CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 22 mei 2008 [1]

I — Inleiding

1. Kunstenaars hebben de gewoonte om pseudoniemen te gebruiken, waardoor het publiek slechts moeilijk weet wanneer zijn favoriete sterren in films, in het theater, in de schilder- of muziekwereld hun echte naam gebruiken of wanneer zij zich verbergen achter een kunstenaarsnaam. Zeer weinigen is het gegund dat hun fictieve en hun ware identiteit een vergelijkbare verbreiding kennen (spontaan denk ik alleen aan Marilyn Monroe/Norma Jeane Backer).

2. Aldus zou de singer-songwriter over wie het in casu gaat, met zijn echte naam — Shabtai Zisel ben Abraham, daar hij afkomstig is van een familie uit Odessa — waarschijnlijk in een zeer beperkte kring beroemd zijn geworden. [2] Ik vermoed zelfs dat ook de vertaling ervan in een Europese taal (Robert Allen Zimmerman) hem niet meer succes zou hebben bezorgd. Daarentegen is zijn kunstenaarsnaam welbekend bij verschillende generaties van muziekliefhebbers: Bob Dylan. [3]

3. Zoals bij Phil Collins [4] en Cliff Richard [5] is het werk van deze zanger, die een bewonderaar is van de dichter uit Wales Dylan Thomas (1914-1953) [6], van wie hij de voornaam heeft geleend om er zijn familienaam van te maken, het geliefde voorwerp van zeer lucratieve opnamen, die om deze reden willekeurig worden gereproduceerd.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — De biografische gegevens zijn te vinden in Satué, F.J., *¡Más madera! Una historia del Rock*, Ed. Belacqva, Barcelona, 2004, blz. 397 e.v.

3 — De laatste tijd lijkt zijn wekelijks radioprogramma „Theme time radio hour", dat wordt uitgezonden door XM Satellite Radio, veel luisteraars te hebben (EL PAÍS, dinsdag 25 maart 2008, blz. 48). Verder werd zijn leven verfilmd in *I'm Not There* (2007), een hommage van regisseur Todd Haynes aan de musicus.

4 — Drummer en zanger van de pop/rockgroep „Genesis", vervolgens solo-artiest; stond aan de basis van het arrest van 20 oktober 1993, Phil Collins e.a. (C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145).

5 — Zijn echte naam is Harry Rodger Webb, vroeger leadzanger van de Shadows (http://www.cliffrichard.org/).

6 — Het is onduidelijk of deze bewondering zich beperkte tot de gedichten, dan wel ook betrekking had op de levensstijl van deze schrijver, die zichzelf uitriep tot „'s werelds grootste dronkaard" en althans gedurende zijn jeugd een verstokt bohémien was, zoals blijkt uit zijn werk „Portrait of the artist as a young dog", waarin hij schrijft: „De jonge Thomas had momenteel geen werk, maar hij dacht binnenkort naar Londen te vertrekken om te proberen carrière te maken in Chelsea als journalist; hij had geen rooie cent en koesterde de vage hoop, te leven van de vrouwen."

4. Het Bundesgerichtshof (hoogste Duitse rechterlijke instantie) heeft drie prejudiciële vragen gesteld over een aantal fonogrammen met werken van dit geweldige rockidool die in het begin van de jaren zestig werden gemaakt. Het dient te oordelen over de bescherming van deze fonogrammen in Duitsland, maar heeft grondige twijfel over de mogelijke bescherming ervan op grond van het gemeenschapsrecht, daar bescherming op grond van het Duitse recht uitgesloten is.

5. Het economische belang van de zaak is niet te onderschatten, aangezien van de uitkomst ervan afhangt of een groot aantal werken die dateren van vóór de inwerkingtreding van de Duitse wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in 1966 publiek bezit blijven en dus vrij kunnen worden geëxploiteerd, dan wel door dergelijke rechten worden beschermd, zodat zij enkel met inachtneming van de wil van de rechthebbenden kunnen worden geëxploiteerd.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

6. De harmonisatie van de regelgevingen van de lidstaten inzake intellectuele eigendom is hoofdzakelijk tot stand gebracht door richtlijn 93/98/EG [7], die vervolgens werd gewijzigd [8] en ingetrokken bij richtlijn 2006/116/EG [9], die de voorgaande codificeert.

7. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG bepaalt onder het opschrift „Duur van de naburige rechten" het volgende:

„De rechten van producenten van fonogrammen vervallen 50 jaar na de vastlegging. […]

Dit lid mag er niet toe leiden dat de rechten van de producenten van fonogrammen die op 22 december 2002 niet langer waren beschermd doordat de overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/98/EEG, in de versie vóór wijziging bij 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 verleende beschermingstermijn is verstreken, opnieuw worden beschermd."

7 — Richtlijn van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 290, blz. 9).

8 — In het bijzonder bij 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 (PB L 167, blz. 10).

9 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 372, blz. 12).

8. Artikel 7 van richtlijn 2006/116/EG, met als opschrift „Bescherming ten opzichte van derde landen", voegt daaraan het volgende toe in de leden 1 en 2 ervan:

„1. Voor werken waarvan het land van oorsprong in de zin van de Berner Conventie [10] een derde land is en de auteur van het werk geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap is, vervalt de door de lidstaten verleende bescherming op de dag waarop de bescherming in het land van oorsprong van het werk vervalt, zonder dat de in artikel 1 gestelde termijn mag worden overschreden.

