

Nr. 4 Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting

Hoge Raad 8 november 2024

IEF 22363; ECLI:NL:HR:2024:1603; NJ 2024/348

Publicatie van wetenschappelijke editie van dagboek van Anne Frank op website met geoblocking-maatregelen voor Nederland. HR stelt prejudiciële vragen aan Hof van Justitie EU. Brengt mogelijkheid om geoblocking door gebruik van VPN- of soortgelijke dienst te omzeilen mee dat sprake is van mededeling aan het publiek in Nederland?

ARREST

In de zaak van

ANNE FRANK FONDS,
gevestigd te Basel, Zwitserland,
EISER tot cassatie,
hierna: het Fonds,
advocaat: A.M. van Aerde,
tegen

1. ANNE FRANK STICHTING,
gevestigd te Amsterdam,
hierna: de Stichting,
2. KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN
WETENSCHAPPEN,
gevestigd te Amsterdam,
hierna: de KNAW,
3. VERENIGING VOOR ONDERZOEK EN ONTSLUITING
VAN HISTORISCHE TEKSTEN,
gevestigd te Brussel, België,
hierna: de Vereniging,
VERWEERSTERS in cassatie,
hierna gezamenlijk: de Stichting c.s.,
advocaten: T. Cohen Jehoram en I.L.N. Timp.

1 Procesverloop

1.1 De Hoge Raad verwijst naar zijn tussenarrest van 20 september 2024 (ECLI:NL:HR:2024:1263). In dat arrest heeft de Hoge Raad partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) en over de beoogde vragen van uitleg als in die uitspraak vermeld.

De advocaten van partijen hebben zich ieder schriftelijk uitgelaten over het hiervoor bedoelde voornemen en de beoogde vragen van uitleg.

1.2 De Hoge Raad ziet in de nadere uitlatingen van partijen geen aanleiding tot wijziging of aanvulling van de te stellen vragen en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen, behoudens een toevoeging in de rov. 2.1, 3.3.1 en 3.3.6 en een schrapping in rov. 3.3.7 en vraag 2.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In dit kort geding gaat het om publicatie op een website van de Vereniging van een nieuwe wetenschappelijke online editie van het dagboek van Anne Frank. Op delen van de versies A en B van het dagboek (hierna ook: het werk) heeft het Fonds in Nederland nog tot 2037 het auteursrecht. In een groot aantal andere landen, waaronder België (publieke domeinlanden, hierna PD-landen), is het auteursrecht op het werk al in 2016 vervallen.

In dit geding is aan de orde of de Stichting c.s. met de publicatie inbreuk maken op het auteursrecht van het Fonds in Nederland. In dat kader dient de vraag te worden beantwoord of door het hanteren van geografische toegangsblokkering (hierna ook: geo-blocking), waardoor de website niet toegankelijk is vanaf een IP-adres in Nederland, wordt voorkomen dat met die publicatie een mededeling aan het publiek in Nederland wordt gedaan als bedoeld in art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29/EG¹ (hierna: Auteursrecht-richtlijn). Meer in het bijzonder rijst daarbij de vraag of de mogelijkheid om de website van de Vereniging vanuit Nederland met behulp van een VPN- of soortgelijke dienst te bereiken, meebrengt dat, ondanks de maatregel van geoblocking, een mededeling aan het publiek in Nederland wordt gedaan. Daarmee hangt samen de vraag of voor de beoordeling of een mededeling aan een bepaald publiek wordt gedaan, van belang is of die mededeling tot dat publiek is gericht en wat de betekenis in dat verband is van de wil van degene die het werk op een website publiceert, respectievelijk de door deze daarbij getroffen beperkende maatregelen.

Nu de beantwoording van deze vragen samenhangt met de uitleg van art. 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn en over deze uitleg redelijkerwijs twijfel kan bestaan, zal de Hoge Raad hierover vragen van uitleg stellen aan het HvJEU.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Het Fonds is in 1963 opgericht door Otto Frank, de vader van Anne Frank. Het Fonds is een non-profitorganisatie met als doelstelling een sociale en culturele rol te spelen, in

1 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, PbEG 2001, L 167/10.

de geest van Anne Frank. In 1980 is Otto Frank overleden. Bij testament heeft hij het Fonds tot zijn enige erfgenaam benoemd. Hierdoor is het Fonds rechthebbende geworden van alle aan Otto Frank toekomende auteursrechten op de werken van Anne Frank.

(ii) De fysieke werken van Anne Frank – onder meer manuscripten van de dagboeken – zijn door Otto Frank nagelaten aan het toenmalige Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie (later genaamd het NIOD), thans onderdeel van de KNAW. De KNAW is een overkoepelend orgaan. Onder de KNAW valt onder meer het Huygens Instituut voor Nederlandse Geschiedenis (het Huygens ING).

(iii) De Stichting is in 1957 opgericht. De Stichting heeft als doelstelling onder meer het in stand houden van het pand aan de Prinsengracht 263 te Amsterdam (het Anne Frank Huis), alsmede het uitdragen van de idealen aan de wereld nagelaten in het dagboek van Anne Frank. Het NIOD heeft de fysieke dagboeken van Anne Frank in bruikleen gegeven aan de Stichting.

(iv) De Vereniging is een vereniging zonder winstoogmerk, opgericht in België op 29 juli 2021 door onder meer een medewerkster van de Stichting en de toenmalige directeur van het Huygens ING. De statuten zijn gedeponneerd op 14 september 2021. Art. 3 van de statuten luidt:

“De Vereniging heeft als belangeloos doel het onderzoeken en ontsluiten van historische teksten in alle mogelijke vormen en dragers, al dan niet digitaal.”

In de statuten is bepaald dat leden alleen kunnen worden voorgedragen door de Stichting en het Huygens ING en dat bestuurders worden voorgedragen door de Stichting en het Huygens ING gezamenlijk.

(v) Het Fonds en de Stichting hebben in 1998 afspraken gemaakt om ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek gezamenlijk twee facsimile's – zeer nauwkeurige reproducties – van de manuscripten van de dagboeken van Anne Frank te laten maken. Om de facsimile's te kunnen maken zijn digitale scans van de manuscripten gemaakt. De facsimile's waren in 2002 gereed. Het Fonds en de Stichting bezitten ieder een exemplaar van de facsimile's.

