, heeft Cyando haar controleverplichtingen daarentegen niet geschonden, aangezien dit werk pas twee en een half jaar na de vaststelling van de eerste inbreuk waardoor deze controleverplichtingen zijn ontstaan, opnieuw is gepubliceerd. Bovendien is Cyando als „storende partij” niet verplicht schadevergoeding te betalen.

52 In het kader van zijn analyse heeft de appelrechter met name vastgesteld dat Cyando door de inrichting van haar vergoedingssysteem, de levering van downloadlinks waarmee de geüploade bestanden rechtstreeks toegankelijk zijn en de mogelijkheid van anoniem gebruik van haar platform, het gebruik van dit platform voor ongeoorloofde doeleinden sterk aanmoedigt. De gebruikers die bestanden willen downloaden, zijn eerder geneigd een betaald abonnement met een account met extra rechten af te sluiten, wanneer zij via dit platform auteursrechtelijk beschermde aantrekkelijke werken kunnen downloaden. Cyando zet haar gebruikers ertoe aan om bestanden te uploaden waarvan kan worden aangenomen dat zij vaak zullen worden gedownload, door hun een vergoeding te betalen voor frequente downloads van bestanden die zij hebben geüpload en door hen te laten delen in de inkomsten uit de werving van nieuwe gebruikers. Aangezien deze vergoeding afhangt van het aantal downloads van een bestand en dus van de aantrekkelijkheid ervan voor het publiek, worden de gebruikers ertoe aangezet auteursrechtelijk beschermde content te uploaden die anders slechts tegen betaling toegankelijk zou zijn. Bovendien stelt het feit dat de downloadlinks

rechtstreeks toegang geven tot de geüploade bestanden, de gebruikers die de bestanden hebben geüpload in staat om deze bestanden – met name via de linkverzamelingen – gemakkelijk te delen met de gebruikers die deze bestanden willen downloaden. Ten slotte vermindert het anonieme gebruik van het platform het risico dat de gebruikers in rechte worden vervolgd voor inbreuken op het auteursrecht.

53 Hoewel Elsevier in hoger beroep had aangevoerd dat de op het auteursrecht inbreukmakende content tussen 90 en 96 % uitmaakte van de bestanden die op het platform van Cyando konden worden opgevraagd, hetgeen door deze laatste wordt betwist, heeft de appelrechter daarentegen niet vastgesteld welk deel van het gebruik van dat platform rechtmatig respectievelijk onrechtmatig was.

54 Met haar door het Bundesgerichtshof toegelaten beroep in *Revision*, waarvan Cyando de afwijzing vordert, handhaaft Elsevier haar vorderingen.

55 De verwijzende rechter merkt op dat de gegrondheid van dit beroep in de eerste plaats afhangt van de vraag of het gedrag van de exploitant van een host- en deelplatform voor bestanden, zoals dat van Cyando, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vormt. Deze rechter is van mening dat zou kunnen worden gesteld dat Cyando een centrale rol in de zin van de rechtspraak van het Hof heeft, hetgeen vereist is om haar gedrag als een handeling bestaande in een mededeling te kunnen aanmerken. In dit verband stelt de verwijzende rechter vast dat Cyando niet op de hoogte is van de onrechtmatige beschikbaarstelling van beschermde content voordat de rechthebbende haar daarvan in kennis stelt, aangezien deze content door derden wordt geüpload. Bovendien stelt Cyando haar gebruikers in de gebruiksvoorwaarden van haar platform ervan in kennis dat via dit platform geen inbreuk mag worden gemaakt op het auteursrecht. Cyando weet evenwel dat aanzienlijke hoeveelheden beschermde content illegaal via haar platform aan het publiek worden meegedeeld. Bovendien wordt het risico dat haar platform voor illegale doeleinden wordt gebruikt, aanzienlijk vergroot door het vergoedingssysteem van Cyando, de levering van downloadlinks die rechtstreeks toegang geven tot de geüploade bestanden en de mogelijkheid om haar platform anoniem te gebruiken.

56 Voor het geval dat het Hof zou oordelen dat het gedrag van de exploitant van een host- en deelplatform voor bestanden als dat van Cyando geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vormt, stelt de verwijzende rechter in wezen dezelfde vragen als de tweede tot en met de zesde vraag in zaak C-682/18.

57 Tegen deze achtergrond heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) a) Verricht de exploitant van een [host- en deelplatform voor bestanden] waarmee gebruikers bestanden met auteursrechtelijk beschermde content zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar kunnen stellen voor het publiek, een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van [de auteursrechtlijn], wanneer:

- het uploaden automatisch en zonder voorafgaande inzage of controle door de exploitant verloopt,
- de exploitant er in de gebruiksvoorwaarden op wijst dat op het platform geen inbreukmakende content mag worden geplaatst,
- hij met het beheer van de dienst inkomsten verwerft,
- [het platform] wordt gebruikt voor legale toepassingen, maar de exploitant zich er ook van bewust is dat ook zeer veel content (meer dan 9 500 werken) beschikbaar is die inbreuk maakt op het auteursrecht,
- de exploitant geen index en geen zoekfunctie aanbiedt, maar de door hem beschikbaar gestelde onbeperkte downloadlinks door derden op internet worden geplaatst in de vorm van linkverzamelingen, die informatie betreffende de content van de bestanden bevatten en het zoeken naar bepaalde content mogelijk maken,
- hij door de regeling van de door hem afhankelijk van de vraag betaalde vergoeding voor downloads, ertoe aanzet auteursrechtelijk beschermde content te uploaden, die voor gebruikers verder alleen is te verkrijgen tegen betaling,

en

- hij het, door het bieden van de mogelijkheid om bestanden anoniem te uploaden, waarschijnlijker maakt dat gebruikers niet ter verantwoording worden geroepen voor inbreuken op het auteursrecht?

b) Verandert deze beoordeling wanneer het op het auteursrecht inbreukmakend aanbod 90 tot 96 % uitmaakt van het totale gebruik van [het host- en deelplatform voor bestanden]?

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

Valt de activiteit van de exploitant van [een host- en deelplatform voor bestanden] in de in de eerste vraag beschreven omstandigheden binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van [de richtlijn inzake elektronische handel]?

3) Voor het geval dat de tweede 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 [de richtlijn inzake elektronische handel] 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 [de auteursrechtlijn], 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 de melding van een duidelijke inbreuk op het recht opnieuw een dergelijke inbreuk heeft plaatsgevonden?

5) Voor het geval dat de eerste en de tweede vraag ontkenkend worden beantwoord:

Is de exploitant van een [host- en deelplatform voor bestanden] in de in de eerste vraag beschreven omstandigheden te beschouwen als inbreukmaker in de zin van artikel 11, eerste volzin, en artikel 13 van [de handhavingsrichtlijn]?

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 [de handhavingsrichtlijn] 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?"

58 Bij beslissing van de president van het Hof van 18 december 2018 zijn de zaken C-682/18 en C-683/18 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

### Beantwoording van de prejudiciële vragen

59 Vooraf moet worden gepreciseerd dat de in de onderhavige zaken gestelde vragen betrekking hebben op de auteursrechtlijn, de richtlijn inzake elektronische handel en de handhavingsrichtlijn, zoals die van toepassing waren ten tijde van de feiten van het hoofdgeding. De uitlegging van het Hof in antwoord op deze vragen heeft geen betrekking op de regeling die daarna in werking is getreden bij artikel 17 van richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale een-gemaakte markt en tot wijziging van richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (PB 2019, L 130, blz. 92).

### Eerste vraag in de zaken C-682/18 en C-683/18

60 Met zijn eerste vraag in elk van beide zaken wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, in omstandigheden als die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, zelf een „mededeling aan het publiek” van die content verricht in de zin van deze bepaling.

61 Artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn bepaalt dat de lidstaten ten behoeve van auteurs voorzien in het uitsluitende recht om de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

62 Op grond van deze bepaling beschikken de auteurs dus over een recht van preventieve aard om te interveniëren tussen eventuele gebruikers van hun werk en de mededeling aan het publiek die deze gebruikers overwegen te doen, ten einde deze mededeling te verbieden (arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, moet aan het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn – zoals wordt benadrukt in overweging 23 van die richtlijn – een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan, en dient dit begrip zich derhalve uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Uit de overwegingen 4, 9 en 10 van deze richtlijn volgt immers dat deze als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen (arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, punten 26 en 27).

64 Tegelijkertijd volgt uit de overwegingen 3 en 31 van de auteursrechtlijn dat de daardoor tot stand gebrachte harmonisatie beoogt, met name in de elektronische omgeving, een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de bescherming van hun door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang (arresten van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punt 31, en 29 juli 2019, Pelham e.a., C-476/17, EU:C:2019:624, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Hieruit volgt dat voor de uitlegging en de toepassing van de auteursrechtlijn, en met name van artikel 3, lid 1, ervan, dit rechtvaardige evenwicht moet worden gezocht, mede rekening houdend met het bijzondere belang van internet voor de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie (zie in

die zin arrest van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punt 45).

66 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, verbindt het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van dit artikel 3, lid 1, twee cumulatieve elementen met elkaar, te weten een handeling bestaande in de mededeling van een werk en de mededeling van dit werk aan een publiek, en vergt dit begrip een individuele beoordeling (arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, punten 29 en 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Bij een dergelijke beoordeling dienen meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria in aanmerking te worden genomen. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten deze criteria zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast (arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Van deze criteria heeft het Hof ten eerste de centrale rol van de exploitant van het platform en het weloverwogen karakter van diens interventie benadrukt. Die exploitant verricht namelijk een mededelingshandeling wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk, met name wanneer deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Ten tweede heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip „publiek” ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert [arrest van 28 oktober 2020, BY (Fotografisch bewijs), C-637/19, EU:C:2020:863, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

70 Ook heeft het Hof herinnerd aan de vaste rechtspraak dat, om te kunnen spreken van een „mededeling aan het publiek”, een beschermd werk moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze, die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een „nieuw publiek”, dat wil zeggen een publiek dat door de auteursrechthebbers nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers, C-263/18, EU:C:2019:1111, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 In casu moet om te beginnen worden opgemerkt dat potentieel illegale content niet door de exploitant op het betrokken platform wordt geüpload, maar door de gebrui-

kers, die zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid handelen.