2. De in artikel 3 gestelde beschermingstermijnen gelden ook voor rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn, mits hun door de lidstaten bescherming wordt verleend. Onverminderd de internationale verplichtingen van de lidstaten vervalt de door de lidstaten verleende bescherming evenwel uiterlijk bij het vervallen van de bescherming in het land waarvan de rechthebbende onderdaan is, zonder dat de in artikel 3 gestelde termijn mag worden overschreden.

[…]"

10 — Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, volgens de Akte van Parijs van 24 juli 1971, zoals gewijzigd op 28 september 1979 (kan worden geraadpleegd op http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html).

9. Artikel 10, leden 1, 2 en 3, van richtlijn 2006/116/EG, met als opschrift „Toepassing in de tijd", luidt als volgt:

„1. Een beschermingstermijn die op 1 juli 1995 in een lidstaat al was aangevangen en die langer is dan de overeenkomstige termijn die bij deze richtlijn wordt vastgesteld, kan in die lidstaat door deze richtlijn niet worden verkort.

2. De beschermingstermijnen waarin deze richtlijn voorziet, gelden voor alle werken en voorwerpen die op de in lid 1 genoemde datum in ten minste één lidstaat beschermd werden door de nationale wetgeving op het gebied van het auteursrecht of de naburige rechten, of die aan de beschermingscriteria van richtlijn [92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom] voldoen.

3. Deze richtlijn laat alle vóór de in lid 1 genoemde datum verrichte exploitatiehandelingen onverlet. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om met name de verworven rechten van derden te beschermen.

[…]"

B — *Internationaal recht*

10. In het kader van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (World Intellectual Property Organization; hierna: „WIPO") werden drie internationale verdragen gesloten die specifiek zijn gewijd aan de waarborging van de rechten van de producenten van fonogrammen: het „Verdrag van Rome" [11], de „Overeenkomst Fonogrammen" [12] en het „WPPT". [13] Laatstgenoemd verdrag werd namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG [14], voor zover dit aangelegenheden betreft waarvoor zij bevoegd is.

11. Wat de duur van bescherming van de rechten van producenten van fonogrammen betreft, kan een tendens tot verlenging ervan worden vastgesteld, aangezien het Verdrag van Rome [15] en de Overeenkomst Fonogrammen [16] voorzagen in een duur van minstens 20 jaar, maar het WPPT deze duur heeft verlengd tot minimaal 50 jaar. [17]

12. De TRIPs-Overeenkomst [18] wijdt met het oog op de gedeeltelijke harmonisatie van de intellectuele-eigendomsrechten wegens de incidentele invloed ervan op de internationale handel, een reeks bepalingen aan de verschillende vormen van intellectuele eigendom. Hierna worden de bepalingen inzake geluidsopnamen ter sprake gebracht die bijdragen tot de oplossing in deze zaak.

13. Onder de basisregels dient aldus te worden gewezen op artikel 3, dat het beginsel van nationale behandeling formuleert:

„1. Elk lid kent aan onderdanen van andere leden een behandeling toe die niet minder gunstig is dan die welke het toekent aan zijn eigen onderdanen met betrekking tot de bescherming van de intellectuele eigendom, onder voorbehoud van de uitzonderingen die reeds bepaald zijn in onderscheidenlijk het Verdrag van Parijs (1967), de Berner Conventie (1971), het Verdrag van Rome en het Verdrag inzake de intellectuele eigendom met betrekking tot geïntegreerde schake-

11 — Inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, aangenomen te Rome op 26 oktober 1961.

12 — Ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen van 29 oktober 1971.

13 — WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen, aangenomen te Genève op 20 december 1996; alle kunnen worden geraadpleegd op http://www.wipo.int/treaties/en/.

14 — Besluit van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB L 89, blz. 6).

15 — Artikel 14, eerste alinea, sub a.

16 — Artikel 4.

17 — Artikel 17, lid 2.

18 — Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-Overeenkomst") — Bijlage 1C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, goedgekeurd namens de Gemeenschap bij besluit 94/800/CE 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 L 336, blz. 1; de TRIPs-Overeenkomst bevindt zich op blz. 213).

lingen. Wat betreft uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties geldt deze verplichting slechts met betrekking tot de in deze Overeenkomst bepaalde rechten. […]”

14. Daartegenover bevestigt artikel 4 van de TRIPs-Overeenkomst de clausule van meestbegunstiging, in die zin dat elk voordeel, elke gunst, elk voorrecht of elke vrijstelling die c.q. dat een lid verleent aan de onderdanen van een ander land terstond en onvoorwaardelijk wordt verleend aan de onderdanen van alle andere leden, waarbij vervolgens een aantal uitzonderingen op deze verplichting worden vermeld die in het kader van het hoofdgeding achterwege kunnen worden gelaten.

15. Artikel 9, lid 1, van de TRIPs-Overeenkomst verwijst naar de Berner Conventie door de overeenkomstsluitende staten aan te manen, de artikelen 1 tot en met 21 ervan na te leven.

16. Met betrekking tot de rechten van de producenten van geluidsopnamen bepaalt artikel 14 van de TRIPs-Overeenkomst het volgende:

„1. Met betrekking tot een vastlegging van hun uitvoering op een fonogram hebben uitvoerende kunstenaars de mogelijkheid de volgende handelingen te beletten, wanneer deze worden verricht zonder hun toestemming: de vastlegging van hun niet vastgelegde uitvoering en de reproductie van deze vastlegging. […]

2. Producenten van fonogrammen genieten het recht de directe of indirecte reproductie van hun fonogrammen toe te staan of te verbieden.