(vi) In 2008 is het Huygens ING op uitnodiging van de Stichting begonnen met een wetenschappelijk (voor)onderzoek naar de werken van Anne Frank. In een persbericht van 7 maart 2011 meldt de Stichting dat zij met het Huygens ING gaat samenwerken aan een nieuw wetenschappelijk en historisch onderzoek naar de manuscripten van Anne Frank, dat het onderzoek ongeveer vijf jaar zal duren en dat de resultaten worden gepubliceerd in een Nederlands- en Engelstalige web-editie waarin het mogelijk zal zijn om de geschriften van Anne Frank in al hun varianten op interactieve wijze met elkaar te vergelijken. Ten behoeve van het onderzoek heeft de Stichting haar facsimile aan het Huygens ING ter beschikking gesteld. Het Huygens ING heeft een gecodeerd digitaal bestand gemaakt (een zogenoemd XML-TEI bestand) van de manuscripten, gebaseerd op de scans die voor de facsimile's zijn vervaardigd.

(vii) Het Fonds heeft bij de rechtbank Amsterdam een bodemprocedure aanhangig gemaakt en gevorderd, kort gezegd, de Stichting en de KNAW te verbieden inbreuk te maken op de auteursrechten van het Fonds. Op 23 december 2015 is in die zaak een vonnis gewezen, dat onherroepelijk is geworden.² Uit rov. 4.3.3 van dat vonnis volgt dat in Nederland de auteursrechten van het Fonds op (delen van) het werk van Anne Frank pas vervallen per 1 januari 2037. De vordering van het Fonds is afgewezen op de grond dat handhaving van het auteursrecht wat betreft het gebruik van het XML-TEI bestand afstuit op de vrijheid van wetenschap en voor het overige op het ontbreken van voldoende concrete aanknopingspunten voor het oordeel dat er een reële dreiging is dat de Stichting c.s. in de toekomst het auteursrecht van het Fonds zal schenden.

(viii) Op 28 september 2021 hebben de Stichting en het Huygens ING beide een persbericht doen uitgaan met de titel:

“Manuscripten Anne Frank voor het eerst integraal digitaal ontsloten.”

In het persbericht staat onder meer:

“De Vereniging voor Onderzoek en Ontsluiting van Historische Teksten lanceert een nieuwe wetenschappelijke online editie van alle manuscripten van Anne Frank. Voor het eerst worden de oorspronkelijke manuscripten waarmee Anne Frank hoopte een beroemd schrijfster te worden, integraal online getoond en ontsloten binnen een historisch kader. Het Huygens Instituut voor Nederlandse Geschiedenis (Huygens ING) onderzocht in samenwerking met de Anne Frank Stichting Anne Franks dagboeken, haar eigen bewerking daarvan tot een ‘roman van het Achterhuis’, haar verhaaltjes en andere teksten. Deze zijn bijeengebracht in deze editie, voorzien van historische achtergronden en vergelijkende analyses. (...)”

De Anne Frank Stichting nam het initiatief voor deze nieuwe editie, onderzocht de historische context van de manuscripten en stelde veel van het beeldmateriaal ter beschikking. Het onderzoek van het Huygens ING en de Anne Frank Stichting leidde niet alleen tot nieuwe inzichten, maar ook tot een innovatieve digitale editie die onderzoekers en liefhebbers een fascinerend beeld geeft van de manier waarop Anne Frank haar teksten heeft geschreven en herschreven.

(...)

Auteursrecht

Omdat in Nederland het auteursrecht op een aantal teksten van Anne Frank nog niet is vervallen, heeft een deel van het onderzoek, zoals de transcripties van de dagboeken van Anne Frank in België plaatsgevonden. In Nederland is de online editie niet in te zien. In zo'n zestig landen waar dit auteursrechtelijk wel kan, zoals in België, Duitsland en de Nederlandse Antillen, is deze editie wel voor iedereen online toegankelijk: www.annefrankmanuscripten.org. Door middel van geo-blocking wordt de beschikbaarheid tot die landen beperkt. Later wordt ook een Engelstalige

2 Rechtbank Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312.

versie van deze editie toegankelijk in de landen waar dat auteursrechtelijk kan.

De online publicatie wordt verzorgd door de Vereniging voor Onderzoek en Ontsluiting van Historische Teksten (...)."

(ix) Eind september 2021 zijn de resultaten van het door de Stichting en het Huygens ING verrichte wetenschappelijk onderzoek, alsmede de brondocumenten, gepubliceerd op de website <http://www.annefrankmanuscripten.org> (hierna: de website). Op de website is het volledige transcript van de wetenschappelijke editie gepubliceerd. De Vereniging is houder van de domeinnaam van deze website. Zij is tevens opdrachtgever voor de hosting van de website. Voor toegang tot de publicatie hoeft niets te worden betaald. In het colofon van de website staat onder meer:

"Deze editie van de manuscripten van Anne Frank is tot stand gekomen onder auspiciën van het Huygens Instituut voor Nederlandse Geschiedenis (Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen) en de Anne Frank Stichting.

Deze publicatie wordt verzorgd door de Vereniging voor Onderzoek en Ontsluiting van Historische Teksten (...)."

(x) Indien de website vanuit Nederland wordt bezocht volgt de mededeling:

"Access denied

(...)

Het spijt ons...

- Deze website is vanuit uw land niet toegankelijk.
- De wetenschappelijke online editie van de manuscripten van Anne Frank kan om auteursrechtelijke redenen niet in alle landen beschikbaar worden gemaakt.

(...)"

(xi) Indien de website vanuit een PD-land wordt bezocht volgt de mededeling:

"Toegangscheck (...)

De wetenschappelijke online editie van de manuscripten van Anne Frank is om auteursrechtelijke redenen niet in alle landen beschikbaar gesteld. Deze editie is alleen toegankelijk vanuit de volgende publiek domeinlanden, waar deze beperkingen niet gelden:

[volgt een lijst van 57 landen, HR]

Door hieronder op 'ja' te klikken verklaart u dat u deze website raadpleegt vanuit één van de bovenstaande publiek domein-landen. Indien de op die manier afgelegde verklaring vals is, omzeilt u beveiligingsmaatregelen waardoor u mogelijk auteursrechtinbreuk pleegt, en bent u daarvoor aansprakelijk."

Onder deze tekst bevindt zich een groen en een rood vlak, waarvan er één moet worden aangeklikt. De tekst in het groene vlak luidt:

"Ja, ik raadpleeg de website vanuit een van de bovenstaande publiek domein-landen."

De tekst in het rode vlak luidt:

"Nee, ik benader de website vanuit een ander land."

Alle mededelingen worden ook in de Engelse taal weergegeven.

