CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. EMILIOU
van 17 juni 2025 [1]

Zaak C-590/23

CG,
YN
tegen
Pelham GmbH,
SD,
UP

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

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Auteursrecht en naburige rechten – Informatiemaatschappij – Richtlijn 2001/29/EG – Artikel 2 – Reproductierechten – Reikwijdte – Delen van werken – Delen van fonogrammen – Sampling – Beperkingen en restricties – Artikel 5, lid 3, onder k) – Gebruik voor pastiches – Reikwijdte – Grondrechten – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 13 – Vrijheid van kunsten”

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is het tweede dat het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland; hierna: „BGH”) heeft ingediend in het kader van het ruim twintig jaar durende geschil tussen de leden van de elektronische band Kraftwerk enerzijds en hiphopproducers SD en UP en productiemaatschappij Pelham GmbH anderzijds. Dit geschil betreft het gebruik, in een door laatstgenoemden in 1997 uitgebracht hiphopnummer („Nur mir”), van een fragment („sample”) [2] van twee seconden dat zij zonder toestemming hadden „geleend” van het fonogram [3] van een elektronisch avant-gardenummer („Metall auf Metall”) van Kraftwerk uit 1977.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Zie voor een definitie van „sampling” de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham e.a. (C-476/17, EU:C:2018:1002, punt 1; hierna: „conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I”): „Sampling is een techniek waarbij met behulp van elektronische apparatuur fragmenten (monsters ofwel samples […]) van een fonogram worden overgenomen om te worden gebruikt in een nieuwe compositie op een ander fonogram.”

[3] In het auteursrecht is een „fonogram” elke louter auditieve „vastlegging” van geluiden (geluidsopname) [zie artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, gesloten te Rome op 26 oktober 1961 (hierna: „Verdrag van Rome”), en artikel 2, onder b), van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen, vastgesteld te Genève op 20 december 1996 en namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6; hierna: „WPPT 1996”)].

2. In zijn arrest in de zaak Pelham I[4] heeft het Hof, in antwoord op de eerste prejudiciële verwijzing door het BGH in dat geschil, geoordeeld dat het gebruik van dergelijke „samples" van bestaande fonogrammen in nieuwe nummers in beginsel valt onder het uitsluitende reproductierecht dat aan de producenten van deze fonogrammen is verleend krachtens artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29/EG[5]. In de regel is dit gebruik voor een derde dus niet mogelijk zonder toestemming van de betrokken producent, aangezien anders het betrokken uitsluitende recht wordt geschonden.

3. Met deze nieuwe prejudiciële verwijzing wenst het BGH van het Hof te vernemen of „sampling" niettemin kan worden beschouwd als vrij toegestaan onder een van de uitzonderingen van artikel 5 van de IM-richtlijn, namelijk „het gebruik voor […] pastiches" [lid 3, onder k)]. In dit verband vraagt het BGH zich meer in het algemeen af of deze uitzondering (die niet in deze richtlijn is gedefinieerd en die tot nu toe niet is onderzocht door het Hof) derden toestaat om vrijelijk te „lenen" van bestaand beschermd materiaal (zoals fonogrammen) om nieuwe kunstwerken (zoals nieuwe muziekwerken) te creëren, in het licht van de vrijheid van kunsten waarin artikel 13 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") voorziet.

4. Deze vraag is transversaal van aard. Van oudsher hebben kunstenaars op alle gebieden van de kunsten, in verschillende mate en meer of minder openlijk, van vroegere creaties geleend. Het is ook een cruciale vraag. De precieze beperkingen die door literaire en artistieke eigendom worden opgelegd (of geldig kunnen worden opgelegd, in het licht van de vrijheid van kunsten) aan dit proces zijn regelmatig het onderwerp van discussies en rechtszaken over de hele wereld. De voorbije twintig jaar heeft het verschijnen van „Web 2.0"- en „Web 3.0"-diensten een nieuw licht op deze kwestie geworpen, aangezien onlineplatformen zoals YouTube of TikTok miljoenen gebruikers in staat stellen om zich in te laten met bestaand audiovisueel materiaal en dit materiaal te hergebruiken om hun eigen inhoud te creëren en te delen (zogenoemde „door gebruikers gegenereerde inhoud" of „user-generated content"; hierna: „UGC"). In dit verband is de onderhavige zaak ook belangrijk voor de uitlegging van het (nog recente) artikel 17, lid 7, onder b), van richtlijn (EU) 2019/790[6], dat als „pastiche" gecreëerde UGC vrij toestaat.[7]

5. De verwijzende rechter laat het antwoord over aan de wijsheid van het Hof, maar stelt dat het in het licht van deze artistieke uitingen en de door artikel 13 van het Handvest gewaarborgde fundamentele vrijheid van kunsten *noodzakelijk* kan zijn om de in artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn neergelegde uitzondering voor „pastiches" aldus uit te leggen dat deze verschillende voorbeelden van artistiek hergebruik van materiaal daaronder vallen, omdat de andere beginselen, beperkingen en restricties die de reikwijdte van de aan auteurs en andere rechthebbenden verleende uitsluitende rechten inperken, met betrekking tot dat hergebruik onvoldoende „ademruimte" bieden om te voldoen aan de vereisten van die vrijheid. Afgezien van verduidelijkingen over het begrip „pastiche", vereist de onderhavige verwijzing dus niet minder dan een beoordeling door het Hof van de verenigbaarheid, uit systematisch oogpunt, van literaire en artistieke eigendom in de Unie met artikel 13 van het Handvest.

4 Arrest van 29 juli 2019, Pelham e.a. (C-476/17, EU:C:2019:624; hierna: „arrest Pelham I").

5 Richtlijn 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 (PB 2001, L 167, blz. 10) (hierna: „IM-richtlijn").

6 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (PB 2019, L 130, blz. 92) (hierna: „DEM-richtlijn").

7 Artikel 17, lid 7, onder b), van de DEM-richtlijn is weliswaar niet van toepassing op de onderhavige zaak (aangezien deze geen betrekking heeft op het recht van mededeling aan het publiek of het hergebruik van beschermd materiaal door gebruikers van „onlinediensten voor het delen van content"), maar deze bepaling en artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn moeten uniform worden uitgelegd (zie naar analogie arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punten 28-34).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. Artikel 2 („Reproductierecht”) van de IM-richtlijn bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

[…]

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.”

7. Artikel 5 („Beperkingen en restricties”) van deze richtlijn luidt:

„[…]

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

[…]

k) het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches;

[…]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts 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.”

B. Duits recht

8. § 51a van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (wet inzake het auteursrecht en de naburige rechten; hierna: „UrhG”), in de versie die sinds 7 juni 2021 van toepassing is, bepaalt dat „[d]e reproductie, verspreiding en mededeling aan het publiek van een bekendgemaakt werk voor karikaturen, parodieën of pastiches is toegestaan. De in de eerste zin bedoelde mogelijkheid omvat het gebruik van een afbeelding of andere reproductie van het gebruikte werk, zelfs indien die afbeelding of andere reproductie zelf door een auteursrecht of naburig recht wordt beschermd.”

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

9. In 1977 heeft de band Kraftwerk (bestaande uit CG en RL, inmiddels overleden; hierna samen: „leden van Kraftwerk") een fonogram uitgebracht met het muziekwerk „Metall auf Metall". Vervolgens hebben SD en UP het muziekwerk „Nur mir" gecomponeerd, dat in 1997 is uitgebracht op door Pelham GmbH opgenomen fonogrammen.

10. De leden van Kraftwerk hebben aangevoerd dat SD en UP zonder hun toestemming een fragment van ongeveer twee seconden, dat bestaat in een ritmische sequentie, uit het fonogram van „Metall auf Metall" elektronisch hadden gekopieerd („gesampled") en dit fragment als een doorlopende lus in „Nur mir" hadden gebruikt. Hierdoor hadden SD, UP en Pelham GmbH (hierna samen: „Pelham e.a.") inbreuk gemaakt op het naburige reproductierecht dat de leden van Kraftwerk, als producenten van het fonogram van „Metall auf Metall", op dit fonogram genieten. Subsidiair stelden de leden van Kraftwerk dat hun naburige recht als uitvoerende kunstenaars en CG's auteursrecht op het muziekwerk „Metall auf Metall" waren geschonden. Meer subsidiair betoogden zij dat verweerders in het hoofdgeding de regels inzake oneerlijke mededinging, die economisch freeriden verbieden, hebben geschonden.

11. Op deze gronden hebben de leden van Kraftwerk in 2004 bij het Landgericht Hamburg (rechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) een procedure tegen Pelham e.a. ingeleid strekkende tot verschillende maatregelen, waaronder een stakingsvordering (waarbij Pelham e.a. wordt gelast geen fonogrammen met „Nur mir" meer te vervaardigen, te verhandelen enz.) en een schadevordering.

12. In de daaropvolgende jaren werden meerdere beslissingen gegeven door verschillende Duitse rechterlijke instanties, op verschillende niveaus. Met name heeft het BGH bij beslissing van 13 december 2012 de leden van Kraftwerk in het gelijk gesteld. Bij beslissing van 31 mei 2016 heeft het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland; hierna: „BVerfG"), naar aanleiding van een buitengewoon beroep door Pelham e.a., deze beslissing van het BGH echter vernietigd. In wezen was het BVerfG van oordeel dat de door de Duitse grondwet[8] gewaarborgde vrijheid van kunsten vereist dat het „lenen" en hergebruiken van korte „samples" van een fonogram met het oog op de creatie van een nieuw muziekwerk, vrij is toegestaan. Derhalve dient het naburige recht van de producent van dit fonogram zich te voegen naar een dergelijke praktijk. Dit kan gebeuren door i) dit naburige reproductierecht zo uit te leggen dat het geen betrekking heeft op korte „samples", of ii) te oordelen dat een nieuw werk dat met behulp van een dergelijke „sample" is gecreëerd, zonder toestemming van de producent van het bronfonogram mag worden uitgebracht en geëxploiteerd krachtens § 24, lid 1, UrhG[9]. Het BVerfG heeft de zaak terugverwezen naar het BGH voor een nieuwe behandeling.

13. Daarop heeft het BGH het Hof verschillende vragen voorgelegd, onder meer of i) het reproductierecht ten gunste van producenten van fonogrammen, waarin artikel 2, onder c), van de IM-richtlijn voorziet, het „lenen" van „samples" van fonogrammen omvatte, en ii) § 24, lid 1, UrhG verenigbaar was met deze richtlijn. In zijn arrest Pelham I heeft het Hof onder meer geantwoord dat i) het betrokken reproductierecht betrekking had op „samples" zodra deze „voor het oor herkenbaar" waren in een nieuwe inhoud, en ii) § 24, lid 1, UrhG inderdaad onverenigbaar was met die richtlijn.

8 Zie artikel 5 van het Grundgesetz (Duitse grondwet).

9 Volgens deze bepaling mag „een onafhankelijk werk dat is gecreëerd met vrij gebruik van het werk van een andere persoon worden gepubliceerd en geëxploiteerd zonder toestemming van de auteur van het gebruikte werk". Het BVerfG was van oordeel dat genoemde bepaling naar analogie kon worden toegepast op het hergebruik van fonogrammen.

14. Na het antwoord van het Hof heeft het BGH bij beslissing van 30 april 2020 de zaak voor heroverweging terugverwezen naar het Oberlandesgericht Hamburg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hamburg, Duitsland).

15. Op 7 juni 2021 trad een nieuwe versie van het UrhG in werking. In dit verband was § 24, lid 1, ingetrokken en was een nieuwe bepaling, namelijk § 51a, ingevoerd. Deze nieuwe bepaling staat de reproductie van auteursrechtelijk beschermd materiaal voor onder meer „pastiches” vrij toe.

16. In de beslissing van 28 april 2022 heeft het Oberlandesgericht Hamburg bij de beoordeling van de gestelde voortdurende schending van het auteursrecht een onderscheid gemaakt tussen drie perioden. Ten eerste, met betrekking tot de periode tussen de releasedatum van „Nur mir” in 1997 en het verstrijken van de termijn voor omzetting van de IM-richtlijn op 22 december 2002, heeft het Pelham e.a. in het gelijk gesteld door te oordelen dat de betrokken „sampling” vrij was toegestaan onder (de voormalige) § 24a UrhG. Ten tweede, met betrekking tot de periode na het verstrijken van de termijn voor omzetting van de IM-richtlijn, maar vóór de inwerkingtreding van de nieuwe § 51a UrhG op 7 juni 2021, heeft het, in het licht van het arrest Pelham I van het Hof, de leden van Kraftwerk in het gelijk gesteld. Ten slotte, met betrekking tot de periode na 7 juni 2021, heeft het Oberlandesgericht Hamburg opnieuw Pelham e.a. in het gelijk gesteld door te oordelen dat het gebruik van de litigieuze sample vrij was toegestaan onder de nieuwe „pastiche”-uitzondering waarin § 51a UrhG voorziet.

17. CG en YN hebben vervolgens een nieuw beroep in *Revision* ingesteld bij het BGH tegen het deel van het arrest aangaande de periode na 7 juni 2021. Deze rechter merkt op dat § 51a UrhG strekt tot omzetting van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn en dus in overeenstemming daarmee moet worden uitgelegd. Hij suggereert dat, aangezien de term „pastiche” niet welomlijnd is en de betrokken uitzondering beoogt om de door artikel 13 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van kunsten te waarborgen, deze uitzondering zou kunnen worden beschouwd als een zogenoemde „vangnetclausule” voor het artistieke hergebruik van reeds bestaand werk of ander materiaal, met inbegrip van „sampling”. Als zodanig zou zij kunnen fungeren als een algemene beperking van het auteursrecht ten gunste van de artistieke vrijheid, hetgeen nodig is omdat de andere beginselen, beperkingen en restricties die de reikwijdte van het auteursrecht en de naburige rechten inperken, op zichzelf onvoldoende „ademruimte” in dit opzicht garanderen. Aangezien dit een nieuwe vraag met betrekking tot het Unierecht is en de uitkomst van het beroep in *Revision* ervan afhangt, heeft het BGH niettemin beslist om de procedure te schorsen en de volgende vragen aan het Hof voor te leggen om een prejudiciële beslissing:

„1) Vormt de bepaling die het auteursrecht beperkt met betrekking tot het gebruik voor pastiches in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van [de IM-richtlijn] in ieder geval een vangnetclausule voor een artistieke uiteenzetting met een bestaand werk of ander materiaal, met inbegrip van sampling? Gelden voor het begrip ‚pastiche’ beperkende criteria zoals het vereiste van humor, stijlimitatie of eerbetoon?

2) Vereist het gebruik ‚voor’ een pastiche in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van [de IM-richtlijn] de vaststelling dat de gebruiker voornemens is om auteursrechtelijk beschermd materiaal te gebruiken voor een pastiche of volstaat het dat de aard als pastiche herkenbaar is voor personen die bekend zijn met het betreffende auteursrechtelijk beschermde materiaal en die over het vereiste intellectuele inzicht beschikken voor het waarnemen van de pastiche?”

18. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing van 14 september 2023 is bij het Hof ingekomen op 25 september 2023. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door CG, Pelham e.a., de Duitse regering en de Europese Commissie. Deze belanghebbenden waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 14 januari 2025.

IV. Analyse

19. Zoals in de inleiding is aangegeven, is de achtergrond van de onderhavige zaak het hergebruik van *bestaande* auteursrechtelijk beschermde werken of ander bestaand, door naburige rechten beschermd materiaal[10], zoals fonogrammen, ten behoeve van een *nieuwe* creatie (een praktijk waarvan „sampling” slechts één voorbeeld is). Tegen deze achtergrond wenst de verwijzende rechter met zijn twee vragen, die ik samen zal behandelen, te vernemen of de in artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn neergelegde uitzondering op het auteursrecht en de naburige rechten die ziet op het gebruik van werken of ander materiaal voor „pastiches”, een „vangnetclausule” vormt voor dergelijke praktijken van artistiek hergebruik van beschermd materiaal.

20. Achter deze vragen over de uitlegging van een nog niet onderzocht Unierechtelijk concept, namelijk „pastiche”, gaat een meer fundamentele kwestie schuil, namelijk de vraag hoe de door de IM-richtlijn ingevoerde regeling kan worden „verenigd” met de door artikel 13 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van kunsten. Zoals eerder aangegeven, houdt het BGH rekening met de ongewenste mogelijkheid dat, indien de „pastiche”-uitzondering aldus zou moeten worden uitgelegd dat zij geen betrekking heeft op dergelijke artistieke praktijken, het feit dat de andere beperkingen en restricties die het auteursrecht en de naburige rechten inperken in dit opzicht mogelijk onvoldoende speelruimte laten, ertoe zou leiden dat deze regeling in strijd is met die vrijheid.

21. Teneinde zo illustratief mogelijk te zijn, zal ik eerst analyseren hoe het auteursrecht en de naburige rechten die zijn vastgelegd in de IM-richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, beperkingen opleggen aan het artistieke hergebruik van beschermd materiaal en dus aan de vrijheid van kunsten waarin artikel 13 van het Handvest voorziet (A). Vervolgens zal ik uitleggen dat de „pastiche”-uitzondering op het auteursrecht en de naburige rechten niet als een „vangnetclausule” voor dergelijke praktijken kan worden opgevat, en dat de andere bestaande beperkingen en restricties in dit opzicht beperkte verlichting geven (B). Zo zal ik ten slotte komen tot de delicate kwestie van de verenigbaarheid van de bij de IM-richtlijn ingevoerde regeling, in haar huidige vorm, met artikel 13 van het Handvest (C).[11]

[10] Het is juist dat de leden van Kraftwerk zich hoofdzakelijk beroepen op de naburige rechten van producenten van fonogrammen. Subsidiair beroepen zij zich evenwel ook op het auteursrecht. Hoe dan ook is de „pastiche”-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn transversaal van toepassing op het auteursrecht en alle naburige rechten (zie punt 36 hieronder). De vragen die met betrekking tot deze uitzondering worden voorgelegd, zijn derhalve niet beperkt tot het gebruik van fonogrammen, maar zien ook op het gebruik van ander materiaal, zoals werken. Beide soorten rechten moeten dus bij de analyse in aanmerking worden genomen.

[11] Hoewel de kwestie betrekking heeft op de kunsten in het algemeen, zal ik, aangezien de zaak in het hoofdgeding betrekking heeft op muziek, mijn redenering op dat gebied toespitsen, waarbij ik mij af en toe ook op andere gebieden zal wagen.

A. Hoe het auteursrecht en de naburige rechten de kunsten dienen maar er ook beperkingen aan opleggen

22. Ik zal eerst ingaan op de aard en de reikwijdte van de beperkingen die door de literaire en artistieke eigendom (van de Unie) worden opgelegd aan de in artikel 13 van het Handvest neergelegde vrijheid van kunsten (1), alvorens deze beperkingen in perspectief te plaatsen (2).

1. „De kunsten […] zijn vrij", doch: „gij zult niet stelen"

23. Artikel 13 van het Handvest waarborgt de „vrijheid van kunsten" binnen de werkingssfeer van het Unierecht.[12] Deze vrijheid wordt beschouwd als een aspect (dat een aparte status verdient) van de vrijheid van meningsuiting die door artikel 11 van hetzelfde instrument wordt gewaarborgd.[13] Als zodanig omvat zij de rechten van „eenieder" om „kennis te […] geven van informatie of ideeën" in de vorm van kunst[14] (dus het recht om kunstwerken te bedenken, te creëren en te delen)[15], en er „kennis [van] te nemen" (dus er toegang toe te hebben), telkens „zonder inmenging van enig openbaar gezag". Artikel 13 van het Handvest bepaalt daarom dat „[d]e kunsten […] [vrij] zijn".

24. Het auteursrecht, zoals geharmoniseerd door de IM-richtlijn en verschillende internationale verdragen[16], koestert ontegenzeggelijk de vrijheid van kunsten. Het is een „positieve beschermingsmaatregel" die door overheden wordt vastgesteld om het daadwerkelijke genot van deze vrijheid te waarborgen.[17] Volgens het auteursrecht krijgen makers (die onder de categorie „auteur" vallen) immers een aantal uitsluitende economische rechten[18] (in wezen een monopolie) op de exploitatie van hun intellectuele creaties (aangeduid als „werken"), op voorwaarde dat deze

12 De vrijheid van kunsten wordt erkend als een autonoom grondrecht, op nationaal niveau in verschillende lidstaten, waaronder Duitsland [zie artikel 5 van het Grundgesetz], en in het internationale recht [zie artikel 27 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna: „UVRM"); artikel 15, lid 1, onder a), van het Internationaal Verdrag van de Verenigde Naties inzake economische, sociale en culturele rechten (hierna: „IVESCR"), en artikel 19, lid 2, van het Internationaal Verdrag van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten].

