



Datum van inontvangstneming : 24/09/2025

Zaak C-534/25

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

6 augustus 2025

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

31 juli 2025

Verweerster en verzoekster tot „Revision”:

Cloudflare Inc.

Verzoekster en verweerster in „Revision”:

Universal Music GmbH

[OMISSIS]

BUNDESGERICHTSHOF

BESLISSING

[OMISSIS]

van

31 juli 2025

in het geding tussen

Cloudflare Inc., [OMISSIS] San Francisco, Californië, Verenigde Staten van Amerika,

verweerster en verzoekster tot „Revision”,

[OMISSIS]

en

Universal Music GmbH, [OMISSIS] Berlijn,

verzoekster en verweerster in „Revision”,

[OMISSIS]

De I. Zivilsenat (eerste civiele kamer) van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) (hierna: „verwijzende rechter”) heeft [OMISSIS]

beslist:

I. De behandeling wordt geschorst.

II. Het Hof wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen, die strekken tot uitlegging van artikel 3, lid 2, 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), gelezen in samenhang met artikel 13, 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 5, lid 1, van verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van richtlijn 2000/31/EG (digitaaldienstenverordening) (PB 2022, L 277, blz. 1):

- 1) Kan een handeling bestaande in beschikbaarstelling van een fonogram voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29/EG alleen worden verricht door personen die de beschermde opname in hun eigen toegangssfeer hebben of kan een dergelijke handeling ook worden verricht door middel van het plaatsen van een hyperlink en, zo ja, onder welke voorwaarden?
- 2) Zijn de door het Hof ontwikkelde criteria voor een handeling bestaande in mededeling aan het publiek, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, door de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden ook van toepassing op de beoordeling of de exploitant van een content delivery netwerk, die overeenkomstig artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG en artikel 5, lid 1, van verordening (EU) 2022/2065 van aansprakelijkheid kan zijn vrijgesteld, een eigen handeling bestaande in beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG heeft verricht? Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord: welke criteria dienen te worden toegepast om te bepalen of een exploitant van een content delivery netwerk een eigen handeling bestaande in beschikbaarstelling voor het publiek heeft verricht?

Motivering

- 1 A. Verzoekster is een fonogramproducent. In Duitsland distribueert zij het muziekalbum „HERZ KRAFT WERKE”, daaronder begrepen de editie „HERZ KRAFT WERKE deluxe”, van de artieste Sarah Connor (hierna voor beide ook: „litigieus album”), dat is uitgebracht op 31 mei 2019. Op de cd-hoes staat gedrukt: „A POLYDOR RELEASE (P) & © MISS CEE PUBLISHING GMBH, UNDER EXCLUSIVE LICENCE TO UNIVERSAL MUSIC GMBH”.
- 2 Verweerster exploiteert internetdiensten waarvan wereldwijd gebruik wordt gemaakt door een groot aantal bedrijven en een groot aantal (onder meer tot de overheid behorende) instellingen. Zij beschikt onder meer over een content delivery netwerk (hierna: „CDN”) met 200 serverlocaties in 90 landen. Wanneer zij intervenueert als nameserver, geeft zij via haar eigen servers sturing aan het gehele dataverkeer tussen de gebruikers en de websitebeheerders. In het geval van who-is-verzoeken ten aanzien van een domein dat gebruikmaakt van de diensten die zij als nameserver aanbiedt, wordt telkens alleen haar IP-adres getoond. Met haar diensten draagt zij zorg voor het versnellen van het dataverkeer en het stabiliseren van websites, onder meer door het afweren en afzwakken van cyberaanvallen. Op een tussen partijen in geding zijnde schaal spiegelt zij op haar servers de content van websites.
- 3 Verweerster heeft een „Trusted Reporter”-programma en betoogt dat betrouwbare rechthebbenden of hun verenigingen langs die weg informatie over inbreukmakende websites, daaronder begrepen het oorspronkelijke IP-adres, kunnen verkrijgen. Verzoekster is lid van een door verweerster erkende „Trusted Reporter”-organisatie. Voor het overige biedt verweerster een klachtenformulier aan en stuurt zij ingediende klachten door naar de exploitant van de betreffende website en/of naar de betreffende aanbieder van hosting-diensten.
- 4 Tot en met 17 februari 2020 was een van verweersters contractpartners de dienst DDL-Music, die gebruikmaakte van het internetadres (url) ddl-music.to. Hoewel verweerster heeft verklaard hier geen kennis van te hebben, betoogt verzoekster dat het bedrijfsmodel van voornoemde dienst, die meermaals van aanbieder van hosting-diensten is veranderd, gericht is op het onrechtmatige gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. DDL-Music bood meer dan 1 miljoen downloadlinks naar muziekalbums en audioboeken aan. Het domein ddl-music.to had geen impressum en bood geen misbruikformulier aan. Sinds eind 2021 is het offline.
- 5 Op 5 juni 2019 is het litigieuze album door DDL-Music via voornoemde url aangeboden als „album van de week” en kon het worden gedownload via een link op een platform voor de uitwisseling van bestanden, namelijk op nitroflare.com. Verzoekster heeft verweerster op 6 juni 2019 een

ingebrekestelling doen toekomen, maar verweerster heeft daarop niet gereageerd. Op 13 juni 2019 kon het album nog steeds in ongewijzigde vorm worden gedownload. Zoals is gedocumenteerd waren op 13 en 14 juni 2019 via DDL-Music nog andere downloadopties beschikbaar, onder meer op share-online.biz, een ander platform voor de uitwisseling van bestanden. Verzoekster heeft verweerster op 19 juni 2019 een nieuwe ingebrekestelling doen toekomen, waarop verweerster heeft verwezen naar de aanbieder van hosting-diensten en naar de website-exploitant.

- 6 Verzoekster heeft in een tegen verweerster aanhangig gemaakt kort geding verkregen dat de rechter heeft bevolen om de inbreukmakende handeling te staken [Landgericht Köln (rechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland), MMR 2020, 326; deze uitspraak is bevestigd door het Oberlandesgericht Köln (rechter in tweede aanleg Keulen, Duitsland; hierna: „appelrechter”), GRUR 2021, 70]. In deze procedure heeft verweerster geweigerd om het IP-adres van ddl-music.to bekend te maken en heeft zij verwezen naar haar „Trusted Reporter”-programma. Eerder had verzoekster al meerdere verzoeken over DDL-Music tot verweerster gericht, maar verweerster heeft het IP-adres in geen enkel geval bekendgemaakt.
- 7 In de onderzochte procedure in het hoofdgeding heeft verzoekster, voor zover dit relevant is voor de procedure tot „Revision”, op grond van het naburige auteursrecht van fonogramproducenten een vordering tegen verweerster ingesteld waarbij zij heeft verzocht om het litigieuze album in Duitsland niet langer voor het publiek beschikbaar te stellen via DDL-Music en, subsidiair, om de toegang tot het album via voornoemde dienst onmogelijk te maken en om de gemaakte buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met de verschuldigde rente, te vergoeden. De rechter in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen (Landgericht Köln, ZUM-RD 2023, 299), waarop de appelrechter het door verweerster ingestelde hogere beroep heeft afgewezen (zaak WRP 2024, 105), de uitspraak van de rechter in eerste aanleg heeft herzien en verweerster ertoe heeft veroordeeld om

het album „HERZ KRAFT WERKE” of „HERZ KRAFT WERKE (Deluxe Edition)” van Sarah Connor met de muziekopnamen

[...] [lijst van muziekopnamen]

op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland, op straffe van nader bepaalde dwangsommen, niet langer beschikbaar te stellen via de internetdienst die op dat ogenblik bekend stond onder de naam „DDL-Music”, die met name gebruikmaakte van het domein „ddl-music.to”, wat eerder wel is geschied via de hyperlinks

[...] [lijst van hyperlinks],

en om aan verzoekster een bedrag van 682,62 EUR, vermeerderd met de verschuldigde rente, te betalen. Het door de appelrechter afgewezen verzoek

