CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 12 december 2018 [1]

Zaak C-476/17

Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
tegen
Ralf Hütter,
Florian Schneider-Esleben

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Auteursrecht en naburige rechten – Reproductierecht – Reproductie van minieme fragmenten van een fonogram (sampling) – Vrij gebruik van een werk – In aanmerking nemen van de grondrechten die verankerd zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”

Inleiding

1. Sampling is een techniek waarbij met behulp van elektronische apparatuur fragmenten (monsters ofwel samples, waaraan de techniek haar naam ontleent) van een fonogram worden overgenomen om te worden gebruikt in een nieuwe compositie op een ander fonogram. Bij het hergebruik worden deze fragmenten vaak gemixt, gewijzigd en in een „loop” herhaald, zodat ze in het nieuwe werk meer of minder herkenbaar zijn. De fragmenten kunnen variëren in lengte, van minder dan een seconde tot enkele tientallen seconden. Sampling heeft derhalve verschillende verschijningsvormen, hetgeen de juridische kwalificatie ervan uiteraard niet vergemakkelijkt. [2]

2. Hoewel het verschijnsel dat componisten motieven uit eerdere werken hergebruiken waarschijnlijk even oud is als de muziek zelf, is sampling een nieuw fenomeen, dat mogelijk wordt gemaakt door moderne procedés voor het vastleggen en veranderen van geluid, aanvankelijk analoog en inmiddels digitaal. Sampling is iets anders dan de overname van een fragment uit een ander muziekwerk in de compositie van een nieuw werk, in die zin dat er rechtstreeks van een fonogram, dat wil zeggen een uitgevoerd en vastgelegd werk, geluiden worden overgenomen om te worden geïntegreerd in het fonogram met het nieuwe werk. Daarmee is sampling een verschijnsel dat typisch is voor muziek die op fonogrammen is vastgelegd. Met andere woorden, het kopiëren van fragmenten uit het notenschrift van een muziekwerk om deze op te nemen in het notenschrift van een nieuw werk en dit notenschrift vervolgens uit te voeren, is geen sampling.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Zie met name Piesiewicz, P., „Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne ‚samplingu')”, *Państwo i prawo*, nr. 3/2006.

3. Hoewel sampling kan worden gebruikt in elk muziekgenre, is het met name van belang voor hiphop en rap, genres die in de jaren zeventig van de vorige eeuw in de volkswijken van New York (Verenigde Staten) zijn ontstaan.[3] Deze muziek vindt haar oorsprong in de praktijk van diskjockeys, die geluiden van op vinylplaten vastgelegde muziekwerken samenvoegden, veranderden en mixten. Deze praktijk resulteerde in echte afgeleide eigen composities. Sampling vormt dus de basis van deze muziekgenres. Bepaalde werken kunnen zelfs volledig uit een mix van samples bestaan.

4. Sampling heeft een belangrijke functie in de schepping van deze nieuwe muziek, maar is vanuit juridisch oogpunt een niet geringe uitdaging, met name nu hiphop zich niet meer beperkt tot de straten van de Bronx en mainstream is geworden – en daarmee een niet te verwaarlozen inkomstenbron voor auteurs, uitvoerend kunstenaars en producenten. De juridische beoordeling van dit verschijnsel is zo lastig omdat het hier niet gaat om de voor het auteursrecht klassieke relatie tussen twee werken, maar om de relatie tussen fonogram (als commercieel product) en werk (artistieke creatie). Door gebruik te maken van sampling haalt de kunstenaar niet alleen zijn inspiratie uit de schepping van een ander, maar eigent hij zich tevens de vruchten toe van de inspanningen en investeringen voor het uitgeven van het fonogram. In dit procedé, dat binnen het auteursrecht geheel nieuw is[4], spelen factoren mee zoals de naburige rechten van fonogramproducenten enerzijds en de creatieve vrijheid van de samplers anderzijds.

5. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, dat de samplingproblematiek binnen de grenzen van het Unierecht brengt, is het eindpunt van een lang nationaal juridisch traject[5], waarin twee van de hoogste Duitse rechters zich reeds hebben uitgesproken. Het staat nu aan het Hof het woord te nemen in dit debat, waarin de „postmoderne” artistieke vrijheid en het goede oude eigendomsrecht tegenover elkaar staan.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

6. Artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij[6] bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

[...]

c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,

[...]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

3 Zie voor de geschiedenis van hiphop en rap, Evans, T.M., „Sampling, Looping, and Mashing... Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, deel 21, nr. 4, blz. 843.

4 Hoewel een van de eerste zaken met betrekking tot sampling, Grand Upright Music, Ltd v. Warner Bros. Records Inc., beoordeeld door de United States District Court for the Southern District of New York (federale rechter van de Verenigde Staten voor het zuidelijke district van New York, Verenigde Staten), dateert van het jaar 1991.

5 Het hoofdgeding is, in eerste aanleg, ingeleid op 8 maart 1999.

6 PB 2001, L 167, blz. 10.

7. Artikel 5, lid 3, onder d), k) en o), en artikel 5, lid 5, van deze richtlijn bepalen:

„3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

d) het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd;

[...]

k) het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches;

[...]

o) het gebruik in andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.

[...]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen enkel in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad."

8. Artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom [7] bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in een uitsluitend recht, hierna ‚distributierecht' te noemen, om de in de onder a) tot en met d) vermelde zaken, met inbegrip van kopieën ervan, door verkoop of anderszins ter beschikking van het publiek te stellen, ten behoeve van:

[...]

b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen;

[...]"

9. Artikel 10, lid 2, eerste alinea, van deze richtlijn luidt:

„2. Onverminderd lid 1 kan elke lidstaat op de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen, omroeporganisaties en producenten van de eerste vastleggingen van films, dezelfde beperkingen stellen als op de auteursrechtelijke bescherming van werken van letterkunde en kunst."

7 PB 2006, L 376, blz. 28.

Duits recht

10. De richtlijnen 2001/29 en 2006/115 zijn bij het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Duitse wet betreffende het auteursrecht en naburige rechten) van 9 september 1965 (Urheberrechtsgesetz; hierna: „UrhG") omgezet in Duits recht. De rechten van fonogramproducenten worden beschermd op grond van § 85, lid 1, van die wet.

11. § 24 UrhG bevat een algemene uitzondering op het auteursrecht die luidt:

„1. Een onafhankelijk werk dat is geschapen met vrij gebruik van het werk van een ander mag zonder toestemming van de auteur van het gebruikte werk worden gepubliceerd en geëxploiteerd.

2. Lid 1 is niet van toepassing op het gebruik van een muziekwerk waarbij op herkenbare wijze een melodie aan dat werk wordt ontnomen om als basis te dienen voor een nieuw werk."

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

12. Ralf Hütter en Florian Schneider-Esleben, verzoekers in eerste aanleg en verweerders in *Revision* in het hoofdgeding (hierna: „verweerders"), zijn lid van de muziekgroep Kraftwerk. Deze heeft in 1977 een fonogram gepubliceerd dat het werk *Metall auf Metall* bevat. Verweerders zijn producent van dit fonogram en tevens uitvoerend kunstenaar van het betrokken werk, waarvan Hütter bovendien de auteur (componist) is.

13. De vennootschap naar Duits recht Pelham GmbH, verweerster in eerste aanleg en verzoekster tot *Revision* in het hoofdgeding, is producent van een fonogram met het werk *Nur mir*, dat met name wordt uitgevoerd door de zangeres Sabrina Setlur. De auteurs van dit werk zijn Moses Pelham en Martin Haas, eveneens verweerders in eerste aanleg en verzoekers tot *Revision* in het hoofdgeding.

14. Verweerders voeren aan dat Pelham alsook Moses Pelham en Martin Haas (hierna: „verzoekers") met behulp van sampling ongeveer twee seconden van een ritmische sequens van *Metall auf Metall* hebben gekopieerd en deze in een doorlopende herhaling onder het nummer *Nur mir* hebben gezet. Zij zijn van mening dat verzoekers aldus inbreuk hebben gemaakt op het naburige recht waarvan zij als producenten van het betrokken fonogram houder zijn. Subsidiair beroepen verweerders zich op het intellectuele-eigendomsrecht dat zij houden als uitvoerend kunstenaars en op de inbreuk op Hütters auteursrecht op het muziekwerk. Meer subsidiair beroepen verweerders zich op inbreuk op de mededingingswetgeving. De procedure bij de verwijzende rechter heeft echter uitsluitend betrekking op de rechten van verweerders als producenten van het fonogram.

15. Verweerders hebben verzocht om staking van de inbreuk, toekenning van schadevergoeding, overdracht van informatie en afgifte van de fonogrammen met het oog op de vernietiging ervan. De rechter in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen en het door verzoekers ingestelde hoger beroep is verworpen. Op het door verzoekers ingestelde beroep in *Revision* heeft de verwijzende rechter het arrest van de rechter in hoger beroep bij arrest van 20 november 2008 vernietigd en de zaak voor heronderzoek terugverwezen naar de rechter in hoger beroep. De rechter in hoger beroep heeft het door verzoekers ingestelde hoger beroep nogmaals verworpen. Een nieuw beroep in *Revision* van verzoekers is door de verwijzende rechter bij arrest van 13 december 2012 verworpen. Dit arrest is vernietigd door het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland) [8], dat de zaak heeft terugverwezen naar de verwijzende rechter.

