

2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, punt 127 (NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz; *red.*).

89 Derhalve moet worden geoordeeld dat een werk of een deel van een werk reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld wanneer het reeds met toestemming van de rechthebbende of op grond van een gedwongen of wettelijke licentie voor het publiek toegankelijk is gemaakt.

90 In casu vraagt de verwijzende rechter zich af of het werk van Beck kan worden geacht op het moment van publicatie van zijn manuscript in 1988 als artikel in een bundel reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, gelet op het feit dat de uitgever van deze bundel dit manuscript voordat het werd gepubliceerd licht had gewijzigd. Deze rechter vraagt zich af of dit manuscript op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld door de publicatie door Beck op zijn eigen website van deze documenten, met daarbij de vermelding dat hij afstand doet van dit manuscript.

91 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het aan de nationale rechter staat om in het licht van het concrete geval en met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beslissen of een werk op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld (zie in die zin arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 28 (NJ 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)).

92 De nationale rechter dient in het hoofdgeding in het bijzonder na te gaan of de uitgever op het moment van de eerste publicatie van het manuscript van Beck als artikel in een bundel contractueel of anderszins over het recht beschikte om de betrokken redactionele wijzigingen aan te brengen. Indien dat niet het geval is, moet worden geoordeeld dat het werk zoals het in de genoemde bundel is gepubliceerd, bij gebreke van toestemming van de rechthebbende, niet op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld.

93 Niettemin blijkt ook dat het manuscript en het artikel van Beck nadien door de houder van het auteursrecht zelf op zijn eigen website zijn gepubliceerd. De verwijzende rechter geeft evenwel aan dat bij de publicatie van deze documenten op de website van Beck op de achterkant van elke bladzijde van deze documenten een vermelding was aangebracht waarin Beck afstand deed van de inhoud van deze documenten. Door deze publicatie zijn deze documenten dus slechts op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar gesteld voor zover de vermeldingen met de distantiëring daarop waren aangebracht.

94 Gelet op de reeds in punt 83 van dit arrest in herinnering gebrachte overwegingen staat het, wat de toepassing van artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 betreft, hoe dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of de publicatie van de originele versies van het manuscript en van het in de betrokken bundel gepubliceerde artikel, zonder de vermeldingen waarin Beck afstand doet van de

inhoud van deze documenten, naar billijkheid is geschied en werd gerechtvaardigd door het bijzondere doel dat met het betrokken citaat werd nagestreefd.

95 Gelet op wat voorafgaat, dient op de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een werk wordt geacht reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, wanneer het in de betrokken specifieke vorm reeds met toestemming van de rechthebbende of op grond van een gedwongen of wettelijke licentie voor het publiek toegankelijk is gemaakt.

(...)

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve* kop].

Noot

Zie noot onder NJ 2020/354.

P.B. Hugenholtz

NJ 2020/354

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

29 juli 2019, nr. C-476/17

(K. Lenaerts, A. Arabadjev, M. Vilaras, T. von Danwitz, C. Toader, F. Biltgen, C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič, L. Bay Larsen, S. Rodin; A-G M. Szpunar)
m.nt. P.B. Hugenholtz

Art. 2 onder c, art. 5 lid 2 en 3 Richtlijn 2001/29/EG; art. 9 lid 1 onder b Richtlijn 2006/115/EG

AB 2020/211
RvdW 2019/961
ECLI:EU:C:2019:624
ECLI:EU:C:2018:1002

Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) bij beslissing van 1 juni 2017.

Auteursrecht en naburige rechten. Informatie-maatschappij. Harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten. Sampling. Fonogramproducent. Reproductierecht. 'Gedeeltelijke' reproductie. Beperkingen en restricties. Draagwijdte. Citaten. Distributierecht. Grondrechten. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Artikel 13. Vrijheid van kunsten.

1) Artikel 2, onder c), van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moet in het licht van het Hand-

vest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat een fonogramproducent op grond van het hem door deze bepaling verleende recht om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden, kan beletten dat een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort dan ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm op laatstgenoemd fonogram wordt vastgelegd.

2) Artikel 9, lid 1, onder b), van Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, moet aldus worden uitgelegd dat een fonogram dat muziekfragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen geen 'kopie' van dat fonogram in de zin van die bepaling is, aangezien op dat fonogram niet het gehele andere fonogram of een wezenlijk gedeelte daarvan is overgenomen.

3) Een lidstaat mag in het nationale recht niet voorzien in andere beperkingen of restricties op het in artikel 2, onder c), van Richtlijn 2001/29 neergelegde recht van fonogramproducenten dan die welke in artikel 5 van deze richtlijn zijn vastgesteld.

4) Artikel 5, lid 3, onder d), van Richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het in deze bepaling genoemde begrip 'citeren' niet ziet op een situatie waarin het betrokken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie.

5) Artikel 2, onder c), van Richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het een maatregel is die volledige harmonisatie van de materiële inhoud van het in die bepaling geregelde recht bewerkstelligt.

Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas tegen

Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben

Hof van Justitie EU:

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, onder c), en artikel 5, lid 3, onder d), 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 (PB 2001, L 167, blz. 10), alsook van artikel 9, lid 1, onder b), en artikel 10, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 2006, L 376, blz. 28).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds Pelham GmbH (hierna: 'vennootschap Pelham'), Moses Pelham en Martin Haas (hierna tezamen: 'Pelham') en anderzijds Ralf Hütter en Florian Schneider-Esleben (hierna: 'Hütter e.a.') over een ritmische sequens van onge-

veer twee seconden die bij het vastleggen van het door Pelham en Haas gecomponeerde en door de vennootschap Pelham geproduceerde muziekstuk 'Nur Mir' is gebruikt en is overgenomen van een fonogram van de muziekgroep 'Kraftwerk', waar Hütter e.a. lid van zijn.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

3 In artikel 1 van de op 29 oktober 1971 te Genève ondertekende Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (hierna: 'Overeenkomst van Genève') staat te lezen:

'Voor de toepassing van deze overeenkomst wordt verstaan onder:

a) 'fonogram': elke uitsluitend voor het gehoor bestemde vastlegging van geluiden van een uitvoering of van andere geluiden;

b) 'producent van fonogrammen': de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die als eerste de geluiden van een uitvoering of andere geluiden vastlegt;

c) 'kopie': het materiaal dat geluiden bevat, die al dan niet rechtstreeks zijn overgenomen van een fonogram en waarop al het geluid of een wezenlijk gedeelte van de geluiden die op dat fonogram zijn vastgelegd, is opgenomen;

d) 'levering aan het publiek': elke handeling waarbij kopieën van een fonogram al dan niet rechtstreeks aan het publiek of een deel daarvan worden aangeboden.'