13 Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft geoordeeld dat de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd door artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (EVRM), ook de „vrijheid van artistieke expressie" omvat (EHRM, 24 mei 1988, Müller e.a. tegen Zwitserland, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27). Het onderscheid tussen de twee bestaat erin of de uiting „artistiek" is of niet.

14 Zie in die zin het arrest Pelham I (punt 34); EHRM, 24 mei 1988, Müller e.a. tegen Zwitserland, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27, en EHRM, 8 juli 1999, Karataş tegen Turkije, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

15 Zoals het gebruik van de algemene term „kunsten" in artikel 13 duidelijk maakt, heeft de vrijheid in kwestie een brede reikwijdte, die alle vormen van artistieke expressie omvat, ongeacht het medium (literatuur, muziek, beeldende kunst enz.) [zie Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., en Ward, A. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights– A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, blz. 417-419].

16 Zie de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie"); Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) inzake het auteursrecht, vastgesteld te Genève op 20 december 1996 en namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6; hierna: „WCT"); Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, opgenomen in bijlage 1 C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO), ondertekend te Marrakesh op 15 april 1994 en goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB 1994, L 336, blz. 1; hierna: „TRIPS-overeenkomst").

17 Zie, met betrekking tot het feit dat artikel 10 EVRM (en bij uitbreiding artikel 13 van het Handvest) overheden niet alleen „negatieve verplichtingen" (geen inmenging) oplegt, maar ook „positieve" (namelijk het nemen van maatregelen om het effectieve genot van de vrijheid van meningsuiting te waarborgen), EHRM, 6 mei 2003, Appleby tegen het Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39. In feite worden artistieke vrijheid en auteursrechtelijke bescherming vaak samen beschouwd in internationale rechtsinstrumenten (zie artikel 27, leden 1 en 2, UVRM, en artikel 15, lid 1, onder a) en c), IVESCR).

18 En een aantal „morele rechten" (zie artikel 6 bis van de Berner Conventie), die niet onder de IM-richtlijn vallen. Zie verder voetnoot 54 hieronder.

laatste „origineel" zijn[19]. Met name genieten zij krachtens artikel 2, onder a), van deze richtlijn[20] een uitsluitend reproductierecht dat in beginsel betrekking heeft op elke „volledige" of „gedeeltelijke" reproductie van hun „werken". Dit monopolie ondersteunt de makers van *gisteren* door hun de mogelijkheid te bieden om de controle te hebben over hun creaties en er de vruchten van te plukken.[21]

25. Tegelijk beperkt het auteursrecht door zijn aard ook de mogelijkheden voor de makers van *morgen* om van bestaande werken te lenen teneinde iets nieuws te creëren. Met andere woorden, het „beperkt" in dit opzicht hun eigen recht om het publiek „kennis te geven" van kunst overeenkomstig artikel 13 van het Handvest.[22]

26. Voor alle duidelijkheid, het auteursrecht houdt niet in dat deze makers niets mogen „lenen" van bestaande werken. Ten eerste herinner ik eraan dat het auteursrecht alleen de concrete *vorm* van een bepaald werk beschermt, en niet de abstracte *ideeën* die erin worden uitgedrukt, volgens de zogenoemde „idee-/uitdrukking-dichotomie".[23] Ten tweede zijn veel constituerende elementen van bestaande werken ook niet beschermd wanneer ze op zichzelf worden beschouwd.[24] In de muziek gaat het daarbij niet alleen om de afzonderlijke noten, maar ook, in bredere zin, om gangbare ritmes, toonladders, akkoorden en progressies, harmonieën en muzikale frasen.[25] De makers van morgen zijn dus in beginsel vrij om de werken van gisteren te doorzoeken en dergelijke ideeën en elementen eruit te lenen om deze opnieuw te combineren tot nieuwe creaties. Dit is naar mijn mening een dwingende eis van de vrijheid van kunsten. Een tegenovergestelde oplossing zou de „wezenlijke inhoud" van deze vrijheid ondermijnen (want het zou haar daadwerkelijk tenietdoen). Iedere culturele creatie bouwt voort op wat eraan voorafging. In de meeste gevallen gaat het om het verwerken, op een „originele" wijze, van materiaal uit het verleden. De werken van morgen kunnen door deze ontleningen zelfs (zeer) gelijkaardig zijn aan die van gisteren zonder het auteursrecht te schenden. De facto worden in de muziek nieuwe creaties ingedeeld binnen een bepaald „genre" omdat ze kenmerken bevatten (een bepaalde „beat", muzikale motieven, een „groove", een „stemming" enz.) die vaak voorkomen in andere, eerdere werken.

27. Volgens de rechtspraak van het Hof[26] is het echter zo dat, zodra een maker elementen van een bestaand werk „leent" die „origineel" zijn (bijvoorbeeld de melodie van een lied of een voldoende kenmerkend fragment van dergelijke melodie)[27] en deze elementen op een herkenbare

19 Dat wil zeggen „de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen" [zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 37; hierna: „arrest Infopaq")]. Artistieke verdiensten zijn daarentegen irrelevant. Rechters kunnen immers niet beslissen wat „goede" of „slechte" kunst is (want dit is een inherent subjectieve kwestie).

20 Zie ook artikel 9 van de Berner Conventie.

21 Zie de overwegingen 9 tot en met 11 en overweging 14 van de IM-richtlijn, en de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (punt 83).

22 Net als de vrijheid van meningsuiting onder artikel 11 van het Handvest, sluit de vrijheid van kunsten, gezien de brede formulering van artikel 13 van het Handvest, niet alleen censuur op politieke of morele gronden uit. Het beperken van het soort materiaal dat kunstenaars mogen gebruiken, leidt ook tot een „beperking" van de kunsten in de zin van artikel 13.

23 Zie artikel 2 WCT en artikel 9, lid 2, van de TRIPS-overeenkomst.

24 Zie het arrest Infopaq (punten 38, 39 en 48).

25 Hoewel een bepaalde schikking van dergelijke elementen in een compositie „origineel" kan zijn en auteursrechtelijke bescherming kan rechtvaardigen, maakt dit de componist nog niet de exclusieve eigenaar van elk van deze elementen afzonderlijk, omdat ze niet „zijn schepping" zijn, maar een gedeeld vocabularium dat door talloze makers wordt gebruikt. Zie Wilson, L., „The case for common property in musical objects", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, deel 26, nr. 3, 2024, blz. 413-460.

26 Zie in dit verband het arrest Infopaq (punten 38, 39 en 48) en arrest van 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, punten 36, 40, 41, 42, en 95-98).

27 Hierbij is er niet voorzien in een drempel, zoals een aantal noten dat vrij gekopieerd mag worden, waarboven het reproductierecht in werking treedt. Of er auteursrecht op de geleende elementen rust, wordt niet kwantitatief maar kwalitatief beoordeeld.

wijze [28] gebruikt in een nieuwe creatie, er sprake is van een (naargelang het geval, gehele of gedeeltelijke) „reproductie" van dit werk in de zin van artikel 2, onder a), van de IM-richtlijn, die in de regel [29] verboden is tenzij de auteur deze toestaat. Het feit dat dit „lenen" beperkt blijft of dat deze creatie ook de eigen inbreng van de maker bevat, waardoor zij een andere algemene indruk wekt dan het bronwerk, is in dat opzicht irrelevant.

28. Soortgelijke (doch niet identieke) overwegingen gelden met betrekking tot de naburige reproductierechten waarin artikel 2, onder c) tot en met e), van de IM-richtlijn voorziet. [30] Deze rechten worden toegekend aan producenten van fonogrammen [onder c)] [31], producenten van de eerste vastleggingen van films [onder d)] en omroeporganisaties [onder e)], en hebben betrekking op elke „volledige of gedeeltelijke" reproductie van respectievelijk hun fonogrammen, „het origineel en de kopieën van hun films" en „de vastleggingen van hun uitzendingen", onafhankelijk van het auteursrecht op de werken waaraan dit materiaal vorm geeft. [32] Zij zijn bedoeld om producenten van muziek, films en uitzendingen een „behoorlijk rendement" te verzekeren op de „aanzienlijke" investering die nodig is om dergelijk materiaal te produceren. Deze rechten moeten er op hun beurt voor zorgen dat deze belanghebbenden auteurs en hun creatieve werk blijven financieren, waardoor zij (indirect) bijdragen aan de vrijheid van kunsten. [33]

29. Tegelijk beperken deze rechten de mogelijkheden voor de makers van morgen om bestaande fonogrammen (bijvoorbeeld via „sampling") of vastleggingen van films en uitzendingen te hergebruiken teneinde iets nieuws te creëren. Ook hier „beperken" zij in dit opzicht hun recht om het publiek „kennis te geven" van kunst overeenkomstig artikel 13 van het Handvest. [34]

30. Volgens de uitlegging die het Hof in het arrest Pelham I heeft gegeven met betrekking tot fonogrammen, maar die zonder meer overdraagbaar is op vastleggingen van films en uitzendingen [35], vallen het nemen van zelfs een „zeer kort" fragment van dergelijk materiaal (zoals de „sample" van twee seconden die in de onderhavige zaak aan de orde is, of een enkel frame van een film) en het hergebruik daarvan in een nieuwe creatie, op zodanige wijze dat het „voor het oor

28 De inbreuktest bestaat in het vergelijken van de constituerende elementen van het bestaande werk en die van de nieuwe creatie. Voor muziekwerken gaat het om een fonetische vergelijking. Een inbreuk wordt vastgesteld wanneer bepaalde oorspronkelijke kenmerken van het eerste werk (voor de zintuigen) herkenbaar zijn in het tweede werk. Kleine wijzigingen, zoals veranderingen van toonaard of snelheid, zijn irrelevant. Wanneer de wijzigingen echter van dien aard zijn dat de originele elementen van het eerste werk niet meer herkenbaar zijn in het andere materiaal, is er geen sprake van „reproductie" in de zin van artikel 2, onder a), van de IM-richtlijn [zie in die zin arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, punt 25)].

29 Behoudens de beperkingen en restricties die in deel B hieronder zullen worden besproken.

30 Aangezien ik niet elk mogelijk vraagstuk in een en dezelfde conclusie kan behandelen, zal ik niet ingaan op het reproductierecht dat aan uitvoerend kunstenaars wordt toegekend met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen krachtens artikel 2, onder b), van de IM-richtlijn, dat een andere grondgedachte heeft.

31 Zie ook artikel 10 van het Verdrag van Rome, artikel 11 WPPT 1996, en artikel 14, lid 2, van de TRIPS-overeenkomst.

32 Wanneer bijvoorbeeld een muziekwerk wordt opgenomen, wordt naast het auteursrecht op dit werk, dat de auteur ten goede komt, de opname op zich beschermd door het naburige recht van artikel 2, onder c), van de IM-richtlijn, dat aan de producent wordt toegekend.

33 Zie overweging 10 van de IM-richtlijn.

34 Over het feit dat „sampling" een vorm van artistieke expressie is die wordt beschermd door artikel 13 van het Handvest, zie het arrest Pelham I (punt 35). Hetzelfde geldt, naar analogie, voor het hergebruik van filmbeelden of uitzendingen om een kunstwerk te creëren.

35 Zie Grisse, K., en Kaiser, C., „On the Significance of (un)recognisability for the reproduction right in European copyright law: Pelham GmbH/Hutter (C-476/17)", *European Intellectual Property Review*, deel 44, nr. 2, 2022, blz. 78-90, met name blz. 82.

herkenbaar"[36] (of voor de ogen herkenbaar) blijft, in de regel[37] immers onder de uitsluitende reproductierechten van artikel 2, onder c) tot en met e), van de IM-richtlijn en is een dergelijke praktijk dus verboden, tenzij de rechthebbenden daarvoor toestemming geven. Ook hier is het irrelevant dat deze creatie ook de eigen inbreng van de maker kan bevatten, waardoor zij een andere algemene indruk wekt dan het hergebruikte bronmateriaal.[38]

2. „Een goede componist imiteert niet, hij steelt"[39] – dit geldt ook voor YouTubers

31. Zoals in het vorige deel is uitgelegd, functioneren de huidige regels inzake artistieke en literaire eigendom ten aanzien van de makers van morgen op basis van een strikte scheiding tussen enerzijds „inspiratie en herformulering"[40], hetgeen vrij is toegestaan, en anderzijds het kopiëren van beschermd materiaal, hetgeen in de regel niet is toegestaan.

32. Afgezien van het feit dat de scheidslijn tussen „inspiratie" en „reproductie" in de praktijk niet altijd duidelijk is[41], en dat plagiaat, dat als „origineel" wordt voorgesteld, en ongeïnspireerde imitaties altijd hebben bestaan, is het probleem van deze strikte scheiding dat de praktijk van het „creatief kopiëren" door de geschiedenis heen altijd wijdverbreid is geweest in de kunsten, en met name in de muziek[42]. Klassieke componisten zoals Bach, Mozart, Haydn en Liszt hergebruikten routinematig (en „herkenbaar") populaire melodieën en deuntjes, voegden er hun eigen ideeën aan toe en maakten er nieuwe creaties van, zoals variaties.[43] Dergelijke praktijken waren ook prominent aanwezig in de moderne muziek, zoals gecomponeerd door kunstenaars als Bartok, Steiner of Ives.[44] Ook in de populaire muziek hebben zij nooit ontbroken. De voorbeelden hiervan zijn legio, gaande van „All You Need Is Love" van The Beatles, dat opent op de eerste maten van het Franse volkslied „La Marseillaise", gecomponeerd door Rouget de Lisle, tot „Aux armes et cætera" van Serge Gainsbourg, waarin ditzelfde volkslied op speelse wijze wordt

[36] Wat het Hof hiermee precies heeft bedoeld, is het voorwerp van veel discussie (zie onder meer Grisse, K., en Kaiser, C., voetnoot 35, op. cit., blz. 82). Naar mijn mening bedoelde het Hof met „herkenbaar" dat de „sample" door fonetische vergelijking aan het originele fonogram kan worden toegewezen (zie naar analogie voetnoot 28 hierboven). De uitdrukking „voor het oor" is (duidelijk) bedoeld om aan te geven dat de „sample" door mensen moet kunnen worden waargenomen. Samples die alleen door robots of machines kunnen worden opgemerkt, zijn uitgesloten. De moeilijke vraag is om *wiens oor* het gaat. Een ervaren hiphopproducer zal meer samples opmerken dan een toevallige luisteraar. Om de kwestie op te lossen zouden rechters hun toevlucht kunnen nemen tot juridische ficties (in de lijn van de „gemiddelde consument" in het merkenrecht). In die zin heeft de verwijzende rechter bij de toepassing van het antwoord van het Hof in het arrest Pelham I de fictie van de „gemiddelde muziekluisteraar" gecreëerd. Deze rechter was van mening dat de betrokken „sample", hoewel hij enigszins was gewijzigd, „voor het oor herkenbaar" bleef voor een dergelijke luisteraar in „Nur mir".

[37] Behoudens de uitzondering en de beperking die in deel B hieronder zullen worden besproken.

[38] Alleen wanneer het overgenomen fragment van beschermd materiaal zodanig is gewijzigd dat het in de nieuwe creatie „onherkenbaar" is, ontstaat immers niet het reproductierecht in kwestie (zie het arrest Pelham I, punten 29-31). Zie naar analogie voetnoot 28 hierboven.

[39] Citaat toegeschreven aan de Russische componist I. Stravinsky.

[40] Conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Cofemel (C-683/17, EU:C:2019:363, punt 55).

[41] Zie punt 66 hieronder.

[42] Het is echter geenszins beperkt tot dit gebied. Om maar een paar voorbeelden uit de beeldende kunst te geven, schilderijen zoals Monets „Le Déjeuner sur l'herbe" of van Goghs „De schapenscheerster (naar Millet)" recyclen bestaand materiaal, dat op creatieve wijze opnieuw wordt geïnterpreteerd. De zogenoemde „appropriation art"-beweging, die is opgekomen in de 20e eeuw en kunststromingen omvat als dada, popart en conceptuele kunst, met kunstenaars als Bouchet, Warhol en Koons, levert ook (vrij extreme) voorbeelden in dit opzicht [zie Williams, T., „Appropriation in Art", in Marter, J., (red.), *The Grove Encyclopedia of American Art*, Oxford University Press, 2011].

[43] Bachs drie orgelconcerten BWV 593, 594 en 596 zijn bijvoorbeeld afgeleid van Vivaldi's *Concerto for Two Violins and Basso Continuo*, op. 3 nr. 8 (RV 522); Vivaldi's *Concerto for Violin and Basso Continuo*, op. 7 nr. 5 (RV 208), en zijn *Concerto for Two Violins and Cello*, op. 3 nr. 11 (RV 565). Mozarts *Twaalf variaties op „Je suis Lindor" in Es-majeur*, K. 354/299a, is gebaseerd op een beroemde aria uit *De barbier van Sevilla* van Baudron.

[44] In de muziek die Steiner componeerde voor de film *Passage to Marseille* uit 1944, hergebruikte hij bijvoorbeeld verschillende maten van de Franse hymne „La Marseillaise". In Ives' *Piano Sonata nr. 2, Concord, Mass* is herhaaldelijk het openingsmotief van vier noten uit Beethovens *Symfonie Nr. 5*, op. 67 te horen.

„getransformeerd" tot reggae. Het hele muziekgenre van de jazz is gebouwd op het spel van muzikanten die de thema's van populaire songs uit hun tijd omzetten in thema's die ze elke avond verschillend interpreteerden en waarmee ze improviseerden, waarbij ze routinematig andere deuntjes „citeerden". In deze context is het gebruik van „sampling", afgezien van het feit dat het gaat om het rechtstreeks kopiëren van *opnamen* in plaats van het louter overnemen van fragmenten van andere *werken*, slechts één variant van dit bredere fenomeen. [45] Een dergelijk herkenbaar hergebruik van bestaand materiaal is een kenmerk van intertekstualiteit in de kunsten. [46] Nu deze realiteit in de huidige tijd meer geaccepteerd wordt, zijn kunstenaars meer dan vroeger trots op dergelijk kopiëren. [47]

33. Bovendien heeft de informatietechnologie sinds het einde van de 20e eeuw gezorgd voor nieuwe en toegankelijke middelen voor zowel kopiëren als creëren. De opkomst van Web 2.0 en Web 3.0 en vooral van sociale netwerken, blogs, deelplatformen zoals YouTube, enzovoort heeft het traditionele onderscheid tussen producent en consument van culturele inhoud doen vervagen, aangezien internetgebruikers een actievere rol spelen door zich in te laten met audiovisuele inhoud, zoals fonogrammen, films en uitzendingen van derden (en de werken waaraan dit materiaal vorm geeft), en daar hun eigen inhoud mee te creëren zoals „remixen" [48] en „mash-ups" [49]. Het internet heeft deze gebruikers ook – voorheen ondenkbare – middelen aangereikt voor de verspreiding van hun creaties. In deze context wordt materiaal van derden ook steeds meer een communicatiemiddel buiten het artistieke domein. Generaties internetgebruikers drukken zich uit door middel van „memes" [50] en „gifs" [51], die vaak uit enkele frames van films of uitzendingen zijn gemaakt.

45 „Sampling" is een complexe zaak om in abstracto te beoordelen. „Samples" kunnen vele vormen aannemen (lang, kort, kenmerkend, niet kenmerkend). Zij kunnen één keer worden afgespeeld of herhaaldelijk in een lus. Soms worden zij getrouw weergegeven, andere keren gewijzigd en aangepast. Bovendien is „sampling" niet beperkt tot één muziekgenre. Deze praktijk wordt zeker geassocieerd met hiphop, deels om historische redenen. Toen hiphop in de jaren 70 in de Bronx (New York, Verenigde Staten) als genre opkwam, draaiden deejays bepaalde delen van een nummer in een lus, met behulp van twee kopieën van dezelfde plaat die zij op aparte draaitafels afspeelden, om een doorlopende „beat" te creëren waarop Masters of Ceremonies (MC's) konden rappen. Later konden hiphopproducers met digitale samplers de fonogrammen van vroeger doorzoeken en er fragmenten uit kopiëren om zo een dergelijke „beat" te creëren (Zie Katz, M., „Capturing sound: how technology has changed music", herziene uitgave, University of California Press, 2010, blz. 124-176).

46 Het begrip „intertekstualiteit", dat oorspronkelijk is ontwikkeld in de literatuurtheorie, maar sindsdien is uitgebreid naar andere gebieden van de kunsten, is het idee dat geen enkel werk kan bestaan als een opzichzelfstaand geheel, omdat i) ieder werk schatplichtig is aan externe verwijzingen, citaten en invloeden, en ii) de ontvangst van dit werk altijd mede wordt bepaald door alle andere werken die de kijker, luisteraar of lezer in zijn bagage heeft.