(xii) In november 2021 heeft de advocaat van het Fonds de Stichting, de KNAW en de Vereniging bericht, voor zover in cassatie van belang, dat met het openbaar maken van de manuscripten van Anne Frank op de website de auteursrechten van het Fonds in Nederland worden geschonden. De Stichting, de KNAW en de Vereniging worden onder meer gesommeerd binnen drie werkdagen te bevestigen dat zij de auteursrechtinbreuk staken en gestaakt houden, dat zij de website uit de lucht halen, dat zij alle kopieën van de manuscripten van Anne Frank vernietigen en dat zij een schadevergoeding betalen. Zij hebben niet aan die sommatie voldaan.

(xiii) In januari 2022 heeft de Vereniging een bodemprocedure aanhangig gemaakt tegen het Fonds bij de ondernemingsrechtbank te Antwerpen (België). Gevorderd is voor recht te verklaren dat de Vereniging, mede gelet op de door haar getroffen geo-blocking en toegangsbeperkende maatregelen, met de publicatie van de manuscripten van Anne Frank op de website in geen enkele lidstaat van de Europese Unie, noch in het Verenigd Koninkrijk, inbreuk maakt op het (beweerde) recht van mededeling aan het publiek van het Fonds. In een tussentijds hoger beroep heeft het Hof van Beroep Antwerpen bij tussenarrest van 13 maart 2024³ de procedure geschorst, teneinde af te wachten of de Hoge Raad in de onderhavige procedure prejudiciële vragen zal stellen.

2.3 In dit kort geding heeft het Fonds in eerste aanleg onder meer gevorderd de Stichting c.s. te bevelen de inbreuk op de auteursrechten van het Fonds op het dagboek van Anne Frank te staken en gestaakt te houden.

De voorzieningenrechter⁴ heeft de vordering afgewezen op de grond dat de Stichting c.s. alles hebben gedaan wat redelijkerwijs mogelijk is om toegang tot de website vanuit Nederland te blokkeren, althans voldoende te bemoeilijken en te ontmoedigen, dat zij geen auteursrechtelijk relevante handelingen in Nederland verrichten en dat om die reden geen sprake is van auteursrechtinbreuk (een mededeling aan het publiek als bedoeld in art. 3 Auteursrechtrichtlijn) in Nederland. Daaraan heeft de voorzieningenrechter toegevoegd dat, ook als daarover in een bodemprocedure anders zou worden gedacht, toewijzing van de vorderingen op de wijze zoals die in het kort geding zijn ingesteld, ertoe zou leiden dat alle internetgebruikers in alle PD-landen de mogelijkheid om rechtmatig toegang te verkrijgen tot de resultaten van het wetenschappelijk onderzoek zou worden ontzegd, hetgeen verre van proportioneel is.

2.4 In hoger beroep vordert het Fonds, voor zover in cassatie van belang, dat het hof de Stichting c.s. zal bevelen mededeling aan het publiek in Nederland van de publicatie van nader omschreven versies van de manuscripten van Anne Frank te staken en gestaakt te houden, zodanig dat

3 Zaaknummer 2023/AR/10.

4 Rechtbank Amsterdam 1 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:328.

deze ook met een VPN, een proxy-dienst of een andere manier om een geo-blokkade ongedaan te maken in Nederland niet toegankelijk zijn.

Het hof⁵ heeft deze vordering van het Fonds afgewezen. Het heeft daartoe overwogen als volgt:

“Mededeling aan het publiek

4.4. Vast staat dat er drie versies van het dagboek van Anne Frank bestaan, versies A, B en C. Versie C is vanaf 1947 op de markt. Delen van versies A en B zijn pas in 1986 gepubliceerd. Hoewel tussen partijen in geschil is hoe groot die delen zijn staat wel vast dat deze, in Nederland, ingevolge het overgangsregime van art. 51 Aw, nog tot 2037 auteursrechtelijk beschermd zijn en dat de auteursrechten daarop toekomen aan het Fonds. In veel andere landen zijn de teksten van de drie versies niet langer auteursrechtelijk beschermd, omdat de termijn daarvoor is verstreken in 2016 (70 jaar na de dood van Anne Frank). Deze landen worden door partijen PD (publiek domein)landen genoemd. Dit verschil brengt mee dat ervan moet worden uitgegaan dat een mededeling aan het publiek in de PD-landen geen inbreuk maakt op het auteursrecht van het Fonds, maar dat een mededeling aan het publiek in Nederland van de complete teksten van de drie versies inbreuk maakt op de auteursrechten van het Fonds voor zover het gaat om de tot de versies A en B behorende, nog beschermde delen. Daarover zijn partijen het op zichzelf ook eens.

(...)

4.6. Naar de kern genomen komen de stellingen van het Fonds erop neer dat de Stichting c.s. de integrale tekst (van alle versies) van het dagboek in feite in Nederland publiceert, maar dan via een omweg, omdat de website in wezen op Nederland en het publiek aldaar gericht is. De juistheid van dat standpunt is echter niet aannemelijk geworden. Het hof licht dat hierna toe.

4.6.1 Nu het auteursrecht binnen de Europese Unie niet volledig geharmoniseerd is moet als gegeven worden aanvaard dat de auteursrechtelijke situatie per lidstaat verschillend kan zijn en in dit geval ook is. Partijen zijn het erover eens dat belangstelling voor de dagboeken niet beperkt is tot Nederland. In België wordt door middel van de publicatie op de website een mededeling aan het publiek gedaan.

4.6.2 Dat er voor die publicatie belangstelling vanuit Nederland zou zijn was voor de Vereniging (en voor de Stichting en KNAW) voorzienbaar en zij hebben dat ook voorzien. De Stichting c.s. hebben zich voorts gerealiseerd dat kennisname van de website vanuit Nederland eenvoudig mogelijk zou zijn, en dat de mededeling aan het publiek in Nederland die daarin besloten zou liggen niet toegelaten is. Om

die reden hebben zij geo-blocking toegepast, een techniek die speciaal bedoeld is om barrières op te werpen in gevallen als dit, waar een territoriale afgrenzing nodig is. De Advocaat Generaal Szpunar heeft in zijn conclusie in de zaak Go4yu (C-423/21, ECLI:EU:C:2022:818) in met name paragrafen 35-39 beschreven hoe de stand van het Unierecht is waar het gaat om geo-blocking. Hij ziet onder ogen dat geografische blokkeringen omzeild kunnen worden, maar meent dat dit er niet toe leidt dat het beschermde werk dan in het geblokkeerde gebied aan het publiek wordt medegedeeld, want een dergelijke conclusie zou het territoriaal beheer van auteursrechten op het internet onmogelijk maken. De wil van de entiteit die de mededeling aan het publiek verricht – in dit geval de Vereniging, samen met de Stichting en de KNAW – zoals die blijkt uit de toegepaste technische waarborgen, bepaalt tot welk publiek de mededeling is gericht. Dat is slechts anders als opzettelijk een ondoeltreffende geografische toegangsblokkering wordt toegepast. Of die uitzondering zich voordoet is een feitelijke kwestie die door de nationale rechter moet worden beslist, aldus de AG.

