

# *Impact vonnis radioportalsite Nederland.FM*

## De embedded hyperlink vogelvrij verklaard

Bjorn Schipper

In mijn kleine juridische kroniek van het muziekrecht over het jaar 2012<sup>1</sup> stipte ik het vonnis inzake Nederland.FM al even aan als de uitspraak die de meeste stof deed opwaaien. Met name in de juridische wereld pleiten deskundigen voor of tegen de uitkomst in deze zaak. In onze muziekwereld bleef het opvallend rustig. Zowat alleen muziekblog Kicking The Habit<sup>2</sup> kwam in opstand, mede naar aanleiding van de eis van Buma/Stemra dat voor plaatsing van embedded hyperlinks in recensies op Kicking The Habit een licentiefee betaald moest worden. Deze licentiefee wordt ook wel ‘embedlicentie’ of ‘embedbelasting’ genoemd. Toen bleek dat Buma en Kicking The Habit hierover principieel van mening bleven verschillen, zijn de embedded hyperlinks op Kicking The Habit vervangen door gewone hyperlinks. Het is nu de vraag of lezers van recensies op Kicking The Habit net zo vaak doorklikken naar de muziek waarnaar eerst via embedded hyperlinks verwezen werd. Hetgeen mij bij de hoofdvraag van deze bijdrage brengt: is de Nederlandse muziekpraktijk niet slechter af met de uitkomst inzake Nederland.FM en het daaraan gekoppelde beleid van Buma/Stemra om voor plaatsing van embedded hyperlinks – verwijzend naar muziekwerken die zich elders op het internet bevinden en elders beschikbaar worden gesteld – een licentiefee te vragen?

### **Radioportals Nederland.FM en Op.FM**

Te beginnen met een uitleg over de feitelijke inrichting van de radioportals Nederland.FM en Op.FM op basis waarvan de Rechtbank tot een oordeel is gekomen. Nederland.FM bestaat al sinds 2001 en is als het ware een ‘startpagina’ waarop een groot aantal radiostations te vinden is die digitale uitzendingen via het internet verzorgen. Door op het logo van een radiostation te klikken kunnen bezoekers van Nederland.FM de uitzending beluisteren via de eigen (bron)website van

het radiostation. Bezoekers van Nederland.FM worden daarvoor via embedded hyperlinks verwezen naar de uitzendingen die door middel van streaming beschikbaar zijn op de websites van de radiostations. De logo’s van de radiostations waarin deze embedded hyperlinks zijn verwerkt staan op de homepage van Nederland.FM. Na aanklikken van een logo verschijnt een frame op de homepage van Nederland.FM waarin de radiostream en andere content zoals het logo van het radiostation ‘zichtbaar’ zijn tijdens het beluisteren van

de betreffende uitzending. Op de vergelijkbare aan Nederland.FM gelieerde radioportalsite Op.FM gebeurt hetzelfde, zij het dat de radiostreams en andere content dan niet in een frame maar in een speciale pop-up op de homepage worden gepresenteerd. Bezoekers van beide radioportalsites betalen niet voor het gebruik van deze 'startpagina's'. Verdienmodel van beide radioportals is de verkoop van advertentieruimte in de vorm van banners en reclamefilmmpjes en de verkoop van informatie rondom het klik- en luistergedrag van de bezoekers van de radioportals. Nederland.FM is een populaire radioportalsite welke naar eigen zeggen bijna 2,5 miljoen unieke bezoekers per maand trekt die gezamenlijk ruim 6,5 miljoen bezoeken en 23,7 miljoen muisklikken per maand genereren.

### **Kort geding**

Buma/Stemra verstrekt speciale licenties voor muziekgebruik door radiozenders op internet. Sinds 2009 verstrekt Buma/Stemra ook speciale licenties aan radioportals. In 2004 en 2007 heeft de eigenaar van Nederland.FM en Op.FM contact gezocht met Buma/Stemra omdat hij twijfelde of hij zonder muzieklicentie met zijn radioportals binnen de auteursrechtelijke grenzen bleef. In 2004 vond een gesprek plaats tussen de eigenaar van beide radioportals en Buma/Stemra. Na introductie in 2009 door Buma/Stemra van haar speciale licentie voor radioportals liepen de onderhandelingen tussen partijen op niets uit. Men bleef verdeeld over de principiële vraag of plaatsing van embedded hyperlinks op de radioportals een nieuwe openbaarmaking van muziek zou inhouden.