47 Zie in dit verband Arewa, O.B., „From J.C. Bach to hip hop – musical borrowing, copyright and cultural context", *North Carolina Law Review*, deel 84, 2006, blz. 547-645; Boyle, J., Ap Siôn, P., en Redhead, M., „Musical Borrowing and Quotation in the Twentieth and Twenty first Centuries", *Contemporary Music Review*, deel 33, nr. 2, blz. 125-127, en Lee, M.-J., *The art of borrowing – quotations and allusions in western music*, 2016.

48 „Remixen" is het proces van het combineren van bestaande inhoud op nieuwe manieren, en remixen zijn het resultaat van dit proces (zie Chandler, D., en Munday, R., *A Dictionary of Social Media*, Oxford University Press, Oxford, 2016, lemma „remixing").

49 De term „mash-up" duidt, algemeen gesteld, het proces aan van het creëren van iets nieuws door het combineren van inhoud uit verschillende bestaande bronnen, alsmede het product van een dergelijk proces (zie Chandler, D., en Munday, R., voetnoot 48, op. cit., lemma „mash-up").

50 Een „meme" bestaat uit een enkele afbeelding, soms (maar niet altijd) afkomstig uit een beroemde film of een uitzending, met een humoristisch bijschrift, die online zeer breed wordt gedeeld [zie Chandler, D., en Munday, R., voetnoot 48, op. cit., lemma „meme (internet meme)"].

51 Gifs bestaan uit een paar frames van audiovisuele inhoud, die iemand of iets afbeelden, en worden routinematig op de sociale media gebruikt om een reactie op een bericht, een opmerking enz. uit te drukken (zie https://www.merriam-webster.com/dictionary/reaction%20GIF).

34. Veel van de hierboven gegeven voorbeelden stammen uit een tijd waarin het auteursrecht en de naburige rechten niet bestonden of niet de reikwijdte hadden die zij tegenwoordig hebben.[52] Andere, zoals „sampling" bij hiphop in de jaren 1980 in de Verenigde Staten, ontwikkelden zich omdat de nieuwigheid van de praktijk een soort „juridisch vacuüm" creëerde (voordat de Amerikaanse rechtbanken in de jaren 1990 beslisten dat het auteursrecht strikt moest worden toegepast[53]). Nog andere, zoals „memes" en „gifs" online, gedijden onder een soort de-factoaanvaarding. Tegenwoordig vallen al deze voorbeelden echter, zoals blijkt uit het vorige deel, in beginsel binnen de reikwijdte van een uitsluitend recht dat is vastgelegd in artikel 2 van de IM-richtlijn en dat aan bepaalde rechthebbenden wordt toegekend, ongeacht hoe klein de hoeveelheid hergebruikt beschermd materiaal is (zoals ik reeds heb gesteld, zelfs een paar seconden van een fonogram of een paar frames van een film). Zij worden beschouwd als louter „afgeleid" van het betrokken bronmateriaal en zijn als zodanig volledig afhankelijk van de wil van de rechthebbenden om deze al dan niet toe te staan tegen de vergoeding die deze rechthebbenden passend achten.[54]

35. Naarmate technologie het kopiëren en verspreiden van beschermd materiaal vergemakkelijkt, stelt het de rechthebbenden ook in staat om dit kopiëren op het spoor te komen en hun recht effectief af te dwingen. Filterinstrumenten worden stelselmatig online automatisch gebruikt om de aanwezigheid van fragmenten van fonogrammen, films of uitzendingen te detecteren in inhoud die door gebruikers is geüpload. Artikel 17 van de DEM-richtlijn verplicht de belangrijkste online-uitwisselingsplatformen om dergelijke software te installeren.[55] De vrees bestaat dus dat deze ruime uitsluitende rechten en de handhaving ervan een „chilling effect" hebben op bepaalde vormen van creativiteit, zowel on- als offline.[56]

B. (Beperkte) verlichting door de bestaande beperkingen en restricties op het auteursrecht en de naburige rechten

36. De IM-richtlijn laat echter enige ademruimte voor „afgeleide" uitdrukkingen. Artikel 5, leden 1 tot en met 4, bevat immers een opsomming van *facultatieve*[57] „beperkingen en restricties" die (onder meer) de in artikel 2 van deze richtlijn vastgelegde reproductierechten

[52] Zo bestond er vóór de 18e eeuw over het algemeen geen auteursrecht op muziekwerken. Het naburige recht van producenten van fonogrammen werd pas in de jaren 1960 gecreëerd, en de naburige rechten op de vastlegging van films en de vastlegging van uitzendingen in de jaren 1990 (zie Hugenholtz, P.B., „Neighbouring rights are obsolete", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 50, nr. 8, 2019, blz. 1006-1011). Bovendien zijn de reikwijdte en de duur van die verschillende rechten geleidelijk uitgebreid.

[53] Zie United States District Court for the Southern District of New York, 17 december 1991, *Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc.*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

[54] Een extra last wordt gecreëerd door de „morele rechten" die auteurs op hun werken hebben. In dit verband verleent artikel 6 bis van de Berner Conventie de auteur, ten eerste, het recht om het auteurschap van het werk op te eisen („recht van toeschrijving"). Dit houdt doorgaans in dat de naam van de auteur moet worden vermeld wanneer een werk in een nieuwe creatie wordt gereproduceerd. Ten tweede, en dit is problematischer, geeft dat artikel 6 bis de auteur het recht om bezwaar te maken tegen elke vervorming, verminking of andere wijziging van, of andere geringschattende handeling met betrekking tot dit werk, die „schadelijk zou zijn voor zijn eer of goede naam" („recht op integriteit"). Het recht van sommige lidstaten, zoals het Franse auteursrecht, gaat verder aangezien het de auteur het recht geeft om *iedere materiële wijziging* van zijn werk te verbieden, zelfs als deze wijziging niet zo „schadelijk" zou zijn. Dit is natuurlijk een enorm obstakel voor het creatieve hergebruik van bestaande werken.

[55] Zie in die zin artikel 17, lid 4, van de DEM-richtlijn. Voor een volledige uitleg van het systeem van de daarin vastgelegde filterverplichtingen, zie de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak *Polen/Parlement en Raad* (C-401/19, EU:C:2021:613, punten 48-69).

[56] Zie onder meer Cabay, J., en Lambrecht, M., „Remix prohibited – how rigid EU copyright laws inhibit creativity", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, deel 10, nr. 5, 2015, blz. 359-377; Senftleben, M., „Flexibility grave – partial reproduction focus and closed system fetishism in CJEU, Pelham", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, blz. 751-769, en Westkamp, G., „Two constitutional cultures, technological enforcement and user creativity – the impending collapse of the EU copyright regime?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 53, 2022, blz. 62-93.

[57] Afgezien van de in artikel 5, lid 1, van de IM-richtlijn vastgestelde uitzondering, die hier irrelevant is, staat het de lidstaten in beginsel vrij om de andere beperkingen en restricties in hun nationale recht om te zetten (zie evenwel punt 105 hieronder).

inperken (zowel wat het auteursrecht als de naburige rechten betreft). Deze beperkingen en restricties zijn door de Uniewetgever ontworpen om binnen het stelsel van literaire en artistieke eigendom een door deze wetgever als „billijk" beschouwd „evenwicht" te waarborgen tussen de rechten en belangen van rechthebbenden, enerzijds, en die van gebruikers van beschermd materiaal en het algemeen belang, anderzijds.[58] Zij zien op een paar welomschreven scenario's waarin, naar de mening van de wetgever, beschermd materiaal vrij moet kunnen worden gebruikt, omdat bepaalde overwegingen volgens hem zwaarder wegen dan de belangen van de rechthebbenden.

37. Ik benadruk dat deze opsomming van beperkingen en restricties een uitputtende lijst vormt.[59] Het Hof heeft hieruit afgeleid dat de lidstaten in hun nationale recht niet kunnen voorzien in extra mogelijkheden om beschermd materiaal vrij te gebruiken. Dit had onder meer tot gevolg dat de aanvankelijk in § 24, lid 1, UrhG opgenomen „vrij gebruik"-clausule, die het creatieve hergebruik van beschermd materiaal toestond wanneer dit resulteerde in een werk dat een andere algemene indruk wekte dan het bronwerk, werd uitgesloten.[60] Bovendien kunnen rechters, volgens de rechtspraak van het Hof (zie het arrest Funke Medien[61] en het arrest Spiegel Online[62]), ook geen verdere afwijkingen van deze rechten op basis van de vrijheid van meningsuiting of de vrijheid van kunsten, zoals gewaarborgd in respectievelijk artikel 11 en artikel 13 van het Handvest, aanvaarden. Het Hof is in wezen van oordeel dat dergelijke extra beperkingen de door de IM-richtlijn gerealiseerde harmonisatie zouden ondermijnen, en daarmee ook het interne evenwicht dat de wetgever bij het opstellen van deze richtlijn heeft tot stand gebracht.

38. Een handvol van de bestaande beperkingen en restricties van het auteursrecht en de naburige rechten zijn relevant voor het creatieve hergebruik van beschermd materiaal, namelijk die met betrekking tot „citeren" in artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn en die met betrekking tot „karikaturen", „parodieën" en „pastiches" in artikel 5, lid 3, onder k), van deze richtlijn. In de volgende punten zal ik me concentreren op de kern van de prejudiciële vragen, namelijk de pastiche-uitzondering, en waarom deze uitzondering in werkelijkheid beperkte speelruimte biedt voor dergelijk hergebruik (1). Aangezien deze nuttig zullen zijn voor deel C hieronder, zal ik bovendien enkele opmerkingen maken over de (eveneens beperkte) ruimte die door de uitzonderingen voor „citeren" (2) en parodieën (3) wordt geboden.

1. Reikwijdte van de pastiche-uitzondering

39. Zoals hierboven vermeld, voorziet artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn in beperkingen op de reproductierechten van artikel 2 van deze richtlijn (zowel wat het auteursrecht als de naburige rechten betreft) in geval van gebruik van werken of ander beschermd materiaal voor „karikaturen, parodieën of pastiches". Afgezien van het doel van dit gebruik, geeft deze bepaling geen vereisten voor de toepassing van deze beperkingen. Derhalve hangt de reikwijdte ervan af van de betekenis van de drie in deze bepaling vermelde begrippen. Helaas voorziet deze richtlijn niet in definities ter zake. Het Hof heeft deze leemte, met betrekking tot het begrip „parodie",

58 Zie de overwegingen 3 en 31 van de IM-richtlijn.

59 Zie overweging 32 van de IM-richtlijn.

60 Zie het arrest Pelham I (punten 63-65) en de punten 12-15 hierboven. Soortgelijke bepalingen bestonden in het recht van verschillende lidstaten (zie Hui, A., en Döhl, F., „Collateral damage: reuse in the arts and the new role of quotation provisions in countries with free use provisions after the ECJ's Pelham, Funke Medien and Spiegel Online Judgments", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 52, nr. 7, 2021, blz. 852-892.

61 Arrest van 29 juli 2019 (C-469/17, EU:C:2019:623, punten 55-64; hierna: „arrest Funke Medien").

62 Arrest van 29 juli 2019 (C-516/17, EU:C:2019:625, punten 40-49; hierna: „arrest Spiegel Online").

opgevuld in het arrest Deckmyn[63]. Het heeft geoordeeld dat „de wezenlijke kenmerken van een parodie erin bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven". Daarentegen heeft het Hof, zoals hierboven vermeld, nooit het begrip „pastiche" onderzocht.

40. In werkelijkheid hebben zowel de rechters als de juridische commentatoren grofweg de eerste twintig jaar na de vaststelling van de IM-richtlijn dit begrip over het algemeen veronachtzaamd. Als *facultatieve* bepaling vond artikel 5, lid 3, onder k), alleen in het nationale recht van een aantal lidstaten een equivalent, en zelfs daar werd „pastiche" geacht slechts een te verwaarlozen synoniem van „parodie" te zijn (indien het begrip al niet volledig werd weggelaten in het omzettingsproces).[64] Met name was er in het Duitse recht geen sprake van zoiets als een pastiche-uitzondering.[65]

41. De vaststelling van artikel 17 van de DEM-richtlijn heeft dit begrip echter nieuw leven ingeblazen en heeft er hernieuwde belangstelling voor gewekt. Lid 7, onder b), van deze bepaling *verplicht* de lidstaten nu immers om verschillende uitzonderingen, waaronder die van gebruik voor pastiche, in hun nationale recht om te zetten (althans met betrekking tot het gebruik van beschermd materiaal door gebruikers van onlinediensten voor het delen van content in de zin van artikel 17).[66]

42. De lidstaten hebben hun nationale auteursrechtwetgeving dienovereenkomstig aangepast. Met name is de Duitse wetgever in 2021 overgegaan tot een hervorming van het UrhG.[67] Hij heeft in deze wet onder meer een nieuwe § 51a ingevoegd, die overeenkomt met artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn.[68] In deze context heeft de Duitse wetgever de term „pastiche" *ruim* opgevat. Het UrhG geeft in dit opzicht weliswaar geen definitie, maar de toelichting bij de hervorming stelt dat deze term potentieel een breed scala aan creatief hergebruik van beschermd materiaal dekt, ook bij UGC, en verwijst uitdrukkelijk naar onder meer remixen, memes, gifs, mash-ups en „sampling" als voorbeelden.[69] Deze ruime opvatting werd in het hoofdgeding onderschreven door het Oberlandesgericht Hamburg. Deze rechter was van oordeel dat Pelham e.a. de litigieuze „sample" van „Metall auf Metall" hadden hergebruikt „voor […] pastiches" in de zin van § 51a UrhG.[70]

43. Niettemin staat vast dat, aangezien artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn in dit verband niet naar het recht van de lidstaten verwijst, het begrip „pastiche" moet worden beschouwd als een autonoom Unierechtelijk begrip dat een uniforme definitie vereist die geschikt is om een

63 Arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 20; hierna: „arrest Deckmyn").

64 Wat Frankrijk betreft, zie punt 52 hieronder. Zie, voor een vergelijkend overzicht van de wetten van de lidstaten, Mezei, P., Jütte, B.J., Sganga, C., en Pascault, L., „Oops, I sampled again... the meaning of ‚pastiche' as an autonomous concept under EU copyright law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 55, 2024, blz. 1225-1256.

65 Daarentegen waren „parodieën" en „karikaturen" toegestaan krachtens de „vrij gebruik"-clausule waarin § 24, lid 1, UrhG voorzag (zie Stieper, M., „Es ist nicht alles Kunst, was glänzt – Versuch einer Eingrenzung des Pastichebegriffs in § 51a UrhG", *GRUR*, 2023, blz. 1660-1665).

66 Voor gebruik buiten deze diensten blijft de pastiche-uitzondering facultatief krachtens artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn (zie evenwel punt 105 hieronder).

67 De Duitse wetgever heeft in dezelfde beweging de „vrij gebruik"-clausule van § 24, lid 1, van deze wet ingetrokken (als reactie op het arrest Pelham I) (zie punt 15 hierboven).

68 § 51a is inderdaad niet beperkt tot het gebruik dat onder artikel 17 van de DEM-richtlijn valt.

69 Zie Deutscher Bundestag, Drucksache 19/27426, 19. Wahlperiode, 09.03.2021, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes. Een soortgelijke opvatting van de pastiche-uitzondering is blijkbaar onderschreven door de Oostenrijkse, de Spaanse en de Hongaarse wetgever (zie, voor een vergelijkende analyse, Mezei, P., Jütte, B.J., Sganga, C., en Pascault, L., voetnoot 64, op. cit.).

70 Zie punt 16 hierboven.

(eveneens) uniforme toepassing van de desbetreffende uitzondering in de gehele Unie te waarborgen.[71] Derhalve staat het de lidstaten niet vrij om hun eigen visie op „pastiche" in hun nationale auteursrechtwetgeving vast te stellen. Zij moeten zich houden aan deze autonome definitie. De kern van de prejudiciële vragen is dus of dit het geval is wat de „Duitse visie" op „pastiche" betreft.

44. Volgens vaste rechtspraak van het Hof[72] moet de autonome definitie van het begrip „pastiche" in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn worden bepaald aan de hand van de gebruikelijke betekenis van dit begrip in het dagelijkse taalgebruik, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de doeleinden van de regeling waarvan het deel uitmaakt. Hoewel alle belanghebbenden die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend het eens zijn over deze methode, komen ze tot drastisch verschillende uitkomsten.

45. Enerzijds stelt CG, die de opvatting van de Duitse wetgever over § 51a UrhG van de hand wijst, dat dit begrip betrekking heeft op werken die, opzettelijk en openlijk, op humoristische of satirische wijze de stijl van een ander werk of een auteur (of van verschillende werken of auteurs die tot hetzelfde „genre" of dezelfde „school" behoren) imiteren. Als zodanig staat de pastiche-uitzondering het directe hergebruik van beschermd materiaal, waaronder fonogrammen, voor het creëren van een nieuw kunstwerk zonder een dergelijke imitatiebedoeling niet toe.[73]

46. Anderzijds betogen Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie, in lijn met het standpunt van de Duitse wetgever over § 51a UrhG, en zich baserend op de definitie van „parodie" in het arrest Deckmyn, dat het begrip „pastiche" elk materiaal omvat dat i) „een bestaand werk [of bestaand materiaal] oproept" (in die zin dat het op waarneembare wijze beschermd materiaal reproduceert), terwijl het tegelijk ii) „er merkbaar van verschilt" (in die zin dat het een andere indruk wekt bij de kijker of luisteraar). Anders dan een „parodie" hoeft een „pastiche" echter geen „uiting van humor of spot" te zijn. Een iii) „artistieke confrontatie" met het bronmateriaal is niettemin vereist. Deze „confrontatie" kan echter eender welke vorm aannemen: het bronmateriaal kan door de „pasticheur" wezenlijk zijn veranderd of getransformeerd in een andere stijl[74], of in een nieuwe context zijn geplaatst, of een nieuwe betekenis of boodschap hebben gekregen. Van verdere interactie met het bronmateriaal hoeft geen sprake te zijn. Met name hoeft het gecreëerde materiaal niet kritisch te zijn ten opzichte van, in „dialoog"[75] te gaan met, de stijl te imiteren van of zelfs een eerbetoon te zijn aan het bronmateriaal.[76]

71 Zie naar analogie, met betrekking tot „parodie", arrest Deckmyn (punten 14 en 15). Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het facultatieve karakter van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn. Hoewel het de lidstaten in beginsel vrij staat om de betrokken uitzondering om te zetten, staat het hen niet vrij om de reikwijdte ervan op niet-geharmoniseerde wijze vast te stellen (ibidem, punt 16).

72 Zie onder meer het arrest Deckmyn (punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 Zie voor hetzelfde standpunt Pollaud-Dulian, F., „Le pastiche en quête de sens., *Recueil Dalloz*, deel 23, 2024, blz. 1138, en Spina Ali, G., „Is EU copyright law an obstacle to internet memes?", *European Intellectual Property Review*, deel 45, nr. 12, 2023, blz. 714-724, met name blz. 721.

74 Zoals uiteengezet door Pelham e.a., werd het feit dat „Nur mir" tot een ander muziekgenre behoort dan „Metall auf Metall" door het Oberlandesgericht Hamburg als een toereikende „confrontatie" beschouwd.

75 Een dergelijke „dialoog" is daarentegen vereist in het kader van de uitzondering voor het „citeren" waarin artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn voorziet (zie punt 88 hieronder).

76 Dit is althans wat ik kon afleiden uit de uitleg van Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie betreffende de betekenis van de uitdrukking „artistieke confrontatie", die opmerkelijk vaag was. Zie, voor dezelfde definitie, Hudson, E., „The pastiche exception in copyright law: – a case of mashed-up drafting?", *Intellectual Property Quarterly*, nr. 4, 2017, blz. 346-368; Kreutzer, T., *The pastiche in copyright law*, Gesellschaft für Freiheitsrechte, Berlijn, 2022, blz. 14-22; Opinion on CG and YN v Pelham GmbH and Others, Case C-590/23 (Pelham II), European Copyright Society, 6 november 2024.

