

# De kunst van het samplen na *Pelham*

## Grenzen aan het naburige recht van de fonogrammenproducent

Bjorn Schipper

Mr. B.H.M. Schipper is advocaat te Amsterdam (Schipper Legal).

Het HvJ EU oordeelt in *Pelham*<sup>1</sup> dat het auteursrecht en de naburige rechten afgewogen moeten worden tegen de vrijheid van kunsten zoals neergelegd in artikel 13 van Titel II van het Europese Handvest. Met betrekking tot het gebruik van zogeheten sound samples – korte geluidsfragmenten van fonogrammen – oordeelt het HvJ EU in het licht van de kunstvrijheid dat sound samples in gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm in nabuurrechtelijke zin geen reproducties van de originele geluidsfragmenten zijn en daarmee niet onder de reikwijdte van het exclusieve reproductierecht van de fonogrammenproducent vallen. Wel als zodanig herkenbare sound samples zijn in beginsel aan toestemming van de fonogrammenproducent gebonden maar kunnen volgens het HvJ EU mogelijk wel onder het citaatrecht vallen als deze herkenbare sound samples een dialoog met het gesampled werk aangaan.

De beslissing in de zaak *Pelham* past in een serie arresten<sup>2</sup> van het Hof van Justitie (HvJ EU) over het door het Europese Handvest ingegeven spanningsveld tussen enerzijds auteursrecht en naburige rechten en anderzijds andere fundamentele grondrechten, waaronder de informatievrijheid, de bescherming van privacy, de vrijheid van ondernemerschap, de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van kunst.<sup>3</sup> Wat zijn de consequenties van *Pelham* voor het naburige recht van de fonogrammenproducent in relatie tot sound sampling?

### Duitse zaak: 'Metall auf Metall I, II en III'

In de zaak *Pelham* procedeert de legendarische Duitse groep Kraftwerk – pioniers op het gebied van elektronische muziek –

al ruim vijftien jaar tegen de producers Moses Pelham en Martin Haas. De zaak draait in de kern om het gebruik van een drumbeat van twee seconden uit het nummer 'Metall auf Metall' van Kraftwerk uit 1977. De producers hebben deze drumbeat van twee seconden als repeterende sound sample verwerkt in het hiphopnummer 'Nur Mir' van artieste Sabrina Setlur uit 1997.

Het Bundesgerichtshof oordeelde in zijn eerdere arresten *Metall auf Metall I en II*<sup>4</sup> dat het gebruik van een geluidsfragment van een fonogram, hoe klein soms ook, in beginsel inbreuk maakt op het naburige recht<sup>5</sup> van de fonogrammenproducent als hiervoor geen toestemming van de nabuurrechthebbende(n) is verkregen.<sup>6</sup> Daarbij overweegt het Bundesgerichtshof dat als het originele geluidsfragment tevens op vrij eenvoudige wijze

1 HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), ook wel bekend als de zaak 'Metall auf Metall' en 'Kraftwerk'.

2 Zie ook HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*) en HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*). In beide zaken staat het spanningsveld tussen auteursrecht en de persvrijheid (als onderdeel van de informatievrijheid) centraal.

3 Zie o.m. C. Alberdingk Thijm & C. de Vries, 'De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom', *BIE* 2015, p. 174-183.

4 BGH 20 november 2008, nr. I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*) en BGH 13 december 2012, I ZR 182/11 (*Metall auf Metall II*), o.m. via IEF 12135; zie ook B.H.M. Schipper, 'Het chilling effect van Kraftwerk I/II op sound sampling', *AMI* 2014, afl. 4, p. 105-112, alsmede de vertaling en inleiding door N. Conley & T. Braegelmann, 'Metall auf Metall: the Importance of the Kraftwerk Decision for the Sampling of Music in Germany', *Journal of*

*the Copyright Society of the U.S.A.*, p. 1017-1037, <http://ssrn.com/abstract=1504982>.

5 Het auteursrecht op het onderliggende muziekwerk van Kraftwerk was reeds bij de lagere Duitse rechter op een processueel zijspoor beland vanwege de overweging dat de kwestie in zijn geheel zou kunnen worden afgedaan op basis van het naburige recht.

