

Gecombineerde noot onder:

HvJEU 29 juli 2019, zaak C-469/17 (Funke Medien), NJ 2020/352

HvJEU 29 juli 2019, zaak C-516/17 (Spiegel Online), NJ 2020/353

HvJEU 29 juli 2019, zaak C-476/17 (Pelham), NJ 2020/354

[verschenen in Nederlandse Jurisprudentie, afl. 43]

P.B. Hugenholtz

Het conflict tussen auteursrecht en uitingsvrijheid is bijna zo oud als het auteursrecht zelf. Terwijl de Auteurswet de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst uitsluitende rechten van verveelvoudiging en openbaarmaking belooft “behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld”, waarborgt art. 10 EVRM het grondrecht om in vrijheid “inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken”. Dit conflict wordt door het auteursrechtelijke systeem op verschillende manieren geïnternaliseerd: niet alleen door het algemene beginsel dat het auteursrecht zich niet uitstrekt tot (abstracte) ideeën, theorieën en feiten (HR 28 juni 1946, *IEF12190*, NJ 1946/712 (Van Gelder/Van Rijn)), maar ook door een uitgebreide catalogus van wettelijke beperkingen (Hoofdstuk I, para. 6 van de Auteurswet). Zo voorziet de wet onder meer in diverse excepties ten gunste van de nieuwsmedia; ook het citeren en parodiëren zijn binnen zekere grenzen toegestaan.

Maar daarmee is het conflict niet ten gronde opgelost. In de praktijk doen zich regelmatig gevallen voor die niet door de wetgever zijn voorzien, maar desalniettemin nopen tot een afweging tussen auteursrechtelijke bescherming en fundamentele vrijheden. Mag de rechter zo’n afweging zelfstandig maken of dient hij dit over te laten aan de wetgever? Bestaat er ruimte voor “ongeschreven” uitzonderingen op het auteursrecht of is het stelsel van wettelijke beperkingen gesloten? Het conflict tussen auteursrecht en uitingsvrijheid weerspiegelt aldus tevens het aloude dilemma tussen wet en recht.

Op het terrein van het auteursrecht heeft de Nederlandse rechter zich enkele malen uitgesproken over dit dilemma. In de zaak Dior/Evora was de centrale vraag of het stelsel van wettelijke beperkingen ruimte laat voor ongeschreven beperkingen (HR 20 oktober 1995, NJ 1996/682 m.nt. Spoor). Evora publiceerde reclamefolders met afbeeldingen van parallel geïmporteerde parfumflesjes. Dior beriep zich op het auteursrecht op de verpakkingen. Evora verweerde zich door te verwijzen naar art. 23 Aw, op grond waarvan de verkoper van een werk van beeldende kunst afbeeldingen van het werk in een catalogus mag reproduceren. Volgens de Hoge Raad was het stelsel van wettelijke beperkingen inderdaad niet geheel gesloten. “Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet [...]. Bij een zodanige afweging kan bij één of meer in de wet opgenomen beperkingen aansluiting worden gezocht” (ro. 3.6.2). Ergo, de Auteurswet liet enige ruimte voor buitenwettelijke beperkingen *per analogiam*.

In de zaak Scientology/Spaink was de centrale vraag of de rechter auteursrechtelijke aanspraken rechtstreeks aan de informatievrijheid mocht toetsen. Publiciste Spaink had als onderdeel van haar kruistocht tegen de ‘kerk’ een groot aantal min of meer geheime Scientology-documenten op haar website gereproduceerd. Volgens het Haagse hof kon

Spaink zich weliswaar niet op haar wettelijke citaatrecht (art. 15a Aw) beroepen, maar wel (rechtstreeks) op art. 10 EVRM. Het hof overwoog dat “in deze bijzondere omstandigheden niet [kan] worden gezegd dat een beperking van de informatievrijheid op grond van de handhaving van het auteursrecht nodig is in de zin van artikel 10 EVRM en evenmin dat het belang van Spaink en de Providers en het algemene belang bij de informatievrijheid van artikel 10 lid 1 EVRM in verhouding tot dat van Scientology c.s. bij handhaving van hun auteursrecht in dit geval minder zwaar weegt” (Hof Den Haag 4 september 2003, *NJ* 2003/664, r.o. 8.4).