47. Voor deze belanghebbenden fungeert de „pastiche"-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn dan ook, zoals het BGH in zijn eerste vraag voor ogen had, als een „vangnetclausule" die potentieel elke creatieve (of zelfs gewoonweg communicatieve) uiting omvat die is gebaseerd op het hergebruik van beschermd materiaal, met inbegrip van remixen, memes, gifs, mash-ups, sampling enzovoort, en die onder artikel 11 of artikel 13 van het Handvest valt.[77] Niettemin zou de brede reikwijdte van deze uitzondering van geval tot geval worden gecompenseerd door de verplichting voor rechters om, geconfronteerd met een dergelijk verweer tegen een vordering wegens inbreuk, in het licht van alle relevante omstandigheden (omvang van het gekopieerde materiaal, omvang van de creatieve input, commercieel of niet-commercieel karakter van het gebruik, risico van vervanging enz.) na te gaan of het vrij toestaan van het gebruik in kwestie een „rechtvaardig evenwicht" tussen de rechten en belangen van de partijen zou respecteren, overeenkomstig de driestappentoets waarin artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn voorziet. Volgens deze bepaling mag de pastiche-uitzondering slechts i) in „bepaalde bijzondere gevallen" worden toegepast mits daarbij ii) „geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van [het hergebruikte werk of ander materiaal]" en iii) „de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad".

48. Hoewel ik sympathie heb voor de door Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie voorgestelde uitlegging (omdat het een goedbedoelde poging is om een pragmatische oplossing te bieden voor de in deel A beschreven kwestie van het creatieve hergebruik van beschermd materiaal)[78], en hoewel er enige dubbelzinnigheid bestaat rond de gebruikelijke betekenis van de term „pastiche" in het dagelijkse taalgebruik [onder a)], brengen de context waarin deze term wordt gebruikt [onder b)] en het doel van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn [onder c)] mij ertoe, vrees ik, (wat de meeste, maar niet alle aspecten betreft) ten gunste van CG te concluderen [onder d)].

a) Gebruikelijke betekenis van de term „pastiche"

49. Alle belanghebbenden die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, zijn het erover eens dat het niet gemakkelijk is om een uitputtende beschrijving te geven van de „gebruikelijke betekenis" van de term „pastiche". Niet alleen is het eerder een „nicheterm", die nauwelijks voorkomt in het „dagelijkse taalgebruik", maar hij is door de eeuwen heen, in de verschillende talen en op de verschillende gebieden van de kunst, op diverse (en niet altijd coherente) manieren gebruikt.

50. Uit de woordenboeken (in verschillende talen) en de studies van kunstexperten die ik over dit onderwerp heb geraadpleegd (en die de vertaaldiensten van het Hof in hun respectieve talen hebben geraadpleegd), blijkt evenwel dat de term „pastiche" *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om te verwijzen naar een artistiek werk in een stijl die een imitatie is van die van een ander werk, een andere kunstenaar of een andere periode (of van werken die tot hetzelfde „genre" behoren

[77] Zie, voor hetzelfde standpunt, Europese Commissie, Copyright Reform: Questions and Answers, voor het laatst bijgewerkt op 22 februari 2022 (https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/faqs/copyright-reform-questions-and-answers). Vraag: „Belet de auteursrechtrichtlijn gebruikers om zich op dezelfde manier als nu uit te drukken op het internet? Worden memes en gifs verboden?" Antwoord: „Nee, integendeel, het uploaden van memes en andere door gebruikers gegenereerde inhoud voor doeleinden van citaat, kritiek, recensie, karikatuur, parodie en *pastiche (zoals gifs en dergelijke)* wordt specifiek toegestaan." (cursivering van mij).

[78] Zie verder deel C hieronder.

enz.)[79], waarbij daartoe verschillende motieven, stijlfiguren en andere karakteristieke elementen worden geleend en gemengd (in overeenstemming met de etymologische oorsprong van de term, namelijk het Italiaanse woord „pasticcio", dat verwijst naar een gerecht dat is gemaakt van een mix van ingrediënten).[80]

51. Achter deze algemene categorie gaat een verscheidenheid aan opvattingen schuil. Soms wordt de term „pastiche" gebruikt om een *verborgen* imitatie te beschrijven, die meestal gemaakt is met bedrieglijke bedoelingen (waardoor het een synoniem wordt van plagiaat). Historisch gezien resoneert deze opvatting bijvoorbeeld met het „pasticcioschilderij", een weinig gewaardeerd genre dat in het kielzog van de Renaissance in Italië tot bloei kwam en waarbij schilders schilderijen maakten die een grote gelijkenis vertoonden met die van grote meesters, door het vakkundig combineren van technieken en motieven die aan verschillende van dergelijke meesterwerken waren ontleend, en die vervolgens frauduleus als originelen verkochten.[81]

52. Andere keren is de term „pastiche" dan weer gebruikt om een *openlijke* stijlimitatie te beschrijven. Binnen deze categorie verwijst de term in de literatuur, eng en uitsluitend, naar een *humoristische of satirische* imitatie van de stijl, de manier van doen of de favoriete thema's van een auteur (of een school), onder verwijzing naar de „literaire pastiche", een genre dat in de 18e eeuw in Frankrijk tot bloei kwam en deze kenmerken vertoonde.[82] Het hoeft niet te verbazen dat de term „pastiche" op die wijze wordt uitgelegd in de Franse auteursrechtwetgeving [die sinds de jaren 1950 een uitzondering bevat die bijna identiek is aan die van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn]. In deze wetgeving wordt deze term, vanwege dit humoristische of satirische aspect, gewoon als een subgenre van „parodie" beschouwd.[83] CG beroept zich voor het Hof op deze opvatting.

53. In andere kunstdisciplines wordt de term „pastiche" echter gebruikt om in ruimere zin *elk* kunstwerk te beschrijven dat wordt gekenmerkt door openlijke stijlimitatie.[84] Als het mij toegestaan is de door het Hof in het arrest Deckmyn gebruikte termen zelf „creatief te hergebruiken", zijn de essentiële kenmerken van de „pastiche", zoals ik die heb begrepen, i) het „oproepen van een bestaand werk" (of verschillende werken, een genre, een kunstenaar of een school), door de desbetreffende kenmerkende „esthetische taal", die anderszins vreemd is aan de „pasticheur", over te nemen, terwijl het resultaat ii) „merkbaar verschilt" van de geïmiteerde bron. Zoals hierboven aangegeven, is een dergelijke „pastiche" immers niet bedoeld als een vervalsing te kwader trouw die zichzelf in de plaats stelt van de bron, maar is het effectief iii) de bedoeling dat zij als een imitatie wordt herkend.[85] De precieze bedoeling van de „pastiche" is daarentegen irrelevant: zij *kan*, net als een „parodie", een „uiting van humor of spot" zijn, of anderszins kritisch zijn tegenover het bronmateriaal. Zij kan daarentegen ook een eerbetoon of

79 Zie, met uitsluitend, of ten minste als hoofdvermelding, deze definitie, in het Engels: the Collins English Dictionary; the Oxford Dictionary of English; the Merriam-Webster English Dictionary, en the Shorter Oxford English Dictionary. In het Spaans: Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. In het Duits: Duden, en Brockhaus. In het Frans: Le Littré; Dictionnaire de l'Académie française; Le Petit Robert; Larousse, en Le Robert. Zie, voor studies door kunstexperten, Hoesterey, I., *Pastiche – cultural memory in art, film, literature*, Indiana University Press, 2001, blz. 1-10; Dyer, R., *Pastiche*, Routledge, 2007, blz. 28-40. Zie, voor juridische commentatoren, Döhl, F., „Pastiche zwischen Generalklausel und Auffangtatbestand", *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, Mohr Siebeck, Tübingen, jaargang 12 (2020), nr. 4, blz. 380-442.

80 Zie Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 1-4.

81 Ibidem.

82 Zo vertelt Proust in zijn roman *Pastiches et mélanges* uit 1919 een klein vergrijp in de stijl van negen auteurs, waaronder Balzac en Flaubert. De humor schuilt in de „wanverhouding" tussen de anekdote en de plechtige woorden van deze auteurs waarmee ze wordt verteld (zie Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 1, 4-7, en 80-94).

83 Vivant, M., en Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Parijs, 2015, blz. 415-416.

84 Zie de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (voetnoot 30).

85 De „pastiche" zelf vestigt de aandacht op het feit dat zij imiterend materiaal bevat. Herkennen dat de „pastiche" verwijst naar iets dat eraan voorafgaat, is cruciaal voor de identiteit ervan (zie Dyer, R., voetnoot 79, op. cit.).

hulde aan dat materiaal zijn. Niettemin is een „pastiche" niet noodzakelijk „evaluatief" of anderszins becommentariërend ten aanzien van dat materiaal. Zij kan bijvoorbeeld ook bedoeld zijn om een bepaalde culturele context op te roepen. Zij kan ook een doel op zichzelf zijn (de „pasticheur" die zijn vakmanschap toont door via imitatie een nieuw verhaal te vertellen), enzovoort.[86] Deze vorm van openlijke, referentiële imitatie is kenmerkend voor het postmodernisme.[87]

54. In filmstudies worden de werken van Quentin Tarantino vaak als „pastiche" omschreven, omdat zij elementen zoals stijlfiguren, filmtechnieken, mise-en-scène, structuur, plot, personages en thema's, die kenmerkend zijn voor eerdere films uit een bepaald genre, vakkundig en openlijk kopiëren.[88] Hetzelfde geldt in de muziek voor hedendaagse artiesten zoals Bruno Mars[89] vanwege hun neiging om eerdere werken uit een bepaald genre te imiteren door stukken te componeren die productiestijlen, stijlfiguren, zangtechnieken, gangbare motieven, arrangementen en pakkende melodieën bevatten die typisch zijn voor deze werken. De term „pastiche" wordt ook gebruikt om te verwijzen naar werken zoals Ridley Scotts film „Blade Runner" of Queens hitsong „Bohemian Rhapsody", waarin verschillende stijlen vakkundig worden geïmiteerd en gemengd.[90] Hoe dan ook staat stijlimitatie centraal in deze opvatting van „pastiche".

55. Ik erken, zoals Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie benadrukken, dat sommige woordenboeken en deskundigen aangeven dat de term „pastiche" daarnaast ook is gebruikt, en tot op zekere hoogte nog steeds wordt gebruikt, om kunstwerken aan te duiden die zijn gemaakt door elementen uit andere werken opnieuw te combineren, *zonder enige bedoeling van stijlimitatie*.[91] De „pasticcio-opera", een genre van quasi-operawerken bestaande uit een „lappendeken" van beroemde aria's en muziekstukken dat populair was in de 18e eeuw, is het belangrijkste voorbeeld dat in dit verband wordt gegeven. Deze opvatting maakt van „pastiche" een synoniem van verschillende termen die soortgelijke „lappendeken"-praktijken oproepen, zoals de literaire „cento", de „collage" in de beeldende kunst, de muzikale „medley" en de „found footage"-film.[92]

86 Soms verbergt het vervaardigen van een werk in de stijl van een ander, succesvol werk, een minder glorieuze bedoeling, namelijk die om een deel van dit succes op zichzelf te laten afschijnen.

87 Zie Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 8 en 9; Jacques, S., *The parody exception in copyright law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, blz. 10, en Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 440-443.

88 Zie Bell, C., *Premonitions of the past – an analysis of pastiche in the films of Quentin Tarantino*, Digitized Theses. Zo is Tarantino's film *Jackie Brown* uit 1997 een „pastiche" van de zogenoemde „blaxploitationfilms" met een vrouwelijke hoofdrol die in de jaren 1970 werden uitgebracht, zoals *Foxy Brown*. Zie voor andere voorbeelden van „pastiches" in de filmwereld, Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 47-52; Dyer, R., voetnoot 79, op. cit., en het lemma „pastiche" in Kuhn, A., en Westwell, G., *A Dictionary of Film Studies*, 2e druk, Oxford University Press, Oxford, 2020.

89 Zie DJ Louie XIV, „Pharrell, Bruno Mars and the age of pastiche pop – are chart-topping retro-style hits honoring the past or simply retreading it?", *Medium*, 4 mei 2015 (https://medium.com/cuepoint/pharrell-bruno-mars-and-the-age-of-pastiche-pop-cdeaf98aff54). Een voorbeeld uit de klassieke muziek is Liszt die Bach „pasticheert" in „Variationen über das Motiv von Bach, S.180".

90 *Blade Runner* mengt de futuristische architectuur, esthetiek, regie en thema's van Fritz Langs avant-gardesciencefictionfilm *Metropolis* uit 1927 met stijlfiguren van het film noir-genre, en ent al deze elementen op een in Los Angeles gesitueerd postapocalyptische stadslandschap (zie Kuhn, A. en Westwell, G., voetnoot 88, op. cit.). „Bohemian Rhapsody" mengt stijlfiguren, motieven, structuren en harmonieën van stijlen variërend van klassieke muziek tot opera en metal.

91 Zie voor deze definitie als alternatieve, tweede vermelding, the Collins English Dictionary; the Oxford Dictionary of English; the Merriam-Webster English Dictionary; the Shorter Oxford English Dictionary, en in het Frans: Le Littré en Le Petit Robert. Zie ook Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 10-16; Dyer, R., voetnoot 79, op. cit., blz. 9-21, en Ortland, E., „Pastiche im europäischen Sprachgebrauch und im Urheberrecht", *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, Mohr Siebeck, Tübingen, jaargang 14 (2022), nr. 1, blz. 3 en 17-19.

92 De term „cento" verwijst naar gedichten uit de Griekse oudheid die bestaan uit afzonderlijke verzen van bekende dichters zoals Homerus en Vergilius (zie Hoesterey, I., voetnoot 79, op. cit., blz. 9, 11 en 80). „Collage", in de beeldende kunst, is een proces dat werd ontwikkeld in het kielzog van Braques en Picasso's *papiers collés* van rond 1910, waarbij beeldmateriaal (krantenknipsels, papier van sigarettenpakjes enz.) in kubistische composities werd gekleefd (ibidem, blz. 11). De term „found footage" verwijst naar een film die bestaat uit een nieuwe combinatie van reeds bestaande filmbeelden die de filmmaker zich heeft toegeëigend, zoals de film *La Classe américaine* van Michel Hazanavicius en Dominique Mézerette (zie „found footage" in Kuhn, A., en Westwell, G., voetnoot 88, op. cit.).

56. Afgezien van het feit dat andere deskundigen, bijvoorbeeld in de muziek, een onderscheid maken tussen „pastiche” en „pasticcio” [93], lijkt het mij echter dat, indien, zoals deze belanghebbenden doen, uit de in het vorige punt gegeven uitleg wordt afgeleid dat de term „pastiche” een open begrip is en elk geval van creatief hergebruik van bestaand materiaal kan omvatten (van „memes” tot „mash-ups” en „sampling”), het belang van deze alternatieve opvatting in het „dagelijkse taalgebruik” wordt overdreven [94], en dus ook de rol die zij kan hebben gespeeld bij het opstellen van de IM-richtlijn. [95]

57. Dit gezegd zijnde, ben ik het ermee eens dat, gezien deze dubbelzinnigheid [96], contextuele en doelgerichte uitlegging cruciaal is om tot een uniforme definitie van het juridische begrip „pastiche” in artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn te komen. Zoals ik in de volgende delen zal uitleggen, bevestigt een dergelijke uitlegging echter mijn indruk over welke „gebruikelijke betekenis” van „pastiche” in dit verband moet worden onderschreven.

b) Context waarin deze term wordt gebruikt

58. Ik herinner eraan dat de term „pastiche” wordt gebruikt als onderdeel van een uitzondering op het auteursrecht en de naburige rechten, die is vastgelegd in artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn en die ook verwijst naar „karikaturen” en „parodieën”.

59. Enerzijds pleiten een aantal elementen uit deze specifieke context volgens mij voor een definitie van het omstreden begrip als stijlimitatie.

60. Ten eerste impliceert het groeperen van „karikaturen”, „parodieën” en „pastiches” in één bepaling noodzakelijkerwijs dat zij in de opvatting van de Uniewetgever een aantal gemeenschappelijke kenmerken hebben. In het licht van de uiteenzettingen in de punten 50 tot en met 54 hierboven lijkt het redelijk om aan te nemen dat de wetgever „pastiche”, net als „parodie” (en wellicht „karikatuur”), heeft beschouwd als een vorm van afgeleide uitdrukking die is gebaseerd op de *imitatie* van een bron.

61. Ten tweede is het, gezien deze context, naar mijn mening duidelijk dat het juridische begrip „pastiche” niet het soort *verborgen* imitatie kan omvatten dat in punt 51 hierboven wordt beschreven. Het zou in strijd zijn met de aard zelf van de Unieregeling inzake artistieke en literaire eigendom om een uitzondering voor plagiaat toe te staan. Dit begrip kan alleen betrekking hebben op het soort *openlijke* stijlimitatie dat in de punten 52 tot en met 54 hierboven is besproken.

93 Zie „pastiche” en „pasticcio” in Kennedy, J., Kennedy, M., en Rutherford-Johnson, T., *The Oxford Dictionary of Music*, 6e druk, Oxford University Press, Oxford, 2012.

94 Zie voor hetzelfde standpunt Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 390, 425 en 426, en 429-436.

95 Het is immers moeilijk te geloven dat de Uniewetgever bij het opstellen van de IM-richtlijn het 18e-eeuwse genre van de „pasticcio-opera” in gedachten had (ibidem, blz. 418).

96 Een vergelijkende analyse van de taalversies van de IM-richtlijn brengt evenmin duidelijkheid, aangezien i) de grote meerderheid van deze versies ofwel de Franse term „pastiche” gebruikt (de Deense, de Duitse, de Engelse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse, de Nederlandse, en de Portugese taalversie), ofwel een bijna identieke buitenlandse term (de Estse taalversie „pastišis”; de Finse taalversie „pastississa”; de Kroatische taalversie „pastiša”; de Letse taalversie „pastišui”; de Maltese taalversie „pastiċċ”; de Poolse taalversie „pastiszu”; Roemeense taalversie „pastișelor”; de Sloveense taalversie „pastiša”, en de Zweedse taalversie „pastischsyfte”), en ii) de paar afwijkende taalversies tegenstrijdige aanwijzingen geven, waarbij sommige een term gebruiken die kan worden vertaald als „imitatie” (de Bulgaarse taalversie „имитация”; de Griekse taalversie „μίμηση”, en de Hongaarse taalversie „utánzat”) of zelfs als „stijlimitatie” (de Letse taalversie „stilizācijās”), terwijl andere een term gebruiken die eerder verwijst naar een „lappendeken” van delen van eerdere werken (de Tsjechische en de Slowaakse versie „koláže”).

62. Ten derde kan dit begrip, anders dan CG stelt, niet worden beperkt tot de in punt 52 genoemde Franse, literaire opvatting van „pastiche”, namelijk een humoristische of satirische imitatie, waardoor het een synoniem van „parodie” wordt. Het feit dat „parodie” en „pastiche” enkele gemeenschappelijke kenmerken hebben en om die reden beide in artikel 5, lid 3, onder k), zijn opgenomen, betekent niet dat de twee voor juridische doeleinden volledig moeten worden gelijkgesteld. Wanneer de wetgever ervoor kiest om verschillende begrippen, op gelijke voet, in de tekst van een wet op te nemen, moet het Hof zich ervoor hoeden om een daarvan als juridisch overbodig te interpreteren (dit geldt des te meer bij de interpretatie van een gesloten, uitputtende lijst van beperkingen en restricties). [97]

63. Uit deze overwegingen volgt dat, naar mijn mening, het begrip „pastiche” in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn het brede scala aan kunstwerken omvat die worden gekenmerkt door openlijke stijlimitatie en die de essentiële kenmerken vertonen die in punt 53 hierboven zijn vastgesteld. [98] Een laatste contextueel element moet in dit stadium worden toegevoegd. Niets in de formulering van deze bepaling vereist dat de door de gebruiker gecreëerde „pastiche” een origineel werk in de zin van het auteursrecht is. Hoewel een „pastiche” dus, zoals hierboven aangegeven, „merkbaar verschillend” moet zijn van de bron, hoeft hij niet de drempel van „originaliteit” te halen. [99]

64. Het belangrijkste tegenargument, van contextuele aard, dat Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie tegen een dergelijke uitlegging van „pastiche” als stijlimitatie aanvoeren, is dat deze uitlegging volgens hen de overeenkomstige uitzondering elke nuttige werking zou ontnemen, in strijd met het door het Hof vastgestelde vereiste voor de uitlegging van uitzonderingen. [100] Een dergelijk imitatie zou immers van meet af aan niet vallen onder de reproductierechten van artikel 2 van de IM-richtlijn. „Stijl” wordt als zodanig niet auteursrechtelijk beschermd. Dit element behoort tot het domein van de ideeën en niet tot dat van de uitdrukkingen. [101] Evenzo worden elementen zoals gangbare motieven, structuren, technieken enzovoort die kenmerkend zijn voor een artistieke school of genre, hoewel ze vormende elementen van een werk kunnen zijn, niet beschermd. [102]

65. Dit bezwaar overtuigt mij niet. Als afwijking van de in artikel 2 van de IM-richtlijn vastgelegde reproductierechten (zowel wat het auteursrecht als de naburige rechten betreft), is de in artikel 5, lid 3, onder k), van deze richtlijn vastgestelde „pastiche”-uitzondering uiteraard bedoeld voor situaties waarin (ten minste) een van deze rechten aan de orde is. Als zodanig moet zij aldus

97 Het is juist dat artikel 5, lid 3, onder k), zijn oorsprong vindt in een voorstel van de Franse delegatie in de Raad van de Europese Unie, dat duidelijk geïnspireerd was door de Franse wetgeving (zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement overeenkomstig artikel 251, lid 2, tweede alinea, van het EG-Verdrag over het gemeenschappelijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [SEC(2000) 1734 def., punt 3.2.4)]. De oorsprong van een Unierechtelijke bepaling kan evenwel op zich niet bepalend zijn voor de uitlegging ervan. Zodra de term „pastiche” was opgenomen in een instrument van het Unierecht, werd het een autonoom begrip, en het Hof mag zijn definitie niet ontlenen aan één nationale traditie.