4.6.3 Anders dan het Fonds verdedigt is de casus die voorligt in de zaak Go4yu niet zodanig verschillend van de onderhavige dat de algemeen ingeklede lijn van de AG in dit geval niet van belang is; die lijn is voor een groot deel gebaseerd op gevestigde Unierechtelijke jurisprudentie in uiteenlopende gevallen. Dat de AG geen bijzondere aandacht besteedt aan het hoge beschermingsniveau waarop de rechthebbenden aanspraak kunnen maken doet daaraan niet af, dat is reeds verdisconteerd in EU-richtlijn 2001/29 en de bedoelde rechtspraak.

Dit hof verenigt zich met de hiervoor weergegeven benadering van de AG, en dient dus te beslissen of de door de AG genoemde uitzondering, een opzettelijk ontoereikende blokkering, zich hier voordoet. Daarbij gelden de beperkingen die eigen zijn aan een kort geding procedure, die geen ruimte biedt voor deskundigenberichten of bewijslevering.

4.6.4 Het Fonds wijst ter adstructie van zijn stelling dat deze site in werkelijkheid gericht is op een publiek in Nederland op diverse uitingen in de pers, op de omstandigheid dat het gaat om een Nederlandstalige site en op de door de deurwaarder bevestigde eenvoudige, legale wijze waarop de geo-blokkade kan worden omzeild.

Die argumenten volstaan niet. In de persuitingen waarop het Fonds zich beroept is steeds uitdrukkelijk vermeld dat kennisname vanuit Nederland juist niet is toegestaan, vanwege de auteursrechtelijke bescherming die hier nog geldt. De site voert geen .nl domeinnaam. De originele teksten van Anne Frank zijn in het Nederlands, zodat daaraan geen aanwijzing in welke zin dan ook kan worden ontleend. Voor het overige taalgebruik geldt, dat in België Nederlands één van de officiële talen is, die door miljoenen mensen wordt gesproken.

⁵ Gerechtshof Amsterdam 7 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:542.

Ter beveiliging volstaat geo-blocking in beginsel, op de door de AG genoemde gronden, hoewel deze maatregel te omzeilen valt. Dat dit de deurwaarder eenvoudig lukte doet daaraan niet af. In dit geval is op de site (...) naast de geoblokkade bij wijze van extra belemmering ook een door de gebruiker in te vullen verklaring opgenomen. Als een Nederlandse gebruiker die naar waarheid invult wordt hem toegang tot de site geweigerd (...). Dat versterkt de territoriale afscherming. Verder is ter zitting toegelicht dat gebruik gemaakt wordt van een zelflerend systeem waardoor, kort gezegd, URL's die worden gebruikt voor omzeiling aan de geblokkeerde adressen worden toegevoegd, en dat bij het beheer van de geo-blocking gebruik wordt gemaakt van Cloudflare, dat *state of the art* is en wordt toegepast door grote, gerenommeerde bedrijven voor hun geo-blocking; een van de door het Fonds genoemde extra mogelijkheden tot betere beveiliging is ingezet (GeoLP2 van Maxmind). Daarmee is voldoende aannemelijk dat een serieuze geo-blocking is beoogd en geëffectueerd.

4.6.5 Het Fonds wijst nog op de voorgeschiedenis tussen hemzelf, de Stichting en de KNAW, het brievenbus-karakter van de Vereniging, die in feite als stroman gebruikt zou worden, het financieringsprobleem van de Stichting, de actieve rol van de Stichting c.s., nu zij hebben bepaald welke documenten zij publiceren, de op Nederland gerichte sponsoring en de hint voor omzeiling in het persbericht.

Ook deze argumenten volstaan naar voorlopig oordeel van het hof niet. De voorgeschiedenis tussen partijen wordt, wat de dagboeken betreft, niet gekenmerkt door inbreuken tijdens de Stichting of de KNAW en de Vereniging bestaat pas sinds kort. Dat niet slechts de Vereniging maar ook de Stichting en de KNAW betrokken zijn bij de publicatie op de website is weliswaar aannemelijk, maar doet niet ter zake. Dat de Vereniging mede met het oog op deze publicatie is opgericht is evenmin van voldoende betekenis. Dat het persbericht landen noemt van waaruit de site wel, zonder inbreuk, te benaderen is behoeft niet als hint te worden opgevat, maar kan ook informatieverstreking inhouden. Dat de Stichting een financieringsprobleem heeft en/of sponsors gebruikt die zich met name op Nederland richten is, wat daarvan zij, niet relevant voor de vraag of de daadwerkelijk toegepaste blokkering opzettelijk ontoereikend is.

4.6.6 Per saldo is dus voorshands geen sprake van opzettelijk ontoereikende geo-blocking en volstaan de afschermingsmaatregelen, zodat geen mededeling aan het publiek in Nederland wordt gedaan en dus geen inbreuk op de auteursrechten van het Fonds wordt gepleegd. Dat brengt mee, dat geen deugdelijke grond bestaat voor een bevel als (...) gevorderd.

De stelling van het Fonds dat geen recht bestaat om onderzoek op internet te publiceren, waar ook bijvoorbeeld gebruik gemaakt kan worden van de terminals op universiteiten en bibliotheken is op zichzelf niet onjuist, maar in het kader van dit auteursrechtelijke geschil niet relevant. Het hof acht immers inbreuk op de auteursrechten van het Fonds in Nederland niet aannemelijk, zodat het aan de eventuele wetenschapsexceptie niet toekomt."

