

De playlists van Spotify

Hoe ver reikt het nabuurrechtelijke vergoedingsrecht met betrekking tot audiostreamingdiensten?

Bernt Hugenholtz*

Op grond van art. 7 lid 1 WNR vallen onder het vergoedingsrecht voor 'secundair gebruik' alle mogelijke vormen van openbaarmaking van commercieel uitgebrachte fonogrammen, doch niet het online beschikbaar stellen. Algemeen wordt aangenomen dat het vergoedingsrecht niet geldt voor het streamen via Spotify en dergelijke diensten. Maar geldt dat ook voor de door Spotify aangeboden *playlists* en vergelijkbare omroepachtige diensten? In dit artikel wordt een poging gedaan criteria te formuleren aan de hand waarvan het 'beschikbaar stellen' van andere vormen van openbaarmaking kan worden onderscheiden.

Vergoedingen voor radio- en televisie-uitzending vormen al jaren een belangrijke bron van inkomsten voor uitvoerende kunstenaars en platenproducenten. Deze vergoedingen hebben hun wettelijke basis in art. 7 lid 1 WNR. Ingevolge art. 15 lid 1 WNR is de Stichting SENA exclusief belast met de incasso en verdeling van de vergoedingen. Op internationaal niveau is het vergoedingsrecht vastgelegd in art. 12 van de Conventie van Rome (1961) en art. 15 lid 1 van het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT). In de EU is het vergoedingsrecht geharmoniseerd in art. 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115/EG, de Leen- en verhuurrichtlijn.

In loop van de jaren '90 leidde de opkomst van downloaddiensten tot de invoering in art. 14 van het WPPT van een recht van beschikbaarstelling ('making available') voor uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten. Aangezien het aanbieden van fonogrammen door downloaddiensten werd beschouwd als een substituuut voor de traditionele fabricage en distributie van grammofoonplaten, kreeg het nieuwe recht de vorm van een volwaardig en overdraagbaar uitsluitend recht. Het vergoedingsrecht gold derhalve niet langer voor deze vorm van openbaar maken.

Na de millenniumwisseling zijn de meeste onlinemuziekdiensten geëvolueerd van het aanbieden van downloads op verzoek, zoals het inmiddels ter ziele gegane iTunes, tot onlinestreamingdiensten zoals Spotify. Deze diensten zijn gaandeweg steeds meer omroepachtige kenmerken gaan

vertonen. Zo biedt Spotify zijn luisteraars tegenwoordig een grote verscheidenheid van voorgeprogrammeerde *playlists* (afspeellijsten), die gelijkenis vertonen met traditionele radiodiensten. Dit doet de vraag rijzen naar de juridische status van *playlists* en soortgelijke diensten die door streamingdiensten worden aangeboden. Is hier nog wel sprake van het beschikbaar stellen van fonogrammen? Of gaat het hier om vormen van openbaarmaking waarvoor het wettelijk vergoedingsrecht geldt?

Het antwoord op deze vraag is van direct belang voor de inkomenspositie van de artiesten. In de praktijk zijn uitvoerende kunstenaars voor hun inkomsten uit streaming volledig afhankelijk van de royalty's die zijn overeengekomen met de platenmaatschappijen, die op hun beurt licentieovereenkomsten hebben afgesloten met de streamingdiensten. Omdat de onderhandelingspositie van de meeste uitvoerende kunstenaars zwak is, worden hun uitsluitende rechten op beschikbaarstelling doorgaans overgedragen aan de labels, waardoor de artiesten niet rechtstreeks kunnen onderhandelen met de streamingdiensten. Als gevolg hiervan heeft de invoering van het op papier sterkere (uitsluitende) recht van beschikbaarstelling geresulteerd in een de facto verzwakking van de inkomenspositie van de uitvoerende kunstenaars. Voor artiesten vallen de Spotify-inkomsten in het niet bij de veel meer substantiële wettelijke vergoedingen voor traditionele *airplay*.¹

Deze bijdrage is als volgt gestructureerd. Eerst wordt nader ingegaan op de omroepachtige diensten waarop deze ana-

* Prof. mr.P.B. Hugenholtz is hoogleraar-emeritus aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, en redacteur van dit blad. Dit artikel is gebaseerd op een opinie

geschreven in opdracht van SENA Performers.

1 Kain, 'Wat de opbrengsten van 'Drank & Drugs' leren over de muziekindustrie van nu', *De Correspondent* 1 maart 2016.

lyse zich toespitst. Vervolgens wordt in onderdeel 2 een overzicht gegeven van het wettelijk recht op een billijke vergoeding, zoals dit internationaal, Europees en nationaal gestalte heeft gekregen. In onderdeel 3 wordt uitleg gegeven aan het nabuurrechtelijke beschikbaarstellingsrecht. Omdat het vergoedingsrecht van art. 7 lid 1 WNR, dat in dit artikel centraal staat, het product is van twee internationale verdragen (de Conventie van Rome en het WPPT) en twee Europese richtlijnen (niet alleen de Richtlijn leen- en verhuurrecht, maar ook de Informatiemaatschappijrichtlijn) zullen relevante bepalingen uit al deze instrumenten de revue passeren. Tot besluit worden een aantal criteria ontwikkeld op basis waarvan een onderscheid kan worden gemaakt tussen diensten die onder het beschikbaarstellingsrecht vallen en diensten die daarbuiten blijven en waarvoor derhalve het vergoedingsrecht zou moeten gelden.

1. De opmars van omroepachtige diensten

Centraal in dit artikel staat de vraag of en in hoeverre omroepachtige onlinediensten die kenmerken hebben van traditionele omroep maar ook een zekere mate van interactiviteit of individualisering vertonen, vallen onder het vergoedingsrecht. Dergelijke diensten nemen in aantal en economisch belang snel toe en omvatten een breed spectrum. Aan de ene kant staan onlinediensten die geen enkele interactiviteit toelaten en alle traditionele kenmerken vertonen van klassieke radio-omroep. Tot deze categorie behoren bijvoorbeeld webradio² en het gebruik van achtergrondmuziek bij websites. Tot de niet-interactieve onlinediensten behoren tevens allerlei ‘narrowcasting’ diensten, waarvan de abonnees de gestreamde muziek uitsluitend kunnen beluisteren in de aangeboden volgorde en dus geen keuze maken uit de te beluisteren muziek.³ Het aanbieden van ‘wachtmuziek’ door callcenters valt ook onder deze categorie.

Aan de andere kant van het spectrum staan diensten die ‘on-demand’ fungeren en de gebruikers laten kiezen uit een catalogus van muziekopnamen die deze – al dan niet tegen betaling – kunnen downloaden of streamen. Het klassieke voorbeeld is de downloaddienst van iTunes (inmiddels opgegaan in Apple Music) in zijn oorspronkelijke incarnatie.