72 Bovendien zijn het de gebruikers van het platform die bepalen of de door hen geüpload content via dit platform beschikbaar wordt gesteld voor andere internetgebruikers, zodat zij daar toegang toe kunnen krijgen op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.

73 Wat het host- en deelplatform Uploaded betreft, staat immers vast dat de downloadlink die toegang verschaft tot geüpload content uitsluitend wordt meegedeeld aan de gebruiker die de content heeft geüpload, en dat dit platform zelf niet de mogelijkheid biedt om deze link en dus de geüpload content met andere internetgebruikers te delen. Om deze content te delen moet de gebruiker hetzij de downloadlink rechtstreeks meedelen aan de personen aan wie hij toegang tot die content wenst te verlenen, hetzij deze link op internet plaatsen op met name blogs, fora of „linkverzamelingen”.

74 Wat het videodeelplatform YouTube betreft, blijkt dat de hoofdfunctie van dit platform weliswaar bestaat in het openbaar delen van video's met alle internetgebruikers, maar dat dit platform de gebruikers ervan ook in staat stelt de geüpload content „privé” te houden en aldus te kiezen of, en in voorkomend geval met wie, zij deze content willen delen.

75 Bijgevolg moet ten eerste worden geoordeeld dat de gebruikers van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde platformen een „handeling bestaande in een mededeling” verrichten in de zin van de in punt 68 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, wanneer zij zonder toestemming van de rechthebbenden andere internetgebruikers via deze platformen toegang verlenen tot beschermde werken waartoe deze andere internetgebruikers zonder hun interventie geen toegang zouden hebben gehad. Ten tweede kan er enkel sprake zijn van een „mededeling aan het publiek”, in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn, door deze gebruikers en bijgevolg door de exploitant van het platform via hetwelk de content beschikbaar wordt gesteld, wanneer die gebruikers de geüpload content beschikbaar stellen voor het „publiek” in de zin van de in punt 69 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, door deze content te delen met elke internetgebruiker op het platform YouTube of door op internet de downloadlinks te plaatsen die tot die content toegang geven op het platform Uploaded.

76 Met zijn eerste vraag in elk van de twee zaken wenst de verwijzende rechter te vernemen of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden zelf een „handeling bestaande in een mededeling” verricht die komt boven op de handeling die in voorkomend geval door de gebruiker van het platform wordt verricht.

77 In dit verband moet worden opgemerkt dat de exploitant van een dergelijk platform een centrale rol speelt bij de beschikbaarstelling van potentieel illegale content door de gebruikers ervan. Indien deze exploitant geen dergelijk platform beschikbaar stelde en beheerde, zou deze content niet of moeilijker vrij op internet kunnen worden gedeeld (zie naar analogie arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punten 36 en 37).

78 Zoals blijkt uit de in de punten 67 en 68 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, is de centrale rol van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden echter niet het enige criterium waarmee rekening moet worden gehouden bij de te verrichten individuele beoordeling, maar moet dit criterium daarentegen worden toegepast in samenhang met andere criteria, waaronder het criterium dat de interventie van een dergelijke exploitant weloverwogen is.

79 Indien de enkele omstandigheid dat het gebruik van een platform noodzakelijk is om het publiek daadwerkelijk toegang te verlenen tot het werk of die toegang gewoon vergemakkelijkt, er automatisch toe zou leiden dat de interventie van de exploitant van dat platform wordt aangemerkt als een „handeling bestaande in een mededeling”, zou elke „beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten” een dergelijke handeling vormen, hetgeen evenwel uitdrukkelijk wordt uitgesloten in overweging 27 van de auteursrechtlijn, waarin in wezen de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT is overgenomen.

80 Bijgevolg dient zowel op basis van het belang van de rol die een dergelijke interventie van de exploitant van een platform heeft voor de door de gebruiker van dat platform verrichte mededeling, als gelet op het weloverwogen karakter van die interventie te worden beoordeeld of de interventie, gelet op de specifieke context ervan, moet worden aangemerkt als een handeling bestaande in een mededeling.

81 In dit verband volgt uit de in punt 68 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak dat met name het feit dat de exploitant met volle kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenieert om het publiek toegang te verlenen tot beschermde werken, kan leiden tot de kwalificatie van die interventie als „handeling bestaande in een mededeling”.

82 Overeenkomstig die rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van het platform voor de uitwisseling van bestanden The Pirate Bay dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmachine, de gebruikers van dit platform in staat stelde deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, een mededeling aan het publiek vormden. In dit verband heeft het Hof met name benadrukt dat de beheerders van The Pirate Bay met volledige

kennis van de gevolgen van hun handelwijze hadden geïntervenieerd om toegang te verlenen tot de beschermde werken, dat zij uitdrukkelijk op de op dat platform beschikbare blogs en fora hun doelstelling kenbaar hadden gemaakt om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en dat zij laatstgenoemden hadden aangespoord kopieën van die werken te maken (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punten 36, 45 en 48).

83 Om vast te stellen of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenieert in de door gebruikers van zijn platform verrichte onrechtmatige mededeling van beschermde content om andere internetgebruikers toegang te verlenen tot die content, moet rekening worden gehouden met alle elementen die de betrokken situatie kenmerken en waaruit rechtstreeks of indirect conclusies kunnen worden getrokken over het al dan niet weloverwogen karakter van zijn interventie in de onrechtmatige mededeling van die content.

84 In dit verband zijn met name relevant het feit dat een dergelijke exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan, en het feit dat deze exploitant deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.

85 Daarentegen volstaat de enkele omstandigheid dat de exploitant algemeen op de hoogte is van het feit dat beschermde content illegaal op zijn platform beschikbaar is, niet om te oordelen dat hij intervenieert om internetgebruikers toegang tot die content te verschaffen. Dit ligt echter anders wanneer deze exploitant door de rechthebbende ervan in kennis is gesteld dat beschermde content via zijn platform illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, en hij niet prompt de nodige maatregelen neemt om die content ontoegankelijk te maken.

86 Hoewel het niet zonder belang is te weten of met de betrokken interventie winst wordt beoogd (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), kan voorts op basis van het enkele feit dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden een winstoogmerk heeft, niet

worden vastgesteld dat hij weloverwogen heeft geïntervenieerd in de onrechtmatige mededeling van beschermde content door bepaalde gebruikers van zijn platform, noch worden vermoed dat hij weloverwogen heeft gehandeld. Dat diensten van de informatiemaatschappij met winst- oogmerk worden verricht, betekent immers geenszins dat de aanbieder van dergelijke diensten ermee instemt dat deze door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht. In dit verband volgt onder meer uit de opzet van artikel 8 van de auteursrechtlijn, met name uit lid 3, gelezen in samenhang met overweging 27 van deze richtlijn, dat de aanbieders van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten en andere tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht, niet kunnen worden vermoed een mededeling aan het publiek te verrichten, ook al handelen zij in de regel met winst oogmerk.

87 Een dergelijk vermoeden kan niet worden afgeleid uit het arrest van 8 september 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644).

88 Met de uitlegging die het Hof in dat arrest aan artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn heeft gegeven, heeft het immers de aansprakelijkheid van personen die hyperlinks naar beschermde werken plaatsen, beperkt vanwege het bijzondere belang van dergelijke links voor de uitwisseling van meningen en informatie op internet en vanwege het feit dat het moeilijk is om de rechtmatigheid na te gaan van de publicatie van een werk op een andere website. Zo heeft het Hof geoordeeld dat het plaatsen van een hyperlink een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vormt, wanneer de persoon die de hyperlink heeft geplaatst, wist of moest weten dat deze toegang geeft tot een illegaal op internet gepubliceerd werk, wanneer deze link het mogelijk maakt beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar zich het beschermde werk bevindt zijn getroffen, of wanneer die link met winst oogmerk wordt geplaatst, waarbij de persoon die de link heeft geplaatst dan de nodige verificaties moet verrichten om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die hyperlink leidt niet illegaal is gepubliceerd (zie in die zin arrest van 8 september 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, punten 44-55).

89 De situatie van een persoon die op eigen initiatief een hyperlink plaatst en op het moment van die plaatsing op de hoogte is van de content waarnaar die link wordt geacht te leiden, is echter niet vergelijkbaar met die van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, wanneer deze geen concrete kennis heeft van de beschermde content die door gebruikers op dat platform wordt geüpload en hij niet louter platformen ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang krijgt tot dergelijke content. Bijgevolg kan de uitlegging die het Hof in dat arrest heeft gegeven, niet worden toegepast op een

dergelijke exploitant om aan te tonen dat deze weloverwogen heeft geïntervenieerd in de onrechtmatige mededeling van beschermde werken aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn.

90 Wat de exploitanten van de twee platformen betreft die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, staat het aan de verwijzende rechter om, met name gelet op de in punt 84 van het onderhavige arrest genoemde criteria, na te gaan of zij zelf handelingen verrichten bestaande in een mededeling aan het publiek, in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn, van beschermde content die door de gebruikers van hun platform daarop wordt geüpload.

91 Het Hof kan deze rechter niettemin enkele verduidelijkingen geven met betrekking tot met name de in de vragen bedoelde feitelijke gegevens.