4 Artikel 2 van deze overeenkomst bepaalt: 'Elke overeenkomstsluitende staat beschermt producenten van fonogrammen die onderdaan zijn van andere overeenkomstsluitende staten tegen het vervaardigen van kopieën zonder de toestemming van de producent en tegen de invoer van zodanige kopieën, als die vervaardiging of invoer bestemd is voor levering aan het publiek, alsmede tegen de levering van zodanige kopieën aan het publiek.'

Unierecht

Richtlijn 2001/29

5 De overwegingen 3, 4, 6, 7, 9, 10, 31 en 32 van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

'(3) De voorgestelde harmonisatie zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom – de vrije meningsuiting en het algemeen belang.

(4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen, hetgeen weer tot groei en ver-

groting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. Hierdoor zal de werkgelegenheid veilig worden gesteld en de schepping van nieuwe arbeidsplaatsen worden aangemoedigd.

[...]

(6) Zonder harmonisatie op het niveau van de Gemeenschap zouden de wetgevende werkzaamheden op nationaal niveau waarmee reeds in een aantal lidstaten als reactie op de technologische uitdagingen een aanvang is gemaakt, kunnen leiden tot aanzienlijke verschillen in bescherming en daarmee tot beperkingen van het vrije verkeer van diensten en producten waarin intellectuele eigendom is belichaamd of die op intellectuele eigendom zijn gebaseerd, met een nieuwe verbodsketting van de interne markt en een gebrek aan samenhang van de wetgeving van dien. De uitwerking van dergelijke verschillen en onzekerheden op het gebied van de wetgeving zal belangrijker worden met de voortschrijdende ontwikkeling van de informatiemaatschappij, die de grensoverschrijdende exploitatie van intellectuele eigendom reeds in grote mate heeft doen toenemen. Deze ontwikkeling zal en moet voortgaan. Belangrijke verschillen in het recht en onzekerheden ten aanzien van de bescherming kunnen de verwezenlijking van schaalvoordelen voor nieuwe producten en diensten, waarvan de inhoud door het auteursrecht en de naburige rechten wordt beschermd, verhinderen.

(7) De communautaire rechtsregels inzake de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten moeten bijgevolg eveneens worden aangepast en aangevuld, voor zover dit voor de goede werking van de interne markt noodzakelijk is. Te dien einde moeten die nationale bepalingen inzake het auteursrecht en de naburige rechten welke tussen de lidstaten aanzienlijk verschillen of welke rechtsonzekerheid veroorzaken, waardoor de goede werking van de interne markt en de adequate ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa worden belemmerd, worden bijgesteld en moeten inconsistente nationale reacties op de technische ontwikkelingen worden voorkomen, terwijl verschillen die de werking van de interne markt niet ongunstig beïnvloeden, niet opgeheven of voorkomen behoeven te worden.

[...]

(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, produc-

ten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. [...]

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. De productie van fonogrammen, films en multimediaproducten, en van diensten, zoals 'diensten-op-aanvraag', vereist aanzienlijke investeringen. Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.

[...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...] Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.

(32) Deze richtlijn bevat een uitputtende opsomming van de beperkingen en restricties op het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek. Sommige beperkingen en restricties zijn enkel van toepassing op het reproductierecht, wanneer dit passend is. Bij het opstellen van deze lijst is zowel rekening gehouden met de verschillende rechtstradities in de lidstaten als met het vereiste van een goed functionerende interne markt. De lidstaten passen deze beperkingen en restricties op coherente wijze toe. Dit zal worden beoordeeld bij het onderzoek van de uitvoeringswetgeving in de toekomst.'

6 Artikel 2 van richtlijn 2001/29, met als opschrift 'Reproductierecht', bepaalt:

'De lidstaten voorzien ten behoeve van:

[...]

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

[...]

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

7 Artikel 5 van deze richtlijn voorziet in de beperkingen en restricties op de in de artikelen 2 tot

en met 4 van deze richtlijn bedoelde rechten. In de leden 3 en 5 van dit artikel is bepaald:

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

[...]

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

[...]

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.’

Richtlijn 2006/115

8 De overwegingen 2, 5 en 7 van richtlijn 2006/115 luiden als volgt:

‘(2) De verhuur en uitlening van auteursrechtelijk beschermde werken en van door naburige rechten beschermde zaken spelen steeds een belangrijker rol, met name voor auteurs, kunstenaars en producenten van fonogrammen en films. Piraterij vormt een steeds ernstiger bedreiging.

[...]

(5) Het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars maakt een passend inkomen noodzakelijk als basis voor verder creatief en artistiek werk en de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, zijn bijzonder hoog en riskant en de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, kan alleen daadwerkelijk worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden.

[...]

(7) De wetgeving van de lidstaten moet zodanig worden geharmoniseerd, dat zij niet in strijd komt met internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd.’

9 Artikel 1 van deze richtlijn, ‘Voorwerp van de harmonisatie’, bepaalt in lid 1:

‘Overeenkomstig dit hoofdstuk en onverminderd artikel 6 stellen de lidstaten een recht in om de verhuur en uitlening van originelen en kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken en anderszins beschermde zaken als omschreven in artikel 3, lid 1, toe te staan of te verbieden.’

10 Artikel 9 van deze richtlijn, ‘Distributierecht’, bepaalt in lid 1:

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

[...]

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

[...]

11 Artikel 10, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2006/115 luidt als volgt:

‘[...] [E]lke lidstaat [kan] op de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen, omroeporganisaties en producenten van de eerste vastleggingen van films, dezelfde beperkingen stellen als op de auteursrechtelijke bescherming van werken van letterkunde en kunst.’