[…]

5. De krachtens deze Overeenkomst voor uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen geldende duur der bescherming loopt tot ten minste het einde van een tijdvak van vijftig jaar berekend van het einde van het kalenderjaar waarin de vastlegging werd vervaardigd of de uitvoering plaatsvond. […]

[…]”

C — *Nationaal recht*

17. In Duitsland wordt de intellectuele eigendom geregeld door het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [19] (Duitse wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten; hierna: „UrhG"). § 137f UrhG is een overgangsbepaling voor de aanpassing van het nationale recht aan richtlijn 93/98/EG. § 137f, leden 2 en 3, luidt als volgt:

„[…]

2) De bepalingen van deze wet in de per 1 juli 1995 geldende versie zijn eveneens van toepassing op werken waarvan de bescherming op grond van deze wet vóór 1 juli 1995 is verstreken, maar die op deze datum nog worden beschermd op grond van de wet van een andere lidstaat van de Europese Unie of van een staat die partij is bij de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Het bepaalde in de eerste zin geldt mutatis mutandis voor de […] rechten van […] producenten van fonogrammen (§ 85) […].

3) Indien de bescherming van een werk binnen de werkingssfeer van deze wet overeenkomstig lid 2 herleeft, kan de auteur op deze rechten aanspraak maken. Niettemin mag een gebruikshandeling die vóór 1 juli 1995 is aangevangen, in het voorziene kader worden voortgezet. Voor gebruik vanaf 1 juli 1995 is een passende vergoeding verschuldigd. Het bepaalde in de eerste drie zinnen geldt tevens voor de naburige rechten.

[…]"

III — Feiten van het hoofdgeding

18. De onderneming Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (hierna: „Falcon"), verweerster in het hoofdgeding en in Revision, verhandelt twee fonogrammen met opnamen van uitvoeringen van de kunstenaar Bob Dylan op een compact disc of „cd" als drager. De eerste cd is getiteld „Bob Dylan — Blowin' in the Wind" en de tweede „Bob Dylan — Gates of Eden".

19. Op deze fonogrammen bevinden zich liedjes die oorspronkelijk op de albums „Bob Dylan — Bringing It All Back Home", „The Times They Are A-Changin'" en „Highway 61 Revisited" zijn verschenen.

20. Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (hierna: „Sony"), verzoekster in het hoofdgeding en in Revision, is de Duitse

19 — Wet van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273), laatstelijk gewijzigd bij het Fünfte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (vijfde wet tot wijziging van de wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten) van 10 november 2006 (BGBl. I, blz. 2587).

dochteronderneming van de bekende Japanse multinational met dezelfde naam. Zij voert aan dat alle titels van het repertoire op beide fonogrammen openbaar zijn gemaakt in de Verenigde Staten vóór 1 januari 1966, te weten in 1964 en 1965.

21. Zij stelt tevens dat een Amerikaanse platenmaatschappij de rechten op de originele fonogrammen van de Bob Dylan-albums ook voor het Duitse grondgebied heeft verworven en dat deze rechten aan Sony werden overgedragen, zodat verweerster inbreuk maakt op haar intellectuele-eigendomsrechten door die cd's te reproduceren en distribueren.

22. Derhalve vordert Sony dat Falcon het verbod wordt opgelegd, de cd's „Bob Dylan — Blowin' in the Wind" en „Bob Dylan — Gates of Eden" te reproduceren of te laten reproduceren en te distribueren of te laten distribueren. Tevens wordt gevorderd dat Falcon bepaalde informatie moet verstrekken en de door Sony geleden schade dient te vergoeden.

23. Falcon voert evenwel aan dat de Duitse regelgeving de rechten van een platenmaatschappij op de Bob Dylan-albums die vóór 1 januari 1966 werden opgenomen, niet beschermt.

24. In eerste aanleg heeft het Landgericht Rostock het betoog van Sony niet aanvaard en de vorderingen afgewezen.

25. In de procedure voor het Oberlandesgericht (appèlrechter) van deze stad aan de Oostzee heeft verzoekster in het kader van een minnelijke schikking afgezien van haar verbodsvordering, maar heeft zij haar vordering tot het verstrekken van bepaalde gegevens en tot schadevergoeding gehandhaafd.

26. De appèlrechter heeft het beroep van Sony verworpen op grond dat volgens de Overeenkomst van Genève, die in Duitsland en de Verenigde Staten van toepassing is, de producenten van fonogrammen alleen voor ná 1 januari 1966 verrichte prestaties recht hebben op bescherming overeenkomstig § 85 UrhG. Verder was hij van mening dat fonogrammen die vóór deze datum werden vastgelegd, evenmin worden beschermd krachtens § 137f UrhG, de overgangsbepaling voor de aanpassing van het nationale recht aan richtlijn 93/98/EG, daar § 137f, lid 2, UrhG niet van toepassing is op fonogrammen die vóór 1 januari 1966 zijn vastgelegd omdat daarvoor in Duitsland op geen enkel tijdstip bescherming heeft bestaan.

IV — Prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

27. In het kader van het beroep tot Revision tegen het arrest van de appèlrechter merkt het Bundesgerichtshof op dat de uitkomst van het

bij hem aanhangige beroep afhangt van de uitlegging van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG. De verwijzende rechter motiveert de relevantie van zijn prejudiciële vragen als volgt.

