Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 12 dicembre 2018 [1]

Causa C-476/17

Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
contro
Ralf Hütter,
Florian Schneider-Esleben

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Diritto d'autore e diritti connessi – Diritto di riproduzione – Riproduzione di parti minime di un fonogramma (*sampling*) – Libero utilizzo di un'opera – Presa in considerazione dei diritti fondamentali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»

Introduzione

1. Il *sampling* (campionatura) è una tecnica consistente nel prelevare, con l'ausilio di apparecchiature elettroniche, estratti (*samples* o campioni, da cui il nome della tecnica) di un fonogramma al fine di utilizzarli come elementi di una nuova composizione in un altro fonogramma. Al momento del loro riutilizzo, tali estratti sono spesso mixati, modificati e ripetuti a ciclo continuo, in maniera da essere più o meno riconoscibili nella nuova opera. Va altresì osservato che può trattarsi di estratti di differenti lunghezze, di una durata compresa tra meno di un secondo e varie decine di secondi. Il *sampling* è dunque un fenomeno dalle molte sfaccettature, il che, beninteso, non facilita la sua qualificazione giuridica [2].

2. Sebbene il riutilizzo, da parte dei compositori, di motivi di opere precedenti sia probabilmente antico quanto la musica stessa, il *sampling* è un fenomeno nuovo, reso possibile dai moderni procedimenti di registrazione e modifica dei suoni, anzitutto analogici e, attualmente, digitali. Infatti, contrariamente alla ripresa di un frammento di un'altra opera musicale nella composizione di una nuova opera, l'idea alla base del *sampling* è di prelevare direttamente i suoni da un fonogramma, ossia da un'opera eseguita e registrata, per incorporarli nel fonogramma contenente la nuova opera. In tal senso, il *sampling* è un fenomeno proprio della realtà della musica registrata sotto forma di fonogrammi. In altre parole, il fatto di copiare frammenti della notazione di un'opera musicale per incorporarla nella notazione di una nuova opera e di eseguire poi tale notazione non rientra nel *sampling*.

1 Lingua originale: il francese.

2 V., in particolare, Piesiewicz, P., «Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne "samplingu")», *Państwo i prawo*, n. 3/2006.

3. Sebbene il *sampling* possa essere utilizzato in qualsiasi genere musicale, esso è tuttavia particolarmente importante per le musiche hip-hop e rap, apparse negli anni 70 nei quartieri popolari di New York (Stati Uniti) [3]. Tale musica trae origine dalla pratica dei *disc jockey* (i «cavalieri del disco») che concatenavano, modificavano e mischiavano suoni ricavati da brani musicali registrati su dischi di vinile. Da detta pratica risultavano vere composizioni personali derivate. Il *sampling* costituisce quindi la base di tali generi musicali. Alcune opere possono anche consistere unicamente in una mescolanza di *sample*.

4. Nonostante l'importanza del suo ruolo nella nuova creazione musicale, il *sampling* costituisce una vera sfida giuridica, in particolare a partire dal momento in cui l'hip-hop ha lasciato le strade del Bronx per entrare nel *mainstream* e divenire una fonte di reddito non trascurabile per i suoi autori, esecutori e produttori. La difficoltà in sede di valutazione giuridica di tale fenomeno deriva dal fatto che non si tratta qui di una relazione tra opera e opera, classica nel diritto d'autore, ma di un rapporto tra un fonogramma, prodotto commerciale, e un'opera, creazione artistica. Ricorrendo al *sampling*, l'artista non soltanto trae ispirazione dalla creazione altrui, ma si appropria altresì del frutto dello sforzo e dell'investimento editoriale rappresentato dal fonogramma. Tale configurazione, del tutto nuova per il diritto d'autore [4], fa entrare in gioco fattori quali i diritti connessi dei produttori dei fonogrammi, da un lato, e la libertà creativa dei «realizzatori di sample», dall'altro.

5. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame, che fa rientrare la problematica del *sampling* nel solco del diritto dell'Unione, è la conclusione di una lunga saga giudiziaria nazionale [5], nel contesto della quale si sono già pronunciate due delle più alte autorità giurisdizionali tedesche. Adesso, la Corte è chiamata a prendere la parola nel contesto di tale dibattito che contrappone la libertà artistica «modalità postmodernismo» al tradizionale diritto di proprietà.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

6. L'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione [6] prevede quanto segue:

«Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:

(…)

c) ai produttori di fonogrammi per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche;

(…)».

3 Per la storia dell'hip hop e del rap, v. Evans, T.M., «Sampling, Looping, and Mashing… Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law», *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 21, n. 4, pag. 843.

4 Benché una delle prime cause relative al *sampling* – Grand Upright Music, Ltd v. Warner Bros. Records Inc., giudicata dalla United States District Court for the Southern District of New York (tribunale federale degli Stati Uniti per il distretto Sud di New York, Stati Uniti) risalga all'anno 1991.

5 L'atto introduttivo del ricorso di primo grado nel procedimento principale è stato depositato l'8 marzo 1999.

6 GU 2001, L 167, pag. 10.

7. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafi 3, lettere d), k) e o), e 5, di tale direttiva:

«3. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti:

(…)

d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico;

(…)

k) quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o pastiche;

(…)

o) quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazion[i], purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni contenute nel presente articolo.

(…)

5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

8. L'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (versione codificata) [7] così dispone:

«1. Gli Stati membri riconoscono il diritto esclusivo di mettere a disposizione del pubblico, attraverso la vendita o altri mezzi, le realizzazioni di cui alle lettere da a) a d), comprese le copie delle medesime (in appresso denominato "diritto di distribuzione"):

(…)

b) ai produttori di fonogrammi, con riferimento ai loro fonogrammi;

(…)».

9. Ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, primo comma, di tale direttiva:

«2. Fatto salvo il paragrafo 1, ogni Stato membro ha la facoltà di prevedere, per quanto riguarda la protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi, degli organismi di radiodiffusione e dei produttori delle prime fissazioni di pellicole, limitazioni della stessa natura di quelle previste dalla propria legislazione per quanto attiene alla protezione del diritto d'autore sulle opere letterarie e artistiche».

7 GU 2006, L 376, pag. 28.

Diritto tedesco

10. Le direttive 2001/29 e 2006/115 sono state recepite nel diritto tedesco nel Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi), del 9 settembre 1965 (in prosieguo: l'«UrhG»). I diritti dei produttori dei fonogrammi sono protetti in forza dell'articolo 85, paragrafo 1, di tale legge.

11. L'articolo 24 dell'UrhG contiene un'eccezione generale al diritto d'autore così formulata:

«1. Un'opera indipendente, creata con un libero utilizzo dell'opera altrui, può essere pubblicata e sfruttata senza l'autorizzazione dell'autore dell'opera utilizzata.

2. Il paragrafo 1 non si applica all'utilizzo di un'opera musicale mediante la quale una melodia è ricavata in maniera riconoscibile da un'opera al fine di servire da base per una nuova opera».

Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali

12. I sigg. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben, ricorrenti in primo grado e convenuti in cassazione (Revision) nel procedimento principale (in prosieguo: i «convenuti»), sono membri del gruppo musicale Kraftwerk. Nel 1977, quest'ultimo ha pubblicato un fonogramma contenente l'opera intitolata *Metall auf Metall*. I convenuti sono produttori di detto fonogramma, ma anche artisti interpreti dell'opera in esame e il sig. Hütter ne è altresì l'autore (compositore).

13. La Pelham GmbH, società di diritto tedesco, convenuta in primo grado e ricorrente in cassazione (*Revision*) nel procedimento principale, è la produttrice di un fonogramma contenente l'opera intitolata *Nur mir*, interpretata, in particolare, dalla cantante Sabrina Setlur. I sigg. Moses Pelham e Martin Haas, anch'essi convenuti in primo grado e ricorrenti in cassazione (*Revision*) nel procedimento principale, sono autori di detta opera.

14. I convenuti sostengono che la Pelham nonché i sigg. Pelham e Haas (in prosieguo, congiuntamente: i «ricorrenti») hanno copiato, con la tecnica del *sampling*, circa due secondi di una sequenza ritmica dal titolo *Metall auf Metall* e li hanno integrati, mediante ripetizioni continue, nel brano *Nur mir*. Essi ritengono che i ricorrenti abbiano così violato il diritto connesso di cui sono titolari in qualità di produttori del fonogramma in questione. In subordine, i convenuti fanno valere il diritto di proprietà intellettuale di cui sono titolari in qualità di artisti interpreti nonché la violazione del diritto d'autore del sig. Hütter sull'opera musicale. In via ulteriormente subordinata, i convenuti deducono una violazione della normativa in materia di concorrenza. Il procedimento dinanzi al giudice del rinvio, tuttavia, riguarda unicamente i diritti dei convenuti in quanto produttori del fonogramma.

15. I convenuti hanno chiesto la cessazione della violazione, la concessione del risarcimento dei danni, la trasmissione di informazioni e la consegna dei fonogrammi in vista della loro distruzione. Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso e l'appello interposto dai ricorrenti è stato respinto. A seguito di un'impugnazione in cassazione (Revision) dei ricorrenti, la sentenza emessa dal giudice d'appello è stata invalidata dal giudice del rinvio, con sentenza del 20 novembre 2008, e la causa è stata rimessa al giudice d'appello per un nuovo esame. Ancora una volta, il giudice d'appello ha respinto l'appello interposto dai ricorrenti. A seguito di una nuova impugnazione per cassazione (*Revision*) dei ricorrenti, il giudice del rinvio questa volta ha respinto tale impugnazione con sentenza del 13 dicembre 2012. Tale sentenza è stata annullata dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale, Germania) [8], che ha rinviato la causa dinanzi al giudice del rinvio.

