Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 12 de diciembre de 2018 [1]

Asunto C-476/17

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

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Derecho de reproducción — Reproducción de partes mínimas de un fonograma («sampling») — Utilización libre de una obra — Toma en consideración de los derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»

Introducción

1. El «sampling» (muestreo) es una técnica que consiste en tomar, mediante equipos electrónicos, extractos («samples» o muestras, de ahí el nombre de la técnica) de un fonograma con el fin de utilizarlos como elementos de una nueva composición en otro fonograma. En su reutilización, dichos extractos suelen ser mezclados, modificados y repetidos en bucle, de forma que resulten más o menos reconocibles en la nueva obra. Ha de señalarse además que puede tratarse de extractos de diferente longitud, de una duración de entre menos de un segundo y varias decenas de segundos. El «sampling» es, pues, un fenómeno poliédrico, lo cual no facilita en modo alguno su calificación jurídica. [2]

2. Si bien la reutilización por los compositores de motivos de obras anteriores es probablemente tan antigua como la propia música, el «sampling» es un fenómeno nuevo que hacen posible los modernos procedimientos de grabación y de modificación de sonidos, en un primer momento, analógicos y, en la actualidad, digitales. En efecto, a diferencia de la incorporación de un fragmento de otra obra musical en la composición de una nueva obra, la idea del «sampling» consiste en tomar directamente los sonidos de un fonograma, es decir, de una obra ejecutada y grabada, para incorporarlos en el fonograma que contiene la obra nueva. Así, el «sampling» es un fenómeno propio de la realidad de la música grabada en forma de fonogramas. Dicho de otro modo, el hecho de copiar fragmentos de la partitura de una obra musical para incorporarla a la partitura de una obra nueva y ejecutar a continuación tal partitura no es un «sampling».

1 Lengua original: francés.

2 Véase, en particular, Piesiewicz, P., «Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne “samplingu”)», *Państwo i prawo*, n.º 3/2006.

3. Si bien el «sampling» puede utilizarse en cualquier género musical, reviste una particular importancia en las músicas hip hop y rap, aparecidas en los años 1970 en los barrios populares de Nueva York (Estados Unidos).[3] Esta música tiene su origen en la práctica de *disc jockeys* (los «jinetes del disco») que encadenaban, modificaban y mezclaban sonidos extraídos de piezas musicales grabadas en discos de vinilo. Esta práctica daba lugar a verdaderas composiciones propias derivadas. Así, el «sampling» constituye la base de estos géneros musicales. Algunas obras pueden incluso consistir únicamente en una mezcla de «samples».

4. No obstante la importancia de su función en esta nueva creación musical, el «sampling» constituye todo un desafío jurídico, en particular a partir del momento en que el hip hop abandonó las calles del Bronx para entrar en el «mainstream» y convertirse en una fuente de ingresos nada despreciables para sus autores, ejecutantes y productores. La dificultad en la apreciación jurídica de este fenómeno se deriva del hecho de que no se trata aquí de una relación de obra a obra, clásica en el derecho de autor, sino de una relación de fonograma, producto comercial, a obra, creación artística. Al recurrir al «sampling», el artista no solo se inspira en la creación de otro, sino que se apropia también del fruto del esfuerzo y de la inversión editorial que representa el fonograma. Esta configuración, completamente nueva en el ámbito de los derechos de autor,[4] pone en juego factores tales como los derechos afines a los derechos de autor de los productores de fonogramas, por un lado, y la libertad de creación de los «sampleadores», por otro.

5. La presente petición de decisión prejudicial, que introduce la problemática del «sampling» en el camino del Derecho de la Unión, es el resultado de una larga saga judicial nacional,[5] en la que ya se han pronunciado dos de los órganos jurisdiccionales alemanes superiores. Es ahora el Tribunal de Justicia quien tiene que tomar la palabra en este debate que opone la libertad artística «versión postmoderna» al viejo derecho de propiedad.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

6. El artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información,[6] dispone:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

[…]

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

[…]»

3 Para consultar la historia del hip hop y del rap, véase 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.º 4, p. 843.