Dat het de nationale rechter is toegestaan om de uitoefening en handhaving van auteursrechtelijke aanspraken rechtstreeks aan art. 10 EVRM te toetsen, werd in 2013 bevestigd door het Europese Hof (EHRM 10 januari 2013, *NJ* 2015/121 (Ashby Donald), m.nt. Hugenholtz). Auteursrechtelijke bescherming dient in de omstandigheden van het geval “noodzakelijk in een democratische samenleving” (art. 10 lid 2) te zijn. Daarbij hebben de verdragstaten wel een ruime beoordelingsmarge, zodat gevallen als Scientology uitzonderlijk zullen blijven. De door het EHRM voorgeschreven toetsing aan art. 10 EVRM werd door de Hoge Raad gevalideerd in de zaak *GS Media/Sanoma*. Volgens de HR dient de rechter auteursrechtelijke aanspraken altijd aan de grondrechten te toetsen indien de stellingen van partijen daar aanleiding toe geven (HR 3 april 2015, *NJ* 2015/183 (*GS Media/Sanoma*), ro. 5.2.5).

Het unierecht heeft het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid verder gecompliceerd. De Auteursrechtlijn van 2001, die het materiële auteursrecht in de EU in belangrijke mate heeft geharmoniseerd, bevat in art. 5 leden 2 en 3 een opsomming van wettelijke beperkingen die de lidstaten in hun nationale auteurswetten mogen (maar niet moeten) opnemen. Deze lijst is, gezien de aan de richtlijn ten grondslag liggende harmonisatiedoelstelling, limitatief bedoeld. Bovendien dienen nationale beperkingen te voldoen aan de ‘driestappentoets’ van art. 5 lid 5 van de richtlijn; beperkingen “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”. Hier staat tegenover dat de bewoordingen van de in de richtlijn genoemde beperkingen enige discretionaire ruimte lijken te laten aan de lidstaten.

Tegelijkertijd heeft het Europese Handvest een belangrijke nieuwe impuls gegeven aan de doorwerking van grondrechten in het auteursrecht. Zowel het auteursrecht als de uitingsvrijheid hebben in de EU de status van door het Handvest beschermd fundamenteel recht: het auteursrecht als onderdeel van de intellectuele eigendom beschermd in art. 17 lid 2, de uitingsvrijheid in art. 11. Het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid is zodoende op unierechtelijk niveau geconstitutionaliseerd (zie Dommering, *AMI* 2019/6, p. 185). Volgens inmiddels vaste rechtspraak van het HvJ EU dient bij de uitleg van het auteursrecht en de handhaving ervan een “rechtvaardig evenwicht” (*fair balance*) te worden betracht tussen de conflicterende fundamentele rechten en vrijheden (zie bijv. HvJ EU C-145/10 (*Eva Maria Painer*), ECLI:EU:C:2011:798, ro. 132-135; zie ook Overweging 31 bij de Auteursrechtlijn).

Welke ruimte discretionaire ruimte laat het unierecht de nationale wetgevers nu op het terrein van de wettelijke beperkingen? En kunnen de in het Handvest verankerde grondrechten een rechtvaardiging vormen voor het inperken van het auteursrecht buiten de beperkingencatalogus van art. 5 van de Auteursrechtlijn? Dat zijn de kernvragen die in

de hierboven gepubliceerde, gelijktijdig door het HvJ EU gewezen drie arresten worden beantwoord. In alle gevallen waren de vragen afkomstig van het Duitse Bundesgerichtshof. Dat verbaast niet; juist in het federale Duitsland hebben nationale rechters de afgelopen jaren werk gemaakt van toetsing van auteursrechtelijke aanspraken aan de (uitvoerige) Duitse grondrechtencatalogus (zie Hugenholtz, in: Hins & Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender* (2003), p. 157).