6 Een vrij strikte regel ten faveure van de fonogrammenproducent vergelijkbaar met de manier waarop onder Amerikaans auteursrecht de houder van het zogeheten *sound recording copyright* bescherming geniet tegen sound sampling zonder toestemming als gevolg van de rechterlijke uitspraak in *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, US Court of Appeals for the Sixth Circuit 3 juni 2005; zie ook D.M. Morrison in 'Bridgeport Redux: Digital Sampling and Audience Recording', p. 75-141, <http://ssrn.com/abstract=1334809>.

zelf nagespeeld kan worden, degene die dit geluidsfragment als sound sample wenst te gebruiken desnoods dan maar zelf het geluidsfragment naspeelt om het zonder toestemming van de fonogrammenproducent te kunnen gebruiken. Een mede door de vrijheid van kunst ingegeven klacht van beide producers bij het Duitse federaal grondwettelijk Hof Bundesverfassungsgericht<sup>7</sup> leidt na terugverwijzing uiteindelijk tot het arrest *Metall auf Metall III*<sup>8</sup> van het Bundesgerichtshof waarin de prejudiciële vragen worden gesteld die aanleiding geven tot de beslissing van het HvJ EU inzake *Pelham*.

### Sampling en het naburige reproductierecht

Het HvJ EU stelt allereerst vast wat nu precies onder de nabuurrechtelijke ‘volledige of gedeeltelijke reproductie’ van een fonogram als bedoeld in artikel 2 onder c) van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) moet worden verstaan (eerste en zesde vraag). In lijn met zijn eerdere beslissingen<sup>9</sup> over de wijze waarop de betekenis van begrippen uit Europese richtlijnen ingevuld dienen te worden, knoopt het HvJ EU in casu aan bij de betekenis en draagwijdte van het begrip ‘reproductie’ in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, daarbij mede gelet op de context waarin het wordt gebruikt en de door de regeling van artikel 2 onder c) van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) beoogde doelstellingen. Volgens het HvJ EU strookt de letterlijke uitleg van ‘reproductie’ met de doelstellingen van het genoemde artikel 2 onder c), te weten het bieden van een hoog beschermingsniveau aan het auteursrecht en de naburige rechten en de bescherming van de investeringen in het fonogram. Een reproductie van een geluidsfragment, hoe kort dan ook, van een fonogram, moet daarmee volgens het HvJ EU in beginsel worden aangemerkt als een ‘gedeeltelijke reproductie’ van dat fonogram. Dit betekent dat – in lijn met het eerdere advies van advocaat-generaal Szpunar<sup>10</sup> – ook het gebruik van (korte) sound samples in beginsel onder de reikwijdte van het naburige reproductierecht van de fonogrammenproducent valt.

Bij de beantwoording van de vijfde vraag oordeelt het HvJ EU ten aanzien van artikel 2 onder c) van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) voorts dat hiermee een volledige harmonisatie van de materiële inhoud ervan wordt beoogd. Voor de Duitse wetgever bestaat er daarmee geen discretionaire ruimte (meer) om het nabuurrechtelijke reproductiebegrip te toetsen aan de door het Duitse grondrecht gewaarborgde grondrechten.

### Uitzondering: gewijzigde en auditief onherkenbare samples

Het HvJ EU overweegt dat als een geluidsfragment van een fonogram op een zodanige manier wordt overgenomen dat het geluidsfragment ‘in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm’ in een eigen artistieke schepping wordt gebruikt, juist géén sprake is van ‘reproductie’ als bedoeld in artikel 2 onder c) van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG). Dergelijk gebruik van een geluidsfragment valt volgens het HvJ EU onder de door artikel 13 van het Europees Handvest gewaarborgde vrijheid van kunst (als onderdeel van de uitsvrijheid van artikel 11 van het Europees Handvest en artikel 10 lid 1 EVRM) en doet verder geen afbreuk aan de mogelijkheden van de fonogrammenproducent om zijn gedane investeringen in het fonogram terug te verdienen. Het HvJ EU legt het nabuurrechtelijke begrip ‘reproductie’ in relatie tot sound sampling aldus beperkter uit tegen de achtergrond van de kunstvrijheid. Een andere (ruimere) uitleg zou volgens het HvJ EU strijdig zijn met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van het reproductiebegrip en tot verstoring kunnen leiden van het evenwicht tussen de relevante beschermingswaardige belangen uit het Europees Handvest en de fundamentele rechten van rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal, mede gelet op het algemeen belang.<sup>11</sup> Daarmee blijkt het exclusieve naburige recht van de fonogrammenproducent geen onaantastbaar recht met absolute werking.

