

De platformparade: tune in and fade out...?

Opmerkingen bij de uitspraak van de High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales (*Warner Music en Sony Music Entertainment/Tuneln*), 1 november 2019, [2019] EWHC 2923 (Ch)

Alfredo dos Santos Gil

Afgelopen najaar is een opzienbarende uitspraak gewezen over de auteursrechtelijke aansprakelijkheid van een zogenoemde aggregator van online (lineaire) radiokanalen, Tuneln. De platenmaatschappijen Warner en Sony Music traden in het Verenigd Koninkrijk (hierna: “VK”) op tegen Tuneln vanwege het gebruik van hun muziekopnamen in diverse online radiokanalen van wereldwijde komaf. De kanalen waren via de website en app van de dienst Tuneln online vindbaar en via links afspeelbaar, onder andere in het VK. In de gratis versie van Tuneln worden advertenties toegevoegd en daarnaast wordt tegen betaling een advertentievrij premium-abonnement aangeboden met extra opneemfunctionaliteiten. De uitspraak biedt fascinerende redeneringen, die ik zal langsgaan. Daarnaast leent hij zich voor nadere beschouwingen over de mogelijke gevolgen voor vergelijkbare online platforms.

Inleiding

In de uitspraak wordt een wervelende *tour d’horizon* geboden langs bijna alle Europese en nationale uitspraken over het recht van mededeling aan het publiek en meer, wat in de *common law*-traditie nodig is om de stand van het (rechters)recht vast te stellen. De rechter laat daarbij eigenzinnige interpretaties en verfijningen los op de Svensson/Bestwater- en GSMedia-jurisprudentie van het HvJ EU. Uiteindelijk leiden de omstandigheden van het geval, waaronder de specifieke inrichting van de dienst Tuneln, de territoriale dimensie van het aanbod en een afweging van de informatievrijheid tegenover de bescherming van rechthebbenden, tot een (te?) genuanceerde uitkomst. Kortweg beslist de rechter dat in binnenlandse situaties, in dit geval het VK, kan worden gelinkt door Tuneln naar kanalen die *aldaar* met de benodigde licenties online door zenders worden aangeboden. Links naar online kanalen die illegaal zijn of die enkel worden aangeboden door zenders op basis van een licentie *buiten het VK*, leveren echter in het VK een rechteninbreuk op van *zowel Tuneln als van de oorspronkelijke online zenders*. Ook was het door Tuneln aanbieden van een opneem- en terugluisterfunctionaliteit met betrekking tot de zenderstreams een rechteninbreuk.

Dit levert voor internationaal opererende platforms netelige rechtenkwesties en het nodige zoekwerk op over de juridische status van doorgegeven content, op straffe van aansprakelijkheid voor rechteninbreuk. Het brengt ook onvermoede complicaties mee voor nationale zenders die –al dan niet met toestemming- zijn opgenomen in het pakket van kanalen dat Tuneln wereldwijd aanbiedt aan het publiek. Omroepen lijken hierdoor voor de keuze te staan online doorgifte door Tuneln buiten hun gebruikelijke uitzendgebied proberen te blokkeren ofwel extra rechten te verwerven voor territoria waar Tuneln opereert. In dat laatste geval lijkt Tuneln te profiteren van de eventuele kosten die de omroep hiervoor maakt, maar het is niet uitgesloten dat daarnaast Tuneln zelf door rechthebbenden kan worden aangesproken. Ook is het interessant wat deze uitspraak voor meer op de nationale markt gerichte platforms, zoals Nederland.fm, kan betekenen, die op basis van de Svensson-jurisprudentie (waarschijnlijk nog steeds) onbelemmerd kunnen linken naar vrij

toegankelijke online-omroepstreams.¹ De praktische uitwerking van deze zaak kan niet worden onderschat omdat een partij als TuneIn meer dan 100.000 kanalen in zijn zenderpakket aanbiedt, via computers, telefoons, internet-*connected* televisies en tablets, maar ook via smart speakers, zoals Google Home en Sonos, of muzieksystemen in auto's. Sony en Warner Music zijn wereldwijd dominante spelers op de markt van digitale muziekverkoop en zijn met hun repertoire ruimschoots vertegenwoordigd in de betrokken kanalen. Wat deze zaak, die hier als proefprocedure is voorgelegd aan de rechter in eerste instantie, echt betekent, wordt mijns inziens pas duidelijk als prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJ EU in een vervolprocedure. Uit publicaties blijkt dat beide partijen hoger beroep willen instellen.²

A. De uitspraak

Waar wordt uitgezonden en gelinkt? Het niet zo wereldwijde web.

Uit de uitspraak volgt dat door TuneIn vrijelijk kan worden gelinkt naar (technisch onbeschermd) online radiokanalen van (omroep)organisaties, die over een licentie beschikken voor het online uitzenden van de opnames in het VK, in zoverre TuneIn zich richt op het internetpubliek binnen het VK. De rechter maakt hierbij een eerste opmerkelijke stap door te onderzoeken *waar* de TuneIn-dienst precies wordt aangeboden, terwijl de website of app in principe wereldwijd, via het open internet is te benaderen of is te downloaden. Geconstateerd wordt dat de dienst doelgericht wordt aangeboden aan het publiek in het VK, wat onder meer blijkt uit het feitelijk (aanzienlijk) aandeel van luisteraars uit het VK, de taal en inhoud van aangeboden advertenties door TuneIn, de gebruikte taal, contactgegevens en munteenheid op de website en het opnemen en specifiek aanbevelen van lokale zenders aan VK-bezoekers. De rechter baseert zich onder andere op merkenrechtelijke jurisprudentie, maar de achterliggende redenering is dat voor vragen over rechteninbreuk eerst moet worden gekeken waar territoriaal werkende intellectuele eigendomsrechten toepasselijk zijn. Dat geldt niet alleen voor de dienst van TuneIn, maar ook voor de radiostations die rechten verwerven voor het online plaatsen van hun kanalen, vaak via de plaatselijke rechtenbeheersorganisaties. Ook hier wordt gekeken welke kanalen kennelijk gericht zijn op het VK en voor welk gebied derhalve rechten moeten worden geregeld. Voor deze zaak betekende dit dat TuneIn in het VK zowel linkt naar kanalen die in het VK opereren met een licentie van rechthebbenden, als naar kanalen die op andere markten zijn gericht en daarom geen licentie voor het VK hebben. Er is ook een categorie ("piraten")-kanalen die überhaupt zonder licentie online zijn te vinden en die deel uitmaken van het TuneIn-pakket. Door de introductie van dit territorialiteitsprincipe zien we dat in deze zaak per territorium wordt bepaald wat het online (nieuw) publiek is, wat weer bepalend kan zijn of sprake is van een zelfstandige mededeling aan het publiek. Dit lijkt een belangrijke nuancering van het binaire onderscheid uit de Europese Svensson-respectievelijk GSMedia-jurisprudentie.³ Daar geldt blijkbaar voor vrij toegankelijke webcontent, waarnaar wordt gelinkt: ofwel het algemene, wereldwijde internetpubliek wordt (objectief gezien) beoogd bij toestemmingverlening door rechthebbenden ofwel er is helemaal geen toestemming. In het eerste geval is er geen nieuwe mededeling aan het publiek en geen rechteninbreuk door te linken; in het tweede geval is dat wel aan de hand.