Tussen deze uitersten bevinden zich allerlei diensten die kenmerken vertonen van omroep maar tegelijkertijd in enige mate voorzien in interactiviteit, personalisering of afroepbaarheid, zoals de door Spotify aangeboden *playlists*. Terwijl sommige *playlists* op basis van het gebruiksprofiel van de abonnee geheel of ten dele gepersonaliseerd zijn (bijv. Spotify’s ‘Daily Mix’, ‘Discover Weekly’ en ‘Radio’),

worden veel andere *playlists* (bijv. ‘Peaceful Piano’) in niet-personaliseerde vorm aan alle abonnees in dezelfde vorm aangeboden.

2. Het wettelijk vergoedingsrecht in de Conventie van Rome, het WPPT, de Richtlijn leen- en verhuurrecht en de WNR

Het wettelijke vergoedingsrecht van art. 7 van de WNR vindt zijn oorsprong in art. 12 van de Conventie van Rome (CvR), het verdrag waarop de WNR grotendeels is gebaseerd. Dat artikel, dat een compromis weerspiegelt tussen de tegengestelde belangen van de uitvoerende kunstenaars, de fonogrammenproducenten en de omroeporganisaties, voorziet in een vergoedingsrecht met betrekking tot het ‘secundair gebruik’ van commercieel uitgebrachte fonogrammen. Artikel 12 CvR luidt:

‘Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram, of een reproductie van zulk een geluidsdrager, rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker één enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaars of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan, bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen, de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen.’

De regeling van het secundair gebruik in de CvR voorziet niet in een uitsluitend recht (verbodsrecht), maar in een vergoedingsaanspraak die hetzij aan de artiesten, hetzij aan de platenproducenten, hetzij aan beiden, moet worden toegekend. In Nederland worden de vergoedingen op grond art. 7 lid 4 WNR gelijkelijk verdeeld tussen de artiesten en de producenten.

Het vergoedingsrecht van art. 12 CvR geldt ‘voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek’ van het fonogram. Art. 3 (f) CvR definieert ‘uitzending’ als ‘de overdracht langs draadloze weg van klanken of van beelden en klanken voor ontvangst door het publiek’. Het begrip uitzending strekt zich dus niet uit tot de overdracht (transmissie) per kabel of andere ‘draad’.⁴ Tevens sluit het woord ‘rechtstreeks’ uit dat het *heruitzenden* binnen het bereik van het vergoedingsrecht valt.⁵

Voorts geldt dat een uitzending bestemd moet zijn voor ontvangst door het publiek. ‘Met andere woorden een uitzending die bestemd is voor één persoon of een bepaalde groep – bijvoorbeeld schepen of vliegtuigen – wordt niet als een uitzending in de zin van het Verdrag aangemerkt’, aldus de MvT bij de Goedkeuringswet.⁶

2 Bijv. de ‘themakanalen’ van Radio 10 (<https://www.radio10.nl/themakanalen>). De door SENA gehanteerde tarieven voor on-line muziekgebruik (2022) zijn te vinden op <https://sena.nl/files/original/tarieven-internet-2022.pdf>.
3 Bijv. Backsound (<https://www.backsound.nl/>).

4 Von Lewinski, *International Copyright and Policy*, OUP 2008 [Von Lewinski], p. 200.
5 Brison, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar* (diss.), Brussel: Larcier 2001, p. 71-72.
6 MvT Goedkeuringswet CvR, *Kamerstukken 20012*. Zie WIPO Guide to the Rome Convention (1981), para. 3.18.

Het vergoedingsrecht van art. 12 CvR geldt niet alleen voor uitzending maar ook voor 'enigerlei [andere] overbrenging aan het publiek' ('communication to the public'), een begrip dat in de CvR niet wordt gedefinieerd. Voorbeelden van 'enigerlei [andere] overbrenging aan het publiek' die wel onder art. 12 CvR begrepen worden, zijn secundair gebruik van fonogrammen in discotheken, achtergrondmuziek winkelcentra, restaurants, supermarkten, hotels etc.⁷

WPPT

Art. 15 lid 1 van het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT) voorziet eveneens in een vergoedingsrecht voor secundair gebruik van fonogrammen, dat echter verder reikt dan art. 12 CvR:

'Performers and producers of phonograms shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.'

Evenals de corresponderende bepaling van de Conventie van Rome betreft het hier een minimumstandaard; het staat de WPPT-staten dus vrij om in de plaats van een vergoedingsrecht te voorzien in exclusieve rechten. In afwijking van het Rome-regime komt het vergoedingsrecht toe aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten. Het recht betreft in de eerste plaats het uitzenden van fonogrammen 'for broadcasting'. Dit wordt in art. 2(f) WPPT gedefinieerd als 'the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds or of the representations thereof'. Deze definitie sluit aan bij de omroepdefinitie van de CvR, met dien verstande dat deze zich thans ook uitstrekt tot satellietomroep en het uitzenden van versleutelde signalen. Evenals in het Rome-regime is 'broadcasting' echter nog steeds beperkt tot draadloos uitzenden (via de ether).⁸ Daarentegen strekt het recht zich uit tot 'direct or indirect use'; het vergoedingsrecht in de WPPT omvat dus ook heruitzendingen via de ether.

In overeenstemming met de CvR geldt het vergoedingsrecht voor 'any communication to the public' van fonogrammen. Dat begrip wordt in afwijking van de CvR wel gedefinieerd. Art. 2(g) WPPT omschrijft dit als:

'the transmission to the public by any medium, otherwise than by broadcasting, of sounds of a performance or the sounds or the representations of sounds fixed in a phonogram. For the purposes of Article 15, 'communication to the public' includes making the sounds or representations of sounds fixed in a phonogram audible to the public.'

'Communication to the public' in de zin van art. 15 WPPT is dus een tweeledig begrip. In de eerste plaats omvat het iedere vorm van *transmissie* van fonogrammen 'otherwise than by broadcasting'. 'Communication to the public' betreft dus draadgebonden transmissie, zoals kabelradio en internetradio.⁹ In het tweede onderdeel van de definitie wordt het begrip uitgebreid naar het gebruik van radio's, jukeboxes e.d. in openbare gelegenheden.¹⁰

Art. 15 WPPT strekt zich echter niet uit tot het online beschikbaar stellen ('making available') van fonogrammen. Hoewel de letterlijke tekst van art. 15 en de definitie van 'communication to the public' niet uitsluiten dat daarvoor ook vormen van 'making available' worden begrepen, sluit de systematiek van het WPPT een zodanig extensieve interpretatie uit. Immers, artikelen 10 en 14 WPPT voorzien uitdrukkelijk in een uitsluitend (verbods-)recht met betrekking tot het beschikbaar stellen van fonogrammen, zoals hieronder zal worden toegelicht. Dat verbodsrecht zou grotendeels zinledig zijn als het beschikbaar stellen onder het vergoedingsrecht zou vallen.¹¹

Richtlijn leen- en verhuurrecht

Het vergoedingsrecht is in enigszins gewijzigde vorm terug te vinden in art. 8 lid 2 van de Richtlijn leen- en verhuurrecht, die de naburige rechten voor de lidstaten van de EU vergaand heeft geharmoniseerd en derhalve voor de uitleg van art. 7 WNR mede bepalend is.¹² Hierbij zij aangetekend dat de regeling van de naburige rechten in deze richtlijn slechts voorziet in minimum-harmonisatie. Het stond (en staat) de lidstaten dus vrij om in verdergaande bescherming te voorzien.¹³

Art. 8 lid 2, dat bij de 'codificatie' (lees: herziening op detailpunten) van de Leen- en verhuurrechtlijn in 2006 ongewijzigd is gebleven, luidt als volgt:

'De lidstaten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enige mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. Bij gebreke van overeenstemming tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen kunnen de lidstaten bepalen volgens welke voorwaarden deze vergoeding tussen beide partijen wordt verdeeld.'