3 Beoordeling van het middel

3.1 Onderdeel 5 van het middel ziet op het oordeel van het hof dat de Stichting c.s. geen mededeling aan het publiek in Nederland doen. Het betoogt onder meer dat niet is vereist dat de website van de Vereniging is gericht op Nederland: het volstaat dat de werken voor een onbepaald aantal potentiële ontvangers en bovendien een vrij groot aantal personen in Nederland via de website beschikbaar worden gesteld zodat deze werken voor deze ontvangers respectievelijk personen toegankelijk zijn, waaraan niet in de weg staat dat het publiek daartoe moet beschikken over een hulpmiddel (onderdeel 5.2.1). Het betoogt voorts dat de 'gerichtheid' van een website niet afhangt van de (subjectieve) wil van de entiteit die de mededeling verricht en de maatregelen die deze entiteit heeft genomen om toegang tot die website te bemoeilijken, maar geobjectiveerd moet worden vastgesteld aan de hand van (onder meer) de omvang van het publiek dat, ook ondanks de maatregelen, toegang heeft tot die website, en de mate waarin die entiteit een (weloverwogen) interventie heeft verricht tot een mededeling aan het publiek. Het hof heeft ten onrechte volstaan met het in aanmerking nemen van de maatregelen die zijn genomen om de toegang tot de website te bemoeilijken en niet in aanmerking genomen hoe groot het publiek in Nederland is dat ook ondanks de maatregelen toegang heeft tot de website en ook niet dat de Stichting c.s. een (weloverwogen) interventie hebben verricht tot mededeling aan het publiek van de beschermde werken, aldus onderdeel 5.5.

3.2.1 Art. 1 van de Auteurswet (hierna: Aw) bepaalt:

"Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld."

In art. 12 Aw is opgesomd welke handelingen (mede) als de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst worden aangemerkt.

3.2.2 Het openbaarmakingsrecht is deels geharmoniseerd in de Auteursrechtlijn. Art. 3 lid 1 daarvan luidt:

"De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden." Het beschikbaar stellen van een werk via internet valt onder het toepassingsbereik van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn. Het openbaarmakingsbegrip van de art. 1 en 12 Aw moet dus wat deze vorm van openbaarmaking betreft in overeenstemming met die richtlijnbeveling worden uitgelegd.

3.2.3 Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU moet aan het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de

plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan, en dient dit begrip zich derhalve uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos. Tegelijkertijd beoogt de Auteursrechtlijn, met name in de elektronische omgeving, een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de bescherming van hun door art. 17 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun door art. 11 Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang. Hieruit volgt dat voor de uitlegging en de toepassing van de Auteursrechtlijn, en met name van art. 3 lid 1 ervan, dit rechtvaardige evenwicht moet worden gezocht, mede rekening houdend met het bijzondere belang van internet voor de vrijheid van meningsuiting en van informatie.⁶

3.2.4 Het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn verbindt twee cumulatieve elementen met elkaar, te weten een handeling bestaande in de mededeling van een werk en de mededeling van dit werk aan een publiek. Dit begrip vergt een individuele beoordeling. Bij een dergelijke beoordeling dienen meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria in aanmerking te worden genomen. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten deze criteria zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast. Iemand verricht een mededelingshandeling wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervineert om een bepaald publiek toegang te verlenen tot een beschermd werk, met name wanneer dit publiek zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zou hebben tot het verspreide werk. Het begrip ‘publiek’ ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en impliceert bovendien een vrij groot aantal personen. Verder kan van belang zijn of met een mededeling aan het publiek winst wordt beoogd, ook al is dit karakter niet noodzakelijkerwijs een onmisbare voorwaarde voor het bestaan van een dergelijke mededeling.⁷

3.3.1 Het onderhavige geval wordt erdoor gekenmerkt dat het werk, waarop het auteursrecht in een groot aantal landen (PD-landen) is vervallen maar in Nederland nog niet, (i) vanuit een PD-land via internet beschikbaar wordt gesteld, (ii) waarbij door middel van *state of the art* geoblocking wordt bewerkstelligd dat de website niet vanaf een Nederlands IP-adres kan worden benaderd en (iii) bij

wijze van extra barrière op de website een door de gebruiker in te vullen verklaring is opgenomen, die tot gevolg heeft dat een in Nederland verblijvende gebruiker die deze verklaring naar waarheid invult, toegang tot de website wordt geweigerd, zodat (iv) het publiek in Nederland alleen toegang krijgt tot de website, en daarmee tot het werk, indien het gebruikmaakt van een VPN- of een proxy-dienst, en de onder (iii) genoemde verklaring onjuist invult (zie rov. 4.6.4 van het bestreden arrest en hiervoor in 2.2 onder (x)-(xi)). Daarmee rijst de vraag of in zodanig geval een mededeling aan het publiek in Nederland wordt gedaan als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn. Het middel stelt in dat verband aan de orde of voor het doen van een mededeling aan het publiek als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn noodzakelijk is dat de mededeling tot dat publiek is gericht, of dat de enkele toegankelijkheid van de website waarop het werk is gepubliceerd, zij het via een omweg, volstaat. In het laatste geval roept het moeten volgen van deze omweg bovendien de vraag op of de mededeling wordt gedaan door de aanbieder van de website, dan wel door de tussenkomende (VPN-)dienst, zoals de Stichting c.s. betogen.

3.3.2 In de zaak *Grand Production/GO4YU* heeft Advocaat-Generaal Szpunar⁸ het HvJEU in overweging gegeven de in die zaak gestelde eerste prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden: art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn moet aldus worden uitgelegd dat de exploitant van een streamingplatform dat een televisieprogramma op internet doorgeeft, geen inbreuk maakt op het in deze bepaling neergelegde uitsluitende recht van mededeling van werken aan het publiek indien gebruikers de geografische toegangsblokkering door middel van een VPN-dienst omzeilen, zodat beschermde werken beschikbaar zijn op het grondgebied van de Europese Unie, waarvoor de exploitant van dat platform geen toestemming heeft van de auteursrechthebber. Daaraan legt de Advocaat-Generaal onder meer ten grondslag dat omzeiling van technische maatregelen, waaronder geografische toegangsblokkering, nooit volledig effectief zullen zijn. Dit betekent volgens de Advocaat-Generaal echter niet dat een entiteit waarvan de geografische blokkering van de toegang tot een beschermd werk door gebruikers wordt omzeild, een mededeling van dat werk aan het publiek verricht in het gebied waar de toegang wordt geblokkeerd. Een dergelijke conclusie zou het territoriaal beheer van auteursrechten op het internet onmogelijk zou maken. Volgens de Advocaat-Generaal is het volgens de logica van de rechtspraak van het HvJEU de wil van de entiteit die de mededeling aan het publiek verricht, blijkend uit de toegepaste technische waarborgen, die bepaalt tot welk publiek de mededeling is gericht. De mogelijkheid van omzeiling van geografische toegangs-

6 Zie onder meer HvJEU 22 juni 2021, zaak C-682/18, ECLI:EU:C:2021:503 (Peterson/YouTube), punt 63-65.

7 Zie HvJEU 20 juni 2024, zaak C-135/23, ECLI:EU:C:2024:526 (GEMA), punt 21-24 en 38, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