Buma/Stemra verlangde van Nederland.FM betaling van een licentiefee voor plaatsing van embedded radiostreams en startte een kort geding teneinde een rechterlijk verbod te krijgen op het zonder toestemming openbaar maken van muziekwerken. De Voorzieningenrechter kwam echter niet toe aan beantwoording van de principiële vraag over embedded hyperlinks omdat hij naar aanleiding van het door de radioportals gevoerde verweer van oordeel was dat Buma/Stemra vanwege het tijdsverloop in deze kwestie niet voortvarend had

gehandeld en daarom geen spoedeisend belang (meer) bij haar verbodsvordering had<sup>3</sup>.

### **Bodemprocedure**

Buma/Stemra startte vervolgens eind 2011 een bodemprocedure tegen de eigenaar van beide radioportals. Bij vonnis<sup>4</sup> van 19 december 2012 oordeelde de Haagse Rechtbank dat de wijze van plaatsing op beide radioportals van embedded radiostreams auteursrechtelijk een nieuwe (secundaire) openbaarmaking oplevert. Dit geldt voor zowel het frame van Nederland.FM als de pop-up van Op.FM. De Rechtbank is van oordeel dat de embedded radiostreams door de wijze van presentatie op de radioportals beluisterd worden *in het kader* van beide websites. De Rechtbank oordeelt dat de betrokkenheid van de radioportals bij de openbaarmaking van muziek verder gaat dan het enkele aanbieden van hyperlinks naar de radiostreams en weegt daarbij met name de visuele presentatie van de embedded hyperlinks op beide homepages zwaar mee. Doordat gedurende het afspelen van de radiostreams een groot gedeelte van de homepages zichtbaar blijft, oordeelt de Rechtbank dat sprake is van een rechtens relevante *interventie* door Nederland.FM en Op.FM. Als gevolg hiervan worden de radiostreams gepresenteerd aan de bezoekers van de radioportals hetgeen volgens de Rechtbank betekent dat de daarin opgenomen muziekwerken toegankelijk worden gemaakt *voor een ander publiek* dan het publiek waarvoor Buma/Stemra de internet radiozenders initieel toestemming heeft verleend. De Rechtbank weegt mee dat de radioportals rondom de uitzendingen op hun homepages profijt kunnen trekken door advertentieruimte te verkopen. Slotsom: Nederland.FM en Op.FM maken (opnieuw) muziek openbaar en dienen aldus aan Buma een licentievergoeding te betalen. Overigens niet aan Stemra omdat de Rechtbank oordeelt dat de plaatsing van embedded hyperlinks op de radioportals geen vereenvoudiging van muziekwerken betreft.

### **Rechtsontwikkeling vanuit Europa**

Het vonnis in de door Buma/Stemra aangespannen bodemprocedure tegen Nederland.FM is belangrijk voor

de rechtsontwikkeling in zowel binnen- als buitenland en sterk ingegeven door een rechtsontwikkeling die eerder al door de hoogste Europese rechter is ingezet<sup>5</sup>. Uit een aantal uitspraken van het Europese Hof volgt samengevat dat het auteursrechtelijke begrip openbaarmaking meer en meer *functioneel* moet worden uitgelegd, en niet zozeer strikt technisch. Dit betekent dat onder bepaalde omstandigheden toch sprake kan zijn van openbaarmaking ook al maakt de betreffende partij het werk technisch gezien zelf niet openbaar. In zoverre kan ik de juridische motivering inzake Nederland.FM billijken en is het toe te juichen dat de rechter uitspraak heeft gedaan met toepassing van de nieuwe Europese jurisprudentie. Ook is het goed dat de rechter een duidelijke keuze heeft gemaakt, al blijft het opmerkelijk dat niet gewacht is op de uitkomst van de Zweedse zaak Svensson<sup>6</sup> waarin het Europese Hof belangrijke vragen over hyperlinks zal beantwoorden. De discussie tussen Nederland.FM en Buma/Stemra speelt daarbij al sinds 2004.