¹ Rb. Den Haag, 11 januari 2017 (SENA/Nederland.FM), C/09/493047/HA ZA 15-851, ECLI:NL:RBDHA:2017:218.

² Zie bijv.: <https://completemusicupdate.com/article/record-labels-legal-dispute-with-tunein-to-go-to-appeal/>

³ HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12 (*Svensson*), ECLI:EU:C:2014:76 en HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 (*Bestwater*).

Hoe wordt gelinkt? De ene link is de andere niet.

Geconstateerd wordt nu dat Tuneln een mededeling aan het publiek verricht via zijn dienst met links naar de radiozenders, maar dat er geen *nieuw* publiek wordt bereikt in het VK. Dat lijkt weer conform de Svensson/Bestwater-jurisprudentie. Het typische is echter dat de rechter de Svensson-casus niet direct toepasbaar vindt op een aggregator. Naast het territorium waar Tuneln zich op richt, wordt door de rechter nagegaan *op welke specifieke wijze* kanalen via de dienst van Tuneln toegankelijk worden in vergelijking met meer reguliere wijzen. Dat is de tweede opvallende stap in de redenering.

Een aggregator als Tuneln onderscheidt zich volgens de rechter alleen al door de hoeveelheid links van iemand (zoals een vlogger) die simpelweg in de context van de eigen website een link aanbrengt naar relevante werken op een andere, niet afgeschermd website. Ook zou geen sprake zijn van een reguliere online (speciaal op muziek gerichte) zoekmachine, wat Tuneln naar voren bracht in het kader van het waarborgen van de normale werking van het internet. De rechter beschrijft allereerst als kenmerk van een dienst zoals Tuneln, dat op één plek tal van (links naar) online radiozenders bijeengebracht worden, die daar door het publiek gemakkelijk kunnen worden doorzocht en beluisterd. Omdat via de links niet wordt doorverwezen naar de website van de zenders, schept Tuneln voor zichzelf en adverteerders de mogelijkheid om in de eigen omgeving (website of app) advertenties uit te serveren aan het publiek. Dat is een belangrijk deel van het exploitatiemodel van Tuneln, naast het betaald premium-aanbod en naast mogelijkheden om te onderhandelen met andere platform-exploitanten zoals Sonos of Google. Verder zijn er geavanceerde zoek- en aanbevelingsmogelijkheden met extra informatie, zoals: indeling in categorieën muziekzenders, aanbevolen zenders op basis van taal en technische kwaliteit van het signaal of inhoudelijke keuzes van curators, personalisatie van zenders gebaseerd op luistergedrag of een aangemaakte favorietenlijst, zoekmogelijkheden op de naam van zenders of artiesten en extra informatievoorziening over zenders en actuele playlists en over de artiesten (waaronder zenders die de muziek van de artiest afspelen en gemaakte albums). Alsof dat niet genoeg is om de indruk weg te nemen dat sprake is van een simpele website-link of (muziek)zoekmachine, geeft de rechter aan dat de onderscheidende kenmerken verder zijn: de aard van de doorgegeven content, namelijk audiostreams met een grote mate van beschermd muziek; het gericht verzamelen van metadata zodat gezocht kan worden naar artiesten die op datzelfde moment te beluisteren zijn op een bepaalde zender, en het gegeven dat een bezoeker naar de muziek luistert binnen de dienst van Tuneln, zodra hij een link aanklikt (zoals bij framing gebeurt) en daar *blijft* luisteren zolang de stream loopt. Het aanklikken van een link eindigt het bezoek aan de Tuneln-site of -app dus niet en leidt de bezoeker niet naar de omgeving van de zender. Zoals eerder aangegeven, maakt dit het mogelijk dat Tuneln de bezoeker confronteert met eigen advertenties.

Binnenlands linken kan. Splendid isolation.

Waar leidt dit nu toe? Het is een onontkoombare conclusie dat een interventie plaatsvindt die de online streams toegankelijk maakt aan het (in potentie onbepaald en tamelijk groot) publiek van Tuneln en daarmee een mededeling aan het publiek vormt. De wijze van toegankelijk maken door een aggregator is echter anders dan via een simpele link of het raadplegen van een (gespecialiseerde) zoekmachine, wat gebruikelijke wijzen zijn hoe het algemene internetpubliek toegang krijgt tot technisch onbeschermd online aanbod. Desondanks wordt de “Svensson-leer” naar

de geest toegepast, door te stellen dat het nationale VK-publiek, waar Tuneln zich met zijn dienst inclusief links kennelijk op richt, al is ingecalculeerd door platenmaatschappijen toen zij, via hun rechtenbeheersorganisatie, de plaatselijke omroepen voor het grondgebied van het VK online-licenties verleenden.