8 Sentenza del 31 maggio 2016, 1 BvR 1585/13.

16. Ciò premesso, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sussista una lesione del diritto esclusivo di riproduzione di cui all'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29, riconosciuto al produttore di fonogrammi per quanto riguarda le sue riproduzioni fonografiche, nel caso in cui frammenti minimi del fonogramma siano presi dalla sua riproduzione e inseriti in un altro fonogramma.

2) Se, nel caso di un fonogramma che contenga frammenti minimi presi da un altro fonogramma, si tratti, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115, di una copia dell'altro fonogramma.

3) Se gli Stati membri possano prevedere una disposizione che – come la norma di cui all'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG – specifichi che l'ambito di protezione del diritto esclusivo riconosciuto al produttore di fonogrammi di riproduzione [articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29] e di distribuzione [articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115] con riferimento ai suoi fonogrammi è intrinsecamente soggetto a una restrizione, nel senso che può essere sfruttata senza il consenso del produttore di fonogrammi un'opera distinta, creata con un libero utilizzo del fonogramma dello stesso.

4) Se si consideri che un'opera o altro materiale protetto sono utilizzati a fini di citazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29, qualora non sia riconoscibile che vengono utilizzati un'opera o altro materiale protetto altrui.

5) Se le disposizioni di diritto dell'Unione riguardanti il diritto di riproduzione e il diritto di distribuzione riconosciuti al produttore di fonogrammi [articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 e articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115] e le disposizioni in materia di eccezioni o limitazioni di tali diritti (articolo 5, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2001/29 e articolo 10, paragrafo 2, primo periodo, della direttiva 2006/115) lascino un margine di discrezionalità in sede di recepimento nel diritto nazionale.

6) In che modo si debba tener conto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel determinare la portata della protezione del diritto esclusivo riconosciuto al produttore di fonogrammi di riproduzione [articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29] e di distribuzione [articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115)] della riproduzione fonografica e la portata delle eccezioni o limitazioni di tali diritti (articolo 5, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2001/29 e articolo 10, paragrafo 2, primo periodo, della direttiva 2006/115)».

17. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta in cancelleria il 4 agosto 2017. Hanno depositato osservazioni scritte le parti nel procedimento principale, i governi tedesco, francese e del Regno Unito, nonché la Commissione europea. Gli stessi interessati sono stati rappresentati all'udienza tenutasi il 3 luglio 2018.

Analisi

18. Nella presente causa, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) sottopone alla Corte una serie di questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, nonché in materia di diritti fondamentali, in presenza di circostanze come quelle del procedimento principale. Passo ad analizzare tali questioni nell'ordine in cui sono state sollevate.

Sulla prima questione pregiudiziale

19. Con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che il prelievo di un estratto di un fonogramma al fine di utilizzarlo in un altro fonogramma (*sampling*) costituisca una lesione del diritto esclusivo del produttore del primo fonogramma di autorizzare o vietare una riproduzione del proprio fonogramma ai sensi di tale disposizione allorché è compiuto senza l'autorizzazione di quest'ultimo.

20. Gli interessati che hanno depositato osservazioni nell'ambito della presente causa esprimono in proposito posizioni divergenti. Sebbene i convenuti, nonché il governo francese, propongano di rispondere affermativamente alla questione in esame, i ricorrenti, gli altri governi nonché la Commissione propongono tuttavia di rispondervi in senso negativo. Prima di analizzare i diversi argomenti dedotti, mi sembra utile esaminare una questione preliminare.

Osservazione preliminare – Ambito di applicazione temporale della direttiva 2001/29

21. Il giudice del rinvio osserva che la direttiva 2001/29, al suo articolo 10, limita il proprio ambito di applicazione nel tempo agli atti compiuti dopo il 22 dicembre 2002, mentre il fonogramma oggetto della controversia di cui al procedimento principale, contenente l'opera intitolata *Nur mir*, è uscito nel 1997.

22. Occorre tuttavia osservare che, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, quest'ultima si applica a tutte le opere e agli altri materiali che erano tutelati dal diritto degli Stati membri alla data del 22 dicembre 2002, come nel caso del fonogramma appartenente ai convenuti.

23. È vero che, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2001/29, quest'ultima non si applica agli atti conclusi e ai diritti acquisiti prima di tale data. È altresì vero che, sulla base della citata disposizione, la Corte ha dichiarato, che tale direttiva non incide sugli atti di utilizzazione delle opere e degli altri materiali protetti compiuti prima di detta data[9]. Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, il fonogramma di cui trattasi nel procedimento principale è stato oggetto di atti di sfruttamento anche dopo il 22 dicembre 2002. La direttiva 2001/29 è dunque applicabile a tali atti.

24. Avendo chiarito tale punto, passo ora ad analizzare nel merito la prima questione pregiudiziale.

Analisi nel merito

25. È pacifico tra le parti nel procedimento principale che i ricorrenti hanno riprodotto un estratto di circa due secondi della sequenza ritmica del fonogramma dell'opera *Metall auf Metall* e l'hanno inserito, tramite ripetizione continua, con modifiche minime e in maniera riconoscibile, come sequenza ritmica nel fonogramma dell'opera *Nur mir*[10].

26. A mio avviso è ovvio che un tale atto costituisce una riproduzione ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2001/29, considerato che tale disposizione riguarda, lo ricordo, qualsiasi riproduzione «diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte» del materiale protetto. Nel caso del *sampling*, si tratta di una riproduzione (il più delle volte) diretta, permanente, mediante strumenti e in forma digitali, di una parte di un fonogramma. Sembrerebbe pertanto abbastanza chiaro che tale atto costituisca una lesione del diritto dei produttori del fonogramma in questione di autorizzare o vietare una simile riproduzione effettuata senza la loro autorizzazione.

9 V., in tal senso, sentenza del 27 giugno 2013, VG Wort e a. (da C-457/11 a C-460/11, EU:C:2013:426, punto 1 del dispositivo).

10 Va osservato che esistono varie versioni di quest'ultimo brano. In questa sede, mi riferisco alla versione base, intitolata semplicemente *Nur mir*.

27. Tuttavia, i ricorrenti nel procedimento principale, alcuni governi che hanno presentato osservazioni nonché la Commissione sollevano tutta una serie di argomenti al fine di dimostrare che detto diritto dei produttori dev'essere limitato in modo che gli atti di riproduzione come quello oggetto del procedimento principale non rientrino in tale diritto esclusivo.

– *Soglia minima*

28. Tali interessati instaurano, in primo luogo, un'analogia con la giurisprudenza della Corte relativa alla tutela di estratti di opere da parte del diritto d'autore. La Corte ha infatti dichiarato che la tutela da parte del diritto d'autore riguarda le opere in quanto espressione della creazione intellettuale dei loro autori. In tal senso, gli estratti di un'opera sono tutelabili dal diritto d'autore a condizione che essi contengano taluni degli elementi che sono espressione della creazione intellettuale dell'autore dell'opera stessa [11]. Atteso che il diritto dei produttori dei fonogrammi non protegge la creazione intellettuale ma l'investimento finanziario, alcuni interessati sostengono, nel contesto della presente causa, che tale diritto è idoneo a tutelare soltanto gli estratti dei fonogrammi di una durata sufficientemente lunga da rappresentare detto investimento. Di conseguenza, il prelievo di estratti molto brevi nel caso del *sampling* non minaccerebbe gli interessi finanziari dei produttori di fonogrammi e non rientrerebbe dunque nell'ambito di applicazione del loro diritto esclusivo. Quindi, secondo alcuni di essi, la tutela dei diritti dei produttori di fonogrammi sarebbe assoggettata a una soglia minima, al pari della tutela dei diritti degli autori.

29. Mi sembra che tale ragionamento si basi su un'erronea interpretazione della summenzionata giurisprudenza della Corte. Per quanto attiene alla sentenza Infopaq International, la Corte ha constatato che le opere letterarie oggetto di tale causa erano composte da parole che, isolatamente considerate, non rientravano nell'ambito di protezione del diritto d'autore. Soltanto la loro concatenazione originale era protetta in quanto creazione intellettuale dell'autore dell'opera [12]. Tale constatazione è evidente: l'autore di un'opera letteraria non può appropriarsi delle parole o delle espressioni correnti, esattamente come il compositore non può rivendicare un diritto esclusivo sulle note o il pittore un diritto sui colori. Tuttavia, ciò non costituisce in alcun modo l'espressione del riconoscimento di una soglia minima relativa alla tutela delle opere da parte del diritto d'autore, ma corrisponde semplicemente al risultato della definizione dell'opera, ai sensi del diritto d'autore, come creazione intellettuale del suo autore. Sebbene nella citata sentenza la Corte abbia dichiarato che la riproduzione di un estratto che si limiti a sole undici parole di un articolo di stampa può potenzialmente rientrare nell'ambito di applicazione del diritto esclusivo enunciato all'articolo 2 della direttiva 2001/29 [13], è pertanto difficile scorgervi il riconoscimento di una qualsivoglia soglia minima.