28. Om te beginnen sluit hij uit dat de terugwerkende kracht van de Overeenkomst van Genève verder reikt dan de nationale bescherming. Ingevolge § 129, lid 1, UrhG is de terugwerkende kracht van de bescherming van de rechten van producenten van fonogrammen op basis van § 85 UrhG beperkt tot de datum van inwerkingtreding van het UrhG zelf, te weten 1 januari 1966.

29. Verder is hij van mening dat de bescherming van de litigieuze fonogrammen op het Duitse grondgebied evenmin kan worden afgeleid uit de rechtstreekse toepassing van § 137f, lid 2, UrhG, een bepaling die is ingevoerd [20] ter aanpassing van het nationale recht aan richtlijn 93/98/EG, zodat deze moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van artikel 10, lid 2, van deze richtlijn. Gelet op de bewoordingen van § 137f, lid 2, UrhG, volgens welke de bescherming enkel herleeft wanneer deze vóór 1 juli 1995 is „verstreken", deelt hij immers het standpunt van het Oberlandesgericht Rostock dat fonogrammen die vóór 1 januari 1966 zijn vastgelegd door in een derde land gevestigde platenmaatschappijen op geen enkel moment op Duits grondgebied bescherming hebben genoten, zonder dat het in dit opzicht mogelijk is een bescherming te laten herleven die zij nooit hebben genoten.

30. Aangezien het Bundesgerichtshof uitgaat van de bewering van Sony dat de regelgeving van het Verenigd Koninkrijk ook betrekking heeft op vóór 1 januari 1966 vastgelegde fonogrammen en op in de Verenigde Staten openbaar gemaakte fonogrammen van Amerikaanse platenmaatschappijen, twijfelt het aan de uitlegging van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG.

31. In deze omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof beslist, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Is de in richtlijn 2006/116/EG vastgelegde beschermingstermijn onder de voorwaarden van artikel 10, lid 2, ervan ook van toepassing wanneer het betrokken voorwerp nooit eerder was beschermd in de lidstaat waarin bescherming wordt gezocht?

20 — Door artikel 1, nr. 26, van het Dritte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes van 23 juni 1995 [derde wet tot wijziging van de UrhG (BGBl. I, blz. 842)].

2) In geval van bevestigende beantwoording van de eerste vraag:

a) Valt onder het begrip nationale wetgeving in de zin van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG ook wetgeving van de lidstaten betreffende de bescherming van rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn?

b) Is de in richtlijn 2006/116/EG vastgelegde beschermingstermijn overeenkomstig artikel 10, lid 2, ervan ook van toepassing op voorwerpen die op 1 juli 1995 weliswaar voldeden aan de beschermingscriteria van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, maar waarvan de rechthebbenden geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn?"

32. De verwijzingsbeschikking is op 16 mei 2007 bij de griffie van het Hof van Justitie ingekomen. Tijdens de schriftelijke behandeling hebben de partijen in het hoofdgeding en de Commissie opmerkingen ingediend.

33. Ter terechtzitting van 15 april 2008 zijn de vertegenwoordigers van Sony, Falcon en de Commissie verschenen om hun standpunt mondeling toe te lichten.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *Terugwerkende kracht van de bescherming (eerste vraag)*

34. Met zijn eerste vraag wenst het Bundesgerichtshof te vernemen of de krachtens artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG verleende bescherming dient te worden toegekend aan voorwerpen die nooit zijn beschermd in de lidstaat waarin bescherming wordt gezocht, hetgeen zou betekenen dat aan de nationale regeling een terugwerkende kracht wordt verleend die verder teruggaat dan de datum van de eigen inwerkingtreding ervan.

35. De twijfel is gerechtvaardigd, omdat in Duitsland van rechtswege vóór de vaststelling van het UrhG op 9 september 1965 geen rechtsbescherming werd verleend aan fonogrammen en, zoals reeds werd uitgelegd in de korte uiteenzetting van de feiten van het hoofdgeding, de litigieuze opnames werden gerealiseerd in 1964 en 1965, vóór die datum.

36. Bovendien zou de uitbreiding met terugwerkende kracht van de bescherming van de rechten bepaalde basisbeginselen van het internationale recht inzake intellectuele eigendom schenden. Zo staat artikel 18, lid 2, van de Berner Conventie niet toe dat een in een land gecreëerd werk, dat evenwel gemeengoed is geworden in een ander land van de Unie [21] waar de bescherming wordt ingeroepen, weer toetreedt tot de sfeer van het privaatrecht en voordeel trekt uit de Conventie, met name met betrekking tot de rechten die derden hebben verworven gedurende de periode van vrije exploitatie. [22]

37. Op het gebied van de rechten van de producenten van fonogrammen werpt het verbod van terugwerkende kracht zich tevens op als norm in alle relevante internationale verdragen, te weten in het Verdrag van Rome [23], in de Overeenkomst Fonogrammen [24] en in het WPPT. [25]

38. Desalniettemin heeft het Hof van Justitie op communautair gebied na een analyse van artikel 10 van richtlijn 93/98/EEG de stelling bevestigd dat enerzijds de richtlijn voorziet in de mogelijkheid van herleving van de auteursrechten en naburige rechten die waren vervallen krachtens vóór de inwerkingtreding van de richtlijn geldende wettelijke regelingen, waarbij onder die regelingen verrichte exploitatiehandelingen onverlet worden gelaten, en anderzijds de lidstaten moeten zorgen voor maatregelen ter bescherming van de rechten die derden hebben verworven ingevolge dergelijke handelingen. [26]