Overigens wordt door de rechter een uitdrukkelijke contractuele licentieverlening door rechthebbenden gelijk gesteld aan het legaal aanbieden van online kanalen op basis van een wettelijke (vergoedings)regeling voor het openbaar maken van fonogrammen. In het VK beschikken platenmaatschappijen over een toestemmingsrecht. De nationale wetgever heeft auteursrechtelijke bescherming toegekend voor het lineair openbaar maken van fonogrammen, wat verder gaat dan Europees of internationaal recht voorschrijft. In Nederland kennen we bijvoorbeeld een collectief uit te oefenen, nabuurrechtelijk vergoedingsrecht ten aanzien van het lineair openbaar maken van publiekelijk beschikbare fonogrammen. In principe kan een omroep dergelijke fonogrammen gebruiken voor zijn online uitzendingen, mits een billijke vergoeding wordt betaald aan Sena.⁴

Holistisch de grens over.

De rechter geeft toe dat bovenstaande redenering over binnenlandse situaties lastig te rijmen lijkt met wat hij vervolgens stelt over grensoverschrijdende situaties, wanneer online kanalen worden doorgegeven van zenders die alleen buiten de VK een licentie hebben. In dat laatste geval wordt verondersteld dat Tuneln een rechteninbreuk pleegt, omdat rechthebbenden juist geen rekening zouden houden met deze specifieke wijze van dienstverlening door aggregator Tuneln, gericht op het VK, toen zij aan de buitenlandse zenders licenties verleenden. In deze situatie zou alleen regulier internetgebruik zijn ingecalculeerd, er in bestaande dat (ergens ter wereld) vanaf een “simpele” website wordt gelinkt of dat een internet-zoekmachine de online zenders vindt. Zoals we hierboven zagen, werd aanbod door Tuneln gericht op het nationaal publiek wel als een normale wijze van internetverkeer meegenomen, als eenmaal aan de plaatselijke zender online uitzendrechten zijn verleend. De rechter verklaart dit onderscheid mede doordat de territorialiteit een rol speelt bij het bepalen van het beoogde publiek; wat op zich logisch is als wordt uitgegaan van strikt nationaal werkende uitzendlicenties. Het blijft toch verwarrend: in het binnenland speelt de wijze van linken geen rol omdat het beoogde internetpubliek zich binnen de landsgrenzen bevindt; in het buitenland lijkt de wijze van linken relevant, naast het gegeven dat verleende licenties slechts beperkte territoriale werking hebben. De oplossing van de rechter is dat bij het vaststellen van het recht op mededeling een “holistische benadering” moet worden gekozen, waarbij alle omstandigheden van het geval op elkaar inwerken, zoals het territorium en het publiek waar Tuneln zich speciaal op richt. Daar kan je alle kanten mee op, maar deze mix van, deels samenhangende, beoordelings-elementen komt bekend voor uit de jurisprudentie van het HvJ EU.

De balans.

⁴ Dit was voor de rechter tevens aanleiding voor een belangrijke nuancering van de Renckhoff-uitspraak, waarin cruciaal werd bevonden dat rechthebbenden zeggenschap houden over het online (kopiëren en) plaatsen van hun werken op diverse websites. Zie: HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17 (*Renckhoff*) ECLI:EU:C:2018:634. Deze zeggenschap betekent ook dat rechthebbenden kunnen bewerkstelligen dat niet meer gelinkt kan worden naar hun werk door het gelinkte, online bronbestand weg te halen. Bij een wettelijke regeling kan niet worden voorkomen dat een omroep een (lineair) kanaal op zijn website plaatst en verlegt de vraag zich hoe rechtmatig en eerlijk het is dat iedereen vervolgens (gratis) kan linken naar die website.

Teruggrijpend op onder meer de Svensson-uitspraak, blijkt beslissend dat de rechter bij zijn beoordeling een afweging heeft gemaakt van de informatievrijheid en de normale werking van internet tegenover de gewenste hoogwaardige bescherming van rechten. Je kan zeggen dat bij het linken naar legaal geplaatste online kanalen in binnenlandse situaties de informatievrijheid wint en dat in het buitenland de bescherming van rechthebbenden wint. Overigens betekent dit niet dat internetvrijheid een gratis goed is: tenminste zal de omroep voor licenties hebben betaald in het binnenland. Daarnaast levert de openbaarmaking in het buitenland grond op voor extra rechtenvergoedingen. In dit laatste geval is de vraag of voldoende is dat de omroep alsnog een online licentie verwerft gericht op landen buiten het eigen verzorgingsgebied, of dat (ook) Tuneln een licentie zou moeten verwerven voor het eigen aanbod van de links aan dit “buitenlands” publiek.

Linken naar illegale online kanalen. GSMedia met een twist.

Wat betreft het linken naar online kanalen die helemaal geen licenties hebben, gaat de rechter uit van twee mogelijke scenario's. Een mogelijkheid is dat hetzelfde geldt als voor zenders die slechts in het eigen land maar niet in het VK een licentie hebben. In dat geval is er een inbreuk als de kanalen in het VK worden aangeboden door Tuneln. In een ander scenario past de rechter de GSMedia-uitspraak van het Hof EU toe over het linken naar illegale bronnen en neemt daarbij weer een opmerkelijke afslag. Uit de GSMedia-zaak volgt dat de mededeling aan het publiek door Tuneln een inbreuk oplevert bij wetenschap van de illegale aard van de internetbron.⁵ Als commerciële dienstverlener is Tuneln aansprakelijk in het geval van linken naar een illegaal kanaal, tenzij Tuneln kan aantonen dat zij voldoende is nagegaan of een zender legaal muziek gebruikt in zijn online kanalen. De rechter gaat hier uit van een zware bewijslast voor Tuneln, mede gelet op het feit dat het gaat om een op zich overzienbare hoeveelheid kanalen, die veel beschermde muziekopnamen bevatten. De algehele indruk voor de rechter was dat Tuneln niet serieus genoeg aandacht besteedde aan het legaal aanbieden van kanalen. Het enkel vragen van een garantie of verklaring van zenders dat rechten zijn geregeld was niet voldoende, ook al omdat dat niet consequent en soms via een simpel aanvinkvakje op een website gebeurde. Bovendien werden links naar sommige kanalen technisch verwerkt in de Tuneln-dienst via een *web-crawler* zonder enig contact met zenders. De boodschap van de rechter is: verifieer ofwel op betrouwbare wijze bij de zenders of bij de rechthebbenden zelf of relevante autoriteiten dat muziek legaal online is gebruikt; ofwel laat links naar (muziek)kanalen weg waarvan de legale status niet is vastgesteld. Volgens de uitleg van de rechter van de Svensson-zaak zal hier niet alleen moeten blijken dat een (buitenlandse) zender een plaatselijke licentie heeft, maar juist ook rechten moet hebben om zijn online kanalen te richten op het VK.