4 Pese a que uno de los primeros asuntos en materia de *sampling*, Grand Upright Music, Ltd v. Warner Bros. Records Inc., juzgado por la United States District Court for the Southern District of New York (Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos), se remonta a 1991.

5 La demanda de primera instancia en el procedimiento principal fue presentada el 8 de marzo de 1999.

6 DO 2001, L 167, p. 10.

7. En virtud del artículo 5, apartados 3, letras d), k), y o), y 5, de esta Directiva:

«3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

[…]

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

[…]

k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;

[…]

o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre [que] se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.

[…]

5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.»

8. El artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual,[7] dispone:

«1. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo de poner a disposición del público, mediante venta u otros medios, los objetos citados en las letras a) a d), incluidas las copias de los mismos, denominado en lo sucesivo “derecho de distribución”:

[…]

b) a los productores de fonogramas, respecto de sus fonogramas;

[…]»

9. En virtud del artículo 10, apartado 2, párrafo primero, de esta Directiva:

«2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán imponer, con respecto a la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, entidades de radiodifusión y productores de primeras fijaciones de películas, limitaciones semejantes a las impuestas para la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas.»

7 DO 2006, L 376, p. 28.

Derecho alemán

10. Las Directivas 2001/29 y 2006/115 han sido transpuestas al Derecho alemán mediante la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Ley relativa a los derechos de autor y a los derechos afines a los derechos de autor), de 9 de septiembre de 1965 (en lo sucesivo, «UrhG»). Los derechos de los productores de fonogramas están protegidos en virtud del artículo 85, apartado 1, de dicha Ley.

11. El artículo 24 de la UrhG contiene una excepción general al derecho de autor formulada en los términos siguientes:

«1. Una obra independiente que ha sido creada a partir del uso libre de la obra de otro podrá ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada.

2. El apartado 1 no se aplicará a la utilización de una obra musical mediante la cual una melodía se extrae de forma reconocible de una obra para servir de base a una nueva obra.»

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

12. Los Sres. Ralf Hütter y Florian Schneider-Esleben, demandantes en primera instancia y recurridos en casación en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «recurridos»), son miembros del grupo de música Kraftwerk. Este publicó en 1977 un fonograma que contenía la obra titulada *Metall auf Metall*. Los recurridos son, además de los productores de dicho fonograma, los artistas intérpretes de la obra en cuestión, y el Sr. Hütter es también autor de la misma (compositor).

13. Pelham GmbH, sociedad de Derecho alemán, demandada en primera instancia y recurrente en casación en el procedimiento principal, es productora de un fonograma que contiene la obra titulada *Nur mir*, interpretada, en particular, por la cantante Sabrina Setlur. Los Sres. Moses Pelham y Martin Haas, también demandados en primera instancia y recurrentes en casación en el procedimiento principal, son los autores de dicha obra.

14. Los recurridos sostienen que Pelham GmbH y los Sres. Pelham y Haas (en lo sucesivo, denominados conjuntamente, «recurrentes») copiaron, mediante la técnica del «sampling», aproximadamente dos segundos de una secuencia rítmica del título *Metall auf Metall* y los insertaron, repetidos en bucle, en el título *Nur mir*. Consideran que los recurrentes vulneraron así el derecho afín a los derechos de autor de que son titulares en su condición de productores del fonograma en cuestión. Con carácter subsidiario, los recurridos invocan el derecho de propiedad intelectual de que son titulares en su condición de artistas intérpretes y la violación del derecho de autor del Sr. Hütter sobre la obra musical. Con carácter subsidiario de segundo grado, los recurridos invocan una vulneración de la legislación sobre competencia. Sin embargo, el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente versa únicamente sobre los derechos de los recurridos en su condición de productores del fonograma.