De mate van bescherming die art. 8 lid 2 Rl. biedt aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten is

7 MvA Goedkeuringswet CvR, Kamerstukken 20012.

8 Ricketson & Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights, The Berne Convention and Beyond*, Oxford, 2nd ed., 2006 [Ricketson/Ginsburg], p. 1244.

9 Reinbothe & Von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright*, 2nd ed., Oxford: OUP 2015 [Reinbothe/Von Lewinski], p. 399-400.

10 Reinbothe/Von Lewinski, p. 267 en 281-282.

11 Ricketson/Ginsburg, p. 1246; Reinbothe/Von Lewinski, p. 400.

12 Richtlijn 92/100/EEG, in gewijzigde vorm 'gecodificeerd' in Richtlijn 2006/115/EG.

13 Walter & Von Lewinski (eds.), *European Copyright Law*, OUP 2010 [Walter/Von Lewinski], p. 323.

ruimer dan art. 12 CvR.¹⁴ Zo ontbreekt de beperking tot 'rechtstreeks' gebruik. In lijn met het WPPT geldt het vergoedingsrecht daarom ook voor allerlei indirecte vormen van gebruik, zoals heruitzending via de ether en het spelen van radiomuziek in een café.¹⁵ Evenals de CvR en het WPPT is het vergoedingsrecht echter nog steeds beperkt tot draadloze uitzending. Niet onder dit begrip valt derhalve, naar mag worden aangenomen, de doorgifte per kabel. Dat neemt niet weg dat het de lidstaten vrijstaat om het vergoedingsrecht hiertoe uit te breiden, zoals in Nederland gebeurd is.¹⁶

Het begrip 'mededeling aan het publiek' (*communication to the public*) wordt door de richtlijn niet gedefinieerd, reden waarom deze term in het licht van de CvR en het WPPT moet worden uitgelegd. Het begrip moet echter, mede gezien de verschillende doelstellingen van beide richtlijnen, worden onderscheiden van het gelijkkluidende begrip in art. 3 van de Informatiemaatschappijrichtlijn, en is derhalve zelfstandig uit te leggen.¹⁷ Interpretatie vergt volgens het Hof van Justitie een 'geïndividualiseerde beoordeling', waarbij 'rekening dient te worden gehouden met een aantal bijkomende, niet-autonome en onderling afhankelijke criteria'.¹⁸

De begrippen 'uitzending' en 'mededeling aan publiek' in art. 8 lid 2 Rl lijken voldoende ruim te zijn om ook allerlei omroepachtige diensten via het internet, zoals webradio, webcasting en simulcasting, te omvatten, ook al bestonden deze gebruiksvormen nog niet toen de richtlijn voor het eerst het licht zag.¹⁹ Deze ruime uitleg vindt steun in de Aanbeveling van de Europese Commissie over het collectieve beheer van online-muziekrechten uit 2005.²⁰ In art. 1(f) (ii) van de Aanbeveling wordt onder 'onlinerechten' mede begrepen 'het recht op mededeling van muziekwerken aan het publiek, hetzij in de vorm van een recht om toe te staan of te verbieden krachtens Richtlijn 2001/29/EG, hetzij in de vorm van een recht op een billijke vergoeding krachtens Richtlijn 92/100/EEG, dat webcasting, internetradio en simulcasting of „near-on-demand“-diensten omvat die via een personal computer of een mobiele telefoon worden ontvangen'. In art. 1(f) (iii) noemt de Aanbeveling daarnaast afzonderlijk 'het uitsluitend recht van beschikbaarstelling van een muziekwerk aan het publiek krachtens Richtlijn 2001/29/EG, dat diensten op aanvraag en andere interactieve diensten omvat'.

Tot de invoering in het unierecht van een uitsluitend recht van 'making available' bleef echter onduidelijk of 'enigerlei mededeling aan het publiek' zich uitstrekte tot de beschikbaarstelling op verzoek van fonogrammen via het internet.²¹

Art. 7 lid 1 WNR

Art. 7 lid 1 WNR is het eindproduct van de hierboven weergegeven internationale en unierechtelijke ontwikkelingen. Bij de invoering van de WNR in 1993 was art. 12 CvR aanvankelijk richtinggevend,²² maar na de inwerkingtreding van de Richtlijn leen- en verhuurrecht is art. 8 Rl bepalend voor de uitleg van art. 7 WNR. Door de ratificatie van het WPPT en de implementatie daarvan in de InfoSoc-richtlijn, dient art. 7 lid 1 WNR al met al te worden uitgelegd in het licht van twee verdragen en twee richtlijnen.

Doordat de uitsluitende rechten van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten onder invloed van de internationale en Europese rechtsontwikkeling steeds zijn uitgebreid, is het vergoedingsrecht dat onder het Rome-regime nog gold als een uitbreiding van de destijds zeer beperkte rechtenbundel, gaandeweg veranderd in een uitzondering daarop.²³

Het vergoedingsrecht van art. 7 WNR omvat ook heruitzending en doorgifte via de kabel.²⁴

Aanvankelijk was onzeker of onder het vergoedingsrecht ook vormen van 'making available' begrepen konden worden.²⁵ De tweede volzin van art. 7 lid 1 WNR, die is toegevoegd bij de implementatie van de InfoSoc-richtlijn in 2004, heeft aan deze onzekerheid een einde gemaakt. Het vergoedingsrecht geldt dus niet voor het beschikbaar stellen voor het publiek van fonogrammen, dat door de wetswijziging 'aan de beschikkingsmacht van de individuele rechthebbenden, dat wil zeggen fonogrammenproducenten en uitvoerende muzikanten' is overgelaten (art. 2 lid 1 (d) resp. art. 6 lid 1 (c) WNR).²⁶

Volgens de Regering wordt met 'beschikbaarstellen' bedoeld op

'interactieve doorgifte op aanvraag die wordt gekenmerkt door het feit dat beschermd materiaal voor leden van het publiek op de door hen individueel gekozen plaats (thuis, met de mobiele telefoon, via de draagbare computer op een hotelkamer, in een

14 Walter/Von Lewinski, p. 322.

15 Walter/Von Lewinski, p. 323-324.

16 Walter/Von Lewinski, p. 320. Art. 7 WNR omvat ook de doorgifte per kabel,

17 HvJ EU 135/10 (SCF); Krikke in *Concise European Copyright*, 2de druk, Rental and Lending Right Directive, art. 8, note 3(b).