8 Arrest van 31 mei 2016, 1 BvR 1585/13.

16. Tegen deze achtergrond heeft het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is er sprake van een inbreuk op het aan artikel 2, onder c), van richtlijn [2001/29] ontleende uitsluitende recht van een fonogramproducent tot reproductie van zijn fonogram, wanneer van zijn fonogram minieme geluidsfragmenten worden overgenomen en op een ander fonogram worden vastgelegd?

2) Is een fonogram dat minieme geluidsfragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen een kopie van het andere fonogram in de zin van artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn [2006/115]?

3) Kunnen de lidstaten voorzien in een bepaling die – zoals § 24, lid 1, [UrhG] – preciseert dat de beschermingsomvang van het uitsluitende recht van de fonogramproducent tot reproductie [artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29] en distributie [artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115] van zijn fonogram zodanig inherent begrensd is dat een zelfstandig werk dat met vrij gebruik van zijn fonogram is vervaardigd, zonder zijn toestemming mag worden geëxploiteerd?

4) Wordt een werk of ander materiaal voor citeerdoeleinden gebruikt in de zin van artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn [2001/29] wanneer niet herkenbaar is dat een werk of ander materiaal van een derde wordt gebruikt?

5) Is er discretionaire ruimte bij de omzetting in nationaal recht van de Unierechtelijke bepalingen met betrekking tot het reproductie- en distributierecht van de fonogramproducent [artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 en artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115] en de beperkingen en restricties op deze rechten (artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 10, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2006/115)?

6) Op welke manier dienen de grondrechten die verankerd zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [hierna: „Handvest”] in aanmerking te worden genomen bij de bepaling van de beschermingsomvang van het uitsluitende recht van de fonogramproducent tot reproductie [artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29] en distributie [artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115] van zijn fonogram alsook bij de bepaling van de draagwijdte van de beperkingen en restricties op deze rechten (artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 10, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2006/115)?”

17. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 4 augustus 2017 bij het Hof ingediend. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door partijen in het hoofdgeding, de Duitse regering, de Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook door de Europese Commissie. Dezelfde belanghebbenden waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 3 juli 2018.

Analyse

18. In de onderhavige zaak stelt het Bundesgerichtshof het Hof een aantal prejudiciële vragen over de uitlegging van het Unierecht op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten alsook op het gebied van de grondrechten, in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding. Ik zal de vragen behandelen in de volgorde waarin zij zijn gesteld.

Eerste prejudiciële vraag

19. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een inbreuk op het uitsluitende recht van een fonogramproducent om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden in de zin van die bepaling wanneer zonder zijn toestemming een fragment van zijn fonogram wordt overgenomen voor gebruik in een ander fonogram (sampling).

20. De belanghebbenden die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend, nemen hierover uiteenlopende standpunten in. Terwijl verweerders en de Franse regering voorstellen deze vraag bevestigend te beantwoorden, stellen verzoekers, de overige regeringen en de Europese Commissie een ontkennend antwoord voor. Het lijkt mij zinvol om, alvorens de verschillende naar voren gebrachte argumenten te analyseren, de volgende kwestie te onderzoeken.

Opmerking vooraf – Temporele werkingssfeer van richtlijn 2001/29

21. De verwijzende rechter wijst erop dat artikel 10 van richtlijn 2001/29 de werkingssfeer van deze richtlijn in de tijd beperkt tot handelingen die na 22 december 2002 zijn verricht, terwijl het in het hoofdgeding aan de orde zijnde fonogram, dat het werk *Nur mir* bevat, in 1997 is verschenen.

22. In dit verband moet echter worden opgemerkt dat richtlijn 2001/29 volgens artikel 10, lid 1, ervan van toepassing is op alle werken en ander materiaal die op 22 december 2002 door de wetgeving van de lidstaten waren beschermd, hetgeen in casu het geval is bij het fonogram van verweerders.

23. Het is juist dat richtlijn 2001/29 volgens artikel 10, lid 2, ervan alle vóór die datum verrichte handelingen en verkregen rechten onverlet laat. Op basis van die bepaling heeft het Hof verklaard dat het gebruik van werken en ander materiaal vóór die datum niet door deze richtlijn wordt geraakt.[9] Het in het hoofdgeding aan de orde zijnde fonogram is volgens de verwijzende rechter echter ook na 22 december 2002 geëxploiteerd. Richtlijn 2001/29 is derhalve op deze exploitatie van toepassing.

24. Nu dit punt is opgehelderd, zal ik de eerste prejudiciële vraag inhoudelijk analyseren.

Inhoudelijke analyse

25. Tussen partijen in het hoofdgeding staat vast dat verzoekers een fragment van ongeveer twee seconden van de ritmische sequens van het fonogram van het werk *Metall auf Metall* hebben gereproduceerd en met minieme wijzigingen, op herkenbare wijze en in een „loop” herhaald als ritmische sequens hebben verwerkt in het fonogram van het werk *Nur mir*.[10]

26. Naar mijn mening spreekt het voor zich dat een dergelijke handeling een reproductie vormt in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29, aangezien deze bepaling betrekking heeft op elke „directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook”. In geval van sampling gaat het (meestal) om een directe, duurzame reproductie met digitale middelen en in digitale vorm van een deel van een fonogram. Het lijkt derhalve vrij duidelijk dat deze handeling inbreuk maakt op het recht van de producenten van het betrokken fonogram om een dergelijke reproductie toe te staan of te verbieden, wanneer die zonder hun toestemming wordt gemaakt.

9 Zie in die zin arrest van 27 juni 2013, VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punt 1 van het dictum).

10 Er bestaan verscheidene versies van dit laatste nummer. Ik verwijs hier naar de basisversie, eenvoudigweg *Nur mir* getiteld.

27. Verzoekers in het hoofdgeding, sommige regeringen die opmerkingen hebben ingediend en de Commissie voeren echter een hele reeks argumenten aan om aan te tonen dat dit recht van de producenten zodanig moet worden beperkt dat reproductiehandelingen zoals de handelingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, niet onder dit uitsluitende recht vallen.

– *De-minimisdrempel*

28. In de eerste plaats is er volgens deze belanghebbenden sprake van analogie met de rechtspraak van het Hof inzake de bescherming van fragmenten van werken door het auteursrecht. Het Hof heeft immers geoordeeld dat de bescherming door het auteursrecht betrekking heeft op werken die de uitdrukking vormen van de intellectuele schepping van de auteur van deze werken. Fragmenten van een werk kunnen dus door het auteursrecht worden beschermd op voorwaarde dat zij bepaalde bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk.[11] Aangezien het recht van fonogramproducenten niet de intellectuele schepping maar de financiële investering beschermt, voeren sommige belanghebbenden in de onderhavige zaak aan dat dit recht enkel de fragmenten van fonogrammen kan beschermen die voldoende lang zijn om representatief te zijn voor die investering. Bijgevolg worden de financiële belangen van de fonogramproducenten door het gebruik van zeer korte fragmenten bij sampling niet geschaad en valt dit gebruik dus niet onder hun uitsluitende recht. Volgens sommigen moet voor de bescherming van de rechten van fonogramproducenten derhalve een de-minimisdrempel gelden, net als voor de bescherming van auteursrechten.

29. Deze redenering lijkt mij gebaseerd op een onjuiste lezing van deze rechtspraak van het Hof. In het arrest Infopaq International heeft het Hof geoordeeld dat de in die zaak aan de orde zijnde werken van letterkunde bestaan uit woorden die afzonderlijk beschouwd niet onder de bescherming van het auteursrecht vallen. Enkel de originele compositie wordt beschermd als intellectuele schepping van de auteur van het werk.[12] Dit oordeel is duidelijk: de auteur van een werk van letterkunde kan zich geen woorden of gangbare uitdrukkingen toe-eigenen, evenmin als een componist een uitsluitend recht heeft op noten of een schilder op kleuren. Dit houdt echter geenszins in dat er sprake is van erkenning van een de-minimisdrempel in de bescherming van werken door het auteursrecht, maar vloeit eenvoudigweg voort uit de definitie van het werk, in de zin van het auteursrecht, als intellectuele schepping van zijn auteur. Het Hof heeft in dat arrest weliswaar verklaard dat de reproductie van een fragment van slechts elf woorden uit een persbericht kan vallen onder het in artikel 2 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitsluitende recht[13], maar dat kan moeilijk worden beschouwd als de erkenning van een de-minimisdrempel.

30. Deze door het Hof gevolgde redenering met betrekking tot fragmenten van een werk kan echter niet worden toegepast op fonogrammen. Een fonogram is immers geen intellectuele schepping die bestaat uit een compositie van bestanddelen zoals woorden, geluiden, kleuren, enz. Een fonogram is een vastlegging van geluiden die niet wordt beschermd vanwege de compositie van die geluiden, maar vanwege die vastlegging. De mogelijkheid om in een werk, naast bestanddelen die niet kunnen worden beschermd, zoals woorden, geluiden, kleuren, enz., het te beschermen materiaal in de vorm van de oorspronkelijke compositie van die bestanddelen te onderscheiden, bestaat bijgevolg niet in geval van een fonogram. Een fonogram bestaat niet uit kleine deeltjes die niet kunnen worden beschermd; het wordt als ondeelbaar geheel beschermd. Bovendien geldt in geval van een fonogram het vereiste van oorspronkelijkheid niet, omdat een fonogram, anders dan een werk, niet wordt beschermd vanwege het scheppende karakter ervan maar vanwege de financiële en organisatorische investering. Met andere woorden, een auteur kan zich niet het monopolie toe-eigenen op een geluid of een woord enkel omdat

11 Arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 39 en punt 1 van het dictum).

12 Arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punten 44-46).

13 Arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 1 van het dictum).

dit in zijn werk is opgenomen. Hetzelfde geluid, uitgevoerd door een musicus, en hetzelfde woord, hardop uitgesproken, vormen na vastlegging daarentegen een fonogram dat onder de bescherming valt van het naburige recht. De reproductie van die vastlegging valt daarmee onder het uitsluitende recht van de fonogramproducent. Eenieder is echter vrij hetzelfde geluid zelf te reproduceren.