De rechter interpreteert de GSMedia-zaak overigens zo, dat door het HvJ EU niet relevant werd geacht of een *nieuw* (internet)publiek werd bereikt door de linkende partij. De redenering lijkt hier dat rechthebbenden bij een illegale eerste verspreiding van hun werken geen enkel publiek beoogd hebben. Er kan dus ook geen sprake zijn van een al dan niet *bij een rechtenverlening ingecalculiseerd* nieuw publiek, dat wordt bereikt door een partij als Tuneln. Tuneln verricht daarom een zelfstandige openbaarmaking aan een eigen publiek. Dat lijkt op het eerste gezicht een ijzeren logica, alleen komt de rechter hierdoor tevens tot de conclusie dat de eerste verspreiding door de zenders daarom niet aan een publiek is gericht en helemaal geen mededeling aan het publiek zou zijn! Dat lijkt mij geen

⁵ HvJ EU 8 september 2016, C-160/15 (*GSMedia*), ECLI:EU:C:2016:644.

juiste lezing van het recht van mededeling aan het publiek. Dit zou betekenen dat rechthebbenden geen auteursrechtelijke inbreukactie zouden kunnen instellen tegen de oorspronkelijke verspreider of uploader. Het lijkt er op dat de rechter hier verstrikt raakt door het verwarrend nieuw publiek-criterium uit de Europese jurisprudentie. Dat criterium heeft alle schijn van een objectief vast te stellen gegeven, maar moet tegelijkertijd worden afgeleid van een subjectieve, tussen specifieke partijen geldende en bekende rechtsverhouding, namelijk de toestemmingverlening van rechthebbenden aan een bepaalde exploitant. Dat blijft gekunsteld.

Tot slot wijst de rechter er op dat ook in de GSMedia-zaak afwegingen van informatievrijheid en rechtenbescherming de uitkomst hebben bepaald. Linken naar illegale bron lijkt per definitie een nieuwe mededeling te vormen aan een (nieuw) publiek, zij het dat het HvJ EU het subjectief criterium van wetenschap van de illegale aard én winstoogmerk in de beoordelings-mix van het mededelingsrecht gooit. Omwille van het onbelemmerd, praktisch functioneren van het internet zijn privé-personen verdisculpeerd door een (weerlegbaar) vermoeden van het ontbreken van dergelijke wetenschap. Commerciële partijen worden juist vermoed deze wetenschap te hebben en derhalve openbaar te maken, tenzij zij bij het exploiteren van hun website voldoende voorzorgsmaatregelen nemen om zich te vergewissen van bestaande rechten.

In hoeverre zijn de aard van het recht en contractuele afspraken relevant voor de vergewissingsplicht en het nieuw publiek-criterium?

Omdat de rechter een wettelijk uitzendrecht tegen betaling van een (billijke) vergoeding gelijk stelde aan een uitdrukkelijke licentieverlening voor de legale status van een online kanaal, blijft de vraag wat van een aggregator aan onderzoek mag worden verwacht om zich hiervan te vergewissen en wat het ingecalculeerd publiek is. Hiervoor moet waarschijnlijk per land worden nagegaan of een dergelijke regeling bestaat en wat de reikwijdte en territoriale werking er van is. Dat kan gecompliceerd zijn als bijvoorbeeld moet worden onderzocht of bepaald repertoire wordt vertegenwoordigd onder de werking van verdragsbepalingen, met eventuele nationale voorbehouden, zoals bijvoorbeeld het geval was voor Amerikaanse fonogrammen in Nederland in relatie tot het Verdrag van Rome en het WIPO-Uitvoeringen en Fonogrammen Verdrag (WPPT). Verder kan relevant zijn welke online licenties collectieve beheersorganisaties, zoals Sena, hanteren en de constatering of omroepen daarvoor hebben betaald. Het voordeel kan zijn dat dit objectiever kenbare gegevens zijn dan veronderstellingen over de inhoud van een contractueel gegeven licentie tussen twee partijen.

Om de objectiviteit (en controleerbaarheid) van een gegeven licentie in te kleden, had de rechter overigens in deze zaak geabstraheerd van eventuele “kleine lettertjes” in de licentieovereenkomst. Bij een licentieverlening voor het opnemen van werken in kanalen kan bijvoorbeeld uitdrukkelijk zijn bepaald dat uitsluitend toegang via de eigen omroepwebsite is beoogd of kan juist een expliciete instemming zijn gegeven dat derden-websites mogen (diep)-linken. Wat volgens de rechter slechts relevant is voor de legale status, is *dat* online kanalen mochten verschijnen op de eigen website van zenders. Helemaal zeker is dit niet, maar dit lijkt in lijn met de Europese jurisprudentie waar alleen omzeiling door derden van een technische beperking van de toegang tot legale online content lijkt te kunnen leiden tot een nieuwe mededeling aan het publiek.⁶ Dit laat wel de vraag open wat

⁶ Zie ook de prejudiciële vragen aan het HvJ EU van het Bundesgerichtshof van 25 april 2019, I ZR 113/18 (*Bild-Kunst/Deutsche Digitale Bibliothek*), ECLI:DE:BGH:2019:250419BIZR113.18.0. Hier ligt de vraag voor of het framed linken

uitdrukkelijk aangegane verbintenissen tussen partijen waard zijn over het plaatsen van content, behalve om onderling tot aansprakelijkheidstellingen en schadevergoedingen pogen te komen.