30. Il ragionamento seguito dalla Corte riguardo agli estratti di un'opera non può tuttavia essere applicato ai fonogrammi. Infatti, un fonogramma non è una creazione intellettuale consistente in una composizione di elementi quali parole, suoni, colori ecc. Il fonogramma è una fissazione di suoni tutelata non in ragione della concatenazione di tali suoni, ma in ragione di tale fissazione. Di conseguenza, se è vero che, nel caso di un'opera, è possibile distinguere gli elementi che non sono tutelabili, come le parole, i suoni, i colori ecc., e il materiale tutelabile sotto forma di concatenazione originale di tali elementi, una simile distinzione non è tuttavia possibile nel caso di un fonogramma. Il fonogramma non è composto da piccole particelle non tutelabili: esso è protetto come un tutt'uno inscindibile. Peraltro, nel caso del fonogramma, non esiste alcun requisito di originalità, in quanto il fonogramma, contrariamente all'opera, non è tutelato in ragione della sua creatività ma in ragione dell'investimento finanziario e organizzativo. In altri termini, un suono o una parola non può essere monopolizzato da un autore a causa della sua inclusione in un'opera. Invece, a partire dal momento in

11 Sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punto 39 e punto 1 del dispositivo).

12 Sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punti da 44 a 46).

13 Sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punto 1 del dispositivo).

cui sono registrati, lo stesso suono eseguito da un musicista o la stessa parola letta ad alta voce costituiscono un fonogramma che rientra nell'ambito di protezione da parte del diritto connesso al diritto d'autore. La riproduzione di una siffatta registrazione ricade dunque nel diritto esclusivo del produttore di tale fonogramma. Ciascuno è tuttavia libero di riprodurre da solo il medesimo suono.

31. È vero che un concetto analogo a quello di soglia minima è stato elaborato nella giurisprudenza dei giudici degli Stati Uniti d'America relativa al *sampling*[14]. Si tratta tuttavia di un contesto giuridico radicalmente differente da quello del diritto dell'Europa continentale e del diritto dell'Unione. Infatti, nel diritto statunitense, i fonogrammi sono protetti dal *copyright* al pari delle opere e di altri materiali. È dunque necessario che presentino un grado minimo di originalità. L'esistenza di una soglia minima è ampiamente riconosciuta per tutti questi materiali protetti dal XIX secolo e tale soglia costituisce uno dei criteri di valutazione per l'applicazione dell'eccezione generale del *fair use*[15]. A mio avviso, il ragionamento adottato dai giudici statunitensi non è dunque applicabile al diritto dell'Unione.

32. Peraltro, mi sembra che una soglia minima ponga serie difficoltà pratiche di applicazione. Anzitutto, occorrerebbe stabilire una soglia. Dovrebbe essere unicamente quantitativa (durata dell'estratto riprodotto) o anche qualitativa (importanza dell'estratto per l'opera in questione)? Inoltre, tale soglia dovrebbe essere misurata con riferimento al fonogramma fonte, all'opera di destinazione, o ad entrambi? Considerando l'esempio dei fonogrammi oggetto del procedimento principale, l'estratto prelevato dai ricorrenti ha una durata di circa due secondi. Sembrerebbe dunque a priori che possa rientrare in una soglia minima, come asseriscono alcuni interessati nella presente causa. Tuttavia, va osservato che i fonogrammi di cui trattasi contengono opere appartenenti a due generi musicali – la musica elettronica per *Metall auf Metall* e il rap per *Nur mir* – nei quali il ritmo svolge un ruolo essenziale per la composizione delle opere. Orbene, copiando una sequenza ritmica dal titolo *Metall auf Metall* e introducendola, ripetuta a ciclo continuo, nel brano *Nur mir*, i ricorrenti hanno de facto copiato una parte essenziale del primo fonogramma per farne la totalità della sezione ritmica della loro opera[16]. Secondo un approccio qualitativo, probabilmente ciò oltrepasserebbe una qualsiasi soglia minima. Per convincersene, sarebbe sufficiente eliminare dai due fonogrammi la sequenza ritmica di cui trattasi e ascoltare la parte restante. L'applicazione di una soglia minima condurrebbe dunque inevitabilmente a disparità tra le giurisprudenze nazionali e comprometterebbe il principale obiettivo della direttiva 2001/29, consistente nell'armonizzazione del diritto d'autore degli Stati membri.

33. Infine, a mio avviso è errato limitare i legittimi interessi finanziari dei produttori di fonogrammi alla tutela dalla pirateria, ossia la distribuzione o la comunicazione al pubblico di loro fonogrammi in quanto tali. Tali produttori possono infatti sfruttare i fonogrammi in modi diversi dalla vendita di esemplari, in particolare autorizzando il *sampling*, e ricavandone introiti. Il fatto che il diritto di tali produttori sui propri fonogrammi sia idoneo a proteggere i loro investimenti finanziari non osta dunque a che tale diritto copra anche usi quali il *sampling*. Inoltre, se il legislatore ha scelto di attribuire ai produttori, quale strumento di tutela dei loro interessi finanziari, il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi riproduzione dei propri fonogrammi, anche in parte, non mi sembra logico porre tale scelta in discussione con il pretesto che un simile diritto non soddisfa l'obiettivo perseguito.

14 V., in particolare, sentenza della United States Court of Appeals, 9th Circuit (Corte d'appello degli Stati Uniti per il 9. circuito, Stati Uniti), del 2 giugno 2016, VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

15 V. articolo 107 della Copyright Law of the United States (legge sul diritto d'autore degli Stati Uniti).

16 Secondo le informazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, la stessa constatazione è stata svolta dal giudice d'appello nel procedimento principale, secondo il quale l'estratto controverso costituisce «la parte preponderante» del titolo *Metall auf Metall* e appare nel brano *Nur mir* in maniera continua.

– Livello di tutela pari a quello delle opere

34. In secondo luogo, alcuni interessati che hanno presentato osservazioni nella presente causa sostengono, ancora una volta facendo riferimento alla sentenza Infopaq International [17], che i produttori dei fonogrammi non possono beneficiare di una tutela più ampia di quella concessa agli autori. Tuttavia tale argomento non mi convince, per due ragioni.

35. Da un lato, al pari dell'argomento relativo alla soglia minima, tale argomento a mio avviso si fonda su un'errata comprensione della portata della citata sentenza. In essa, la Corte ha definito la nozione di «opera» ai sensi del diritto d'autore dell'Unione considerando che quest'ultima costituiva una creazione intellettuale dell'autore. Lo stesso criterio di protezione dev'essere applicato agli estratti di un'opera, escludendo dalla tutela gli elementi di quest'ultima che evidentemente devono rimanere di pubblico dominio, come le parole considerate isolatamente o le espressioni correnti. Non si tratta dunque in alcun caso di una limitazione della tutela, bensì di una definizione dell'oggetto di quest'ultima. Per quanto concerne i fonogrammi, il fatto che l'oggetto della tutela sia differente non significa che essa vada oltre quella prevista per le opere. Tanto le opere quanto i fonogrammi sono tutelati nel loro insieme.

36. D'altro lato, il diritto alla protezione del fonogramma è un diritto che sussiste ed è esercitato assolutamente a prescindere dalla protezione dell'opera eventualmente contenuta in tale fonogramma. Infatti, anche se la maggioranza dei fonogrammi contiene fissazioni delle esecuzioni di opere tutelate dal diritto d'autore, esistono tuttavia altre situazioni. Il fonogramma può contenere ad esempio la fissazione dell'esecuzione di un'opera la cui protezione è scaduta oppure di suoni che non costituiscono in alcun modo un'opera, come i suoni della natura. Un siffatto fonogramma è oggetto di tutela a pieno titolo. Ciò è del resto confermato dalla definizione di fonogramma contenuta nel Trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi [18], il cui articolo 2, lettera b) prevede che un fonogramma è la «fissazione dei suoni di una esecuzione o di altri suoni o di una rappresentazione di suoni». Sebbene i diritti dei produttori di fonogrammi siano diritti connessi al diritto d'autore, essi non sono tuttavia diritti derivati da quest'ultimo. L'ambito di protezione del fonogramma non è dunque in alcun modo condizionato dall'ambito di protezione dell'opera in esso eventualmente contenuta.

– Analogia con la tutela dei diritti dei costitutori di banche dati

37. In terzo luogo, taluni interessati instaurano un'analogia tra la tutela dei fonogrammi e quella delle banche dati. Infatti, l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati [19] prevede per il costitutore di una banca dati il diritto sui generis di vietare «operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale» di tale banca dati. Orbene, secondo tali interessati, la situazione di un produttore di fonogramma sarebbe analoga a quella di un costitutore di banche dati, in quanto, in entrambi i casi, il diritto loro concesso è volto alla tutela dei loro investimenti finanziari. Anche la tutela del produttore di fonogramma dovrebbe di conseguenza essere limitata alla riproduzione di una parte sostanziale del fonogramma.

17 Sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 ed entrato in vigore il 20 maggio 2002, di cui l'Unione europea è parte contraente in forza della decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (GU 2000, L 89, pag. 6). Ai sensi del considerando 15 della direttiva 2001/29, quest'ultima persegue inoltre l'obiettivo di attuare tale Trattato.