18 HvJ EU 162/10 (*PP Ireland*), ro. 29-30.

19 Walter/Von Lewinski, p. 320-321.

20 Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige online-muziekdiensten (2005/737/EG).

21 Walter/Von Lewinski, p. 323.

22 Zie o.m. MvT bij Goedkeuringswet CvR.

23 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, 4de dr., Deventer: Kluwer 2019 [Spoor Verkade Visser], p. 862.

24 *Kamerstukken II*, 31248, nr. 3, p. 13. Dit impliceert dat de regels inzake het verplichte collectieve beheer van kabeldistributierechten hier niet van toepassing zijn, aangezien het vergoedingsrecht geen verbodsrecht is; zie Overweging 15 bij Richtlijn (EU) 2019/789.

25 Visser, *Naburige rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 76-77.

26 MvT bij Implementatiewet, Tweede Kamer, 28 482, nr. 3.

bibliotheek) en tijd (overdag, 's nachts, ongeacht de tijdgrenzen) toegankelijk zijn. Niet-interactieve levering van informatie, waarvan sprake is bij kabeltelevisie, abonnee-tv en simulcasting, vallen niet onder het beschikbaarstellingsrecht [...]. Het gaat er bij dit recht dus om dat de consument wat en waar bepaalt en niet iemand anders, zoals de aanbieder of rechthebbende, en niet op een tevoren bepaalde plaats («on demand delivery», zie overweging 24 van de richtlijn).²⁷

Uit de MvT bij de implementatiewet blijkt dat het vergoedingsrecht voor andere vormen van openbaarmaking van fonogrammen niet zijnde 'beschikbaar stellen' onverkort van toepassing is gebleven.²⁸

De aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten verschuldigde vergoeding dient ingevolge art. 15 WNR te worden betaald aan een door de minister van Justitie aangewezen incasso-organisatie; dat is de stichting SENA.²⁹ In de Nota n.a.v. het verslag gaat de Regering uitdrukkelijk in op de invloed die het gewijzigde art. 7 lid 1 zal hebben op het SENA-mandaat:

*'Omdat de richtlijn voor het beschikbaarstellen een uitsluitend recht voorschrijft (artikel 3, tweede lid), wordt het huidige artikel 7 van de Wet op de naburige rechten in diere voege gewijzigd. Bijgevolg valt het beschikbaarstellingsrecht buiten het exclusieve mandaat waarover Sena op grond van de aanwijzing ingevolge artikel 15 van de Wet op de naburige rechten beschikt. Het resultaat hiervan is een zekere mate van congruentie tussen de exploitatiemonopolies van BUMA onder de Auteurswet 1912 en Sena onder de Wet op de naburige rechten: beide zien namelijk niet op het beschikbaarstellingsrecht.'*³⁰

Interessant is hier de opmerking van de Regering over 'congruentie' van de wettelijke mandaten van SENA en BUMA. Inmiddels lijkt hiervan in de praktijk geen sprake meer te zijn, nu BUMA al vele jaren – buiten haar wettelijke monopolie ex art. 30a Aw om – licenties aanbiedt voor allerlei vormen van 'making available' van muziekwerken.³¹

3. 'Making available' in de WPPT en de Informatiemaatschappijrichtlijn

Het WPPT, dat in 1996 in Genève werd ondertekend, strekt er toe de minimumrechten van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten onder de Conventie van Rome te actualiseren en te versterken in het licht van de – destijds nog zeer prille – ontwikkeling van het internet. Het verdrag voorziet daartoe in een uitbreiding van de minimumrechten van 'Rome', in het bijzonder door de invoering van een uitsluitend recht van beschikbaarstelling

('making available') van vastgelegde uitvoeringen, dat in art. 10 en 14 WPPT wordt toegekend aan de uitvoerend kunstenaars resp. de fonogrammenproducenten.

Art. 10 WPPT luidt in de authentieke Engelse verdragstekst als volgt:

'Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.'

Art. 14 WPPT kent een identiek beschikbaarstellingsrecht toe aan producenten van fonogrammen. Beide artikelen zijn het resultaat van voorstellen van de Europese Commissie tijdens de onderhandelingen die tot het verdrag (en het zusterverdrag, het WIPO-auteursverdrag) hebben geleid.

Invoering van een uitsluitend recht van 'making available' werd destijds wenselijk geacht omdat het internet nieuwe gebruiksvormen mogelijk maakte die zouden concurreren met bestaande distributievormen, zoals de distributie van cd's, of daarvoor zelfs in de plaats zouden komen.³² Het beschikbaarstellingsrecht is met het oog op de toekomst in technologie-neutrale termen verrat. Het maakt met andere woorden niet uit welke technische middelen voor de beschikbaarstelling worden gebruikt; 'making available' kan dus ook door middel van streaming-technieken³³ of door 'push-technology' geschieden.³⁴

Art. 10 WPPT heeft zijn oorsprong in het 'WIPO Basic Proposal', dat de beschikbaarheid bepaalde aan de hand van twee factoren: interactiviteit en 'on-demand access'.³⁵ Het moet gaan om beschikbaarstelling 'in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them' (art. 10-14 WPPT slot). Ricketson/Ginsburg merken hierbij op:

*'Nothing in the Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions (WIPO, 1996), indicates that the language "from a place and at a time individually chosen by them" received special attention, apart from general endorsement of its adaptability to digital communications.'*³⁶

Volgens Reinbothe/Von Lewinski omvat de beschikbaarstelling 'from a place and at a time individually chosen by them' in art. 10/14 WPPT in elk geval niet het aanbieden van voorgeprogrammeerde diensten die op specifieke tijden worden aangeboden, en waarbij luisteraars geen invloed hebben op

27 MvT bij Implementatiewet, p. 13-14.

28 MvT, p. 63.

29 Besluit minister van Justitie 29 juni 1993, Stcrt. 30 juni 1993.

30 Kamerstukken II 2000/03, 28 482, nr. 5, p. 16.

31 Zie de tarieven gepubliceerd op de website van Bumastemra.

32 Zie voor een uitvoerige geschiedenis van de WPPT: Reinbothe/Von Lewinski, p. 342 ff.

33 Reinbothe/Von Lewinski, p. 350; zie met name noot 449.

34 Reinbothe/Von Lewinski, p. 351.

35 Ricketson/Ginsburg, p. 1265.

36 Ricketson/Ginsburg, p. 748, nt. 144.

het tijdstip waarop zij toegang hebben tot de uitvoering.³⁷ Maar het recht omvat volgens Reinbothe/Von Lewinski wel het aanbieden van 'catch-up' diensten verzorgd door omroeporganisaties:

*'Although his or her choice in this case does not relate to an individual performance, the fact that the broadcasting station does not allow him or her to make a more precise choice does not hinder the application of the right of making available; also in this case, the decisive element is that a particular performance (as part of a whole 'package' of several hours) has been chosen by an individual consumer to be made available for access by him or her, as opposed to a programme that is broadcast to the public irrespective of his or her demand.'*³⁸

Reinbothe/Von Lewinski speculeren tevens over andere gebruiksvormen, waarbij de gebruiker het muziekgenre kan kiezen of nummers kan uitsluiten. Zij spreken in dit verband van unicasting, kennelijk in tegenstelling tot 'broadcasting':

*'One will have to look closely at every single model; the degree of individual choice of time and place of access a particular performance or package of performances will be, in fact, different. Where the individual choice prevails and the user can determine what performances or set of performances are made available to him or her, while they are not transmitted in the same way to another person at the same time, such a scenario is covered by the right of making available.'*³⁹

Tijdens de totstandkoming van het WPPT werd uitvoerig gediscussieerd over de grens tussen (onder het verbodsrecht vallende) vormen van 'making available' en omroepachtige diensten die tot het domein van art. 15 behoren. Deze discussie spitste zich toe op de status van 'multi-channel services', waarbij grote hoeveelheden muziekopnames in een steeds wisselende volgorde via een veelheid van kanalen (parallel) zouden worden aangeboden. Met name de Verenigde Staten ijverde ervoor om dergelijke diensten onder het uitsluitend recht van 'making available' te scharen, maar vond daarvoor onvoldoende steun bij de andere staten.⁴⁰ Uiteindelijk leidde deze onenigheid tot het aannemen van een Agreed Statement bij 15 WPPT:

'It is understood that Article 15 does not represent a complete resolution of the level of rights of broadcasting and communication to the public that should be enjoyed by performers and phonogram producers in the digital age. Delegations were unable to achieve consensus on differing proposals for aspects of exclusivity to be provided in certain circumstances or for rights to be provided without the

possibility of reservations, and have therefore left the issue to future resolution.'

Informatiemaatschappijrichtlijn

Het WPPT is op 14 december 2009 door de Europese Unie en haar lidstaten geratificeerd en voor de EU op 14 maart 2010 in werking getreden.⁴¹ Al veel eerder waren belangrijke onderdelen van het verdrag geïncorporeerd in de Informatiemaatschappijrichtlijn van 2001. Art. 3 lid 2 van deze richtlijn instrueert de lidstaten in navolging van art. 10-14 WPPT te voorzien in een uitsluitend recht van 'making available' voor (onder meer) uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten. Dit recht wordt omschreven als

'het uitsluitende recht, de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden.'

In de preambule van de Richtlijn wordt het beschikbaarstellingsrecht geraketeriseerd als een uitsluitend recht 'om door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal door middel van interactieve doorgifte op aanvraag voor het publiek beschikbaar te stellen'.⁴²

In de toelichting bij het richtlijnvoorstel⁴³ werd door de Europese Commissie uitvoerig stilgestaan bij het belang en de betekenis van het nieuwe 'making available' recht. De Commissie constateerde dat de eerste 'on-demand' diensten in 1995 en 1996 het licht zagen. Inmiddels waren ook de eerste experimentele 'online music shops' ('digital jukeboxes') in Europa gesignaleerd. De Commissie verwachtte dat dergelijke diensten in de loop van 2000-2005 de Europese markt zouden penetreren.⁴⁴

De Europese Commissie karakteriseerde 'on-demand' diensten

*'by the fact that a work or other subject matter stored in digital format is made permanently available to third parties interactively, i.e. in such a way that users may order from a database the music or film they want; this is then relayed to their computer as digital signals over the Internet or other high-speed networks, for display or for downloading, depending on the applicable licence.'*⁴⁵

Het ging in de visie van de Commissie dus niet enkel om het beschikbaarstellen van muziek of films voor downloaddoeleinden; ook de beschikbaarstelling enkel voor 'display' (weergave) werd eronder begrepen. Voorts legde zij de

37 Reinbothe/Von Lewinski, p. 350-351.

38 Reinbothe/Von Lewinski, p. 351.

39 Reinbothe/Von Lewinski, p. 351.

40 Reinbothe/Von Lewinski, p. 392.

41 https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wppt/treaty_wppt_78.html.

42 Overweging 25 InfoSoc-richtlijn.

43 Toelichting bij voorstel Richtlijn Auteursrecht in de Informatiemaatschappij, Europese Commissie, COM(97) 628 final, Brussel, 10 december 1997 [Toelichting InfoSoc-richtlijn].

44 Toelichting InfoSoc-richtlijn, p. 5-6.

45 Toelichting InfoSoc-richtlijn, p. 5.

nadruk op de mogelijkheid van toegang tot ieder werk in de database afzonderlijk.

In de toelichting ging de Commissie tevens in op het verschil met omroep:

‘The element of individual choice hints at the interactive on-demand nature of access.

The protection offered by the provision thus does not comprise broadcasting, including new forms of it, such as pay-TV or pay-per-view, as the requirement of ‘individual choice’ does not cover works offered in the framework of a pre-defined programme. Similarly, it does not cover so-called near-video-on-demand, where the offer of a non-interactive programme is broadcast several times in parallel at short intervals. Furthermore, the provision does not cover mere private communication, which is clarified by using the term “public”.’⁴⁶

Zogeheten ‘near-on-demand’ diensten vielen volgens de Commissie daarom buiten het beschikbaarstellingsrecht:

‘The making available right set out in Article 3(2), covers, as does paragraph I with respect to authors, the making available of such subject matter by wire or wireless means. It is limited to situations where the subject matter is made available from a place, and at a time individually chosen, i.e. interactive and ‘on-demand’.

Likewise, it does not cover on the one hand private communications nor any forms of broadcasting, including ‘near-on-demand’ services. As explained in the Commission’s Copyright Communication of November 1996 conclusions to the Green Paper consultation, the need for an exclusive right for certain forms of broadcasting to the benefit of neighbouring right-holders has not as yet been ascertained.’⁴⁷

Dat het beschikbaarstellingsrecht zich niet uitstrekt tot ‘near-on-demand’ services blijkt impliciet uit Overweging 24 van de uiteindelijke richtlijn:

‘Het in artikel 3, lid 2, bedoelde recht van beschikbaarstelling voor het publiek, van in artikel 3, lid 2, bedoeld materiaal wordt geacht alle handelingen te bestrijken waarbij zulk materiaal beschikbaar wordt gesteld voor niet op de plaats van oorsprong van de beschikbaarstelling aanwezige leden van het publiek, en geen andere handelingen te bestrijken.’