### **Kritiek op uitspraak Nederland.FM**

Minder gecharmeerd ben ik van de wijze waarop in deze zaak de feiten gekwalificeerd zijn. De radioportals Nederland.FM en Op.FM zijn naar mijn mening primair te beschouwen als ‘startpagina’s’ waarop verwijzingen naar content die elders beschikbaar is op een voor de websitebezoeker overzichtelijke manier zijn samengebracht. Het is dit ‘startpagina’-karakter van de radioportals gecombineerd met de aard van het internet en het belang van hyperlinks in het algemeen die de lat om auteursrechtelijk tot een *interventie* te kwalificeren, een stuk hoger hadden moeten leggen. *Unique selling point* van radioportals is niet dat bezoekers uitzendingen kunnen beluisteren – dat kan men ook op websites van de radiozenders – of dat met een hogere geluidskwaliteit geluisterd kan worden, maar nu juist dat bezoekers niet steeds een ander internetadres hoeven in te toetsen om uitzendingen te beluisteren op de websites van hun favoriete radiozenders<sup>7</sup>. Iemand die in de ochtend graag naar de radioshow van 3FM’s Giel Beelen luistert kan in de middag met één muisklik naar ‘Mijkes Middag’ op Radio 6 luisteren. Het online-

aanbod van uitzendingen van radiozenders is overzichtelijk samengebracht op één website, dat is waar het hier feitelijk om gaat. Het is niet noodzakelijk om de uitzendingen via radioportals als Nederland.FM te volgen, er kan ook via de websites van de radiozenders naar *dezelfde* initiële uitzending geluisterd worden. Het lijkt wel alsof de visuele presentatie van embedded radiostreams op Nederland.FM en Op.FM bij de functionele toepassing van het auteursrechtelijke openbaarmakingsrecht tot vertroebeling van het primaire feitelijke karakter van beide radioportals heeft geleid.

Het is bovendien de vraag of hier wel sprake is van een *ander publiek*. Verdedigbaar is dat bezoekers die via radioportals als Nederland.FM naar de uitzendingen luisteren feitelijk tot hetzelfde publiek behoren als het publiek dat rechtstreeks via de (bron)websites luistert. Het potentiële publiek dat op internet naar uitzendingen van een radiozender luistert, bestaat in beginsel uit alle mensen die via het internet naar die uitzendingen luisteren omdat zij dat ook willen. Los van de website of webpagina via welke zij direct of indirect uitvoering aan deze luisterwens geven. Ingeval Buma/Stemra radiozenders-licenties verstrekt voor uitzending via het internet valt niet met droge ogen vol te houden dat geen rekening gehouden is – of zou moeten worden – met het internetpubliek dat bewust naar dezelfde uitzending luistert zoals initieel beschikbaar gesteld op de eigen website van de radiozender, zij het via een ander internetadres. Juiste toepassing van een functioneel openbaarmakingsrecht zou in dit geval een belangrijke rol voor deze bewustheidsfactor van het potentiële initiële publiek hebben ingeruimd. Anders zou het kunnen worden als embedded muziek uitsluitend gebruikt wordt ter promotie en verkoop van een eigen product. De bewustheid van een bezoeker van zo’n website is dan initieel niet gericht op de muziek maar op het product dat wordt aangeboden, waardoor sprake kan zijn van een ander publiek.

### **Consequenties voor de praktijk**

De uitkomst inzake Nederland.FM heeft de indruk gewekt dat embedden van muziek vrijwel altijd een

(nieuwe) openbaarmaking zou opleveren. Dat Buma/Stema muziekblog Kicking The Habit een ‘embedlicentie’ probeerde op te leggen lijkt niet geheel toevalig<sup>8</sup>. Aan zo’n licentiefee voor embedded hyperlinks op radioportals en muziekblogs kleven niet alleen juridische maar juist ook economische bezwaren. Een ‘embedlicentie’ als door Buma/Stemra voorgestaan kan namelijk het digitale ‘ecosysteem’ dat zich op internet aan het ontwikkelen is, verstoren. Embedded hyperlinks werken in de richting van de bron van waaruit muziek ter beschikking wordt gesteld als een *multiplier*. Hoe meer embedded hyperlinks, hoe groter het aantal muisklikken aan de bron. Zeker als het radioportals zijn die het luistergemak vergroten en muziekblogs die in recensies aandacht vragen voor muzikale content die elders beschikbaar is. Heffen op embedden werkt contraproductief als daardoor aan de bron minder muiskliks gegenereerd zullen worden. En dat is precies wat nu gebeurt bij bijvoorbeeld Kicking The Habit. Er

