

Sag C-683/18

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

6. november 2018

Forelæggende ret:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Afgørelse af:

20. september 2018

Sagsøger:

Elsevier Inc.

Sagsøgt:

Cyando AG

Hovedsagens baggrund

Søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud og erstatning for krænkelse af ophavsretten

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. a) Foretager en operatør af en shared hosting tjeneste, gennem hvilken brugere stiller filer med ophavsretligt beskyttet indhold til rådighed for almenheden uden rettighedshavernes samtykke, en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29/EF, når

- uploadingen foregår automatisk og uden at operatøren ser eller kontrollerer den,
- operatøren i brugsbetingelserne henviser til, at der ikke må lægges indhold ind, der krænker ophavsretten,
- driften af tjenesten giver operatøren indtægter,
- tjenesten anvendes til lovligt brug, men operatøren har kendskab til, at også en betydelig mængde ophavsretskrænkende indhold, er tilgængelig (over 9 500 værker),
- operatøren ikke leverer nogen indholdsfortegnelse og ingen søgefunktion, men de ubegrænsede download-links, som operatøren stiller til rådighed, af tredjemænd lægges ind i linksamlinger på internettet, som indeholder oplysninger om filernes indhold og gør det muligt at søge efter bestemte indhold,
- operatøren ved udformningen af det vederlag for downloading, som han betaler afhængigt af efterspørgslen, skaber et incitament til at uploade ophavsretligt beskyttet indhold, som brugere ellers kun kan få adgang til mod betaling

og

- indrømmelsen af muligheden for at uploade filer anonymt øger sandsynligheden for, at brugere ikke bliver stillet til regnskab for krænkelse af ophavsretten?
- b) Ændrer denne vurdering sig, hvis der via shared hosting tjenesten gives adgang til materiale, der krænker ophavsretten, i et omfang svarende til 90-96% af den samlede anvendelse?

2. Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende:

Falder den aktivitet, som operatøren af en shared hosting tjeneste udøver, under de i det første spørgsmål beskrevne omstændigheder ind under anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF?

3. Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende:

Skal det konkrete kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og kendskabet til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31/EF vedrøre specifikke ulovlige aktiviteter eller informationer?

4. Endvidere, såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende:

Er det foreneligt med artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29/EF, hvis rettighedshaveren først kan få nedlagt forbud over for en tjenesteyder, hvis ydelse består i at oplagre information, som er lagt ind af en bruger, og som er blevet benyttet af en bruger til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder, når der, efter at der er påpeget en klar krænkelse, på ny er sket en sådan krænkelse?

5. Såfremt det første og det andet spørgsmål besvares benægtende:

Skal operatøren af en shared hosting tjeneste under de i det første spørgsmål beskrevne omstændigheder anses for at være den krænkende part som omhandlet i artikel 11, første punktum, og artikel 13 i direktiv 2004/48/EF?

6. Såfremt det femte spørgsmål besvares bekræftende:

Kan den forpligtelse, der påhviler en sådan krænkende part til at betale erstatning i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2004/48/EF, gøres afhængig af, at den krænkende part har handlet forsætligt både med hensyn til sin egen krænkelse og med hensyn til den krænkelse, som tredjemand har begået, og vidste eller med rimelighed burde vide, at brugere benytter platformen til konkrete krænkelser?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, særligt artikel 3 og 8

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel»), særligt artikel 14 og 15

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, særligt artikel 11 og 13

Anførte nationale bestemmelser

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder, herefter »UrhG«), særligt §§ 97, 99, 101 og 102a

Telemediengesetz (lov om telekommunikationstjenester, herefter »TMG«), særligt § 10