8 Conclusie van 20 oktober 2022, zaak C-423/21, ECLI:EU:C:2022:818 (Grand Production/GO4YU).

blokkering brengt dus in beginsel niet mee dat de betrokken entiteit een mededeling aan het publiek in het geblokkeerde land doet. Dat is volgens de Advocaat-Generaal slechts anders als die entiteit opzettelijk een ondoeltreffende geografische toegangsblokkering zou toepassen, om in werkelijkheid personen buiten het grondgebied waar zij het recht heeft om het beschermde werk aan het publiek mede te delen, toegang tot dit werk te verlenen, op een wijze die eenvoudiger is dan wat objectief gezien op het internet mogelijk is, met name in verhouding tot de algemeen beschikbare VPN-diensten.⁹

3.3.3 Vervolgens heeft de Oostenrijkse rechter de prejudiciële zaak ingetrokken, waarop de zaak is doorgehaald.¹⁰ Daardoor is de vraag of de opvatting van Advocaat-Generaal Szpunar juist is, onbeantwoord gebleven. Afgezien daarvan is het de vraag of het onderhavige geval voldoende vergelijkbaar is met het geval dat aan de orde was in de zaak *Grand Production/GO4YU* om de voorliggende vragen op vergelijkbare wijze te kunnen beantwoorden. Daarvoor pleit in elk geval dat het in beide gevallen de gebruikers zelf zijn die de blokkering omzeilen om toegang te krijgen tot het werk (vergelijk de conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar, punt 41).

3.3.4 Advocaat-Generaal Szpunar leidt uit de rechtspraak van het HvJEU af dat het de wil is van de entiteit die de mededeling aan het publiek verricht, blijkend uit de toegepaste technische waarborgen, die bepaalt tot welk publiek de mededeling is gericht (zie zijn conclusie, punt 43). Ook het hof in de onderhavige zaak gaat daarvan uit. Een dergelijk gerichtheids criterium is ook te vinden in de rechtspraak van het HvJEU over het merkenrecht, het distributierecht en het databankenrecht. In deze rechtspraak heeft het HvJEU geoordeeld dat de enkele toegankelijkheid van een website in een lidstaat niet maakt dat sprake is van een inbreuk op een IE-recht dat wordt ingeroepen in die lidstaat. Daarvoor is vereist dat de website is bestemd voor dan wel gericht op de desbetreffende lidstaat, waarbij de wil van degene die de handeling verricht van belang kan zijn.¹¹ In het kader van de vraag naar de bevoegdheid van de geadieerde rechter heeft het HvJEU in gelijke zin geoordeeld.¹² Voor een overeenkomstige benadering waar het gaat om de vereisten voor het doen van een mededeling aan het publiek pleit dat daartoe een weloverwogen interventie is vereist, welk vereiste ook zou kunnen worden betrokken op de vraag aan welk publiek een mededeling wordt gedaan. Voor zo'n benadering pleit voorts dat wanneer de mogelijkheid voor het publiek in een bepaald land

om zich (met omzeiling van blokkerende maatregelen) toegang te verschaffen tot een website zou volstaan om een inbreuk op het auteursrecht in dat land te kunnen aannemen, territoriaal beheer van auteursrechten op het internet onmogelijk zou zijn. Publicatie van een werk op internet zou dan niet toegestaan zijn zolang het werk in enig land auteursrechtelijk beschermd is en de rechthebbende zich in dat land tegen publicatie verzet. Dat lijkt niet te stroken met het rechtvaardige evenwicht dat moet worden gezocht, mede rekening houdend met het bijzondere belang van internet voor de vrijheid van meningsuiting en van informatie, tussen het belang van de houders van auteursrechten en de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal (zie hiervoor in 3.2.3).

3.3.5 Daartegenover staat dat het hanteren van een gerichtheidseis voor het kunnen aannemen van een inbreuk op het in art. 3 lid 1 Auteursrecht richtlijn bedoelde uitsluitende recht, kan meebrengen dat de rechthebbende zijn auteursrecht in het land waarop de publicatie niet is gericht, mogelijk niet ten volle zal kunnen handhaven. Dat zal met name het geval zijn indien het publiek in dat land feitelijk toch van de publicatie van het werk zal kunnen kennisnemen.

3.3.6 In dat verband rijst de vraag welke factoren in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of een publicatie op internet tot een bepaald publiek is gericht. Het ligt voor de hand dat niet de enkele subjectieve wil van degene die de publicatie verricht bepalend is, maar mede het antwoord op de vraag of deze voldoende (technische) maatregelen heeft getroffen om kennisneming van de publicatie door het publiek waarvoor de publicatie niet is bedoeld, te voorkomen. Denkbaar is dat in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om publicatie van een werk dat in een groot aantal landen vrij is van auteursrecht en in een of meer andere landen niet, van degene die het werk op internet publiceert kan worden geveerd dat deze alle (technische) maatregelen treft die redelijkerwijs denkbaar en haalbaar zijn, om te beletten dat het publiek in het land of de landen waar het werk nog beschermd is, daarvan kennisneemt.¹³

3.3.7 Voor zover die maatregelen erin bestaan dat gebruik wordt gemaakt van geo-blocking, rijst de vraag naar de relevantie van de mate waarin het publiek in het geblokkeerde land vandaag de dag bereid en in staat is deze maatregel door het gebruik van een VPN- of een soortgelijke dienst te omzeilen. In het kielzog daarvan kan de vraag worden gesteld of, indien zou moeten worden aangeno-

9 Vgl. Conclusie van 20 oktober 2022, zaak C-423/21, ECLI:EU:C:2022:818 (*Grand Production/GO4YU*), punt 37-44.

10 President van de eerste kamer van het Hof van 13 februari 2023, zaak C-423/21.

11 HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), punt 64-65, HvJEU 21 juni 2012, zaak C-5/11, ECLI:EU:C:2012:370 (*Donner*), punt 27 en 30, HvJEU 13 mei 2014, zaak C-516/13, ECLI:EU:C:2015:315 (*Dimensione/Knoll*),

punt 30 en HvJEU 18 oktober 2012, zaak C-173/11, ECLI:EU:C:2012:642 (*Football Dataco*), punt 47.

12 HvJEU 27 april 2023, zaak C-104/22, ECLI:EU:C:2023:343 (*Watermaster*), punt 41, 42, 48 en 54.

13 Vgl. in ander verband HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), punt 62-63, HvJEU 15 september 2016, zaak C-484/14, EU:C:2016:689 (*Mc Fadden*), punt 95-96 en HvJEU 24 september 2019, zaak C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772 (*Google/CNIL*), punt 70.

men dat de mogelijkheid tot omzeiling van de blokkerende maatregel meebrengt dat het op de website gepubliceerde werk aan het publiek in het geblokkeerde land wordt medegedeeld in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn, die mededeling wordt gedaan door degene die het werk op internet heeft gepubliceerd, dan wel door de aanbieder van de betrokken VPN- of soortgelijke dienst.