In hun commentaar op deze bepaling concluderen Walter/Von Lewinski dat twee factoren bepalend zijn voor het onderscheid tussen ‘making available’ en omroepuitzending: (1) het feit dat het publiek niet *gelijktijdig* wordt bereikt, en (2) de afwezigheid van een *programma*. Bechtold legt daarentegen het accent op ‘individual control’:

‘The mere possibility of the public accessing the work suffices. Examples include the offer to download a work from a public website or to receive a movie from a pay-per-view TV channel. If the work is offered in a way that the member of the public does not have individual control over when and from where to access the work (for example, normal TV and radio broadcasting, streaming content over the Internet, Internet radio stations and possibly near-on-demand pay TV), the right of making available to the public does not apply [...]. Rather, the more general right of communication to the public may apply.’⁴⁸

De opvatting van Bechtold vindt steun in het arrest *C More Entertainment* van het Hof van Justitie. Volgens het Hof vallen live-uitzendingen van sportuitzendingen via het internet niet onder het beschikbaarstellingsrecht.⁴⁹

4. Analyse en conclusies

Het vergoedingsrecht van art. 7 lid 1 WNR dient te worden uitgelegd in het licht van twee verdragen en twee richtlijnen. Dat maakt een juiste interpretatie al niet eenvoudig. Hier komt bij dat de bepalingen die voor de uitleg van art. 7 WNR bepalend zijn, eind vorige eeuw tot stand zijn gekomen, toen het internet nog in de kinderschoenen stond en veel van de diensten die onderwerp zijn van deze bijdrage eerder science fiction waren dan realiteit. Uit het Agreed Statement bij 15 WPPT, waarin de verdragspartijen verklaren dat zij het over de precieze reikwijdte van het vergoedingsrecht in het licht van de nieuwe technologische ontwikkelingen niet eens konden worden, volgt dat de verdragstaten destijds veel ruimte hebben gelaten voor nadere interpretatie.

Een bijkomende complicerende factor bij de uitleg van het vergoedingsrecht is dat de relevante begrippen onderling niet scherp zijn afgebakend. Zoals uit de voorgaande analyse blijkt, omvatten de begrippen ‘uitzending’ en ‘openbaarmaking’ waarop het vergoedingsrecht betrekking heeft, een ruim scala van diensten dat veel meer omvat dan omroep in traditionele zin. Een belangrijke kenmerkende factor blijkt hierbij te zijn de aanwezigheid van een *programma*: de fonogrammen worden in een vaste volgorde aan de luisteraars aangeboden. De analyse laat echter tevens zien dat het begrip beschikbaarstelling (‘making available’), waarop het vergoedingsrecht geen betrekking heeft, meer omvat dan het louter voor download beschikbaar stellen van fonogrammen. Bepalende factoren zijn hier de *toegankelijkheid* van het aanbod en de *tijdsafhankelijkheid* van de dienst. De ontvanger kan zelf bepalen welk fonogram hij op welk tijdstip wenst te beluisteren; de dienst is ‘interactief’.

Deze begrippen overlappen elkaar waar diensten kenmerken vertonen van beide categorieën, zoals het geval is bij

46 Toelichting InfoSoc-richtlijn, p. 26.

47 Toelichting InfoSoc-richtlijn, p. 26.

48 Bechtold in *Concise European Copyright*, 2de dr., Information Society Directive, art. 3(2) note (b).

49 HvJ EU 26 maart 2015, C-279/13, r.o. 27.

hybride diensten die weliswaar zijn voorgeprogrammeerd, maar waarvan de fonogrammen ook afzonderlijk op afroep toegankelijk zijn. Dit kan leiden tot tegengestelde conclusies, afhankelijk van het vertrekpunt van de analyse. Zo zal een analyse die uitgaat van het begrip 'uitzending', waarbij het programma-criterium bepalend is, gemakkelijk leiden tot de conclusie tot alle vooraf geprogrammeerde streamingdiensten onder het vergoedingsrecht vallen. Omgekeerd kan een analyse die het beschikbaar stellen tot uitgangspunt neemt, leiden tot de conclusie dat allerlei omroepachtige diensten juist buiten het vergoedingsrecht moeten blijven, omdat de – bijvoorbeeld in 'playlists' aangeboden – fonogrammen voor de luisteraars ook individueel toegankelijk blijven.

Duidelijk is dat het trekken van een scherpe grens, mede door de dynamische technische ontwikkelingen, niet altijd mogelijk is. Zo concludeerde het Instituut voor Informatierecht in een in 2006 aan de Europese Commissie uitgebracht rapport:

*'With digital distribution technology still developing, it is difficult to conceive of a precise definition of 'on demand' distribution, i.e. delivery at a time and place individually chosen by the user (i.e. through pull rather than push technology). Precisely what level of interactivity it implies is not quite clear. In practice, dissemination on line is done through models along a sliding scale of interactivity.'*⁵⁰

Depreeuw sluit zich in haar dissertatie uit 2014 bij deze genuanceerde visie aan:

*'Some services cannot be readily classified as either broadcasting, making available or some other unspecified form of communication to the public. In theory, it is clear that the interactive nature of a service entails that it should be seen as a making available to the public, but ambiguous cases remain. [...] Moreover, many online service providers (such as music streaming platforms) offer services with mixed features: the end-user can pick songs and make a playlist (on demand) but she can also listen to 'featured radio channels', readily made playlists or 'recommendations' based on her music profile.'*⁵¹

Dit alles maakt de interpretatie en toepassing van de relevante bepalingen tamelijk complex. Een juiste interpretatie van het vergoedingsrecht vergt – om het Hof van Justitie

te parafraseren – een 'geïndividualiseerde beoordeling'. Toch zijn op basis van het vorenstaande wel enkele algemene criteria te formuleren.

Uit de wordingsgeschiedenis van de verdragen en richtlijnen en de diverse toelichtingen en commentaren daarop valt af te leiden dat diverse onderling samenhangende factoren een rol spelen bij het bepalen van het onderscheid tussen enerzijds het uitzenden c.q. openbaarmaken, waarvoor het vergoedingsrecht geldt, en anderzijds het beschikbaar stellen aan het publiek, dat aan een verbodsrecht is onderworpen:

1. *Programming*: is de afspelvolgorde van de aangeboden fonogrammen volgens een vooraf bepaald schema (programma) geordend?
2. *Toegankelijkheid*: heeft de consument rechtstreeks toegang tot ieder afzonderlijk fonogram in de database?
3. *Keuze van tijdstip*: is de consument in de gelegenheid zich op ieder gewenst tijdstip direct toegang tot het gewenste fonogram te verschaffen?
4. *Plaats*: is de consument in staat om op een door hemzelf gekozen plaats toegang te krijgen tot de dienst?

Ad 1. Het eerste criterium is bekend uit het omroeprecht, en wordt aldaar gebruikt om omroepdiensten te onderscheiden van andere 'mediadiensten'.⁵² In dit verband wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen 'lineaire' en 'niet-lineaire' diensten.