98 Uiteraard kunnen de begrippen „parodie” en „pastiche” elkaar enigszins overlappen. Zoals hierboven vermeld, kunnen sommige „pastiches”, zo gedefinieerd, een humoristisch of kritisch doel hebben.

99 Zie onder meer het arrest Deckmyn (punt 21). In de praktijk *zal* een „pastiche” echter doorgaans „origineel” zijn, aangezien de betrokken drempel laag is. Ik wil ook onderstrepen dat, zoals gewoonlijk het geval is in de auteursrechtwetgeving (zie voetnoot 19 hierboven), de *artistieke verdienste* van de „pastiche”, of zij nu goed of slecht is, duidelijk irrelevant is voor de toepassing van de overeenkomstige uitzondering.

100 Zie onder meer het arrest Deckmyn (punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 Alleen de concrete uitdrukking van deze „stijl” in een bepaald werk wordt beschermd.

102 Zie, over de idee-/uitdrukking-dichotomie en het onderscheid tussen alledaagse en „originele” elementen, punt 26 hierboven.

worden uitgelegd dat het „gebruik” van beschermd materiaal, zoals „originele” delen van werken of „samples” van fonogrammen, tot op zekere hoogte wordt toegestaan, anders zou zij inderdaad zinloos worden.

66. Wanneer het gaat om imiterende kunstwerken, is de scheidslijn tussen het lenen van onbeschermde elementen en de reproductie van beschermd materiaal echter dun. In een reeks recente rechtszaken stelden auteurs dat hun „unieke” stijl gold als „originele” uiting.[103] In een andere reeks, die druk becommentarieerd werd, beweerden rechthebbenden dat er sprake was van schending van het auteursrecht wegens het hergebruik van stijlkenmerken van hun werken.[104] Dit geldt des te meer wanneer het kunstwerk de stijl van één werk nauwgezet imiteert. De geleende elementen, die weliswaar „stilistisch” zijn, kunnen nog steeds als origineel worden beschouwd, vooral wanneer ze in combinatie voorkomen.[105]

67. Volgens de definitie die ik voorstel, zou de „pastiche”-uitzondering makers in feite enige speelruimte geven om beschermde elementen van werken of materiaal (op een „herkenbare” manier) te hergebruiken in hun creatie, zolang deze elementen dienen voor de openlijke imitatie van iets anders.[106] De gebruiker kan bijvoorbeeld heel goed „samples” uit fonogrammen hergebruiken[107] om een „pastiche” te maken van het genre waartoe de onderliggende werken behoren.[108] Een dergelijke reproductie van beschermd materiaal maakt op zich nog geen „pastiche”. Het resulterende imiterende kunstwerk doet dit wel. Over het geheel genomen wordt de nuttige werking van de „pastiche”-uitzondering door een dergelijke uitlegging gewaarborgd.

68. Anderzijds verzetten andere contextuele elementen zich er naar mijn mening duidelijk tegen dat het begrip „pastiche” in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn aldus wordt gedefinieerd dat het betrekking heeft op elk kunstwerk dat uit beschermd materiaal is gemaakt, zonder enige bedoeling van stijlimitatie, zoals Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie suggereren.

69. Ten eerste, zoals CG aanvoert, wijst niets in de bewoordingen of de structuur van deze bepaling erop dat de „pastiche”-uitzondering was bedoeld om te fungeren als een vangnetclausule voor creatief (of zelfs communicatief) hergebruik van beschermd materiaal. Door daarin op gelijke voet drie verschillende begrippen, namelijk „karikatuur”, „parodie” en

103 Zie Andersen v Stability AI en Getty Images v Stability AI, momenteel aanhangig bij de High Court of Justice (England & Wales).

104 Zo klaagde in 2018 de rechtsopvolger van de medeauteur van Marvin Gayes nummer „Let’s Get It On” uit 1973 Ed Sheeran aan omdat hij de combinatie van het akkoordenschema en het harmonische ritme van dit nummer zou hebben „gestolen” voor zijn eigen song „Thinking Out Loud”. In beide zaken werden de vorderingen wegens inbreuk uiteindelijk afgewezen op grond dat de ontleende elementen te alledaags waren om auteursrechtelijke bescherming te rechtvaardigen [zie United States Court of Appeals For the Second Circuit, 1 november 2024, *Structured Asset Sales*, LLC v. Sheeran, nr. 23-905 (2d Cir. 2024)]. Niettemin leiden dergelijke rechtszaken tot rechtsonzekerheid bij muzikanten die kenmerkende stijlen willen imiteren. In de Unie zou de „pastiche”-uitzondering, zoals hierboven gedefinieerd, de rechtspositie van makers in dit opzicht versterken.

105 Zie Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 427-429. Zo hebben in 2013 de nalatenschap van Marvin Gaye en haar muziekproducent er Pharrell Williams en Robin Thicke van beschuldigd voor hun nummer „Blurred lines” „kenmerkende frasen, pakkende melodieën, basmelodieën [en] woordschildering” van Gayes nummer „Got to give it up” te hebben „gestolen”. De betrokken Amerikaanse rechtbanken hebben geoordeeld dat „Blurred lines” inbreuk maakte op „Got to give it up”, omdat de combinatie van geleende stijlelementen „origineel” was [zie United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 21 maart 2018, Williams v. Gaye, 895 F.3d 1106 (9th Cir. 2018)]. In de Unie had de „pastiche”-uitzondering dit resultaat kunnen voorkomen, aangezien „Blurred lines” op grond daarvan als een „pastiche” van „Got to give it up” zou kunnen worden beschouwd.

106 Behoudens de driestappentoets waarin artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn voorziet. In dat opzicht zou die toets met name van cruciaal belang kunnen zijn bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van bepaalde imiterendekunstwerken die door AI worden gegenereerd door het scannen van beschermde werken en ander materiaal.

107 Zie, naar analogie, met betrekking tot de „citeren”-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn, het arrest in Pelham I (punt 68).

108 Zie naar analogie Rochbergs muziekwerk „Nach Bach”, dat de barokstijl imiteert niet alleen door bepaalde kenmerkende vormen over te nemen, maar ook door een aantal „originele” delen van Bachs werken rechtstreeks te reproduceren (zie Myung-Ji Lee, B., voetnoot 47, op. cit., blz. 56).

„pastiche”, op te sommen, heeft de wetgever drie duidelijk afgebakende gebruikscategorieën willen toestaan.[109] Door van „pastiche” een dergelijke „clausule” te maken, zouden de twee andere begrippen ook overbodig worden, aangezien „karikatuur” en „parodie” louter als gevallen van creatief hergebruik zouden worden beschouwd, die onder eerstgenoemd begrip vallen.[110]

70. Ten tweede, volgt weliswaar uit de in punt 64 hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof dat de in artikel 5, leden 1 tot en met 4, van de IM-richtlijn opgesomde beperkingen en restricties niet noodzakelijkerwijs strikt moeten worden uitgelegd en dat in plaats daarvan de nuttige werking ervan moet worden gehandhaafd, maar het lijkt mij dat de door Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie voorgestelde uitlegging van de „pastiche”-uitzondering zo ver verwijderd is van een *strikte* uitlegging als maar mogelijk is. Zij beschermt niet alleen de nuttige werking ervan, zij maximaliseert deze werking door haar de *ruimst mogelijke* reikwijdte te geven.

71. Ten derde, zoals vermeld in de punten 36 en 37 hierboven, somt de in artikel 5 van de IM-richtlijn neergelegde regeling van beperkingen en restricties, in zijn huidige vorm, uitputtend de gevallen op waarin het gebruik van beschermd materiaal vrij is toegestaan. Hoewel sommige van deze gevallen een relatief ruime reikwijdte hebben (zoals „citaten” of „kopie voor privégebruik”), zijn ze ook nooit helemaal open. Volgens de door Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie voorgestelde uitlegging zou de „pastiche”-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder k), van deze richtlijn daarentegen een slecht gedefinieerd, potentieel *onbeperkt* scala aan creatief hergebruik van beschermd materiaal bestrijken[111], dat alleen onderworpen is aan een beoordeling per geval op basis van de (eveneens open) driestappentoets van artikel 5, lid 5, in het licht van diverse factoren (omvang en doel van het gebruik, gevaar voor vervanging enz.). Zoals CG stelt, zou deze uitzondering hierdoor in feite veranderen in een algemene „fair use”-clausule, zoals de clausule in andere rechtsstelsels, waaronder de Verenigde Staten[112], wordt aangetroffen en waarvan de flexibele, per-geval-logica in conflict komt met de gesloten aard van de Unieregeling[113]. Dit zou ook het merkwaardige gevolg hebben dat de „vrij gebruik”-clausule van § 24, lid 1, UrhG, die het Hof in het arrest Pelham I juist als onverenigbaar met deze regeling heeft aangemerkt, (opnieuw) wordt gelegitimeerd.

109 Zie Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 424 en 425.

110 Het zou ook de uitzondering voor „citeren” van artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn overbodig maken, aangezien elke inhoud waarbij materiaal van derden is hergebruikt, ook in het geval van een „citaat”, als „pastiche” zou kunnen worden beschouwd.

111 Ik merk op dat sommige Duitse rechters en academische commentatoren, hoewel ze de door Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie gegeven definitie van „pastiche” onderschrijven, de reikwijdte ervan beperken door het vereiste van „artistieke confrontatie” zo uit te leggen dat de „pastiche” „antithematisch” moet zijn, d.w.z. kritisch ten opzichte van het bronmateriaal [zie bijvoorbeeld Landgericht Berlin (rechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland), 2 november 2021, *The Unknowable*, ECLI:DE/LGBE:2021:1102:15O551.19.00], of op zijn minst met dit materiaal „een dialoog [moet] aangaan” (zie Stieper, M., voetnoot 65, op. cit., blz. 1662). Deze alternatieve uitlegging van „artistieke confrontatie” wordt ook ondersteund door CG, klaarblijkelijk op subsidiaire basis. Volgens deze opvatting zou de „pastiche”-uitzondering betrekking hebben op een beperktere subgroep van creatief hergebruik, met uitsluiting van veel UGC en de meeste gevallen van „sampling”, waarbij een dergelijke dialoog of antithematische confrontatie niet kan worden vastgesteld. Ik zie het nut van deze uitlegging echter niet in. Een vereiste dat het gebruik „antithematisch” moet zijn, doet „parodie” en „pastiche” samensmelten (zie punt 93 hieronder). Het vereiste van een „dialoog” doet dan weer „pastiche” en „citaat” samensmelten (zie punt 88 hieronder).

112 De „fair use”-clausule, die in § 107 van de Copyright Law of the United States (auteurswet van de Verenigde Staten) is vastgelegd, als uitzondering op het auteursrecht, staat elk gebruik van beschermd materiaal vrij toe indien dit gebruik als „eerlijk” wordt beschouwd in het licht van factoren zoals „het doel en de aard van het gebruik, met inbegrip van de vraag of dit gebruik van commerciële aard is of educatieve doeleinden zonder winstoogmerk dient”, „de aard van het auteursrechtelijk beschermde werk”, „de hoeveelheid en het belang van het gebruikte deel in verhouding tot het auteursrechtelijk beschermde werk in zijn geheel” en „het effect van het gebruik op de potentiële markt voor of de potentiële waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk”.

113 Met name in de regeling die momenteel is vastgelegd in artikel 5 van de IM-richtlijn, is de driestappentoets van lid 5 niet bedoeld als de enige parameter voor de toekenning van een uitzondering. De functie van deze toets is om het toepassingsgebied van de (reeds geringe en weinige) beperkingen en restricties die in artikel 5, leden 1 tot en met 4, van deze richtlijn zijn opgesomd, *verder in te perken*. Zelfs wanneer een dergelijk gebruik voldoet aan de vereisten van een van deze restricties en beperkingen, kan dit gebruik alleen worden toegestaan wanneer bovendien aan de driestappentoets is voldaan.

c) Doel van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn

72. Het is duidelijk dat de „pastiche”-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn berust op de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van kunsten van de gebruikers van werken of ander beschermd materiaal.[114] In het licht van dit rationale is het evenzeer duidelijk dat deze uitzondering „rechten” verleent aan deze gebruikers.[115]

73. Dit gezegd zijnde, heeft de wetgever naar mijn mening met deze uitzondering meer in het bijzonder beoogd bij te dragen aan deze vrijheid door *bepaalde* „afgeleide” uitingen die beschermd zijn krachtens artikel 11 en/of artikel 13 van het Handvest, namelijk „pastiches”, toe te staan. Die „pastiches”, zoals gedefinieerd in punt 53 hierboven, zijn inderdaad kunstwerken die onder artikel 13 van het Handvest vallen. Zij kunnen ook worden gebruikt om meningen tot uitdrukking te brengen die beschermd zijn krachtens artikel 11 van het Handvest.[116]

74. Het zou daarentegen een misvatting zijn om uit dit onderliggende grondrecht af te leiden dat de „pastiche”-uitzondering bedoeld was om potentieel *alle* „afgeleide” uitingen te dekken (behoudens de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn).

75. Dat dit nooit de bedoeling van de „pastiche”-uitzondering is geweest, blijkt ook uit het proces van de herziening van het acquis van de Unie inzake literaire en artistieke eigendom dat voorafging aan de vaststelling van de DEM-richtlijn en uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze richtlijn[117]. In die context werd voorgesteld om aan dit acquis een uitzondering toe te voegen voor creatief of communicatief hergebruik van beschermd materiaal (met name in UGC)[118], wat zelfs een tijdlang werd overwogen door zowel de Commissie[119] als de leden van het Europees Parlement[120]. Klaarblijkelijk dacht destijds niemand dat de „pastiche”-uitzondering van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn reeds die functie vervulde. Uiteindelijk lieten beide instellingen het idee varen[121] en beperkte de Uniewetgever zich uiteindelijk tot het herhalen van de „pastiche”-uitzondering in artikel 17, lid 7, onder b), van de DEM-richtlijn.[122]

76. Het teleologische argument dat Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie aanvoeren om hun uitlegging van „pastiche” te ondersteunen, is echter enigszins verschillend. In wezen betogen zij dat, volgens de rechtspraak van het Hof, artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn moet worden uitgelegd op een manier die „volkomen in overeenstemming is” met de

114 Zie overweging 70 van de DEM-richtlijn. Zie ook, naar analogie, met betrekking tot de „parodie”-uitzondering, arrest Deckmyn (punten 25 en 26).

115 Zie het arrest Funke Medien (punt 70) en het arrest Spiegel Online (punt 54).

116 Zie naar analogie arrest Deckmyn (punt 25).

117 Voor het enige element dat afkomstig is uit de totstandkomingsgeschiedenis van de IM-richtlijn, zie voetnoot 97 hierboven.

118 Zie bijvoorbeeld Gowers, A., *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, punten 4.86-4.89, aanbeveling 11: „Stel voor dat richtlijn [2001/29] wordt gewijzigd om een uitzondering mogelijk te maken voor creatieve, transformatieve of afgeleide werken, binnen de parameters van de Berner-driestappentoets.”

119 Zie onder meer Europese Commissie, Groenboek, Auteursrecht in de kenniseconomie, 16 juli 2008, COM(2008) 466, blz. 19 en 20.

120 Europees Parlement, Commissie juridische zaken, ontwerpverslag over de tenuitvoerlegging van richtlijn [2001/29] (2014/2256(INI)), § 13.

121 Zie onder meer mededeling van de Commissie, Auteursrecht in de kenniseconomie, 19 oktober 2009, COM(2009) 532 definitief, blz. 9, en resolutie van het Europees Parlement van 9 juli 2015 over de tenuitvoerlegging van richtlijn [2001/29] (PB 2017, C 265, blz. 121), punt 42.

122 Terwijl de Uniewetgever anderszins nieuwe uitzonderingen heeft ingevoerd voor ander onlinegebruik (zie de artikelen 3-6 van de DEM-richtlijn). Hoewel de wetgever het in deze richtlijn „met name van belang [achtte, teneinde] een evenwicht te vinden tussen de grondrechten die zijn verankerd in het [Handvest] en het recht op eigendom, met inbegrip van intellectuele eigendom”, dat *sommige* hergebruik van beschermd materiaal, in UGC, zou worden toegestaan, met name dit „voor een […] pastiche”, volgt hieruit dus niet dat *alle* UGC als „pastiche” moeten worden beschouwd.

grondrechten die worden gewaarborgd door de artikelen 11 en 13 van het Handvest [123]. In dit verband beweren deze belanghebbenden dat, indien een breed scala aan creatieve (of zelfs eenvoudigweg communicatieve) praktijken die zijn gebaseerd op het hergebruik van beschermd materiaal, waaronder remixen, memes, gifs, mash-ups, sampling enzovoort, geen steun zou vinden in de „pastiche"-uitzondering, uitingsvormen die zowel alomtegenwoordig in de huidige digitale omgeving als sociaal wenselijk zijn, in gevaar zouden komen. Een dergelijke uitlegging zou de IM-richtlijn in conflict brengen met die grondrechten.

77. Zoals ik later in detail zal uitleggen, sluit ik me tot op zekere hoogte aan bij deze overwegingen. Ik ben het er namelijk mee eens dat de literaire en artistieke regeling van de Unie in haar huidige vorm onvoldoende speelruimte laat voor bepaald creatief hergebruik van beschermd materiaal, opdat zij volledig in overeenstemming zou zijn met, in het bijzonder, de vrijheid van kunsten. Niettemin is de met de grondrechten consistente uitlegging van het begrip „pastiche" die door genoemde belanghebbenden wordt voorgesteld, geen geschikte manier om deze kwestie te verhelpen.

78. Een met het Handvest consistente uitlegging van een tekst van afgeleid Unierecht veronderstelt dat deze tekst voor een dergelijke uitlegging openstaat, gezien de bewoordingen, de opzet en het doel ervan. [124] Zoals ik reeds heb uiteengezet, staat in het onderhavige geval het begrip „pastiche" van artikel 5, lid 3, onder k), van genoemde richtlijn, in het licht van de context en het doel ervan, *niet* open voor de door deze belanghebbenden voorgestelde uitlegging. Het onderschrijven van een dergelijk standpunt zou deze bepaling oprekken tot het punt van *vervorming*.

79. Zoals uiteengezet in punt 37 hierboven, was het Hof van oordeel dat, aangezien de lijst van beperkingen en restricties in artikel 5, leden 1 tot en met 4, van de IM-richtlijn uitputtend is, rechters geen bijkomende afwijkingen van het auteursrecht en de naburige rechten kunnen toestaan op grond van de in het Handvest gewaarborgde grondrechten. Evenmin kan het Hof, naar mijn mening, een bestaande uitzondering *vervormen*, tegen de achtergrond van de vrijheid van meningsuiting, om gebruik toe te staan waarvoor deze uitzondering nooit bedoeld was. [125] Dit zou volgens mij neerkomen op een uitlegging contra legem. Het zou het door de wetgever ingestelde „rechtvaardig evenwicht" tussen rechthebbenden en gebruikers en het door deze wetgever gewenste „hoge beschermingsniveau" voor eerstgenoemden in gevaar brengen. [126]

80. In een dergelijke situatie, waarin een consistente uitlegging geen optie is, dient nog te worden besproken of de IM-richtlijn verenigbaar is met genoemde grondrechten. Zoals eerder aangegeven, zal ik dit in deel C onderzoeken.