31. In de Verenigde Staten van Amerika is in de rechtspraak met betrekking tot sampling een idee ontwikkeld dat vergelijkbaar is met de de-minimisdrempel.[14] Die juridische omgeving verschilt echter volledig van het recht in continentaal Europa en het Unierecht. Fonogrammen worden naar Amerikaans recht immers op dezelfde wijze als werken en ander materiaal beschermd door het copyright. Zij moeten daarom aan een minimale mate van oorspronkelijkheid voldoen. Het bestaan van een de-minimisdrempel wordt voor al deze beschermde materialen sinds de 19e eeuw alom erkend en deze drempel vormt een van de beoordelingscriteria voor toepassing van de algemene uitzondering van *fair use*.[15] De door de Amerikaanse rechters gevolgde redenering kan mijns inziens derhalve niet worden toegepast op het Unierecht.

32. Bovendien brengt een de-minimisdrempel naar mijn mening ernstige praktische toepassingsproblemen met zich mee. In de eerste plaats zou er een drempel moeten worden vastgesteld. Zou die alleen kwantitatief (duur van het gereproduceerde fragment) of ook kwalitatief (belang van het fragment voor het betrokken werk) moeten zijn? Zou die drempel bovendien moeten worden gemeten ten opzichte van het bronfonogram, het doelwerk, of beide? In het voorbeeld van de fonogrammen in het hoofdgeding heeft het door verzoekers overgenomen fragment een duur van ongeveer twee seconden. A priori lijkt dit dus onder een de-minimisdrempel te kunnen liggen, zoals sommige belanghebbenden in casu menen. Hier moet echter wel worden opgemerkt dat de betrokken fonogrammen werken bevatten die tot twee muziekgenres behoren – elektronische muziek voor *Metall auf Metall* en rap voor *Nur mir* – waarin ritme een centrale rol speelt in de compositie van de werken. Door een ritmische sequens te kopiëren uit het nummer *Metall auf Metall* en deze, herhaald in een „loop", op te nemen in het nummer *Nur mir*, hebben verzoekers feitelijk een substantieel deel van het eerste fonogram gekopieerd om er de volledige ritmische sectie van hun werk van te maken.[16] Bij een kwalitatieve benadering wordt daarmee wellicht elke de-minimisdrempel overschreden. Om zich daarvan te overtuigen, hoeft men enkel de ritmische sequens uit beide fonogrammen te schrappen en naar het resterende deel te luisteren. Toepassing van een de-minimisdrempel leidt dus onvermijdelijk tot verschillen in nationale rechtspraak en doet de belangrijkste doelstelling van richtlijn 2001/29, namelijk harmonisatie van het auteursrecht van de lidstaten, teniet.

33. Ten slotte is het mijns inziens onjuist de wettige financiële belangen van fonogramproducenten enkel te beschermen tegen piraterij, te weten tegen de distributie of mededeling aan het publiek van hun fonogrammen als zodanig. Deze producenten kunnen de fonogrammen immers op andere manieren exploiteren dan door middel van de verkoop van exemplaren, met name door sampling toe te staan en daar inkomsten uit te genereren. Het gegeven dat het recht van deze producenten op hun fonogrammen hun financiële investeringen beoogt te beschermen, verzet zich er derhalve niet tegen dat dit recht ook van toepassing is op gebruiksvormen zoals sampling. Aangezien de wetgever ervoor heeft gekozen om producenten, ter bescherming van hun financiële belangen, het uitsluitende recht toe te kennen elke reproductie van hun fonogrammen, ook gedeeltelijk, toe te staan of te verbieden, lijkt het mij bovendien niet logisch deze keuze in twijfel te trekken op grond dat een dergelijk recht niet voldoet aan de beoogde doelstelling.

14 Zie met name arrest van de United States Court of Appeals, 9th Traject (rechter in tweede aanleg, Verenigde Staten) van 2 juni 2016, VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

15 Zie artikel 107 van de Copyright Law of the United States (wet inzake auteursrecht van de Verenigde Staten).

16 Blijkens de informatie in het verzoek om een prejudiciële beslissing is de rechter in hoger beroep in het hoofdgeding tot dezelfde slotsom gekomen, aangezien hij het betwiste fragment beschouwt als „het dominerende bestanddeel" van het nummer *Metall auf Metall*, dat doorlopend in het nummer *Nur mir* verschijnt.

– *Niveau van bescherming gelijk aan dat van werken*

34. In de tweede plaats hebben sommige belanghebbenden in hun opmerkingen in de onderhavige zaak, wederom onder verwijzing naar het arrest Infopaq International [17], aangevoerd dat fonogramproducenten niet mogen profiteren van een hoger niveau van bescherming dan auteurs. Dit argument is mijns inziens echter niet overtuigend om de volgende twee redenen.

35. Ten eerste is dit argument, net als het argument van de de-minimisdrempel, naar mijn mening gebaseerd op een onjuist begrip van de strekking van dat arrest. In dat arrest heeft het Hof bij de definiëring van het begrip werk in de zin van het auteursrecht van de Unie overwogen dat een werk een eigen intellectuele schepping van de maker moet vormen. Op fragmenten van een werk moet hetzelfde beschermingscriterium worden toegepast, waarbij bestanddelen die duidelijk tot het publieke domein behoren, zoals afzonderlijke woorden of gangbare uitdrukkingen, van bescherming worden uitgesloten. Het gaat dus niet om een begrenzing van de bescherming maar om een definiëring van het voorwerp van de bescherming. Wat fonogrammen betreft, betekent het gegeven dat het voorwerp van bescherming anders is niet dat de bescherming verder gaat dan die voor werken. Zowel werken als fonogrammen worden in hun geheel beschermd.

36. Ten tweede is het recht op bescherming van het fonogram een recht dat volledig los van de bescherming van een eventueel op het fonogram aanwezig werk bestaat en wordt uitgeoefend. Hoewel op de meeste fonogrammen uitvoeringen zijn vastgelegd van door het auteursrecht beschermde werken, is dit immers niet altijd het geval. Op een fonogram kan bijvoorbeeld de uitvoering zijn vastgelegd van een werk dat niet meer wordt beschermd of van geluiden die geen werk vormen, zoals geluiden uit de natuur. Een dergelijk fonogram vormt het voorwerp van volwaardige bescherming. Dit vindt overigens bevestiging in de definitie van het begrip fonogram in het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) inzake uitvoeringen en fonogrammen [18], dat in artikel 2, onder b), bepaalt dat onder fonogram wordt verstaan „de vastlegging van de geluiden van een uitvoering of van andere geluiden”. De rechten van fonogramproducenten zijn weliswaar naburige rechten, maar het zijn geen van het auteursrecht afgeleide rechten. De omvang van de bescherming van het fonogram wordt dus op geen enkele wijze bepaald door de omvang van de bescherming van het werk dat dit fonogram eventueel kan bevatten.

– *Analogie met de bescherming van rechten van fabrikanten van databanken*

37. In de derde plaats wijzen sommige belanghebbenden op een analogie tussen de bescherming van fonogrammen en de bescherming van databanken. Artikel 7, lid 1, van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken [19] voorziet in een recht sui generis voor de fabrikant van een databank om „de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een [...] substantieel deel [van die databank] te verbieden”. Volgens deze belanghebbenden is de situatie van een fonogramproducent analoog met die van een fabrikant van een databank, aangezien het recht dat hun wordt toegekend in beide gevallen tot doel heeft hun financiële investeringen te beschermen. De bescherming van een fonogramproducent moet derhalve ook beperkt worden tot de reproductie van een substantieel deel van het fonogram.

17 Arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Verdrag dat op 20 december 1996 te Genève is gesloten en op 20 mei 2002 in werking is getreden. Het is op de Europese Unie van toepassing krachtens besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB 2000, L 89, blz. 6). Richtlijn 2001/29 heeft volgens overweging 15 tot doel dit verdrag na te komen.

19 PB 1996, L 77, blz. 20.

38. Ik sta echter meer open voor het argument van verweerders dat richtlijn 2001/29 in casu a contrario moet worden gelezen. Deze richtlijn bevat immers geen verwijzing naar de bescherming van een substantieel deel van een fonogram. De producent van een fonogram wordt daarentegen beschermd tegen ongeoorloofde reproductie, „geheel of gedeeltelijk", van het fonogram, net als de auteur van een werk [en net als overigens de maker van een databank volgens artikel 5, onder a), van richtlijn 96/9]. Naar mijn mening vloeit uit een letterlijke uitlegging van de richtlijnen 96/9 en 2001/29 derhalve al voort dat elke mogelijke analogie tussen de omvang van de bescherming voor een fabrikant van databanken en die voor een fonogramproducent uitgesloten is.