19 GU 1996, L 77, pag. 20.

38. Sono tuttavia più sensibile all'argomento elaborato in proposito dai convenuti, secondo il quale nel caso di specie occorre adottare un'interpretazione a contrario della direttiva 2001/29. Tale direttiva non contiene infatti alcun riferimento alla protezione di una parte sostanziale del fonogramma. Al contrario, il produttore del fonogramma è tutelato contro la riproduzione non autorizzata «in tutto o in parte» di quest'ultimo, esattamente come l'autore di un'opera [e come, del resto, l'autore di una banca dati ai sensi dell'articolo 5, lettera a), della direttiva 96/9]. Quindi, l'interpretazione letterale delle direttive 96/9 e 2001/29 esclude già, a mio avviso, qualsiasi possibilità di instaurare un'analogia tra l'estensione della tutela di un costitutore di banche dati e quella di un produttore di fonogramma.

– Protezione dell'integralità del fonogramma

39. In quarto luogo, non posso condividere neppure l'argomento dedotto dalla Commissione secondo il quale l'articolo 11 del Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi prenderebbe in considerazione soltanto la tutela contro la riproduzione non autorizzata dell'integralità di un fonogramma [20]. Infatti, l'articolo 11 di tale trattato riprende la formulazione dell'articolo 10 della Convenzione di Roma [21]. Orbene, secondo la guida all'interpretazione di tale convenzione elaborata dall'OMPI [22], in occasione della conferenza diplomatica che ha adottato il testo, si è considerato che, «atteso che la tutela contro la riproduzione non è soggetta ad alcuna restrizione, essa dev'essere interpretata nel senso che include la tutela contro la riproduzione parziale del fonogramma» [23]. Pertanto, il citato articolo 11 del Trattato OMPI dev'essere interpretato allo stesso modo. L'articolo 2 della direttiva 2001/29 del resto menziona espressamente la riproduzione «in parte» del fonogramma.

40. Propongo dunque di rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che il prelievo di un estratto di un fonogramma al fine di utilizzarlo in un altro fonogramma (*sampling*) costituisce una lesione del diritto esclusivo del produttore del primo fonogramma di autorizzare o vietare una riproduzione del proprio fonogramma ai sensi di tale disposizione allorché è compiuto senza l'autorizzazione di quest'ultimo.

Sulla seconda questione pregiudiziale

41. Con la sua seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115 debba essere interpretato nel senso che un fonogramma contenente estratti presi da un altro fonogramma (*sample*) costituisca una copia di quest'ultimo ai sensi di tale disposizione.

42. Gli interessati che hanno presentato osservazioni nell'ambito della presente causa, ad eccezione del governo francese, sembrano esaminare congiuntamente la prima e la seconda questione pregiudiziale e tendono a fornire loro risposte concordanti (benché tali risposte differiscano da un interessato all'altro). Tuttavia, ritengo piuttosto, come il governo francese, che occorra interpretare l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115 alla luce delle sue finalità e indipendentemente dalla direttiva 2001/29.

43. L'articolo 9 della direttiva 2006/115 sancisce, a favore in particolare dei produttori di fonogrammi, un diritto di distribuzione. Tale diritto concerne la messa a disposizione del pubblico, attraverso la vendita o altri mezzi, di esemplari (copie) di materiali protetti, tra cui i fonogrammi.

20 Tale disposizione prevede che «[i] produttori di fonogrammi hanno il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta dei loro fonogrammi, in qualsiasi maniera e forma».

21 Convenzione relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, firmata a Roma il 26 ottobre 1961.

22 *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, Ginevra, 2003.

23 Ibid., pag. 154.

44. A livello internazionale, il medesimo diritto è riconosciuto in forza della Convenzione di Ginevra [24]. L'Unione non è parte di tale convenzione, ma 22 Stati membri lo sono. Detta convenzione è altresì probabilmente menzionata al considerando 7 della direttiva 2006/115 come una delle «convenzioni internazionali (…) sulle quali in molti Stati membri si basa la legislazione relativa al diritto d'autore e ai diritti connessi» il cui rispetto dev'essere garantito nell'ambito dell'armonizzazione realizzata da tale direttiva.

45. Orbene, il diritto di distribuzione ha quale principale obiettivo la protezione da quella che è comunemente chiamata «pirateria», ossia la produzione e la distribuzione al pubblico di copie contraffatte dei fonogrammi (e di altre realizzazioni, come i film). Tali copie contraffatte, sostituendosi alle copie legali, diminuiscono fortemente gli introiti dei produttori di fonogrammi e, conseguentemente, gli introiti che gli autori e gli interpreti possono legittimamente prevedere di ottenere dalla vendita delle copie legali. La minaccia derivante dalla pirateria è in particolare espressamente menzionata al considerando 2 della direttiva 2006/115 tra le ragioni dell'adozione di tale direttiva.

46. La pirateria è caratterizzata dalla produzione e dalla distribuzione di copie contraffatte di fonogrammi, destinate a sostituirsi alle copie legali. Per tale ragione, l'articolo 1 della Convenzione di Ginevra definisce la copia come «un supporto contenente dei suoni ripresi direttamente o indirettamente da un fonogramma e che incorpora la totalità o una parte sostanziale dei suoni registrati in tale fonogramma». Infatti, soltanto una siffatta copia consente all'ascoltatore di prendere conoscenza del fonogramma dispensandolo al contempo dall'acquistare una copia legale.

47. Atteso che l'articolo 9 della direttiva 2006/115 sancisce lo stesso diritto di distribuzione previsto dalla Convenzione di Ginevra e che i due atti perseguono il medesimo obiettivo, ossia la tutela dalla pirateria, ritengo che la nozione di «copia» contenuta in tale disposizione debba essere interpretata in maniera analoga a detta convenzione e alla luce di tale obiettivo, vale a dire che si tratti di una copia che incorpora la totalità o una parte sostanziale dei suoni di un fonogramma protetto e che è idonea a sostituirsi agli esemplari leciti di quest'ultimo. La portata della disposizione in parola è dunque, a mio avviso, ben più limitata di quella dell'articolo 2 della direttiva 2001/29.

48. Il *sampling* non serve a produrre un fonogramma che si sostituisca al fonogramma originale, ma a creare un'opera nuova e indipendente da tale fonogramma. Analogamente, un fonogramma risultante dal *sampling* non incorpora la totalità né una parte sostanziale dei suoni del fonogramma originale. Un simile fonogramma non dovrebbe dunque essere qualificato come copia ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115.

49. Propongo pertanto di rispondere alla seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115 dev'essere interpretato nel senso che un fonogramma contenente estratti presi da un altro fonogramma (*sample*) non costituisce una copia di quest'ultimo ai sensi di tale disposizione.

24 Convenzione per la protezione dei produttori di fonogrammi contro la riproduzione non autorizzata dei loro fonogrammi, del 29 ottobre 1971, entrata in vigore il 18 aprile 1973.

Sulla terza questione pregiudiziale

50. Con la sua terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 e l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115 debbano essere interpretati nel senso che ostano all'applicazione ai fonogrammi di una disposizione del diritto interno di uno Stato membro, come l'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, secondo la quale un'opera indipendente può essere creata con un libero utilizzo di un'altra opera senza l'autorizzazione dell'autore di quest'ultima [25].

51. Come ho già spiegato nell'ambito della risposta alla seconda questione pregiudiziale, l'articolo 9 della direttiva 2006/115 non si applica alle riproduzioni di materiali protetti che non siano idonee a sostituirsi alle copie legali di tali materiali. È questo in particolare il caso di opere indipendenti create utilizzando elementi di altre opere. L'articolo summenzionato non vi osta, in quanto non si applica alle situazioni disciplinate dall'articolo 24 dell'UrhG. L'analisi della terza questione deve dunque essere limitata all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2001/29.

52. La direttiva 2001/29, ai suoi articoli da 2 a 4, sancisce i diritti esclusivi di cui beneficiano alcune categorie di persone, in particolare il diritto dei produttori di fonogrammi di autorizzare o vietare la riproduzione dei propri fonogrammi, previsto all'articolo 2, lettera c), di tale direttiva. Tali diritti sono formulati in maniera incondizionata. Tuttavia, l'articolo 5 della direttiva 2001/29 prevede tutta una serie di eccezioni e limitazioni relative a detti diritti esclusivi che gli Stati membri sono autorizzati a disporre nel proprio diritto interno. Tale elenco di eccezioni e limitazioni è formulato in maniera tassativa, come confermano tanto il considerando 32 della direttiva 2001/29 quanto la costante giurisprudenza della Corte [26].

53. L'elenco in parola contiene alcune eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi che devono facilitare il dialogo e il confronto artistico mediante l'uso di opere preesistenti. Si tratta in particolare dell'eccezione relativa alla citazione, prevista all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29 e dell'eccezione relativa alla caricatura, alla parodia o al pastiche, prevista al medesimo paragrafo, lettera k).

54. Invece, l'elenco delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi che compare all'articolo 5 della direttiva 2001/29 non contiene un'eccezione generale, che consenta l'uso di un'opera altrui ai fini della creazione di una nuova opera. Ne consegue che gli Stati membri non sono legittimati a prevedere nel proprio diritto interno una simile eccezione qualora essa oltrepassi le eccezioni previste dalla direttiva 2001/29, in particolare quelle menzionate al paragrafo precedente.