123 Zie het arrest Funke Medien (punten 65-76) en het arrest Spiegel Online (punten 50-59).

124 Zie in die zin arrest Funke Medien (punt 76) en arrest Spiegel Online (punt 59).

125 Zie Pollaud-Dulian, F., voetnoot 73, op. cit. A fortiori kan het feit dat, zoals de Duitse regering onderstreept, overweging 31 van de IM-richtlijn stelt dat de in artikel 5 van dit instrument vastgelegde beperkingen en restricties „[opnieuw moeten worden] bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving", met inbegrip van nieuwe vormen van gebruik, niet rechtvaardigen dat de „pastiche"-uitzondering zodanig wordt vervormd dat ze een vangnetclausule wordt voor creatief hergebruik, ook in UGC (zie Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 417 en 418).

126 Zie de overwegingen 4 en 9 van de IM-richtlijn.

d) Tussenconclusie

81. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat een „pastiche" in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn een artistieke creatie is die i) een bestaand werk oproept door de desbetreffende kenmerkende „esthetische taal" over te nemen, daarbij ii) merkbaar verschilt van de geïmiteerde bron en iii) bedoeld is om als een imitatie te worden herkend. Het doel dat met die openlijke stijlimitatie wordt nagestreefd, is irrelevant. Het gebruik van beschermde elementen uit werken of ander materiaal, met inbegrip van „samples" van fonogrammen, valt onder de overeenkomstige uitzondering wanneer het leidt tot een artistieke creatie met die essentiële kenmerken.

82. De tweede vraag van het BGH gaat specifiek over de vraag of het bestaan van een dergelijke „pastiche" vereist dat de subjectieve bedoeling van de gebruiker wordt vastgesteld, dan wel of het voldoende is dat het „pastiche"-karakter herkenbaar is voor een persoon die vertrouwd is met het hergebruikte materiaal en die over het vereiste intellectuele inzicht beschikt om de pastiche waar te nemen. Dit vraagt, naar mijn mening, om een kort antwoord. Uit de bovenstaande definitie vloeit voort dat een „pastiche" onder meer wordt gekenmerkt door het feit dat zij *bedoeld* is om als een imitatie te worden herkend (anders dan plagiaat). De vraag of de gebruiker deze bedoeling had, is dus inderdaad beslissend. Verder lijkt het mij dat, om de noodzakelijke rechtszekerheid te waarborgen (en met name te voorkomen dat gebruikers te kwader trouw plagiaat met terugwerkende kracht als „pastiche" voorstellen in geval van inbreukprocedures), deze bedoeling objectief moet worden beoordeeld. Derhalve moet de „pastiche"-aard van het gebruik blijken uit het eindresultaat. Die aard moet dus daarin (op enigerlei wijze) worden aangegeven, of op zijn minst als zodanig herkenbaar zijn voor de kijker of luisteraar die vertrouwd is met de bron.

83. Bijgevolg biedt de in artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn neergelegde pastiche"-uitzondering beperkte speelruimte voor het creatieve hergebruik van beschermd materiaal. „Samples" en andere ontleningen van dergelijk materiaal die niet bedoeld zijn voor een dergelijke artistieke, openlijke stijlimitatie vallen niet onder deze uitzondering. Zij kan bijvoorbeeld niet worden toegepast op het hergebruik van een „sample" uit een fonogram, zoals dit van „Metall auf Metall", om een nieuw muziekwerk in een geheel andere stijl, zoals „Nur mir", te creëren. [127] De overige beperkingen en restricties bieden eveneens beperkte speelruimte, zoals in de volgende delen zal worden besproken.

2. Uitzondering voor „citeren"

84. Artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn bevat een facultatieve uitzondering op onder meer de in artikel 2 van deze richtlijn neergelegde reproductierechten, voor gebruik dat als „citeren" kan worden aangemerkt en aan bepaalde voorwaarden voldoet. Bovendien is deze uitzondering krachtens artikel 17, lid 7, onder a), van de DEM-richtlijn verplicht met betrekking tot onlinegebruik dat onder deze bepaling valt. [128]

85. Uit het arrest Pelham I volgt dat genoemde uitzondering niet beperkt is tot de paradigmatische reproductie van een fragment van een literair werk in een andere tekst, maar ook het gebruik van andere soorten werken (muziek, film enz.) of materiaal (fonogrammen,

127 Zie de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (voetnoot 30).

128 Zie ook, met betrekking tot werken, artikel 10, lid 1, van de Berner Conventie.

vastleggingen van films enz.) in andere soorten inhoud kan omvatten. Met name het gebruik van een „sample" van een fonogram en de integratie daarvan in nieuwe muzikale inhoud kan als „citeren" worden aangemerkt. [129]

86. Bovendien is „citeren" niet enkel toegestaan voor de in artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn opgesomde doeleinden (namelijk „kritieken en recensies"), aangezien deze opsomming slechts indicatief is („en voor soortgelijke doeleinden"). Zoals het Hof (impliciet) heeft erkend in het arrest Pelham I, kan het „citeren" heel goed een ander, *artistiek* doel dienen. [130]

87. Dit betekent uiteraard dat de uitzondering voor „citeren" relevant is als het gaat om het hergebruik van beschermd materiaal in de kunsten. De uitdrukkelijke vereisten die in deze bepaling zijn gesteld, zijn in dit opzicht ook niet buitensporig restrictief. Ten eerste moet „de bron[,] waaronder de naam van de auteur" worden vermeld, „tenzij dit niet mogelijk blijkt". Met betrekking tot bijvoorbeeld het „citeren" van een muziekwerk in andere muzikale inhoud, kan het moeilijk zijn om dit binnen die inhoud zelf te doen. [131] Niettemin voldoet het opnemen van dergelijke informatie in het begeleidende materiaal (folder, beschrijving enz.) aan de „geest" van toeschrijving die inherent is aan dit vereiste. [132] Ten tweede moet het „citeren" eenvoudigweg „naar billijkheid [geschieden]" en „door het bijzondere doel [worden] gerechtvaardigd", dat wil zeggen proportioneel zijn. Derhalve kan het „citeren" van lange fragmenten van een beschermd werk of beschermd materiaal, of zelfs van het *gehele* werk of materiaal, afhankelijk van de omstandigheden, vrijelijk toegestaan zijn. [133]

88. Niettemin omvat de uitzondering voor „citeren" in artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn ook geen enkele vorm van artistiek hergebruik van beschermd materiaal. Volgens de door het Hof in het arrest Pelham I vastgestelde definitie van „citeren" moet, om als „citeren" te worden aangemerkt, materiaal van derden, bijvoorbeeld een „sample" van een fonogram, worden gereproduceerd i) met het doel „de dialoog aan te gaan" met het onderliggende „geciteerde" werk, hetgeen veronderstelt dat ii) dit werk door de luisteraar of kijker kan worden „herkend". [134]

89. Met andere woorden, naast het louter *materiële* verband dat inherent is aan elk gebruik van bestaande werken of bestaand ander materiaal in een nieuwe creatie, moet een dergelijk gebruik, om als „citeren" te worden aangemerkt, een middel zijn voor een soort *intellectuele* interactie tussen de nieuwe creatie en het bronmateriaal, „[o]f het nu ter vergelijking is, als eerbetoon of anderszins" [135]. De loutere toe-eigening van materiaal van derden, wegens de esthetische eigenschappen ervan, om het als bouwsteen te gebruiken, volstaat niet. Bovendien moet het „citeren", om die „dialoog"-functie te vervullen, herkenbaar zijn als een verwijzing naar inhoud van een derde. Het betreffende „citaat" hoeft in de nieuwe creatie echter niet *apart gezet* te worden (zoals in een tekst, met aanhalingstekens of cursief). Dat zou bijvoorbeeld onmogelijk zijn in het geval van een verwijzing naar een muziekwerk in nieuwe muzikale inhoud. Het fragment uit

129 Zie arrest Pelham I (punten 68 en 72).

130 Zie in die zin arrest Pelham I (punt 72).

131 Het is bijvoorbeeld moeilijk voor te stellen dat een jazzmuzikant midden in een refrein zou stoppen om aan het publiek uit te leggen dat hij zojuist Gershwins „Summertime" heeft geciteerd.

132 Zie de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (punt 68). Het voldoet ook aan het morele recht op toeschrijving dat aan auteurs wordt toegekend (zie voetnoot 54 hierboven).

133 Zie in deze zin arrest Pelham I (punt 71). Hiervoor geldt ook de driestappentoets waarin artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn voorziet. Hoe uitgebreider het citaat, hoe groter het risico dat de „citerende" inhoud concurreert met de normale exploitatie van de „geciteerde" bron (zie arrest Spiegel Online, punt 79).

134 Arrest Pelham I (punten 71-73). In dat geval kan de uitzondering voor „citeren" de reproductie van *zowel* het fonogram *als* het onderliggende werk rechtvaardigen, in afwijking van de rechten die zijn vastgesteld in respectievelijk artikel 2, onder c), en artikel 2, onder a), van de IM-richtlijn.

135 Conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (punt 64).

materiaal van derden kan in deze nieuwe inhoud *naadloos worden geïntegreerd*. Niettemin moet het als „citaat" herkenbaar zijn voor personen die met het bronwerk bekend zijn en over het vereiste inzicht beschikken om het „citaat" waar te nemen. [136]

90. Als zodanig uitgelegd, heeft de in artikel 5, lid 3, onder d), van de IM-richtlijn neergelegde uitzondering voor „citeren" betrekking op situaties waarin makers in hun eigen creatie openlijk verwijzen naar een bestaand werk, als eerbetoon aan de auteur of het culturele belang ervan, om een gedeelde culturele achtergrond op te roepen [137] of om hun eigen ideeën door middel van het „citeren" af te zetten tegen die van vroegere componisten [138]. Zoals het Hof liet doorschemeren in het arrest Pelham I, dekt deze uitzondering eveneens bepaalde gevallen van „sampling", ook in „hiphop", waar herkenbare „samples" bedoeld zijn om te fungeren als referentiële, digitale „citaten" van de onderliggende werken. [139]

91. Die uitzondering zal echter vele gevallen van hergebruik van beschermd materiaal niet dekken, waarbij het „lenen" niet herkenbaar is als een „citaat" en de bron „louter" wordt toegeëigend om iets nieuws te creëren, zonder enige verdere intellectuele interactie. Dat geldt bijvoorbeeld niet alleen voor de meeste memes [140] en gifs, maar ook voor de artistieke praktijk die erin bestaat zich bekende thema's toe te eigenen voor het creëren van variaties, of het gebruik van „samples" die niet bedoeld zijn om door de luisteraar als referentie te worden herkend en/of te kort zijn om enige interactie met het onderliggende werk mogelijk te maken (bijvoorbeeld één enkele drumkick of enkele seconden van een instrumentale track, die wordt hergebruikt in een lus om de ritmesectie van een nieuwe creatie te worden), zoals in het hoofdgeding aan de orde is. [141]

136 Zie in deze zin arrest Pelham I (punt 72). Zolang dit het geval is, mag er volgens mij zelfs sprake zijn van een zekere mate van wijziging van het bronmateriaal (verandering van sleutel, snelheid enz.). Wanneer het hergebruikte beschermde materiaal zodanig is gewijzigd dat het niet meer „herkenbaar" is in de nieuwe inhoud, kan het uiteraard niet als een „citaat" worden beschouwd, omdat het zijn functie als middel voor „dialoog" niet kan vervullen (ibidem, punt 73). In een dergelijk scenario is er echter geen sprake van een „reproductiehandeling" in de zin van artikel 2 van de IM-richtlijn en is er dus ook geen uitzondering nodig.

137 Dit dekt volgens mij voorbeelden die variëren van „citaten" van deuntjes in de improvisatie van jazzmuzikanten, over Laurent Voulzy's „Rockollection" (die episoden uit zijn jeugd illustreert met de verschillende liedjes die hij toen op de radio beluisterde), tot het „citeren" van volksliedjes door Bartok in zijn composities (zie Myung-Ji Lee, B., voetnoot 47, op. cit., blz. 38 en 39).

138 In het hierboven genoemde „Nach Bach" van Rochberg is er een duidelijk en bedoeld contrast tussen de „geciteerde" werken van Bach (die een strikte barokharmonie en -structuur volgen) en de door Rochberg zelf gecomponeerde delen (die atonaal zijn) (zie Myung-Ji Lee, B., voetnoot 47, op. cit., blz. 56).

139 Met name hiphop uit het begin van de jaren 1990 wordt gekenmerkt door het gebruik van „samples" uit fonogrammen met iconische werken van Afro-Amerikaanse muziek, die zijn bedoeld als herkenbare verwijzingen voor de hiphopgemeenschap. Verschillende hiphopnummers signaleren dergelijke „samples" zelfs via scratch-, plof- en sisgeluiden, waardoor de aandacht wordt gevestigd op het feit dat er een „virtuele" vinylplaat wordt afgespeeld en er dus een ander nummer wordt „geciteerd" (zie bijvoorbeeld Williams, J.A., „Theoretical approaches to quotation in hip-hop recordings", *Contemporary Music Review*, deel 33, nr. 2, 2014, blz. 188-209, met name blz. 193-196).

140 Memes vallen alleen onder die uitzondering als het bijschrift commentaar of kritiek geeft op de geleende afbeelding, of deze afbeelding gebruikt als bewijs ter ondersteuning van de bewering van de maker. De meeste memes eigenen zich echter reeds bestaande beelden toe om een geheel nieuwe betekenis te creëren, eerder dan ze als een middel te gebruiken om een „dialoog" met het bronwerk aan te gaan (zie Spina Ali, G., voetnoot 73, op. cit., blz. 722-724).

141 Zie de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I (punt 67). Het schijnbaar paradoxale resultaat van deze uitlegging is dat lange en herkenbare „samples" als „citeren" kunnen worden aangemerkt en dus vrij kunnen zijn toegestaan, terwijl dat voor korte, obscure „samples" met minder voor de hand liggende verbanden niet mogelijk is, ondanks het feit dat schade aan het belang van de producent van het hergebruikte fonogram waarschijnlijker lijkt in het eerste geval dan in het tweede. Ik ben echter van mening dat korte en obscure „samples" het reproductierecht van de producent van fonogrammen sowieso niet in werking mogen stellen (zie deel C hieronder).

3. Uitzondering voor „parodieën"

92. Ik herinner eraan dat artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn (ook) een facultatieve uitzondering bevat die ziet op het gebruik van beschermd materiaal „voor […] parodieën". Krachtens artikel 17, lid 7, onder b), van de DEM-richtlijn is ook deze uitzondering verplicht geworden met betrekking tot onlinegebruik dat onder deze bepaling valt.

93. Ik herinner eraan dat het Hof in het arrest Deckmyn heeft geoordeeld dat de wezenlijke kenmerken van een „parodie" in de zin van die bepaling erin bestaan dat i) „een bestaand werk wordt nagebootst" doch ii) „met duidelijke verschillen met het bestaande werk" en iii) „aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven". De parodiërende inhoud hoeft niet de drempel van „originaliteit" te halen. Bovendien hoeft deze inhoud geen parodie „op" het bronwerk te zijn. Dit laatste kan gewoon worden hergebruikt als middel om een humoristische of satirische boodschap uit te drukken, waarbij iets anders het mikpunt is.

94. Deze vrij ruime opvatting van „parodie" biedt enige ruimte voor het creatieve hergebruik van beschermd materiaal.[142] Volgens deze opvatting kan het begrip „parodie" bijvoorbeeld van toepassing zijn op veel gevallen van memes, waarbij het gaat om de „herkenbare" reproductie van frames van films[143] en de humoristische ondermijning ervan door middel van substantiële wijzigingen en/of de toevoeging van bijschriften.[144] Op diezelfde wijze kan het ook betrekking hebben op bepaalde mash-ups, die mogelijkerwijs zijn gecreëerd door het „samplen" van andere fonogrammen en worden gekenmerkt door hun humoristische toon of ongerijmdheid.[145] Verder kan het zien op bepaalde gevallen van „found footage", waarbij frames van films op humoristische wijze worden hergebruikt[146], of zelfs op het creatieve, oneigenlijke gebruik van sommige geliefde, auteursrechtelijk beschermde personages.[147]

95. Aangezien deze uitzondering de humoristische of satirische ondermijning van beschermd materiaal veronderstelt, kan zij echter niet gelden voor materiaal zoals reactieve gifs of memes, die zijn gebaseerd op materiaal dat *reeds* humoristisch was. Zij kan evenmin, per hypothese, van toepassing zijn op het hele scala aan creatief hergebruik waarbij er geen sprake is van humoristische of kritische bedoelingen, waaronder de meeste gevallen van „sampling" (inclusief het geval dat in het hoofdgeding aan de orde is).

142 Dit zal echter altijd, via een beoordeling van het individuele geval, onderworpen zijn aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn.

143 Aangezien artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn een transversaal karakter heeft en met name betrekking heeft op alle verschillende soorten reproductierechten, kan de uitzondering voor „parodie" zowel het hergebruik van een werk als bijvoorbeeld het hergebruik van een fonogram, film of uitzending rechtvaardigen.

144 Zie Spina Ali, G., voetnoot 73, op. cit., blz. 719.

145 „Humor" in muziek hoeft immers niet altijd de vorm aan te nemen van traditionele spot, maar kan naar mijn mening perfect worden gegenereerd door bijvoorbeeld een ongerijmde botsing van bronnen, zoals het creëren van een mash-up van enkele folksongs met een deathmetalnummer (zie Jacques, S., „Mash-ups and mixes – what impact have the recent copyright reforms had on the legality of sampling?", *Entertainment Law Review*, deel 27, nr. 1, 2016, blz. 3-10, met name blz. 6).

146 De hierboven genoemde film *La Classe américaine* zou volgens mij kunnen worden aangemerkt als „parodie" in de zin van artikel 5, lid 3, onder k), van de IM-richtlijn.

147 Zie bijvoorbeeld tribunal judiciaire de Rennes (rechtbank Rennes, Frankrijk), 10 mei 2021, nr. 17/04478. In die zaak ging het om een kunstenaar die schilderijen maakte waarop het (auteursrechtelijk beschermde) personage Kuifje in een context werd geplaatst die opvallend verschilde van zijn „normale" omgeving, tot het punt van komische ongerijmdheid (een context die bijvoorbeeld flirterige ontmoetingen met pin-ups inhield, terwijl de seksualiteit van Kuifje in Hergés werk volledig afwezig is).

C. Verenigbaarheid van de IM-richtlijn met de vrijheid van kunsten

96. Uit het vorige deel volgt dat de uitsluitende reproductierechten die krachtens artikel 2 van de IM-richtlijn aan rechthebbenden worden toegekend met betrekking tot hun beschermd materiaal, de mogelijkheden voor toekomstige makers beperken om dit materiaal (of zelfs een klein deel daarvan) op een waarneembare manier te hergebruiken in nieuwe creaties. Daarnaast bieden de in artikel 5 van deze richtlijn neergelegde beperkingen en restricties, waaronder de „pastiche"-uitzondering, in dit opzicht beperkte speelruimte. De onbeantwoorde vraag is dan ook of een dergelijk systeem verenigbaar is met de vrijheid van kunsten waarin artikel 13 van het Handvest voorziet.

97. „Afgeleide" kunstuitingen vallen duidelijk binnen de werkingssfeer van artikel 13 van het Handvest. Door deze uitingen te beperken houden het auteursrecht en de naburige rechten beperkingen in van die fundamentele vrijheid. Zij beperken indirect ook het recht van het publiek op toegang tot die uitingen. De vrijheid van kunsten is evenwel niet absoluut. Overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest zijn dergelijke beperkingen toelaatbaar op voorwaarde dat zij i) „bij wet worden gesteld", ii) de „wezenlijke inhoud" van deze vrijheid eerbiedigen en iii) het evenredigheidsbeginsel in acht nemen, hetgeen inhoudt dat deze beperkingen a) „daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen" en b) passend, noodzakelijk en evenredig zijn sensu stricto.

98. Niet betwist wordt dat de betrokken beperkingen „bij wet worden gesteld" (namelijk bij de IM-richtlijn) en de „wezenlijke inhoud" van de vrijheid van kunsten eerbiedigen, zoals is vermeld in punt 26 hierboven.[148] Tevens is duidelijk dat zij beantwoorden aan „de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen". Zoals respectievelijk in de punten 24 en 28 hierboven is uiteengezet, is het auteursrecht dat aan auteurs op hun werk wordt verleend, een positieve maatregel ter bescherming van hun eigen recht op vrijheid van kunsten krachtens artikel 13 van het Handvest, en zijn de naburige rechten die aan producenten van fonogrammen en films en aan omroeporganisaties worden toegekend, bedoeld om hun investeringen te beschermen. Bovendien garanderen beide soorten rechten bescherming als „intellectuele eigendom" in de zin van artikel 17, lid 2, van het Handvest.[149] Ten slotte is de in de IM-richtlijn neergelegde regeling een „passend" middel om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Zij is in dit opzicht ook „noodzakelijk", aangezien engere uitsluitende rechten of ruimere beperkingen en restricties niet met dezelfde doeltreffendheid het „hoge beschermingsniveau" voor intellectuele eigendom zouden kunnen bieden dat de Uniewetgever nastreeft.