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Sagsøgeren er et internationalt forlag for faglitteratur og indehaver af de eksklusive rettigheder til at bruge værker.
- 2 Sagsøgte driver shared hosting tjenesten »uploaded«, som kan findes via webstederne uploaded.net, uploaded.to og ul.to. Denne tjeneste tilbyder alle gratis lagringsplads til at uploade filer med et hvilket som helst indhold. Til enhver uploadet fil opretter sagsøgte automatisk en elektronisk henvisning (download-link) på fillagringspladsen og meddeler brugeren denne. Sagsøgte leverer hverken en indholdsfortegnelse over eller en søgefunktion for de filer, der er oplagrede hos denne. Brugere kan dog lægge de pågældende download-links ind på såkaldte linksamlinger på internettet. Disse udbydes af tredjemænd og indeholder oplysninger om indholdet af de filer, der er lagret på sagsøgtes servere. På denne måde kan andre brugere få adgang til de filer, der er oplagret på sagsøgtes servere.
- 3 Downloading af filer fra sagsøgtes platform kan i et vist omfang ske gratis. Betalende brugere modtager et større antal downloads med højere download-hastigheder. Sagsøgte betaler brugere, der uploader filer, downloadvederlag. For 1 000 downloads betaler sagsøgte sine brugere op til 40 EUR.
- 4 Sagsøgtes tjeneste anvendes både til lovlig brug og til brug, som krænker tredjemands ophavsrettigheder. Sagsøgte har allerede tidligere i stort omfang modtaget meddelelser om, at der er adgang til krænkende indhold, fra virksomheder, der leverer tjenesteydelser og handler på rettighedshavernes vegne. Sagsøgte har fået meddelelse om over 9 500 værker, til hvilke der er lagt ophavsretskrænkende links ind på ca. 800 websteder (linksamlinger, blogs, fora), som sagsøgte kender til, og hvis antal stadig vokser. Ifølge sagsøgtes generelle forretningsbetingelser er det forbudt for brugerne at begå ophavsretlige krænkelser via sagsøgtes platform.
- 5 Sagsøgeren anser sine rettigheder til brug af bestemte værker for krænkede. Selskabet har anlagt sag mod sagsøgte primært som gerningsmand, subsidiært som medvirkende og mere subsidiært som forstyrrende faktor (»Störer«) i forbindelse med en ophavsretlig krænkelse, og har nedlagt påstand om, at der nedlægges forbud over for sagsøgte, at sagsøgte pålægges at udlevere oplysninger og at det fastslås, at sagsøgte er erstatningsansvarlig.
- 6 Appelretten har nedlagt forbud over for sagsøgte som forstyrrende faktor med hensyn til tre værker i overensstemmelse med den mere subsidiære påstand og har i øvrigt frifundet sagsøgte. I revisionsanken har sagsøgeren gentaget sine påstande.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 7 Ligesom i tvisten i hovedsagen vedrørende den anmodning om præjudiciel afgørelse i sag C-682/17, der er forelagt parallelt med nærværende anmodning,

afhænger udfaldet af sagsøgerens revisionsanke af, om sagsøgtes adfærd ud fra de omstændigheder, der er fastslået i tvisten, udgør en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 (herom **det første spørgsmål**). Såfremt dette spørgsmål skal besvares benægtende, rejser der sig det spørgsmål, om sagsøgtes aktivitet henhører under anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 (herom **det andet spørgsmål**). Såfremt dette spørgsmål skal besvares bekræftende, rejser der sig det spørgsmål, om det konkrete kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og kendskabet til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 skal vedrøre specifikke ulovlige aktiviteter eller informationer (herom **det tredje spørgsmål**). Endvidere rejser der sig så det spørgsmål, om det er foreneligt med artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29, hvis rettighedshaveren først kan få nedlagt forbud over for en tjenesteyder, hvis ydelse består i at oplagre information, som er lagt ind af en bruger, og som er blevet benyttet af en bruger til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder, når der, efter at der er påpeget en klar krænkelse, på ny er sket en sådan krænkelse? (herom **det fjerde spørgsmål**).

- 8 Hvis sagsøgtes adfærd hverken udgør en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 eller henhører under anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31, rejser der sig det spørgsmål, om sagsøgte alligevel skal anses for at være krænkende part som omhandlet i artikel 11, første punktum, og artikel 13 i direktiv 2004/48 (herom **det femte spørgsmål**). Såfremt dette spørgsmål skal besvares bekræftende, rejser der sig det spørgsmål, om en sådan krænkende parts forpligtelse til at betale erstatning i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2004/48 kan gøres afhængig af, at den krænkende part har handlet forsætligt både i relation til sin egen krænkelse og i relation til tredjemands krænkelse og vidste eller med rimelighed burde vide, at brugere udnytter platformen til konkrete krænkelser (herom **det sjette spørgsmål**).

Det første præjudicielle spørgsmål

- 9 Da de rettigheder, som sagsøgeren har gjort gældende, til overføring til almenheden i form af tilrådighedsstillelse for almenheden, drejer sig om harmoniseret ret i henhold til artikel 3, stk. 1 og 2, litra a) og b), i direktiv 2001/29, skal de tilsvarende bestemmelser i den tyske lov om ophavsret fortolkes i overensstemmelse med direktivet.
- 10 Begrebet »overføring til almenheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 kræver en individuel vurdering, ved hvilken der skal tages hensyn til en række yderligere kriterier. Blandt disse kriterier har Domstolen fremhævet den afgørende rolle, brugeren spiller, og det forhold, at dennes handling er bevidst (jf. senest dom af 14.6.2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, præmis 23-26).