- tot staking van het gebruik van links naar DDL-Music in Duitsland via verweersters DNS-resolver en, subsidiair, tot blokkering van die DNS-resolver voor het downloaden van het album via ddl-music.to, is in de procedure tot „Revision” niet meer in geding.
- 8 Verweersters verzoek tot „Revision”, dat door de verwijzende rechter is toegestaan, heeft tot doel om, zover zij is veroordeeld, de uitspraak in hoger beroep te doen vernietigen en verzoeksters vordering te doen afwijzen. Verzoekster verzoekt om het verzoek tot „Revision” af te wijzen.
 - 9 B. Het slagen van verweersters verzoek tot „Revision” hangt af van de uitlegging van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG (hierna: „richtlijn 2001/29”), gelezen in samenhang met artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG (hierna: „richtlijn 2000/31”) en artikel 5, lid 1, van verordening (EU) 2022/2065 (hierna: „verordening 2022/2065”).
 - 10 I. De appelrechter heeft de door verzoekster ingestelde stakingsvordering, die is ingesteld op grond van § 97, lid 1, § 85, § 15, lid 2, punt 2, en § 19a van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (wet betreffende het auteursrecht en naburige rechten; hierna: „UrhG”), toegewezen op grond dat verweerster het litigieuze album via haar CDN voor het publiek beschikbaar heeft gesteld en heeft verweerster op grond van § 97a, lid 3, eerste volzin, UrhG veroordeeld tot vergoeding van de helft van de kosten van de ingebrekestelling. In de motivering van zijn beslissing heeft deze rechter aangegeven dat verzoekster bevoegd is om een vordering wegens inbreuk op auteursrechten in te stellen. Door haar CDN beschikbaar te stellen voor de exploitanten van de website ddl-music.to heeft verweerster het album op actieve en onrechtmatige wijze voor het publiek beschikbaar gesteld. De rechtspraak van het Hof inzake aanbieders van hosting-diensten (arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503) is ook van toepassing op andere soorten aanbieders, op voorwaarde dat deze een centrale rol hebben vervuld bij het faciliteren van inbreuken op het auteursrecht in de zin van deze rechtspraak. Ondanks verzoeksters herhaalde aanmaningen heeft verweerster verzuimd om afdoende maatregelen te treffen. Zij kan zich evenmin beroepen op een beperking van de aansprakelijkheid op grond van haar bevoorrechte positie in de zin van § 9 van het Telemediengesetz (wet inzake elektronische media; hierna: „TMG”) (artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31) of artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065.
 - 11 II. De gegrondheid van de gemaakte aanspraken moet overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 864/2007 (Rome II-verordening) naar Duits recht worden beoordeeld. De appelrechter heeft terecht geoordeeld dat verzoekster ten aanzien van het fonogram waarop het litigieuze album is uitgebracht moet worden aangemerkt als de bij uitsluiting rechthebbende. Zij is derhalve gerechtigd om, indien verweerster

- overeenkomstig § 85, lid 1, eerste volzin, § 15, lid 2, punt 2, en § 19a UrhG moet worden geacht inbreuk te hebben gemaakt op haar recht op beschikbaarstelling van het fonogram voor het publiek, dat teruggaat op artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29, een stakingsvordering in de zin van § 97, lid 1, UrhG en een vordering tot vergoeding van de kosten van de ingebrekestelling overeenkomstig § 97a, lid 3, eerste volzin, UrhG in te stellen.
- 12 III. Gelet op het Unierecht en op de rechtspraak van het Hof kan [evenwel] niet met zekerheid worden beantwoord of een fonogram alleen voor het publiek beschikbaar kan worden gesteld in de zin van artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 wanneer de betreffende handeling van beschikbaarstelling wordt verricht door degene die binnen zijn eigen organisatie toegang tot de beschermde opname heeft dan wel of een dergelijke handeling ook kan worden verricht door middel van het plaatsen van een hyperlink en, zo ja, onder welke voorwaarden. De eerste prejudiciële vraag strekt tot verduidelijking van voornoemde rechtskwestie.
- 13 1. De appelrechter heeft geoordeeld dat ddl-music.to inbreuk heeft gemaakt op verzoeksters recht op beschikbaarstelling voor het publiek, dat volgens deze rechter moet worden gesubsumeerd onder het recht van mededeling aan het publiek. In dat verband is niet vereist dat het beschermde werk toegankelijk is binnen de eigen organisatie van de partij die het werk daadwerkelijk middels een link voor het publiek toegankelijk heeft gemaakt (ddl-music.to). Op ddl-music.to zijn links geplaatst naar onrechtmatige aanbiedingen voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde muziekopnamen op websites voor de uitwisseling van bestanden. Het aldus toegankelijk maken van auteursrechtelijk beschermde content op een website zonder dat de rechthebbende daarmee heeft ingestemd is ook gericht tot een nieuw publiek wanneer deze content eerder met de toestemming van de rechthebbende en zonder beperkende maatregelen toegankelijk is gemaakt op een andere website. Dat geldt ook voor de links die in het onderhavige geval beschikbaar zijn gesteld door de website-exploitant. Deze links zijn beschikbaar gesteld met een winstoogmerk, zodat kan worden aangenomen dat de exploitant van de onrechtmatigheid van zijn handeling op de hoogte was. Bovendien heeft hij zijn onrechtmatige handeling zelfs met opzet verricht. De website „ddl-music.to” was „de meest recente warez-website voor muziek in het Duitstalige gebied”, waarbij zij opgemerkt dat de term „warez” in computer- en internetjargon voor illegaal verkregen of verspreide software staat. De website ddl-music.to bevatte geen impressum en bood geen misbruikformulier voor rechthebbenden aan. De gelinkte websites nitroflare.com en share-online.biz waren onrechtmatige websites voor de uitwisseling van bestanden. Zelfs op de website van de aanbieder van hosting-diensten, namelijk „BlueAngelHost”, waren duidelijke aanwijzingen te vinden dat sprake was van een onrechtmatig concept.

- 14 2. In artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 is bepaald dat de lidstaten ten behoeve van producenten van fonogrammen met betrekking tot hun fonogrammen in het uitsluitende recht voorzien om de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden. Deze regeling verschilt van de regeling voor auteurs van artikel 3, lid 1, van voornoemde richtlijn, volgens welke de lidstaten voorzien in het uitsluitende recht om hun werken mee te delen aan het publiek, met inbegrip van het beschikbaar stellen ervan.
- 15 Artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 is in Duits recht omgezet bij § 85, lid 1, eerste volzin, UrhG, waarin ten behoeve van de fonogramproducenten onder meer is voorzien in een recht van beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van § 15, lid 2, punt 2, en § 19a UrhG, maar niet in een uitgebreid recht van mededeling aan het publiek in de zin van § 15, lid 2, UrhG. Bovendien is in § 86 UrhG, dat strekt tot omzetting van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 2006, L 376, blz. 28), bepaald dat de fonogramproducent jegens een uitvoerend kunstenaar aanspraak kan maken op een passend deel van zijn vergoeding wanneer een uitgebracht of rechtmatig voor het publiek toegankelijk gemaakt fonogram waarop de betreffende uitvoering is opgenomen wordt gebruikt voor de doeleinden van de mededeling ervan aan het publiek.
- 16 3. Volgens vaste rechtspraak van de verwijzende rechter is sprake van een beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van § 15, lid 2, punt 2, en § 19a UrhG wanneer aan derden toegang wordt verschaft tot een auteursrechtelijk beschermd werk dat voor de partij die het daadwerkelijk voor het publiek toegankelijk maakt toegankelijk is binnen haar eigen organisatie [zie uitspraak van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland; hierna: „BGH”) van 22 april 2009, Internet-Videorecorder I, I ZR 216/06, GRUR 2009, 845 (juris punt 27) = WRP 2009, 1001; uitspraak van het BGH van 20 mei 2009 in de zaak CAD-Software, I ZR 239/06, GRUR 2009, 864 (juris punt 16) = WRP 2009, 1143; uitspraak van het Bundesgerichtshof in Zivilsachen (hoogste federale rechter in burgerlijke zaken, Duitsland; hierna: „BGHZ”) van 29 april 2010 in de zaak Vorschaubilder I, I ZR 9/08, 185, 291 (juris punt 19); uitspraak van het BGH van 29 april 2010 in de zaak Session-ID, I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 (juris punt 23) = WRP 2011, 88; beslissing van het BGH van 16 mei 2013 in de zaak Die Realität I, I ZR 46/12, GRUR 2013, 818 (juris punt 8) = WRP 2013, 1047; uitspraak van het BGH van 9 juli 2015 in de zaak Die Realität II, I ZR 46/12, GRUR 2016, 171 (juris punt 13) = WRP 2016, 224; uitspraak van het BGH van 21 september 2017 in de zaak Vorschaubilder III, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178 (juris punt 19) = WRP 2018, 201; beslissing van het BGH van 25 april 2019 in de zaak