– Bescherming van het volledige fonogram

39. In de vierde plaats kan ik evenmin instemmen met het argument van de Commissie dat artikel 11 van het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen enkel betrekking heeft op de bescherming tegen de ongeoorloofde reproductie van het volledige fonogram.[20] In artikel 11 van dit verdrag is immers de formulering van artikel 10 van het Verdrag van Rome van 1961[21] overgenomen. Volgens de door de WIPO opgestelde richtsnoeren voor de uitlegging van dit verdrag[22] is tijdens de diplomatieke conferentie die de tekst daarvan heeft aangenomen, overwogen dat „de bescherming tegen reproductie niet aan beperkingen is onderworpen en derhalve aldus moet worden uitgelegd dat zij de bescherming tegen gedeeltelijke reproductie van een fonogram omvat".[23] Artikel 11 van dit WIPO-verdrag dient derhalve op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 noemt overigens uitdrukkelijk de „gedeeltelijke" reproductie van een fonogram.

40. Ik stel derhalve voor de eerste prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een inbreuk op het uitsluitende recht van een fonogramproducent om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden in de zin van die bepaling wanneer zonder zijn toestemming een fragment van zijn fonogram wordt overgenomen voor gebruik in een ander fonogram (sampling).

Tweede prejudiciële vraag

41. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 aldus moet worden uitgelegd dat een fonogram dat fragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen (samples) een kopie vormt van het andere fonogram in de zin van die bepaling.

42. De belanghebbenden die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend, met uitzondering van de Franse regering, lijken de eerste en de tweede prejudiciële vraag gezamenlijk te analyseren en hebben de neiging beide vragen eensluidend te beantwoorden (zij het dat die antwoorden tussen de belanghebbenden onderling verschillen). Ik ben echter eerder met de Franse regering van mening dat artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 moet worden uitgelegd in het licht van de doelstelling van deze richtlijn en los van richtlijn 2001/29.

43. Artikel 9 van richtlijn 2006/115 voert een distributierecht in, met name voor fonogramproducenten. Dit recht betreft het ter beschikking stellen aan het publiek, door verkoop of anderszins, van exemplaren (kopieën) van beschermde zaken, waaronder fonogrammen.

20 Deze bepaling luidt: „Producenten van fonogrammen hebben het uitsluitend recht om toestemming te geven tot de directe of indirecte reproductie van hun fonogrammen, op welke wijze en in welke vorm dan ook."

21 Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, ondertekend te Rome op 26 oktober 1961.

22 *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, WIPO, Genève, 2003.

23 Ibid., blz. 154.

44. Op internationale schaal wordt dit recht erkend uit hoofde van de Overeenkomst van Genève.[24] De Europese Unie is geen partij bij deze overeenkomst, maar 22 lidstaten zijn dat wel. Deze overeenkomst wordt waarschijnlijk ook bedoeld in overweging 7 van richtlijn 2006/115, als een van de „internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd", en die moeten worden nageleefd in het kader van de door deze richtlijn beoogde harmonisatie.

45. Het belangrijkste doel van het distributierecht is de bescherming tegen hetgeen gewoonlijk „piraterij" wordt genoemd, dat wil zeggen de productie en distributie onder het publiek van nagemaakte kopieën van fonogrammen (en andere zaken, zoals films). Deze nagemaakte kopieën nemen de plaats in van legale kopieën en hebben daardoor een forse vermindering van de inkomsten van fonogramproducenten tot gevolg en daarmee van de inkomsten uit de verkoop van legale kopieën waarop auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten kunnen vertrouwen. De bedreiging die uitgaat van piraterij wordt met name uitdrukkelijk genoemd in overweging 2 van richtlijn 2006/115 als een van de motieven om deze richtlijn aan te nemen.

46. Piraterij wordt gekenmerkt door de productie en distributie van nagemaakte kopieën van fonogrammen, die bedoeld zijn om de plaats in te nemen van legale kopieën. Om die reden wordt het begrip kopie in artikel 1 van de Overeenkomst van Genève gedefinieerd als „het materiaal dat geluiden bevat die al dan niet rechtstreeks zijn overgenomen van een fonogram en waarop al het geluid of een substantieel deel van de geluiden die op dat fonogram zijn vastgelegd, is opgenomen". Alleen een dergelijke kopie stelt de luisteraar immers in staat kennis te nemen van het fonogram zonder dat hij er een legale kopie van aanschaft.

47. Aangezien artikel 9 van richtlijn 2006/115 hetzelfde distributierecht invoert als de Overeenkomst van Genève en beide handelingen hetzelfde doel hebben, te weten de bescherming tegen piraterij, ben ik van mening dat het begrip kopie in deze bepaling op dezelfde manier moet worden uitgelegd als in de overeenkomst en in het licht van die doelstelling, dat wil zeggen dat het gaat om een kopie die alle of een substantieel deel van de geluiden van een beschermd fonogram bevat en tot doel heeft de plaats in te nemen van legale exemplaren ervan. De betekenis van deze bepaling is naar mijn mening derhalve veel beperkter dan die van artikel 2 van richtlijn 2001/29.

48. Het doel van sampling is niet een fonogram te produceren dat de plaats inneemt van het originele fonogram, maar een nieuw en van dit fonogram onafhankelijk werk te creëren. Een fonogram dat het resultaat is van sampling bevat dan ook niet alle of een substantieel deel van de geluiden van het originele fonogram. Een dergelijk fonogram moet dus niet worden gekwalificeerd als een kopie in de zin van artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115.

49. Ik stel derhalve voor de tweede prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 aldus moet worden uitgelegd dat een fonogram waarop fragmenten van een ander fonogram zijn overgenomen (samples) geen kopie is van het andere fonogram in de zin van die bepaling.

24 Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen, van 29 oktober 1971, die op 18 april 1973 in werking is getreden.

Derde prejudiciële vraag

50. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 en artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat op fonogrammen een bepaling van intern recht van een lidstaat, zoals § 24, lid 1, UrhG, wordt toegepast die luidt dat zonder toestemming van de auteur een zelfstandig werk mag worden gecreëerd met vrij gebruik van diens werk. [25]

51. Zoals ik in het antwoord op de tweede prejudiciële vraag heb toegelicht, is artikel 9 van richtlijn 2006/115 niet van toepassing op reproducties van beschermde zaken die niet bedoeld zijn om de plaats in te nemen van legale kopieën van die zaken. Dit is met name het geval bij onafhankelijke werken die zijn vervaardigd met behulp van bestanddelen van andere werken. Dit artikel is niet van toepassing op situaties die worden geregeld bij § 24 UrhG en het verzet zich derhalve niet tegen dit voorschrift. De analyse van de derde vraag moet derhalve worden beperkt tot de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2001/29.

52. Richtlijn 2001/29 voert in de artikelen 2 tot en met 4 de uitsluitende rechten in waarover bepaalde categorieën personen beschikken, met name het recht van producenten van fonogrammen om de reproductie van hun fonogram toe te staan of te verbieden, als bedoeld in artikel 2, onder c), van deze richtlijn. Deze rechten worden zonder voorwaarden geformuleerd. Artikel 5 van richtlijn 2001/29 voorziet echter in een hele reeks beperkingen en restricties op deze uitsluitende rechten, waarin de lidstaten in hun interne recht mogen voorzien. Deze lijst beperkingen en restricties wordt uitputtend geformuleerd, zoals wordt bevestigd in zowel overweging 32 van richtlijn 2001/29 als de vaste rechtspraak van het Hof. [26]

53. Deze lijst bevat bepaalde beperkingen en restricties op uitsluitende rechten die de dialoog en artistieke vergelijking door het gebruik van bestaande werken moeten vergemakkelijken. Het gaat met name om de beperking voor citaten, als bedoeld in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29, en de beperking voor het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches, als bedoeld in hetzelfde lid, onder k).

54. De lijst beperkingen en restricties op uitsluitende rechten in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bevat daarentegen geen algemene beperking die toestaat het werk van anderen te gebruiken om een nieuw werk te vervaardigen. Hieruit volgt dat de lidstaten niet het recht hebben in hun nationale recht een dergelijke beperking op te nemen, indien die verder gaat dan de in richtlijn 2001/29 bedoelde beperkingen, met name die welke in het vorige punt zijn genoemd.

55. Aan deze overweging wordt niet afgedaan door het gegeven dat § 24, lid 1, UrhG in het Duitse recht niet wordt beschouwd als een beperking op het auteursrecht, maar als een daaraan inherente restrictie, zoals de verwijzende rechter onderstreept. Artikel 5 van richtlijn 2001/29 maakt immers geen onderscheid tussen beperkingen en restricties op het auteursrecht (of naburige rechten). Sommige in deze bepaling bedoelde gevallen betreffen restricties die even inherent zijn aan het auteursrecht als de mogelijkheid van vrij gebruik van een werk om er een ander van te vervaardigen, bijvoorbeeld de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking voor het maken van thuiskopieën. [27] De Uniewetgever heeft het niettemin noodzakelijk geacht deze restrictie in de lijst van mogelijke beperkingen en restricties op te nemen.

25 § 24 UrhG noemt uitdrukkelijk enkel het gebruik van werken. Volgens de verwijzende rechter behoort deze bepaling naar analogie echter ook van toepassing te zijn op het gebruik van ander materiaal, met name fonogrammen.

26 Zie meest recentelijk arrest van 7 augustus 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punt 16).

27 Zie wat betreft het inherente karakter van deze restrictie mijn conclusie in de zaak EGEDA e.a. (C-470/14, EU:C:2016:24, punten 15 en 16).