39. Het Hof is tot deze conclusie gekomen door de bepaling uit te leggen uit het oogpunt van de ontstaansgeschiedenis en duidelijk te maken dat deze voortvloeit uit de uitdrukkelijke wil van de gemeenschapswetgever, aangezien in het door de Commissie uitgewerkte oorspronkelijke voorstel van richtlijn 93/98/EEG stond dat de bepalingen ervan van toepassing zouden zijn op „de rechten die op 31 december 1994 niet zijn vervallen", doch het Europees Parlement dit voorstel heeft gewijzigd bij wege van een nieuwe formulering, die in de definitieve versie is overgenomen. [27] Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat deze oplossing de doelstelling van harmonisatie van de nationale wetgevingen betreffende de beschermingstermijnen van het auteursrecht en naburige rechten zo snel mogelijk wil verwezenlijken en wil voorkomen dat rechten die in sommige lidstaten zijn vervallen, in andere nog worden beschermd. [28]

40. De wens om de nationale rechtsorden snel met elkaar in overeenstemming te

21 — „Unie" moet worden begrepen in de zin van artikel 1 van de Berner Conventie, dat bepaalt: „[d]e landen waarvoor deze Conventie geldt, vormen een Unie voor de bescherming van de rechten van de auteurs op hun werken van letterkunde en kunst".

22 — WIPO, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)*, gepubliceerd door WIPO zelf, Genève, 1978, blz. 117.

23 — Artikel 20, met in de Spaanse versie het opschrift „Irretroactividad del Convenio" (verbod van terugwerkende kracht van het Verdrag; opschrift ontbreekt in de Nederlandse versie).

24 — Artikel 7, lid 3: „Een overeenkomstsluitende staat is niet gehouden de bepalingen van deze Overeenkomst toe te passen op een fonogram dat reeds werd vastgelegd voordat deze Overeenkomst voor die staat in werking trad."

25 — Artikel 22 („Toepassing in de tijd"), waarvan lid 1 verwijst naar artikel 18 van de Berner Conventie.

26 — Arrest van 29 juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, Jurispr. blz. I-3939, punt 23).

27 — Punt 19 van het arrest Butterfly Music.

28 — Punt 20 van het arrest Butterfly Music.

brengen, was sterker geworden na het arrest „Patricia" [29], waarin het Hof bij gebreke van onderlinge aanpassing van de wettelijke regelingen inzake de bescherming van intellectuele eigendom beperkingen van het handelsverkeer heeft aanvaard die voortvloeiden uit de verscheidenheid van de nationale regelingen op dit gebied. [30]

41. Kortom, uit artikel 10, lid 2, van de richtlijn blijkt dat de toepassing van de voorziene termijnen tot gevolg heeft dat werken of voorwerpen die in het publiek domein waren gevallen, opnieuw worden beschermd. [31]

42. Deze toelichtingen, die een antwoord geven op de vraag of voorheen beschermde naburige rechten kunnen worden hersteld, kunnen evenwel niet zonder meer worden aangewend om de onzekerheid weg te nemen met betrekking tot de rechten die *nooit* een dergelijke bescherming hebben genoten.

43. Niettemin ben ik om de volgende redenen geneigd te pleiten voor dezelfde behandeling in beide gevallen.

44. Om te beginnen geldt het argument inzake de bespoediging van de harmonisatie ook voor de naburige rechten die niet werden beschermd. Verder is de precisering relevant die artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG invoert met betrekking tot de regels die de naburige rechten bescherming verlenen, hetzij de nationale regels hetzij richtlijn 92/100/EEG [32], wanneer de voorwerpen aan de beschermingscriteria ervan voldoen.

45. Wat de harmonisatiedrang betreft, dient te worden opgemerkt dat de gemeenschapswetgever een middenweg heeft genomen tussen de weigering van terugwerkende kracht en de volledige aanvaarding ervan, door te kiezen voor een compromis volgens hetwelk het volstaat dat een bepaald werk in één lidstaat bescherming genoot op de uiterste datum voor omzetting van richtlijn 93/98/EEG, te weten op 1 juli 1995 [33], om daarop de in de gehele Gemeenschap geldende termijnen toe te passen. [34]

29 — Arrest van 24 januari 1989, EMI Electrola (341/87, Jurispr. blz. 79).

30 — In dit concrete geval heeft het Hof de toepassing toegestaan van een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan een producent van geluidsdragers met een beroep op het hem toekomende exclusieve recht om bepaalde muziekwerken te verveelvoudigen en te verspreiden, de verkoop in die lidstaat van andere fonogrammen met dezelfde muziekwerken kan doen verbieden; deze fonogrammen waren ingevoerd uit een andere lidstaat waar zij zonder toestemming van de exclusief gerechtigde of diens licentienemer rechtmatig in de handel waren gebracht en waar de bescherming was afgelopen waarop de producent van die fonogrammen beroep had gedaan (arrest Patricia, aangehaald in voetnoot 29, punt 14).

31 — Punt 18 van het arrest Butterfly Music.

32 — Richtlijn van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB L 346, blz. 61).

33 — Artikel 13, lid 1, van deze richtlijn.

34 — Dietz, A., „Die Schutzdauer-Richtlinie der EU", in *GRUR Int.*, nr. 8/9 (1995), blz. 682.