Deutsche Digitale Bibliothek I, I ZR 113/18, GRUR 2019, 725 (juris punt 15) = WRP 2019, 890 en uitspraak van het BGH van 27 juni 2024 in de zaak Internet-Radiorecorder II, I ZR 14/21, GRUR 2024, 1105 (juris punt 53) = WRP 2024, 1066]. In die zin vormt de weergave van foto's in de resultatenlijst van een zoekmachine bijvoorbeeld een beschikbaarstelling van de zijde van de exploitant van de zoekmachine, wanneer deze de weergegeven foto's op zijn eigen computer – en derhalve onafhankelijk van de oorspronkelijke bron – bewaart en aldus de controle over de bewaring ervan uitoefent. Wanneer een op een externe website geplaatste foto door middel van een link wordt gekoppeld aan de eigen website, is daarentegen geen sprake van een onder het auteursrecht vallende utilitaire beschikbaarstelling voor het publiek. In een dergelijk geval maakt namelijk alleen de exploitant van de externe website, die de betreffende foto op het internet heeft geplaatst en die deze derhalve voor het publiek beschikbaar heeft gesteld, uit of de foto al dan niet beschikbaar blijft [zie uitspraak van het BGH in de zaak Vorschaubilder III, GRUR 2018, 178 (juris punt 19) en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 17 4. Indien beschikbaarstelling voor het publiek vereist dat het betreffende materiaal wordt aangehouden en dus binnen de eigen organisatie toegankelijk is, kan een fonogramproducent zijn recht alleen op regelmatige wijze doen gelden ten aanzien van website-exploitanten die een kopie van het betreffende fonogram op hun servers hebben opgeslagen. De appelrechter heeft noch ten aanzien van verweerster noch ten aanzien van DDL-Music vastgesteld dat zij het litigieuze album binnen hun eigen organisatie hebben aangehouden. Hij is er veeleer van uitgegaan dat DDL-Music slechts links heeft aangehouden naar opslagplaatsen op platforms voor de uitwisseling van bestanden.
- 18 5. Gelet op het Unierecht en de rechtspraak van het Hof is het evenwel niet boven alle twijfel verheven of een handeling bestaande in beschikbaarstelling van een fonogram voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 alleen kan worden verricht door personen die de beschermde opname in hun eigen toegangssfeer hebben, dan wel ook kan worden verricht door middel van het plaatsen van een hyperlink en, zo ja, onder welke voorwaarden.
- 19 a) Volgens de rechtspraak van het Hof moet het in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 neergelegde recht van mededeling aan het publiek worden geacht volledig te zijn geharmoniseerd aangezien de richtlijn bedoeld is om de rechtszekerheid te waarborgen en bij te dragen tot de werking van de interne markt. De lidstaten mogen het door deze bepaling gerechtvaardigde beschermingsniveau derhalve niet verlagen of verhogen (zie arrest van 13 februari 2014, [REDACTED] e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 33 tot en met 41). Hetzelfde geldt ten aanzien van het recht om een werk voor het publiek beschikbaar te stellen, dat is neergelegd in artikel 3, leden 1 en 2,

- van richtlijn 2001/29 [zie uitspraak van het BGHZ van 2 juni 2022 in de zaak Youtube II, I ZR 140/15, 234, 56 (juris punt 70)].
- 20 b) Het begrip „mededeling van een werk aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 is verduidelijkt in de rechtspraak van het Hof.
 - 21 aa) Overeenkomstig deze rechtspraak betreft het een tweeledig begrip, dat ziet op de mededeling van het betreffende werk en op het feit dat het werk wordt meegedeeld aan het publiek. Voorts is een individuele beoordeling vereist om vast te stellen of het begrip al dan niet van toepassing is. In het kader van een dergelijke beoordeling moet rekening worden gehouden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast [vaste rechtspraak; zie arresten van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 66 en volgende, 20 april 2023, Blue Air Aviation, gevoegde zaken C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 47 en volgende, 13 juli 2023, Ocilion IPTV Technologies, C-426/21, EU:C:2023:564, punten 56 en 58, 11 april 2024, Citadines, C-723/22, EU:C:2024:289, punt 39 en volgende en 20 juni 2024, GEMA, C-135/23, EU:C:2024:526, punt 21 en volgende, alsook de uitspraak van het BGH van 23 oktober 2024 in de zaak Manhattan Bridge, I ZR 112/23, GRUR 2024, 1809 (juris punt 27) = WRP 2024, 1494 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
 - 22 bb) Een „mededelingshandeling” wordt verricht door iemand die met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenieert 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 arresten van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak, 20 april 2023, Blue Air Aviation, gevoegde zaken C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 53, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 30) en aldaar aangehaalde rechtspraak].
 - 23 Van een mededeling „aan het publiek” is alleen sprake wanneer een onbepaald aantal potentiële ontvangers en een vrij groot aantal personen tegelijkertijd of achtereenvolgens toegang heeft tot hetzelfde werk [zie arresten van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 69, 20 april 2023, Blue Air Aviation, gevoegde zaken C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 54, en de in die arresten aangehaalde rechtspraak, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 28) en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 24 Om te worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek is bovendien vereist dat een beschermd werk wordt 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 auteursrechthebbende nog niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling van zijn werk aan het publiek [zie arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 70, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 29) en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie evenwel ook de beslissing van het BGH van 8 februari 2024 in de zaak Seniorenwohnheim, I ZR 34/23, GRUR 2024, 381 (juris punten 31 tot en met 35) = WRP 2024, 476].
- 25 cc) Op het recht van mededeling aan het publiek kan ook inbreuk worden gemaakt door het plaatsen van hyperlinks [zie arresten van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punten 49 tot en met 51 en 26 april 2017, Stichting Brein [Filmspeler], C-527/15, EU:C:2017:300, punten 49 tot en met 51, alsook de arresten van 13 februari 2014, [REDACTED] e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 25 tot en met 31, 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, punten 15 tot en met 19 en 9 maart 2021 en VG Bild-Kunst, C-392/19, EU:C:2021:181, punten 41 tot en met 55]. In dat verband moet worden vastgesteld of het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website zijn verstrekt zonder winstoogmerk door een persoon die geen kennis had of redelijkerwijs geen kennis kon hebben van het onrechtmatige karakter van de publicatie van die werken op die andere website, dan wel of, integendeel, voornoemde links met een dergelijk oogmerk zijn verstrekt, in welk geval deze kennis moet worden vermoed [zie arresten van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punt 55 en 26 april 2017, Stichting Brein [Filmspeler], C-527/15, EU:C:2017:300, punt 49)].
- 26 c) Het begrip „beschikbaarstelling van een werk of ander materiaal voor het publiek”, dat in het kader van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2001/29 uniform moet worden uitgelegd (zie arrest van 17 juni 2021, M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2021:492, punt 41), is in de rechtspraak van het Hof nog niet ten volle verduidelijkt.
- 27 aa) Om te beoordelen of een beschermd werk „voor het publiek” beschikbaar wordt gesteld past het Hof dezelfde criteria toe als in het kader van het recht van mededeling aan het publiek (zie arrest van 17 juni 2021, M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2021:492, punt 51).
- 28 bb) Het is evenwel nog niet volledig duidelijk onder welke voorwaarden moet worden uitgegaan van een „handeling van beschikbaarstelling”.