56. Bovendien komt de effectiviteit van de door de Uniewetgever beoogde harmonisatie van de restricties op het auteursecht in gevaar indien het elke lidstaat wordt toegestaan om naast de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 genoemde lijst de restricties op te leggen die hij inherent acht aan het auteursrecht, zoals verweerders terecht aanvoeren. Zoals in overweging 31 van deze richtlijn wordt onderstreept, beoogt deze richtlijn onder meer de verschillen weg te nemen in de toepassing van de beperkingen op het auteursrecht en de naburige rechten door de lidstaten.

57. Het is juist dat artikel 5, lid 3, onder o), van richtlijn 2001/29 een soort standstillbepaling bevat wat betreft de toepassing door de lidstaten van beperkingen en restricties die reeds in hun nationale recht bestonden op het moment dat deze richtlijn in werking trad. Het gaat hier echter om het gebruik van materialen in „minder belangrijke gevallen". Naar mijn mening mag een beperking met de omvang van die waarin § 24, lid 1, UrhG voorziet niet worden beschouwd als beperkt tot minder belangrijke gevallen. Bovendien moet het gebruik dat onder artikel 5, lid 3, onder o), van richtlijn 2001/29 valt, worden beperkt tot analoog gebruik. Deze bepaling kan dus in geen geval betrekking hebben op het in elektronische vorm meedelen aan het publiek van fonogrammen die fragmenten van andere fonogrammen bevatten.

58. Ten slotte mogen volgens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 de in dat artikel bedoelde beperkingen en restricties enkel in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Deze bepaling, die gewoonlijk de „driestappentoets" wordt genoemd, weerspiegelt de analoge bepalingen van internationale verdragen op het gebied van auteursrecht en naburige rechten. Zij begrenst de beperkingen en restricties die van toepassing zijn op de uitsluitende rechten. Zij kan daarentegen niet worden opgevat als toestemming om beperkingen of restricties in te voeren waarin niet is voorzien, of om de reikwijdte van bestaande beperkingen uit te breiden op grond dat die geen ongunstige invloed hebben op de normale exploitatie van werken of ander materiaal, of op de legitieme belangen van de rechthebbenden. [28]

59. Ik stel derhalve voor de derde prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat op fonogrammen een bepaling van intern recht van een lidstaat, zoals § 24, lid 1, UrhG, wordt toegepast, volgens welke een zelfstandig werk mag worden gecreëerd met vrij gebruik van een ander werk zonder toestemming van de auteur ervan, aangezien een dergelijke bepaling verder gaat dan de in artikel 5, leden 2 en 3, van die richtlijn bedoelde beperkingen en restricties op uitsluitende rechten.

Vierde prejudiciële vraag

60. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking voor citaten van toepassing is in een situatie waarin een fragment van een fonogram zodanig is overgenomen op een ander fonogram dat het niet van de rest daarvan te onderscheiden is.

61. Deze vraagt betreft het kernprobleem van de toepassing van de beperking voor citaten in situaties zoals die in het hoofdgeding.

28 Zie in die zin arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punten 26 en 27).

62. De beperking voor citaten is oorspronkelijk bedoeld en wordt hoofdzakelijk gebruikt voor werken van letterkunde. Niets wijst er naar mijn mening echter op dat die beperking in het auteursrecht van de Unie geen betrekking kan hebben op andere categorieën werken, met name muziekwerken.[29] Tevens moet worden verondersteld dat het citeren kan plaatsvinden via reproductie van een fragment van een fonogram, omdat de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde beperkingen en restricties de rechten van fonogramproducenten op dezelfde wijze betreffen als de auteursrechten.

63. Een citaat is echter uitsluitend geoorloofd indien het aan een aantal voorwaarden voldoet. Voor het gebruik zoals dat in het hoofdgeding zijn drie van die voorwaarden bijzonder relevant.

64. De eerste voorwaarde wordt uitdrukkelijk genoemd in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 en betreft het doel van het citaat. Volgens die bepaling dient het citeren te gebeuren „ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden". Het gebruik van de bewoordingen „en voor soortgelijke doeleinden" wijst erop dat hier geen opsomming wordt gegeven van doeleinden van het citeren, maar enkel twee voorbeelden. Talrijke citaten, met name artistieke citaten zoals muziekcitaten, worden niet gebruikt ten behoeve van kritieken of recensies, maar dienen andere doeleinden. Toch wijst de formulering van de betrokken bepaling er mijns inziens duidelijk op dat het citaat moet zijn bedoeld om een soort dialoog aan te gaan met het geciteerde werk. Of het nu ter vergelijking is, als eerbetoon of anderszins, er moet noodzakelijkerwijs sprake zijn van interactie tussen het citerende en het geciteerde werk.

65. De tweede voorwaarde voor een geoorloofd citaat, die in zekere zin voortvloeit uit de eerste, is dat het citaat ongewijzigd en onderscheidbaar is. Zo dient het geciteerde fragment in de eerste plaats ongewijzigd of in elk geval zonder vervorming te zijn opgenomen in het citerende werk (waarbij bepaalde aanpassingen traditioneel zijn toegestaan, met name een vertaling). In de tweede plaats moet het citaat zodanig in het citerende werk zijn opgenomen dat het gemakkelijk kan worden onderscheiden als vreemd bestanddeel; dit is het aspect dat direct aan de orde komt in de prejudiciële vraag. Dit vereiste kan worden afgeleid van de eerste voorwaarde: hoe kan het citerende werk immers een dialoog aangaan of worden vergeleken met het geciteerde werk als beide volledig samensmelten?

66. Deze beide voorwaarden maken het mogelijk een citaat te onderscheiden van plagiaat.

67. Sampling in het algemeen en het gebruik van het fonogram dat in het hoofdgeding aan de orde is in het bijzonder lijken niet aan deze voorwaarden te voldoen. Het doel van sampling is niet een dialoog aan te gaan, een vergelijking te maken of de gebruikte werken eer te bewijzen. Bij de samplingtechniek dienen de fragmenten van andere fonogrammen als grondstof en versmelten zij met de nieuwe werken als onlosmakelijke en onherkenbare onderdelen daarvan. Bovendien worden deze fragmenten vaak gewijzigd en gemixt, zodat zij hun oorspronkelijke integriteit volledig verliezen. Dit is dus geen vorm van interactie, maar een vorm van toe-eigening. De onderhavige situatie, waarin een fragment van een fonogram dat te kort is voor welke interactie dan ook, gedurende de hele lengte van het nieuwe fonogram in een „loop" is opgenomen als het ritmische bestanddeel, is hier een volmaakt voorbeeld van.

68. Naast deze inhoudelijke voorwaarden voor een geoorloofd citaat is er een derde – formele – eis, die eveneens in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 wordt genoemd, namelijk dat de bron van het citaat wordt vermeld, waaronder de naam van de auteur, tenzij dat niet mogelijk blijkt. In geval van een muziekwerk is het uiteraard moeilijk (zij het niet onmogelijk) de bron van het citaat in het werk zelf te vermelden. Maar dit kan bijvoorbeeld wel worden gedaan in de beschrijving van het

29 Zie met name Mania, G., „Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek", *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, nr. 1/2017, blz. 63-88. Zie eveneens Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Parijs, 2015, blz. 571. Het Hof lijkt de beperking voor citaten impliciet te hebben toegestaan wat betreft een fotografisch werk (zie arrest van 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punten 122 en 123).

citerende werk, of in de titel ervan. Het lijkt me in de hiphop- of rapcultuur niet gebruikelijk om bronnen te vermelden van de samples waaruit de werken in deze muziekgenres bestaan. Hoe dan ook blijkt niet uit het dossier in de onderhavige zaak dat verzoekers hebben getracht de bron van het in het nummer *Nur mir* gebruikte fragment of de namen van verweerders te vermelden.

69. Ik stel derhalve voor de vierde prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat de in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking voor citaten niet van toepassing is in een situatie waarin een fragment van een fonogram is opgenomen op een ander fonogram zonder klaarblijkelijke bedoeling tot interactie met het eerste fonogram en zodanig dat het niet van de rest van het nieuwe fonogram te onderscheiden is.