Ad 2. Het tweede criterium doet denken aan de definitie van 'databank' in de Databankrichtlijn.⁵³ Als de in de databank opgenomen elementen niet afzonderlijk voor de gebruikers toegankelijk zijn, is van een 'databank' geen sprake. Om dezelfde reden is van 'beschikbaarstelling' van een fonogram geen sprake indien het fonogram niet rechtstreeks en afzonderlijk door de consument is op te roepen.

Ad 3. Het derde criterium hangt samen met het tweede. Aan dit criterium is voldaan indien de consument het tijdstip waarop hij het fonogram kan beluisteren, zelf kan bepalen. Criteria (2) en (3) worden gezamenlijk aangeduid met de term 'interactiviteit'.

Ad 4. Het vierde criterium is in de praktijk het minst problematisch. Vrijwel alle via het internet aangeboden muziek

50 Hugenholtz, Van Eeouchoud e.a., 'The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy', Report to the European Commission, DG Internal Market, November 2006, p. 308, beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=2018238>.

51 Sari Depreeuw, *The Variable Scope of The Exclusive Economic Rights in Copyright*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 443-444.

52 Zie art. 1 lid 1 (e) van de Audiovisuele Mediadienstenrichtlijn: 'televisieomroep' of 'televisie-uitzending' (d.w.z. een lineaire audiovisuele mediadienst) [is] een door een aanbieder van mediadiensten aangeboden audiovisuele mediadienst voor het gelijktijdig bekijken van programma's op basis van een programmaschema"; zie tevens art. 1.1 lid 1 van de Nederlandse

Mediawet: 'mediadienst die betrekking heeft op het verzorgen van media-aanbod dat op basis van een chronologisch schema dat is vastgesteld door de instelling die verantwoordelijk is voor het media-aanbod, al dan niet gecodeerd door middel van een omroepzender of een omroepnetwerk wordt verspreid voor gelijktijdige ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan'.

53 Zie art. 1 lid 2 Databankrichtlijn: 'In deze richtlijn wordt verstaan onder "databank": een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.'

diensten zijn door middel van een verscheidenheid van mobiele apparaten af te nemen, en dus vanaf iedere door de consument te kiezen plaats toegankelijk.

Uit deze criteria valt af te leiden dat het vergoedingsrecht zich in elk geval uitstrekt tot allerlei omroepverwante digitale diensten, zoals digitale etheromroep (DAB), digitale kabelradio, webcasting, webradio en simulcasting. Dit geldt ook voor de in onderdeel 1 van dit artikel genoemde 'narrowcasting' diensten, evenals andere 'near-on-demand'-diensten. Het betreft hier in alle gevallen voorgeprogrammeerde diensten die op specifieke tijden worden aangeboden, waarbij de afnemers van de dienst geen invloed hebben op de keuze van de openbaar gemaakte fonogrammen of op het tijdstip waarop deze worden beluisterd c.q. gedownload. Het aanbieden van deze diensten is daarom aan te merken als 'mededeling aan publiek' in de zin van art. 8 lid 2 Rl c.q. 'op een andere wijze openbaar maken' in de zin van art. 7 lid 1 WNR, terwijl van 'making available' geen sprake is.

Onder het vergoedingsrecht valt ook het in openbare gelegenheden afspelen van streamingdiensten, zoals het ten gehore brengen van Spotify-repertoire in bars en restaurant. Indachtig de rechtspraak van het Hof van Justitie geldt dit naar verwachting evenzeer voor het in hotels beschikbaar stellen van smart tv's of tablets waarop Spotify of andere muziekstreaming diensten zijn geïnstalleerd.⁵⁴

In de tweede plaats is duidelijk dat diensten die enkel bestaan in het op individueel verzoek van een afnemer voor downloaden of streamen beschikbaar stellen van afzonderlijke fonogrammen, zijn aan te merken als vormen van 'beschikbaar stellen voor het publiek' en daarom buiten het vergoedingsrecht vallen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de door Spotify aangeboden basisdienst.

Daarmee blijft de hamvraag hoe te oordelen over hybride diensten die kenmerken van beide categorieën vertonen. Hoe nu te bepalen of dergelijke diensten onder het vergoedingsrecht dan wel het uitsluitend recht van 'making available' begrepen moeten worden? Bij de beantwoording van deze vraag ligt het voor de hand te rade te gaan bij de rechtvaardigingsgronden van de desbetreffende rechten.

Het vergoedingsrecht, zo leert de geschiedenis van de Conventie van Rome, is ingegeven door verschillende beleidsdoelen: enerzijds om uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten een billijke vergoeding te waarborgen voor het (destijds sterk groeiende) gebruik van hun

uitvoeringen en fonogrammen door omroeporganisaties, en anderzijds om te voorkomen dat de omroeporganisaties door de erkenning van een uitsluitend recht in de vervulling van hun omroepaak zouden worden belemmerd. Het ligt uitgaande van deze tweeledige ratio voor de hand om het vergoedingsrecht toe te passen ten aanzien van diensten die in economische zin met traditionele omroep vergelijkbaar zijn.

Uit de totstandkoming van de WPPT en de InfoSoc-richtlijn blijkt dat de voornaamste ratio van de invoering van het beschikbaarstellingsrecht gelegen was in de destijds verwachte marktontwikkelingen in de muzieksector. Medio jaren '90 was de stellige verwachting dat het aanbieden van fonogrammen door on-demand diensten in de plaats zou treden van de fabricage en distributie van fysieke dragers (met name cd's). Deze verwachting is uitgekomen; de markt voor cd's is goeddeels ingestort, terwijl streamingdiensten de voornaamste exploitatievorm van fonogrammen zijn geworden.⁵⁵ Het ligt op grond van deze economische ratio in de rede dat het exclusieve recht van 'making available' zich uitstrekt tot online-diensten die voor de distributie van geluidsdragers in de plaats zijn gekomen en voor consumenten een functie vervullen die (in zekere mate) vergelijkbaar is met die van een zelf aangeschafte cd-collectie. Hiervan uitgaande is het gerechtvaardigd dat het exclusieve recht zich uitstrekt tot online-diensten die een catalogus van direct beschikbare fonogrammen aanbieden, zoals de basisdienst van Spotify.⁵⁶

Het ligt daarentegen veel minder voor de hand om het exclusieve recht ook toe te passen op diensten die in overwegende mate een andere economische functie vervullen, en niet of nauwelijks voor de distributie van fonogrammen in de plaats zijn gekomen. Online-diensten waarbij zich deze substitutie-effecten niet of slechts in geringe mate voordoen, zouden – nog steeds uitgaande van deze economische benadering – niet onder het 'making available' recht begrepen moeten worden, en dus thuishoren onder het regime van art. 7 lid 1 WNR. Dat zou vooral moeten gelden voor streamingdiensten die weliswaar in technische zin 'on-demand' kenmerken vertonen, maar de gebruikers nauwelijks uitnodigen tot het maken van actieve keuzes en daarom functioneel vergelijkbaar zijn met omroepdiensten.⁵⁷

Hierbij dient ook een rol te spelen dat de financiële belangen van de uitvoerende kunstenaars in de praktijk beter gediend zijn bij een wettelijk vergoedingsrecht dan een uitsluitend recht, dat doorgaans aan de fonogrammenprodu-

54 HvJ EU 162/10 (PP Ireland).

55 Zie <https://techcrunch.com/2018/01/04/on-demand-streaming-now-accounts-for-the-majority-of-audio-consumption-says-nielsen/>.