55. Tale considerazione non è posta in discussione dalla circostanza che, come sottolineato dal giudice del rinvio, nel diritto tedesco, la norma di cui all'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG non è considerata un'eccezione al diritto d'autore, ma una limitazione inerente a quest'ultimo. Infatti, la direttiva 2001/29, al suo articolo 5, non distingue le eccezioni e limitazioni del diritto d'autore (o dei diritti connessi). Taluni casi previsti in tale disposizione riguardano limitazioni che sono connaturate al diritto d'autore tanto quanto la possibilità di utilizzare un'opera per crearne un'altra. Si potrà citare a titolo esemplificativo l'eccezione per copia privata, prevista all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva2001/29 [27]. Il legislatore dell'Unione ha nondimeno ritenuto necessario includere tale limitazione nell'elenco delle possibili eccezioni e limitazioni.

25 L'articolo 24 dell'UrhG menziona espressamente il solo utilizzo di opere. Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, tale disposizione è applicabile, per analogia, anche all'utilizzo di altri materiali protetti, in particolare dei fonogrammi.

26 V., da ultima, sentenza del 7 agosto 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punto 16).

27 V., riguardo al carattere connaturato di tale limitazione, le mie conclusioni nella causa EGEDA e a. (C-470/14, EU:C:2016:24, paragrafi 15 e 16).

56. Peraltro, come affermano correttamente i convenuti, autorizzare ciascuno Stato membro ad introdurre, al di fuori dell'elenco previsto all'articolo 5 della direttiva 2001/29, limitazioni che ritenga connaturate al diritto d'autore minaccerebbe l'effettività dell'armonizzazione delle eccezioni al diritto d'autore intrapresa dal legislatore dell'Unione. Orbene, come sottolineato al considerando 31 della direttiva in parola, l'eliminazione delle differenze in sede di applicazione delle eccezioni al diritto d'autore e ai diritti connessi da parte degli Stati membri è uno degli obiettivi perseguiti da tale direttiva.

57. È vero che l'articolo 5, paragrafo 3, lettera o), della direttiva 2001/29 contiene una sorta di clausola di *stand still* per quanto concerne l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle eccezioni e limitazioni già esistenti nel loro diritto interno al momento dell'entrata in vigore di tale direttiva. Tuttavia, si tratta dell'utilizzo di materiali protetti in «taluni (…) casi di scarsa rilevanza». Orbene, a mio avviso, un'eccezione tanto ampia quanto quella prevista all'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG non può essere considerata come limitata a taluni casi di scarsa rilevanza. Peraltro, gli utilizzi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera o), della direttiva 2001/29 devono essere limitati agli utilizzi analogici. Tale disposizione non potrebbe dunque, ad ogni modo, disciplinare la comunicazione al pubblico in forma elettronica di fonogrammi contenenti estratti provenienti da altri fonogrammi.

58. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29, infine, le eccezioni e limitazioni previste in detto articolo sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare. Tale disposizione, comunemente chiamata il «test a tre fasi», rispecchia le analoghe clausole delle convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore e diritti connessi. Essa costituisce una restrizione alle eccezioni e limitazioni applicabili ai diritti esclusivi. Invece, non può essere intesa come un'autorizzazione ad introdurre eccezioni o limitazioni non previste o ad ampliare la portata delle eccezioni esistenti, con il pretesto che non arrecherebbero pregiudizio alla normale utilizzazione economica dell'opera o di altro materiale protetto né agli interessi legittimi dei titolari dei diritti esclusivi [28].

59. Propongo quindi di rispondere alla terza questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che osta all'applicazione ai fonogrammi di una disposizione del diritto interno di uno Stato membro, come l'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, secondo la quale un'opera indipendente può essere creata con un libero utilizzo di un'altra opera senza l'autorizzazione dell'autore di quest'ultima, nei limiti in cui essa superi l'ambito delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi previste all'articolo 5, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva.

Sulla quarta questione pregiudiziale

60. Con la sua quarta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'eccezione relativa alla citazione prevista all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29 trovi applicazione nella situazione in cui un estratto di un fonogramma sia stato inserito in un altro fonogramma in maniera non distinguibile dal resto del secondo fonogramma.

61. Tale questione tocca l'essenza del problema dell'applicazione dell'eccezione relativa alla citazione in situazioni come quelle oggetto del procedimento principale.

28 V., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2014, ACI Adam e a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punti 26 e 27).

62. L'eccezione relativa alla citazione trae origine ed è utilizzata essenzialmente nell'ambito delle opere letterarie. Tuttavia, a mio avviso nulla indica che nel diritto d'autore dell'Unione essa non possa riguardare altre categorie di opere, in particolare le opere musicali [29]. Si deve supporre altresì che una tale citazione possa essere effettuata mediante la riproduzione di un estratto di un fonogramma, in quanto le eccezioni e limitazioni previste all'articolo 5 della direttiva 2001/29 riguardano i diritti dei produttori di fonogrammi allo stesso titolo dei diritti degli autori.

63. Una citazione deve tuttavia soddisfare una serie di condizioni per essere lecita. Tre di esse sono in particolare pertinenti per quanto concerne un utilizzo come quello di cui trattasi nel procedimento principale.

64. La prima di esse è espressamente prevista all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29 e riguarda lo scopo della citazione. Ai sensi di tale disposizione, la citazione dev'essere fatta «per esempio a fini di critica o di rassegna». L'uso dei termini «per esempio» indica che non si tratta di un elenco tassativo degli scopi della citazione, ma piuttosto di un'illustrazione. Numerose citazioni, in particolare le citazioni artistiche, ad esempio musicali, non sono fatte a fini di critica o di rassegna, ma perseguono altri obiettivi. Nondimeno, la formulazione della disposizione in parola a mio avviso indica chiaramente che la citazione deve servire ad instaurare una sorta di dialogo con l'opera citata. È necessaria un'interazione tra l'opera citante e l'opera citata, a prescindere che avvenga per confronto o omaggio o, ancora, in altro modo.

65. La seconda condizione di liceità di una citazione, che deriva in qualche sorta dalla prima, è data dal carattere inalterato e distinguibile della citazione. In tal senso, in primo luogo, l'estratto citato dev'essere incorporato nell'opera citante così com'è o, in ogni caso, senza essere snaturato (sono tradizionalmente ammessi alcuni adattamenti, ad esempio la traduzione). In secondo luogo – è l'aspetto direttamente sollevato dalla questione pregiudiziale – la citazione dev'essere incorporata nell'opera citante in maniera che sia possibile distinguerla facilmente come elemento estraneo. Tale requisito può essere dedotto dalla prima condizione: infatti, come potrebbe l'opera citante instaurare un dialogo o confrontarsi con l'opera citata se quest'ultima si confondesse completamente con essa?

66. Le due condizioni summenzionate consentono di distinguere una citazione da un plagio.

67. Il *sampling* in generale, e l'uso del fonogramma oggetto del procedimento principale in particolare, non sembrano soddisfare tali condizioni. L'obiettivo del *sampling* non è di instaurare un dialogo, né di confrontarsi con le opere utilizzate, né di rendere loro omaggio. Nella tecnica del *sampling*, gli estratti prelevati da altri fonogrammi servono da materie prime e si fondono nelle nuove opere per formarne parti integranti e non riconoscibili. Inoltre, tali estratti sono spesso alterati e mixati cosicché perdono tutta la loro originaria integrità. Non si tratta dunque di una forma di interazione bensì di una forma di appropriazione. Il caso di specie, in cui l'estratto di un fonogramma, troppo breve per consentire una qualsivoglia interazione, è stato ripetuto a ciclo continuo lungo il nuovo fonogramma per formarne la parte ritmica, ne è una perfetta illustrazione.

68. A tali requisiti sostanziali di liceità della citazione si aggiunge un terzo requisito formale, parimenti menzionato all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29, ossia quello relativo all'indicazione, salvo in caso di impossibilità, della fonte della citazione, incluso il nome dell'autore. Beninteso, nel caso di un'opera musicale, è difficile (anche se non impossibile) indicare la fonte della citazione nell'opera stessa. Tuttavia, ciò può essere fatto, ad esempio, nella descrizione dell'opera

29 V., in particolare, Mania, G., «Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, n. 1/2017, pagg. da 63 a 88. V., altresì, Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Parigi, 2015, pag. 571. La Corte sembra aver tacitamente ammesso l'eccezione relativa alla citazione per quanto riguarda un'opera fotografica (v. sentenza del 1º dicembre 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punti 122 e 123).

citante, o addirittura nel suo titolo. Orbene, non mi sembra che nella cultura hip-hop o rap sia consuetudine indicare le fonti dei *sample* che compongono le opere appartenenti a tali generi musicali. In ogni caso, dagli atti della presente causa non risulta che i ricorrenti abbiano tentato di indicare la fonte dell'estratto utilizzato nel titolo *Nur mir* o i nomi dei convenuti.

69. Propongo dunque di rispondere alla quarta questione pregiudiziale dichiarando che l'eccezione relativa alla citazione prevista all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29 non trova applicazione nella situazione in cui un estratto di un fonogramma sia stato inserito in un altro fonogramma senza la volontà manifesta di creare un'interazione con il primo fonogramma e in maniera non distinguibile dal resto di tale secondo fonogramma.

70. Tra le eccezioni e limitazioni previste all'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 compare inoltre l'eccezione, già menzionata, relativa alla caricatura, alla parodia o al pastiche [articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29]. Tale eccezione potrebbe eventualmente essere presa in considerazione riguardo all'uso degli estratti di un fonogramma in un altro fonogramma. L'eccezione in parola non è recepita in quanto tale nel diritto d'autore tedesco, ma, secondo il giudice del rinvio, potrebbe essere dedotta dall'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG. Lo stesso giudice tuttavia respinge, a mio avviso correttamente, l'idea di applicare detta eccezione nel caso di specie. Infatti, essa, esattamente come l'eccezione relativa alla citazione, presuppone un'interazione con l'opera utilizzata, o perlomeno con il suo autore, elemento assente nel caso di un *sampling*, come quello oggetto del procedimento principale [30].