Duits recht

12 Het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten) van 9 september 1965 (BGBl. 1965 I, blz. 1273; hierna: ‘UrhG’) bepaalt in § 24:

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

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

13 § 85, lid 1, UrhG, waarbij artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 en artikel 9 van richtlijn 2006/115 zijn omgezet, bepaalt in de eerste volzin, eerste en tweede geval, dat de producent van een fonogram het uitsluitende recht heeft tot reproductie en distributie van het fonogram.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

14 Hütter e.a. zijn lid van de muziekgroep ‘Kraftwerk’. Deze heeft in 1977 een fonogram gepubliceerd dat het nummer ‘Metall auf Metall’ bevat.

15 Pelham en Haas zijn de componisten van het nummer ‘Nur mir’, dat op door de vennootschap Pelham in 1997 geproduceerde fonogrammen is verschenen.

16 Hütter e.a. stellen dat Pelham ongeveer twee seconden van een ritmische sequens van het nummer ‘Metall auf Metall’ elektronisch heeft gekopieerd (gesampled) en deze in een doorlopende herhaling onder het nummer ‘Nur mir’ heeft gezet, hoewel hij die sequens ook zelf had kunnen spelen.

17 Hütter e.a. zijn primair van oordeel dat Pelham inbreuk heeft gemaakt op het naburige recht waarvan zij als fonogramproducent houder

zijn. Subsidiair voeren zij aan dat inbreuk is gemaakt op het intellectuele-eigendomsrecht dat zij houden als uitvoerend kunstenaars, alsook op Hütters auteursrecht op het muziekwerk. Meer subsidiair voeren zij aan dat Pelham inbreuk heeft gemaakt op de mededingingswetgeving.

18 Hütter e.a. hebben in beroep bij het Landgericht Hamburg (rechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) verzocht om staking van de inbreuk, toekenning van schadevergoeding, overdracht van informatie en afgifte van de fonogrammen met het oog op de vernietiging ervan.

19 Deze rechter heeft het beroep toegewezen en het door Pelham bij het Oberlandesgericht Hamburg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hamburg, Duitsland) ingestelde hoger beroep is verworpen. Op het door Pelham bij het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) ingestelde beroep in *Revision* is het arrest van het Oberlandesgericht Hamburg vernietigd en de zaak voor heronderzoek naar deze rechter terugverwezen. Deze rechter heeft het door Pelham ingestelde hoger beroep nogmaals verworpen. Het nieuwe beroep in *Revision* van Pelham is door het Bundesgerichtshof bij arrest van 13 december 2012 verworpen. Dit arrest is vernietigd door het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland), dat de zaak heeft terugverwezen naar de verwijzende rechter.

20 De verwijzende rechter geeft aan dat het al dan niet slagen van het beroep in *Revision* afhangt van de uitlegging van artikel 2, onder c), en artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29, alsmede artikel 9, lid 1, onder b), en artikel 10, lid 2, van richtlijn 2006/115.

21 In de eerste plaats moet worden vastgesteld of Pelham door bij het maken van zijn eigen fonogram gebruik te maken van de geluidsopname van Hütter e.a. inbreuk heeft gemaakt op het uitsluitende recht van deze laatsten tot reproductie en verspreiding van het fonogram met het nummer 'Metall auf Metall', zoals bedoeld in § 85, lid 1, UrhG, waarbij artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 en artikel 9 van richtlijn 2006/115 zijn omgezet. In het bijzonder moet worden nagegaan of sprake is van een dergelijke inbreuk wanneer, zoals in casu, twee seconden van een ritmische sequens van een fonogram worden overgenomen en worden vastgelegd op een ander fonogram, en of dat laatste fonogram een kopie vormt van een ander fonogram in de zin van artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115.

22 Indien een dergelijke inbreuk op het recht van de fonogramproducent wordt vastgesteld, rijst in de tweede plaats de vraag of Pelham zich kan beroepen op het 'recht op vrij gebruik', zoals bedoeld in § 24, lid 1, UrhG, dat naar analogie van toepassing is op het recht van fonogramproducenten, volgens welke bepaling een onafhankelijk werk dat is geschapen met vrij gebruik van het werk van een ander zonder toestemming van de auteur van het gebruikte werk mag worden gepubliceerd en geëxploiteerd. De verwijzende rechter wijst er in dit

verband op dat die bepaling geen duidelijke tegenhanger heeft in het Unierecht en vraagt zich derhalve af of die bepaling strookt met het Unierecht, gelet op het feit dat die bepaling de beschermingsomvang van het uitsluitende recht van de fonogramproducent beperkt tot de reproductie en de verspreiding van diens fonogram.

23 In de derde plaats berusten de in het nationale recht opgenomen beperkingen en restricties op het in artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 vastgelegde reproductierecht en het in artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 vastgelegde distributierecht, volgens de verwijzende rechter op artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 10, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2006/115. De verwijzende rechter heeft twijfels over de uitlegging van deze bepalingen in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding.

24 In de vierde plaats geeft de verwijzende rechter aan dat de relevante bepalingen van Unierecht moeten worden uitgelegd en toegepast in het licht van de door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'Handvest') gewaarborgde grondrechten. Hij vraagt zich in deze context af of de lidstaten over discretionaire ruimte beschikken bij de omzetting in nationaal recht van artikel 2, onder c), en artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29, en artikel 9, lid 1, onder b), en artikel 10, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2006/115. De verwijzende rechter merkt namelijk op dat de nationale bepalingen die een Unierichtlijn omzetten die de lidstaten geen discretionaire ruimte laat bij de omzetting ervan volgens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht in beginsel niet moeten worden beoordeeld in het licht van de door het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland) van 23 mei 1949 (BGB1. 1949 I, blz. 1) gewaarborgde rechten, maar uitsluitend in het licht van de door het Unierecht gewaarborgde grondrechten. Bovendien vraagt de verwijzende rechter zich af hoe die grondrechten in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding dienen te worden uitgelegd.

25 Tegen deze achtergrond heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

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

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

3) Kunnen de lidstaten voorzien in een bepaling die – zoals § 24, lid 1, UrhG [...] – preciseerd dat de beschermingsomvang van het uit-

sluitende recht van de fonogramproducent tot reproductie [artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29] en distributie [artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115] van zijn fonogram zodanig inherent begrensd is dat een zelfstandig werk dat met vrij gebruik van zijn fonogram is vervaardigd, zonder zijn toestemming mag worden geëxploiteerd?