99. De enige heikele kwestie is of aan het evenredigheidsvereiste sensu stricto is voldaan, dat wil zeggen of de nadelen voortvloeiend uit de beperkingen die de bij de IM-richtlijn ingevoerde regeling heeft opgelegd aan de vrijheid van kunsten, evenredig zijn aan de uit deze regeling voortvloeiende voordelen in het licht van de doelstellingen ervan.[150]

148 Het monopolie dat aan auteurs wordt verleend op hun werken en aan producenten en omroeporganisaties op hun fonogrammen, films en uitzendingen vormt immers geen belemmering voor het vrije verkeer van ideeën en gangbare elementen, dat essentieel is voor *elke* toekomstige artistieke creatie.

149 Zie onder meer arrest van 26 april 2022, Polen/Parlement en Raad (C-401/19, EU:C:2022:297, punt 82), en, naar analogie, EHRM, 1 september 2022, Safarov tegen Azerbeidzjan, CE:ECHR:2022:0901JUD000088512, § 30.

150 Zie onder meer arrest van 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 64).

100. Die nadelen zijn reeds eerder besproken. In de regel valt het waarneembare hergebruik van beschermd materiaal in een nieuwe creatie onder het reproductierecht van de betrokken rechthebbende(n), waardoor de mogelijkheid van eenieder om „afgeleide" artistieke uitingen te produceren aanzienlijk kan worden beperkt. In dit verband zou het enigszins simplistisch zijn om de kwestie af te doen door te zeggen dat eenieder die dit wil doen „slechts" toestemming van de rechthebbende(n) moet verkrijgen, en daarvoor een licentievergoeding dient te betalen.

101. Om bijvoorbeeld op legale wijze een „sample" van een fonogram te lenen en te gebruiken in een nieuwe compositie, zou een artiest in de regel i) noodzakelijkerwijs een licentie voor het gebruik van het fonogram moeten verkrijgen, alsmede ii) mogelijk een licentie voor het gebruik van het onderliggende werk (indien de „sample" „originele" elementen van dit laatste bevat).[151] Afgezien van het feit dat de rechthebbenden niet altijd bekend of gemakkelijk te vinden zijn, zal het verkrijgen van dergelijke licenties vaak een te grote last zijn voor nieuwe makers.

102. Bij gebreke van een wettelijk kader dat voorziet in verplichte licentieverstrekking voor het artistieke hergebruik van werken of fonogrammen enzovoort, geldt de contractvrijheid. De partijen hebben echter niet dezelfde onderhandelingspositie. De auteursrechtregeling laat rechthebbenden alle vrijheid om al dan niet een licentie te verstrekken, hetgeen hen van meet af aan in een sterke onderhandelingspositie plaatst. Zij kunnen voor het gebruik van hun materiaal een vergoeding eisen die mogelijk niet in verhouding staat tot de inkomsten die de „afgeleide" creatie zou kunnen genereren, mocht deze worden geëxploiteerd.[152] Bovendien beschikken de kunstenaars van gisteren en hun producenten (zoals de „big majors") vaak over de financiële middelen die nodig zijn om hun onderhandelingspositie te versterken. Terwijl andere beroemde kunstenaars en producenten in staat zullen zijn om op gelijke voet te onderhandelen, zal dit niet het geval zijn voor kleine kunstenaars. Dit leidt tot het risico van een „tweedeling" wat de mogelijkheid van creëren betreft, waarbij „afgeleide" werken voorbehouden zijn aan de machtigen en de rijken.

103. Ten slotte kunnen de rechthebbenden van gisteren eenvoudigweg weigeren om het hergebruik van hun werk toe te staan, waardoor makers ervoor moeten kiezen om ofwel i) het beoogde kunstwerk niet te maken ofwel ii) het beschermde materiaal toch te hergebruiken en het risico te lopen op een dure vordering wegens inbreuk[153]. Dergelijke beperkingen hebben een bijzondere impact wanneer de betrokken kunstvorm *afhankelijk is* van concrete ontleningen, zoals „sampling" (maar ook collage enz.). Over het geheel genomen kan het vele vormen van creatie in de kiem smoren.

104. De voordelen van de in de IM-richtlijn neergelegde regeling zijn het „spiegelbeeld" van die nadelen. Deze regeling beloont creativiteit en/of investeringen uit het verleden door de rechthebbenden van gisteren bijna volledige controle over het gebruik van hun intellectuele eigendom te garanderen, alsmede de uitgesproken mogelijkheid om het volledige potentieel ervan te benutten.

[151] Bovendien kan de „sample" ook het naburige reproductierecht van de vertolker op de opname in werking stellen, waarvoor verdere toestemming is vereist.

[152] Bijgevolg kan het aanzienlijk meer kosten om toestemming te verkrijgen voor een sample dan om verf of kwasten te kopen. De meeste memes worden bijvoorbeeld niet te gelde gemaakt, waardoor het betalen van licentievergoedingen vrijwel onmogelijk is.

[153] Uiteraard zijn er veel gevallen waarin afgeleide uitingen worden getolereerd door de rechthebbenden. Niettemin blijven deze uitingen afhankelijk van hun wil.

105. Zoals vermeld in deel B van deze conclusie, heeft de wetgever getracht een „evenwicht" tot stand te brengen tussen het belonen van het verleden en het ondersteunen van het nieuwe. De bestaande beperkingen en restricties op het auteursrecht en de naburige rechten, in het bijzonder die van „citeren", „parodie" en „pastiche", steunen in dit opzicht de makers van morgen boven de rechthebbenden van gisteren. Naar mijn mening bestaat er weinig twijfel over dat deze beperkingen en restricties, hoewel ze door de wetgever in artikel 5, lid 3, van de IM-richtlijn als *facultatief* worden voorgesteld, door de lidstaten in hun nationale wetgeving *moeten* worden omgezet om te voldoen aan artikel 13 van het Handvest. [154]

106. Niettemin is de kwestie die vaak door commentatoren wordt benadrukt (en die ten grondslag ligt aan de enigszins „creatieve" uitlegging van „pastiche" die door Pelham e.a., de Duitse regering en de Commissie wordt voorgesteld) dat een dergelijk systeem van ruime, uitsluitende rechten en gesloten, limitatief opgesomde beperkingen en restricties van nature bijzonder *rigide* is.

107. Zoals reeds uiteengezet, mag beschermd materiaal volgens de huidige beperkingen en restricties alleen vrijelijk worden hergebruikt als bijdrage aan een openlijk imiterende artistieke creatie („pastiche"), als een „dialogische" verwijzing naar het bronwerk („citeren") of als een humoristisch of kritisch oneigenlijk gebruik („parodie"). Dat systeem staat *nooit* toe dat dergelijk materiaal dat „louter" om zijn esthetische waarde is geselecteerd, wordt toegeëigend en in een nieuwe creatie wordt hergebruikt. Dit is zo ongeacht i) de omvang en de waarde (zowel creatief als economisch) van het geleende materiaal en ii) de hoeveelheid input die door de gebruiker wordt toegevoegd en dus de „creatieve intensiteit" van deze nieuwe creatie. Het lijkt nogal voor de hand te liggen dat het gewicht van de aanspraak op intellectuele eigendom van de betrokken rechthebbende, op grond van artikel 13 en/of artikel 17, lid 2, van het Handvest, afhangt van de eerste parameter, terwijl het gewicht van de aanspraak op de vrijheid van kunsten van de nieuwe maker, op grond van artikel 13 van het Handvest, afhangt van de tweede. Zoals de voorbeelden in punt 32 hierboven illustreren, *kan* een dergelijk hergebruik gepaard gaan met veel innovatie en een grote culturele waarde. [155] Het huidige systeem laat echter geen ruimte voor dergelijke nuances.

108. In feite maakt dit systeem geen onderscheid tussen enerzijds namaak, plagiaat en de overdrijvingen van bepaalde adepten van de „appropriation art" (die *zeer* uitgebreid lenen van bestaande werken, terwijl ze er weinig aan toevoegen) [156], waarbij de producten ervan de economische belangen van de rechthebbenden aanzienlijk kunnen schaden door zich in de plaats te stellen van het bronmateriaal [157], en anderzijds kunstwerken die zijn gemaakt door een kleine hoeveelheid beschermd materiaal te lenen of het op een zeer „transformatieve" wijze te gebruiken en die om die reden niet concurreren met deze bron en dus geen dergelijke schade zouden veroorzaken. In de zaak in het hoofdgeding hebben de Duitse rechters bijvoorbeeld vastgesteld dat de creatie en exploitatie van „Nur mir" geen nadelige invloed had op de normale

154 Zie in die zin arrest Funke Medien (punten 57 en 58) en arrest Spiegel Online (punten 42 en 43). Het feit dat de uitsluitende rechten die aan rechthebbenden worden toegekend niet eeuwigdurend zijn, draagt ook bij aan een zeker evenwicht tussen het oude en het nieuwe. De duur van deze rechten is in de loop der tijd echter aanzienlijk verlengd. Het auteursrecht geldt nu gedurende het leven van de auteur en tot zeventig jaar na zijn dood. Voor fonogrammen geldt het recht tot vijftig jaar na de vastlegging (of rechtmatige publicatie) ervan [zie respectievelijk artikel 1, lid 1, en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB 2006, L 372, blz. 12)]. Dit maakt het moeilijk om de hedendaagse cultuur te hergebruiken in een nieuwe creatie. Dit geldt in het bijzonder voor „sampling".

155 Ik wil niet impliceren dat kopiëren *altijd* creatief is. Van belang is evenwel dat het dit *kan* zijn, en dat de auteursrechtregeling daar niet ten volle aan tegemoetkomt.

156 Zie Pollaud-Dulian, F., „‚Fait d'hiver': la revanche des trois petits cochons sur le grand méchant Koons", *RTDCom*, 2021, blz. 818.

157 Zie arrest van 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punt 70).

exploitatie van „Metall auf Metall".[158] Bij gebreke van een toepasselijke beperking of restrictie worden deze economische overwegingen door de huidige regels echter gewoonweg buiten beschouwing gelaten.[159]

109. De kernvraag is of een dergelijk „evenwicht" voldoet aan de vereisten van artikel 52, lid 1, van het Handvest (en dus echt als „rechtvaardig" kan worden beschouwd). In dit stadium wil ik erop wijzen dat de Uniewetgever uiteraard over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt bij het afwegen van twee groepen concurrerende rechten en belangen, die beide door het Handvest worden beschermd.[160] Derhalve is er meer dan één resultaat dat als een „rechtvaardig evenwicht" kan worden beschouwd en verenigbaar kan zijn met deze bepaling. In deze context kan de wetgever er in beginsel voor kiezen om de weegschaal meer in het voordeel van de rechthebbenden te doen doorslaan en hun intellectuele eigendom een „hoog niveau" van bescherming te verlenen. Deze discretionaire bevoegdheid kan evenwel ook niet onbeperkt zijn. Anders zou het vereiste van evenredigheid sensu stricto zijn betekenis verliezen, en daarmee de belangrijke waarborg van het grondrecht die het beoogt te verzekeren. Zoals advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in zijn conclusie in de zaak Tele2 Sverige e.a.[161] heeft opgemerkt, zet dit vereiste „een discussie in gang over de waarden die in een democratische samenleving moeten gelden, en uiteindelijk over het type samenleving waarin wij wensen te leven".

110. Een passende toetsingsmaatstaf moet worden vastgesteld om deze discretionaire bevoegdheid te verzoenen met de dwingende eis van rechterlijke toetsing. Bijgevolg moet het Hof, naar mijn mening, in een dergelijke context een door de Uniewetgever vastgestelde maatregel kunnen afkeuren wanneer het „evenwicht" tussen de grondrechten in deze maatregel *kennelijk* onjuist is.[162]

111. Met betrekking tot de regeling die in de IM-richtlijn is vastgesteld, moet er naar mijn mening een onderscheid worden gemaakt. Wat betreft de naburige rechten die worden verleend aan producenten van fonogrammen, films en uitzendingen, zoals uitgelegd door het Hof, *is* dit evenwicht kennelijk onjuist (1). Wat daarentegen het aan auteurs toegekende auteursrecht betreft, is dit evenwicht over het algemeen in overeenstemming met artikel 52, lid 1, van het Handvest (2). Niettemin zou een zekere evolutie *de lege ferenda* wenselijk kunnen zijn (3).

158 Geopperd wordt zelfs dat veel gevallen van creatief hergebruik de waarde van het bronmateriaal zelfs verhogen. Zo kan het gebruik van „samples" van vergeten fonogrammen en muziekwerken de belangstelling voor deze laatste doen herleven en bijvoorbeeld het aantal wettige „streams" van deze werken op platformen zoals Spotify doen toenemen (zie, voor bewijs daarvan, Schuster, W.M., „Fair use, girl talk, and digital sampling – an empirical study of music sampling's effect on the market for copyrighted works", *Oklahoma Law Review*, deel 67, nr. 3, 2015).

159 Om precies te zijn: deze overwegingen worden in aanmerking genomen, maar alleen *binnen de reikwijdte van een bepaalde beperking of restrictie*. Wanneer het gebruik onder een dergelijke beperking of restrictie valt, dan is de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de IM-richtlijn van toepassing, en wordt er gekeken of het gebruik „concurreert met de normale exploitatie" van het bronwerk of het bronmateriaal. Buiten dit scenario wordt dit echter niet beoordeeld. Het ontbreken van economische schade kan dus geen rechtvaardiging zijn voor het toestaan van een afwijking wanneer er geen beperking of restrictie van toepassing is.

160 Zie onder meer arrest van 17 december 2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook, naar analogie, EHRM, 10 januari 2013, Ashby Donald e.a. tegen Frankrijk, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40.

161 Conclusie in de gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15 (EU:C:2016:572, punt 248).

162 Dat is iets anders dan de vraag of de wetgever de „wezenlijke inhoud" van een grondrecht heeft geschonden. Eerbiediging van deze „wezenlijke inhoud" en evenredigheid sensu stricto zijn twee verschillende vereisten, en moeten als zodanig behandeld worden.

1. Onevenwicht bij de naburige rechten, zoals die momenteel worden uitgelegd

112. Wat de naburige rechten betreft, lijkt het mij duidelijk dat het onderwerpen van het „herkenbare" hergebruik, in een nieuwe creatie, van *eender welk*, zelfs „zeer kort", fragment van materiaal zoals fonogrammen, vastleggingen van films of uitzendingen, dat „louter" om zijn esthetische eigenschappen is gekozen, aan de uitsluitende reproductierechten van de betrokken producenten of omroeporganisaties, niet kennelijk een „rechtvaardig evenwicht" waarborgt tussen het intellectuele-eigendomsrecht van deze belanghebbenden krachtens artikel 17, lid 2, van het Handvest enerzijds en het recht op vrijheid van kunsten van eenieder krachtens artikel 13 van het Handvest anderzijds. Dit is precies wat het BVerfG in het hoofdgeding, op grond van de door de Duitse grondwet gewaarborgde grondrechten [163], heeft geoordeeld met betrekking tot het hergebruik van „samples". [164]

113. Bij deze evenwichtsoefening moet aan de vrijheid van kunsten krachtens artikel 13 van het Handvest een aanzienlijk gewicht worden toegekend. Dit is zo omdat zij, als emanatie van de vrijheid van meningsuiting, „een van de essentiële grondslagen" van een democratische samenleving vormt. Het recht voor eenieder om deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap is immers „een van de basisvoorwaarden voor [de vooruitgang van een dergelijke samenleving]". [165]

114. Daarentegen is de aanspraak van de producenten en omroeporganisaties krachtens artikel 17, lid 2, van het Handvest, minder dwingend. Ik herinner eraan dat het in deze bepaling vastgelegde recht op intellectuele eigendom moet worden beschouwd in relatie tot zijn maatschappelijke functie. [166] Met andere woorden, de bescherming van de „eigendom" van de producent of omroeporganisatie is geen doel op zich. De uitsluitende naburige rechten op fonogrammen, films en uitzendingen moeten worden beschouwd in het licht van hun rechtvaardiging. Als beperkingen op eenieders vrijheid van kunsten mag aan deze rechten geen grotere reikwijdte worden gegeven dan door die rechtvaardiging wordt vereist. [167]

115. Naar mijn mening kan de grondgedachte van investeringsbescherming die de aan producenten en omroeporganisaties verleende naburige rechten rechtvaardigt, zoals uiteengezet in punt 28 hierboven, ongeacht de verdiensten ervan [168], in het licht van de vrijheid van kunsten niet vereisen dat deze naburige rechten zien op het creatieve hergebruik van *eender welk* „herkenbaar" fragment van fonogrammen, films of uitzendingen.

163 Zie artikel 5 van het Grundgesetz, dat de vrijheid van kunsten waarborgt.

164 Zie punt 12 hierboven.

165 Zie EHRM, 7 december 1976, Handyside, CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49, en Garben, S., „Fundamental rights in EU copyright harmonization – balancing without a solid framework – Funke Medien, Pelham, Spiegel Online", *Common Market Law Review*, deel 57, nr. 6, 2020, blz. 1909-1932, met name blz. 1929 en 1930.

166 Zie naar analogie arrest van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 355 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

167 Zie naar analogie arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 104-107 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

168 Ten tijde van de vaststelling van het Verdrag van Rome (1961) waren er bijvoorbeeld vaak grote investeringen gemoeid met de productie van platen (door de kosten van opnamestudio's, technici, het maken van een mastertape, de vervaardiging en distributie van platen), en deze kosten rechtvaardigden het naburige recht dat aan producenten van fonogrammen werd verleend (zie WIPO, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, blz. 11). Sommige commentatoren vragen zich af of deze beweegreden nog steeds geldig is, aangezien de kosten voor het opnemen, produceren en distribueren van fonogrammen tegenwoordig bijvoorbeeld slechts een fractie zijn van wat ze vroeger waren (zie Hugenholtz, P.B., „Neighbouring rights are obsolete", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 50, nr. 8, 2019, blz. 1006-1011).

116. Het enkele feit dat producenten en omroeporganisaties inkomsten kunnen halen uit het in licentie geven van dergelijke fragmenten is op zich niet relevant. De naburige rechten zijn bedoeld om ervoor te zorgen dat de verkoop van en de rechtmatige transacties in verband met dit materiaal niet in gevaar worden gebracht door onwettige kopieën, zodat de producenten en omroeporganisaties er een behoorlijk rendement uit kunnen halen en de investering in de productie ervan kunnen terugverdienen.[169] Zij waren niet bedoeld om producenten en omroeporganisaties de mogelijkheid te garanderen om de hoogst mogelijke vergoeding voor hun fonogrammen, films en uitzendingen te innen door het verlenen van licenties voor eender welk fragment.[170]

117. Anders dan het „lenen" van iemands tastbare eigendom, vermindert niet elke afzonderlijke reproductie van fragmenten van een fonogram, film of uitzending de waarde ervan, waardoor ze een bedreiging zou vormen voor de investering van de betrokken producent of omroeporganisatie. Deze rechthebbenden dienen alleen te worden beschermd tegen reproducties van delen van hun materiaal, zoals „samples" van fonogrammen, die voldoende substantieel zijn (vanuit kwantitatief of kwalitatief oogpunt) om in de weg te staan aan de mogelijkheid die zij hebben om een behoorlijk rendement op hun investering te krijgen, omdat deze reproducties zouden kunnen worden gebruikt om een vervangingsproduct te creëren, hetgeen mogelijk een negatieve invloed zou hebben op de verkoop van of andere rechtmatige transacties met betrekking tot dit materiaal.[171]

118. Met betrekking tot fonogrammen zou het bijvoorbeeld gaan om lange en/of kenmerkende samples waarin „pakkende melodieën" van bekende liedjes opgenomen zijn. Daarentegen zou het hergebruik van korte en/of niet-kenmerkende samples geen dergelijk risico meebrengen, ongeacht of deze samples „voor het oor herkenbaar" zijn bij een vergelijkende beluistering. Derhalve is er weinig of geen rechtvaardiging om in het tweede scenario de belangen van de rechthebbenden te laten prevaleren boven de vrijheid van kunsten.[172]

119. Een dergelijke uitlegging ondermijnt daarentegen in aanzienlijke mate de vrijheid van kunsten, aangezien zij een belemmering vormt voor hedendaagse kunstvormen, die mogelijk worden gemaakt door de digitale revolutie en gebaseerd zijn op het hergebruik van fonogrammen, vastleggingen van films en uitzendingen, zoals „sampling", ondanks de culturele

169 Zie overweging 10 van de IM-richtlijn. Uit de ontstaansgeschiedenis van het Verdrag van Rome blijkt dat met name het naburige recht dat aan producenten van fonogrammen werd verleend, een reactie was op de opkomst van massale „piraterij" van platen in de jaren 1960, toen goedkope en gemakkelijk te gebruiken opnameapparaten steeds meer voor het publiek beschikbaar kwamen (zie WIPO, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, blz. 11). Dit recht was bedoeld om te voorkomen dat slaafse kopieën van platen op de markt zouden komen, omdat deze kopieën in de plaats zouden treden van de originelen, waardoor de producenten hun investering niet zouden kunnen terugverdienen en hun motivatie om te blijven investeren in fonogrammen zou verdwijnen (zie Hugenholtz, P.B., voetnoot 168, op. cit., blz. 1006-1011; Westkamp, G., voetnoot 56, op. cit.; Grisse, K., en Kaiser, C., voetnoot 35, op. cit., blz. 79 en 80, en BVerfG, beslissing vermeld in punt 12 hierboven, punt 104).