15. Los recurridos solicitaron la cesación de la infracción, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, el suministro de información y la entrega de los fonogramas para su destrucción. El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó su demanda, y el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes fue desestimado. A raíz de un recurso de casación interpuesto por los recurrentes, la sentencia dictada por el tribunal de apelación fue revocada por el órgano jurisdiccional remitente mediante sentencia de 20 de noviembre de 2008, y se devolvió el asunto al tribunal de apelación para un nuevo examen. Una vez más, el tribunal de apelación desestimó el recurso interpuesto por los recurrentes. A raíz de un nuevo recurso de casación interpuesto por los recurrentes, el órgano jurisdiccional remitente desestimó esta vez dicho recurso mediante sentencia de 13 de diciembre de 2012. Dicha sentencia fue anulada por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal

Constitucional Federal, Alemania),[8] que devolvió el asunto al órgano jurisdiccional remitente.

16. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Existe una injerencia en el derecho exclusivo del productor de fonogramas a la reproducción de su fonograma resultante del artículo 2, letra c), de la Directiva [2001/29], cuando de su fonograma se extraen diminutas fracciones de sonido y [estas] son transferidas a otro fonograma?

2) ¿Un fonograma que contenga diminutas fracciones de sonido transferidas desde otro fonograma es una copia de [este] otro fonograma en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva [2006/115]?

3) ¿Los Estados miembros pueden establecer una disposición que, como la disposición del artículo 24, apartado 1, de la UrhG, prevea que el ámbito de protección del derecho exclusivo del productor de fonogramas a la reproducción [artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29] y a la distribución [artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115] de su fonograma está intrínsecamente limitado, de manera que una obra independiente, creada a partir del uso libre de su fonograma, pueda ser explotada sin su consentimiento?

4) ¿Una obra o prestación protegida en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva [2001/29] es utilizada para fines de cita, cuando no sea apreciable que se está usando una obra ajena u otra prestación protegida ajena?

5) ¿Las disposiciones del Derecho de la Unión acerca del derecho de reproducción y del derecho de distribución del productor de fonogramas [artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 y artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115] y las excepciones o limitaciones de dichos derechos (artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva [2001/29] y artículo 10, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva [2006/115]) admiten márgenes de transposición en el Derecho nacional?

6) ¿En qué modo deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la [Unión Europea] [(en lo sucesivo, «Carta»)] al determinar el alcance del ámbito de protección del derecho exclusivo del productor de fonogramas a la reproducción [artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29] y a la distribución [artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115] de su fonograma y el alcance de las excepciones o limitaciones de dichos derechos (artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva [2001/29] y artículo 10, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva [2006/115])?»

17. La petición de decisión prejudicial se recibió en el Tribunal de Justicia el 4 de agosto de 2017. Las partes del litigio principal, los Gobiernos alemán, francés y del Reino Unido y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Estas mismas partes estuvieron representadas en la vista, celebrada el 3 de julio de 2018.

Análisis

18. En el presente asunto, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, así como en materia de derechos fundamentales, en circunstancias como las del litigio principal. Analizaré estas cuestiones en el orden en que han sido planteadas.

8 Sentencia de 31 de mayo de 2016, 1 BvR 1585/13.

Sobre la primera cuestión prejudicial

19. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la toma de un extracto de un fonograma para utilizarlo en otro fonograma («sampling») constituye una injerencia en el derecho exclusivo del productor del primer fonograma a autorizar o prohibir una reproducción de su fonograma en el sentido de esta disposición cuando ello se realiza sin la autorización de este último.

20. Los interesados que han presentado observaciones en el presente asunto mantienen a este respecto posturas divergentes. Mientras que los recurridos, así como el Gobierno francés, proponen dar una respuesta afirmativa a esta cuestión, los recurrentes, los demás Gobiernos y la Comisión proponen que se responda en sentido negativo. Antes de analizar las diferentes alegaciones formuladas, me parece útil examinar una cuestión preliminar.

Observación preliminar — Ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2001/29

21. El órgano jurisdiccional remitente observa que la Directiva 2001/29 limita, en su artículo 10, su ámbito de aplicación temporal a los actos realizados después del 22 de diciembre de 2002, mientras que el fonograma litigioso en el asunto principal, que contiene la obra titulada *Nur mir*, se publicó en 1997.