46. In de lidstaten waarin deze werken of voorwerpen in het publiek domein waren gevallen, trad de rechtsbescherming ervan dus opnieuw in werking, tenzij zij in alle landen van de Gemeenschap gemeengoed waren geworden, waarbij erop dient te worden gewezen dat de door de richtlijn ingevoerde nieuwe beschermingsduur ook alle door naburige rechten beschermde voorwerpen behelsde. [35]

47. In het reeds aangehaalde arrest Phil Collins e.a., dat bijna gelijktijdig met de vaststelling van richtlijn 93/98/EEG werd uitgesproken, werd bovendien geoordeeld dat de nationale bepalingen betreffende werken van letterkunde en kunst en naburige rechten ook onderworpen waren aan het nondiscriminatiebeginsel, hetgeen *de facto* volledige terugwerkende kracht impliceerde, en werd vervolgens geëist dat alle auteursrechten en soortgelijke rechten altijd in alle landen op volstrekt dezelfde wijze worden behandeld als de aan eigen onderdanen toegekende rechten. [36]

48. De benadering is niet anders met betrekking tot de rechten die in het land waarin bescherming wordt gezocht (Duitsland in het hoofdgeding), nooit werden beschermd, aangezien anders het streven naar harmonisatie teniet zou worden gedaan. De gemeenschapsbepalingen hebben als uitgangspunt dat het voor de goede werking van de interne markt nodig is de wetgeving van de lidstaten te harmoniseren, zodat de beschermingstermijn in de Gemeenschap dezelfde is. [37]

49. Er wordt dus beoogd de termijnen van bescherming van deze rechten en van verval in het publiek domein één te maken. Bijgevolg zou het in strijd zijn met de geest van de richtlijn indien werken en naburige rechten niet worden beschermd wegens het ontbreken van bescherming vóór de inwerkingtreding van de nationale bepalingen betreffende het auteursrecht.

50. Dit wordt bevestigd door de uitdrukkelijke verwijzing in artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG naar richtlijn 92/100/EEG, die in een aantal lidstaten naburige rechten van een nieuw type had ingevoerd, waarbij ernaar werd gestreefd, de toepassing van de beschermingstermijnen van richtlijn 2006/116/EG uit te breiden tot de door richtlijn 92/100/EEG beschermde rechten, zelfs wanneer deze niet zijn overgenomen in de nationale rechtsorde. [38] In tegenstelling tot de opvatting van het Bundesgerichtshof, die voortvloeit uit een letterlijke uitlegging van het UrhG, lijkt het dus niet passend om alleen te spreken over een „heropleving" van de bescherming. [39]

35 — Maier, P., „L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins", *Revue du Marché Unique Européen,* nr. 2/1994, blz. 77.

36 — Dietz, A., op. cit., blz. 683.

37 — Punt 2 van de considerans van richtlijn 93/98/EEG en punt 3 van de considerans van richtlijn 2006/116/EG.

38 — Katzenberger, P., „§ 64 — Schutzdauer — Allgemeines", in Schricker, G. (coördinator), *Urheberrecht Kommentar,* 2e druk, München, 1999, blz. 1024; Walter, M., „Schutzdauer-RL — Art. 10", in Walter, M. (coördinator), *Europäisches Urheberrecht Kommentar,* Wenen, 2001, blz. 635.

39 — Walter, M., op. cit., blz. 631.

51. Naast de mogelijkheid dat een werk in alle landen van de Gemeenschap in het publieke domein is gevallen, is er echter nog een andere beperking gesteld aan de Europese harmonisatiedrang van bovengenoemde richtlijnen, die geen invloed heeft op het antwoord op de prejudiciële vragen, maar volledigheidshalve dient te worden vermeld: de naburige rechten van de artikelen 5 en 6 van richtlijn 2006/116/EG, waarvoor de lidstaten niet verplicht zijn om te voorzien in een regeling.

52. Volgens punt 19 van de considerans van laatstgenoemde richtlijn kunnen de lidstaten vrij andere naburige rechten handhaven of invoeren die betrekking hebben op kritische en wetenschappelijke publicaties van publiek domein geworden werken [40], alsmede voor foto's die niet oorspronkelijk zijn [41], maar rust op deze lidstaten geen enkele verplichting om dergelijke rechten te waarborgen in de gehele Gemeenschap, zodat elke poging om daarop aanspraak te maken, op niets zal uitlopen voor zover de lidstaten deze in de uitoefening van hun bevoegdheid niet toekennen. [42]

53. Ten slotte wordt de stelling van terugwerkende kracht ook gesteund door artikel 10, lid 3, van richtlijn 2006/116/EG, volgens hetwelk „[d]eze richtlijn […] alle vóór de in lid 1 genoemde datum verrichte exploitatiehandelingen onverlet [laat]". De betreffende datum is 1 juli 1995, de datum van inwerkingtreding van haar voorgangster, richtlijn 93/98/EEG. Dit veronderstelt dus de terugwerkende kracht van de bedoelde rechten, maar ter vrijwaring van de door derden te goeder trouw verworven rechten wordt de werking ervan beperkt met betrekking tot de gebeurtenissen die dateren van vóór het van toepassing worden. Met andere woorden, indien het reeds aangehaalde artikel 10, lid 2, niet zou voorzien in terugwerkende kracht, zou lid 3 onlogisch zijn.