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

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

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

Beantwoording van de prejudiciële vragen Eerste en zesde vraag

26 Met zijn eerste en zesde vraag, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 in het licht van het Handvest aldus moet worden uitgelegd dat een fonogramproducent op grond van het hem verleende recht om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden, kan beletten dat een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort dan ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd.

27 Volgens artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29, voorzien de lidstaten ten behoeve van 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.

28 Richtlijn 2001/29 bevat geen definitie van het begrip 'volledige of gedeeltelijke reproductie' van een fonogram in de zin van die bepaling. Derhalve moeten de betekenis en de draagwijdte van dit begrip volgens vaste rechtspraak van het Hof

worden bepaald in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de door de regeling waarvan het deel uitmaakt beoogde doelstellingen (arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak (NJ 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)).

29 Uit de in punt 27 van dit arrest vermelde bewoordingen van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 blijkt dat de reproductie door een gebruiker van een geluidsfragment, hoe kort dan ook, van een fonogram, in beginsel moet worden beschouwd als een 'gedeeltelijke' reproductie van dat fonogram, in de zin van die bepaling, en dat een dergelijke reproductie bijgevolg onder het door deze bepaling aan de producent van dat fonogram verleende uitsluitende recht valt.

30 Deze letterlijke uitlegging van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 strookt ten eerste met de algemene doelstelling van deze richtlijn, die er blijkens de overwegingen 4, 9 en 10 in bestaat te zorgen voor een hoog niveau van bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten, en ten tweede met de in overweging 10 van die richtlijn genoemde specifieke doelstelling van het uitsluitende recht van de fonogramproducent, namelijk het beschermen van de investeringen van die producent. Zoals in diezelfde overweging staat vermeld, vereist de productie van fonogrammen aanzienlijke investeringen, zodat het noodzakelijk is om de mogelijkheid van een behoorlijk rendement voor de producenten van die fonogrammen te waarborgen.

31 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, moet evenwel worden geoordeeld dat een dergelijk gebruik geen 'reproductie' vormt in de zin van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29.

32 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat uit de overwegingen 3 en 31 van richtlijn 2001/29 volgt dat de harmonisatie die deze richtlijn tot stand brengt, met name in de elektronische omgeving, gericht is op de waarborging van een rechtvaardig evenwicht tussen enerzijds het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij bescherming van hun thans door artikel 17, lid 2, van het Handvest gewaarborgde recht op intellectuele eigendom en anderzijds de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van de gebruikers van beschermd materiaal, alsmede van het algemeen belang (zie in die zin arrest van 7 augustus 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, punt 41 (NJ 2019/371, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)).

33 Het Hof heeft in dit verband reeds geoordeeld dat noch uit artikel 17, lid 2, van het Handvest, noch uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het in deze bepaling vastgelegde intellectuele-eigendomsrecht onaantastbaar is en daarom noodzakelijker-

wijs absolute bescherming moet genieten (arresten van 24 november 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, punt 43 (NJ 2012/479, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.); 16 februari 2012, *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, punt 41 (NJ 2012/480, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.), en 27 maart 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, punt 61 (NJ 2018/109, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)).

34 Dit recht dient immers te worden afgewogen tegen de andere grondrechten, waaronder de door artikel 13 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van kunsten die, voor zover zij valt onder de vrijheid van meningsuiting zoals die wordt beschermd door artikel 11 van het Handvest en artikel 10, lid 1, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de mogelijkheid biedt deel te nemen aan de openbare uitwisseling van allerlei soorten culturele, politieke en sociale inlichtingen of denkbeelden (zie in die zin EHRM, 24 mei 1988, *Miller e.a. tegen Zwitserland*, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27 (NJ 1991/685, m.nt. E.A. Alkema; red.); EHRM, 8 juli 1999, *Karataş tegen Turkije*, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49 (NJ 2001/62)).

35 In dit kader zij opgemerkt dat de 'samplingtechniek', waarbij een gebruiker, doorgaans met behulp van elektronische apparatuur, een fragment van een fonogram overneemt om een nieuw werk te vervaardigen, een vorm is van artistieke expressie die onder de door artikel 13 van het Handvest beschermde vrijheid van kunsten valt.

36 Bij de uitoefening van deze vrijheid kan de gebruiker van een geluidsfragment (sample), wanneer hij een nieuw werk vervaardigt, besluiten een van een ander fonogram overgenomen fragment dusdanig te wijzigen dat dit fragment bij het beluisteren van zijn werk niet meer herkenbaar is.

37 Het aanmerken van een van een fonogram overgenomen fragment dat voor een eigen artistieke schepping in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm in een nieuw werk wordt gebruikt, als een 'reproductie' van dat fonogram in de zin van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29, zou niet alleen strijdig zijn met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van dat begrip, in de zin van de in punt 28 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, maar eveneens voorbijgaan aan het in punt 32 van dit arrest genoemde vereiste van een rechtvaardig evenwicht.

38 Die uitlegging zou een fonogramproducent in het bijzonder de mogelijkheid geven in een dergelijk geval te beletten dat een derde een geluidsfragment, hoe kort dan ook, van zijn fonogram overneemt ten behoeve van een artistieke creatie, zelfs al doet die overname geen afbreuk aan de mogelijkheid voor die producent om een behoorlijk rendement voor zijn investering te verkrijgen.

39 Gelet op een en ander dient op de eerste en de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 in het licht van het Handvest aldus moet worden uitgelegd dat een fo-

nogramproducent op grond van het hem door deze bepaling verleende recht om reproductie van zijn fonogram toe te staan of te verbieden, kan beletten dat een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort dan ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm op laatstgenoemd fonogram wordt vastgelegd.

Tweede vraag

40 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 aldus moet worden uitgelegd dat een fonogram dat muziekfragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen een 'kopie' van dat fonogram is in de zin van die bepaling.

41 Artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 bepaalt dat de lidstaten ten behoeve van producenten van fonogrammen voorzien in een uitsluitend recht om hun fonogrammen, met inbegrip van kopieën ervan, door verkoop of anderszins ter beschikking van het publiek te stellen.