22. No obstante, ha de señalarse que, según el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2001/29, esta se aplica a todas las obras y prestaciones que estaban protegidas por la legislación de los Estados miembros a fecha de 22 de diciembre de 2002, como ocurre con el fonograma perteneciente a los recurridos.

23. Es cierto que, según el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2001/29, esta se aplica sin perjuicio de los actos celebrados y de los derechos adquiridos antes de la citada fecha. No es menos cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado, sobre la base de esta disposición, que los actos de uso de las obras o prestaciones protegidas realizados antes de dicha fecha no están afectados por la referida Directiva.[9] Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, el fonograma controvertido en el asunto principal también fue objeto de actos de explotación después del 22 de diciembre de 2002. La Directiva 2001/29 es pues aplicable a esos actos.

24. Una vez aclarado este aspecto, iniciaré ahora el análisis en cuanto al fondo de la primera cuestión prejudicial.

Análisis en cuanto al fondo

25. Las partes del asunto principal no discuten que los recurrentes reprodujeron un extracto de aproximadamente dos segundos de la secuencia rítmica del fonograma de la obra *Metall auf Metall* y que lo insertaron, repetido en bucle, con modificaciones mínimas y de manera reconocible, como secuencia rítmica en el fonograma de la obra *Nur mir*.[10]

9 Véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2013, VG Wort y otros (C-457/11 a C-460/11, EU:C:2013:426), punto 1 del fallo.

10 Ha de señalarse que existen varias versiones de este último título. Me refiero aquí a la versión de base, titulada simplemente *Nur mir*.

26. Es obvio, a mi juicio, que tal acto constituye una reproducción en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2001/29, pues ha de recordarse que esta disposición versa sobre toda reproducción «directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte» de la obra protegida. En el caso del «sampling», se trata de una reproducción (en la mayoría de los casos) directa y permanente, por medios y con formato digitales, de una parte de un fonograma. Parece, pues, bastante claro que este acto constituye una injerencia en el derecho de los productores del fonograma en cuestión a autorizar o prohibir tal reproducción realizada sin su autorización.

27. No obstante, los recurrentes en el asunto principal, algunos de los Gobiernos que han presentado observaciones y la Comisión formulan toda una serie de alegaciones con el fin de demostrar que este derecho de los productores debe limitarse de suerte que actos de reproducción como el controvertido en el asunto principal no queden comprendidos en ese derecho exclusivo.

– *Umbral* de minimis

28. Estos interesados establecen, en primer lugar, una analogía con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la protección de extractos de obras por el derecho de autor. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la protección mediante el derecho de autor se refiere a las obras en cuanto expresión de la creación intelectual de sus autores. Así, los extractos de una obra pueden quedar protegidos por el derecho de autor siempre que contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor de esa obra.[11] Dado que el derecho de los productores de los fonogramas no protege la creación intelectual, sino la inversión económica, algunos de los interesados sostienen en el presente asunto que este derecho solo puede proteger los extractos de fonogramas de una duración suficientemente larga como para representar tal inversión. Por consiguiente, a su juicio, la toma de extractos muy breves en el caso del «sampling» no amenaza los intereses económicos de los productores de fonogramas, por lo que no queda comprendida en el ámbito de ejercicio del derecho exclusivo de estos. Así, según algunos de los interesados, la protección de los derechos de los productores de fonogramas está sujeta a un umbral *de minimis*, al igual que la protección de los derechos de los autores.

29. En mi opinión, este razonamiento se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada. En cuanto a la sentencia Infopaq International, el Tribunal de Justicia declaró que las obras literarias en cuestión en ese asunto estaban formadas por palabras, las cuales, consideradas de forma aislada, no quedaban acogidas a la protección de los derechos de autor. Solo su disposición original estaba protegida en cuanto creación intelectual del autor de la obra.[12] Esta constatación es evidente: el autor de una obra literaria no puede apropiarse de palabras o expresiones corrientes, como tampoco el compositor puede pretender tener un derecho exclusivo sobre las notas o el pintor un derecho sobre los colores. No obstante, ello no constituye en modo alguno un reconocimiento de la existencia de un umbral *de minimis* en la protección de las obras mediante el derecho de autor, sino que simplemente es el resultado de definir el término obra, en el sentido del derecho de autor, como una creación intelectual de su autor. Aunque el Tribunal de Justicia afirmó en esa sentencia que la reproducción de un extracto formado únicamente por once palabras de un artículo de prensa puede estar potencialmente comprendida en el ámbito del derecho exclusivo establecido en el artículo 2 de la Directiva 2001/29,[13] difícilmente cabe considerar que con ello se esté reconociendo la existencia de un umbral *de minimis*.