De eerste zaak (Funke Medien) handelde, kort samengevat, over de publicatie op de website van de *Westdeutsche Allgemeine Zeitung* van vertrouwelijke militaire rapporten (de “Afghanistan-Papieren”), waarvoor de Duitse Bondsregering auteursrechtelijke bescherming had ingeroepen. In de tweede zaak had de *Spiegel Online* het manuscript van een controversieel essay door een bekende Duitse politicus online geplaatst. De derde zaak (Pelham) ging over het overnemen van een kort sample uit een muziekopname van Kraftwerk. Telkens was het publiceren c.q. overnemen gebeurd zonder toestemming van de rechthebbenden, en ging de overname verder dan de in Duitsland geldende wettelijke beperkingen strikt genomen toelieten. Steeds verweerden gedaagden zich met een beroep op de uitingsvrijheid c.q. ‘kunstvrijheid’ beschermd in de Duitse grondwet en het Europese Handvest.

Wie de drie arresten doorleest, ziet hoezeer het Hof met de door het BGH gestelde vragen geworsteld heeft. De vragen worden in het Funke-arrest het meest uitgebreid beantwoord. Het HvJ EU onderzoekt eerst de discretionaire ruimte voor de lidstaten. Daarbij roept het Hof in herinnering dat het unierecht voorrang heeft op het nationale recht van de lidstaten, zelfs als dit constitutioneel is (ro. 30). Wel mag het nationale constitutionele recht een rol blijven spelen op terreinen die niet (volledig) zijn geharmoniseerd (ro. 32). Het Hof overweegt vervolgens dat de door de Auteursrechtlijn geharmoniseerde rechten van reproductie en mededeling aan het publiek volledig geharmoniseerd zijn, en dus geen discretionaire ruimte laten. Dat geldt echter niet per se voor de in art. 5 genoemde wettelijke beperkingen. Uit de richtlijngeschiedenis en de nogal losse bewoordingen van veel van deze bepalingen blijkt zelfs dat de lidstaten in beginsel over “een beduidende discretionaire ruimte beschikken” (ro. 43).

Maar deze discretionaire ruimte wordt door een reeks van factoren weer verkleind (ro. 49-53). Zo moeten de lidstaten bij de uitoefening van hun discretionaire bevoegdheid de algemene beginselen van het unierecht, waaronder het evenredigheidsbeginsel, in acht nemen. Daarnaast mag het nationale recht geen afbreuk doen aan de doeleinden van de richtlijn, zoals het waarborgen van een “hoog beschermingsniveau” voor auteurs en de goede werking van de interne markt. Evenmin mag afbreuk worden gedaan aan de nuttige werking van de beperkingen, en moet de driestappentoets van art. 5 lid 5 in acht worden genomen. Zeer belangrijk is, ten slotte, dat de lidstaten zich houden aan het Handvest teneinde een “juist evenwicht tussen de verschillende door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten te verzekeren” (ro. 53). Zo blijft er van de discretionaire ruimte voor de lidstaten niet erg veel over.

De hamvraag is vervolgens of een rechtstreeks beroep op de in het Handvest gewaarborgde vrijheden door het unierecht is toegestaan. Het antwoord is nee. Het Hof stelt voorop dat de catalogus van toegestane wettelijke beperkingen in art. 5 van de richtlijn uitputtend is (ro. 56). Het door de Handvest nagestreefde “rechtvaardig evenwicht” wordt, zo benadrukt het Hof, door de richtlijn zelf gerealiseerd (ro. 58). Indien het de lidstaten zou vrijstaan om buiten de richtlijn om onder verwijzing naar het Handvest aanvullende beperkingen in het leven te

roepen, zouden de door de richtlijn nagestreefde harmonisatie en rechtszekerheid in gevaar komen (ro. 62). Daarmee is en passant ook het vonnis over Dior/Evora geveld. Het oordeel laat m.i. geen ruimte voor “analoge toepassing” van wettelijke beperkingen buiten de catalogus van de richtlijn.