wordt minder doorgelikt. Kortom: heffen op embedden heeft ingeval van Nederland.FM en Kicking The Habit nadelige consequenties voor onze muziekpraktijk. Beter is inzetten op goede overeenkomsten met (bron)websites als YouTube waarop muziek beschikbaar is gesteld en waarbij stimulering van muisklikken via embedded hyperlinks in de licentiefee verdisconteerd is. Meer muisklikken aan de bron betekent een grotere opbrengst voor alle rechthebbenden. Goede ‘brondeals’ betekenen maximalisatie van opbrengsten aan de bron en maken daarmee een ‘embedlicentie’ min of meer overbodig. Hiervoor is nodig dat Buma/Stemra haar beleid bijstelt en dat de exploitanten achter de (bron) sites inzien dat de verdere groei van het online ‘ecosysteem’ in ieders belang is. Voor nu is een genuanceerde benadering van embedded hyperlinks op zijn plaats.

Bjorn Schipper is advocaat bij Bousie advocaten in Amsterdam

- 1 *Muziekwereld* 2013/1 (p. 18-23), “Twee kleine juridische kronieken van het muziekrecht. Tweede deel: overzicht van spraakmakende rechtszaken uit 2012”.
- 2 Zie onder andere [kickingthehabit.nl](http://www.kickingthehabit.nl/vinden?qu=buma&w=weblog): <http://www.kickingthehabit.nl/vinden?qu=buma&w=weblog>.
- 3 Vzr. Rb. Den Haag 8 juli 2011, IEPT20110708 (Buma/Stemra/Nederland.fm).
- 4 Rb. Den Haag 19 december 2012, IEF 12159, AMI 2013/2 met noot van D.J.G. Visser (Buma/Stemra/Nederland.fm); zie voor commentaar o.a. E. Jurjens, “Drie stappen van het Nederland.fm-vonnis: interventie, ander publiek en winst oogmerk”, IEF 12204.2013, T.M. van den Heuvel, “Linke links – Auteursrechtinbreuk, onrechtmatig, of slechts een wegwijzer?”, IEF 12267, M.G.A. Egeler en A.R. Lodder, “Nederland.fm pleegt auteursrechtinbreuk door te hyperlinken naar radiostreams van radiostations”, noot in *Computerrecht* 2013/83, en A.R. Lodder, “Nederland FM: uitspraak Haagse rechter is niet uit te leggen”, bericht van 14 januari 2013 op [www.jurel.nl](http://www.jurel.nl).
- 5 Zie voor een overzicht en analyse van deze Europese jurisprudentie o.a. D.J.G. Visser, “Openbaar maken met ketchup”, AMI 2013/2, p. 41-51.
- 6 Prejudiciële vragen gesteld aan HvJ EG 23 november 2012, nr. C—466/12 (Svensson e.a./Retriever Sverige AB). Zie ook de wetenschappelijke bedenkingen van een aantal Europese hoogleraren rondom hyperlinks in de paper van 15 februari 2013: European Copyright Society. Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson. Dat binnen Europa verschillend over embedden wordt geoordeeld blijkt wel uit een recente uitspraak van de hoogste Duitse rechter die vooralsnog oordeelde dat embedden geen openbaarmaking is: Bundesgerichtshof zaak 16 mei 2013, zaak IZR 46/12 (Die Realität).
- 7 Verdedigbaar is dat de advertenties op Nederland.FM en Op.FM primair ook meer aan het innovatieve ‘startpagina’ concept hangen, en niet sec aan het luisteren naar uitzendingen. Innovatie mag beloond worden.
- 8 Zie onder andere de berichtgeving van Buma/Stemra in de nasleep van dit vonnis, [3voor12.nl](http://3voor12.nl) en het dossier op de website van Kicking The Habit (zie noot 3).