Sulla quinta questione pregiudiziale

71. Con la sua quinta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio intende determinare il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri in sede di recepimento nel proprio diritto interno delle disposizioni relative ai diritti esclusivi previsti agli articoli 2 e 3 della direttiva 2001/29 nonché all'articolo 9 della direttiva 2006/115 e alle eccezioni a tali diritti esclusivi previste all'articolo 5 della direttiva 2001/29 e all'articolo 10 della direttiva 2006/115. Segnalo subito che, poiché, a mio avviso, il diritto di distribuzione previsto all'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115 non trova applicazione in una situazione come quella in esame nel procedimento principale [31], esaminerò tale questione unicamente con riferimento alla direttiva 2001/29.

72. Come spiega il giudice del rinvio, tale questione risulta dalla giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) secondo la quale, nei limiti in cui una direttiva non lascia agli Stati membri alcun margine di discrezionalità in sede di suo recepimento, le disposizioni di recepimento di tale direttiva nel diritto tedesco, in linea di principio, non devono essere valutate alla luce dei diritti fondamentali sanciti dal Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Costituzione della Repubblica federale di Germania; in prosieguo: la «costituzione»), del 23 maggio 1949, ma unicamente alla luce dei diritti fondamentali come garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione [32].

30 Certamente, nella sua sentenza del 3 settembre 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), la Corte non ha posto requisiti troppo restrittivi riguardo alla nozione di parodia. Essa ha nondimeno dichiarato che quest'ultima «evoca» un'altra opera (v. punto 2 del dispositivo della sentenza). Peraltro, a mio avviso è chiaro che, nel contesto della presente causa, l'opera intitolata *Nur mir* non costituisce né una parodia né una caricatura dell'opera *Metall auf Metall*. Quanto alla nozione di pastiche, quest'ultimo consiste in un'imitazione dello stile di un'opera o di un autore, senza necessariamente riprendere gli elementi di tale opera. Orbene, nel caso di specie siamo in presenza di una situazione opposta, quella della ripresa di un fonogramma al fine di creare un'opera in uno stile del tutto differente.

31 V. parte delle presenti conclusioni dedicata alla risposta alla seconda questione.

32 Tale giurisprudenza è stata richiamata dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) nella sua sentenza del 31 maggio 2016, 1 BvR 1585/13, sentenza all'origine del presente rinvio pregiudiziale (v. paragrafo 81 delle presenti conclusioni).

73. Per quanto concerne il controllo, alla luce di diritti fondamentali, delle misure nazionali che garantiscono il recepimento delle disposizioni del diritto dell'Unione, la Corte, facendo riferimento all'articolo 53 della Carta, ha considerato che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione [33]. In tal senso, uno Stato membro non può impedire l'effettività di una disposizione del diritto dell'Unione che non contrasti con la Carta applicando i propri standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali [34].

74. Per quanto riguarda il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri in sede di recepimento della direttiva 2001/29, esso è limitato in vari modi.

75. In primo luogo, i diritti enunciati agli articoli 2 e 3 della direttiva 2001/29, in particolare il diritto di riproduzione di cui beneficiano i produttori di fonogrammi sui propri fonogrammi, previsto all'articolo 2, lettera c), della medesima direttiva, sono formulati in maniera incondizionata e la loro tutela nel diritto interno degli Stati membri è obbligatoria.

76. In secondo luogo, le nozioni utilizzate nelle disposizioni della direttiva 2001/29 sono nozioni autonome del diritto dell'Unione, che non rinviano alla normativa degli Stati membri [35]. È questo in particolare il caso della nozione di «riproduzione» ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva [36]. È altresì il caso delle nozioni che definiscono le differenti eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi disciplinati dalla direttiva 2001/29, in particolare la nozione di «parodia» utilizzata all'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva in parola [37]. Lo stesso vale per quanto concerne la nozione di «citazione» ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), di detta direttiva.

77. Infine, in terzo luogo, i diritti esclusivi previsti in maniera incondizionata e obbligatoria per gli Stati membri agli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29 possono essere soggetti soltanto alle eccezioni e limitazioni tassativamente elencate all'articolo 5, paragrafi da 1 a 3, di quest'ultima. Atteso che tali eccezioni, all'infuori di una, sono facoltative, gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità per quanto attiene alla scelta e alla formulazione delle eccezioni che ritengono opportuno recepire nel proprio diritto interno. Essi non possono invece introdurre eccezioni non previste né ampliare la portata di quelle esistenti [38]. Va tuttavia osservato che tale margine di discrezionalità è anch'esso limitato, in quanto alcune di tali eccezioni rispecchiano il bilanciamento effettuato dal legislatore dell'Unione tra il diritto d'autore e vari diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione. Pertanto, la mancata previsione di talune eccezioni nel diritto interno potrebbe risultare incompatibile con la Carta [39].

78. Gli Stati membri sono quindi obbligati a garantire nel proprio diritto interno la tutela dei diritti esclusivi enunciati agli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29, la cui portata è definita all'occorrenza dalla giurisprudenza della Corte, atteso che tali diritti possono essere limitati soltanto in sede di applicazione delle eccezioni e limitazioni tassativamente previste all'articolo 5 di tale direttiva. Gli Stati membri non possono opporre a tale obbligo nessuna disposizione del proprio diritto interno, quand'anche essa sia di rango costituzionale o abbia la natura di diritto fondamentale [40]. Gli Stati membri rimangono invece liberi, come avviene per ciascuna direttiva conformemente all'articolo 288,

33 Sentenza del 26 febbraio 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punto 60).

34 V., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punto 63).

35 V., in particolare, sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punto 27).

36 V. sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punto 32).

37 Sentenza del 3 settembre 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punto 15).

38 Sentenza del 10 aprile 2014, ACI Adam e a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punti 26 e 27).

39 V. altresì le mie conclusioni nella causa Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, paragrafi 38 e 39).

40 V., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

terzo comma, TFUE, per quanto riguarda la scelta dei mezzi che ritengono opportuno mettere in atto al fine di conformarsi all'obbligo di cui trattasi. Nell'ambito di tale scelta, essi possono beninteso lasciarsi guidare, tra l'altro, dalle considerazioni relative ai loro principi costituzionali e dai diritti fondamentali, purché non compromettano l'effetto utile del diritto dell'Unione.

79. Alla luce delle precedenti considerazioni, propongo di rispondere alla quinta questione pregiudiziale dichiarando che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire nel proprio diritto interno la tutela dei diritti esclusivi enunciati agli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29, atteso che tali diritti possono essere limitati soltanto nel contesto dell'applicazione delle eccezioni e limitazioni tassativamente previste all'articolo 5 di tale direttiva. Gli Stati membri rimangono invece liberi per quanto riguarda la scelta dei mezzi che ritengono opportuno mettere in atto al fine di conformarsi a tale obbligo.

Sulla sesta questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

80. Con la sua sesta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio s'interroga sulla maniera in cui si debba tener conto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta in sede di interpretazione della portata dei diritti esclusivi conferiti ai produttori di fonogrammi dalle direttive 2001/29 e 2006/115 nonché delle limitazioni ed eccezioni a detti diritti previste dalle medesime direttive.

81. Alla luce della formulazione, in termini alquanto generici, di tale questione, dubito della sua utilità per il giudice del rinvio qualora si dovesse rispondervi in maniera altrettanto generica. Tuttavia, appare chiaro che detta questione è stata sollevata in relazione alla sentenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) [41] che, da un lato, ha censurato la decisione del giudice del rinvio confermativa della sentenza d'appello favorevole ai convenuti, sulla base della libertà di creazione artistica sancita all'articolo 5 della costituzione e, d'altro lato, ha rinviato la causa dinanzi al giudice del rinvio per un riesame, all'occorrenza alla luce dei diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, con la presentazione di una domanda di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte se necessario.

82. Occorre pertanto intendere la sesta questione pregiudiziale nel senso che il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la libertà delle arti, sancita all'articolo 13 della Carta, costituisca una limitazione o giustifichi una lesione del diritto esclusivo del produttore di un fonogramma di autorizzare o vietare la riproduzione parziale del suo fonogramma nel caso del suo utilizzo in un altro fonogramma. In altre parole, tale questione solleva il problema di un eventuale primato della libertà delle arti su detto diritto esclusivo dei produttori di fonogrammi.

83. Contrapporre così la libertà delle arti al diritto connesso al diritto d'autore sembra, a prima vista, paradossale. Infatti, il principale obiettivo del diritto d'autore e dei diritti connessi consiste nel promuovere lo sviluppo delle arti, garantendo agli artisti proventi per le loro opere, il che li libera dalla dipendenza dai diversi mecenati e consente loro di proseguire liberamente la propria attività creativa [42].