54. Gelet op de voorgaande uiteenzetting, ben ik dus van mening dat de eerste vraag van het Duitse Bundesgerichtshof bevestigend moet worden beantwoord, in de zin dat de termijn van richtlijn 2006/116/EG onder de voorwaarden van artikel 10, lid 2, ervan ook geldt wanneer het betrokken voorwerp nooit eerder was beschermd in de lidstaat waarin bescherming wordt gezocht, onverminderd het bepaalde in artikel 10, lid 3.

B — *Bescherming van rechthebbenden die geen onderdanen van lidstaten van de Gemeenschap zijn (tweede vraag)*

55. Met de twee subvragen waaruit de tweede prejudiciële vraag bestaat, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat de houder van de rechten waarvan de bescherming wordt ingeroepen, onderdaan is van een derde land, gevolgen heeft voor de uitlegging van de twee alternatieven waarop de bescherming van een voorwerp overeenkomstig artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG kan worden gebaseerd.

40 — Artikel 5 van richtlijn 2006/116/EG.

41 — Met betrekking tot de „gewone" foto's: zie artikel 6, derde volzin.

42 — Zie ook Katzenberger, P., op. cit., blz. 1025.

56. Aldus vraagt hij of de wetgeving betreffende de bescherming van burgers van landen buiten de Gemeenschap dient te worden aangemerkt als „nationale wetgeving" in de zin van deze bepaling (tweede prejudiciële vraag, sub a) en of de termijn van ditzelfde artikel 10 geldt voor voorwerpen die op 1 juli 1995 voldeden aan de beschermingscriteria van richtlijn 92/100/EEG, maar waarvan de rechthebbende afkomstig is uit een dergelijk land (tweede prejudiciële vraag, sub b).

57. Ik ben van mening dat beide vragen samen dienen te worden onderzocht, onverminderd het feit dat elke vraag afzonderlijk dient te worden beantwoord, hoewel ik — aangezien het gaat om Bob Dylan — liever „the answer is blowing in the wind" zou willen aanheffen. [43]

58. Ongetwijfeld geleid door de nationaliteit van de houder van het oorspronkelijke recht van producent van de betrokken fonogrammen, waren allen die in deze prejudiciële procedure schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, van mening dat de tweede prejudiciële vraag in haar geheel kon worden opgelost met een beroep op de exegese van artikel 7 van richtlijn 2006/116/EG, dat het opschrift „Bescherming ten opzichte van derde landen" draagt.

59. Om te beginnen ben ik het eens met het uitgangspunt van de Commissie dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de werkingssfeer *ratione personae* en *ratione materiae*.

60. Artikel 7 van richtlijn 2006/116/EG poneert het beginsel van vergelijking van de beschermingstermijnen. Met betrekking tot werken afkomstig uit een derde land in de zin van de Berner Conventie, waarvan de auteur geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap is (lid 1), vervalt de bescherming overeenkomstig de wetgeving van het land van oorsprong van het werk, zonder dat de in de richtlijn vastgestelde termijn mag worden overschreden.

61. Artikel 7, lid 2, ziet op de naburige rechten en bevat een soortgelijk beginsel als het vorige lid. [44] Door te spreken over „rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn" behoort het tevens tot de regels *ratione personae* van richtlijn 2006/116/EG. Door het voordeel van de gestelde beschermingstermijn afhankelijk te stellen van de verlening van de bescherming zelf door de lidstaten, is evenwel het internationale — bilaterale en multilaterale — recht relevant dat de lidstaat bindt waarin bescherming wordt gezocht, te weten in het bijzonder het Verdrag van Rome, de Overeenkomst Fonogrammen, het WPPT en de TRIPs-Overeenkomst. [45]

43 — „Blowin' in the wind" (© 1962 Warner Bros. Inc.) is ongetwijfeld een van de bekendste liedjes van de singer-songwriter, dat bovendien de titel vormt van de langspeelplaat die deel uitmaakt van de litigieuze fonogrammen.

44 — Mayer, P., op. cit., blz. 75.

45 — Walter, M., op. cit., blz. 608.

62. Het is dus aan de nationale rechter van de lidstaat waarin wordt gepoogd naburige rechten uit te oefenen, om in elk concreet geval zowel de bescherming van de niet-onderdanen vast te stellen als de termijn te berekenen op basis van de door deze staat afgesloten internationale verdragen.

63. Daarentegen bevat artikel 10, afgezien van het feit dat het verband houdt met de toepassing in de tijd van richtlijn 2006/116/EG, een beschrijving van de werkingssfeer *ratione materiae*.

64. Zoals de Commissie opmerkt, heeft artikel 10 van richtlijn 2006/116/EG weliswaar als opschrift „Toepassing in de tijd", maar richt de daarin opgenomen regeling zich op het *voorwerp* van de bescherming en niet op de nationaliteit van de rechthebbende; het heeft immers betrekking op de „werken en voorwerpen" die op 1 juli 1995 in ten minste één lidstaat werden beschermd door de nationale wetgeving op het gebied van auteursrecht (wat vraag a betreft) of door richtlijn 92/100/EEG (wat vraag b betreft).