Opvallend is dat het HvJ EU met het formuleren van deze van het reproductierecht van de fonogrammenproducent ‘uitgezonderde’ categorie gewijzigde en voor het oor onherkenbare sound samples een duidelijk andere weg inslaat dan advocaat-generaal Szpunar. Volgens Szpunar zouden kunstenaars bij het creëren van eigen artistieke scheppingen ‘des te meer’ rekening moeten houden met beperkingen en restricties ‘die het leven oplegt aan de vrijheid van schepping’, met name als deze betrekking hebben op intellectuele eigendomsrechten.<sup>12</sup> Szpunar lijkt daarbij uit te zijn gegaan van een goed functionerende markt voor het gebruik van sound samples en de *clearance*<sup>13</sup> daarvan. Het HvJ EU breekt echter expliciet een lans voor sound sampling door te overwegen dat sampling van geluidsfragmenten in gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm op zichzelf een artistieke expressie is die in het kader van de vrijheid van kunst bescherming onder het Europees Handvest geniet. In tegenstelling tot advocaat-generaal Szpunar laat het HvJ EU die kunstzinnige

7 BVerfG 31 mei 2016, I BvR 1585/13 (*Metall auf Metall*).

8 BHG 1 juni 2017, I ZR 115/16, IEF 16844 (*Metall auf Metall III*).

9 Zie onder andere onderdeel 27 van HvJ EU 30 januari 2014, C-285/12, EU:C:2014:39 (*Diakité*) en onderdeel 19 van HvJ EU 3 september 2014, C-201/13, EU:C:2014:2132 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds*).

10 Zie onder andere de onderdelen 33 en 40 van de conclusie van A-G M. Szpunar van 12 december 2018 inzake *Pelham*, ECLI:EU:C:2018:1002.

11 Zie onderdeel 41 van HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17, EU:C:2018:634 (*Renckhoff*).

12 Zie de onderdelen 89 t/m 98 van de conclusie van A-G M. Szpunar van 12 december 2018 inzake *Pelham*, ECLI:EU:C:2018:1002.

13 *Clearance* betekent in dit verband het vragen van toestemming aan rechthebbenden met de bedoeling om onder redelijke voorwaarden een licentie voor het gebruik van sound samples te kunnen verkrijgen. De huidige problemen rondom clearance vormen naast rechtsonzekerheid de belangrijkste oorzaken van het *chilling effect* op de markt voor het gebruik van sound samples. Zie noot 4, B.H.M. Schipper.

vorm van sampling ongemoeid door te beslissen dat het geen reproductie van een fonogram is.

Tot aan *Pelham* werd in Nederland overname van een geluidsfragment nabuurrechtelijk relevant geacht indien het overgenomen gedeelte in het eindresultaat auditief herkenbaar was.<sup>14</sup> Daarmee zou iedere (feitelijk) bewijsbare<sup>15</sup> overname van een fragment van een fonogram, hoe kort ook, tot inbreuk kunnen leiden. Een andere opvatting<sup>16</sup> luidt dat pas sprake is van een nabuurrechtelijk relevante reproductie als de aard en omvang van het overgenomen gedeelte dit rechtvaardigen. Het HvJ EU kiest in *Pelham* voor de benadering waarbij niet of nauwelijks gewijzigde en voor het oor herkenbare sound samples onder de reikwijdte van het naburige reproductierecht vallen.