84. Vero è che la presente causa riguarda direttamente non già il diritto esclusivo degli autori, bensì quello dei produttori che ne beneficiano in ragione del loro sforzo finanziario e organizzativo. Tuttavia, da un lato, se il legislatore ha concesso diritti esclusivi ai produttori, è perché essi contribuiscono, in quanto ausiliari, alla creazione e alla diffusione delle opere. Il diritto da essi

41 Sentenza del 31 maggio 2016, 1 BvR 1585/13.

42 Tale funzione del diritto d'autore e dei diritti connessi è del resto espressamente confermata dai considerando da 9 a 11 della direttiva 2001/29.

detenuto sui fonogrammi è una garanzia di remunerazione del loro investimento. D'altro lato, sebbene non ogni fonogramma debba necessariamente costituire la fissazione dell'esecuzione di un'opera, tuttavia è generalmente così per i fonogrammi musicali di cui trattasi nella presente causa. Tra le persone coinvolte nella realizzazione di un simile fonogramma vi sono normalmente, oltre al produttore, autori e interpreti, i cui diritti sono parimenti lesi da un uso non autorizzato del fonogramma. Forse il procedimento principale riguarda dunque unicamente i diritti dei produttori del fonogramma, ma, quando si avvia la discussione sul piano dei diritti fondamentali, a mio avviso, gli altri interessati non possono essere dimenticati.

85. Il caso di specie ne è una perfetta illustrazione. Infatti, i convenuti, che agiscono nel procedimento in qualità di produttori del fonogramma di cui trattasi, sono altresì artisti esecutori e uno di essi è l'autore dell'opera contenuta in detto fonogramma [43]. La configurazione è simile dall'altro lato della controversia: i ricorrenti non sono soltanto compositori dell'opera contenuta nel fonogramma controverso ma anche produttori di quest'ultimo. La controversia di cui al procedimento principale, dunque, non contrappone semplicemente un artista a un produttore di fonogramma, in quanto le due qualifiche si ritrovano da ambo le parti. In sede di bilanciamento dei rispettivi diritti fondamentali deve pertanto essere preso in considerazione l'insieme di tali differenti interessi.

Sentenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale)

86. La citata sentenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) [44] si basa principalmente sull'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, letto alla luce della libertà della creazione artistica sancita all'articolo 5, paragrafo 3, prima frase, della costituzione. Tale giudice ha addebitato al giudice del rinvio di non aver preso in debita considerazione la libertà artistica dei ricorrenti in sede di interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, in particolare dichiarando che tale disposizione non si applicava allorché l'artista stesso era in condizione di ricreare la sequenza sonora che aveva prelevato dal fonogramma altrui. Una simile interpretazione limiterebbe in maniera sproporzionata la libertà creativa e, di conseguenza, le possibilità di dialogo artistico. Le facoltà così lasciate agli artisti, ossia quelle di ottenere una licenza, di ricreare essi stessi i suoni o di limitarsi a suoni disponibili in basi di *sample* esistenti, sarebbero insufficienti, in particolare nel caso dei generi musicali che dipendono ampiamente dal *sampling* come l'hip-hop.

87. Al contrario, secondo il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale), l'applicazione dell'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG al *sampling* limiterebbe soltanto in misura minore il diritto di proprietà, garantito all'articolo 14, paragrafo 1, della costituzione, dei produttori di fonogrammi, in quanto le nuove opere non entrerebbero in concorrenza con i loro fonogrammi. Infatti, l'articolo 85, paragrafo 1, dell'UrhG, che concerne i diritti dei produttori di fonogrammi, tutelerebbe questi ultimi unicamente contro utilizzi commerciali e la pirateria di loro fonogrammi, ipotesi che non ricorre nel caso del *sampling* che è una pratica artistica. Anche se, secondo il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale), il legislatore avrebbe potuto prevedere per i titolari dei diritti esclusivi un compenso per il libero utilizzo (*freie Benutzung*) ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, l'assenza di un siffatto compenso non viola il diritto costituzionale di proprietà.

43 I loro diritti d'autore e di esecutori, del resto, sono stati dedotti nel procedimento di primo grado in via subordinata (v. paragrafo 14 delle presenti conclusioni).

44 Nella presente analisi, mi baso sulla versione in lingua inglese della sentenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale), disponibile sul sito Internet di quest'ultimo, nonché, per la parte descrittiva, sui commenti a tale sentenza, in particolare, Duhanic, I., «Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court», *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, vol. 11, n. 12, pagg. da 932 a 945; Mezei, P., «De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, n. 1, pagg. da 56 a 67; e Mimler, M.D., *Metall auf Metall* – German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, vol. 7, n. 1, pagg. da 119 a 127.

88. Infine, il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) aggiunge che, oltre che con l'interpretazione conforme alla libertà delle arti dell'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG, il giudice del rinvio può pervenire al corretto bilanciamento dei diritti di cui trattasi mediante un'interpretazione restrittiva dei diritti dei produttori di fonogrammi di cui all'articolo 85, paragrafo 1, di tale legge. Il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) osserva nondimeno che la causa potrebbe allora rientrare nel campo del diritto dell'Unione in forza dell'armonizzazione dei diritti dei produttori di fonogrammi attuata dalla direttiva 2001/29. Nel caso in cui tale direttiva non lasci un potere discrezionale agli Stati membri ai fini del suo recepimento, il giudice del rinvio dovrà assicurare la tutela dei diritti fondamentali in accordo con la Carta [45], se necessario effettuando un rinvio pregiudiziale alla Corte. Il giudice del rinvio dovrà altresì sincerarsi del mantenimento del livello minimo inalienabile di tutela dei diritti fondamentali, come definito nella costituzione.

Valutazione alla luce del diritto dell'Unione

89. Il diritto d'autore dell'Unione non conosce una limitazione ai diritti esclusivi enunciati nella direttiva 2001/29, analoga a quella prevista all'articolo 24, paragrafo 1, dell'UrhG. Come ho già illustrato nell'ambito della risposta alla terza questione pregiudiziale, tale disposizione è a mio avviso incompatibile con la direttiva 2001/29 nella parte in cui consente deroghe ai diritti esclusivi che vanno al di là delle eccezioni previste all'articolo 5 della direttiva in parola, in particolare le eccezioni relative alla citazione e alla caricatura, alla parodia o al pastiche. Tali eccezioni tuttavia, a mio avviso, non trovano applicazione in una situazione come quella di cui al procedimento principale [46]. Un ragionamento analogo a quello seguito dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) non è dunque possibile nel diritto dell'Unione. Come dev'essere valutato, allora, il diritto esclusivo di riproduzione di cui beneficiano i produttori di fonogrammi in forza dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta?

90. Il diritto d'autore e i diritti connessi, nella misura in cui instaurano un monopolio dei loro titolari su beni di natura intellettuale o artistica, quali le opere, i fonogrammi ecc., possono limitare l'esercizio di alcuni diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti. Peraltro, la proprietà intellettuale è essa stessa tutelata quale diritto fondamentale di proprietà. Occorre dunque bilanciare tali diritti, nessuno dei quali, in linea di principio, è superiore agli altri [47]. Per quanto riguarda il diritto d'autore, quest'ultimo realizza già, di per se stesso, tale bilanciamento, prevedendo un certo numero di limitazioni ed eccezioni. Esse sono volte a garantire il giusto equilibrio tra, da un lato, i diritti e gli interessi dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi e, d'altro lato, i vari altri interessi pubblici e privati, incluso quello alla tutela dei diritti fondamentali.

91. La libertà delle arti, menzionata all'articolo 13, prima frase, della Carta, è una delle forme della libertà di espressione, enunciata all'articolo 11 della Carta. Il sistema della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), non conosce una simile libertà quale diritto autonomo, considerato che la libertà delle arti è dedotta dalla libertà di espressione, sancita all'articolo 10 di tale convenzione.

45 Conformemente alla giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) menzionata al paragrafo 72 delle presenti conclusioni.

46 V. parte delle presenti conclusioni dedicata alla risposta alla quarta questione.

47 V., in tal senso, da ultima, sentenza del 18 ottobre 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punto 44).

92. La libertà di espressione, da cui deriva la libertà delle arti, concerne in primis l'ottenimento e la diffusione delle idee e delle informazioni e, conseguentemente, per quanto concerne l'arte, il contenuto delle opere [48]. In particolare la censura di tale contenuto può determinare una violazione della libertà delle arti [49]. Ritengo invece che la libertà degli artisti sia considerevolmente meno estesa per quanto concerne l'acquisto degli strumenti per la loro creazione. Ciascun artista deve adattarsi alle condizioni della vita in società e del mercato sul quale si muove. La libertà delle arti non libera gli artisti dalle costrizioni della vita corrente. Sarebbe concepibile che un pittore potesse avvalersi della propria libertà creativa al fine di non pagare i propri colori e pennelli [50]? [51]

93. È vero che, in generi musicali quali l'hip-hop o il rap, il *sampling* svolge un ruolo particolare, costituendo non soltanto lo strumento della creazione, ma anche un approccio artistico in sé. Tuttavia, ciò non può costituire un argomento decisivo nell'ambito del dibattito giuridico, in quanto l'interpretazione delle norme giuridiche dev'essere la stessa per tutti. Se si dovesse considerare lecito il *sampling* di estratti dei fonogrammi compiuto senza l'autorizzazione degli aventi diritto, ciò varrebbe sia per i musicisti appartenenti alla cultura hip-hop sia per tutti gli altri.