Wat de nationale rechter wel mag – en zelfs moet – doen is de op het unierecht gebaseerde wettelijke beperkingen uitleggen op een wijze die niet indruist tegen de in het Handvest verankerde grondrechten (ro. 68). Weliswaar moeten uitzonderingen op een (richtlijn)regel in beginsel strikt worden uitgelegd (ro. 69), maar omdat de beperkingen van de richtlijn “zelf rechten bevatten voor de gebruikers” (ro. 70), bestaat er eigenlijk geen reden voor rechterlijke terughoudendheid bij de Handvestconforme uitleg van de in de richtlijn genoemde beperkingen en de nationale implementaties daarvan. Dat geldt a fortiori indien de beperkingen ten doel hebben de fundamentele vrijheden te waarborgen (ro. 71).

Aldus verzoent het Hof de geslotenheid van het auteursrechtelijke unierecht met de openheid van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. De lidstaten krijgen enige ruimte voor een eigen invulling van de in de richtlijn genoemde beperkingen, maar daarbuiten zijn beperkingen taboe. Daarentegen worden de nationale rechters juist aangemoedigd om bestaande beperkingen die fundamentele vrijheden weerspiegelen ruim uit te leggen. Geen rechtstreekse toetsing aan uniegrondrechten, kortom, maar wel ‘Handvestconforme’ interpretatie. De discretionaire ruimte ligt dus vooral bij de nationale rechter.

Hoewel het Hof het conflict tussen auteursrecht en uitingsvrijheid hiermee elegant lijkt te hebben opgelost, bevredigt het resultaat toch niet helemaal. Wat te doen als de nationale rechter te maken krijgt met een feitencomplex dat zelfs met de ruimst denkbare Handvestconforme uitleg niet onder een van de in de Richtlijn genoemde beperkingen begrepen kan worden? Wat, bijvoorbeeld, te denken van een zoekmachine, die continu het informatieaanbod op het Internet afgraast en daarbij dagelijks honderden miljoenen kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken maakt? Naar Amerikaans auteursrecht is dit ongetwijfeld *fair use* in de zin van S. 107 van de U.S. Copyright Act, maar *fair use* komt in het woordenboek van de Auteursrechtrichtlijn niet voor. De door het Hof gekozen benadering komt erop neer dat voor dergelijke, door de uniewetgever in het geheel niet voorziene gevallen, het primaat blijft liggen bij de uniewetgever. Omdat revisie van een richtlijn en het daaropvolgende implementatietraject vele jaren kan duren, kan dit de informatievrijheid en de daarop gebaseerde innovatie onnodig belemmeren.

In het slot van deze annotatie wordt toegelicht hoe de benadering van het Hof uitpakt in de drie aan het Hof voorgelegde zaken.

Funke Medien

In deze zaak beriep Funke Medien, uitgever van het dagblad dat de ‘Afghanistan-Papiere’ had gepubliceerd, zich voor de nationale rechter onder meer op de vrijheid van de media om actuele gebeurtenissen te verslaan (art. 50 van de Duitse auteurswet). Deze beperking is geharmoniseerd door art. 5 lid 3 (c) Auteursrechtrichtlijn; art. 16a Auteurswet, dat hiermee correspondeert, is beperkt tot de audiovisuele media. Dienaangaande overweegt het HvJ EU dat uit het arrest van het EHRM in de zaak *Ashby Donald* blijkt dat bij een afweging tussen auteursrecht en informatievrijheid groot gewicht moet worden toegekend aan het doel van het gebruik van het werk in kwestie, “met name in het kader van politieke gedachtewisselingen of een debat van algemeen belang” (ro. 74). Nu Funke Medien de militaire rapporten niet

zomaar had gereproduceerd, maar de documenten geordend en voorzien van commentaar en hyperlinks naar externe bronnen op haar website had geplaatst, was naar het oordeel van het Hof sprake van “gebruik van werken [...] in verband met de verslaggeving” in de zin van art. 5 lid 3 (c) van de richtlijn.