- 29 (1) In de rechtspraak van het Hof zijn aanwijzingen te vinden dat de begrippen „beschikbaar stellen” en „weergeven” moeten worden opgevat als synoniemen. In die zin zou de formulering van het Hof „een „handeling bestaande in een mededeling” en dus [in een] beschikbaarstelling” van punt 47 van het arrest van 17 juni 2021, M.I.C.M., C-597/19, EU:C:2021:492 aldus moeten worden uitgelegd dat de begrippen „beschikbaarstelling” en „mededeling” niet van elkaar verschillen (a contrario daarentegen arrest van 7 augustus 2018, ██████████ C-161/17, EU:C:2018:634, punt 21).
- 30 (2) Systematische redenen pleiten er evenwel tegen om beide begrippen met elkaar gelijk te stellen. Uit de formulering van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, namelijk „[het recht van] mededeling [...] aan het publiek [...], met inbegrip van de beschikbaarstelling [...] voor het publiek”, volgt dat beschikbaarstelling voor het publiek een bijzonder geval is van mededeling aan het publiek [zie uitspraak van het BGHZ in de zaak YouTube II, 234, 56 (juris punt 72), alsook het arrest van 7 augustus 2018, ██████████ C-161/17, EU:C:2018:634, punten 32 en 35)]. Aangenomen moet derhalve dat een beschikbaarstelling voor het publiek moet voldoen aan alle criteria die gelden voor een mededeling aan het publiek en daarnaast aan een bijkomend criterium.
- 31 (3) In ieder geval moet, zoals volgt uit de bewoordingen van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2001/29, bijkomend worden geëist dat het publiek toegang tot het materiaal heeft op een individueel gekozen plaats en tijd. In het kader van een dergelijke opvatting moet onder „beschikbaarstelling voor het publiek” worden verstaan een mededeling van een beschermd werk aan het publiek die de mogelijkheid biedt om dat werk te raadplegen op een zelfgekozen plaats en tijdstip. Een dergelijke afbakening wordt ondersteund door de complementaire regeling van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG, die ten behoeve van de fonogramproducenten niet voorziet in een bij uitsluiting geldend recht maar in een [voor de gebruikers geldende] vergoedingsplicht ten aanzien van uitzendingen via de ether of mededelingen aan het publiek van een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram. Daarmee wordt mogelijkerwijs verwezen naar mededelingen aan het publiek van materiaal dat niet beschikbaar is op een zelfgekozen plaats en tijd maar uitsluitend op het tijdstip en/of de plaats van de betreffende mededeling.
- 32 (4) Het Hof heeft verklaard dat het begrip „beschikbaarstelling voor het publiek” in de zin van artikel 3 van richtlijn 2001/29 ziet op „interactieve doorgiften op aanvraag”, die er juist door worden gekenmerkt dat zij voor het publiek toegankelijk zijn op een zelfgekozen plaats en tijdstip [zie arrest van 26 maart 2015, C More Entertainment, C-279/13, EU:C:2015:19, punt 25 en volgende en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 33 In dat verband is het mogelijk dat beschikbaarstelling aan het publiek vereist dat aan derden toegang wordt verschaft tot een beschermd werk dat wordt aangehouden en dus toegankelijk is binnen de eigen organisatie van degene die deze toegang daadwerkelijk [middels het aanhouden van het betreffende werk] mogelijk maakt. Het is namelijk mogelijk dat materiaal alleen interactief, op verzoek van het publiek en op een zelfgekozen plaats en tijdstip kan worden doorgegeven wanneer het voor de doeleinden daarvan wordt bewaard binnen de eigen organisatie.
- 34 De in overweging 4 van richtlijn 2001/29 genoemde doelstelling van deze richtlijn, namelijk om een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom te waarborgen, zou er daarentegen voor kunnen pleiten dat het aanbieden van een aanklikbare link die een interactieve doorgifte op verzoek mogelijk maakt op zich reeds volstaat om te spreken van een beschikbaarstelling aan het publiek. De link is weliswaar geen causale voorwaarde voor de beschikbaarheid van het materiaal, dat ook na verwijdering van de link kan worden gedownload vanaf de plaats waar het is opgeslagen, maar de opname in een verzameling van links kan de mate van beschikbaarheid ervan wel vergroten in vergelijking met een situatie waarin het louter beschikbaar is op een platform voor het delen van bestanden, bijvoorbeeld doordat het in de eerstgenoemde situatie gemakkelijker kan worden gevonden met behulp van een zoekmachine. Het Hof heeft geoordeeld dat de beschikbaarstelling van aanklikbare links die verwijzen naar een andere website waarop [beschermde] werken voor alle internetgebruikers vrij beschikbaar zijn moet worden gelijkgesteld met de beschikbaarstelling van [dergelijke] werken (zie arresten van 13 februari 2014, [naam] e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 20, 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 20 en 7 augustus 2018, [naam] C-161/17, EU:C:2018:634, punt 37).
- 35 6. De eerste prejudiciële vraag is relevant voor de vaststelling van een beslissing. Indien de exploitant van de dienst DDL-Music het litigieuze album niet voor het publiek beschikbaar heeft gesteld, is er volgens de verwijzende rechter geen reden om aan te nemen dat verweerder, die de diensten van DDL-Music heeft gefaciliteerd, het album voor het publiek beschikbaar heeft gesteld. Een andere beoordeling is alleen mogelijk indien ook verweerder moet worden geacht het werk voor het publiek beschikbaar te hebben gesteld en de betreffende handeling van beschikbaarstelling niet alleen is verricht door de exploitanten van de platforms voor de uitwisseling van bestanden, namelijk door nitroflare.com en share-online.biz, die toegang tot het litigieuze album hadden in het kader van hun eigen organisatie (zie wat dat betreft aan het eind onder B IV 5).
- 36 IV. Los daarvan moet worden opgehelderd of de door het Hof ontwikkelde criteria voor een handeling bestaande in mededeling aan het publiek, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, door de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden ook van

toepassing zijn op de beoordeling of de exploitant van een CDN, die overeenkomstig artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 van aansprakelijkheid kan zijn vrijgesteld, een eigen handeling bestaande in beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29 heeft verricht, en, indien dat niet zo is, welke criteria dienen te worden toegepast om te bepalen of de exploitant van een CDN een eigen handeling bestaande in beschikbaarstelling voor het publiek heeft verricht. In dat verband wordt de tweede prejudiciële vraag gesteld.

- 37 1. Het Hof heeft geoordeeld dat de exploitant van een videodeelplatform of een platform voor het delen van bestanden 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 het internet kunnen worden gedeeld. Zowel op basis van het belang van de rol die een dergelijke interventie van de platformexploitant heeft voor de door de gebruiker verrichte mededeling als gelet op het weloverwogen karakter van die interventie moet worden beoordeeld of de interventie, gelet op de specifieke context ervan, moet worden aangemerkt als een handeling bestaande in een mededeling. 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”. 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 teneinde andere internetgebruikers toegang tot die content te verschaffen 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 [zie arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punten 77 tot en met 81 en punt 83 en uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 30) en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 38 In dat verband zijn met name relevant 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 (zie arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 84 en uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 31) en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 39 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 (zie arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 85, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge GRUR 2024, 1809 (juris punt 32) en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Hoewel het niet zonder belang is te weten of met de betrokken interventie winst wordt beoogd, kan 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 [zie arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 86, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 33) en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 41 Het staat aan de verwijzende rechter om aan de hand van deze 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 (arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 90, alsook de uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 33) en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 42 2. De appelrechter heeft deze beginselen ook toegepast op de toetsing van de vraag of ook verweerster moet worden geacht het litigieuze album als CDN-exploitant in eigen beheer voor het publiek beschikbaar te hebben gesteld dan wel of alleen de exploitant van de gelinkte website (ddl-music.to) dat heeft gedaan. Ter onderbouwing van zijn beoordeling dat verweerster het album in eigen beheer heeft meegedeeld en niet van aansprakelijkheid kan worden vrijgesteld heeft de appelrechter, onder verwijzing naar de