92 In zaak C-682/18 blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat YouTube niet intervenueert in het creëren of selecteren van de content die door de gebruikers van haar platform daarop wordt geüpload, en dat YouTube deze content niet bekijkt of controleert vóór het uploaden daarvan, hetgeen automatisch plaatsvindt.

93 Uit deze verwijzingsbeslissing volgt ook dat YouTube haar gebruikers in haar algemene gebruiksvoorwaarden en bij elke upload duidelijk maakt dat op haar platform geen beschermde content in strijd met het auteursrecht mag worden geplaatst. Daarnaast roept YouTube de gebruikers van haar platform in de „richtsnoeren van de community” op om het auteursrecht te eerbiedigen. Wanneer een video op grond van een melding door de rechthebbende is geblokkeerd, wordt de gebruiker die de video heeft geüpload bovendien gewaarschuwd dat zijn account zal worden vergrendeld indien er een nieuwe inbreuk plaatsvindt.

94 Verder heeft YouTube verschillende technische voorzieningen getroffen om inbreuken op het auteursrecht op haar platform te voorkomen en te beëindigen, zoals met name een meldknop en een speciale alarmprocedure om illegale content te signaleren en te doen verwijderen, als ook een programma om content te controleren en software voor contentherkenning om dergelijke content gemakkelijker te identificeren en te detecteren. Aldus blijkt dat deze exploitant technische voorzieningen heeft getroffen om inbreuken op het auteursrecht op zijn platform op een geloofwaardige en doeltreffende wijze tegen te gaan.

95 Voorts is de verwijzende rechter van oordeel dat YouTube weliswaar op haar platform de zoekresultaten verwerkt in de vorm van ranglijsten en inhoudelijke rubrieken en de geregistreerde gebruikers op basis van door deze gebruikers reeds bekeken video's een overzicht toont van aanbevolen video's, maar dat deze ranglijsten, rubrieken en overzichten van aanbevolen video's niet zijn bedoeld om de onrechtmatige uitwisseling van beschermde content te vergemakkelijken noch om het delen van die content te bevorderen.

96 Hoewel YouTube reclame-inkomsten met haar platform verwerft en gebruikers die content hebben geüpload en de rechthebbenden van auteursrechtelijk beschermde content de mogelijkheid biedt om te delen in die inkomsten, blijkt voorts niet dat het bedrijfsmodel van dit platform berust op de aanwezigheid van illegale content op dat platform of dat dit model beoogt gebruikers ertoe aan te zetten dergelijke content te uploaden, noch dat het hoofddoel of het voornaamste gebruik van YouTube bestaat in het onrechtmatig delen van beschermde content.

97 In zaak C-683/18 blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Cyando, de exploitant van het host- en deelplatform voor bestanden Uploaded, de op haar platform geüpload content evenmin creëert, selecteert, bekijkt of controleert. Daarnaast deelt zij haar gebruikers in de gebruiksvoorwaarden van haar platform mee dat middels dit platform geen inbreuk mag worden gemaakt op het auteursrecht.

98 Zoals in punt 73 van het onderhavige arrest is opgemerkt, stelt het uploaden van beschermde content door gebruikers op het platform Uploaded hen voorts niet in staat die content rechtstreeks beschikbaar te stellen voor het publiek, aangezien de geüpload content alleen toegankelijk is via een downloadlink die enkel wordt meegegeeld aan de gebruiker die de content heeft geüpload. Ook staat vast dat dit platform het zelf niet mogelijk maakt deze link, en dus de geüpload content, met andere internetgebruikers te delen. Zo verstrekt Cyando niet alleen geen hulpmiddelen die specifiek bedoeld zijn om het onrechtmatig delen van beschermde content op haar platform te vergemakkelijken of het delen van die content te stimuleren, maar meer in het algemeen bevat dit platform ook geen enkel hulpmiddel waarmee andere internetgebruikers de aldaar opgeslagen content kunnen vinden en tot die content toegang kunnen krijgen. Daarnaast neemt Cyando niet deel aan de eventuele plaatsing van downloadlinks op externe websites, zoals blogs, fora of „linkverzamelingen”. Bovendien biedt een host- en deelplatform voor bestanden zoals Uploaded haar gebruikers verschillende geoorloofde gebruiksmogelijkheden.

99 Niettemin betoogt Elsevier dat bestanden met illegale content tussen 90 en 96 % uitmaken van de bestanden die via Uploaded kunnen worden opgevraagd, hetgeen wordt betwist door Cyando, die stelt dat slechts 1,1 % van alle daadwerkelijk opgevraagde bestanden auteursrechtelijk beschermde content betreft, wat overeenkomt met 0,3 % van de totale hoeveelheid opgeslagen gegevens.

100 In dit verband zij er ten eerste aan herinnerd dat, zoals in punt 75 van het onderhavige arrest is opgemerkt, er enkel sprake kan zijn van een „mededeling aan het publiek”, in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrecht-richtlijn, door de gebruiker van het platform en bijgevolg door de exploitant van het platform via hetwelk de content beschikbaar wordt gesteld, wanneer deze gebruiker besluit om de geüpload content beschikbaar te stellen voor het „publiek”. Ten tweede moet worden benadrukt dat, indien

zou blijken dat het door Cyando geëxploiteerde platform voornamelijk of overwegend wordt gebruikt voor het onrechtmatig beschikbaar stellen van beschermde content voor het publiek, deze omstandigheid een van de relevante elementen zou zijn om uit te maken of die exploitant weloverwogen heeft geïntervenieerd. Die omstandigheid is des te relevanter indien die exploitant nalaat de passende technische voorzieningen te treffen die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op zijn platform tegen te gaan.

101 Los van de gegrondheid van de bewering van Elsevier inzake het grote aandeel beschermde content die illegaal via Uploaded aan het publiek is meegedeeld, zou ten slotte het weloverwogen karakter van de interventie van de exploitant van dit platform kunnen voortvloeien uit het door de verwijzende rechter te verifiëren feit dat het bedrijfsmodel van deze exploitant berust op de beschikbaarheid van illegale content op zijn platform en beoogt de gebruikers aan te sporen dergelijke content via dit platform te delen.

102 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag in elk van de twee zaken te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van de auteursrecht-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, geen „mededeling aan het publiek” van die content in de zin van deze bepaling verricht, tenzij hij – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer die exploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld en deze content niet prompt verwijderd of prompt ontoegankelijk maakt, of wanneer die exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.



*Tweede en derde vraag in de zaken C-682/18 en C-683/18*

103 Met zijn tweede en derde vraag in elk van beide zaken, die samen dienen te worden behandeld, wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel aldus moet worden uitgelegd dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingssfeer van deze bepaling valt, voor zover deze activiteit betrekking heeft op de content die op zijn platform is geüpload door gebruikers ervan. Indien dat het geval is, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 14, lid 1, onder a), van die richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat deze exploitant, om op grond van die bepaling te worden uitgesloten van de in dat artikel 14, lid 1, bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploadde beschermde content.

104 Volgens artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van een afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en hij, wanneer het een verzoek om schadevergoeding betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteit of informatie duidelijk blijkt, of de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

105 Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van deze bepaling niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 26 januari 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Wil de verlener van een dienst op internet binnen de werkingssfeer van deze bepaling vallen, is het essentieel dat hij een „als tussenpersoon optredende dienstverlener” is in de zin die de wetgever in afdeling 4 van hoofdstuk II van de richtlijn inzake elektronische handel daaraan heeft willen geven. Uit overweging 42 van deze richtlijn volgt dat de in deze richtlijn vastgestelde vrijstellingen van de aansprakelijkheid uitsluitend gelden voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft, hetgeen inhoudt dat deze aanbieder noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen (zie in die zin arrest van 23 maart 2010, Google France en Google, C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, punten 112 en 113).

106 Om na te gaan of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden krachtens artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel kan worden vrijgesteld van zijn aansprakelijkheid voor de beschermde content die gebruikers via zijn platform illegaal aan het publiek meedelen, moet dus worden onderzocht of deze exploitant een neutrale rol speelt, met andere woorden of hij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht, hetgeen inhoudt dat hij geen kennis heeft van of controle heeft over de content die hij opslaat, dan wel of hij juist een actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die content (zie naar analogie arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a., C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, punt 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 In dit verband moet worden opgemerkt dat, mocht de verwijzende rechter in het kader van zijn onderzoek van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vaststellen dat YouTube of Cyando niet louter haar platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, de betrokken exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.

108 Zoals de advocaat-generaal in de punten 138 tot en met 140 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is de vraag of een dergelijke exploitant een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn verricht, op zich niet doorslaggevend voor de beoordeling of artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel van toepassing is. Dit neemt evenwel niet weg dat een dergelijke exploitant die niet louter platformen ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt gegeven tot dergelijke content, niet kan worden geacht te voldoen aan de in laatstgenoemde bepaling gestelde toepassingsvoorwaarden, die in de punten 105 en 106 van het onderhavige arrest in herinnering zijn gebracht.

109 Voor het geval dat de verwijzende rechter tot een vaststelling komt die tegenovergesteld is aan die bedoeld in punt 107 van het onderhavige arrest, moet worden opgemerkt dat, afgezien van de in de punten 92 en 97 van het onderhavige arrest vermelde omstandigheid dat de exploitanten van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde platformen de op hun platform geüploadde content niet creëren, selecteren, bekijken en controleren, het door deze rechter genoemde feit dat de exploitant van een videodeelplatform zoals YouTube technische maatregelen treft om tussen de via haar platform aan het publiek meegedeelde video's de op het auteursrecht inbreukmakende content te detecteren, niet betekent dat die exploitant daardoor een actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de inhoud van die video's, omdat aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die maatregelen treffen die juist bedoeld zijn om dergelijke inbreuken tegen te

gaan, anders zouden worden uitgesloten van de in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid.