- 11 Det er ikke klart, om sagsøgtes aktivitet ud fra de omstændigheder, der er fastslået i tvisten, udgør en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.
- 12 Med hensyn til kriteriet om den afgørende rolle, som brugeren spiller, og om det forhold, at dennes handling er bevidst, forudsætter en overføringshandling, at brugeren handler med fuldt kendskab til følgerne af sin adfærd – altså forsætligt og målrettet – for at skaffe tredjemand adgang til et beskyttet værk eller en beskyttet ydelse. Det er herved tilstrækkeligt, at tredjemænd har adgang til det beskyttede værk eller den beskyttede ydelse, uden at det er afgørende, om de benytter denne adgang (jf. dom af 14.6.2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, præmis 31).
- 13 Anvendelsen af de kriterier, som Domstolen har opstillet, taler for at antage, at sagsøgte har spillet en afgørende rolle. Det er ikke til hinder for antagelsen af, at der foreligger en afgørende rolle, at sagsøgte ikke selv lægger indhold ind, men ved at stille shared hosting tjenester til rådighed gør det muligt for tredjemænd at give deres brugere adgang til indhold, som også kan omfatte indhold, der udgør en krænkelse af ophavsretten (jf. dom af 14.6.2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, præmis 36). Sagsøgte handler desuden i kommerciel interesse, da sagsøgte opnår indtægter ved driften af tjenesten. For at antage, at der foreligger en afgørende rolle, kræves der endvidere fuldt kendskab til konsekvenserne af aktiviteten, som også skal vedrøre det forhold, at rettighedshaveren ikke har givet tilladelse (jf. dom af 26.4.2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, præmis 41). Eftersom de filer, der stilles til rådighed ved sagsøgtes tjeneste, downloades af tredjemænd, har sagsøgte ganske vist indtil rettighedshaveren gør opmærksom herpå, intet kendskab til, at der er adgang til indhold, der krænker ophavsretten. I sagsøgerens brugsbetingelser gør denne også brugere opmærksom på, at det ikke er tilladt at lægge ophavsretskrænkende indhold ind. Sagsøgte har imidlertid kendskab til, at der i dens tjeneste i betydeligt omfang er ophavsretskrænkende indhold til rådighed. Derudover forhøjer sagsøgte ved udformningen af sin vederlagsordning, tilrådighedsstillingen af ubegrænsede download-links og muliggørelsen af den anonyme benyttelse sin tjeneste risikoen for rettighedskrænkende brug betydeligt..

Det andet præjudicielle spørgsmål

- 14 Udbuddet af en internetplatform, hvor tredjemænd kan oplagre information, henhører som hosting-tjenesteydelse ganske vist i princippet under anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 (jf. dom af 16.2.2012, SABAM, C-360/10, EU:C:2012:85, præmis 27). Ansvarsfritagelsen i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 finder imidlertid ikke anvendelse på en host-provider, når denne i stedet for at begrænse sig til at levere sin hosting-ydelse neutralt gennem en rent teknisk og automatisk behandling af den information, som dennes kunder forsyner ham med, spiller en aktiv rolle, som kan give denne kendskab til eller kontrol med disse oplysninger (jf. for så vidt dom af 12.7.2011, L'Oréal, C-324/09, EU:C:2011:474, præmis 112-116).

- 15 Der rejser sig det spørgsmål, som skal afklares på EU-retligt niveau, om sagsøgte på grund af de omstændigheder, der foreligger i tvisten, (herom det første spørgsmål) har spillet en aktiv rolle, som er til hinder for anvendelsen af artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31.

Det tredje præjudicielle spørgsmål

- 16 Efter rettens opfattelse skal det tredje præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende. Det er ikke tilstrækkeligt, hvis udbyderen generelt har kendskab til, at hans tjenesteydelser udnyttes til ulovlige aktiviteter af en eller anden art. Dette antydes allerede ved bestemmelsens ordlyd og brugen af den bestemte artikel til at betegne den ulovlige aktivitet eller information. Desuden følger dette af, at det kun er i relation til konkrete informationer, at udbyderen kan opfylde sin forpligtelse til at fjerne den ulovlige information eller blokere adgangen til den, fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab [artikel 14, stk. 1, litra b), i direktiv 2000/31]. Derfor skal en henvisning til krænkelse være så konkret, at adressaten kan fastslå ulovligheden uden vanskelighed og uden en grundig retlig eller faktisk undersøgelse. Hvis der gøres en ophavsretligt beskyttet retsstilling gældende, kræves der derfor en identificering af det beskyttede værk eller den beskyttede ydelse og en beskrivelse af den anfægtede krænkelsesform samt tilstrækkeligt klare holdepunkter for de pågældendes ophavsretlige berettigelse.