Interessant aan het arrest zijn ook de inleidende overwegingen. Hoewel de prejudiciële vragen van het BGH daartoe geen aanleiding gaven, gaat het Hof uitvoerig in op de voorvraag of de militaire rapporten waarvoor de Bondsregering auteursrechtelijke bescherming inriep, überhaupt auteursrechtelijk beschermd zijn. Het Hof heeft hier zijn twijfels over. “Indien militaire verslagen zoals die in het hoofdgeding zuiver informatieve documenten zijn, waarvan de inhoud volledig wordt bepaald door de hierin vervatte informatie, waardoor die informatie en de uitdrukking ervan in die verslagen samenvallen en die verslagen dus een louter technische functie hebben en iedere vorm van oorspronkelijkheid wordt uitgesloten, moet [...] worden geoordeeld dat de auteur tijdens de redactie van die verslagen zijn creatieve geest niet op oorspronkelijke wijze tot uitdrukking heeft kunnen brengen en niet tot een resultaat heeft kunnen komen dat een eigen intellectuele schepping vormt” (ro. 24).

De aarzelingen van het Hof zijn ingegeven door de conclusie in deze zaak van Advocaat-Generaal Szpunar die onbeschroomd uiting geeft aan zijn “ernstige twijfels” over de auteursrechtelijke status van de militaire rapporten in kwestie (Conclusie, punt 19). Dat de AG van auteursrechtelijke bescherming eigenlijk niets wil weten, blijkt eens te meer uit zijn exposé over de vraag of een staat (de Bondsrepubliek) zich ten principale kan beroepen op de fundamentele rechten van het Handvest, zoals het recht van intellectuele eigendom beschermd in art. 17 lid 2. Volgens de AG is dat niet het geval. Weliswaar staat het een staat vrij zich op private rechten te beroepen, maar “wat de staat niet kan, is zich beroepen op zijn fundamentele eigendomsrecht teneinde een ander door het EVRM of het Handvest beschermd grondrecht te beperken” (Conclusie, punt 54). Dit is een belangrijke constatering, die in het arrest van het Hof helaas niet terugkeert. De consequentie is dat bij de noodzakelijke afweging van belangen het “eigendomsbelang” van de Staat niet mag worden meegewogen. De staat zou eventueel wel kunnen verwijzen naar andere door art. 10 lid 2 EVRM jo. art. 11 Handvest gelegitimeerde belangen, zoals de nationale veiligheid, maar dat roept onmiddellijk de vraag op of het auteursrecht daarvoor wel het geëigende middel is. In wezen stelt de AG met zijn bedenkingen het staatsauteursrecht ten principale ter discussie. Let wel: ook de Nederlandse staat beroept zich regelmatig op auteursrechtelijke bescherming. Weliswaar zijn wetten, rechterlijke uitspraken en officiële besluiten van bescherming uitgesloten, andere overheidsinformatie is dat niet, indien en voor zover het auteursrecht daarop uitdrukkelijk is voorbehouden (art. 11 en 15b Aw). Dat is echter geen wet van meden en perzen. Volgens de Amerikaanse auteurswet vallen werken van de federale overheid zonder meer in het publieke domein (S. 105(a) US Copyright Act).

In het op 30 april 2020 gewezen eindarrest komt het BGH uiteindelijk tot het oordeel dat Funke Medien geen inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van de Duitse staat (BGH 30 april 2020, zaak I ZR 139/15). Of er op de militaire rapporten auteursrecht rustte, liet het BGH in het midden.

Spiegel Online

In Spiegel Online worden de kernoverwegingen van Funke Medien vrijwel woordelijk herhaald. Der Spiegel had zonder toestemming van de auteur, de politicus Volker Beck, het

manuscript van een oud essay dat onder pseudoniem was gepubliceerd en waarvan Beck zich later had gedistantieerd, online beschikbaar gesteld. Beck had jarenlang beweerd dat de uitgever het essay zonder zijn toestemming had bewerkt en de inhoud ervan verdraaid. Volgens Spiegel Online was publicatie van het manuscript noodzakelijk om aan te tonen dat Beck het publiek hieromtrent misleid had. Evenals Funke Medien beriep Spiegel zich op de vrijheid van actuele verslaggeving.