110 Desalniettemin dient de betrokken exploitant te voldoen aan de in deze bepaling gestelde voorwaarden om te worden vrijgesteld van zijn aansprakelijkheid.

111 Wat de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel betreft, kan niet worden geoordeeld dat aan deze bepaling niet is voldaan op de enkele grond dat deze exploitant zich in het algemeen ervan bewust is dat zijn platform ook wordt gebruikt om content te delen die inbreuk kan maken op intellectuele-eigendomsrechten en hij dus in abstracto kennis heeft van de illegale beschikbaarstelling van beschermde content op zijn platform.

112 Zoals de advocaat-generaal in de punten 172 tot en met 190 en 196 van zijn conclusie heeft uiteengezet, blijkt immers uit de bewoordingen, het doel, de opzet en de algemene context van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel dat de in artikel 14, lid 1, onder a), bedoelde gevallen, te weten het geval waarin de betrokken dienstverlener „daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie” en het geval waarin een dergelijke dienstverlener „kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt”, betrekking hebben op concrete onwettige activiteiten en informatie.

113 Naast het feit dat volgens de bewoordingen van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel het onwettige karakter van de activiteit of informatie moet voortvloeien uit daadwerkelijke kennis of duidelijk moet blijken, dat wil zeggen dat dit onwettige karakter concreet vastgesteld of gemakkelijk vast te stellen moet zijn, dient in dit verband te worden opgemerkt dat artikel 14, lid 1, blijkens de overwegingen 41 en 46 van deze richtlijn de uitdrukking vormt van het evenwicht dat deze richtlijn beoogt tot stand te brengen tussen de verschillende betrokken belangen, waaronder de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. Zo mag enerzijds overeenkomstig artikel 15, lid 1, van die richtlijn aan de betrokken dienstverleners geen algemene verplichting worden opgelegd om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Anderzijds moeten deze dienstverleners krachtens artikel 14, lid 1, onder b), van de richtlijn inzake elektronische handel, zodra zij daadwerkelijk kennis hebben van onwettige informatie, prompt handelen om deze informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken, met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting. Zoals ook de verwijzende rechter heeft benadrukt, kan een dergelijke dienstverlener deze verplichting enkel nakomen met betrekking tot concrete content.

114 De omstandigheid dat de exploitant van een platform voor het online delen van content een geautomatiseerde indexering van de op dat platform geüploade content verricht, dat dit platform een zoekfunctie heeft en dat het video's aanbeveelt op basis van het profiel of de voorkeuren van de gebruikers, kan in dit verband niet volstaan om te oordelen dat deze exploitant „concrete” kennis heeft van onwettige activiteiten die op zijn platform worden verricht of van onwettige informatie die daarop is opgeslagen.

115 Wat meer in het bijzonder het tweede geval van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel betreft, te weten het geval waarin de dienstverlener „kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt”, heeft het Hof vastgesteld dat het volstaat dat de betrokken dienstverlener op enige wijze kennis verkrijgt van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid in kwestie had moeten vaststellen en overeenkomstig lid 1, onder b), van genoemd artikel 14 had moeten handelen. Zo zijn onder meer bedoeld de situatie waarin een dergelijke dienstverlener een onwettige activiteit of informatie ontdekt na een op eigen initiatief verricht onderzoek, evenals die waarin het bestaan van een dergelijke activiteit of van dergelijke informatie hem ter kennis wordt gebracht. Ofschoon in dit tweede geval een dergelijke kennisgeving uiteraard niet kan betekenen dat het voordeel van de vrijstelling van aansprakelijkheid als voorzien in dat artikel 14 automatisch verloren gaat, aangezien de kennisgeving van vermeend onwettige activiteiten of informatie onvoldoende nauwkeurig en onderbouwd kan blijken te zijn, doet dit er niet aan af dat zij in een dergelijk geval in het algemeen een factor is waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te beoordelen of, gelet op de inlichtingen die aldus aan de beheerder zijn verstrekt, deze kennis had van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid had moeten vaststellen (arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a., C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, punt 122).

116 In deze context moet worden opgemerkt dat de kennisgeving van beschermde content die via een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden illegaal aan het publiek is meegedeeld, voldoende gegevens moet bevatten om de exploitant van dat platform in staat te stellen zich zonder grondig juridisch onderzoek ervan te vergewissen dat die mededeling onrechtmatig was en dat een eventuele verwijdering van die content verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting.

117 Gelet op een en ander dient op de tweede en de derde vraag in elk van beide zaken te worden geantwoord dat artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel aldus moet worden uitgelegd dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, mits deze exploitant geen actieve rol speelt

waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de op zijn platform geüploade content.

118 Artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel moet aldus worden uitgelegd dat een dergelijke exploitant, om op grond van die bepaling te worden uitgesloten van de in artikel 14, lid 1, bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploade beschermde content.

#### Vierde vraag in de zaken C-682/18 en C-683/18

119 Met zijn vierde vraag in elk van beide zaken wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de rechthebbende ten aanzien van een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht, pas een verbod kan verkrijgen nadat een dergelijke inbreuk aan die tussenpersoon werd gemeld en opnieuw een inbreuk heeft plaatsgevonden.

120 Uit de verwijzingsbeslissingen blijkt dat de verwijzende rechter met deze vraag wenst te vernemen of het met artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn verenigbaar is dat de in het Duitse recht vastgestelde regeling inzake de „aansprakelijkheid van de storende partij” (*Störerhaftung*) wordt toegepast op situaties als die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, wanneer zou worden vastgesteld dat YouTube en Cyando niet zelf een mededeling aan het publiek verrichten van de door de gebruikers van hun respectieve platformen geüploade illegale content en dat hun activiteiten vallen binnen de werkingssfeer van de regeling inzake de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.

121 De verwijzende rechter zet in dit verband uiteen dat volgens zijn rechtspraak tegen tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een intellectuele-eigendomsrecht, een vordering tot staking kan worden ingesteld als „storende partijen”. Zo kan in het geval van een dergelijke inbreuk als „storende partij” worden vervolgd eenieder die deze inbreuk weliswaar niet zelf heeft begaan en daaraan niet medeplichtig is, maar op enigerlei wijze welbewust aan die inbreuk bijdraagt, waarbij er tussen hem en die inbreuk sprake is van een adequaat oorzakelijk verband, terwijl hij juridisch en materieel de mogelijkheid had om die inbreuk te voorkomen. De „aansprakelijkheid van de storende partij” veronderstelt dus dat er sprake is van niet-nakoming van gedragsverplichtingen waarvan de omvang afhangt van de vraag of en in welke mate van een „storende partij” redelijkerwijs kan worden verlangd dat hij controle of toezicht op derden uitoefent teneinde inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen.

122 De verwijzende rechter preciseert dat wanneer een „storende partij” een dienstverlener is wiens dienst bestaat

in de opslag van door een gebruiker verstrekte informatie, tegen hem in beginsel enkel een bevel tot staking kan worden uitgevaardigd indien na de melding van een duidelijke inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht deze inbreuk zich opnieuw voordoet of blijft voordoen doordat deze dienstverlener na die melding niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat dergelijke inbreuken zich niet opnieuw voordoen.

123 Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissingen dat deze regeling enkel van toepassing is wanneer de dienstverlener tot de datum waarop een dergelijke inbreuk werd gemeld, geen „kennis” van die inbreuk had in de zin van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel.

124 Hieruit volgt dat de verwijzende rechter met zijn vierde vraag in deze twee zaken in wezen wenst te vernemen of artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de rechthebbende krachtens het nationale recht ten aanzien van een tussenpersoon wiens dienst door een derde werd gebruikt om inbreuk te maken op zijn recht zonder dat deze tussenpersoon daarvan kennis had in de zin van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel, slechts een verbod kan verkrijgen indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat dergelijke inbreuken zich niet opnieuw voordoen.

125 Volgens artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn „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”.

126 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de nationale rechter, met gebruikmaking van zijn bevoegdheid krachtens die bepaling, dergelijke tussenpersonen kunnen gelasten niet alleen maatregelen te nemen om de reeds, via hun diensten van de informatiemaatschappij, gepleegde inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten te beëindigen, maar ook om nieuwe inbreuken te voorkomen (zie in die zin arrest van 16 februari 2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

127 Uit overweging 59 van de auteursrechtlijn blijkt dat de nadere bepalingen met betrekking tot de verbodsmaatregelen waarin de lidstaten krachtens artikel 8, lid 3, van die richtlijn moeten voorzien, zoals de te vervullen voorwaarden en de te volgen procedure, aan het nationale recht worden overgelaten (zie in die zin arrest van 16 februari 2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

128 Bij de invoering van regels door de lidstaten en de toepassing ervan door de nationale rechter moeten echter de

doelstellingen van de auteursrechtlijn in acht worden genomen (zie naar analogie arrest van 7 juli 2016, Tommy Hilfiger Licensing e.a., C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsook de beperkingen die voortvloeien uit die richtlijn en uit de rechtsbronnen waarnaar in die richtlijn wordt verwezen. De ingevoerde regels mogen overeenkomstig overweging 16 van die richtlijn dus geen afbreuk doen aan de bepalingen van de richtlijn inzake elektronische handel betreffende aansprakelijkheid, en meer in het bijzonder aan de artikelen 12 tot en met 15 daarvan (zie in die zin arrest van 16 februari 2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

129 De verwijzende rechter merkt in dit verband op dat de in het Duitse recht gestelde voorwaarde dat de rechthebbende die meent dat door de mededeling van zijn werk aan het publiek op een opslagruimte van een dienstverlener inbreuk is gemaakt op zijn auteursrecht of naburige recht, deze dienstverlener daarvan eerst in kennis moet stellen teneinde hem de mogelijkheid te bieden om prompt een einde te maken aan die inbreuk en te voorkomen dat deze inbreuk opnieuw plaatsvindt, waarbij met name gerechtskosten worden voorkomen, juist is bedoeld om rekening te houden met de inherente logica van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel en het in artikel 15, lid 1, van die richtlijn neergelegde verbod om dergelijke dienstverleners een algemene verplichting op te leggen om toe te zien op de informatie die zij opslaan of om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

130 In dit verband moet om te beginnen worden vastgesteld dat artikel 14 van de richtlijn inzake elektronische handel niet van de lidstaten verlangt dat zij een dergelijke voorwaarde opleggen.

