

schriftelijk verzoek wordt een offerte uitgebracht. Daarna begint het onderhandelen over de licentievergoeding. Onderhandelingen kunnen in principe door een sample clearing house, een advocaat of de sampelaar zelf worden gedaan. Ook aan die onderhandelingen zijn kosten verbonden. Factoren die de hoogte van de licentievergoeding beïnvloeden zijn onder meer de populariteit van de gesamplede artiest, de economische waarde van het originele werk, de lengte van de sample of het aantal keer dat de sample in het werk voorkomt, welke rol speelt de sample in het nieuwe werk.³⁰⁵ Er dient een vergoeding te worden betaald voor de openbaarmaking en voor het gebruik van de master.³⁰⁶ Sample clearing kan behoorlijk prijzig zijn, met name als er meerdere samples in één nummer worden gebruikt. P Diddy betaalde uiteindelijk 500.000 \$ aan vergoedingen voor het gebruik van een sample uit 'Every Breath You Take'.³⁰⁷ Daarnaast wordt vaak ook onderhandeld over *writing credits* en *royalty's* van het nieuwe werk.



Een sampelaar blijft uiteindelijk overgeleverd aan de goede wil van de rechthebbenden om het gebruik van een sample toe te staan of niet. Sommige artiesten keuren sampling faliekant af en zullen dus uit principe een licentie weigeren. Daft Punk bijvoorbeeld staat erom bekend dat zij doorgaans samplelicenties voor hun werk weigeren. Anderen zien het weer als promotie.

Het sampling clearing systeem lijkt onvoldoende aan de eisen van deze tijd te voldoen omdat het onder meer aan snelheid, gemak, toegankelijkheid en betaalbaarheid ontbreekt. Een goed sample clearing systeem kan wellicht problemen anticiperen voor zowel sampelaars als rechthebbenden. Het gevolg daarvan is dat er voor veel samples geen toestemming wordt gevraagd. Het clearen van samples blijft een lastig verhaal met een onvoorspelbare uitkomst.

12.6 Sampling en de beperkingen van het auteursrecht en naburig recht

In sommige gevallen wordt het auteurs- en naburig recht van de rechthebbende beperkt, bijvoorbeeld als er sprake zou zijn van een incidentele verwerking of een toelaatbaar citaat. Een geslaagd beroep op deze beperkingen houdt in dat de rechthebbende het gebruik van zijn beschermd werk moet tolereren.

12.6.1 Sampling en de incidentele verwerking (de *minimis*)

Het uitgangspunt is dat voor het gebruik van muziekwerken in andere muziekwerken toestemming aan de rechthebbende moet worden gevraagd omdat er sprake is van normale exploitatie. Alleen als het gebruik onder een van de beperkingen in het auteursrecht valt, zal dat anders zijn.³⁰⁸ De WNR bevat een met de Auteurswet vergelijkbare *de minimis* bepaling (art. 10 sub h WNR), waardoor ook het fonogram incidenteel

305 Het Amerikaanse Congres heeft de tarieven vastgesteld.

306 Veelal ontvangt het label, doorgaans de eigenaar van de master, een voorschot op de opbrengst van het nieuwe werk. De vergoeding voor de openbaarmaking is veelal een flat fee.

307 K. McLeod en P. Dicola, *Creative License*, Duke University Press: Durham and London, 2011.

308 Rb Noord-Holland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11165 (*2Houses/Stemra*).

mag worden verwerkt. Er wordt slechts langs hoofdlijnen afgetast of sampling wellicht onder omstandigheden als toelaatbare incidentele verwerking kan worden aangemerkt.³⁰⁹

De Nederlandse Auteurswet sluit samples en replays bij voorbaat uit als toelaatbare incidentele verwerking:

Waar het gebruik weliswaar op zichzelf van bescheiden omvang is maar wel beoogd en bewust en daarmee niet toevallig plaatsvindt, met het oogmerk van integratie in en vergroting van de waarde van een nieuw werk, bijvoorbeeld het verwerken van bepaalde, weloverwogen gekozen geluidsfragmenten in een nieuw muziekwerk, is de beperking echter niet van toepassing.³¹⁰

Gelet op de Parlementaire geschiedenis zal in beginsel een ongeautoriseerde sample niet als *de minimis* gebruik worden beschouwd. Het originele geluidsfragment is volgens de wetgever altijd bewust gekozen en er is steeds sprake van doelbewuste exploitatie van het beschermde werk. Zelfs al is de ongeautoriseerde sample nog zo klein, aan de wettelijke voorwaarden voor *de minimis* gebruik is in beginsel niet voldaan. De Nederlandse wetgever volgt dezelfde redenering als de Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films uitspraak:³¹¹ sampling is altijd inbreuk, ontlening hoeft niet worden aangetoond en op een wettelijke uitzondering kan geen beroep worden gedaan. Bridgeport introduceerde een harde regel: zonder licentie is sampling niet toegestaan. De Nederlandse rechter heeft zich in ieder geval nog niet over de vraag kunnen uitspreken of een sample onder omstandigheden *de minimis* gebruik oplevert.