Ook in deze zaak instrueert het Hof de nationale rechter om in het licht van de in het Handvest gewaarborgde uitingsvrijheid een ruime uitleg te geven aan art. 5 lid 3 (c) van de Auteursrechtlijn (actuele verslaggeving). Zo is deze bepaling niet beperkt tot situaties waarin het niet redelijkerwijs mogelijk is om vooraf toestemming te vragen aan de auteur van het werk. Wel mag het gebruik ervan niet verder gaan dan uit een oogpunt van voorlichting noodzakelijk is. Het is aan de nationale rechter om dit na te gaan (ro. 68-69).

Terloops geeft het Hof tevens een ruime uitleg aan het begrip “actuele gebeurtenis”. Dat is volgens het Hof “een gebeurtenis waarbij het publiek op het moment dat verslag ervan wordt gegeven belang heeft om daarover te worden geïnformeerd” (ro. 67). Daarmee beperkt het Hof dit begrip niet tot recente feiten. Ook een gebeurtenis uit het verre verleden kan zodanig actueel worden dat het publiek daarover behoort te worden geïnformeerd; de Beck-casus illustreert dat.

Het Hof geeft daarnaast uitleg aan het in art. 5 lid 3 (d) van de richtlijn geharmoniseerde ‘citaatrecht’ (in Nederland geregeld in art. 15a Aw), waarop Spiegel Online zich eveneens had beroepen. Uitgaande van “de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis” is een wezenlijk kenmerk van het begrip ‘citeren’ “dat een gebruiker die niet de auteur van een werk is, dit werk of meer in het algemeen een passage eruit gebruikt ter illustratie van een uitlating of ter verdediging van een opvatting dan wel om een intellectuele confrontatie teweeg te brengen tussen dit werk en de uitlatingen van de gebruiker” (ro. 78). “Zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie in wezen heeft benadrukt, moet de gebruiker van een beschermd werk die gebruik wil maken van de beperking voor het citeren, het geciteerde werk dan ook noodzakelijkerwijs in een rechtstreeks en nauw verband brengen met zijn eigen beschouwingen om zodoende de intellectuele confrontatie met andermans werk aan te kunnen gaan, aangezien artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 dienaangaande preciseert dat er met name moet worden geciteerd ten behoeve van kritieken of recensies” (ro. 79).

Met andere woorden: wie zich op het citaatrecht beroept dient een dialoog aan te gaan met (de auteur van) het geciteerde werk. Dat betekent echter niet dat het citaat een onlosmakelijk onderdeel moet zijn van het citerende werk. In casu had Spiegel Online de onthulling over Beck geïllustreerd door een hyperlink naar het elders op de website beschikbaar gestelde manuscript. Volgens het Hof was dat voldoende; er kan ook rechtsgeldig worden geciteerd door middel van een hyperlink naar het geciteerde werk (ro. 80). Deze moderne uitleg van het citaatrecht valt toe te juichen. Te betreuren valt echter dat het Hof – conform de conclusie van A-G Szpunar – het citaatrecht reserveert voor situaties waarin de citerende auteur het citaat “in een rechtstreeks en nauw verband [breng] met zijn eigen beschouwingen”. Daarmee sluit het Hof de weg af voor het citaat bij wijze van illustratie of stijlfiguur. In het Pelham-arrest, dat hierna wordt besproken, lijkt het Hof voor het kunstcitaat wel enige ruimte te laten.

In het op 30 april 2020 gewezen eindarrest komt het BGH na een afweging van belangen tot het oordeel dat Spiegel Online geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrechten van Volker Beck (BGH I ZR 228/15).

Pelham

Het derde arrest in deze Europese ‘trialoog’ betreft de uitleg van het ‘fonogrammenrecht’, een aan het auteursrecht verwant (naburig) recht, dat in Nederland is geregeld in de Wet op de Naburige Rechten (WNR). Het fonogrammenrecht, dat toekomt aan eenieder die als eerste een geluidsopname vastlegt, is evenals het auteursrecht in belangrijke mate geharmoniseerd door de Auteursrechtlijn.