131 Uit artikel 14, lid 3, van de richtlijn inzake elektronische handel, gelezen in het licht van overweging 45 ervan, blijkt immers dat de in artikel 14, lid 1, voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor nationale rechterlijke instanties of administratieve autoriteiten om van de betrokken dienstverlener te eisen dat hij een inbreuk beëindigt of voorkomt, onder meer door de onwettige informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Hieruit volgt dat tegen een dienstverlener een op grond van het nationale recht van een lidstaat gegeven bevel kan worden uitgevaardigd, zelfs indien hij voldoet aan een van de in artikel 14, lid 1, van die richtlijn geformuleerde alternatieve voorwaarden, en dus zelfs wanneer hij niet aansprakelijk wordt geacht (arrest van 3 oktober 2019, Glawischnig-Piesczek, C-18/18, EU:C:2019:821, punten 24 en 25).

132 Niettemin moet worden benadrukt dat artikel 14, lid 3, van de richtlijn inzake elektronische handel de lidstaten ook de mogelijkheid biedt om procedures vast te stellen om onwettige informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. De lidstaten zijn dus krachtens

artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn weliswaar gehouden de houders van de in deze richtlijn bedoelde rechten een beroep in rechte te waarborgen tegen dienstverleners wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op die rechten te maken, maar zij kunnen voorzien in een procedure die voorafgaat aan de uitoefening van dit beroep in rechte, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat de betrokken dienstverlener niet aansprakelijk is voor de betrokken inbreuk op grond van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.

133 In het kader van een dergelijke voorafgaande procedure kan een lidstaat een voorwaarde opleggen als bedoeld in punt 129 van het onderhavige arrest. Een dergelijke voorwaarde maakt het verwijderen of blokkeren van onwettige informatie nog steeds mogelijk, maar beoogt de rechthebbende in een eerste fase te verplichten de dienstverlener de mogelijkheid te bieden prompt een einde te maken aan de betrokken inbreuk en herhaling ervan te voorkomen, zonder dat die dienstverlener – die niet aansprakelijk is voor de inbreuk in de zin van artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel – ten onrechte met gerechtskosten wordt geconfronteerd en zonder dat de rechthebbende in een tweede fase – indien die dienstverlener zijn verplichtingen niet nakomt – de mogelijkheid wordt ontzegd om op grond van artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn te verzoeken om een verbodsmaatregel tegen die dienstverlener.

134 Wat vervolgens artikel 15, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel betreft, verbiedt deze bepaling de lidstaten om een dienstverlener een algemene verplichting op te leggen om toe te zien op de informatie die hij opslaat of actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

135 Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat maatregelen die een dienstverlener verplichten om geheel op eigen kosten filtersystemen voor algemeen en permanent toezicht te installeren om toekomstige inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen onverenigbaar waren met artikel 15, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel (zie in die zin arresten van 24 november 2011, Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:771, punten 36-40, en 16 februari 2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, punten 34-38).

136 Een voorwaarde als die welke in het Duitse recht wordt gesteld voor de vaststelling van een verbodsmaatregel, heeft juist tot gevolg dat wordt vermeden dat een dienstverlener zoals de exploitant van een online platform voor het delen van content wordt geconfronteerd met dergelijke verbodsmaatregelen en de daaraan verbonden gerechtskosten, terwijl hij vóór de inleiding van de gerechtelijke procedure niet op de hoogte was gebracht van een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht door een gebruiker van dat platform en dus niet de mogelijkheid heeft gehad om een dergelijke inbreuk te beëindigen en de noodzakelijke maatregelen te nemen om nieuwe inbreuken te voorkomen. Zonder een dergelijke voorwaarde zou een derge-

lijke exploitant gedwongen zijn om actief toezicht te houden op alle door de gebruikers van dat platform geüploade content teneinde dergelijke inbreuken te voorkomen en te vermijden dat hij om die reden wordt geconfronteerd met verbodsmaatregelen en de daaraan verbonden kosten.

137 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat een voorwaarde als die welke in de hoofdingen in het nationale recht is gesteld, verenigbaar is met artikel 15, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.

138 Wat ten slotte de verenigbaarheid van een voorwaarde als die in de hoofdingen met de door de auteursrecht-richtlijn nagestreefde doelstellingen betreft, zij eraan herinnerd dat uit de punten 63 en 64 van het onderhavige arrest en uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties, in het kader van de ter bescherming van rechthebbenden vastgestelde maatregelen, een juist evenwicht moeten verzekeren tussen enerzijds de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht, dat deze rechthebbenden op grond van artikel 17, lid 2, van het Handvest genieten, en anderzijds de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap van dienstverleners op grond van artikel 16 van het Handvest en de vrijheid van meningsuiting en informatie van internetgebruikers als bedoeld in artikel 11 van het Handvest (zie in die zin arresten van 24 november 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, punten 45 en 46, en 16 februari 2012, *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, punten 43 en 44).

139 Een voorwaarde als die welke in het Duitse recht wordt gesteld voor de vaststelling van verbodsmaatregelen, verstoort dit evenwicht niet.

140 In het bijzonder beschermt een dergelijke voorwaarde de dienstverlener weliswaar tegen de in punt 136 van het onderhavige arrest uiteengezette gevolgen, maar zij onzegt de rechthebbende evenmin de mogelijkheid om de inbreuken op zijn auteursrecht of naburige rechten die derden via de betrokken dienst hebben gepleegd, daadwerkelijk te doen beëindigen en nieuwe inbreuken te voorkomen. Aldus hoeft de rechthebbende de dienstverlener enkel in kennis te stellen van het bestaan van een dergelijke inbreuk opdat deze dienstverlener wordt verplicht om de betrokken content prompt te verwijderen of ontoegankelijk te maken en passende maatregelen te nemen teneinde nieuwe inbreuken te voorkomen, bij gebreke waarvan de rechthebbende kan verzoeken om een verbodsmaatregel.

141 Het staat evenwel aan de nationale rechters om bij de toepassing van deze voorwaarde, en met name bij de uitlegging van het bijwoord „prompt”, zich ervan te vergewissen dat deze voorwaarde er niet toe leidt dat de daadwerkelijke beëindiging van een inbreuk op een auteursrecht of een naburig recht zodanig wordt uitgesteld dat zij onevenredige schade toebrengt aan de rechthebbende, waarbij die rechters rekening moeten houden met het feit dat dergelijke schade in het kader van de diensten van de informatiemaatschappij snel oploopt en een groot geografisch gebied

bestrijkt, zoals in overweging 52 van de richtlijn inzake elektronische handel wordt benadrukt.

142 In dit verband dient er tevens aan te worden herinnerd dat de lidstaten er volgens artikel 18, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel voor zorgen dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

143 Gelet op een en ander dient op de vierde vraag in elk van beide zaken te worden geantwoord dat artikel 8, lid 3, van de auteursrecht-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat de houder van een auteursrecht of een naburig recht krachtens het nationale recht ten aanzien van een tussenpersoon wiens dienst door een derde werd gebruikt om inbreuk te maken op zijn recht zonder dat deze tussenpersoon daarvan kennis had in de zin van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel, slechts een verbod kan verkrijgen indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet opnieuw voordoen. Het staat evenwel aan de nationale rechterlijke instanties om zich bij de toepassing van een dergelijke voorwaarde ervan te vergewissen dat die niet ertoe leidt dat de daadwerkelijke beëindiging van de inbreuk zodanig wordt uitgesteld dat die rechthebbende onevenredige schade lijdt.

#### *Vijfde en zesde vraag in de zaken C-682/18 en C-683/18*

144 Aangezien deze vragen slechts zijn gesteld voor het geval zowel de eerste als de tweede vraag ontkennend wordt beantwoord, hoeven zij niet te worden beantwoord.

#### **Kosten**

145 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

**1) Artikel 3, lid 1, van 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 moet aldus worden uitgelegd dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschik-**

baar voor het publiek kunnen stellen, geen „mededeling aan het publiek” van die content in de zin van deze bepaling verricht, tenzij hij – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer die exploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld en deze content niet prompt verwijderd of prompt ontoegankelijk maakt, of wanneer die exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.

2) Artikel 14, lid 1, van 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”) moet aldus wor-

den uitgelegd dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, mits deze exploitant geen actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de op zijn platform geüploade content.

Artikel 14, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/31 moet aldus worden uitgelegd dat een dergelijke exploitant, om op grond van die bepaling te worden uitgesloten van de in artikel 14, lid 1, bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploade beschermde content.

3) Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat de houder van een auteursrecht of een naburig recht krachtens het nationale recht ten aanzien van een tussenpersoon wiens dienst door een derde werd gebruikt om inbreuk te maken op zijn recht zonder dat deze tussenpersoon daarvan kennis had in de zin van artikel 14, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/31, slechts een verbod kan verkrijgen indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet opnieuw voordoen. Het staat evenwel aan de nationale rechterlijke instanties om zich bij de toepassing van een dergelijke voorwaarde ervan te vergewissen dat die niet ertoe leidt dat de daadwerkelijke beëindiging van de inbreuk zodanig wordt uitgesteld dat die rechthebbende onevenredige schade lijdt.