De overweging van het HvJ EU over de gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm van geluidsfragmenten roept in relatie tot sound sampling nieuwe interessante vragen op. Het HvJ EU rept in zijn arrest letterlijk over 'het oor', hetgeen in beginsel op het menselijk oor duidt. Daarmee lijkt de veelgebruikte slimme audio herkenningsoftware zoals bijvoorbeeld Shazam, SoundHound en DJ Monitor op het eerste gezicht buitenspel te staan. En over welk menselijk oor hebben wij het hier? Het auditief getrainde oor van een musicoloog of het oor van de – naar analogie met de 'maatman' in het merkenrecht<sup>17</sup> – gemiddeld geïnformeerde luisteraar die regelmatig naar muziek luistert?

### Sampling en het naburige distributierecht

Een fonogram dat geluidsfragmenten van een ander fonogram bevat, is volgens het HvJ EU evenmin een 'kopie' van het oorspronkelijke fonogram als bedoeld in artikel 9 lid 1 onder b) van de Verhuurrichtlijn (2006/115/EG) (tweede vraag). Het in deze regeling neergelegde distributierecht van de fonogrammenproducent is vooral bedoeld om bescherming te bieden tegen het verspreiden van ongeautoriseerde *bootlegs* als substituut voor de originele fonogrammen<sup>18</sup>. Net als advocaat-generaal Szpunar<sup>19</sup> oordeelt het HvJ EU dat een fonogram dat een sound sample bevat geen substituut is voor het originele fonogram nu geen sprake is van overname van het gehele fonogram of een wezenlijk gedeelte daarvan. Er is daarom geen sprake van schending van het naburige distributierecht van de fonogrammenproducent als een kort geluidsfragment van het originele fonogram wordt gebruikt.

### Geen beperking naburige recht 'buitenom'

De derde vraag betreft het in het Duitse auteursrecht verankerde recht van de zogeheten *freie Benutzung* als mogelijke beperking van het naburige recht van de fonogrammenproducent. In vergelijking met het Nederlandse auteursrecht bevindt het Duitse recht van de *freie Benutzung* zich op het snijvlak van enerzijds de vrije bewerking van een werk die zelfstandig als een nieuw oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt, en anderzijds de verveelvoudiging in gewijzigde vorm die in de zin van artikel 13 Auteurswet niet als een zelfstandig nieuw oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.<sup>20</sup> De verwijzende Duitse rechter beschrijft het leerstuk van de *freie Benutzung* als 'recht op vrij gebruik' dat als zodanig geen afwijking van het auteursrecht vormt maar eerder als een 'inherente restrictie' van de beschermingsomvang van het auteursrecht gezien moet worden. Dit tegen de achtergrond dat een culturele creatie ondenkbaar zou zijn zonder voort te kunnen borduren op de creaties van andere makers. Het recht van de *freie Benutzung* is naar analogie van toepassing geoordeeld op het Duitse naburige recht.<sup>21</sup>

Centraal staat aldus de vraag of de Duitse wetgever met toepassing van het recht van de *freie Benutzung* kan voorzien in een wettelijke beperking van het naburige reproductierecht van de fonogrammenproducent van artikel 2 onder c) van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) indien deze beperking niet opgenomen is in de uitputtende lijst met beperkingen en restricties van artikel 5 van diezelfde richtlijn. Het HvJ EU oordeelt dat het lidstaten niet is toegestaan af te wijken van de limitatieve opsomming van artikel 5 Auteursrechtlijn (2001/29/EG). Daarbij heeft te gelden dat de lidstaten gehouden zijn de toegestane beperkingen en restricties op coherente wijze toe te passen en dat zij niet vrij zijn om (andere) beperkingen of restricties in te voeren of uit te breiden. Dit mede ter voorkoming van verstoring van de goede werking van de interne markt en in het licht van de rechtszekerheid. Ik merk hierbij nog op dat het materiële gewicht dat het HvJ EU toekent aan de uitputtende opsomming van artikel 5, mede ingegeven is door de omstandigheid dat het evenwicht tussen de relevante beschermingswaardige belangen uit het Europese Handvest en de fundamentele rechten van rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal als het ware 'ingebakken' is in de toegestane beperkingen en restricties van artikel 5. Of in een concreet geval sprake is van verstoring van het evenwicht zal aan de hand van een belangenafweging bij de uitleg van de

14 Zie o.m. A.C.M. Alkema, in: Ch. Gielen e.a., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 607 en D.J.G. Visser, *T&C Intellectuele eigendom*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, aantekening 2 bij artikel 6 lid 1 Wnr, p. 200.