70. Tot de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 bedoelde beperkingen en restricties behoort ook de reeds genoemde beperking voor het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches [artikel 5, lid 3, onder k), van richtlijn 2001/29]. Deze beperking kan eventueel relevant zijn in geval van gebruik van fragmenten van een fonogram op een ander fonogram. Deze beperking is als zodanig niet omgezet in Duits auteursrecht, maar kan volgens de verwijzende rechter worden afgeleid van § 24, lid 1, UrhG. Deze rechter wijst het idee om deze beperking in casu toe te passen echter zelf af, en naar mijn mening terecht. Deze beperking veronderstelt net als de beperking voor citaten immers een interactie met het gebruikte werk, of in elk geval met de auteur daarvan, een aspect dat ontbreekt bij sampling zoals die in het hoofdgeding aan de orde is. [30]

Vijfde prejudiciële vraag

71. Met zijn vijfde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen hoeveel discretionaire ruimte de lidstaten hebben bij de omzetting in nationaal recht van de bepalingen inzake de in de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2001/29 en artikel 9 van richtlijn 2006/115 bedoelde uitsluitende rechten en inzake de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 en artikel 10 van richtlijn 2006/115 bedoelde beperkingen op die uitsluitende rechten. Allereerst merk ik op dat ik deze vraag enkel uit het oogpunt van richtlijn 2001/29 zal analyseren, aangezien het in artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 bedoelde distributierecht naar mijn mening niet van toepassing is in een situatie zoals die in het hoofdgeding. [31]

72. Zoals de verwijzende rechter aangeeft, resulteert deze vraag uit de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht, waarin wordt verklaard dat de bepalingen voor omzetting in Duits recht van een richtlijn die de lidstaten geen enkele discretionaire ruimte laat bij de omzetting, in principe niet in relatie tot de door het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „grondwet") van 23 mei 1949 gewaarborgde grondrechten moeten worden beoordeeld, maar uitsluitend in relatie tot de door de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten. [32]

73. Wat de toetsing van nationale maatregelen voor omzetting van bepalingen van het Unierecht aan grondrechten betreft, heeft het Hof onder verwijzing naar artikel 53 van het Handvest geoordeeld dat wanneer een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, het de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties blijft vrijstaan de nationale grondrechtenbescherming toe te

30 In zijn arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), heeft het Hof geen al te strikte voorwaarden aan het begrip parodie gesteld. Het heeft niettemin verklaard dat een parodie een ander werk „nabootst" (zie punt 2 van het dictum van het arrest). Bovendien is het mijns inziens duidelijk dat het nummer *Nur mir* in de omstandigheden van de onderhavige zaak noch een parodie, noch een karikatuur van het nummer *Metall auf Metall* is. Wat het begrip pastiche betreft, daarbij gaat het om een imitatie van de stijl van een werk of een auteur waarbij niet per se bestanddelen van het werk worden overgenomen. In casu is de omgekeerde situatie aan de orde, namelijk de opname van een fragment uit een fonogram in een nieuw werk met een geheel andere stijl.

31 Zie het gedeelte van deze conclusie ter beantwoording van de tweede vraag.

32 Deze rechtspraak wordt door het Bundesverfassungsgericht aangehaald in zijn arrest van 31 mei 2016, 1 BvR 1585/13, dat ten grondslag ligt aan dit verzoek om een prejudiciële beslissing (zie punt 81 infra).

passen, mits daardoor het beschermingsniveau van het Handvest, zoals door het Hof uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie niet in het gedrang komen.[33] Zo mag een lidstaat door toepassing van zijn eigen nationale grondrechtenbescherming geen afbreuk doen aan de werking van een bepaling van het Unierecht die niet in strijd is met het Handvest.[34]

74. De beoordelingsmarge waarover de lidstaten bij omzetting van richtlijn 2001/29 beschikken, wordt op verscheidene manieren begrensd.

75. In de eerste plaats worden de in de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2001/29 bedoelde rechten, met name het in artikel 2, onder c), van die richtlijn bedoelde recht op reproductie van fonogramproducenten met betrekking tot hun fonogrammen, zonder voorwaarden geformuleerd en zijn de lidstaten verplicht deze rechten in hun nationale recht te beschermen.

76. In de tweede plaats verwijzen de begrippen die in de bepalingen van richtlijn 2001/29 worden gehanteerd niet naar de wetgeving van de lidstaten maar zijn het autonome Unierechtelijke begrippen.[35] Dit geldt met name voor het begrip „reproductie" in de zin van artikel 2 van die richtlijn.[36] Dit geldt tevens voor de begrippen ter beschrijving van de verschillende beperkingen en restricties op de uitsluitende rechten die worden geregeld in richtlijn 2001/29, met name het begrip „parodie", dat wordt gebruikt in artikel 5, lid 3, onder k), van die richtlijn.[37] Voor het begrip „citeren" in de zin van artikel 5, lid 3, onder d), van die richtlijn moet hetzelfde gelden.

77. In de derde plaats ten slotte kunnen de uitsluitende rechten die in de artikelen 2 tot en met 4 van richtlijn 2001/29 zonder voorwaarden en als verplichting aan de lidstaten worden opgelegd, enkel het voorwerp zijn van de in artikel 5, leden 1 tot en met 3, van die richtlijn uitputtend genoemde beperkingen en restricties. Aangezien deze beperkingen op één na facultatief zijn, beschikken de lidstaten over een bepaalde discretionaire ruimte bij de keuze en de formulering van beperkingen die zij passend achten om in hun nationale recht om te zetten. Zij mogen daarentegen geen beperkingen invoeren waarin niet is voorzien, of de draagwijdte van bestaande beperkingen uitbreiden.[38] Hier dient echter te worden opgemerkt dat deze discretionaire ruimte op zich ook beperkt is, omdat bepaalde beperkingen het gevolg zijn van het door de Uniewetgever tot stand gebrachte evenwicht tussen het auteursrecht en verscheidene grondrechten, met name de vrijheid van meningsuiting. Als in het nationale recht niet in bepaalde beperkingen wordt voorzien, kan dat derhalve onverenigbaar met het Handvest blijken.[39]

78. De lidstaten zijn derhalve verplicht in hun nationale recht de bescherming te waarborgen van de in de artikelen 2 tot en met 4 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitsluitende rechten – waarvan de omvang in voorkomend geval wordt bepaald door de rechtspraak van het Hof – die enkel kunnen worden beperkt door toepassing van de beperkingen en restricties die uitputtend zijn beschreven in artikel 5 van die richtlijn. De lidstaten mogen in hun nationale recht geen bepalingen opnemen die strijdig zijn met die verplichting, ongeacht of zij van constitutionele aard zijn of het karakter van een grondrecht hebben.[40] Zoals in artikel 288, derde alinea, VWEU voor alle richtlijnen bepaald, blijven de lidstaten echter vrij in hun keuze van de middelen die zij passend achten om die verplichting na te komen. Bij die keuze kunnen zij zich uiteraard wel laten leiden door onder meer overwegingen die verband houden met hun constitutionele principes en door de grondrechten, mits die geen afbreuk doen aan de nuttige werking van het Unierecht.

33 Arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60).

34 Zie in die zin arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 63).

35 Zie met name arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 27).

36 Zie met name arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 32).

37 Arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 15).

38 Arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punten 26 en 27).

39 Zie ook mijn conclusie in de zaak Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, punten 38 en 39).

40 Zie in die zin arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79. Gelet op een en ander stel ik voor de vijfde prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat de lidstaten verplicht zijn in hun nationale recht de bescherming te waarborgen van de in de artikelen 2 tot en met 4 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitsluitende rechten, die enkel kunnen worden beperkt door toepassing van de beperkingen en restricties die uitputtend zijn beschreven in artikel 5 van die richtlijn. De lidstaten blijven echter vrij in hun keuze van de middelen die zij passend achten om die verplichting na te komen.

Zesde prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

80. Met zijn zesde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen op welke manier de in het Handvest verankerde grondrechten in aanmerking moeten worden genomen bij de uitlegging van de omvang van de uitsluitende rechten die door de richtlijnen 2001/29 en 2006/115 aan fonogramproducenten worden toegekend, alsook van de draagwijdte van de beperkingen en restricties op deze rechten waarin dezelfde richtlijnen voorzien.

81. Deze vraag is in zeer algemene bewoordingen geformuleerd en bij een even algemeen geformuleerd antwoord betwijfel ik het nut ervan voor de verwijzende rechter. Het lijkt mij echter duidelijk dat deze vraag is gesteld in verband met het arrest van het Bundesverfassungsgericht [41], waarbij enerzijds de beslissing van de verwijzende rechter waarbij de voor verweerders gunstige uitspraak in hoger beroep was bevestigd, op grond van de in artikel 5 van de grondwet verankerde vrijheid van artistieke schepping is vernietigd, en anderzijds de zaak naar de verwijzende rechter is terugverwezen met het oog op heronderzoek – eventueel in het licht van de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten en indien nodig met indiening van een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof.

82. Met de zesde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter derhalve in wezen te vernemen of de in artikel 13 van het Handvest verankerde vrijheid van kunsten een beperking vormt van, of een inbreuk rechtvaardigt op, het uitsluitende recht van een fonogramproducent om de reproductie van een deel van zijn fonogram toe te staan of te verbieden in geval van gebruik ervan in een ander fonogram. Deze vraag snijdt met andere woorden het probleem aan van de eventuele voorrang van de vrijheid van kunsten boven dat uitsluitende recht van fonogramproducenten.

83. Op het eerste oog lijkt het paradoxaal om de vrijheid van kunsten op deze manier op te werpen tegen het naburige recht. Het belangrijkste doel van het auteursrecht en de naburige rechten is immers de ontwikkeling van de kunsten te bevorderen door de kunstenaars inkomsten uit hun werken te garanderen, waardoor zij niet afhankelijk zijn van verschillende weldoeners en hun creatieve arbeid vrij kunnen voortzetten. [42]

84. Het is juist dat deze zaak niet direct verband houdt met het uitsluitende recht van auteurs, maar met het uitsluitende recht van producenten, die over dit recht beschikken op grond van hun financiële en organisatorische inspanningen. Ten eerste ligt de reden dat de wetgever uitsluitende rechten aan producenten heeft toegekend echter in het feit dat zij bijdragen tot de schepping en verspreiding van de werken. Het recht dat zij houden op de fonogrammen vormt een garantie voor het rendement uit hun investering. Ten tweede wordt op muziekfonogrammen, zoals in de onderhavige zaak, over het algemeen de uitvoering van een werk vastgelegd, wat bij andere fonogrammen niet altijd het geval hoeft te zijn. Behalve de producent houden zich normaliter auteurs en uitvoerend kunstenaars bezig

41 Arrest van 31 mei 2016, 1 BvR 1585/13.

42 Deze functie van het auteursrecht en de naburige rechten wordt overigens uitdrukkelijk bevestigd in de overwegingen 9-11 van richtlijn 2001/29.

met het maken van een muziekfonogram, en ook hun rechten worden geschaad door ongeoorloofd gebruik van het fonogram. De procedure in het hoofdgeding betreft dus wellicht uitsluitend de rechten van fonogramproducenten, maar naar mijn mening mogen de andere belanghebbenden niet worden vergeten indien er een discussie wordt gevoerd uit het oogpunt van de grondrechten.