# Noot

João Pedro Quintais and Christina Angelopoulos

Dr. J.P. Quintais is Assistant Professor, University of Amsterdam, Institute for Information Law. Dr. C.J. Angelopoulos is Associate Professor, University of Cambridge, Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL).

## 1. Introduction

On 22 June the European Court of Justice (CJEU or Court) handed down its ruling in joined cases C-682/18 (*YouTube*) and C-683/18 (*Cyando*) concerning the liability of online platforms for copyright-infringing uploads made by their users. The first case concerned takedown and staydown requests in relation to phonograms uploaded by users to the well-known video-sharing platform operated by YouTube. The second concerned files uploaded by users and hosted on Uploaded, a file-hosting and -sharing platform operated by Cyando, which were made accessible to the public via links on third-party websites (link collections, blogs, forums) and some of which contained unauthorized copies of works.

The case was multi-dimensional, the referring *Bundesgerichtshof* (German Federal Court of Justice) having submitted multiple questions for consideration. The CJEU judgment involved the interpretation of arts. 3(1) and 8(3) InfoSoc Directive<sup>1</sup> (regarding, respectively, direct liability for communication to the public and injunctions against intermediaries), art. 14 e-Commerce Directive<sup>2</sup> (regarding the hosting safe harbour) and arts. 11 and 13 Enforcement Directive<sup>3</sup> (regarding damages). As the Court was careful to note, this judgment did not concern the interpretation of art. 17 CDSM Directive<sup>4-5</sup>, even if this new provision will henceforth govern the liability of at least some of the providers covered in the judgment, such as YouTube.

This annotation focuses on two key issues tackled in the ruling: the scope of liability of online platforms for communications to the public of the protected content they

host; and the scope of injunctions against intermediaries used by third parties to infringe copyright.

## 2. Liability for communication to the public by platforms

### 2.1. Legal context: the relevant rules and their interpretation

For the purposes of this analysis, it is important to provide some context on the right of communication to the public in art. 3 InfoSoc Directive, including the Court's case law on it. This provision grants authors a broad right of communication to the public, which includes acts of making available to the public (paragraph 1), and related right holders a narrower right covering only acts of making available to the public (paragraph 2). The directive leaves intact specific rights of communication to the public recognized for the related rights holders elsewhere in the *acquis*.<sup>6</sup>

The exclusive right of art. 3(1) InfoSoc Directive applies to communication at a distance, covers online use and is not subject to exhaustion.<sup>7</sup> 'Making available' applies to interactive 'on-demand' use (e.g., uploading), but does not require reception of or access to the work by the public.<sup>8</sup>

There is a vast body of CJEU case law on the right and on the concept of communication to the public as this appears across different directives, including on its applicability online.<sup>9</sup> It is beyond the scope of this case note to examine this case law in detail. However, it is important to highlight some of the main conclusions from these judgments, since they have direct bearing on our analysis.

1 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Information Society Directive, InfoSoc Directive) [2001] OJ L167 (hereafter InfoSoc Directive).  
2 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (e-Commerce Directive) [2000] OJ L171 (hereafter e-Commerce Directive).  
3 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Enforcement Directive) [2004] OJ L157 (hereafter Enforcement Directive).  
4 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC [2019] OJ L130 (hereafter CDSM Directive).

5 *YouTube and Cyando*, Joined Cases C-682/18 and C-683/18 (22 June 2021) ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube and Cyando*), para. 59.

6 See Art. 4 SatCab Directive and Art. 8 Rental and Lending Rights Directive, which remain applicable by virtue of Art. 1(2)(b) and (c) InfoSoc Directive.

7 Recital 25 InfoSoc Directive. See e.g. CJEU: SCF, para. 59; *C More Entertainment*, para. 26; *Tom Cabinet*...

8 Art. 3(3) and Recital 29 InfoSoc Directive. NB since the judgments in *Coditel I* and *II*, the CJEU has considered communication to the public to be a service and, therefore, not subject to exhaustion.

9 See generally João Pedro Quintais, 'Untangling the Hyperlinking Web: In Search of the Online Right of Communication to the Public' (2018) 21 *The Journal of World Intellectual Property* 385; Eleonora Rosati, 'When Does a Communication to the Public Under EU Copyright Law Need to Be to a 'New Public'?' [2020] *European Law Review* <<https://papers.ssrn.com/abstract=3640493>> accessed 26 May 2021.

First, the right must be interpreted broadly.<sup>10</sup> Second, ‘communication to the public’ is an autonomous concept of EU law.<sup>11</sup> Third, ‘communication to the public’ involves different types of activities both offline and online. In the online context, the Court has confirmed that the exclusive right applies to a number of uses: the ‘live streaming’ or broadcasting by a third party over the Internet of signals from commercial television broadcasters (*ITV Broadcasting*); the provision of ‘clickable links’ giving access to protected works (*Svensson*); the provision of framing links to protected works (*BestWater*); the direct broadcast of a sporting fixture on an Internet site (*C More Entertainment*); the posting of hyperlinks to works made available on third party websites without the right holder’s consent (*GS Media*); the sale of multi-media players with pre-installed add-ons that contain hyperlinks to websites making available works to the public without the consent of the right holders (*FilmSpeler*); the provision of an online peer-to-peer platform that enables the sharing of protected files without the consent of right holders (*Ziggo*); the embedding, by means of the technique of framing, on a third-party webpage, of content that is freely accessible protected on another website, where that embedding circumvents technical protection measures (*VG Bild Kunst*); and the uploading by users of a peer-to-peer networks of fragments of media files containing a protected work (*Mircom*).

The Court’s case law has significantly expanded the scope of the right of communication to the public, and as a result the scope of primary or direct liability for copyright infringement in EU law. In doing so, the Court has developed several criteria and conditions to interpret art. 3 InfoSoc Directive. These can be summarized as follows.

A use triggers the exclusive right if it meets two cumulative conditions: it is (1) an ‘act of communication’ that is made (2) ‘to the public’. An ‘act of communication’ (1) in this sense has at least two pre-requisites or sub-criteria. First, the user must have played an ‘indispensable role’.<sup>12</sup> In addition, the intervention of that user must be deliberate. This means, for instance, that a ‘platform operator makes an ‘act of communication’ when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give its customers access to a protected work, particularly where,

in the absence of that intervention, those customers would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work’.<sup>13</sup>

The act of communication is made ‘to the public’ (2) if it reaches an indeterminate and fairly large number of recipients as potential beneficiaries of the communication.<sup>14</sup> In addition, the public in question must either be a ‘new public’ (i.e., a public not taken into account by the copyright holder when they authorized the initial communication) or a public reached through a separate or specific technical means.

In parallel to these cumulative conditions, the CJEU sometimes refers to the profit-making nature or purpose of the communication and other complementary and interdependent factors or sub-criteria, which are taken into consideration to varying degrees in order to make an individual assessment of the concept of communication to the public.<sup>15</sup>

Most of the Court’s interpretative activity expanding the scope of this exclusive right takes place in the analysis of two separate criteria, pre-requisites or sub-factors: ‘deliberate intervention’ and the ‘new public’. Within the context of these criteria, the Court has, depending on the case, included the consideration of elements of knowledge, commerciality, and technological restrictions in the assessment of primary or direct liability.<sup>16</sup> To be precise, after a steady stream of cases where the court developed in great minutiae the ‘new public’ criterion (from *Svensson* to *VG Bild Kunst*), the most recent judgments, in *Mircom* and, most relevant here, *YouTube and Cyando* have taken aim at a refinement of the concept of ‘deliberate intervention’.

## 2.2. *The Judgment and its implications, in particular in light of art. 17 CDSM Directive*

For our purposes, the key question is whether *YouTube and Cyando* leads to an identical liability regime (under the InfoSoc and e-Commerce Directives) to that of art. 17 CDSM Directive. The answer is that it does not. In simple terms, the Court rules that providers such as YouTube and Uploaded are in principle not directly liable for copyright infringements resulting from uploads by their users. The crux of the analysis is found in the ‘act of communication’ requirement, and in particular the ‘deliberate intervention’ criterion. The Court states that end-

10 See recital 23 InfoSoc Directive. See: *ITV Broadcasting*, para. 20 (and case-law cited therein); *OSA*, para. 23; *SBS*, para. 14; *Reha Training*, para. 36.

11 *Rafael Hoteles*, para. 31.

12 *YouTube and Cyando*, paras. 68, 77 ff.

13 *YouTube and Cyando*, para. 68 (citing *Stichting Brein*, C-610/15 (14 June 2017) EU:C:2017:456, para. 26 and the case-law cited).

14 On the definition of public in CJEU case law, see *YouTube and Cyando*, para. 69.

15 For a detailed analysis of the case law developing this conceptual framework, see Quintais (n 9). See also Giancarlo Frosio, ‘It’s All Linked: How Communication to the Public Affects Internet Architecture’ (2020) 37 *Computer Law &*

*Security Review* 105410; Miquel Peguera, ‘Hyperlinking under the Lens of the Revamped Right of Communication to the Public’ (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 1099., incorporating latter case law, Rosati (n 9).