11 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 39 y punto 1 del fallo.

12 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartados 44 a 46.

13 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), punto 1 del fallo.

30. Con todo, el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en relación con los extractos de una obra no puede aplicarse a los fonogramas. En efecto, un fonograma no es una creación intelectual consistente en una composición de elementos tales como palabras, sonidos, colores, etc. El fonograma es una fijación de sonidos que está protegida no por la disposición de tales sonidos, sino por el hecho de tal fijación. Por consiguiente, si bien, en el caso de una obra, es posible distinguir entre los elementos que no son susceptibles de protección, como las palabras, los sonidos, los colores, etc., y el objeto susceptible de protección por constituir una disposición original de estos elementos, esa distinción no resulta posible en el caso de un fonograma. El fonograma no se compone de pequeñas partículas no susceptibles de protección: se protege como un todo indivisible. Por otra parte, en el caso del fonograma no se exige originalidad, pues el fonograma, a diferencia de la que ocurre con la obra, no está protegido por su carácter creativo, sino por la inversión económica y organizativa que supone. Dicho de otro modo, un sonido o una palabra no pueden ser monopolizados por un autor por el hecho de haber sido incluidos en una obra. En cambio, a partir del momento en que dichos elementos están grabados, el mismo sonido ejecutado por un músico o la misma palabra leída en voz alta constituyen un fonograma que queda protegido por el derecho afín a los derechos de autor. La reproducción de esa grabación queda comprendida, pues, en el ámbito del derecho exclusivo del productor de este fonograma. No obstante, cada uno es libre de reproducir el mismo sonido por sí mismo.

31. Ciertamente, en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América en materia de «sampling» se ha desarrollado un concepto similar al umbral *de minimis*. [14] Se trata no obstante de un entorno jurídico radicalmente distinto al del Derecho de la Europa Continental y del Derecho de la Unión. En efecto, en el Derecho estadounidense, los fonogramas están protegidos por el «copyright» con arreglo al mismo fundamento que las obras y demás prestaciones. Por tanto, se exige que presenten un grado mínimo de originalidad. La existencia de un umbral *de minimis* está ampliamente reconocida para todas esas prestaciones, protegidas desde el siglo XIX, y este umbral constituye uno de los criterios de apreciación para la aplicación de la excepción general del «fair use». [15] Así pues, el razonamiento seguido por los tribunales estadounidenses no es, a mi juicio, extrapolable al Derecho de la Unión.

32. Por otra parte, considero que un umbral *de minimis* presenta serias dificultades prácticas de aplicación. Para empezar, sería necesario establecer un umbral. ¿Debería ser este únicamente cuantitativo (duración del extracto reproducido) o también cualitativo (importancia del extracto para la obra en cuestión)? Además, ¿debería medirse este umbral en relación con el fonograma fuente, con la obra de destino o con ambos? Utilizando como ejemplo los fonogramas en cuestión en el asunto principal, el extracto tomado por los recurrentes tiene una duración aproximada de dos segundos. *A priori*, podría quedar por debajo de un umbral *de minimis*, como sostienen algunos de los interesados en el presente asunto. No obstante, ha de observarse que los fonogramas en cuestión contienen obras pertenecientes a dos géneros musicales —música electrónica en el caso de *Metall auf Metall* y rap en el caso de *Nur mir*— en los que el ritmo desempeña un papel primordial en la composición de las obras. Pues bien, al copiar una secuencia rítmica del título *Metall auf Metall* e insertarla, repetida en bucle, en el título *Nur mir*, los recurrentes copiaron de hecho una parte sustancial del primer fonograma para configurar con ella la totalidad de la sección rítmica de su obra. [16] Según un enfoque cualitativo, tal secuencia rebasaría indudablemente cualquier umbral *de minimis*. Para convencerse de