Pelham en Haas hadden uit de Kraftwerk-opname “Metall auf Metall” een kort fragment (‘sample’) overgenomen en dit in een doorlopende herhaling onder de door hen geproduceerde song “Nur Mir” gezet. Volgens Kraftwerk-muzikanten Hütter en Schneider-Esleben was hierdoor hun fonogrammenrecht geschonden. Pelham c.s. verweerde zich met een reeks van argumenten: het fragment zou te kort zijn om als ‘reproductie’ te gelden; de overname zou zijn toegestaan op grond van de Duitse ‘freie Benutzung’-regel; de sample zou onder het citaatrecht vallen; en sampling zou hoe dan ook door de ‘vrijheid van kunst’ (art. 5 lid 3 van de Duitse grondwet) zijn beschermd.

Na een twintig jaar durende rechtsstrijd, drie arresten van het Bundesgerichtshof en een van het Bundesverfassungsgericht (zie Senftleben, *AMI* 2019/6, p. 210), mocht het HvJ EU zich eindelijk uitspreken over de unierechtelijke aspecten van deze zaak. Het Hof onderzoekt eerst de reikwijdte van het aan fonogrammenproducenten toekomende reproductierecht, dat in art. 2 van de Auteursrechtlijn wordt omschreven als “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”. Deze omschrijving laat, anders dan de in de twee andere arresten behandelde wettelijke beperkingen, geen discretionaire ruimte aan de lidstaten. Het reproductierecht is volledig geharmoniseerd (ro. 83-86).

Uitgaande van deze zeer ruime begripsomschrijving overweegt het Hof dat onder ‘reproductie’ in beginsel ieder geluidsfragment “hoe kort dan ook” begrepen moet worden (ro. 29). Deze ruime uitleg is volgens het Hof gerechtvaardigd mede gezien de noodzaak om aan het auteursrecht en de naburige rechten “een hoog niveau van bescherming” te geven en in het bijzonder omdat “de productie van fonogrammen aanzienlijke investeringen” vergt. Laatstgenoemd argument is opmerkelijk: het fonogrammenrecht stelt geen eis van ‘investering’; ieder opname van geluid resulteert van rechtswege in bescherming, zelfs indien de opname geen enkele moeite of economische inspanning heeft gekost.

Geheel onbegrensd is het reproductierecht van de fonogrammenproducent echter niet. Er is volgens het Hof geen reproductie “wanneer een gebruiker bij de uitoefening van de vrijheid van kunsten een geluidsfragment van een fonogram overneemt om dit, in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm, in een nieuw werk te gebruiken” (ro. 31). Anders gezegd, als de sample voor de luisteraar niet meer als zodanig herkenbaar is, is het reproductierecht niet geschonden.

Uit de aangehaalde overweging en de daaropvolgende passages blijkt dat het Hof zich ook bij de interpretatie van het reproductierecht laat leiden door de grondrechten van het Handvest

(vgl. m.b.t. het mededelingsrecht: HvJ EU zaak C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (GS Media), ro. 44-45). In dit geval is dat de vrijheid van kunsten gewaarborgd in art. 13 Handvest. Merk op dat deze fundamentele vrijheid niet genoemd wordt in onze Grondwet of het EVRM. Volgens het Hof is sampling (het elektronisch reproduceren van geluidsfragmenten) een vorm van artistieke expressie die door art. 13 Handvest wordt beschermd (ro. 35).

Of de kunstvrijheid met deze Handvestconforme uitleg daadwerkelijk gediend wordt, is echter maar de vraag. Een uitleg van het reproductierecht die nog verder gaat dan de formule van het Hof (iedere overname van een geluidsfragment tenzij “in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm”) is moeilijk voorstelbaar. Bedenk hierbij dat het fonogrammenrecht zich anders dan het auteursrecht niet uitstrekt tot het maken van bewerkingen van een fonogram. Bovendien: een vrijheid van sampling die beperkt blijft tot samples die voor het oor onherkenbaar zijn, stelt weinig voor. Een bijkomend bezwaar van de uitleg van het Hof is dat het herkenbaarheids criterium in de praktijk moeilijk te hanteren zal zijn. Wiens oor heeft het Hof hier op het oog? Dat van de gemiddelde luisteraar of de professionele geluidsman (m/v)? Dat maakt een groot verschil.