42 Artikel 9 van richtlijn 2006/115 noch enige andere bepaling van deze richtlijn definieert het begrip 'kopie' in de zin van dat artikel.

43 Dit begrip moet dus worden uitgelegd met inachtneming van de context van de betrokken bepaling en de beoogde doelstelling van de betrokken regeling.

44 Er zij aan herinnerd dat het in artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 neergelegde uitsluitende distributierecht van de fonogramproducent ten doel heeft die producent, door middel van een passende juridische bescherming van zijn intellectuele-eigendomsrechten, de mogelijkheid te bieden de voor de productie van de fonogrammen gedane investeringen, die bijzonder hoog en riskant kunnen zijn, terug te verdienen, zoals staat te lezen in de overwegingen 2 en 5 van richtlijn 2006/115.

45 Dienaangaande volgt uit overweging 2 dat de door deze richtlijn aan fonogramproducenten verleende bescherming met name beoogt piraterij tegen te gaan, dat wil zeggen, zoals de advocaat-generaal in punt 45 van zijn conclusie heeft opgemerkt, het tegengaan van de productie en distributie onder het publiek van nagemaakte kopieën van fonogrammen. De distributie van die kopieën vormt namelijk een bijzonder ernstige bedreiging van de belangen van de producent van die fonogrammen, aangezien zij kan leiden tot een forse vermindering van de inkomsten die laatstgenoemde fonogramproducent verkrijgt uit de beschikbaarstelling van die fonogrammen.

46 Zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan uitsluitend materiaal waarop al het geluid of een substantieel deel van de op een fonogram vastgelegde geluiden is opgenomen, vanwege de eigenschappen daarvan de plaats innemen van de legale exemplaren van dat fonogram en derhalve een kopie van dat fonogram

vormen in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/115.

47 Dat is echter niet het geval bij materiaal waarop niet al het geluid of een substantieel deel van de op een fonogram vastgelegde geluiden is opgenomen, maar dat slechts muziekfragmenten bevat die, in voorkomend geval in gewijzigde vorm, van dat fonogram zijn overgenomen om een nieuw en van dat fonogram onafhankelijk werk te creëren.

48 Deze uitlegging van artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 vindt, gelet op de doelstelling daarvan, steun in de context van de regeling waarvan deze bepaling deel uitmaakt.

49 Zoals in overweging 7 van richtlijn 2006/115 staat te lezen, beoogt deze richtlijn in dit verband de wetgeving van de lidstaten zodanig te harmoniseren, dat zij niet in strijd komt met internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd.

50 Tot deze verdragen behoort ook de Overeenkomst van Genève, die blijkens de preambule daarvan in het bijzonder ten doel heeft het hoofd te bieden aan de toenemende mate waarin fonogrammen zonder toestemming worden gekopieerd en de schade die dit berokkent aan de belangen van auteurs.

51 Deze overeenkomst bevat in artikel 2 een soortgelijke bepaling als artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115, die uitdrukkelijk bepaalt dat fonogramproducenten worden beschermd tegen het vervaardigen zonder hun toestemming van 'kopieën' van hun fonogrammen en de distributie ervan aan het publiek.

52 Volgens artikel 1, onder c), van die overeenkomst is een 'kopie' in dit verband het materiaal dat geluiden bevat die al dan niet rechtstreeks zijn overgenomen van een fonogram en waarop 'al het geluid of een wezenlijk gedeelte' van de geluiden die op dat fonogram zijn vastgelegd, is opgenomen.

53 Het is juist dat de bepalingen van de Overeenkomst van Genève geen deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, aangezien de Unie geen partij bij die overeenkomst is en bovendien niet kan worden aangenomen dat de Unie voor de toepassing van deze overeenkomst in de plaats is getreden van de lidstaten, al was het maar omdat niet alle lidstaten partij zijn bij deze overeenkomst (zie naar analogie arrest van 15 maart 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 41 (NJ 2013/197, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)). Dit neemt echter niet weg dat deze overeenkomst een van de in punt 49 van dit arrest bedoelde internationale verdragen is en dat de bepalingen van richtlijn 2006/115 derhalve zo veel mogelijk moeten worden uitgelegd in het licht van deze overeenkomst (zie in die zin arresten van 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 35; 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 189 (NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.), en 19 december 2018, *Syed*, C-572/17, EU:C:2018:1033, punt 20).

54 Hieruit volgt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 46 en 47 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet worden geoordeeld dat het begrip 'kopie' in de zin van artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 op een wijze moet worden uitgelegd die strookt met dat begrip zoals het is vastgelegd in artikel 1, onder c), en artikel 2 van de Overeenkomst van Genève.

55 Gelet op al het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 aldus moet worden uitgelegd dat een fonogram dat muziekfragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen geen 'kopie' van dat fonogram in de zin van die bepaling is, aangezien op dat fonogram niet het gehele andere fonogram of een wezenlijk gedeelte daarvan is overgenomen.

Derde vraag

56 De verwijzende rechter geeft aan dat § 24, lid 1, UrhG, dat naar analogie van toepassing is op het recht van een fonogramproducent, bepaalt dat een onafhankelijk werk dat is geschapen met gebruik van het werk van een ander, zonder toestemming van de auteur van het gebruikte werk mag worden gebruikt en geëxploiteerd. Hij preciseert hierbij dat een dergelijk 'recht op vrij gebruik' als zodanig geen afwijking van het auteursrecht vormt maar veel eerder een inherente restrictie van de beschermingsomvang daarvan betreft die is gebaseerd op de gedachte dat een culturele creatie ondenkbaar is zonder voort te bouwen op de eerdere verrichtingen van andere auteurs.

57 Tegen deze achtergrond, en aangezien uit het antwoord op de tweede vraag volgt dat een reproductie zoals die in het hoofdgeding niet onder artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/115 valt, moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn derde vraag in wezen wenst te vernemen of een lidstaat in het nationale recht kan voorzien in een beperking of restrictie op het in artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 neergelegde recht van fonogramproducenten die niet tot de in artikel 5 van deze richtlijn bedoelde beperkingen en restricties behoort.