16 See e.g. Jane C Ginsburg and Luke Budiardjo, ‘Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives’ (2018) 41 *Columbia Journal of Law & the Arts* 153; Christina Angelopoulos and João Pedro Quintais, ‘Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement’ (2019) 10 *JIPITEC* 147. On the consideration of technical protection measures as a precondition for the application of art. 3 in certain online scenarios, see CJEU, *VG Bild Kunst*.



users make the (primary) act of communication; the platform does play an 'indispensable role' but its intervention is not necessarily 'deliberate'. To assess whether there is a 'deliberate intervention', the Court develops a multi-factor test.<sup>17</sup>

For instance, there is a deliberate intervention if the platform operator, despite general or constructive knowledge of illegal content available via its platform, refrains from putting in place the appropriate technological measures that can be expected from a reasonably diligent operator in its situation in order to counter credibly and effectively such infringements. It is also relevant that such operator: (1) participates in selecting protected content illegally communicated to the public, and provides tools on its platform specifically intended for the illegal sharing of such content; or, alternatively, (2) knowingly promotes such sharing, which may be attested by the fact that it has adopted a financial model that encourages users illegally to make available infringing content on its platform.<sup>18</sup>

The Court further notes that for the purposes of finding a 'deliberate intervention' it is not enough to establish that the provider has 'general knowledge' of illegal content on its platform, or that it has a profit-making nature.<sup>19</sup> The later point is important, as the Court sets aside the application of the *GS Media* rebuttable presumption of knowledge to this effect.<sup>20</sup> On the other hand, it also states that 'actual knowledge' via a sufficiently substantiated notice, followed by the lack of appropriate (i.e. not expeditious) action by the platform provider, is sufficient to establish a 'deliberate intervention'.

In the end, it will be up to the national referring court to assess the different factors to establish whether a platform operator carries out a deliberate intervention leading to direct liability. Still, the CJEU does offer some clarification in relation to the facts referred, suggesting that neither YouTube nor Cyando appear to have made a contribution that leads to the qualification of their activities as making a 'communication to the public'.<sup>21</sup> Both the underlying complexity in the assessment of direct vs intermediary liability under this regime, and the exclusion of direct liability for platform providers like YouTube contrast with the novel rules in art. 17 CDSM Directive. The result is a

bifurcation of legal regimes for online platforms hosting copyright-protected content, translating into different rules for platforms that are qualified as 'online content-sharing service providers' (OCSSPs) and are therefore subject to the rules of art. 17 CDSM Directive, and those platforms that do not, and are thus subject to the regime of art. 3 InfoSoc Directive, as interpreted in *YouTube and Cyando*.<sup>22</sup>

In any case, it is important to note that art. 17 CDSM Directive preceded the judgment in *YouTube and Cyando*. In the light of then-existing case law, the new provision was demanded by right holders to effectuate a change in the existing legal landscape, forcing OCSSPs outside the scope of the hosting safe harbor and into licensing agreements with OCSSPs under the threat of direct liability for their core activities.<sup>23</sup> Although there were arguments to the effect that art. 17 was a mere clarification of existing law on communication to the public, based on the wording of recital 64 CDSM Directive, such an interpretation must now be rejected in light of the ruling in *YouTube and Cyando*. In this line, the different legal nature of the right of communication to the public in art. 17 CDSM Directive is recognized by the Commission in its Guidance, where it qualifies it as *lex specialis* to art. 3 InfoSoc Directive.<sup>24</sup>

Finally, it is unclear the extent to which these different regimes will translate in practice into significantly different legal content moderation obligations to major OCSSPs, such as YouTube. On the one hand, it can be argued that a platform such as YouTube, which has in place a sophisticated content moderation apparatus, comprising a suite of automated tools to prevent copyright infringement (e.g. ContentID, Copyright Match Tool and Web Form),<sup>25</sup> will have to make few changes to its practices across the EU in order to comply with the obligations in art. 17 CDSM Directive.<sup>26</sup> On the other hand, it is clear that the new regime in art. 17 is already forcing platforms like YouTube to both change their licensing practices (due to their default direct liability status and best efforts obligations) but also as regards the operation of their copyright content moderation systems. This is the result not only of the Commission's Guidance, but also (and most clearly) of national implementations. For example, the German

17 *YouTube and Cyando*, paras 84ff.

18 *YouTube and Cyando*, para. 84.

19 *YouTube and Cyando*, paras 85ff.

20 *YouTube and Cyando*, para. 89. On the role of knowledge in the Court's case law on communication to the public, see C Angelopoulos, 'Primary and Accessory Liability in EU Copyright Law' in E. Rosati (ed(s)), *The Routledge Handbook of European Copyright Law* (Routledge 2021).'

21 *YouTube and Cyando*, paras 90-102.

22 For the legal definition of OCSSP, see art. 2(6) CDSM Directive and the interpretative guidelines provided by the Commission in Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, COM/2021/288 final (EC Guidance Art. 17).

23 Martin Husovec and João Pedro Quintais, 'How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive' (2021) 70 GRUR International 325. (and references cited therein).

24 EC Guidance Art. 17 (n. 25), p. 2. For a detailed analysis of the legal qualification of the right in art. 17 CDSM Directive, see Husovec and Quintais (n 26).

25 For an overview of YouTube's copyright practices, see YouTube Copyright Transparency Report (6 December 2021), available at <https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>.

26 See e.g. D.J.G. Visser, *YouTube & Cyando Auteursrecht en platformaansprakelijkheid* (Annotatie), 1022-1028 *Ars Aequi* november 2021.

implementation Law (UrhDaG) changes the status quo by generally prohibiting the filtering of ‘presumably allowed’ content, which includes partial uses, ‘marginal use’ and uploaded content flagged by the user as non-infringing.<sup>27</sup> In another example likely to lead to changes in practice, the Italian implementation law grants the Italian Authority for Safeguards in Communications (AGCOM) the power to inter alia issue guidelines so that OCSSPs’ complaint and redress mechanisms guarantee effective exercise of exceptions and limitations.<sup>28</sup> Further changes will likely be required if the Court follows AG Øe’s opinion in C-401/19, namely by limiting the application of automated ex-ante filtering tools to content that is manifestly infringing or equivalent, and introducing tools to deal with uploaded content that does not qualify as such (and therefore must stay up on the platform) in the context of internal complaint and redress mechanisms. Such changes will have practical consequences solely for OCSSPs regulated by art. 17, and not necessarily for platforms covered by art. 3 InfoSoc Directive.

### 3. Scope of injunctions against intermediaries used by third parties to infringe copyright

#### 3.1. Legal context: the relevant rules and their interpretation

Liability for communication to the public is not the only option for action against intermediaries. Art. 8(3) InfoSoc Directive imposes on Member States an obligation to ensure that copyright holders are in a position to apply for injunctions against the operators of intermediary services. In Germany, this effect is achieved through the so-called *Störerhaftung* doctrine. Often translated as ‘interferer liability’, this holds that injunctive orders can be issued against intermediaries to take action against infringing content if those intermediaries have violated a conduct obligation.<sup>29</sup> In the case of host service providers, this is understood to be the case if the provider was notified by the rightholder of an infringement occurring on its website but failed expeditiously to delete or block the content and to prevent it from being reposted with the result that the infringement is repeated.<sup>30</sup> The national court sought the CJEU’s guidance on whether making, in this way, injunctions available to rightholders only after a notification and repetition would be compatible with art. 8(3) InfoSoc Directive.

A key consideration in assessing injunctions against intermediaries is the intersection of art. 8(3) InfoSoc Directive with the provisions of the e-Commerce Directive, in particular art. 15(1).<sup>31</sup> This prohibits Member States from imposing on host service providers (such as YouTube and Upload) what have come to be known as ‘general monitoring obligations’.

The prohibition applies equally to obligations imposed by law and by injunctive orders. The definition of general monitoring is therefore of crucial importance. Although the e-Commerce Directive was adopted over two decades ago, there is a surprising lack of clarity on this point – if anything, over time the provision has become increasingly controversial, as different interpretations of ‘general monitoring’ have emerged.<sup>32</sup> In the area of intellectual property (IP) law, the CJEU has favored the interpretation which holds that monitoring all content is general monitoring. In 2019, however, in its decision in the defamation case *Eva Glawischnig-Piesczek*,<sup>33</sup> the CJEU embraced a different interpretative option. Specifically, the ruling suggested that monitoring all the content on an intermediary’s website is permissible as long as the objective is to locate content which is ‘identical or equivalent’ to content previously declared to be unlawful. It is currently unclear whether this development indicates a horizontal shift, so that this new interpretation should be understood to apply in copyright as well.

#### 3.2. The judgement and its implications for injunctions

##### 3.2.1. The judgment

In *YouTube and Cyando*, the Court started by observing that – contrary to what had been suggested by the referring *Bundesgerichtshof*<sup>34</sup> – injunctions can be imposed on intermediaries even if they fulfil the conditions of the hosting safe harbour.<sup>35</sup> Nevertheless, according to art. 14(3) e-Commerce Directive, Member States are also allowed to establish procedures governing the removal of or disabling of access to illegal information. Such procedures may precede the issue of art. 8(3) InfoSoc Directive injunctions, thus enabling less invasive action against intermediaries that are not liable as a result of the safe harbour.<sup>36</sup>

At the same time, any measures taken must respect art. 15(1) e-Commerce Directive.<sup>37</sup> In this regard, the Court followed its 2011 and 2012 rulings in *Scarlet Extended* and *SABAM v Netlog*, concluding that

27 Sections 10 and 11 UrhDaG. This regime contains a partial exemption for content flagged under certain conditions by ‘trusted rights holders’.

28 The Italian implementation decree is available at <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/normativa/recepimento-atti-ue/direttiva-ue-2019790/>.

29 *YouTube and Cyando*, para. 121.

30 *YouTube and Cyando*, para. 122.

31 *YouTube and Cyando*, para. 128.

32 Martin Senftleben and Christina Angelopoulos, ‘The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way

to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market’ (IViR; CIPIL 2020) <<https://papers.ssrn.com/abstract=3717022>> accessed 29 October 2020.