14 Véase, en particular, la sentencia de la United States Court of Appeals, 9th Circuit (Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el 9º Circuito, Estados Unidos), de 2 de junio de 2016, VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

15 Véase el artículo 107 de la Copyright Law of the United States (Ley Estadounidense sobre el Derecho de Autor).

16 Según se desprende de la información contenida en la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional de apelación formuló la misma observación en el procedimiento principal al constatar que el extracto litigioso constituye «la parte dominante» del título *Metall auf Metall* y aparece en el título *Nur mir* de forma continuada.

ello, bastaría con eliminar de los dos fonogramas la secuencia rítmica en cuestión y escuchar la parte restante. La aplicación de un umbral *de minimis* conduciría, pues, inevitablemente a generar disparidades entre las jurisprudencias nacionales y menoscabaría el principal objetivo de la Directiva 2001/29, que consiste en la armonización de los derechos de autor de los Estados miembros.

33. Por último, a mi juicio, resulta erróneo circunscribir los intereses económicos legítimos de los productores de fonogramas a la protección frente a la piratería, es decir, frente a la distribución o la comunicación al público de sus fonogramas como tales. En efecto, estos productores pueden explotar los fonogramas de maneras distintas a la venta de ejemplares, en particular, autorizando el «sampling», y obtener así ingresos. El hecho de que el derecho de estos productores sobre sus fonogramas esté dirigido a proteger sus inversiones económicas no se opone, pues, a que tal derecho comprenda también usos tales como el «sampling». Además, si el legislador ha optado por conceder a los productores, como instrumento para proteger sus intereses económicos, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir toda reproducción de sus fonogramas, incluso parcial, no considero lógico cuestionar esta decisión so pretexto de que tal derecho no responde al objetivo perseguido.

– Nivel de protección igual al de las obras

34. En segundo lugar, algunos de los interesados que han presentado observaciones en el presente asunto alegan, refiriéndose una vez más a la sentencia Infopaq International,[17] que los productores de fonogramas no pueden beneficiarse de una protección más amplia que la que se concede a los autores. Sin embargo, este argumento no me convence por dos motivos.

35. Por un lado, como ocurre con la alegación relativa al umbral *de minimis*, esta alegación se basa, a mi juicio, en una comprensión errónea del alcance de la sentencia antes citada. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia definió el concepto de «obra» en el sentido del derecho de autor de la Unión, considerando que esta constituye una creación intelectual propia de su autor. Este mismo criterio de protección debe aplicarse a los extractos de una obra, excluyendo de la protección los elementos de esta que, por razones evidentes, deben permanecer en el dominio público, como las palabras tomadas aisladamente o las expresiones corrientes. No se trata, pues, en modo alguno de una limitación de la protección, sino de una definición del objeto de esta. En cuanto atañe a los fonogramas, el hecho de que el objeto de la protección sea diferente no significa que la protección vaya más allá de la prevista para las obras. Tanto las obras como los fonogramas están protegidos en su conjunto.

36. Por otro lado, el derecho a la protección del fonograma es un derecho que existe y se ejerce de forma completamente independiente de la protección de la obra eventualmente contenida en ese fonograma. En efecto, si bien la mayoría de los fonogramas contiene fijaciones de ejecuciones de obras protegidas por el derecho de autor, existen otras situaciones. El fonograma puede contener, por ejemplo, la fijación de la ejecución de una obra cuya protección ha expirado o bien sonidos que no constituyen en modo alguno una obra, tales como sonidos de la naturaleza. Tal fonograma será objeto de protección en su totalidad. Así lo confirma, por lo demás, la definición de fonograma que figura en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas,[18] cuyo artículo 2, letra b), establece que un fonograma es «toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos». Si bien los derechos de los productores de fonogramas son derechos afines a los derechos de autor, no son derechos derivados. El ámbito de protección del fonograma no está, pues, condicionado en modo alguno por el ámbito de protección de la obra que pueda contener eventualmente.