Det fjerde præjudicielle spørgsmål

- 17 I henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 sikrer medlemsstaterne, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmand, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.
- 18 Den, der – uden at være gerningsmand eller medvirkende – på en hvilken som helst måde forsætligt bidrager til en krænkelse af det beskyttede retsgode, kan ifølge Bundesgerichtshofs praksis sagsøges som »Störer«. Denne hæftelse forudsætter en krænkelse af adfærdsforpligtelser, hvis omfang afhænger af, hvad der er rimeligt i det enkelte tilfælde. Hvis »Störeren« er en tjenesteyder, hvis tjeneste består i at oplagre information, som en bruger har lagt ind, kan denne ifølge Bundesgerichtshofs praksis i princippet først forpligtes ved nedlæggelse af et forbud, når der, efter at der er påpeget en klar krænkelse, på ny er sket en sådan krænkelse.
- 19 Efter rettens opfattelse skal det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende. En tjenesteyder, hvis tjeneste består i at oplagre information, som en tjenestemodtager har lagt ind, kan i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2000/31 ikke pålægges en generel forpligtelse til at overvåge den information, han oplagrer, eller til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig aktivitet. Endvidere er en sådan tjenesteyder i henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 ikke ansvarlig for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager, forudsat: a) at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den

ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, eller b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den. Ifølge det ovenstående kan der heller ikke nedlægges forbud over for en operatør af en internetplatform, hvor tredjemænd kan oplagre information, som ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information.

Det femte præjudicielle spørgsmål

- 20 Direktiv 2004/48, som i henhold til dets artikel 2, stk. 1, finder anvendelse på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som fastsat i EU-retten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret, gælder med forbehold af artikel 2-6 og artikel 8 i direktiv 2001/29 (artikel 2, stk. 2, i direktiv 2004/48), og berører ikke artikel 12-15 i direktiv 2000/31 (artikel 2, stk. 3, i direktiv 2004/48). Direktivet sonderer mellem den krænkende part og mellemmand [i den tyske version: »Mittelspersonen«], hvis tjenesteydelser anvendes af en tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed (jf. direktivets artikel 11 og 13). Sådanne mellemmand betegnes, for så vidt som deres tjenesteydelser anvendes af en tredjemand til at krænke en ophavsret eller beslægtede rettigheder, i artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 som mellemmand, og for så vidt som deres tjenester består i at oplagre information, som er lagt ind af en tjenestemodtager, i artikel 14, stk. 3, i direktiv 2000/31 som tjenesteydere.
- 21 I det omfang sagsøgte adfærd udgør en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, skal sagsøgte anses for at være den krænkende part som omhandlet i direktiv 2004/48, som der kan udstedes påbud til (artikel 11, første punktum, i direktiv 2004/48; UrhG's § 97, stk. 1), kræves betaling af erstatning fra (artikel 13, stk. 1, i direktiv 2004/48; UrhG's § 97, stk. 2) og kræves tilbagebetaling af et overskud fra (artikel 13, stk. 2 i direktiv 2004/48; UrhG's § 102a). I det omfang sagsøgte adfærd henhører under anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31, skal sagsøgte anses for at være en mellemmand som omhandlet i direktiv 2004/48, hvis ansvar kan udelukkes, for så vidt som betingelserne i denne bestemmelses litra a) og b) er opfyldt, og som i modsat fald hæfter som den krænkende part.
- 22 Det er uklart, om sagsøgte også skal anses for at være den krænkende part som omhandlet i direktiv 2004/48, som der ikke kun kan udstedes påbud til, men også kræves betaling af erstatning og tilbagebetaling af et overskud fra, hvis sagsøgte adfærd hverken udgør en overføringshandling som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 eller henhører under anvendelsesområdet for artikel 14 i direktiv 2000/31. Efter rettens opfattelse skal dette spørgsmål besvares bekræftende, da den person, der deltager i en krænkelse, i henhold til direktiv 2004/48 enten skal være mellemmand eller den krænkende part og derfor kun kan være den krænkende part, når dennes deltagelse ikke er begrænset til at yde tjenester, som anvendes af en tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed. Ifølge

denne argumentation er den krænkende part ikke kun den bruger, der spiller en afgørende rolle ved overføring til almenheden, og som med fuldt kendskab til følgerne af sin adfærd – altså forsætligt og målrettet – er aktiv med henblik på at skaffe tredjemænd adgang til et beskyttet værk eller en beskyttet ydelse; den krænkende part er efter rettens opfattelse snarere også den tjenesteyder, der i forbindelse med, at brugere af hans platform foretager overføring til almenheden, ikke begrænser sig til en neutral rolle, men spiller en aktiv rolle.