58 Zoals blijkt uit de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij van 10 december 1997 [COM(97) 628 def.] en uit overweging 32 van richtlijn 2001/29, is de in artikel 5 van deze richtlijn opgenomen opsomming van beperkingen en restricties uitputtend, wat het Hof ook herhaaldelijk heeft benadrukt (arresten van 16 november 2016, *Soulier en Doke*, C-301/15, EU:C:2016:878, punt 34, en 7 augustus 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, punt 16 (NJ 2019/371, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)).

59 Dienaangaande is in punt 32 van dit arrest in herinnering gebracht dat de harmonisatie die deze richtlijn tot stand brengt, met name in de elektronische omgeving, gericht is op de waarborging

van een rechtvaardig evenwicht tussen enerzijds het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij bescherming van hun recht op intellectuele eigendom en anderzijds de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van de gebruikers van beschermd materiaal, alsmede van het algemeen belang.

60 De mechanismen die het mogelijk maken om een juist evenwicht te vinden tussen deze verschillende rechten en belangen is vervat in richtlijn 2001/29 zelf, die immers onder meer in de artikelen 2 tot en met 4 voorziet in de uitsluitende rechten van de rechthebbenden en in artikel 5 voorziet in de beperkingen en restricties daarop die door de lidstaten kunnen, of zelfs moeten, worden omgezet, waarbij deze mechanismen echter door nationale maatregelen ter omzetting van deze richtlijn en de toepassing daarvan door de nationale autoriteiten geconcretiseerd dienen te worden (zie in die zin arrest van 29 januari 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak (NJ 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)).

61 Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat de thans in het Handvest neergelegde grondrechten, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, gebaseerd zijn op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede op de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten (zie in die zin arrest van 27 juni 2006, *Parlement/Raad*, C-540/03, EU:C:2006:429, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak (NJ 2006/476, m.nt. M.R. Mok; *red.*)).

62 Aan het in punt 32 van dit arrest beschreven rechtvaardige evenwicht wordt ook bijgedragen door artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, dat vereist dat de in de leden 1 tot en met 4 van dat artikel bedoelde beperkingen en restricties slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast, er geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander beschermd materiaal, en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

63 In dit verband komt de effectiviteit van de door richtlijn 2001/29 tot stand gebrachte harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten alsmede de nagestreefde rechtszekerheid in gevaar indien het elke lidstaat, in weerwil van de in punt 58 van dit arrest in herinnering gebrachte uitdrukkelijke wil van de Uniewetgever, wordt toegestaan om afwijkingen van de in de artikelen 2 tot en met 4 van die richtlijn vastgestelde uitsluitende rechten van de auteur toe te passen die niet onder de in artikel 5 van deze richtlijn uitputtend opgesomde beperkingen en restricties vallen (arrest van 13 februari 2014, *Svensson e.a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, punten 34 en 35 (NJ 2018/111, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)). Uit overweging 31 van deze richtlijn blijkt namelijk duidelijk dat verschillen in beperkingen en restricties

op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen directe negatieve gevolgen hadden voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten, en dat de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 opgenomen opsomming van beperkingen en restricties de goede werking van de interne markt op het oog heeft.

64 Zoals blijkt uit overweging 32 van die richtlijn zijn de lidstaten voorts gehouden om deze beperkingen en restricties op coherente wijze toe te passen. De eis om deze beperkingen en restricties coherent toe te passen zou niet kunnen worden verzekerd indien de lidstaten vrij waren om andere beperkingen en restricties toe te passen dan die welke in richtlijn 2001/29 uitdrukkelijk zijn vastgesteld (zie in die zin arrest van 12 november 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, C-572/13, EU:C:2015:750, punten 38 en 39 (NJ 2016/370, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)). Het Hof heeft overigens reeds benadrukt dat geen enkele bepaling van richtlijn 2001/29 voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om het toepassingsgebied van dergelijke beperkingen en restricties uit te breiden (zie in die zin arrest van 10 april 2014, *ACI Adam e.a.*, C-435/12, EU:C:2014:254, punt 27 (NJ 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)).

65 Gelet op het voorgaande dient op de derde vraag te worden geantwoord dat een lidstaat in het nationale recht niet mag voorzien in andere beperkingen of restricties op het in artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 neergelegde recht van fonogramproducenten dan die welke in artikel 5 van deze richtlijn zijn vastgesteld.

Vierde vraag

66 Met zijn vierde vraag, die wordt voorgelegd voor het geval dat een inbreuk op het in artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitsluitende recht op reproductie van fonogramproducenten wordt vastgesteld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, lid 3, onder d), van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling genoemde begrip 'citeren' ook ziet op een situatie waarin het betrokken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie.

67 Volgens artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 kunnen de lidstaten beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde uitsluitende rechten op reproductie en op communicatie aan het publiek stellen ten aanzien van het citeren ten behoeve van kritieken of recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en wordt gerechtvaardigd door het bijzondere doel ervan.

68 Om te beginnen moet in navolging van de advocaat-generaal in de punten 62 en 63 van zijn conclusie worden geoordeeld dat, gelet op de be-

woordingen van artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29, dat verwijst naar 'een werk of ander materiaal', de in dit artikel bedoelde beperking of restrictie kan worden toegepast op het gebruik van een beschermd muziekwerk, voor zover de in deze bepaling neergelegde voorwaarden zijn vervuld.

69 In het bijzonder is voor de toepassing van artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 vereist dat, zoals in punt 67 van dit arrest is uiteengezet, het gebruik van het betrokken werk 'naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd', zodat het betrokken gebruik met het oog op citeren niet verder mag gaan dan ter bereiking van het met het citaat in kwestie beoogde doel noodzakelijk is.

70 Aangezien richtlijn 2001/29 het begrip 'citeren' niet definieert, moeten de betekenis en de draagwijdte van dit begrip volgens in punt 28 van dit arrest in herinnering gebrachte vaste rechtspraak van het Hof worden bepaald naar de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de doelstellingen die worden nagestreefd door de regeling waarvan het deel uitmaakt.