15 D.J.G. Visser, *Naburige rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 53.

16 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 849 (noot 73).

17 Zie bijv. J. Muyldermans, 'De maatman in het merkenrecht', *BMM Bulletin* 2015/3, p. 108-118.

18 Uitleg van de overwegingen 2 en 5 bij artikel 9 lid 1 onder b) van de Verhuurrichtlijn 2006/115/EG in verbinding met de preambule en de artikelen 1 onder c) en 2 van de Conventie van Genève ter bescherming van

producenten van fonogrammen tegen de ongeautoriseerde reproductie van hun fonogrammen van 29 oktober 1971.

19 Zie onderdeel 46 van de conclusie van A-G M. Szpunar van 12 december 2018 inzake *Pelham*, ECLI:EU:C:2018:1002.

20 Zie noot 4, B.H.M. Schipper, p. 108-107; voor een rechtsvergelijking tussen het Amerikaanse 'fair use' leerstuk en het Duitse 'freie Benutzung' leerstuk zie o.m. T. Reilly, *Good Fences Make Good Neighboring Rights: The German Federal Supreme Court Rules Rules on the Digital Sampling of Sound Recordings in Metall auf Metall*, 2011, p. 38-40, unpublished work in progress, [http://works.bepress.com/tracy\\_reilly/3](http://works.bepress.com/tracy_reilly/3).

21 Zie noot 4, BGH 20 november 2008, nr. I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*).

bepalingen en restricties vastgesteld moeten worden. Voor een aparte afweging 'buitenom'<sup>22</sup> aan de hand van een externe beperking lijkt evenwel geen plaats (meer).<sup>23</sup> Het HvJ EU zit op dit punt op een lijn met advocaat-generaal Szpunar.<sup>24</sup>

### Klankcitaatrecht

Het HvJ EU plaatst de gewijzigde en voor het oor onherkenbare sound samples nadrukkelijk buiten het reproductierecht van de fonogrammenproducent. Is gebruik van herkenbare sound samples dan per definitie aan de toestemming van de fonogrammenproducent gebonden? In beginsel wel, tenzij een wettelijke beperking op het gebruik van een geluidsfragment van een fonogram van toepassing is. De vierde vraag gaat over de toepassing van het citaatrecht in relatie tot sound samples die onder de reikwijdte van het exclusieve reproductierecht van de fonogrammenproducent vallen. Aan de hand van de voorgeschreven wijze<sup>25</sup> waarop begrippen uit Europese richtlijnen dienen te worden uitgelegd, stelt het HvJ EU in navolging van advocaat-generaal Szpunar<sup>26</sup> vast dat 'citeren' als bedoeld in artikel 5 lid 3 onder d) Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG) zich vooral laat kenmerken door het illustreren van een uittaling, het verdedigen van een opvatting dan wel het teweegbrengen van een intellectuele confrontatie. Van een toelaatbaar citaat kan kortom sprake zijn als daarmee een 'dialoog' met het andere werk wordt aangegaan. De betekenis die het HvJ EU geeft aan deze 'dialoog' lijkt vergelijkbaar met het vereiste van artikel 15a lid 1 Auteurswet (Aw) in verbinding met artikel 10 onder b) Wet naburige rechten (Wnr) dat een citaat in verband met het werk van waaruit geciteerd wordt moet plaatshebben in een aankondiging, beoordeling, polemiek, wetenschappelijke verhandeling of uiting met een vergelijkbaar doel. De meer kunstzinnige auditief herkenbare sound sample zou naar mijn mening – mits voldaan wordt aan alle andere wettelijke citaatvereisten – als 'min of meer serieuze uiting'<sup>27</sup> onderdak moeten kunnen vinden bij de restcategorie van uitingen met een vergelijkbaar doel.