85. Het onderhavige geval is hier een volmaakt voorbeeld van. Verweerders, die in de procedure handelen in hun hoedanigheid van producent van het betrokken fonogram, zijn immers tevens uitvoerend kunstenaar en een van hen is de auteur van het werk dat het fonogram bevat.[43] Aan de andere zijde is de situatie vergelijkbaar: verzoekers zijn niet alleen componist van het werk op het betwiste fonogram, maar ook producent. In het hoofdgeding staan derhalve niet eenvoudigweg een kunstenaar en een fonogramproducent tegenover elkaar, want aan beide zijden bevinden zich beide hoedanigheden. Het totaal van deze verschillende belangen moet derhalve in aanmerking worden genomen bij de afweging van de respectieve grondrechten.

Arrest van het Bundesverfassungsgericht

86. Bovengenoemd arrest van het Bundesverfassungsgericht[44] is hoofdzakelijk gebaseerd op de uitlegging van § 24, lid 1, UrhG, gelezen in het licht van de in artikel 5, lid 3, eerste volzin, van de grondwet verankerde vrijheid van artistieke schepping. Deze rechter heeft verklaard dat de verwijzende rechter bij de uitlegging van § 24, lid 1, UrhG onvoldoende rekening heeft gehouden met de artistieke vrijheid van verzoekers, met name door te oordelen dat die bepaling niet van toepassing is wanneer de kunstenaar in staat is de geluidssequens die hij van een fonogram van een ander heeft overgenomen zelf opnieuw te maken. Een dergelijke uitlegging resulteert in een onevenredige beperking van de creatieve vrijheid en bijgevolg van de mogelijkheden tot artistieke dialoog. De mogelijkheden die kunstenaars aldus resten, te weten de mogelijkheid om een licentie te verkrijgen, om de geluiden zelf opnieuw te maken of om zich te beperken tot de geluiden die beschikbaar zijn in bestaande samplebanken, zijn ontoereikend, met name in geval van de muziekgenres die grotendeels van sampling afhankelijk zijn, zoals hiphop.

87. Omgekeerd wordt het in artikel 14, lid 1, van de grondwet gewaarborgde eigendomsrecht van fonogramproducenten volgens het Bundesverfassungsgericht slechts in geringe mate beperkt door de toepassing van § 24, lid 1, UrhG op sampling, aangezien nieuwe werken niet concurreren met hun fonogrammen. § 85, lid 1, UrhG betreffende de rechten van fonogramproducenten beschermt hen immers enkel tegen commercieel gebruik en piraterij van hun fonogrammen, waartoe sampling, als vorm van kunstbeoefening, niet behoort. Hoewel de wetgever naar de mening van het Bundesverfassungsgericht voor de houders van uitsluitende rechten had kunnen voorzien in een vergoeding voor het overeenkomstig § 24, lid 1, UrhG gemaakte vrije gebruik (freie Benutzung), is het ontbreken van een dergelijke vergoeding niet in strijd met het grondwettelijke eigendomsrecht.

88. Ten slotte voegt het Bundesverfassungsgericht nog toe dat de verwijzende rechter, behalve door een uitlegging van § 24, lid 1, UrhG die in overeenstemming is met de vrijheid van kunsten, tot een juiste afweging van de betrokken rechten kan komen door middel van een restrictieve uitlegging van de in artikel 85, lid 1, van die wet bedoelde rechten van fonogramproducenten. Het Bundesverfassungsgericht merkt niettemin op dat de zaak dan onder het Unierecht kan vallen, gezien de door richtlijn 2001/29 beoogde harmonisatie van de rechten van fonogramproducenten. Indien die richtlijn de lidstaten geen discretionaire ruimte laat bij de omzetting ervan, dient de verwijzende

43 Hun rechten als auteur en als uitvoerend kunstenaar zijn overigens in de procedure in eerste aanleg subsidiair aangevoerd (zie punt 14 supra).

44 In deze analyse baseer ik me op de Engelstalige versie van het arrest van het Bundesverfassungsgericht, die te vinden is op de internetsite van dit gerecht, alsmede, voor het beschrijvende gedeelte, op de commentaren bij dat arrest, met name Duhanic, I., „Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, deel 11, nr. 12, blz. 932-945; Mezei, P., „De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?", *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, deel 139, nr. 1, blz. 56-67; en Mimler, M.D., „ *Metall auf Metall* – German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, deel 7, nr. 1, blz. 119-127.

rechter de bescherming van de grondrechten te waarborgen overeenkomstig het Handvest[45], zo nodig door middel van een prejudiciële verwijzing naar het Hof. De verwijzende rechter dient zich er eveneens van te vergewissen dat het absolute minimumniveau van bescherming van de grondrechten, zoals dat in de grondwet is vastgelegd, wordt gehandhaafd.

Beoordeling naar Unierecht

89. Het auteursrecht van de Unie kent geen beperking op de in richtlijn 2001/29 bedoelde uitsluitende rechten die vergelijkbaar is met de beperking van § 24, lid 1, UrhG. Zoals ik in het antwoord op de derde prejudiciële vraag reeds heb uiteengezet, is die bepaling naar mijn mening onverenigbaar met richtlijn 2001/29 voor zover zij afwijkingen van de uitsluitende rechten toestaat die verder gaan dan de beperkingen waarin artikel 5 van die richtlijn voorziet, met name de beperkingen voor citaten en voor het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches. Deze beperkingen kunnen naar mijn mening echter niet worden toegepast in een situatie zoals die in het hoofdgeding.[46] Een soortgelijke redenering als die van het Bundesverfassungsgericht is binnen het Unierecht derhalve niet mogelijk. Hoe moet het uitsluitende recht op reproductie van fonogramproducenten uit hoofde van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 dan worden beoordeeld in het licht van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten?

90. Voor zover het auteursrecht en de naburige rechten hun houders een monopolie geven op zaken met een intellectueel of kunstzinnig karakter, zoals werken en fonogrammen, kunnen zij de uitoefening van bepaalde grondrechten beperken, met name de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van kunsten. Bovendien wordt intellectuele eigendom zelf beschermd als grondwettelijk eigendomsrecht. Deze rechten, waarvan het ene in principe niet hoger is dan het andere, moeten derhalve tegen elkaar worden afgewogen.[47] Het auteursrecht heeft die afweging zelf al gemaakt, door in een aantal beperkingen en restricties te voorzien. Deze zijn bedoeld om een rechtvaardig evenwicht te garanderen tussen enerzijds de rechten en belangen van houders van auteursrechten en naburige rechten en anderzijds de verschillende andere algemene en particuliere belangen, waaronder de bescherming van de grondrechten.

91. De in artikel 13, eerste volzin, van het Handvest neergelegde vrijheid van kunsten is een vorm van de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 11 van het Handvest. Het systeem van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM"), kent deze vrijheid niet als autonoom recht, aangezien de vrijheid van kunsten wordt afgeleid van de vrijheid van meningsuiting, die in artikel 10 van dit verdrag is verankerd.

92. De vrijheid van meningsuiting, waarvan de vrijheid van kunsten is afgeleid, betreft allereerst het ontvangen en verstrekken van denkbeelden en informatie en bijgevolg, wat de kunst betreft, de inhoud van werken.[48] Vooral de censuur van die inhoud kan gemakkelijk leiden tot schending van de vrijheid van kunsten.[49] Ik ben evenwel van mening dat de vrijheid van kunstenaars veel minder omvangrijk is wat betreft de verwerving van middelen voor hun schepping. Elke kunstenaar dient zich te schikken in

45 Conform de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht als aangehaald in punt72 van deze conclusie.

46 Zie het gedeelte van deze conclusie ter beantwoording van de vierde vraag.

47 Zie in die zin recentelijk arrest van 18 oktober 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punt 44).

48 In de bewoordingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt „de vrijheid van meningsuiting, zoals verankerd in artikel 10, lid 1[, EVRM], een van de wezenlijke grondslagen van een democratische samenleving, een van de belangrijkste voorwaarden voor de vooruitgang van de samenleving en zelfontplooiing van het individu. Onder voorbehoud van lid 2 is zij niet alleen van toepassing op ‚informatie' of ‚denkbeelden' die gunstig worden ontvangen of worden beschouwd als onschuldig of onbelangrijk, maar ook op informatie of denkbeelden die aanstoot geven, choqueren, of de staat of een deel van de bevolking verontrusten" (EHRM, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

49 Zie EHRM, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

de leefomstandigheden binnen de samenleving en de markt waarin hij zich ontwikkelt. De vrijheid van kunsten bevrijdt kunstenaars niet van de verplichtingen van het gewone leven. Zo is het ondenkbaar dat een schilder zich kan beroepen op zijn vrijheid van schepping om zijn verf en penselen niet te hoeven betalen. [50] [51]

93. Het is juist dat sampling in muziekgenres zoals hiphop en rap een bijzondere rol speelt, doordat het niet alleen het middel tot schepping is, maar ook een artistiek proces op zich. Dit kan echter geen doorslaggevend argument zijn in het kader van een juridische discussie, omdat de uitlegging van rechtsregels voor eenieder gelijk moet zijn. Als sampling van fragmenten van fonogrammen zonder toestemming van de rechthebbenden als rechtmatig zou moet worden beschouwd, dan zou dat zowel moeten gelden voor musici die tot de hiphopcultuur behoren als voor andere musici.