- beoordeling van de rechter in eerste aanleg, de hiernavolgende opmerkingen gemaakt.
- 43 Verweersters CDN en de registratie ervan als nameserver vervullen voor DDL-Music een centrale rol. Toegang tot de downloadlinks kon [namelijk] uitsluitend worden verkregen via verweersters CDN.
 - 44 Verweersters bedrijfsmodel is weliswaar erkend en is in beginsel neutraal maar houdt het risico van misbruik in zich. Verweester onderhoudt contractuele relaties met website-exploitanten. Zij slaat delen van hun websites tijdelijk op haar eigen servers op. In tegenstelling tot aanbieders van internetdiensten draagt zij er niet alleen zorg voor dat het betreffende domein bereikbaar is maar biedt zij ook „bescherming” voor de betreffende websites, namelijk door de toegang ertoe te controleren. Omdat zij een domein registreert in de hoedanigheid van nameserver en het koppelt aan haar CDN, zijn de IP-adressen van de betreffende domeinen niet zichtbaar. In het geval van who-is-verzoeken wordt alleen verweersters IP-adres getoond. In antwoord op ingediende klachten deelt verweester het IP-adres van het domein niet mee maar verwijst zij naar de aanbieder van hosting-diensten. Verweester heeft ook in de eerdere procedure in kort geding geweigerd om de gevraagde IP-adressen mee te delen. Niet iedereen kan aanspraak maken op de voordelen van het „Trusted Reporter”-programma.
 - 45 Ondanks verzoeksters herhaalde aanmaningen heeft verweester, die onder bezwarende titel handelt, verzuimd om onverwijld maatregelen te treffen om de toegang tot de inbreukmakende content onmogelijk te maken en heeft zij dat pas na acht maanden gedaan. Overeenkomstig haar algemene voorwaarden had zij de exploitant van het domein ddl-music.to onder dreiging van opzegging onmiddellijk moeten verzoeken om de inbreuken op het auteursrecht te staken en, indien dit zonder resultaat was gebleven, de content via haar CDN kunnen en moeten blokkeren.
 - 46 Volgens verweersters betoog komt alleen een aansprakelijkheidsbeperking in de zin van § 9 TMG [artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065] in aanmerking. Het is reeds twijfelachtig of deze bepaling kan worden toegepast op stakingsvorderingen uit hoofde van de aansprakelijkheid van de dader. Dit kan evenwel in het midden worden gelaten aangezien verweester, op wie zowel de uitlegplicht als de bewijslast rust, niet op overtuigende wijze heeft aangetoond dat is voldaan aan de voorwaarden van voornoemde bepaling. Vastgesteld kan alvast niet dat verweersters CDN bij de vereiste individuele toetsing moet worden aangemerkt als een bevoorrechte aanbieder van caching-diensten in de zin van § 9 TMG.
 - 47 Aangezien de werking van verweersters systeem slechts „soortgelijk” is met die van een CDN, is het niet bijzonder relevant dat de overwegingen 28 en 29 van verordening 2022/2065 erin voorzien dat de

aansprakelijkheidsbeperking ten aanzien van caching ook geldt voor een CDN. De reclame die verweerster voor zichzelf maakt, pleit ervoor om aan te nemen dat zij haar datacenter ook exploiteert als mirror-server en dat doet in het belang van de aanbieders van hosting-diensten. In dat verband zijn de gemaakte contractuele afspraken van belang, waarover verweerster evenwel geen opmerkingen heeft gemaakt, wat overigens ook kan worden gezegd over de daadwerkelijke periode waarin de gegevens van het domein ddl-music.to op haar servers beschikbaar waren.

- 48 Een „tijdelijke” [zeitlich begrenzte (in de tijd beperkte)] opslag in de zin van § 9 TMG houdt het midden tussen enerzijds een „tijdelijke” [kurzzeitige (kortstondige)] opslag in de zin van § 8, lid 2, TMG [artikel 12, lid 2 van richtlijn 2000/31 en artikel 4, lid 2, van verordening 2022/2065] en anderzijds een permanente opslag in de zin van § 10 TMG [artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065]. In het geval van proxy-cache-servers hangt het antwoord op de vragen „of” en „hoe lang” gegevens worden opgeslagen af van de opslagcapaciteit, de omvang en activiteit van de gebruikersgemeenschap alsook van de vraag hoe vaak de betreffende content wordt gedownload. Het betreft een in algoritmen uitgedrukte geanticipeerde selectie van de exploitant, zodat in het geval van zelden gedownloade content ook een langere opslagduur kan worden geacht bevoorrecht te zijn. Strikte tijdslimieten zijn niet aan de orde. In het geval van een tussentijdse opslag van meerdere weken of maanden kan de bevoorrechte status niet zonder meer worden ontzegd.
- 49 Volgens een door verweerster overgelegd en in opdracht opgesteld rapport berust de werking van haar CDN weliswaar op het basisconcept van een ringkernegeheugen, waarbij de TTE („time to eviction”) uitsluitend afhankelijk is van de grootte van het geheugen en van de vraag hoe vaak nieuwe content wordt gedownload, maar door de toevoeging van andere parameters wordt dit concept complexer, onder meer ook omdat de aanbieder van hosting-diensten mogelijkwel invloed kan uitoefenen op de TTL („time to live”). Typische TTL-waarden liggen tussen 0 seconden en 120 minuten, maar voor statische content kunnen ook aanzienlijk langere waarden van bijvoorbeeld een jaar worden opgegeven. De daadwerkelijke periode waarin content beschikbaar is, hangt evenwel af van de parameters die worden bepaald door de TTE. Deze kan aanzienlijk korter zijn dan de TTL. Wegens het grote aantal parameters en de dynamische wijze waarop het algoritme de TTE vaststelt, kan de CDN-aanbieder geen uitspraak doen over de daadwerkelijke periode waarin concrete content daadwerkelijk beschikbaar is. Dat is voor de exploitatie van een CDN-dienst ook niet vereist. Bijgevolg kan niet worden uitgesloten dat de exploitanten van ddl-music.to voor minstens een deel van de betreffende gegevens een TTL van een jaar of langer hebben gekozen en dat deze content inderdaad gedurende een tijdsbestek van een jaar of langer is opgeslagen op verweersters servers. Derhalve is § 9 TMG niet meer van toepassing.

- 50 Daarnaast heeft verweerster niet op overtuigende wijze aangetoond dat de opslag uitsluitend tot doel heeft om er zorg voor te dragen dat gegevens doeltreffender kunnen worden doorgegeven. Zij exploiteert haar dienst ook om websites veiliger te maken. Dat artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 niet alleen bescherming biedt ten behoeve van een doeltreffende maar ook voor de doeleinden van een veilige doorgifte kan niet worden geacht tot het reeds geldende recht te behoren.
- 51 Ten slotte voorziet § 9, lid 1, punt 1, TMG erin dat de aanbieder van diensten die de beschikking over de tussentijdse kopie heeft de door hem opgeslagen gegevens niet mag wijzigen. Op technische gronden vereiste ingrepen gedurende de doorgifte of opslag zijn in dat verband niet relevant. Verweerster behoudt zich in punt 2.5.3 van haar algemene voorwaarden het recht voor om bepaalde onderdelen van de gegevens van de klant die op zijn website staan of daarnaar worden overgedragen te wijzigen om de veiligheid van de website of de functionaliteit van de clouddiensten te verbeteren.
- 52 3. Gelet op de bestaande rechtspraak van het Hof kan niet met zekerheid worden beantwoord of de beginselen van platformverantwoordelijkheid die zijn ontwikkeld voor videodeelplatforms of host- en deelplatforms voor bestanden ook kunnen worden toegepast op een dienst als die van verweerster.
- 53 a) Om vast te stellen wanneer een partij van aansprakelijkheid kan worden vrijgesteld heeft het Hof voor alle soorten tussenhandeldiensten het criterium van de „actieve rol” ontwikkeld. Een dergelijke rol staat haaks op een activiteit die een „louter technisch, automatisch en passief karakter” heeft in de zin van overweging 42, tweede volzin, van richtlijn 2000/31, wat betekent dat „de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven”. Het criterium van de actieve rol is overgenomen in overweging 18 van verordening 2022/2065.
- 54 Het Hof heeft tussen de aanname dat sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 en dat de aanbieder van hosting-diensten moet worden vrijgesteld van aansprakelijkheid in de zin van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065 een relatie van feitelijke uitsluiting vastgesteld [zie laatstelijk uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punt 38) en aldaar aangehaalde rechtspraak]. In dat verband heeft het Hof de op de exploitant rustende verplichtingen uit hoofde van het dataverkeer („notice and take down”-procedure, zie punten 37 tot en met 41) vastgesteld met het oog op de voor hem geldende vrijstellingen van aansprakelijkheid. Wanneer de exploitant naar aanleiding van een kennisgeving van de rechthebbende onverwijld de nodige maatregelen treft om ervoor te zorgen dat de beschermde content niet langer op inbreukmakende wijze beschikbaar is, kan hij niet langer worden