94. Gli artisti devono confrontarsi ancor più con le restrizioni e i limiti che la vita impone alla libertà creativa nella situazione in cui essi si riferiscono ai diritti e alle libertà fondamentali di terzi, segnatamente al loro diritto di proprietà, inclusa la proprietà intellettuale. In simili casi, il bilanciamento dei differenti diritti e interessi è un esercizio particolarmente complesso e raramente esiste un'unica soluzione, che possa ottenere il sostegno di tutti. Tale bilanciamento, in una società democratica, dev'essere svolto in primo luogo dal legislatore, che incarna la volontà generale. Il legislatore dispone in questa sede di un ampio potere discrezionale [52]. L'applicazione delle soluzioni legislative è poi soggetta al controllo delle autorità giurisdizionali che a loro volta devono vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali nel contesto di tale applicazione ai casi concreti. Tuttavia, tranne in casi eccezionali [53], tale controllo deve normalmente essere effettuato entro i limiti delle disposizioni applicabili che fruiscono di una presunzione di validità, anche con riferimento ai diritti fondamentali. Se si ammettesse soltanto un'unica soluzione in quanto compatibile con i diritti fondamentali, il margine di discrezionalità del legislatore sarebbe nullo.

95. Come ho già menzionato, il diritto d'autore dell'Unione prende in considerazione diversi diritti e interessi che potrebbero entrare in conflitto con i diritti esclusivi degli autori e di altri aventi diritto, in particolare la libertà delle arti. Le eccezioni ai diritti esclusivi quali le eccezioni relative alla citazione o alla caricatura, alla parodia o al pastiche consentono il dialogo e il confronto artistico mediante riferimenti ad opere preesistenti. Nel contesto delle norme vigenti, tale confronto può avvenire, in particolare, nei tre modi seguenti. In primo luogo, mediante la creazione di opere che, pur ispirandosi ad opere preesistenti, non ne riprendono direttamente elementi protetti; in secondo luogo, nel contesto delle limitazioni ed eccezioni esistenti ai diritti esclusivi e infine, in terzo luogo, mediante il conseguimento delle necessarie autorizzazioni.

48 Secondo la formula sancita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, «la libertà di espressione, sancita dal paragrafo 1 dell'articolo 10 [della CEDU], costituisce una delle basi essenziali di una società democratica, una delle condizioni fondamentali del suo progresso e della realizzazione di ciascuno. Fatto salvo il paragrafo 2, essa vale non soltanto per le "informazioni" o "idee" accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che urtano, scioccano o inquietano lo Stato o una qualsiasi frazione della popolazione» (Corte EDU, 25 gennaio 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

49 V. Corte EDU, 25 gennaio 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

50 Certamente, si potrebbe fare una differente valutazione nel caso in cui simili obiezioni fossero mosse nei confronti di un artista allo scopo di impedirgli di creare, proprio in ragione del contenuto della sua opera [v. il film di A. Wajda *Powidoki* (*Les Fleurs bleues*) sulla persecuzione del pittore polacco Władysław Strzemiński in epoca staliniana]. Si tratta, tuttavia, di situazioni estreme.

51 In proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «l'artista e coloro che promuovono le sue opere non sfuggono alle possibilità di limitazione che predispone il paragrafo 2 dell'articolo 10 [della CEDU]. Chiunque si avvalga della propria libertà di espressione assume infatti, secondo la formulazione di tale paragrafo, "doveri e responsabilità"; la loro estensione dipende dalla sua situazione e dal procedimento utilizzato» (Corte EDU, 25 gennaio 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

52 V., in tal senso, Corte EDU, 10 gennaio 2013, Ashby Donald e altri c. Francia (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

53 V., ad esempio, causa C-469/17 Funke Medien NRW, nell'ambito della quale ho presentato delle conclusioni il 25 ottobre 2018 (EU:C:2018:870).

96. Non ritengo invece che la libertà delle arti, come enunciata all'articolo 13 della Carta, imponga l'introduzione o il riconoscimento di un'eccezione o di una limitazione simile a quella prevista all'articolo 24 dell'UrhG, che disciplini gli utilizzi come quelli oggetto del procedimento principale, nell'ambito dei quali le opere o gli altri materiali protetti non sono utilizzati per interagire con esse, ma semplicemente come materie per la creazione di nuove opere che non hanno alcun rapporto con le opere precedenti. Il fatto di dover ottenere una licenza per un siffatto utilizzo, a mio avviso, non limita la libertà delle arti in misura superiore ai vincoli ordinari di mercato, tanto più che tali nuove opere spesso apportano ai loro autori e produttori proventi non trascurabili. Per quanto concerne l'argomento secondo il quale, in alcuni casi, potrebbe risultare impossibile ottenere una licenza, ad esempio a causa di un rifiuto da parte degli aventi diritto, sono del parere che la libertà delle arti non può garantire a ciascuno la possibilità di utilizzare liberamente tutto ciò che vuole ai fini del suo processo creativo.

97. Non ritengo neppure che gli interessi finanziari dei produttori di fonogrammi, che sono la giustificazione dei loro diritti esclusivi, siano limitati alla tutela dagli utilizzi commerciali e dalla pirateria. Nel diritto dell'Unione, è il caso del diritto di distribuzione [54]. Invece, il diritto di riproduzione è concepito in maniera ampia e si applica a tutte le possibili forme di sfruttamento del fonogramma. Peraltro, sembrerebbe corretto che il produttore di un fonogramma partecipi ai proventi dello sfruttamento di opere create utilizzando il suo fonogramma. Inoltre, in sede di bilanciamento dei diritti fondamentali, occorre tener conto non soltanto dei diritti e degli interessi materiali dei produttori di fonogrammi, ma anche dei diritti degli interpreti e degli autori, inclusi i loro diritti morali. Orbene, questi ultimi, e in particolare il diritto all'integrità dell'opera, possono legittimamente ostare all'utilizzo di tale opera, anche quando tale utilizzo è coperto da un'eccezione [55].

98. La tutela concessa ai produttori di fonogrammi, tanto nel diritto dell'Unione quanto nel diritto internazionale, può essere considerata smisurata, in quanto essa è pari a quella degli autori (per quanto riguarda i diritti materiali). Non escludo che la ponderazione dei vari diritti e interessi effettuata dal legislatore dell'Unione possa condurre in futuro ad introdurre un'eccezione ai diritti esclusivi degli autori e degli altri aventi diritto per utilizzi quali il *sampling*. Tuttavia ciò non è compito del giudice. In sede di sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle disposizioni in vigore, i diritti fondamentali svolgono un ruolo differente: è una sorta di extrema ratio, che può giustificare il discostarsi dal testo delle disposizioni pertinenti soltanto in caso di flagrante violazione del contenuto essenziale di un diritto fondamentale [56]. Orbene, tale ipotesi non ricorre, a mio avviso, per quanto concerne la situazione del *sampling* nel diritto d'autore dell'Unione.

99. Propongo dunque di rispondere alla sesta questione pregiudiziale dichiarando che il diritto esclusivo dei produttori di fonogrammi di autorizzare o vietare, in forza dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29, la riproduzione parziale di loro fonogrammi nei casi di utilizzo a fini di *sampling* non è in contrasto con la libertà delle arti come sancita all'articolo 13 della Carta.

Conclusione

100. Alla luce di tutte le precedenti considerazioni, propongo di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) nel modo seguente:

1) L'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, dev'essere interpretato nel senso che il prelievo di un estratto di un fonogramma al fine di utilizzarlo in un altro fonogramma (*sampling*) costituisce una lesione del

54 V. parte delle presenti conclusioni dedicata alla risposta alla seconda questione.

55 V., in tal senso, sentenza del 3 settembre 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punti da 27 a 31).

56 V., in tal senso, da ultima, sentenza del 18 ottobre 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punto 46).

diritto esclusivo del produttore del primo fonogramma di autorizzare o vietare una riproduzione del proprio fonogramma ai sensi di tale disposizione allorché è compiuto senza l'autorizzazione di quest'ultimo.

2) L'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale dev'essere interpretato nel senso che un fonogramma contenente estratti presi da un altro fonogramma (*sample*) non costituisce una copia di quest'ultimo ai sensi di tale disposizione.

3) L'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che osta all'applicazione ai fonogrammi di una disposizione del diritto interno di uno Stato membro, come l'articolo 24, paragrafo 1, del Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi), del 9 settembre 1965, secondo la quale un'opera indipendente può essere creata con un libero utilizzo di un'altra opera senza l'autorizzazione dell'autore di quest'ultima, nei limiti in cui essa superi l'ambito delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi previste all'articolo 5, paragrafi 2 e 3, di tale direttiva.

4) L'eccezione relativa alla citazione prevista all'articolo 5, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2001/29 non trova applicazione nella situazione in cui un estratto di un fonogramma sia stato inserito in un altro fonogramma senza la volontà manifesta di creare un'interazione con il primo fonogramma e in maniera non distinguibile dal resto di tale secondo fonogramma.

5) Gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire nel proprio diritto interno la tutela dei diritti esclusivi enunciati agli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29, atteso che tali diritti possono essere limitati soltanto nel contesto dell'applicazione delle eccezioni e limitazioni tassativamente previste all'articolo 5 di tale direttiva. Gli Stati membri rimangono invece liberi per quanto riguarda la scelta dei mezzi che ritengono opportuno mettere in atto al fine di conformarsi a tale obbligo.

6) Il diritto esclusivo dei produttori di fonogrammi di autorizzare o vietare, in forza dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29, la riproduzione parziale di loro fonogrammi nei casi di utilizzo a fini di *sampling* non è in contrasto con la libertà delle arti come sancita all'articolo 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.