Toegepast op sound sampling kan het gebruik van een auditief herkenbaar geluidsfragment van een fonogram in een eigen artistieke schepping als klankcitaat onder het citaatrecht vallen. Hiervoor zijn de omstandigheden van het geval

bepalend en is nodig dat het gebruik van de sound sample bedoeld is om een dialoog aan te gaan met het fonogram waarvan de sound sample is overgenomen. Daarnaast dient uiteraard aan alle andere wettelijke citaatvereisten voldaan te worden. Het is in de muziekpraktijk natuurlijk de vraag wanneer precies sprake is van een 'dialoog' in het kader van een klankcitaat. Of eerbetoon, protest<sup>28</sup>, maatschappijkritiek, parodie of muzikale geschiedschrijving in voldoende mate een dialoog<sup>29</sup> met het gesampled werk impliceren, zal steeds in het concrete geval moeten worden vastgesteld.

### Positie van de uitvoerende kunstenaar

*Pelham* gaat met name over de reikwijdte van het naburige recht van de fonogrammenproducent. Aangezien fonogrammen vaak ook opnamen van muzikale uitvoeringen van artiesten bevatten, is *Pelham* indirect natuurlijk ook van belang voor de positie van de uitvoerende kunstenaar van wie de uitvoering in een fonogram is vastgelegd. Waar in het kader van de nabuurrechtelijke beschermingswaardigheid van een fonogram geen eis van een eigen karakter wordt gesteld en in beginsel iedere geluidsopname wordt beschermd, dient de uitvoering van een uitvoerende kunstenaar daarentegen wel een zekere mate van iets eigens of unieks<sup>30</sup> te bevatten om voor nabuurrechtelijke bescherming in aanmerking te kunnen komen. Van een uitvoerende kunstenaar wordt verlangd dat hij of zij een persoonlijke artistieke bijdrage<sup>31</sup> levert aan de uitvoering of vertolking.

De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de uitkomst in *Pelham*. In lijn met de beslissing van het HvJ EU zou in relatie tot sound sampling eerst dan sprake zijn van reproductie van een (in een fonogram vastgelegde) uitvoering van een uitvoerende kunstenaar indien het eigen of unieke karakter van die uitvoering of vertolking in gewijzigde en voor het (menselijk) oor auditief herkenbare vorm is overgenomen. De drempel ligt daarmee voor de uitvoerende kunstenaar rechtens nog steeds iets hoger in vergelijking met de fonogrammenproducent. *Pelham* verandert daar strikt genomen niets aan.

22 Zie voor een uitgebreide analyse van de bevindingen op dit punt van A-G M. Szpunar in het kader van de bij noot 1 genoemde serie arresten: C. Geiger & E. Izyumenko, 'Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: The Advocate General of the CJEU shows the way', *CEIPI Studies Research Paper* No. 2018-12, p. 1-17.  
 23 Zie ook in vergelijkbare zin M. Kingma, 'HvJEU in Spiegel Online en Funke Medien: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?', IEF 18625, 9 augustus 2019.  
 24 Zie de onderdelen 54 t/m 59 van de conclusie van A-G M. Szpunar van 12 december 2018 inzake *Pelham*, ECLI:EU:C:2018:1002.  
 25 Zie rechtspraak bij noot 9.  
 26 Zie onderdeel 46 van de conclusie van A-G M. Szpunar van 12 december 2018 inzake *Pelham*, ECLI:EU:C:2018:1002.  
 27 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 283.

28 Zie o.m. M.T.M. Koedoeder, 'Kraftwerk revisited. Herkenbare samples zijn toegestaan, als voldaan is aan de eisen voor een citaat?', IEF 18621, 1 augustus 2019.  
 29 Zie bijv. de uitkomst in de *Pound Cake*-zaak van de erven van Jimmy Smith tegen rapper Drake. Sampling van de oorspronkelijke tekst werd toegestaan op basis van 'fair use' omdat de oorspronkelijke tekst gebaseerd op 'the primacy of jazz' door Drake inhoudelijk werd getransformeerd tot 'the primacy of music': *Estate of James Oscar Smith v. Cash Money Records, Inc. (Pound Cake)*, US District Court Southern District New York, 30 mei 2017 (<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/estate-of-james-oscar-smith-cash-money-records-no.1-14-cv-02703-2017.pdf>).  
 30 Zie o.m. D.J.G. Visser, *Naburige rechten*, Zwolle: V.V.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 53-54.  
 31 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 845.