56 Overigens laten veel streaming-diensten het downloaden van fonogrammen in het geheel niet toe. Zie https://en.wikipedia.org/wiki/Comparison_of_on-demand_music_streaming_services.

57 Daarnaast heeft de afbakening van het vergoedingsrecht ten opzichte van het beschikbaarstellingsrecht ook handelspolitieke gevolgen. De Conventie van Rome en het WPPT geven de verdragstaten resp. de EU de ruimte om ten aanzien van het vergoedingsrecht voorbeholden te maken, terwijl aan het beschikbaarstellingsrecht niet valt te tornen.

cent wordt overgedragen. Uit recent onderzoek blijkt dat de opmars van de muziekstreamingdiensten nu ook ten koste gaat van de traditionele radio-omroep.⁵⁸ Deze substitutie is door de ontwerpers van het WPPT en de Informatie-maatschappijrichtlijn echter niet voorzien. Onvoorwaardelijke toepassing van het beschikbaarstellingsrecht op alle streamingdiensten heeft tot gevolg dat de opbrengst van de vergoedingsrechten voor de uitvoerende kunstenaars zal teruglopen. Dit strookt niet met het doel van het WPPT om de bestaande bescherming van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten intact te houden.⁵⁹

Bovendien zou een zuiver technische interpretatie van het recht van 'making available' gemakkelijk leiden tot marktverstoring. Immers, vanuit een oogpunt van reguliere mededinging valt niet goed in te zien waarom traditionele omroepdiensten onderworpen zijn aan het vergoedingsrecht van art. 7 lid 1 WNR, terwijl functioneel (nagenoeg) equivalente online-diensten dat niet zijn.

Het voorgaande kan worden geïllustreerd aan de hand van de diverse door Spotify aangeboden diensten. Terwijl de basisdienst van Spotify uiteraard onder het beschikbaarstellingsrecht begrepen moet worden, is dat voor een aantal aanvullende Spotify-diensten mogelijk niet of in veel mindere mate het geval. Zo vertonen veel van de door Spotify aangeboden playlists in economische zin duidelijk verwantschap met traditionele omroepdiensten. Onder de algemene categorie 'Genres & Moods' biedt Spotify bijvoorbeeld een groot aantal – in genrubrieken onderverdeeld – playlists aan die primair bedoeld zijn voor passieve beluistering; de afzonderlijke fonogrammen van de playlists zullen in de praktijk maar zelden door de abonnees actief worden opgeroepen. Dat geldt niet alleen voor de playlists die bestemd zijn voor situaties waarin interactiviteit niet of nauwelijks mogelijk of wenselijk is (zoals die van de rubrieken 'Workout', 'Sleep' en 'Dinner'), maar ook voor allerlei andere rubrieken.

In feite zijn deze standaard-playlists functioneel en economisch volkomen vergelijkbaar met genre-specifieke radio-kanalen. Dat geldt – *what's in a name?* – ook voor de 'Radio' diensten van Spotify. Anders dan de playlists, die een

beperkt aantal fonogrammen bevatten en in zoverre nog enigszins vergelijkbaar zijn met platenalbums, lopen deze 'radiodiensten' oneindig door. Van substitutie met de distributie van fysieke geluidsdragers zal hier nauwelijks sprake zijn; wel, naar alle waarschijnlijkheid, van directe concurrentie met radio-omroepdiensten.

Andere playlists zijn moeilijker te kwalificeren. De door Spotify voor iedere abonnee afzonderlijk, op basis van zijn gebruiksprofiel gegenereerde playlists ('Your Daily Mix') zijn gebaseerd op de persoonlijke voorkeur van de abonnee, zoals deze uit de door hem eerder afzonderlijk opgeroepen nummers en albums te kennen is. Door deze personalisering kan van 'uitzending' in de zin van de WNR geen sprake zijn. Tegelijkertijd vervullen zij een radiofunctie, doordat ze niet uitnodigen tot interactie en onbeperkt doorlopen.

De door Spotify gratis aangeboden streamingdienst ('Spotify Free') vertoont eveneens hybride trekken. Weliswaar biedt deze dienst enige mate van interactiviteit, maar gebruikers worden in hun vrijheid om afzonderlijke nummers op te roepen of over te slaan vergaand beperkt. Daarnaast worden de gebruikers gedwongen advertenties te beluisteren. Zo beschouwd neemt 'Spotify Free' in economische zin een middenpositie in tussen een zuivere interactieve streamingdienst en radio-omroep. Zelfs de betaalde basisdienst van Spotify ('Spotify Premium') vertoont enige omroepachtige kenmerken, doordat (afhankelijk van de gebruikersinstelling) eenmaal beluisterde albums automatisch overgaan in 'radio'.

Met dat al illustreren deze voorbeelden dat online-muziekstreamingdiensten zoals Spotify niet zonder meer als vormen van 'making available' zijn te kwalificeren. Platforms als Spotify bieden in feite een breed spectrum van muziekdiensten waarvan sommige in juridische en economische zin veel meer verwantschap vertonen met omroep dan met de aloude distributie van tastbare geluidsdragers. Het is, hiervan uitgaande, aannemelijk dat tenminste een deel van deze diensten rechtens onder het wettelijke vergoedingsrecht valt.

58 Chan-Olmsted a.o., 'Substitutability and complementarity of broadcast radio and music streaming services: The millennial perspective', *Mobile Media & Communication* 2020, Vol. 8/2, p. 210: 'it is fair to consider music streaming services a strong substitute for traditional broadcast radio, especially for the millennial segment.' Zie ook Geiff Mayfield, 'As Streaming Dominates the Music World, Is Radio's Signal Fading?', *Variety* 10 februari 2021, beschikbaar op <https://variety.com/2021/music/news/radio-signal-fading-streaming-1234904387/>; en

Mark Sweney, 'Is streaming killing the radio star?', *The Guardian*, 8 februari 2019, beschikbaar op <https://www.theguardian.com/media/2019/feb/08/is-streaming-killing-the-radio-star>.

59 Zie Preambule WPPT, Overweging 1: 'Desiring to develop and maintain the protection of the rights of performers and producers of phonograms in a manner as effective and uniform as possible...'