71 Wat betreft de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van het begrip 'citeren' moet worden opgemerkt dat de wezenlijke kenmerken van een citaat erin bestaan 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, waarbij de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking voor citeren dus de bedoeling moet hebben om de dialoog met dat werk aan te gaan, zoals de advocaat-generaal in punt 64 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

72 Wanneer de maker van een nieuw muziekwerk een van een fonogram overgenomen geluidsfragment (sample) gebruikt dat bij het beluisteren van dat nieuwe werk herkenbaar is, kan het gebruik van dat geluidsfragment, naargelang van de omstandigheden van het geval, met name gelijkstaan aan 'citeren' in de zin van artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29, gelezen in het licht van artikel 13 van het Handvest, mits dat gebruik is bedoeld om de dialoog met het werk waarvan het geluidsfragment is overgenomen aan te gaan, zoals vermeld in punt 71 van dit arrest, en de in artikel 5, lid 3, onder d), van deze richtlijn neergelegde voorwaarden zijn vervuld.

73 Zoals de advocaat-generaal in punt 65 van zijn conclusie heeft benadrukt, kan van een dergelijke dialoog geen sprake zijn wanneer het betrokken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie.

74 Gelet op een en ander dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling genoemde begrip 'citeren' niet ziet op een situatie waarin het betrok-

ken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie.

Vijfde vraag

75 Vooraf moet worden opgemerkt dat, zoals volgt uit punt 24 van dit arrest, de vijfde vraag in het bijzonder betrekking heeft op de toepassing door de verwijzende rechter, voor de afdoening van het hoofdgeding, van artikel 2, onder c), en artikel 5, lid 3, onder d), van richtlijn 2001/29, alsmede artikel 9, lid 1, onder b), en artikel 10, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2006/115.

76 De verwijzende rechter vraagt zich in dit verband af of de lidstaten over discretionaire ruimte beschikken bij de omzetting van deze bepalingen van Unierecht, aangezien de nationale bepalingen die een Unierichtlijn omzetten die de lidstaten geen discretionaire ruimte laat bij de omzetting ervan volgens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht in beginsel niet moeten worden beoordeeld in het licht van de door de grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland gewaarborgde rechten, maar uitsluitend in het licht van de door het Unierecht gewaarborgde grondrechten.

77 Gelet op het antwoord op de tweede en de vierde vraag moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn vijfde vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het een maatregel is die volledige harmonisatie tot stand brengt.

78 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat krachtens het beginsel van voorrang van Unierecht, dat een wezenlijk kenmerk is van de rechtsorde van de Unie, de omstandigheid dat een lidstaat zich beroept op bepalingen van nationaal recht, ook al zijn deze van constitutionele aard, niet kan afdoen aan de werking van het recht van de Unie op het grondgebied van die staat (arrest van 26 februari 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punt 59).

79 In dit verband zij erop gewezen dat, aangezien de omzetting van een richtlijn door de lidstaten hoe dan ook onder de in artikel 51 van het Handvest bedoelde situatie valt waarin de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen, bij die omzetting het in het Handvest neergelegde niveau van bescherming van de grondrechten in acht moet worden genomen, ongeacht de discretionaire ruimte waarover de lidstaten bij die omzetting beschikken.

80 Daarbij zij evenwel aangetekend dat, wanneer een nationale bepaling of maatregel waarmee in een situatie waarin het optreden van de lidstaten niet volledig door het Unierecht wordt bepaald, het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest, de nationale autoriteiten of rechterlijke instanties nog steeds nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten kunnen toepassen, op voorwaarde dat deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht (arresten van 26 februa-

ri 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60, en 26 februari 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29 (*NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Mok; *red.*).

81 Het is dan ook verenigbaar met het Unierecht dat de nationale rechterlijke instanties en autoriteiten die toepassing afhankelijk stellen van de – door de verwijzende rechter naar voren gebrachte – omstandigheid dat de bepalingen van een richtlijn ‘discretionaire ruimte laten bij de toepassing ervan in nationaal recht’, voor zover deze omstandigheid aldus wordt opgevat dat daarmee wordt verwezen naar het door deze bepalingen bewerkstelligde harmonisatieniveau, aangezien die toepassing van nationale beschermingsmaatstaven enkel mogelijk is wanneer die bepalingen geen volledige harmonisatie tot stand brengen.

82 In casu moet worden opgemerkt dat richtlijn 2001/29 ertoe strekt slechts bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten te harmoniseren, aangezien uit verschillende bepalingen naar voren komt dat de Uniewetgever de lidstaten bij de tenuitvoerlegging ervan een discretionaire ruimte heeft willen toekennen (zie in die zin arrest van 5 maart 2015, *Copydan Båndkopi*, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 57 (*NJ* 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*)).

83 Wat het in artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitsluitende recht van de rechthebbenden betreft is in punt 27 van dit arrest in herinnering gebracht dat dit artikel bepaalt dat de lidstaten ten behoeve van producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen, voorzien 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.

84 Deze bepaling bevat dus een ondubbelzinnige definitie van het uitsluitende reproductierecht waarover fonogramproducenten in de Unie beschikken. Bovendien bevat deze bepaling geen enkele voorwaarde en is voor de uitvoering of werking daarvan geen enkele maatregel vereist.

85 Hieruit volgt dat artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 een maatregel is die een volledige harmonisatie van de materiële inhoud van het aldaar bedoelde recht bewerkstelligt (zie naar analogie, met betrekking tot het uitsluitende recht van de houder van een Uniemark, arresten van 20 november 2001, *Zino Davidoff en Levi Strauss*, C-414/99–C-416/99, EU:C:2001:617, punt 39 (*NJ* 2002/183; *red.*), en 12 november 2002, *Arsenal Football Club*, C-206/01, EU:C:2002:651, punt 43 (*NJ* 2003/265, m.nt. M.R. Mok; *red.*)).

86 Gelet op het voorgaande dient op de vijfde vraag te worden geantwoord dat artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het een maatregel is die volledige harmonisatie van de materiële inhoud van het in die bepaling geregelde recht bewerkstelligt.

(...)

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve* kop].