## Sampling als kunstvorm

De beslissing van het HvJ EU inzake *Pelham* biedt de gebruikers van sound samples naar mijn mening wat meer speelruimte. Gaat het om gewijzigde en voor het oor onherkenbare sound samples, is geen sprake van nabuurrechtelijke reproductie en is aldus geen voorafgaande toestemming van de fonogrammenproducent nodig. Herkenbare sound samples die op de een of andere manier een dialoog met het gesamplede werk tot stand brengen, vallen mogelijk onder het klankcitaat.

Het HvJ EU overweegt daarnaast in algemene zin dat ‘samplingtechniek’ – zoals bijvoorbeeld gangbaar in de muziekindustrie – een vorm van artistieke expressie is die binnen het kader van de kunstvrijheid bescherming geniet op grond van artikel 13 van het Europese Handvest. Sampling kan daarmee volgens het hoogste Europese rechtscollege als een vorm van kunst worden aangemerkt, en niet, zoals eerder en elders is gesteld, een vorm van ‘muziekpiraterij’<sup>32</sup> of ‘diefstal’.<sup>33</sup> Na *Pelham* is de in de Nederlandse literatuur gebezigde term ‘klankjatten’<sup>34</sup> aan een herijking toe. Een in mijn ogen belangrijke vaststelling voor met name de muziekpraktijk omdat muzieksampling qua connotatie decennialang in het juridische verdomhoekje heeft gezeten.

Onlangs bracht de Amerikaanse componist, multi-instrumentalist, producer en arrangeur Sylvester Uzoma Onyejiaka II tijdens het North Sea Jazz Festival als *Sly5thAve* met zijn orkest een eerbetoon aan het rijke hiphopoeuvre van producer Dr. Dre. In een interview<sup>35</sup> met hiphopjournalist Saul van Stapele legt Onyejiaka uit waarom de hiphopmuziek van Dr. Dre voor hem zo belangrijk is:

*“De muziek van Dr. Dre is interessant voor een arrangeur als Onyejiaka, zegt hij, ‘omdat veel van zijn composities zo rijk zijn – vol met samples en muzikale geschiedenis. Je bestudeert synthesizergeluiden en puzzelt: wat klinkt beter, een fluit, een viool? Hoe werkt het voor een orkest? Ik leerde hoe Dr. Dre samples op elkaar stapelt, soms in totaal andere toonsoorten, en over het belang dat hij hecht aan krachtige drumgeluiden. Ik wilde dat het met orkest ook funky werd – zijn muziek raakt je recht in je onderbuik.’”*

Het eerbetoon van Onyejiaka aan de hiphopmuziek van Dr. Dre laat zien dat muzieksampling door makers primair als kunstvorm gezien wordt. De beslissing van het HvJ EU inzake *Pelham* zoekt in zekere zin aansluiting bij deze praktijk wat voor gebruikers van sound samples in artistiek opzicht – naast de eerder genoemde speelruimte – belangrijke winst van dit arrest is.

32 D. Peepkorn, ‘Muziekpiraterij’, in: T. Pronk (red.), *Klankrechtwijzer: muziek en recht*, Den Haag: SDU/Boekmansstichting 1991, p. 89-99.

33 *Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc (Biz Markie)*, US Court for the Southern District of New York 17 december 1991 (780 F.Supp 182 SDNY 1991). De rechter in deze zaak sprak letterlijk van ‘*Thou shalt not steal*’.

34 P.B. Hugenholtz & M.T.M. Koedooder, ‘Klankjatten: juridische aspecten van sound sampling’, *NJB* 1987, p. 1511-1515 (af. 45/46).

35 Saul van Stapele, ‘Dr. Dre raakt je onderbuik’, interview met *Sly5thAve* in de aanloop naar North Sea Jazz Festival 2019, *NRC* donderdag 11 juli 2019, C6.