94. Kunstenaars moeten des te meer rekening houden met de beperkingen en restricties die het leven oplegt aan de vrijheid van schepping wanneer deze betrekking hebben op de rechten en fundamentele vrijheden van anderen, met name hun eigendomsrecht, waaronder het intellectuele-eigendomsrecht. In dergelijke gevallen is de afweging van de verschillende rechten en belangen bijzonder ingewikkeld en is er zelden sprake van één oplossing die bij iedereen steun vindt. Deze afweging dient in een democratische samenleving in de eerste plaats te worden gemaakt door de wetgever, die gestalte geeft aan het algemene belang. De wetgever beschikt hier over een ruime beoordelingsvrijheid. [52] De toepassing van wetgevingsoplossingen wordt vervolgens onderworpen aan controle door de rechters, die er in het kader van die toepassing op concrete gevallen op hun beurt op moeten toezien dat de grondrechten gewaarborgd blijven. Buiten uitzonderlijke gevallen [53] moet deze controle echter worden verricht binnen de grenzen van de toepasselijke bepalingen die een vermoeden van geldigheid genieten, ook met betrekking tot de grondrechten. Indien slechts één oplossing als verenigbaar met de grondrechten zou worden erkend, zou de beoordelingsvrijheid van de wetgever betekenisloos zijn.

95. Zoals eerder vermeld, houdt het auteursrecht van de Unie rekening met verschillende rechten en belangen die strijdig kunnen zijn met de uitsluitende rechten van auteurs en andere rechthebbenden, met name de vrijheid van kunsten. De beperkingen op uitsluitende rechten, zoals de beperking voor citaten of voor het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches, maken de dialoog en artistieke vergelijking mogelijk door middel van verwijzingen naar bestaande werken. Gelet op de geldende regels kan die vergelijking op met name de volgende drie manieren plaatsvinden: in de eerste plaats door het creëren van werken die weliswaar geïnspireerd zijn op bestaande werken, maar de beschermde bestanddelen daarvan niet rechtstreeks overnemen; in de tweede plaats in het kader van bestaande beperkingen en restricties op uitsluitende rechten en ten slotte door het verkrijgen van de benodigde toestemmingen.

96. Ik denk evenwel niet dat de vrijheid van kunsten, als bedoeld in artikel 13 van het Handvest, vereist dat een beperking of restrictie wordt ingevoerd of erkend die vergelijkbaar is met de beperking als bedoeld in § 24 UrhG en die van toepassing is op gebruiksvormen zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, waarbij de werken of het andere materiaal niet worden gebruikt voor interactie met de bestaande werken, maar eenvoudigweg als materiaal om nieuwe werken te creëren zonder enig verband met de bestaande werken. Het gegeven dat voor een dergelijk gebruik een licentie moet worden verkregen, beperkt mijns inziens de vrijheid van kunsten niet in een mate die de normale

50 Uiteraard kan daarover anders worden geoordeeld indien dergelijke moeilijkheden een kunstenaar worden aangedaan met het doel om hem het werken te beletten, juist vanwege de inhoud van zijn werk [zie de film van A. Wajda, *Powidoki (Afterimage*), over de intimidatie van de Poolse schilder Władysław Strzemiński in het Stalintijdperk]. Dit zijn echter extreme omstandigheden.

51 In dit verband heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigd dat „kunstenaars en degenen die hun werk promoten [...] zeker niet immuun [zijn] voor de mogelijkheid van beperkingen als bedoeld in artikel 10, lid 2[, EVRM]. Eenieder die zijn vrijheid van meningsuiting doet gelden, neemt conform de bewoordingen van dat lid ‚plichten en verantwoordelijkheden' op zich; de omvang daarvan hangt af van zijn situatie en de gebruikte middelen" (EHRM, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

52 Zie in die zin EHRM, 10 januari 2013, Ashby Donald e.a. tegen Frankrijk (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

53 Zie bijvoorbeeld zaak C-469/17 Funke Medien NRW, waarin ik op 25 oktober 2018 conclusie heb genomen (EU:C:2018:870).

eisen van de markt overschrijdt, temeer daar deze nieuwe werken vaak niet verwaarloosbare inkomsten opleveren voor hun auteurs en producenten. Wat betreft het argument dat het verkrijgen van een licentie in bepaalde gevallen onmogelijk kan blijken, bijvoorbeeld vanwege een weigering van de rechthebbenden, ben ik van mening dat de vrijheid van kunsten niet inhoudt dat eenieder de mogelijkheid wordt gegarandeerd om met het oog op zijn creatieve ontwikkeling alles wat hij wil vrij te gebruiken.

97. Ik denk evenmin dat de financiële belangen van de fonogramproducenten, die de rechtvaardiging vormen voor hun uitsluitende rechten, beperkt zijn tot de bescherming tegen commercieel gebruik en piraterij. In het Unierecht geldt dit wel voor het distributierecht.[54] Het reproductierecht wordt daarentegen ruim opgevat en omvat alle mogelijke vormen van exploitatie van een fonogram. Bovendien lijkt het rechtvaardig dat de producent van een fonogram deelt in de inkomsten uit de exploitatie van werken die met gebruik van zijn fonogram zijn gecreëerd. Daarnaast moet bij de afweging van de grondrechten niet alleen rekening worden gehouden met de materiële rechten en belangen van fonogramproducenten, maar ook met de rechten van uitvoerend kunstenaars en auteurs, waaronder hun morele rechten. Deze rechten, en met name het recht op integriteit van het werk, kunnen legitiem worden opgeworpen tegen het gebruik van het betrokken werk, zelfs als dit gebruik onder een uitzondering valt.[55]

98. De bescherming van fonogramproducenten, zowel in het Unierecht als in het internationaal recht, kan buitensporig worden geacht voor zover zij gelijk is aan de bescherming van auteurs (wat betreft materiële rechten). Ik sluit niet uit dat de door de Uniewetgever gemaakte afweging van de verschillende rechten en belangen in de toekomst kan resulteren in invoering van een beperking op de uitsluitende rechten van auteurs en andere rechthebbenden voor gebruiksvormen zoals sampling. Dat is echter niet de taak van de rechter. Bij het rechterlijke toezicht op de toepassing van geldende bepalingen spelen grondrechten een andere rol: die van een soort ultima ratio, die het enkel in geval van flagrante schending van de wezenlijke inhoud van een grondrecht toestaat af te wijken van de tekst van de relevante bepalingen.[56] Daarvan is naar mijn mening geen sprake in de situatie van sampling in het auteursrecht van de Unie.

99. Ik stel derhalve voor de zesde prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat het uitsluitende recht van fonogramproducenten om op grond van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 de reproductie van een gedeelte van hun fonogrammen toe te staan of te verbieden in geval van gebruik ervan voor sampling, niet in strijd is met de in artikel 13 van het Handvest verankerde vrijheid van kunsten.

Conclusie

100. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moet aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een inbreuk op het uitsluitende recht van een fonogramproducent om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden in de zin van die bepaling wanneer zonder zijn toestemming een fragment van zijn fonogram wordt overgenomen voor gebruik in een ander fonogram (sampling).

54 Zie het gedeelte van deze conclusie ter beantwoording van de tweede vraag.

55 Zie in die zin arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punten 27-31).

56 Zie in die zin recentelijk arrest van 18 oktober 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punt 46).

2) Artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom moet aldus worden uitgelegd dat een fonogram waarop fragmenten van een ander fonogram zijn overgenomen (samples) geen kopie is van het andere fonogram in de zin van die bepaling.

3) Artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat op fonogrammen een bepaling van intern recht van een lidstaat, zoals § 24, lid 1, van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (Duitse wet betreffende het auteursrecht en naburige rechten) van 9 september 1965, wordt toegepast, volgens welke een zelfstandig werk mag worden gecreëerd met vrij gebruik van een ander werk zonder toestemming van de auteur ervan, aangezien een dergelijke bepaling verder gaat dan de in artikel 5, leden 2 en 3, van die richtlijn bedoelde beperkingen en restricties op uitsluitende rechten.

4) De in artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking voor citaten is niet van toepassing in een situatie waarin een fragment van een fonogram is opgenomen op een ander fonogram zonder klaarblijkelijke bedoeling tot interactie met het eerste fonogram en zodanig dat het niet van de rest van het nieuwe fonogram te onderscheiden is.

5) De lidstaten zijn verplicht in hun nationale recht de bescherming te waarborgen van de in de artikelen 2 tot en met 4 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitsluitende rechten, die enkel kunnen worden beperkt door toepassing van de beperkingen en restricties die uitputtend zijn beschreven in artikel 5 van die richtlijn. De lidstaten blijven echter vrij in hun keuze van de middelen die zij passend achten om die verplichting na te komen.

6) Het uitsluitende recht van fonogramproducenten om op grond van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 de reproductie van een gedeelte van hun fonogrammen toe te staan of te verbieden in geval van gebruik ervan voor sampling, is niet in strijd met de in artikel 13 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde vrijheid van kunsten.”