3.4 Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.4-3.3.7 is vermeld, kan over de juiste uitleg van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn in dit verband redelijkerwijs twijfel bestaan. Hoewel daartoe in een kort geding geen verplichting bestaat, is de Hoge Raad voornemens prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen, nu het antwoord op de te stellen vragen ook voor andere zaken van belang zal zijn, te beginnen met de bodemprocedure in de onderhavige zaak in België (zie hiervoor in 2.2 onder (xiii)).

3.5 De behandeling van de overige klachten van het middel zal worden aangehouden.

4 Omschrijving van de uitgangspunten en feiten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor onder 2 vermelde uitgangspunten en feiten, waarvan in deze procedure moet worden uitgegaan.

5 Vragen van uitleg

1. Moet art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn zo worden uitgelegd dat een publicatie van een werk op internet slechts kan worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek in een bepaald land als de publicatie tot het publiek in dat land is gericht? Zo ja, welke factoren moeten bij de beoordeling daarvan in aanmerking worden genomen?

2. Kan sprake zijn van een mededeling aan het publiek in een bepaald land als door middel van (*state of the art*) geo-

blocking is bewerkstelligd dat de website waarop het werk is gepubliceerd door het publiek in dat land alleen kan worden bereikt door het omzeilen van de blokkeringsmaatregel met behulp van een VPN- of soortgelijke dienst? Is daarbij van belang in welke mate het publiek in het geblokkeerde land bereid en in staat is zich via zodanige dienst toegang tot de desbetreffende website te verschaffen? Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil of naast de maatregel van geo-blocking nog andere maatregelen zijn getroffen om de toegang tot de website voor het publiek in het geblokkeerde land te belemmeren of te ontmoedigen?

3. Indien de mogelijkheid tot omzeiling van de blokkerende maatregel meebrengt dat het op internet gepubliceerde werk aan het publiek in het geblokkeerde land wordt medegedeeld in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn, wordt die mededeling dan gedaan door degene die het werk op internet heeft gepubliceerd, hoewel voor het kennisnemen van die mededeling de tussenkomst van de aanbieder van de betrokken VPN- of soortgelijke dienst vereist is?

6 Beslissing

- de Hoge Raad verzoekt het HvJEU over de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;
- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.J. Kroeze als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, F.R. Salomons en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A.E.B. ter Heide op 8 november 2024.

Noot

Bernt Hugenholtz

Prof. mr. P.B. Hugenholtz is emeritus hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, en redacteur van dit blad.

Partijen in deze zaak hebben het vaker met elkaar aan de stok.¹ Het Anne Frank Fonds, gevestigd in Bazel (Zwitserland), is auteursrechthebbende op de dagboeken van Anne Frank. De Anne Frank Stichting, de beheerder van het Achterhuis, heeft de fysieke dagboeken in bruikleen van het NIOD (voorheen RIOD), dat deel uitmaakt van de KNAW.

Het onderhavige geschil betreft een gedigitaliseerde wetenschappelijke editie van de complete dagboeken met bijbehorende documenten. De editie is het product van een wetenschappelijke samenwerking tussen het Huygens Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, een van de onderzoeksinstituten van de KNAW, en de Stichting. Hoewel meer dan zeventig jaar zijn verstreken sinds de dood

¹ J.J.C. Kabel, *AMI* 2018-5, nr. 14, p. 203.

van Anne Frank in februari 1945, zijn delen van het dagboek nog steeds auteursrechtelijk beschermd in Nederland, omdat zij pas in 1986 voor het eerst zijn verschenen. Op grond van art. 38 lid 2 Auteurswet 1912 (oud) gold voor postuum verschenen werken een beschermingsduur van 50 jaar na publicatie; deze regel is voor werken waarvan de beschermingstermijn in 1995 – het jaar waarin de Europese Duurrichtlijn is omgezet – nog liep gesauveerd door de overgangsbepaling van art. 51 lid 2 Aw.

In een groot aantal landen waar een vergelijkbare regel niet bestaat, zijn de dagboeken enkele jaren geleden in het publiek domein gevallen. Ten behoeve van geïnteresseerden uit die landen hebben de Stichting en het Instituut een vereniging opgericht, die de wetenschappelijke editie via een website vanuit België gratis aan het publiek in die landen (de ‘PD-landen’) beschikbaar stelt. (Of België inderdaad een PD-land is, is een vraag waarover partijen van mening verschillen; hierover loopt een parallelle procedure loopt bij het Antwerpse gerechtshof.)

De editie is uitsluitend toegankelijk voor internetgebruikers die gelokaliseerd zijn in landen waar – volgens de Stichting – de bescherming is verstreken. Geïnteresseerden moeten daartoe een verklaring afleggen over hun woonland en worden tevens softwarematig gelokaliseerd. Gebruikers uit landen waar het auteursrecht op de dagboeken voortduurt, wordt toegang tot de dagboeken geweigerd en lopen aan tegen een *geoblock*.

‘Geoblocking’ is een techniek die de toegang tot websites automatisch beperkt op basis van een inschatting van de geografische locatie van de gebruiker. In veel gevallen vermeldt het internetadres (IP-adres) van de gebruiker zijn of haar locatie. Een andere indicator is de gemeten vertraging in de netwerkverbinding, op basis waarvan de fysieke afstand van de gebruiker tot de website-server kan worden geschat.²

Maar geoblocks zijn vrij eenvoudig te omzeilen. Met behulp van een *Virtual Private Network* (VPN) kan een gebruiker zich gemakkelijk elders laten lokaliseren. Zo maken in Nederland veel BBC-liefhebbers gebruik van een VPN-dienst om toegang te krijgen tot de *iPlayer* die officieel alleen in het V.K. toegankelijk is.

Volgens het Fonds is de door de Stichting e.a. opgetuigde constructie niet meer dan een truc om het in Nederland nog steeds geldende auteursrecht op de dagboeken te ontgaan. De Belgische vereniging fungeert daarbij als “stroman”. Nederlandse geïnteresseerden in de dagboeken kun-

nen via een VPN de geoblock gemakkelijk omzeilen. Met dat al is de beschikbaarstelling van de dagboeken ondanks de gehanteerde toegangshek en geoblock toch een mededeling aan het publiek in Nederland, aldus het Fonds.