Omroep én Tuneln aansprakelijk. It takes two to tango?

Opzienbarend is vooral dat de rechter zonder meer stelt dat de omroepen ook zelf een rechteninbreuk plegen vanwege de buitenlandse verspreiding door Tuneln van hun online kanalen. Dit geldt niet alleen als is meegewerkt door de omroepen aan het opnemen van hun kanalen in het Tunelnpakket in het VK, maar ook als Tuneln zelfstandig de kanalen via links heeft toegevoegd aan zijn dienst, door het (via *web-crawlers*) geautomatiseerd indexeren en ophalen van links vanaf de zenderwebsites. De omroepen die slechts licenties hebben verworven voor hun nationale (online) verzorgingsgebied, worden zo als het ware op sleeptouw genomen door Tuneln die het aanbod verplaatst naar een buitenlands en daarmee nieuw publiek. Aansprakelijkheid van de omroepen voor rechteninbreuk via aggregators wordt zo strikt uitgelegd dat in wezen een risicoaansprakelijkheid bestaat voor omroepen. De rechter past in dit geval wel een in de Britse auteurswetgeving geldende regel toe, dat Tuneln mede-aansprakelijk is voor de rechteninbreuk doordat zij actief bewilligt en bewerkstelligt dat via de eigen dienst omroepkanalen gericht worden op een publiek, in de wetenschap dat in veel gevallen omroeplicenties ontbreken. De gepretendeerde voorzorgsmaatregelen van Tuneln om inbreuk te voorkomen, zoals het simpelweg voorleggen van standaardcontracten aan omroepen of een enkel aanvinkvakje op hun website, dat rechten zijn geregeld door omroepen, nemen de (mede)verantwoordelijkheid voor inbreuk niet weg. Een vergelijkbare beoordeling zagen we hierboven, over de mogelijke weerlegging van het vermoeden van wetenschap van illegaal online zenderaanbod via links uit de GSMedia-jurisprudentie. Het is begrijpelijk dat een vergewissingsplicht een grote mate van zorgvuldigheid meebrengt voor een aggregator. Los van de auteursrechtelijke relevantie van de contractuele relatie, zal in ieder geval een verbintenissenrechtelijke, nationale beoordeling moeten plaatsvinden of een geldige overeenkomst tot stand is gekomen. De vraag komt toch op wanneer door Tuneln wel serieus kan worden afgegaan op contractueel gegeven garanties en vrijwaringen van een omroep om niet medeplichtig te zijn aan inbreuk of om te voldoen aan de vergewissingsplicht in het kader van de GSMedia-uitspraak.

De rechter maakt tot slot korte metten met het beroep van Tuneln op de disculpatiemogelijkheden voor online diensten van de informatiemaatschappij uit artikel 14 E-commerce-richtlijn 2000/31/EG van 17/07/2000, om schadeaansprakelijkheid te voorkomen vanwege rechteninbreuken door derden. De categorieën online dienstenverleners die gebruik kunnen maken van deze *safe harbour*-clausule komen simpelweg niet overeen met de dienstenverlener Tuneln. Er is geen sprake van louter technische caching, hosting of neutrale doorlevering van inhoud op initiatief van derden.

Streamen is geen opnemen.

Een creatieve uitleg van de rechter betrof nog de (inmiddels in het VK gestaakte) mogelijkheid voor abonnees om kanalen op te nemen en terug te luisteren. Dit werd gezien als een nieuwe, afwijkende

naar legale content op een vrij toegankelijke (bibliotheek-)website, toch een nieuwe mededeling aan het publiek kan opleveren, indien daardoor technische beschermingsmaatregelen tegen framed linken worden omzeild, die door de rechthebbenden op de content zijn aangebracht of die contractueel zijn afgedwongen bij de licentieverlening aan de oorspronkelijke website. Wellicht is hier beslissend dat deze technische maatregelen duidelijk kenbaar zijn voor derden die willen linken. De vraag blijft open wat er gebeurt als deze maatregelen contractueel zijn opgelegd, maar niet worden nageleefd door de oorspronkelijke website-eigenaar.

technische wijze van openbaarmaken door Tuneln. De rechter gaat er van uit dat Tuneln niet meer enkel linkt naar een gestreamde lineaire radiouitzending, maar door deze functionaliteit een download- en on demand-dienst aanbiedt. Het is discutabel of een “specifieke technische werkwijze” zo genuanceerd naar functionaliteit moet worden uitgelegd, aangezien het in beide gevallen om internetverspreiding gaat. De redenering is wel begrijpelijk. De nieuwe functionaliteiten lijken niet gedekt door de (lineaire) rechten die worden verleend aan de zenders of door de wijzen van linken die in de eerdere relevante jurisprudentie werden beoordeeld.⁷ In alle gevallen van binnenlands- of grensoverschrijdend aanbod door Tuneln is sprake van inbreuk. Abonnees maken eveneens inbreuk door het opnemen van de (muziek)zenders, tenzij kan worden aangetoond dat dit gebeurt onder de Britse ‘thuiskopie’-exceptie voor *time shifting*-doeleinden.

B. Nabeschuiving

Met deze uitgebreide beschrijving van de zaak zijn niet eens alle onderdelen en argumenten de revue gepasseerd. Er is in ieder geval genoeg aanleiding voor nadere opmerkingen over de verhoudingen tussen rechthebbenden, online zenders en platforms.

Nationale aggregators: niets aan de hand of toch bijzonder?