170 Zie arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 107 en 108).

171 Op dezelfde manier heeft het Hof met betrekking tot het recht sui generis dat aan de fabrikant van een databank wordt verleend [zie artikel 7 van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PB 1996, L 77, blz. 20)], geoordeeld dat handelingen van opvraging en hergebruik van de inhoud van een databank slechts onder het uitsluitende recht vallen „voor zover die handelingen […] het risico meebrengen dat [de investering van deze fabrikant] niet met een normale exploitatie van de betrokken databank kan worden terugverdiend" (arrest van 3 juni 2021, CV-Online Latvia, C-762/19, EU:C:2021:434, punt 47), met name omdat dergelijke handelingen dicht in de buurt komen van het creëren van een vervangingsproduct, waardoor inkomsten worden omgeleid die naar genoemde fabrikant horen te gaan (ibidem, punt 40).

172 Het uitbreiden van de naburige rechten tot dergelijke fragmenten betekent in feite dat rechthebbenden een ruimer recht genieten dan auteurs op hun werken. Producenten kunnen effectief verhinderen dat uit hun fonogrammen herkenbare „samples" worden genomen, terwijl de auteur van het onderliggende werk zou moeten aantonen dat de betrokken „sample" een „origineel" deel van dit werk belichaamt. Dat zou vaak niet het geval zijn bij korte of niet-kenmerkende „samples" die gangbare elementen kunnen belichamen en/of te kort zijn om de „originaliteit" van dit werk te dragen. Evenmin is duidelijk, in het licht van de respectieve grondgedachten van deze twee groepen intellectuele-eigendomsrechten, waarom een „loutere" vastleggingshandeling een betere bescherming zou moeten krijgen dan creativiteit.

waarde die eraan verbonden is. Het onderwerpen van elk „herkenbaar" hergebruik van eender welk fragment van fonogrammen, vastleggingen van films en uitzendingen aan een voorafgaande controle door de rechthebbenden staat ook haaks op de werking en de realiteit van het internet. Als zodanig opgevat, staan deze rechten in de weg aan alledaagse communicatie en internettrends, zoals memes en gifs evenals het hele scala aan UGC dat hierboven is besproken.[173]

120. De tegenargumenten houden volgens mij bij een nadere beschouwing geen stand. De moeilijkheden inzake het verkrijgen van toestemming voor samples zijn hierboven reeds onderzocht. De door CG voor het Hof herhaalde bewering dat er geen werkelijke belemmering voor de kunsten bestaat, omdat de naburige rechten enkel van toepassing zijn op reproducties van het fonogram (of op de vastleggingen van de film, enz.) *als zodanig*, zodat makers altijd vrij zijn om zelf de opgenomen geluiden (of beelden) opnieuw te creëren (met behulp van muziekinstrumenten of welke hulpmiddelen dan ook), is niet overtuigend. Naar mijn mening gaat deze bewering voorbij aan de essentie zelf van kunstvormen die juist berusten op het gebruik van *opgenomen muziek* om nieuwe muziek te creëren (of opgenomen audiovisuele inhoud om nieuwe audiovisuele inhoud te creëren). Zij berust op de geringschattende veronderstelling dat, bijvoorbeeld in de muziek, „samples" van fonogrammen worden gebruikt om de arbeid, tijd en moeite te besparen die nodig zouden zijn om het onderliggende geluid opnieuw te creëren. In feite worden vaak „samples" gebruikt en gecombineerd vanwege de bijzondere esthetische resultaten die dit oplevert. Het zou niet altijd mogelijk zijn om hetzelfde resultaat te bereiken door het in een plaat vervatte geluid opnieuw op te nemen. Het ene is dus niet altijd (vanuit artistiek oogpunt) een substituut voor het andere. Bovendien kost „sampling" in veel situaties meer tijd en moeite dan de onafhankelijke productie van een soortgelijk geluid. „Samplers" moeten naar een breed scala aan muziek luisteren, kiezen wat ze denken dat bij elkaar zal passen en dit vervolgens verwerken. Dit kan arbeidsintensief zijn.[174]

121. Ik ben mij er terdege van bewust dat de uitsluiting, in het arrest Pelham I, van het reproductierecht van de producenten van fonogrammen van „samples" die zodanig zijn gewijzigd dat zij „voor het oor onherkenbaar" zijn, reeds door het Hof werd voorgesteld als een bijdrage tot het waarborgen van een „rechtvaardig evenwicht" tussen de vrijheid van kunsten en het intellectuele-eigendomsrecht van de producent.

122. Zeggen dat „sampling" vrij is wanneer de betrokken sample „onherkenbaar" is, ontkent echter ook een deel van de essentie van kunstvormen die gebaseerd zijn op het creëren van muziek door het gebruik van voor hun esthetische eigenschappen geselecteerde opnames: als de „sample" zo vervormd moet worden dat hij niet meer herkenbaar is, waarom zou je hem dan überhaupt gebruiken?[175] Nog belangrijker is, met alle respect, dat het Hof de rechten en belangen in kwestie niet grondig heeft afgewogen.[176] Hoewel het Hof heeft verklaard dat zijn uitlegging enige ruimte laat voor het vrije hergebruik van samples (via vervorming)[177], heeft het niet uitgelegd i) hoe een „herkenbare", zelfs zeer korte, sample in de weg zou kunnen staan aan de mogelijkheid

173 Zie Senftleben, M., voetnoot 56, op. cit., blz. 757-758; Arora, Y., „Music sampling and copyright law – are the courts hung up on restricting creativity?", *Trinity College Law Review*, deel 25, 2022, blz. 168-190; Westkamp, G., voetnoot 56, op. cit., en Kraetzig, V., „Pastiche als Fair Use?", *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2024, blz. 1-9.

174 Zie Katz, M., voetnoot 45, op. cit.; Arora, Y., voetnoot 173, op. cit., blz. 172-174; Bently, L., en Sherman, B., „Culture of copying – digital sampling and copyright law", *Entertainment Law Review*, deel 3, nr. 5, 1992, blz. 158-163, met name blz. 160.

175 Zie Döhl, F., voetnoot 79, op. cit., blz. 422, en Arora, Y., voetnoot 173, op. cit., blz. 184.

176 Zie voor dezelfde commentaar Grisse, K., en Kaiser, C., voetnoot 35, op. cit., blz. 80; Garben, S., voetnoot 165, op. cit., blz. 1911, 1912 en 1927-1929, en Westkamp, G., voetnoot 56, op. cit.

177 Zie arrest Pelham I (punten 36-38).

van de producent om een behoorlijk rendement op zijn investering te krijgen, en ii) waarom de economische belangen van de producent zwaarder zouden moeten wegen dan de in sociaal opzicht fundamentele vrijheid van kunsten, zelfs met betrekking tot korte fragmenten.

123. Naar mijn mening zijn er verschillende manieren om het in de voorgaande punten beschreven onevenwicht te verhelpen, door de in de IM-richtlijn neergelegde regeling holistisch te benaderen.

124. Ten eerste zou het Hof verder kunnen gaan dan de uitspraak in het arrest Pelham I en in plaats daarvan het eerder open begrip „gedeeltelijke reproductie" in de zin van artikel 2, onder c) tot en met e), van de IM-richtlijn[178] – daarbij naar behoren rekening houdend met de grondgedachte van het in deze bepaling neergelegde recht – op teleologische wijze uitleggen als uitsluitend betrekking hebbende op fragmenten die in de weg kunnen staan aan de mogelijkheid voor de producent of omroeporganisatie om een behoorlijk rendement op de gedane investering te krijgen. De vaststelling van een dergelijke de-minimisregel zou „het evenwicht herstellen" voor de naburige rechten en dus de verenigbaarheid ervan met artikel 52, lid 1, van het Handvest verzekeren.

125. Ten tweede zou het noodzakelijke „herstel van het evenwicht" ook worden bereikt indien de Uniewetgever de IM-richtlijn uitdrukkelijk zou wijzigen teneinde korte fragmenten uit te sluiten van de werkingssfeer van artikel 2, onder c) tot en met e), ervan[179], of een uitzondering op te nemen die is gewijd aan het hergebruik van beschermd materiaal, waaronder fragmenten van fonogrammen, films en uitzendingen, in nieuwe artistieke creaties, waarbij (onder meer) dient te zijn voldaan aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van deze richtlijn (die, ik herhaal, een vereiste bevat dat door het gebruik „geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of [ander materiaal]"), zoals wordt besproken in deel 3 hieronder.

2. Een toereikend evenwicht bij het auteursrecht

126. Daarentegen voldoet het verbod om „originele", zelfs kleine, delen van beschermde werken te nemen met het oog op een nieuwe creatie, behoudens de uitzonderingen voor „citeren", „parodieën" en „pastiches", naar mijn mening aan de vereisten van evenredigheid sensu stricto.

127. De aanspraak van de auteur op intellectuele eigendom, krachtens artikel 17, lid 2, van het Handvest, weegt aanzienlijk zwaarder door in de balans dan die van producenten en omroeporganisaties, waarop het vorige deel betrekking heeft. De functie van het intellectuele-eigendomsrecht van de auteur met betrekking tot zijn „werken" bestaat erin dat zijn *eigen* recht op vrijheid van kunsten krachtens artikel 13 van het Handvest wordt beschermd. Het gaat niet alleen om de bescherming van een economische investering. Er zijn andere,

[178] Naar mijn mening verplicht noch de tekst van artikel 2, onder c), van de IM-richtlijn, noch de in deze richtlijn neergelegde regeling het Hof om de uitdrukking „gedeeltelijke reproductie" in de zin van deze bepaling letterlijk uit te leggen, als omvattende eender welk fragment van een fonogram (arrest Pelham I, punten 29 en 30). In feite heeft het Hof een dergelijke letterlijke uitlegging verworpen en in plaats daarvan gekozen voor een teleologische uitlegging met betrekking tot het reproductierecht dat aan auteurs op hun werken wordt toegekend. Daar heeft het de uitdrukking „gedeeltelijke reproductie" in de zin van artikel 2, onder a), van de IM-richtlijn zo uitgelegd dat niet elk fragment van een werk daaronder valt, maar alleen die fragmenten die delen in de „originaliteit" van het geheel.

[179] Zoals hij bijvoorbeeld in artikel 15, lid 1, van de DEM-richtlijn heeft gedaan met betrekking tot het aan uitgevers van perspublicaties verleende naburige recht op het onlinegebruik van hun perspublicaties door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij.

persoonlijkere en fundamentelere redenen die een auteur verbinden met de vruchten van zijn schepping, en die verklaren waarom hij legitiem inspraak wil hebben in het hergebruik ervan door andere makers. [180]

128. In gevallen van hergebruik van een werk in een nieuwe creatie komen dus in feite *twee makers* met tegenstrijdige aanspraken op de vrijheid van kunsten tegenover elkaar te staan, zodat het verzoenen van deze tegenstrijdige belangen een bijzonder complexe oefening wordt. Dit rechtvaardigt dat in dit opzicht een *bijzonder* ruime discretionaire bevoegdheid wordt toegekend aan de Uniewetgever.

129. Hoewel het precieze gewicht van hun respectieve aanspraak kan variëren, zoals vermeld in punt 107 hierboven, is het abstracte „evenwicht" dat in de IM-richtlijn is vastgelegd naar mijn mening in elk geval over het algemeen „billijk". De reikwijdte van het reproductierecht dat krachtens artikel 2, onder a), van de IM-richtlijn aan auteurs met betrekking tot hun „werken" wordt toegekend, heeft weliswaar gevolgen voor kunstvormen die gebaseerd zijn op hergebruik en dagelijkse communicatie op het internet [181], maar gaat zijn rechtvaardiging niet te buiten, aangezien het beperkt is tot het kopiëren van „originele" delen van deze werken, waardoor het iedereen vrijstaat om elementen te hergebruiken die niet de eigen creatie van de auteur zijn, zoals in punt 26 hierboven is uitgelegd. Verder laten de uitzonderingen voor „citeren", „parodieën" en „pastiches" ruimte voor referentieel/dialogisch of imiterend gebruik van bestaande werken, of zelfs voor de ondermijning van deze werken voor humoristische en satirische doeleinden. [182] Dit betekent niet dat het „evenwicht" dat in het huidige systeem is bereikt het enige denkbare is, zoals in het volgende deel zal worden uiteengezet.

3. Wenselijke evolutie de lege ferenda

130. Vaak wordt opgemerkt dat de Unieregels inzake literaire en artistieke eigendom als ultiem doel hebben om de creatie, productie en verspreiding van informatie, kennis en cultuur te bevorderen. [183] Logischerwijs moeten de uitsluitende rechten en de beperkingen en restricties met dit ultieme doel voor ogen worden ontworpen.

131. In dit opzicht zou het wenselijk kunnen zijn om de flexibiliteit van deze regeling met betrekking tot het artistieke (of zelfs communicatieve) hergebruik van beschermd materiaal te vergroten. Dat zou beter afstemmen op de behoeften van verschillende hedendaagse kunststromingen, zoals hiphop. Het is op zijn minst twijfelachtig of dit genre in de jaren 1980 zo'n bloei zou hebben gekend indien de uitsluitende rechten voor auteurs en producenten, zoals bepaald in de IM-richtlijn, naar de letter waren toegepast. Hetzelfde geldt voor veel van de in punt 32 hierboven genoemde historische voorbeelden. Het belemmeren van de ontwikkeling van nieuwe kunstvormen is eigenlijk geen sociaal wenselijke uitkomst. Deze regeling zou ook beter kunnen worden afgestemd op de werking en trends van het internet. UGC is in dit opzicht een belangrijk maatschappelijk fenomeen. Toch slaagt de huidige regeling er niet in hiervoor

[180] De morele rechten die door het internationale en nationale recht aan auteurs worden toegekend, weerspiegelen dit (zie voetnoot 54 hierboven).

[181] Veel memes, gifs, mash-ups, „samples" enz. zullen, naast de naburige rechten van producenten en omroeporganisaties, ook het auteursrecht schenden omdat ze „originele" delen van werken bevatten.

[182] Toch kan niet worden uitgesloten dat er uitzonderlijke omstandigheden kunnen zijn (die niet door de wetgever zijn voorzien) waarin het auteursrecht een kennelijk onevenredige beperking van de vrijheid van meningsuiting zou kunnen vormen, hetgeen zou kunnen rechtvaardigen dat een rechter vrijelijk een op die vrijheid gebaseerd gebruik toestaat (zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Pelham I, punt 98).

[183] Zie de overwegingen 9-11 en 14 van de IM-richtlijn.

specifieke oplossingen te bieden. Talrijke waardevolle afgeleide uitingen bestaan op het internet in een soort grijze zone, meestal als gevolg van een impliciet gedogen door de rechthebbenden (of de feitelijke onmogelijkheid om ze allemaal te controleren). Deze vormen van creativiteit moeten misschien ook wel worden ondersteund. Dit is niet alleen een kwestie van sociale participatie, maar ook een van artistieke diversiteit. Uiteindelijk bestaat ook het risico dat deze regeling door zowel makers als publiek wordt verworpen indien te rigide regels niet worden aangepast aan een veranderende omgeving.

132. Het voorzien in een uitzondering voor artistiek hergebruik van beschermd materiaal (zoals de „vrij gebruik"-clausule in de Duitse wet), die een concrete afweging, per geval, van de rechten en belangen van de partijen mogelijk maakt, zou in dit opzicht helpen. Dit zou zeer creatieve en dus maatschappelijk waardevolle gevallen van artistiek hergebruik ondersteunen (terwijl ongeïnspireerd kopiëren wordt afgeweerd). Een systeem van omkaderde, verplichte licenties of wettelijk opgelegde vergoedingen [184] zou ook kunnen worden overwogen om de makers van gisteren in bepaalde gevallen te ondersteunen. Een dergelijke flexibele, open uitzondering zou er ook voor zorgen dat de regeling van literaire en artistieke eigendom zich tijdig aanpast aan huidige en toekomstige sociale en technologische veranderingen. Vanuit economisch oogpunt zou het feit dat veel landen wereldwijd een dergelijke clausule hebben ingevoerd, de bezorgdheid dat deze de cultuurindustrieën van de Unie zou „vernietigen", moeten temperen. [185] Hoe dan ook staat het aan de wetgever om dergelijke mechanismen in te voeren. [186]

V. Conclusie

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

„1) Artikel 5, lid 3, onder k), 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

het begrip ‚pastiche' in de zin van deze bepaling betrekking heeft op een artistieke creatie die i) een bestaand werk oproept door de desbetreffende kenmerkende ‚esthetische taal' over te nemen, daarbij ii) merkbaar verschilt van de geïmiteerde bron en iii) bedoeld is om als een imitatie te worden herkend. Het doel dat met die openlijke stijlimitatie wordt nagestreefd, is

184 Zoals de „billijke compensatie" die wordt toegekend in geval van kopiëren voor privégebruik [zie artikel 5, lid 2, onder a), van de IM-richtlijn]. Bovendien zou, wat het hergebruik van werken betreft, het morele recht op integriteit van de auteur, zoals opgevat in de Berner Conventie, worden geëerbiedigd indien de auteur enkel het hergebruik zou mogen verbieden dat schadelijk zou zijn voor zijn eer of goede naam. Aan het recht van toeschrijving zou worden voldaan door de makers van morgen te verplichten hun bronnen te vermelden, wat volkomen redelijk lijkt.

185 Zie Geiger, C., „Freedom of artistic creativity and copyright law – a compatible combination?", *UC Irvine Law Review*, deel 8, nr. 3, 2018, blz. 413-458; McDonagh, L.T., „Is the creative use of musical works without a licence acceptable under copyright law?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 43, nr. 4, 2012, blz. 401-426; Senftleben, M., voetnoot 57, op. cit., blz. 751-769; Westkamp, G., voetnoot 57, op. cit., en Döhl, F., voetnoot 80, op. cit., blz. 387, 417 en 440-443.

186 Om te voldoen aan de driestappentoets die is neergelegd in de verschillende internationale instrumenten die de Unie binden en die de creatie van nieuwe uitzonderingen op het auteursrecht of de naburige rechten inperkt (zie artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie; artikel 13 van de TRIPS-overeenkomst; artikel 10, leden 1 en 2, van het WCT, en artikel 16, leden 1 en 2, van het WPPT 1996), en met name om te voldoen aan de „bijzondere gevallen"-stap, moet een dergelijke uitzondering worden omkaderd door noodzakelijke en voldoende voorwaarden. Of het gebruik voldoet aan de twee andere stappen, namelijk dat „geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie" van het werk of materiaal en „de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad", kan door rechters van geval tot geval worden geverifieerd.

irrelevant. Het gebruik van beschermde elementen uit werken of ander materiaal, met inbegrip van ‚samples' van fonogrammen, valt onder de overeenkomstige uitzondering wanneer het leidt tot een artistieke creatie met die essentiële kenmerken.

2) Artikel 5, lid 3, onder k), van richtlijn 2001/29

moet aldus worden uitgelegd dat

het gebruik van een beschermd werk of ander beschermd materiaal moet worden beschouwd als gebruik ‚voor […] pastiches' in de zin van deze bepaling wanneer het ‚pastiche'-karakter van dit gebruik herkenbaar is voor een persoon die vertrouwd is met het hergebruikte beschermde materiaal en die over het vereiste intellectuele inzicht beschikt om de ‚pastiche' waar te nemen.”