Hiermee ligt een belangrijke vraag op tafel. Contentaanbieders op het internet maken grootschalig gebruik van geoblocking, met name in sectoren waar rechten per land of regio aan verschillende exploitanten worden verleend, zoals bij de uitzending van sportwedstrijden. Hoewel deze praktijk haaks staat op het streven naar een interne markt en de EU enkele jaren geleden een Geoblocking-verordening heeft aangenomen waarin het territoriaal gesegmenteerd aanbieden van goederen en diensten wordt verboden,³ is geoblocking om redenen van auteursrecht en naburige rechten nog altijd toegestaan in de EU.⁴

De inbreukvordering van het Fonds tegen de Stichting e.a. wordt door de kortgedingrechter in beide feitelijke instanties afgewezen. Volgens de Amsterdam rechtbank en het hof hebben gedaagden door toepassing van de toegangshek en *state-of-the-art* geoblocking voldoende gedaan om te voorkomen dat de dagboeken in Nederland beschikbaar komen.

Daartoe geadviseerd door advocaat-generaal van Peursem⁵ besluit de Hoge Raad echter tot het stellen van prejudiciële vragen. Inderdaad heeft het HvJ EU zich nog niet eerder uitgelaten over de vraag of territoriaal gegeblockte werken wellicht toch worden meegedeeld aan het publiek in de landen waarvoor de geoblock wordt toegepast. Weliswaar zijn vergelijkbare vragen ooit gesteld in een Oostenrijkse zaak over een Servisch streamingplatform⁶ maar die zijn voordat het Hof kon antwoorden door de verwijzingsrechter weer ingetrokken. Wel beschikken we in deze zaak over de conclusie van A-G Szpunar, waarvan het Amsterdamse hof en A-G van Peursem gretig gebruik hebben gemaakt.

Volgens Szpunar verricht de aanbieder van een platform dat gebruik maakt van geoblocking geen mededeling aan het publiek indien gebruikers de geoblock door middel van een VPN omzeilen. “Dit zou slechts anders zijn indien GO4YU Beograd opzettelijk een ondoeltreffende geografische toegangsblokkering zou toepassen, om in werkelijkheid personen buiten het grondgebied waar zij het recht heeft om door Grand Production geproduceerde programma’s aan het publiek mede te delen, toegang tot deze programma’s te verlenen, op een wijze die eenvoudiger is dan wat objectief gezien op het internet mogelijk is, met name in verhouding tot de algemeen beschikbare VPN-diensten”.⁷

2 Wikipedia “Geo-blocking”, te vinden op <https://en.wikipedia.org/wiki/Geo-blocking>.
3 Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, *Pb L* 601 van 2 maart 2018, p. 1-15.

4 Wel stelt het Europese mededingingsrecht in toenemende mate beperkingen aan het gebruik van geoblocking ter afscherming van nationale markten; zie Gerecht EU 27 september 2023, T-172/21 (*Valve Corporation/Europese Commissie*), *Auteursrecht* 2024-2, nr. 2, p. 81, m.nt. P.J. Kreijger.
5 Concl. A-G Van Peursem 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:384.
6 HvJ EU, C-423/21 (*Grand Production/GO4YU*).
7 HvJ EU, C-423/21, Concl. A-G Szpunar, par. 44.

Ervan uitgaande dat het HvJ EU het hiermee eens is, is daarmee de belangrijkste door de HR gestelde vraag beantwoord.

Maar de HR wil ook weten, en wel in de eerste plaats, of “een publicatie van een werk op internet slechts kan worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek in een bepaald land als de publicatie tot het publiek in dat land is gericht”. Deze vraag haakt in op een intrigerende overweging in de conclusie van A-G Szpunar. “Volgens de [...] logica van de rechtspraak van het Hof is het de wil van de entiteit die de mededeling aan het publiek verricht, blijkend uit de toegepaste technische waarborgen, die bepaalt tot welk publiek de mededeling is gericht.” Hoewel in de moeilijk te doorgronden jurisprudentie van het HvJ EU over het mededelingsrecht inderdaad aanwijzingen te vinden zijn dat de intentie van de ‘mededeler’ een relevante factor is, is de wil om een specifiek publiek te bereiken (de ‘gerichtheid’) in het auteursrecht niet als afzonderlijk factor erkend, zoals dat in het distributierecht, het merkenrecht en het databankenrecht wel het geval lijkt te zijn.⁸

Integendeel, uit de jurisdictie-rechtspraak van het HvJ EU volgt mijns inziens het tegendeel. In de zaak *Hejduk*⁹ kwam het Hof tot het oordeel dat de beschikbaarstelling van een werk op een Duitse website die (onder meer) vanuit Oostenrijk toegankelijk was, auteursrechtinbreuk opleverde in Oostenrijk, waardoor de Weense rechtbank op grond van

art. 7 lid 2 van Verordening (EU) 1215/2012 (“plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan”) bevoegd was om over de inbreuk te oordelen. In dat arrest heeft het Hof de relevantie van een criterium van ‘gerichtheid’ op een bepaald land bij het bepalen van de locus delicti uitdrukkelijk verworpen.¹⁰ Omdat het schadetoebrengende feit in casu een inbreuk op het mededelingsrecht inhield, heeft het Hof hiermee impliciet verklaard dat het mededelingsrecht zich uitstrekt tot alle landen waar het werk feitelijk beschikbaar is gesteld, ongeacht de wil van de mededelende partij.

Hoewel ik verwacht dat het HvJ EU zal oordelen dat geoblockte websites geen mededeling aan het publiek verrichten in de landen waarvoor de geoblock effectief is, is het interessant om tot slot toch even stil te staan bij de gevolgen van een andersluidend oordeel. Mocht het Hof tot het oordeel komen dat geoblocking een mededeling aan het publiek in het geblokke land niet in de weg staat, dan zou dat het onmiddellijke einde betekenen van de territoriale segmentatie van het auteursrecht op het Europese internet.¹¹ Immers, online rechten zouden niet langer meer exclusief per lidstaat kunnen worden verleend en uitgebaat. Sportliefhebbers en fans van de Europese eenwording zouden de blauwe vlag hijsen en een door een *EU Copyright Act* geünificeerd auteursrecht zou eindelijk binnen handbereik zijn.

⁸ Conclusie A-G van Peursem, par. 3.63.

⁹ HvJ EU 22 januari 2015, C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28 (*Hejduk*).

¹⁰ HvJ EU 22 januari 2015, C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28 (*Hejduk*), r.o. 31-33.

¹¹ Aldus ook A-G Szpunar, par. 39.