- geacht het werk mee te delen aan het publiek. Bijgevolg is het niet meer relevant of hij zich al dan niet kan beroepen op een vrijstelling van aansprakelijkheid.
- 55 De verwijzende rechter heeft deze beginselen ook toegepast ten aanzien van een online marktplaats die niet onderhevig is aan de aansprakelijkheidsregeling van het Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (wet inzake de auteursrechtelijke aansprakelijkheid van dienstverleners voor het delen van online-content; hierna: „UrhDaG”), die is gebaseerd op artikel 17 van richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt (PB 2019, L 130, blz. 92; hierna: „richtlijn 2019/790”) (zie artikel 2, punt 6, tweede volzin, van voornoemde richtlijn en § 3, punt 5, UrhDaG]. Naar het oordeel van de verwijzende rechter was dat noodzakelijk omdat de door het Hof ontwikkelde maatstaven rechtstreeks invulling geven aan de feitelijke aspecten van het begrip „mededeling aan het publiek”. Ook ten aanzien van de vraag of artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat met ingang van 17 februari 2024 is vervangen door het in wezen gelijklopende artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065, er aanleiding toe geeft om de platformexploitant vrij te stellen van aansprakelijkheid heeft het Hof overigens geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds online marktplaatsen en anderzijds videodeelplatforms en host- en deelplatforms voor bestanden [zie uitspraak van het BGH in de zaak Manhattan Bridge, GRUR 2024, 1809 (juris punten 35 tot en met 38 en punt 42), waarin wordt verwezen naar enerzijds het arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a., C-324/09, EU:C:2011:474, punten 111, 113 en 115 en volgende en anderzijds het arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 117 en volgende].
- 56 b) De verwijzende rechter acht een uitlegging van het Unierecht noodzakelijk omdat de voor hosting-diensten voorgeschreven „notice and take down”-procedure van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065 afwijkt van die welke wordt voorgeschreven voor caching-diensten in artikel 13, lid 1, onder e), van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, onder e), van verordening 2022/2065.
- 57 aa) Volgens de voorschriften die van toepassing zijn op caching-diensten leidt concrete kennis van het bestaan van onrechtmatige content er nog niet toe dat een handelingsverplichting ontstaat waarvan de niet-nakoming tot gevolg heeft dat de exploitant van de betreffende diensten niet meer van zijn aansprakelijkheid kan worden vrijgesteld. Een dergelijke handelingsverplichting ontstaat pas wanneer sprake is van „positieve kennis” van het feit dat de content daadwerkelijk is verwijderd of geblokkeerd op de oorspronkelijke plaats van doorgifte of dat een daartoe strekkend bevel is uitgevaardigd door een gerechtelijke of bestuurlijke autoriteit. Dat kan ervoor pleiten om er alleen van uit te gaan dat de CDN-exploitant het werk „meedeelt” wanneer hij dergelijke positieve kennis verwerft en niettemin verzuimt om onverwijld de nodige maatregelen te treffen.

- 58 bb) In het verzoek tot „Revision” wordt tevens betoogd dat het aansprakelijkheidsconcept van „notice and take down” op technische en functionele gronden niet op een CDN kan worden toegepast. In tegenstelling tot een aanbieder van hosting-diensten kan de DDN-exploitant gegevens niet verwijderen van de oorspronkelijke locatie, namelijk van de hostserver. Daartoe beschikt hij namelijk niet over de nodige toegangsmogelijkheden. De appelrechter was daarentegen van oordeel dat verweerster zich niet kan beroepen op overblocking. Zij had een contractuele relatie met de website-exploitant, zodat deze in de mogelijkheid verkeerde om de blokkering in overleg met verweerster weer ongedaan te maken door de litigieuze auteursrechtelijk beschermde content te verwijderen.
- 59 c) De verwijzende rechter is geneigd om verweersters dienst als een caching-dienst aan te merken, zodat deze in beginsel moet worden geacht binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 te vallen.
- 60 aa) In tegenstelling tot het standpunt dat wordt ingenomen in het verweerschrift in „Revision” is verweersters dienst geen hosting-dienst in de zin van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065. Volgens de vaststellingen van de appelrechter worden de gegevens in het kader van deze dienst namelijk niet voor onbepaalde tijd opgeslagen namens de gebruikers van de dienst.
- 61 bb) Niet ter zake dienend is waarschijnlijk het tot „Revision” aangevoerde argument dat verweerster een dienst bestaande in de loutere doorgifte van informatie in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 4, lid 1, van verordening 2022/2065 exploiteert en dat zij derhalve van aansprakelijkheid moet worden vrijgesteld. Overeenkomstig overweging 29, vijfde volzin, van verordening 2022/2065 hangt de beoordeling of een specifieke dienst een „mere conduit”-, „caching”- of „hosting”-dienst is, enkel af van de technische functies ervan, die in de loop van de tijd kunnen evolueren, wat geval per geval moet worden beoordeeld. Naar het oordeel van de verwijzende rechter heeft de appelrechter terecht ontkend dat sprake is van een „automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag” in de zin van artikel 12, lid 2, van richtlijn 2000/31 en artikel 4, lid 2, van verordening 2022/2065. Dat in het verzoek tot „Revision” wordt ingegaan tegen de vaststelling van de appelrechter dat de opslagduur in concrete gevallen langer kan zijn dan een jaar heeft geen kans van slagen.
- 62 cc) In tegenstelling tot de opvatting van de appelrechter acht de verwijzende rechter het evenwel mogelijk dat, zoals in het verzoek tot „Revision” aanvullend wordt betoogd, verweerster moet worden geacht binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 te vallen.

- 63 (1) Overeenkomstig artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat van kracht was tot en met 16 februari 2024, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van die informatie, wanneer deze opslag enkel geschiedt om latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst en op hun verzoek doeltreffender te maken, op voorwaarde dat: a) de dienstverlener de informatie niet wijzigt; b) de dienstverlener de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt; c) de dienstverlener de alom erkende en in de bedrijfstak gangbare regels betreffende de bijwerking van de informatie naleeft; d) de dienstverlener niets wijzigt aan het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie, en e) de dienstverlener prompt handelt om de door hem opgeslagen informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken, zodra hij er daadwerkelijk kennis van heeft dat de informatie verwijderd werd van de plaats waar zij zich oorspronkelijk in het net bevond, of dat de toegang ertoe onmogelijk werd gemaakt, of zodra een rechtbank of een administratieve autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.
- 64 Deze bepaling is omgezet in het nationale recht bij § 9 TMG [wat betreft de intrekking van het TMG, zie artikel 37, lid 2, van het Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 (wet tot omzetting van verordening 2022/2065) van 6 mei 2024, BGBl. I nr. 149]. In § 9 TMG is bepaald dat aanbieder van diensten er niet verantwoordelijk voor zijn om gegevens automatisch, tussentijds en tijdelijk op te slaan wanneer een dergelijke opslag uitsluitend tot doel heeft om ervoor te zorgen dat gegevens van derden doeltreffender kunnen worden doorgegeven aan andere gebruikers wanneer die gebruikers daarom verzoeken, op voorwaarde dat is voldaan aan de erna genoemde voorwaarden van de punten 1 tot en met 5, die in wezen overeenstemmen met die van artikel 13, lid 1, onder a) tot en met e).
- 65 Artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 is met ingang van 17 februari 2024 vervangen door artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 (zie artikel 89, lid 1, en artikel 93, lid 2, van verordening 2022/2065). In die bepaling is bepaald dat wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de doorgifte in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstaanbieder niet aansprakelijk is voor de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van die informatie wanneer deze opslag enkel geschiedt om latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst op hun verzoek doeltreffender of veiliger te maken, op voorwaarde dat de dienstaanbieder: a) de informatie niet wijzigt; b) de voorwaarden voor toegang tot de informatie in acht neemt; c) de alom erkende en in de sector gangbare regels betreffende de bijwerking van de