Voor binnenlandse situaties lijkt de huidige nationale jurisprudentie over aggregator Nederland.fm bijvoorbeeld nog geldig. In die zaak werd met een beroep op de Svensson-uitspraak geen nieuwe relevante openbaarmaking aangenomen bij het aggregeren en aanbieden van links naar online omroepzenders, ook al werd rond de links en voorafgaand aan de opgevraagde streams reclameruimte verkocht door Nederland.fm. De Nederland.fm-website is vooral gericht op het ordenen, (tegen betaling) promoten en aanbieden van een pakket binnenlandse zenders aan een nationaal publiek, maar met minder gesofisticeerde functionaliteiten dan Tuneln biedt. Een website als Nederland.fm lijkt zich aan de veilige kant van de Svensson- of Tuneln-casus te begeven. Toch kunnen de overwegingen uit de Tuneln-zaak over de specifieke inrichting van een (commerciële) online dienst en de territoriale reikwijdte van het aanbod een andere beoordeling meebrengen van aggregators, in het kader van rechteninbreuk of eventueel een onrechtmatige daad jegens rechthebbenden en “gelinkte” omroepen.⁸ Het onrechtmatige daadsrecht zou onvermoede mogelijkheden kunnen bieden, vooral voor de omroepen naar wie wordt gelinkt. In de juridische procedures is tot nu opgetreden door collectieve (beheers)organisaties (zoals Buma en Sena of Brein) op basis van intellectuele eigendomsrechten. Daarom ontbrak waarschijnlijk voldoende mandaat en belang mede op te treden op grond van het onrechtmatige daadsrecht, zoals bij parasiteren of onnodig verwarringwekkend optreden ten opzichte van omroepwebsites op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval.

⁷ Vergelijk ook de recente uitspraak over het doorverkopen van downloads van e-books: HvJ EU 19 december 2019, C-263/18 (*Tom Kabinet*), ECLI:EU:C:2019:1111. Daar werd het digitaal beschikbaarstellen aan derden van eerder legaal gedownloade e-books beoordeeld in het licht van het nieuw publiek-criterium: bij het verkopen van de oorspronkelijke downloads van e-books was de toestemming van de uitgevers en auteurs slechts gericht op het kunnen lezen daarvan door de klant op een eigen apparaat en niet door een kring van lezers die de e-books via tweede hands-verkoop bemachtigen (wat weer aangeeft dat het nieuwe publiek-criterium via doelredeneringen wordt ingevuld).

⁸ In 2006 was een uitspraak gewezen over aansprakelijkheid van een gespecialiseerde online zoekdienst naar mp3-muziekbestanden. Toen werd geen inbreuk door eigen openbaarmaking, maar wel onrechtmatigheid aangenomen omdat illegale ge-uploade muziekbestanden bewust vindbaar en beluisterbaar werden gemaakt. Hof Amsterdam 15 juni 2006, 1157/04 (*Brein-Techno Design*), ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7579.

De platformparade: zoek de verschillen.

Er kan gediscussieerd worden of onderscheiden tussen online “intermediairs” op alle punten zo scherp liggen als in deze zaak gesteld en hoe relevant deze verschillen zijn. De Svensson-casus betrof bijvoorbeeld een aanzienlijke verzameling links in het kader van een commerciële persoverzicht-dienst -zoals een aggregator?- en niet zozeer een website van een vlogger, die ter verrijking daarvan een incidentele link aanlegt naar andermans website, waar de rechter hier vanuit leek te gaan.

Bij de vergelijking van diensten had verder gekeken kunnen worden naar online indexatie- en uitwisseldiensten van mediabestanden of online mediaspelers met voorgeprogrammeerde links naar omroepstreams uit de Europese Pirate Bay- respectievelijk Filmspeler-zaak.⁹ De rechter heeft eigenlijk genoeg aan verwijzingen naar de GSMedia-zaak, in geval van linken naar illegale bronnen. In het licht van deze uitspraak is toch interessant of de Pirate Bay- en Filmspelerzaken wellicht aanknopingspunten geven om ook links naar legale bronnen inbreukmakend te achten vanwege de inrichting van dergelijke commerciële diensten en de welbewuste interventie in het bereiken van het internetpubliek.

Ook kunnen twijfels rijzen of de activiteiten van een aggregator wel of niet gezien kunnen worden als een normale of reguliere wijze van toegang bieden tot vrij toegankelijke omroepstreams aan een internetpubliek. Dat kan beslissend zijn voor de vraag welk publiek objectief gezien is ingecalculeerd door rechthebbenden, toen zij licenties verleenden voor de online zenders. Vanuit het perspectief van de informatie- en ondernemingsvrijheid is vooral beslissend wat het belang is van onbelemmerde toegang door het publiek tot internetcontent via aggregatoren. Wat normaal of gebruikelijk is, kan zich in de tijd ontwikkelen natuurlijk. Maar wat is bepalend: een bepaalde omvang van het door aggregators bereikte publiek; overeenkomsten met bestaande technische mechanismen ten behoeve van de “normale werking van het internet”, zoals (embedded) hyperlinks; het gebruiksgemak en de functionaliteiten van de nieuwe dienst (en zijn die gratis en voor iedereen toegankelijk?) of de mate waarin de bronnen waarnaar wordt gelinkt al gemakkelijk vindbaar waren (en zijn bronnen dan websites of ook URL’s van “verborgen” bestanden op servers/websites)? Als gezegd wordt uit de Tuneln-zaak niet helemaal duidelijk of de specifieke wijze van linken op zich een beslissende rol kan spelen voor de inbreukvraag, omdat hier mede bepalend werd geacht of werd gelinkt binnen het territorium waar de omroep rechten voor had.

Commerciële aggregators: een stap te ver?

Het is duidelijk dat een aggregator een geheel eigen soort dienst en exploitatiemodel heeft ontwikkeld, opgebouwd rond (juridisch onaantastbaar geachte) links naar online vrij toegankelijke content van derden. De rechter ziet zelfs parallellen met concurrerende muziekdiensten als Spotify of Amazon. Dat lijkt mij economisch gezien een begrijpelijke vergelijking, ook al blijft de aggregator afhankelijk van de online programmering van derden-zenders. Daarbij kan een rol spelen dat de aggregator via de toegang tot radiokanalen muziekwerken exploiteert op een wijze die verder kan gaan dan rechthebbenden aan de omroep toestaan, althans waarover flink wordt onderhandeld tussen muziekrechthebbenden en omroepen. Door de zeer verfijnde zoekmogelijkheden en het grote aanbod aan kanalen kan bijvoorbeeld heel gericht worden geluisterd naar specifieke artiesten binnen

⁹ HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15 (*Pirate Bay*), ECLI:EU:C:2017:456 en HvJ EU 26 april 2017, C-527/15 (*Filmspeler*), ECLI:EU:C:2017:300.

lineaire radiostreams, wat meer lijkt op licenties die on demand muziekdiensten moeten verwerven. Ook worden inkomsten behaald door de aggregator door eigen reclame-exploitatie, die redelijkerwijze niet kunnen worden verdisconteerd in de vergoedingen die omroepen aan rechthebbenden in ruil voor een licentie betalen (die vaak gerelateerd zijn aan de *eigen* omroep(reclame)inkomsten).