33 Case C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited* (3 October 2019), ECLI:EU:C:2019:821.

34 *YouTube and Cyando*, para. 36.

35 *YouTube and Cyando*, para. 131.

36 *YouTube and Cyando*, para. 132.

37 *YouTube and Cyando*, para. 134.

‘measures that consist in requiring a service provider to introduce, exclusively at its own expense, a screening system which entails general and permanent monitoring in order to prevent any future infringement of intellectual property rights [is] incompatible with Article 15(1) of the Directive on Electronic Commerce’.<sup>38</sup>

On this basis, the CJEU reasoned that the German courts’ condition was permissible. If no notification of an infringement were to be required, intermediaries would be deprived of the opportunity, prior to the commencement of court proceedings, to ‘remedy such an infringement and to take the necessary measures to prevent [it] from recurring’. If that were the case, according to the Court, the provider would be required:

‘in order to prevent infringements of that type and to avoid being the subject of an injunction and being exposed to those costs on account of those infringements, actively to monitor all the content uploaded by users of that platform.’<sup>39</sup>

The Court also concluded that the condition would not be incompatible with a ‘fair balance’ between the various implicated fundamental rights, as long as it does not result in the cessation of the infringement being delayed in such a way as to cause disproportionate damage to the rightholder. This is because the condition would permit providers to be protected against negative consequences to their freedom to conduct a business (art. 16 of the Charter), while rightholders would still be in a position effectively to terminate and prevent infringements (art. 17(2) of the Charter).<sup>40</sup>

No guidance was provided on assessing what would count as ‘disproportionate damage’ to copyright in this context. End-users’ right to their freedom of expression and information (art. 11 of the Charter) was mentioned<sup>41</sup> as relevant to the ‘fair balance’ analysis, but no further insight was given on how it should be factored in. End-users’ right to the protection of their personal data was not referenced at all.<sup>42</sup>

### 3.2.2. Implications for injunctions

The Court’s response to the submitted question is unsurprising. EU law does not prevent art. 8(3) InfoSoc Directive injunctions being made dependent on reasonable conditions, with Recital 59 of that directive providing Member States with considerable flexibility. To the contrary, the Court’s reasoning gives rise to the question whether such a condition would be obligatory for all Member States.

What is more interesting is whether the CJEU’s analysis of art. 15(1) e-Commerce Directive provides indications as to what the Court thinks constitutes general monitoring. Certainly, the central argument that imposing injunctions

without prior notification would amount to a general monitoring obligation holds true regardless of which interpretation of general monitoring is correct. That being said, it is significant that the Court grounds its analysis in *Scarlet* and *SABAM v Netlog*. This indicates that *Eva Glawischnig-Piesczek* has not completely overwritten this earlier IP-focused case law on the meaning of general monitoring.

Instead, the Court’s focus and conclusion are clear: paragraph 136 *in fine* confirms that obligations to monitor *all the content* uploaded by users are not compatible with Article 15 e-Commerce Directive. This statement is made without qualification pursuant to the purpose of the monitoring.

It could perhaps be argued that the Court’s use of the words ‘such an infringement’ and ‘infringements of that type’<sup>43</sup> in its discussion of appropriate post-notification behavior by intermediaries suggests a *Glawischnig*-style shift in copyright law. This is particularly so given the case’s origins in Germany and *Störerhaftung*: the German courts have generally been happy to allow court orders against ‘interferer’ intermediaries requiring them to employ filtering to prevent any infringement which is similar at its core to a pre-identified infringement. Could the Court be signaling that monitoring to prevent copyright infringements which are identical or equivalent to an infringement brought before a court is not general monitoring?

The historical interpretative context argues against this. The words ‘such an infringement’ and ‘infringement of that type’ should instead be taken as a description of the requirements of *Störerhaftung*. The paragraphs from *Scarlet* and *SABAM v Netlog* that are referenced by the Court<sup>44</sup> make clear that the focus is on what is being monitored. While the two rulings did talk about action to prevent ‘any future infringement’,<sup>45</sup> they also emphasized as problematic the active observation of almost all content handled by an intermediary that would have been required by the preventive monitoring which they discussed.<sup>46</sup> Moreover, the filtering proposed in the two cases would not in fact have involved requiring the intermediary to locate infringements of *any* work, but only infringements of works included in the repertoire of collecting society SABAM – yet even this was considered excessive. Similarly, the earlier trade mark case *L’Oréal*, to which these rulings (and the words ‘any future infringement’) can be traced, also concerned the infringement of specific trade marks.<sup>47</sup>

This conclusion was later made explicitly clear in *McFadden*, in which the Court dropped the reference to ‘any future infringement’ altogether and instead stated in very straight-

38 *YouTube and Cyando*, para. 135.

39 *YouTube and Cyando*, para. 136.

40 *YouTube and Cyando*, para. 140.

41 *YouTube and Cyando*, para. 140.

42 See *Scarlet Extended*, paras. 50–54 and *SABAM v Netlog*, paras 48–52.

43 *YouTube and Cyando*, para. 136.

44 *Scarlet Extended*, paras 36–40 and *SABAM v Netlog*, paras 34–38.

45 *Scarlet Extended*, para. 40 and *SABAM v Netlog*, para 38.

46 *Scarlet Extended*, para 39 and *SABAM v Netlog*, para 37.

47 Case C-324/09, *L’Oréal SA v. eBay International AG*, 2011 E.C.R. I-6011, 139.

forward terms that: ‘monitoring all of the information transmitted [by an intermediary] must be excluded from the outset as contrary to Article 15(1) of Directive 2000/31’.<sup>48</sup>

The judgment in *YouTube and Cyando* does imply that after receiving a notification providers have an obligation to remedy the infringement and prevent it from recurring. However, this should not be taken as an endorsement of monitoring obligations to prevent future infringement. To the contrary, it has always been accepted that preventive action by intermediaries against the infringement of IP rights may be required,<sup>49</sup> but that there are limits to the measures that providers can be required to adopt for this purpose. Filtering has been rejected by the case law multiple times and other options have instead been proposed.<sup>50</sup>

The final conclusion is that (while the possibility that the Court will rethink its definition of general monitoring in IP law remains) *YouTube and Cyando* does not support the idea that this has already occurred and flows directly from *Glawischnig*. In *YouTube and Cyando*, the Court’s focus remains on *what is being monitored* rather than the objective of the monitoring. Admittedly, the lateral way in which the issue was approached does not allow the debate to be put to rest. It is noteworthy that, in his recent Opinion in *Poland v Parliament and Council*,<sup>51</sup> AG Saugmandsgaard-Øe did not feel that the CJEU’s decision in *YouTube and Cyando* provided a reason for him to revise his advice that the definition of general monitoring has been changed as a result of *Eva Glawischnig-Piesczek* also in the area of copyright. In his view, obligations to monitor content which is identical or similar to content that has been brought to the provider’s attention via a notification would not amount to a general monitoring obligation, as long as sufficient safeguards are put in place.<sup>52</sup>

Although a detailed examination of the AG Opinion is beyond the scope of this comment, we note that we find its analysis on this point unconvincing. The AG recognized that the CJEU’s IP-focused case law depends general monitoring on the amount of information to be inspected,<sup>53</sup> but argued that banning obligations to monitor for ‘specific’ infringements would amount to ignoring technological developments and

depriving the EU legislature of a useful means of combating infringement.<sup>54</sup> However, filtering technology had already been developed and applied when *L’Oréal*, *Scarlet Extended*, *SABAM v Netlog* and *McFadden* were decided – it was precisely such filters that those four cases concerned. Moreover, whether filtering is a useful way of fighting copyright infringement is a separate matter to whether it is a lawful way of doing so. For the reasons explained above, the CJEU’s repetition in *YouTube and Cyando* of the ‘all content’ definition adopted in its earlier IP case law should have given the AG pause.

Given the high stakes and controversial nature of the issue, a clearer statement from the CJEU will be necessary. It would have been helpful if the German referring court had submitted an additional question on this harder issue. In the meantime, nothing has been said to suggest a change of heart on general monitoring in the area of copyright. Until it says otherwise, the Court should be taken at its word: obligations actively to monitor all the content uploaded by users of a platform are general monitoring obligations.

#### 4. Conclusion

In sum, the Court’s judgment in *YouTube and Cyando* is a key development in the interpretation of primary and accessory liability for online platforms regarding copyright protected content. On the one hand, it clarifies the scope of liability of online platforms for communications to the public of the protected content they host, developing a multifactor test for what amounts to ‘deliberate intervention’ that may lead to direct liability. On the other hand, it confirms the scope of injunctions against intermediaries used by third parties to infringe copyright, including the scope of the prohibition on general monitoring obligations. At the same time, the Court leaves important questions unanswered that will certainly lead to further preliminary references. In the meantime, perhaps the most important take-away from the decision is the fact the legal regime applying to online platforms under art. 3 InfoSoc Directive is distinct from that applying to OCSSPs under art. 17 CDSM Directive. In light of 64 CDSM Directive, this clarification is welcome.

48 *McFadden*, para. 87.

49 See Recitals 45 and 48 and Art. 14(3) ECD. See also *Scarlet Extended*, para. 31 and *SABAM v Netlog*, para. 29 (referencing *L’Oréal*, para. 131).

50 See e.g., *L’Oréal*, paras 141-142.

51 Case C-401/19, *Poland v Parliament and Council*, Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 15 July

2021, ECLI:EU:C:2021:613 (hereafter AG Opinion C-401/19, Poland).

52 AG Opinion C-401/19, Poland, paras 111-115.

53 AG Opinion C-401/19, Poland, paras 111-112.

54 AG Opinion C-401/19, Poland, paras 113.