17 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 y que entró en vigor el 20 de mayo de 2002, del que la Unión Europea forma parte en virtud de la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (DO 2000, L 89, p. 6). Según el considerando 15 de la Directiva 2001/29, esta está dirigida además a dar cumplimiento a dicho Tratado.

– Analogía con la protección de los derechos de los fabricantes de bases de datos

37. En tercer lugar, algunos de los interesados establecen una analogía entre la protección de los fonogramas y la de las bases de datos. En efecto, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos,[19] establece en favor del fabricante de una base de datos el derecho *sui generis* de prohibir «la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial» del contenido de esta base de datos. Pues bien, según estos interesados, la situación de un productor de fonogramas es análoga a la de un fabricante de bases de datos en la medida en que, en ambos casos, el derecho que se les concede está dirigido a proteger sus inversiones económicas. En su opinión, la protección del productor de fonogramas también debe limitarse, por consiguiente, a la reproducción de una parte sustancial del fonograma.

38. Sin embargo, me parece preferible la alegación formulada a este respecto por los recurridos, según la cual en el caso de autos ha de realizarse una interpretación *sensu contrario* de la Directiva 2001/29. En efecto, esta Directiva no contiene ninguna referencia a la protección de una parte sustancial del fonograma. Al contrario, el productor del fonograma está protegido contra la reproducción no autorizada, «total o parcial», de este, al igual que el autor de una obra [y como, por lo demás, el autor de una base de datos según el artículo 5, letra a), de la Directiva 96/9]. Así pues, la interpretación literal de las Directivas 96/9 y 2001/29 excluye ya, a mi juicio, toda posibilidad de establecer una analogía entre el alcance de la protección de un fabricante de bases de datos y el de la de un productor de fonogramas.

– Protección de la totalidad del fonograma

39. En cuarto lugar, tampoco puedo suscribir la alegación formulada por la Comisión según la cual el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas solo hace referencia a la protección frente a la reproducción no autorizada de la totalidad de un fonograma.[20] En efecto, el artículo 11 de este Tratado reproduce el artículo 10 de la Convención de Roma.[21] Pues bien, según la Guía de interpretación de esta Convención, elaborada por la OMPI,[22] en la conferencia diplomática que adoptó tal texto se indicó que, «al no calificarse el derecho de reproducción, tenía que interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de impedir la reproducción parcial del fonograma».[23] Por consiguiente, el artículo 11 del Tratado de la OMPI antes mencionado debe interpretarse del mismo modo. Por lo demás, el artículo 2 de la Directiva 2001/29 menciona expresamente la reproducción «parcial» del fonograma.

40. Por consiguiente, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la toma de un extracto de un fonograma para utilizarlo en otro fonograma («sampling») constituye una injerencia en el derecho exclusivo del productor del primer fonograma a autorizar o prohibir una reproducción de su fonograma en el sentido de esta disposición cuando ello se realiza sin la autorización de este último.

19 DO 1996, L 77, p. 20.

20 Esta disposición prevé que «los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma».

21 Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.

22 Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, OMPI, Ginebra, 2003.

23 *Ibidem*, p. 154.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

41. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115 debe interpretarse en el sentido de que un fonograma que contiene extractos transferidos desde otro fonograma («samples») constituye una copia de este otro fonograma en el sentido de esta disposición.

42. Los interesados que han presentado observaciones en el presente asunto, con excepción del Gobierno francés, parecen analizar las cuestiones prejudiciales primera y segunda de forma conjunta y tienden a darles respuestas concordantes (si bien distintas en función del interesado). No obstante, considero más bien, al igual que el Gobierno francés, que procede interpretar el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115 a la luz de su objetivo y con independencia de la Directiva 2001/29.

43. El artículo 9 de la Directiva 2006/115 establece un derecho de distribución en beneficio sobre todo de los productores de fonogramas. Este derecho guarda relación con la puesta a disposición del público, mediante la venta o de cualquier otro modo, de ejemplares (copias) de prestaciones protegidas, entre ellas, los fonogramas.