65. Voor de toepassing van artikel 10, lid 2, betekent dit (tweede vraag, sub a) dat wordt verwezen naar de materiële bepalingen die zijn ondergebracht in de overeenkomstige nationale wetgeving betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, met alle bijzonderheden ervan en met inbegrip van de relevante internationale — multilaterale of bilaterale — verdragen. [46] De nationale rechter dient dus na te gaan of een bepaald voorwerp, in casu de litigieuze opnamen van Bob Dylan, voldoet aan de voorwaarden van zijn nationale wetgeving. Wanneer voor dit voorwerp beroep wordt gedaan op het recht van een andere lidstaat, dient de rechter van de staat waar om bescherming wordt verzocht, die buitenlandse rechtsorde te onderzoeken overeenkomstig zijn regels van procesrecht inzake het bewijs van buitenlands recht. Het eerste alternatief van artikel 10, lid 2, verwijst dus niet naar de nationale regels inzake de bescherming van onderdanen van landen buiten de Gemeenschap.

66. Derhalve stel ik voor te antwoorden op de tweede vraag, sub a, dat onder het begrip nationale wetgeving in de zin van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG niet de wetgeving valt van de lidstaten betreffende de bescherming van rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn.

67. Wat de tweede vraag, sub b, betreft, dient eraan te worden herinnerd dat in dit geval richtlijn 92/100/EEG enkel een recht in het leven roept, wanneer de inhoud ervan op de relevante datum nog niet is omgezet in nationaal recht. [47] De rechterlijke instantie van de staat waar bescherming wordt geclaimd, dient te beoordelen of dergelijke rechten worden verleend door haar eigen

46 — Walter, M., op. cit., blz. 632.
47 — Punt 50 van deze conclusie.

recht of door dat van een andere lidstaat en, wanneer dit niet het geval is, dient zij te onderzoeken of een uitbreiding van de bescherming in het licht van richtlijn 92/100/EEG geboden is.

68. Voor de toepassing op een onderdaan van een land buiten de Gemeenschap dient evenwel artikel 7, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG ter sprake te worden gebracht zoals het reeds werd uitgelegd.

69. In deze context heb ik gewezen op de noodzakelijke samenhang van het gemeenschapsrecht met de internationale verdragen. Daarbij onderscheidt zich vooral de TRIPs-Overeenkomst, in het bijzonder artikel 14, lid 2, juncto lid 5, ervan, dat een bescherming van ten minste 50 jaar verleent aan de rechten van producenten van fonogrammen. Gelet op de overeenkomsten ervan met artikel 10 van het Verdrag van Rome, dienen beide bepalingen systematisch te worden uitgelegd. [48]

70. Tevens dient de nationale rechter te worden gewaarschuwd voor de ingewikkelde coëxistentie van de verschillende internationale verdragen, met alle overlappingen ervan. Bij wijze van voorbeeld bepaalt artikel 2, lid 2, van de TRIPs-Overeenkomst dat „[g]een enkele bepaling in de delen I t/m IV van deze Overeenkomst […] afbreuk [doet] aan de bestaande verplichtingen die de Leden jegens elkaar kunnen hebben ingevolge […] de Berner Conventie, het Verdrag van Rome […]", hetgeen moet worden begrepen als de handhaving van de internationale verplichtingen die de verschillende overeenkomstsluitende landen zijn aangegaan onder elkaar of met derde landen overeenkomstig andere verdragen. [49]

71. Zoals de Commissie overigens terecht opmerkt, bestaat er volgens zeer recente rechtspraak [50] geen twijfel over de toepasselijkheid van de TRIPs-Overeenkomst op naburige rechten, aangezien de Gemeenschap bevoegdheden bezit die zij heeft uitgeoefend, zoals blijkt uit de reeds aangehaalde richtlijnen 2001/29/EG en 92/100/EEG.

72. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat de tweede prejudiciële vraag, sub b, in die zin moet worden beantwoord dat het aan de nationale rechter staat om overeenkomstig artikel 7, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG en de internationale verdragen die bindend zijn voor zijn rechtsorde, na te gaan of de termijn van artikel 10, lid 2, van deze richtlijn voor voorwerpen die op 1 juli 1995 voldeden aan de beschermingscriteria van richtlijn 92/100/EEG, geldt voor rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn.

48 — Füller, J.T., „Artikel 14 — Ausübende Künstler", in Busche, J./Stoll, J.-T. (coördinatoren), *TRIPs — Internationales und europäisches Rechts des geistigen Eigentums*, Keulen, 2007, blz. 271.

49 — Wager, H., „Substantive Copyright Law in TRIPS", in Cohen Jehoram, H./Keuchenius, P./Brownlee, L.M. (coördinatoren), *Trade-related Aspects of Copyright*, Kluwer, Deventer, 1996, blz. 36.

50 — Arrest van 11 september 2007, Merck Genéricos (C-431/05, Jurispr. blz. I-7001, punten 32-39).

VI — Conclusie

73. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„1) De beschermingstermijn 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, is onder de voorwaarden van artikel 10, lid 2, ervan ook van toepassing wanneer het betrokken voorwerp nooit eerder was beschermd in de lidstaat waarin bescherming wordt gezocht, onverminderd het bepaalde in artikel 10, lid 3.

2) Onder het begrip nationale wetgeving in de zin van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG valt niet de wetgeving van de lidstaten betreffende de bescherming van rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn.

3) Het staat aan de nationale rechter om overeenkomstig artikel 7, lid 2, van richtlijn 2006/116/EG en de internationale verdragen die bindend zijn voor zijn rechtsorde, na te gaan of de termijn van artikel 10, lid 2, van deze richtlijn voor voorwerpen die op 1 juli 1995 voldeden aan de beschermingscriteria van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, geldt voor rechthebbenden die geen onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap zijn."