- informatie naleeft; d) niets wijzigt aan het alom erkende en in de sector gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie, en e) prompt handelt om de door hem opgeslagen informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken, zodra hij er daadwerkelijk kennis van heeft dat de informatie verwijderd werd van de plaats waar zij zich oorspronkelijk in het netwerk bevond of de toegang ertoe onmogelijk werd gemaakt, of zodra een gerechtelijke of administratieve autoriteit heeft gelast de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.
- 66 De overwegingen van richtlijn 2000/31 bevatten geen toelichtingen ten aanzien van de vraag welke soorten diensten onder het begrip „caching” vallen. Volgens overweging 29, tweede zin, van verordening 2022/2065 moeten inhoudsleveringsnetwerken (in de Engelse taalversie: „content delivery networks”) en reverse proxy’s in beginsel als caching-diensten worden aangemerkt. De feitelijke voorwaarden voor het toekennen van een vrijstelling van aansprakelijkheid ten aanzien van een „caching”-dienst zijn in artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 aldus gewijzigd dat een dergelijke vrijstelling niet langer alleen kan worden toegekend in het geval van een automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag die uitsluitend bedoeld is om een „doeltreffendere” doorgifte van gegevens mogelijk te maken maar ook wanneer het enige doel erin bestaat om er zorg voor te dragen dat gegevens „veiliger of doeltreffender” kunnen worden doorgegeven. Deze wijziging is evenwel niet overgenomen in het kader van de definitie van „caching-dienst” van artikel 3, onder g), ii), van verordening 2022/2065.
- 67 (2) In tegenstelling tot de opvatting van de appelrechter acht de verwijzende rechter het, op de enkele grondslag dat gegevens op grond van de vooraf ingestelde TTL gedurende een jaar of langer kunnen worden opgeslagen, niet uitgesloten om ervan uit te gaan dat deze gegevens „tijdelijk” en „tussentijds” worden opgeslagen.
- 68 (a) In het verzoek tot „Revision” wordt daartegen ingebracht dat de Duitse bewoordingen „zeitlich begrenzt” (tijdelijk) weliswaar aldus kunnen worden opgevat dat sprake is van een vaste beperking maar dat een dergelijke uitlegging geen steun vindt in de andere taalversies (Engels: „temporary”, Spaans: „temporal”, Frans: „temporaire”). Reeds het tijdsaspect dat de opslag overeenkomstig [de Duitse taalversie van] artikel 12, lid 2, van richtlijn 2000/31 en artikel 4, lid 2, van verordening 2022/2065 „kurzzeitig” (kortstondig) is, mag niet strikt worden uitgelegd maar moet in verband worden gebracht met het doel van de gegevensdoorgifte („uitsluitend om de doorgifte in het communicatienetwerk te bewerkstelligen”) alsook met de gebruikelijke technische werking ervan („niet langer dan redelijkerwijs noodzakelijk is voor de doorgifte”). De „tijdelijke” opslag van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 is uitsluitend gekoppeld aan een doelvereiste [,om latere doorgifte van die

- informatie aan andere afnemers van de dienst en op hun verzoek doeltreffender [en veiliger] te maken”) en kan mogelijkserwijs worden geacht even lang te duren als nodig is om het doel van de caching-dienst te bewerkstelligen. Voorts bestaat een belangrijk verschil met een host-dienst in de zin van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 1, van verordening 2022/2065 in de omstandigheid dat de aanbieder van hosting-diensten het betreffende materiaal heeft opgeslagen, terwijl de aanbieder van de caching-dienst erop is aangewezen dat het dataverkeer automatisch wordt opgeslagen.
- 69 (b) Ook de verwijzende rechter is van oordeel dat een TTE van een jaar of langer, die slechts in theorie aanleiding kan geven tot het ontstaan van een overeenkomstige TTL, op zich niet buiten het kader van een „tussentijdse en tijdelijke opslag” treedt. Om te bepalen wat nog kan worden geacht „tijdelijk” van aard te zijn, moet mogelijkserwijs een algemene vergelijking worden gemaakt met de opslagduur die gebruikelijk is voor inhoudsleveringsnetwerken en reverse proxy’s (zie overweging 29, tweede volzin, van verordening 2022/2065) en is de opslagduur van de concrete litigieuze content niet relevant. De appelrechter is er niet van uitgegaan dat verweerster ongebruikelijk lange opslagtermijnen hanteert.
- 70 (3) Bovendien kan verweerster mogelijkserwijs ook van aansprakelijkheid worden vrijgesteld indien de door haar dienst bewerkstelligde tussentijdse opslag niet uitsluitend tot doel heeft om de doorgifte van de gegevens aan andere gebruikers op hun verzoek doeltreffender te maken maar ook wanneer het (enige) bijkomende doel van die opslag erin bestaat om die doorgifte veiliger te maken.
- 71 (a) De appelrechter is ervan uitgegaan dat het doel van een veiligere gegevensdoorgifte eraan in de weg staat dat op grond van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 een vrijstelling van aansprakelijkheid wordt toegekend. Hij heeft ontkend dat artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 een anticiperende werking heeft. Het verzoek tot „Revision” berust op de overtuiging dat de toevoeging van de woorden „of veiliger” in artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065, gelet op de achtergrond van de overwegingen ervan, slechts strekt tot verduidelijking. Ook de verwijzende rechter gaat daarvan uit.
- 72 (b) Het is juist dat, gelet op de door verzoekster ingestelde stakingsvordering, deze vraag niet meer behoeft te worden beantwoord. Een op het gevaar van herhaling berustende en op de toekomst gerichte stakingsvordering kan namelijk alleen worden ingesteld indien verweersters gewraakte gedrag zowel op het tijdstip van het gedrag onrechtmatig van aard was als onrechtmatig is op het tijdstip van de beslissing in „Revision” [vaste rechtspraak; zie uitspraak van het BGHZ van 2 juni 2022 in de zaak Youtube II, 234, 56 (juris punt 68) en de uitspraak van het BGH van 27 maart 2025 in de zaak Fluggastrechteportal, I ZR 64/24, GRUR 2025,