Noot

Het conflict tussen auteursrecht en uitingenvrijheid 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, *IEF* 12190, *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 nieuwsmidia; 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 uitingenvrijheid 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 parfumsflesjes. 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” (r.o. 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*), r.o. 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 harmonisatie-doelstelling, limitatief bedoeld. Bovendien dienen nationale beperkingen te voldoen aan de 'driestap-pentoots' 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 door-

werking 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 geconstitueerd (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 1 december 2011, C-145/10, NJ 2013/66 (*Eva Maria Painer*), m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, r.o. 132-135; zie ook Overweging 31 bij de Auteursrechtlijn).

Welke 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*, NJ 2020/352) 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* (NJ 2020/353) het manuscript van een controversieel essay door een bekende Duitse politicus online geplaatst. De derde zaak (*Pelham*, NJ 2020/354) 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 worsteld 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 (r.o. 30).

Wel mag het nationale constitutionele recht een rol blijven spelen op terreinen die niet (volledig) zijn geharmoniseerd (r.o. 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 richtlijnsgeschiedenis en de nogal losse bewoordingen van veel van deze bepalingen blijkt zelfs dat de lidstaten in beginsel over 'een duidende discretionaire ruimte beschikken' (r.o. 43).

Maar deze discretionaire ruimte wordt door een reeks van factoren weer verkleind (r.o. 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' (r.o. 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 (r.o. 56). Het door de Handvest nagestreefde 'rechtvaardig evenwicht' wordt, zo benadrukt het Hof, door de richtlijn zelf gerealiseerd (r.o. 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 (r.o. 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 (r.o. 68). Weliswaar moeten uitzonderingen op een (richtlijn)regel in beginsel strikt worden uitgelegd (r.o. 69), maar omdat de beperkingen van de richtlijn 'zelf rechten bevatten voor de gebruikers' (r.o. 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 (r.o. 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 Auteursrechtlijn niet voor. De door het Hof gekozen benadering komt erop neer dat voor dergelijke, door de uniegever 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) Auteursrechtlijn; 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 gedachteswisselingen of een debat van algemeen belang' (r.o. 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 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" (r.o. 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 A-G 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 A-G 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 gelegiteerde 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 A-G 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 auteurs-wet 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 IZR 139/15). Of er op de militaire rapporten auteursrecht rust, 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 waarborgde uitingsvrijheid een ruime uitleg te geven aan art. 5 lid 3 (c) van de Auteursrechtlijn (actuele verslaggeving). Zo is deze bepaling 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 (r.o. 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' (r.o. 67). Daarmee beperkt het Hof dit begrip dus niet tot recente feiten. Ook een gebeurtenis uit het verre verleden kan zodanig actueel worden dat het publiek daarvoor 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' (r.o. 78). "Zoals de advocaat-generaal [...] 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 preciseerd dat er met name moet worden geciteerd ten behoeve van kritieken of recensies" (r.o. 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 middel van een hyperlink naar het elders op de website beschikbaar gestelde manuscript. Volgens het Hof was dat voldoende; er kan ook rechtsgeldig worden geciteerd via een hyperlink (r.o. 80). Deze moderne uitleg van het citaatrecht valt toe te juichen. Te betrouwen 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 rechtstreks en nauw verband [brengt] met zijn eigen beschouwingen'. Daarmee sluit het Hof de weg af voor het citaat bij wijze van illustratie of als stijlfiguur. In het *Pelham*-arrest, dat hierna wordt besproken, lijkt het Hof wel enige ruimte te laten voor het kunstcitaat.

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 auteursrecht van Volker Beck (BGH I ZR 228/15).

Pelham

Het derde arrest in deze Europese 'trialog' 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 Auteursrechtrichtlijn.

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 fonogramproducenten toekomende re-

productierecht, dat in art. 2 van de Auteursrecht-richtlijn 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 (r.o. 83-86).

Uitgaande van deze zeer ruime begripsomschrijving overweegt het Hof dat onder 'reproductie' in beginsel ieder geluidsfragment 'hoe vorm dan ook' begrepen moet worden (r.o. 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' (r.o. 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 8 september 2016, zaak C-160/15, *NJ* 2018/112 (*GS Media*), m.nt. P.B. Hugenholtz, r.o. 44-45). In dit geval is 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 (r.o. 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 moi-

lijk 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 Auteursrecht-richtlijn '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 (r.o. 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 Auteursrecht-richtlijn, 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 vrije-gebruiksregel wel erg gemakkelijk als een wettelijke beperking waarvoor het kader van de richtlijn geldt (r.o. 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 (r.o. 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 Auteursrecht-richtlijn is m.i. bedoeld voor specifieke wettelijke uitzonderingen in bijzondere gevallen, niet voor algemene 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 Auteursrecht-richtlijn voor regels als deze niet geldt.

Intussen duurt de rechtstrijd 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 HvJ EU zijn besproken door Visser, AA 20190887; Dommring, AMI 2019/6, p. 185; Kulk & Teunissen, AMI 2019/5, p. 150; Schipper, AMI 2019/5, p.162; Sniijders & Van Deursen, IIC 2019, p. 1176; en Senftleben, AMI 2019/6, p. 210.

P.B. Hugenholtz

NJ 2020/355

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

11 juni 2020, nr. C-634/18

(J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta, M. Safjan, L. Bay Larsen, C. Toader; A-G E. Sharpston) met redactionele aantekening

Art. 20, 21, 49 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; art. 2 lid 1 onder c), art. 4 lid 2 onder a) Kaderbesluit 2004/757

RvdW 2020/969

ECLI:EU:C:2020:29

ECLI:EU:C:2020:455

Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Sąd Rejonowy w Słupsku (rechter in eerste aanleg Słupsk, Polen) bij beslissing van 20 juni 2018.

Justitiële samenwerking in strafzaken. Minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel. Begrip 'grote hoeveelheden drugs'. Gelijke behandeling. Legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen.

Artikel 4, lid 2, onder a), van Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 1, onder c), daarvan, en de artikelen 20, 21 en 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat een lidstaat het bezit van een aanzienlijke hoeveelheid verdovende middelen of psychotrope stoffen, zowel voor persoonlijk gebruik als voor illegale drugshandel, als een strafbaar feit aanmerkt, maar de uitlegging van het begrip 'aanzienlijke hoeveelheid verdovende middelen of psychotrope stoffen' overlaat aan de nationale rechter, die dit per geval moet beoordelen, mits die uitlegging redelijkerwijs voorzienbaar is.