Enig soelaas biedt wel de interpretatie die het Hof elders in het arrest geeft aan het citaatrecht, mede gelezen in licht van art. 13 Handvest. Het overnemen van een geluidsfragment kan een citaat zijn in de zin van art 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn “mits dat gebruik is bedoeld om de dialoog met het werk waarvan het geluidsfragment is overgenomen aan te gaan”. Uiteraard is hiervoor juist wel vereist dat de sample in het nieuwe werk herkenbaar is (ro. 73). Daarmee laat het Hof de deur dus open voor het muziekcitaat. Sampling bij wijze van muzikaal hommage lijkt binnen zekere grenzen toelaatbaar. Mutatis mutandis zou dit m.i. ook moeten gelden voor het citeren in de beeldende kunst.

Verderop in het arrest bespreekt het Hof de door het BGH opgeworpen vraag of de ‘freie Benutzung’-regel, waarop Pelham zich had beroepen, met het unierecht is te verenigen. De Duitse bepaling houdt in dat een “onafhankelijk werk dat is geschapen met vrij gebruik van het werk van een ander” zonder toestemming mag worden hergebruikt (art. 24 lid 1 Duitse auteurswet). Een dergelijke regel wordt echter niet uitdrukkelijk genoemd in de beperkingencatalogus van de Auteursrechtlijn, reden waarom het Hof – in lijn met de twee andere arresten – concludeert dat de Duitse wet hierin niet had mogen voorzien.

Dit onderdeel van het arrest roept diverse vragen op. Het Hof kwalificeert de Duitse vrijegebruiksregel wel erg gemakkelijk als een wettelijke beperking waarvoor het kader van de richtlijn geldt (ro. 57). Dat terwijl het BGH in zijn prejudiciële vragen juist had benadrukt dat de regel geen uitzondering op het auteursrecht c.q. de naburige rechten inhoudt, maar niet meer is dan een aan het auteursrecht inherente inperking van de beschermingsomvang (ro. 56). Dat lijkt mij juist. De Duitse regel komt erop neer dat een bewerking die voldoende afstand houdt van een eerder werk is toegestaan. Een vergelijkbare regel is in de Nederlandse wet te vinden in art. 13 Aw; de bewerking die als “nieuw oorspronkelijk werk” kan worden aangemerkt is toegestaan (art. 13 in fine Aw). In wezen gaat het hier om een universele regel van uitleg van de beschermingsomvang. De beperkingencatalogus van de Auteursrechtlijn is m.i. bedoeld voor specifieke wettelijke uitzonderingen in bijzondere gevallen, niet voor algemene (uitleg)regels als deze. Een mogelijke, en hinderlijke, consequentie van het Pelham-arrest is dat art. 13 Aw nu ook op losse schroeven komt te staan. Ongetwijfeld gaat dit leiden tot nieuwe prejudiciële vragen; hopelijk kan het HvJ EU te zijner tijd ‘verduidelijken’ dat art. 5 van de Auteursrechtlijn voor regels als deze niet geldt.

Intussen duurt de rechtsstrijd tussen Kraftwerk en Pelham c.s. onverminderd voort. Op 30 april 2020 heeft het Bundesgerichtshof voor de vierde maal uitspraak gedaan en de zaak terugverwezen naar de hoogste feitelijke instantie, het OLG Hamburg (BGH I ZR 115/16 - Metall auf Metall IV). Eiser Florian Schneider-Esleben, een van de oprichters van Kraftwerk, zal het einde van de Duitse ‘sampling-saga’ in elk geval niet meer meemaken. Hij is op 21 april 2020 overleden.

De arresten van het HvJEU zijn besproken door Visser, *AA* 20190887; Dommering, *AMI* 2019/6, p. 185; Kulk & Teunissen, *AMI* 2019/5, p. 150; Schipper, *AMI* 2019/5, p.162; Snijders & Van Deursen, *IIC* 2019, p. 1176; en Senftleben, *AMI* 2019/6, p. 210.