In de US hebben verschillende rechters zich wel al uitgesproken over de vraag of het *de minimis* verweer kan slagen bij het gebruik van een ongeautoriseerde sample. De resultaten van deze Amerikaanse rechtszaken schetsen een wisselend beeld. Voor de Nederlandse praktijk zijn deze Amerikaanse gevallen interessant omdat er grotendeels van dezelfde principes wordt uitgegaan.

In de US wordt onder het *de minimis* verweer het kopiëren van een kort fragment toegestaan. Het overgenomen fragment mag niet de uniciteit van het originele werk weerspiegelen of de essentie van het originele werk behouden.³¹² Als er vervolgens geen sprake is van substantial similarity kan het gebruik als *de minimis* worden beschouwd. Of er sprake is van *de minimis* gebruik wordt zowel kwalitatief als kwantitatief beoordeeld.³¹³ Als een lekenpubliek het werk niet kan herkennen en het gebruik van kwantitatief belang is, dan wordt het gebruik ook *de minimis* geacht.³¹⁴

309 Gelet op het doel van dit boek, is deze paragraaf geen uitputtende (juridische) behandeling.

310 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 482, nr. 3, p. 53. De zienswijze van de Nederlandse wetgever lijkt niet in lijn met het feit dat art. 18a Aw als een echte *de minimis* regel moet worden gezien, gelet op de oorspronkelijke tekst van de Europese Auteursrechtverrichtlijn: Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 482, nr. 4 p. 16. Recent heeft de Rechtbank Noord Holland geoordeeld dat art. 18a Aw een autonoom begrip is en niet moet worden uitgelegd in lijn met de Auteursrechtverrichtlijn (zie Rb Noord Holland 26 november 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11165 (2Houses/Stemra)).

311 Bridgeport Music v. Dimension Films, et al. 410 F. 3d 792 (6th Cir. 2005).

312 C. Moran, *How Much Is Too Much? Copyright Protection of Short Portions of Text in the United States and European Union After Infopaq International A/S V. Danske Dagblades*, Wash. J.L. Tech. & Arts 247 (2011).

313 Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997) en Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

314 Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).



De Amerikaanse rechter honoreerde in de zaak *Newton v. Diamond* een de *minimis* verweer. De Beastie Boys hadden in hun nummer 'Pass the Mic' een 3-seconden flute-loop gekopieerd.³¹⁵ De Californische rechtbank oordeelde dat de sample zo triviaal was, dat deze niet boven de kwantitatieve drempel voor substantial similarity uitkwam. De oorspronkelijke compositie van Newton kon niet worden herkend nu de essentie en structuur van Newtons werk niet was overgenomen in de sample. De sample wordt wel herhaald gebruikt maar toch is er geen sprake van inbreuk op de compositie maar van de *minimis* gebruik.³¹⁶



Beastie Boys – Pass the Mic

Onder het Nederlandse positieve recht zal een sample zoals gezegd niet als *de minimis* gebruik worden aangemerkt. Daarbij zijn een aantal kanttekeningen te plaatsen:

1. Wellicht is een ruime uitleg van *de minimis* waardoor ook sampling onder de wettelijke uitzondering kan vallen (cultureel) wenselijk;
2. Een goede sample transformeert een origineel geluidsfragment. Het is nog maar de vraag of het gebruik de doelstelling van integratie van een (bestaand) muziekfragment in het nieuwe werk heeft en daarmee de waarde van het nieuwe werk wordt vergroot. Als een sample eerder als geluidseffect wordt gebruikt, is er geen sprake van primaire exploitatie. Per geval zal er beoordeeld moeten worden wat de waarde van de sample is. Ontstaat die waarde door het transformeren van het gesampled werk of ontstaat die waarde omdat de essentie van het gesampled werk is overgenomen in het nieuwe werk;
3. Het is ook onduidelijk welke waarde vergroot moet zijn door de toevoeging van de sample: gaat het om artistieke waarde, louter sonische of commerciële waarde? Of is dat onderscheid irrelevant in het kader van de incidentele verwerking?
4. Er moet rekening gehouden worden met de aard van het werk en de aard van sampling;

Denk bijvoorbeeld aan het nummer 'Human Nature' van SWV. Dat werk bevat een sample van Michael Jacksons 'Human Nature'. De essentie van Jacksons werk is terug te vinden in de sample. Omdat de essentie van de track is behouden is er sprake van primaire exploitatie waarvoor toestemming vereist is. In geen geval gaat hier een beroep op incidentele verwerking op.



SWV – Right Here – Human Nature Radio Mix
Michael Jackson – Human Nature

Het nummer 'Closer' van Nine Inch Nails bevat een sample van de kick en snare uit Iggy Pops 'Nightclubbing'.³¹⁷



Nine Inch Nails – Closer
Iggy Pop – Nightclubbing

315 *Newton v. Diamond* 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003)

316 In de *Bridgeport* uitspraak is het tegenovergestelde beslist.

317 Auteursrechtelijk gezien zal de kick en snare geen bescherming genieten. Het gaat hier dan louter om het gebruik van het nabuurrechtelijk beschermde fonogram waarvoor toestemming moet worden gevraagd aan de fonogrammenproducent. De vraag is of de *closer*-sample als reproductie beschouwd kan worden: is *Nightclubbing* herkenbaar overgenomen? Als dat het geval is, wordt er inbreuk gemaakt op de rechten van de fonogrammenproducent tenzij men zich op een beperking van het auteursrecht kan beroepen.