Hier komt een bekend thema om de hoek kijken, namelijk de discussie rond de Value Gap. In de ogen van rechthebbenden verrijken aggregators zich ongerechtvaardigd door het exploiteren van hun (muziek)werken, zonder dat voor hen de noodzaak bestaat te onderhandelen over licenties. Ondanks de nuttige functie die sommige aggregators kunnen hebben voor de verspreiding van omroepkanalen, missen ook omroepen in principe een basis om betaling te vragen voor de verrijking van de dienst van de aggregator met hun kanalen en de daarvoor verworven rechten. De oplossing die in het veelbesproken artikel 17 van de Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt-richtlijn is gekozen voor platforms, die een *business model* hebben opgebouwd rond content van derden, kan waarschijnlijk ook via rechtspraak worden bereikt. Een aggregator wordt dan geacht een mededeling aan het publiek te verrichten door het toegankelijk maken van content van derden. Een eventueel beroep op een uitsluitingsgrond voor (auteursrechtelijke) aansprakelijkheid, zoals bekend uit de e-commerce-richtlijn, is daarbij uitgesloten, al is het maar vanwege de (actieve) selectie, promotie en exploitatie van welbepaalde kanalen in het pakket van Tuneln.

Waar eindigt de verfijning en begint de rechtszekerheid?

Dat een rechter de wijze van linken en de inrichting van de commerciële dienst rond het geboden muzikaanbod relevant vindt, is al met al begrijpelijk, zeker als dit een ontwikkeling in de markt betreft die niet overduidelijk worden gedekt door (oudere) rechtspraak en regelgeving. De Europese rechtspraak zelf geeft aanleiding om rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval om het recht op mededeling aan het publiek in te vullen. Ook in de regelgeving lijkt geen eind te komen aan de steeds verdergaande definiëring van online diensten om daar specifieke juridische gevolgen aan te verbinden zoals aansprakelijkheid voor uploads van derden, het tegengaan van de verspreiding van nepnieuws of schadelijke content, naleving van reclameregels etcetera.¹⁰

De nadruk op de omstandigheden van het geval en verfijningen in de rechtspraak en regelgeving hebben als keerzijde dat rechtszekerheid snel wordt ingewisseld voor een wenselijk geachte uitkomst met een willekeurig ogende afweging van belangen en rechten. Ook in deze zaak zijn twee lijnen te volgen, waarbij nooit zeker is waar zij elkaar kruisen in iedere individuele casus: enerzijds gaat het om het behoud van de normale werking van het internet ten behoeve van commerciële innovatie en informatievrijheid en anderzijds wordt belang gehecht aan het beschermen van rechten, die per territorium kunnen worden uitgebaat.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld voor rechtspraak: HvJ EU 31 mei 2016, C-117/15 (*Reha Training*), ECLI:EU:C:2016:379, en voor regelgeving: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/online-platforms>. In dit laatste voorbeeld wordt in het algemeen gesproken van online platforms, maar met verwijzing naar verschillende regelingsinstrumenten. Juist door verschillende, verouderde, definities en normstellingen, is bij de Europese Commissie de politieke wens opgekomen om een nieuwe, eenduidige categorie van de “digital service” uniform te regelen. De voorgenomen Digital Services Act zal mede een herziening vormen van de (aansprakelijkheidsuitsluitingen uit) de E-commerce-richtlijn, die over “diensten van de informatiemaatschappij” gaat. Dit laat waarschijnlijk de speciale regeling van de auteursrechtelijke aansprakelijkheid in artikel 17 van upload platforms, oftewel “onlinediensten voor het delen van content”, uit de Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt-richtlijn van 17 april 2019, 2019/790, onverlet. Als het gaat om meer mediawettelijke verplichtingen en regulering is recent naast de “audiovisuele mediadienst” een nieuwe categorie van “videoplatformdiensten” geïntroduceerd in de Audiovisuele mediadiensten-richtlijn van 14 november 2018, 2018/1808.

Territoriale benadering: doorschuiven maar?

De beoordeling per territorium in de besproken TunelN-zaak maakt de praktijk een stuk lastiger en doet de vraag rijzen of hiermee voldoende rekening wordt gehouden met alle betrokken belangen en het internationaal karakter van internet.

De omroep kan ondanks een online licentie van de plaatselijke rechthebbendenorganisatie opeens aansprakelijk worden in andere landen omdat TunelN daar links naar zijn kanalen aanbiedt. Als eenmaal een online uitzendlicentie is verkregen door een omroep voor een bepaald territorium, lijkt het er op dat het linken door TunelN daar is toegestaan. Dat is de standaard “Svensson/GSMedia-situatie” en wel zo duidelijk. Helemaal zeker is dat echter niet omdat de rechter wel degelijk een verschil zag in de wijze van linken en exploitatie door een aggregator in territoria waarop omroepen zich kenbaar niet richten als hun eigen, nationale verzorgingsgebied. Misschien betekent dit dat de omroep op basis van een grensoverschrijdende licentie zijn online kanalen eerst specifiek moeten richten op een buitenlands publiek, voordat TunelN links kan aanbieden aan dat publiek?