Det sjette præjudicielle spørgsmål

- 23 I henhold til artikel 13, stk. 1, første punktum, i direktiv 2004/48 sikrer medlemsstaterne, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af den forurettede pålægger den krænkende part, der vidste eller med rimelighed burde vide, at hans aktiviteter medførte en sådan krænkelse, at betale rettighedshaveren en erstatning, der står i rimeligt forhold til det faktiske tab, denne har lidt som følge af krænkelsen.
- 24 I henhold til UrhG's § 97, stk. 2, første punktum, er den, der ulovligt krænker ophavsretten eller en anden rettighed, der er beskyttet efter lov om ophavsret, forpligtet til at erstatte den krænkede part det deraf opståede tab, hvis der er tale om en forsætlig eller uagtsom handling. Spørgsmålet om, hvorvidt en person hæfter civilretligt som gerningsmand eller medvirkende til en strafbar handling så som krænkelse af en beskyttet rettighed, skal i henhold til Bundesgerichtshofs praksis principielt bedømmes efter de retsprincipper, der er udviklet i strafferetten. For sagsøgte, som må anses for at være den krænkende part som omhandlet i artikel 11, første punktum, og artikel 13 i direktiv 2004/48, da sagsøgte ved krænkelsen af sagsøgerens rettigheder begået af brugerne af dets platform har spillet en aktiv rolle, kommer ifølge disse principper en hæftelse som medhjælper («Gehilfe») i betragtning. Medhjælper er den, der med forsæt har ydet en anden person hjælp til dennes forsætligt begåede ulovlige handling.
- 25 Der rejser sig så det spørgsmål, om den forpligtelse, der påhviler en sådan krænkende part til at yde erstatning i henhold til artikel 13, stk. 1, første punktum, i direktiv 2004/48, kan gøres afhængig af, at den krænkende part har handlet forsætligt både med hensyn til sin egen krænkelse og med hensyn til den krænkelse, tredjemand har begået.
- 26 Muligvis er det også i sådanne situationer tilstrækkeligt til at kræve erstatning ifølge artikel 13, stk. 1, første punktum, i direktiv 2004/48, hvis den krænkende part med rimelighed burde vide, at han begik en krænkelse. I så fald kunne medhjælperens erstatningsansvar allerede komme i betragtning, hvis der foreligger uagtsomhed. Ansvar for en tjenesteyder, der spiller en aktiv rolle, ville dermed være strengere end ansvars for en tjenesteyder, der indtager en neutral rolle, og dermed henhører under anvendelsesområdet for artikel 14 i direktiv 2000/31; den sidstnævntes ansvar forudsætter i henhold til artikel 14, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/31, et konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information.

- 27 Endvidere rejser der sig så det spørgsmål, hvilke krav der skal stilles til den krænkende parts forsæt eller – såfremt dette er tilstrækkeligt – til dennes uagtsomhed i relation til den krænkelse, tredjemand har begået. Ifølge Bundesgerichtshofs praksis skal den medvirkende i relation til den hovedovertrædelse, som en tredjemand har begået, have et i hvert fald betinget forsæt, der skal omfatte et kendskab til, at handlingen var ulovlig. Den medvirkendes forsæt og kendskab til, at handlingen var ulovlig, skal her relatere sig til en konkret hovedovertrædelse. Det er derfor ikke tilstrækkeligt for antagelsen af, at en operatør af en internetplatform er erstatningsansvarlig som medvirkende, at operatøren vidste, at brugere anvender platformen til at krænke intellektuelle rettigheder, hvis denne viden ikke relaterer sig til konkrete krænkelser.
- 28 Domstolen har i dom af 26. april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, præmis 50), og af 14. juni 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, præmis 45) fundet det tilstrækkeligt, at de pågældende sagsøgte bevidst foretog en farlig handling og generelt regnede med, at der fandt ulovlig brug sted. Hvis det var tilstrækkeligt til at rejse et erstatningskrav mod en tjenesteyder, der spiller en aktiv rolle, at denne blot generelt vidste eller med rimelighed burde vide, at der sker krænkelser på platformen, ville dennes ansvar også på dette punkt være skærpet i forhold til den tjenesteyders, der indtager en neutral rolle og dermed henhører under anvendelsesområdet for artikel 14 i direktiv 2000/31.