- 589 (juris punt 18) = WRP 2025, 614]. Derhalve kan verzoekster geen stakingsvordering meer instellen zodra verweerster op grond van artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065 van aansprakelijkheid wordt vrijgesteld.
- 73 (c) Voor het recht op vergoeding van de kosten van de ingebrekestelling is daarentegen uitsluitend het recht van toepassing dat van kracht was op het tijdstip waarop de ingebrekestelling is ingekomen. Derhalve zijn alleen artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en § 9 TMG van toepassing [vaste rechtspraak; zie uitspraak van het BGHZ van 23 maart 2023 in de zaak Aminosäurekapseln I, I ZR 17/22, 237, 1 (juris punt 37)].
- 74 (4) De overige door de appelrechter aangevoerde gronden lijken evenmin aan vrijstelling van aansprakelijkheid in de weg te staan.
- 75 (a) Verweersters vrijstelling van aansprakelijkheid kan niet worden ontkend op grond van het door de appelrechter aangevoerde argument dat zij geen CDN maar een „soortgelijk” systeem exploiteert. In het verzoek tot „Revision” wordt erop gewezen dat verweersters in de bodemprocedure in eerste en tweede aanleg heeft aangevoerd dat zij haar dienst overeenkomstig bijlage K 2 heeft geadverteerd als volgt: „Ons systeem werkt zoals een CDN maar kan veel eenvoudiger worden geïnstalleerd en geconfigureerd.” Daaruit vloeit geen kenmerk voort dat relevant is om de dienst in rechte te beoordelen.
- 76 (b) Ook het niet nader toegelichte vermoeden van de appelrechter dat verweerster ook mirror-servers exploiteert, houdt geen verband met de feitelijke kenmerken die worden genoemd in artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 en artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065.
- 77 (c) Dat de appelrechter onder verwijzing naar punt 2.5.3 van verweersters algemene voorwaarden heeft opgemerkt dat zij de gegevens van haar klanten inhoudelijk lijkt te kunnen wijzigen staat er niet aan in de weg dat zij van aansprakelijkheid wordt vrijgesteld. In het verzoek tot „Revision” wordt er terecht op gewezen dat overweging 43 van richtlijn 2000/31 en overweging 21 van verordening 2022/2065 erin voorzien dat technische ingrepen tijdens de doorgifte niet schadelijk zijn, zolang deze de integriteit van de doorgegeven informatie niet wijzigen. De appelrechter had dit in overweging moeten nemen en had in voorkomend geval ook de praktische relevantie van de algemene voorwaarden moeten vaststellen.
- 78 4. De tweede prejudiciële vraag is relevant voor de vaststelling van een beslissing.
- 79 a) De appelrechter is er terecht van uitgegaan dat verweersters aansprakelijkheid niet wordt beheerst door artikel 17 van richtlijn 2019/790, die in Duits recht is omgezet bij de UrhDaG. Los van het antwoord op de vraag of voornoemde wet ratione temporis van toepassing is, exploiteert verweerster geen dienst die, zoals vereist door artikel 17, lid 1, eerste alinea,

- van richtlijn 2019/790 en § 1, lid 1, UrhDaG, verband houdt met een mededeling aan het publiek waarbij aan het publiek toegang wordt verschaft tot auteursrechtelijk beschermde werken die of ander materiaal dat door de gebruikers ervan zijn of is geüpload. Overeenkomstig artikel 2, punt 6, eerste volzin, van richtlijn 2019/790 en § 2, lid 1, punten 1 tot en met 3, UrhDaG is hiervoor in ieder geval vereist dat de belangrijkste of een van de belangrijkste doelstellingen van de dienst erin bestaat om een grote hoeveelheid door de gebruikers van de dienst geüpload auteursrechtelijk beschermde werken of ander materiaal op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij de aanbieder deze werken en materialen ordent en promoot met een winstoogmerk. Dat is niet zo in het geval van verweersters CDN, dat niet is gericht op auteursrechtelijk beschermde content en in het kader waarvan evenmin organisatie- en promotiediensten worden verleend.
- 80 b) Indien verweester in het geding moet worden geacht als CDN-exploitant een werk in eigen beheer voor het publiek beschikbaar te hebben gesteld in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29, kan zij mogelijkwits geen aanspraak maken op vrijstelling van aansprakelijkheid in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31 of artikel 5, lid 1, van verordening 2022/2065.
- 81 aa) In artikel 13, lid 2, van richtlijn 2000/31 is bepaald dat dit artikel geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van [een] lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Evenzo is in artikel 5, lid 2, van verordening 2022/2065 bepaald dat dit artikel geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een gerechtelijke of administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van een lidstaat te eisen dat de dienstaanbieder een inbreuk beëindigt of voorkomt. Soortgelijke bepalingen zijn ter zake van respectievelijk „mere conduit” en „hosting” te vinden in enerzijds artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 en artikel 4, lid 3, van verordening 2022/2065 en anderzijds artikel 14, lid 3, van richtlijn 2000/31 en artikel 6, lid 4, van verordening 2022/2065.
- 82 Richtlijn 2000/31 bevat ten aanzien van dergelijke vereisten geen inhoudelijke vereisten. In overweging 31 en artikel 9, lid 2, van verordening 2022/2065 worden slechts enkele formele vereisten geformuleerd om er met name in grensoverschrijdende gevallen voor te zorgen dat de vereisten daadwerkelijk en doeltreffend worden nagekomen.
- 83 bb) Het BGH is er in het kader van zijn vaste rechtspraak tot dusver van uitgegaan dat de vrijstellingen van aansprakelijkheid van artikel 12, lid 1, artikel 13, lid 1, en artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 niet van toepassing zijn op stakingsvorderingen en vorderingen tot vergoeding van de kosten van een ingebrekestelling [zie uitspraken van het BGHZ van 11 maart 2004 in de zaak Internet-Versteigerung I, I ZR 304/01, 158, 236 (juris punten 30 tot en met 39) en 19 april 2007 in de zaak Internet-Versteigerung II, I ZR

- 35/04, 172, 119 (juris punten 17 tot en met 19), uitspraken van het BGH van 30 april 2008 in de zaak Internet-Versteigerung III, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 (juris punt 38) = WRP 2008, 1104 en 22 juli 2010 in de zaak Kinderhochstühle im Internet, I ZR 139/08, GRUR 2011, 152 (juris punt 26) = WRP 2011, 223, uitspraak van het BGHZ van 26 juli 2018 in de zaak Dead Island, I ZR 64/17, 219, 276 (juris punten 16 tot en met 21), waarin wordt verwezen naar het arrest van 15 september 2016, McFadden, C-484/14, EU:C:2016:689 en uitspraak van het BGH van 7 maart 2019 in de zaak Bring mich nach Hause, I ZR 53/18, GRUR 2019, 947 (juris punten 16 tot en met 21) = WRP 2019, 1025].
- 84 cc) Alleen voor „mere conduit”-diensten in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 heeft de Duitse wetgever deze rechtspraak buiten werking gesteld op grond van de derde wet tot wijziging van het TMG (BGBI. I 2017, blz. 3530), namelijk door middel van de toevoeging van § 8, lid 1, tweede volzin, TMG, dat er eveneens aan in de weg staat dat vorderingen tot staking worden ingesteld [OMISSIS]. Deze wijziging heeft evenwel geen betrekking op aanbieders van caching-diensten in de zin van § 9 TMG. De reeds in § 9, tweede volzin, TMG opgenomen verwijzing naar § 8, lid 1, tweede volzin, TMG is bij de derde wet tot wijziging van de TMG niet aangepast. Deze verwijzing heeft derhalve betrekking op het voorschrift dat eerder is opgenomen in § 8, lid 1, tweede volzin, TMG en vervolgens in § 8, lid 1, derde volzin, TMG [OMISSIS]. Daaruit volgt dat de wetgever deze regeling na de vaststelling van verordening 2022/2065 in § 7, lid 3, eerste volzin, van het Digitale-Dienste-Gesetz (wet inzake digitale diensten) uitsluitend heeft voortgezet ten aanzien van „mere conduit”-diensten in de zin van artikel 4 van voornoemde verordening.
- 85 dd) Met betrekking tot caching-diensten in de zin van artikel 13 van richtlijn 2000/31 en artikel 5 van verordening 2022/2065 moet de genoemde rechtspraak mogelijkserwijs worden gehandhaafd.
- 86 5. Daarnaast staat het antwoord op de tweede vraag los van het antwoord op de eerste vraag. Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord en derhalve wordt vastgesteld dat er geen sprake van is dat de exploitanten van DDL-Music een werk beschikbaar hebben gesteld voor het publiek, moet nog worden onderzocht of ook verweerster, en dus niet alleen nitro-flare.com en share-online.biz, dat kan hebben gedaan (zie in dat verband reeds punt 35). De appelrechter heeft die mogelijkheid niet in overweging genomen. In dat verband rijst de vraag of verweersters dienst eveneens een centrale rol vervult in het kader van de beschikbaarstelling van inbreukmakende content van de zijde van die exploitanten van platforms voor de uitwisseling van bestanden. Daarover is twijfel gerezen, omdat uit de door de appelrechter vastgestelde feiten geen aanwijzingen voortvloeien die erop wijzen dat tussen verweerster en die exploitanten een contractuele relatie bestaat die verweerster de mogelijkheid heeft geboden om invloed op

voornoemde exploitanten uit te oefenen. Daarnaast moet ook in dat opzicht worden onderzocht of verweerster met opzet heeft gehandeld.

[OMISSIS]