Gelet op de positie van rechthebbenden is het onevenwichtig dat, in een situatie waar een omroep zijn kanalen in “eigen land” zonder geo-blocking legaal online zet, zowel de omroep als de aggregator in alle overige landen kunnen worden aangesproken op inbreuk en een (schade)vergoeding vanwege de activiteiten van de aggregator; maar dat zij een aanspraak op de aggregator “kwijt raken” zodra de omroep online rechten bijkoopt voor die andere landen. Dit zou weer kunnen leiden tot meer geo-blocking-eisen of anti-linking-maatregelen van de kant van rechthebbenden, zodat de territoria voor online uitzendrechten (nog) duidelijk(er) zijn afgebakend en het exploiteren van die rechten door aggregators kan worden ingedamd.

Vanuit het perspectief van de omroep is moeilijk te doorgronden dat hij, vanwege de activiteiten van een aggregator in het buitenland, in feite gedwongen wordt grensoverschrijdende licenties te verwerven. Vervolgens plukt de aggregator de vruchten daarvan, zonder de lasten van onderhandelingen met rechthebbenden. Door de ingewikkelde constructie van een territoriale beoordeling en het nieuw publiek-criterium is voor betrokken partijen daarbij niet eens duidelijk wat voldoende is om rechten af te dekken: moet rekening worden gehouden met een zelfstandige, aparte openbaarmaking door de aggregator in de diverse landen of concentreert de regeling van rechten zich op de activiteiten van de omroep? Doorgaans zullen aggregators omroepen proberen over te halen afspraken te maken voordat zij de online-kanalen in hun dienst opnemen, met als voorwaarde een (gratis) licentie van de omroep en een vrijwaring voor derdenrechten. Voor een omroep, die verspreiding door aggregators op zich op prijs stelt, is het een duivels dilemma als hij de risico's van extra aanspraken zal moeten dragen. Het duiveltje zit er dan in dat het gunstiger lijkt als géén sprake is van een nieuwe openbaarmaking door de aggregator, want dan hoeft niet voor extra rechten te worden betaald; tegelijkertijd kan een omroep het in dat geval als onrechtvaardig zien dat een aggregator de eigen waardevolle kanalen, content en investeringen gratis en zonder juridische belemmeringen kan exploiteren als het “haakje” van een mededelingsrecht ontbreekt. Als wel sprake is van een eigen openbaarmakingshandeling door de aggregator zal een omroep er voor willen passen om de rechtenvergoedingen aan derden voor zijn rekening te nemen. Voor een omroep, die niet geconfronteerd wil worden met deze dilemma's of lastige onderhandelingen daarover, komt de

keuze dan snel op te proberen linken, in het bijzonder in het buitenland, technisch te blokkeren ofwel te verbieden op basis van eigen (omroep)rechten.

Door onzekerheid of alle vereiste rechten zijn geregeld voor alle beoogde territoria en of het mogelijk is waterdichte contracten met omroepen te sluiten, ontstaan risico's voor internationale aggregators zoals Tuneln. Tuneln zal zich moeten vergewissen of zenders hun kanalen online hebben gezet met enkel een plaatselijke (contractuele of wettelijke) licentie of met een licentie die ook geldt in het buitenland, waarbij onzeker is in hoeverre Tuneln mag afgaan op algemene bevestigingen van omroepen in standaardformulieren om (mede)aansprakelijkheid te voorkomen. Wellicht moet onzekerheid worden afgekocht door licenties te sluiten met rechthebbenden, wat extra kosten meebrengt en de aggregator in feite in dezelfde positie plaatst als een (online) omroep.

De EU Online omroep-richtlijn: toch de grens over?

De territoriale benadering van de rechter is weliswaar in lijn met bestaande wijzen van rechtenexploitatie en licentieverleningen, maar staat haaks op het internationale karakter van het internet. De Europese regelgeving in het kader van de Digitale Eengemaakte Markt beweegt ook de kant op van zo onbelemmerd mogelijke grensoverschrijdende toegang tot content. Zo is interessant wat de gevolgen zijn voor deze uitspraak van het nieuwe oorsprongslandbeginsel uit de recente Europese Online omroep-richtlijn 2019/789 van 17 april 2019. Dit beginsel houdt in dat een omroeplicentie voor gebruik van werken in online (lineaire en on demand) radiokanalen meteen de online verspreiding door de omroep zelf dekt in de hele EU, tenzij anders wordt afgesproken.¹¹ Daarmee mag waarschijnlijk binnen de EU juist worden uitgegaan van grensoverschrijdende licenties, als eenmaal in het vestigingsland van de omroep online rechten zijn geregeld voor dit soort omroepdiensten. Dat lijkt voor de omroep en voor aggregators meer mogelijkheden te scheppen voor (grensoverschrijdende) online verspreiding van radiokanalen in de EU. Onzeker is of dit aanleiding zal geven voor meer vergoedingsaanspraken van rechthebbenden vanwege een mogelijk groter (feitelijk) publieksbereik door online plaatsing van kanalen. Ook hier zullen voorziene hobbels in onderhandelingen over vergoedingen aanleiding kunnen geven om te kiezen voor geo-blocking van bepaalde online radio-uitzendingen.

Tot slot

Naast alle opkomende bedenkingen en vragen, kan de actualiteit van de naderende Brexit een ander licht werpen op de besproken Tuneln-uitspraak. We hebben het geluk dat we een uitleg van “ons” Unie-recht van de mededeling aan het publiek kunnen nalezen in deze zaak, hopelijk ook nog in de vervolgpprocedure na het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Dit helpt de rechtszekerheid en rechtsontwikkeling in de hele EU verder. Het lijkt me een gemis als we in de toekomst alleen bij wijze van rechtsvergelijking kennis nemen van dit soort zaken.

¹¹ Interessant is dat de benadering van de Britse rechter realistischer lijkt dan het uitgangspunt van de Online omroep-richtlijn. In deze richtlijn wordt verondersteld dat het online plaatsen van content in principe een openbaarmaking vormt in de hele wereld, inclusief de EU. Door de territoriale versnippering van rechten en rechtenregimes zou daarom in ieder EU-land apart toestemming moeten worden geregeld, wat weer wordt gemitigeerd door het oorsprongslandbeginsel. In praktijk is niet iedere internetdienstenverlener per se gericht op de hele wereld en zal een licentieverlening niet altijd bedoeld zijn voor de hele wereld.