44. A nivel internacional, este mismo derecho está reconocido en el Convenio de Ginebra.[24] La Unión no es parte de este convenio, pero 22 Estados miembros sí lo son. Es probable que el considerando 7 de la Directiva 2006/115 aluda a ese convenio como uno de «los convenios internacionales vigentes sobre los que se basan las normas sobre derechos de autor y derechos afines de muchos Estados miembros» cuyo respeto debe garantizarse en el marco de la armonización llevada a cabo por esta Directiva.

45. Pues bien, el derecho de distribución tiene como principal objetivo la protección frente a lo que se denomina comúnmente «piratería», es decir, la producción y distribución al público de copias falsificadas de fonogramas (y de otras prestaciones, como las películas). Estas copias falsificadas, al sustituir a las copias legales, reducen sustancialmente los ingresos de los productores de fonogramas y, en consecuencia, los ingresos que los autores e intérpretes pueden esperar obtener legítimamente de la venta de las copias legales. En particular, la amenaza derivada de la piratería se menciona expresamente en el considerando 2 de la Directiva 2006/115 entre los motivos de la adopción de esta Directiva.

46. La piratería se caracteriza por la producción y la distribución de copias falsificadas de fonogramas, dirigidas a sustituir a las copias legales. Por este motivo el artículo 1 del Convenio de Ginebra define la copia como «el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho fonograma». En efecto, solo una copia de estas características permite al oyente tomar conocimiento del fonograma sin necesidad de adquirir una copia legal.

47. Dado que el artículo 9 de la Directiva 2006/115 establece el mismo derecho de distribución que el Convenio de Ginebra y que los dos actos tienen el mismo objetivo, a saber, la protección frente a la piratería, considero que el concepto de «copia» mencionado en esa disposición debe interpretarse al hilo de dicho Convenio y a la luz de este objetivo, es decir, en el sentido de que se trata de una copia que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos de un fonograma protegido y que está dirigida a sustituir los ejemplares lícitos de este. El alcance de esta disposición es, pues, a mi juicio, bastante más restringido que el del artículo 2 de la Directiva 2001/29.

24 Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 29 de octubre de 1971, que entró en vigor el 18 de abril de 1973.

48. El «sampling» no está dirigido a producir un fonograma que sustituye al fonograma original, sino a crear una obra nueva e independiente de dicho fonograma. De igual modo, un fonograma derivado de «sampling» no incorpora la totalidad ni una parte sustancial de los sonidos del fonograma original. Por ello, tal fonograma no debería ser calificado como una copia en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115.

49. Por consiguiente, propongo que se responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115 debe interpretarse en el sentido de que un fonograma que contiene extractos transferidos desde otro fonograma («samples») no constituye una copia de este otro fonograma en el sentido de esta disposición.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

50. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 y el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que se aplique a los fonogramas una disposición de Derecho interno de un Estado miembro como el artículo 24, apartado 1, de la UrhG, según la cual puede crearse una obra independiente utilizando libremente otra obra sin la autorización del autor de esta última. [25]

51. Como he explicado en el marco de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el artículo 9 de la Directiva 2006/115 no se aplica a las reproducciones de prestaciones protegidas que no están dirigidas a sustituir a las copias legales de esas prestaciones. Así ocurre en particular con obras independientes creadas utilizando elementos de otras obras. El artículo antes citado no se opone a ello, al no aplicarse a las situaciones reguladas por el artículo 24 de la UrhG. Así pues, el análisis de la tercera cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2001/29.

52. La Directiva 2001/29 establece, en sus artículos 2 a 4, los derechos exclusivos de que disfrutan determinadas categorías de personas, en particular el derecho de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de sus fonogramas, establecido en el artículo 2, letra c), de esta Directiva. Estos derechos están formulados de forma incondicional. No obstante, el artículo 5 de la Directiva 2001/29 establece toda una serie de excepciones y limitaciones de estos derechos exclusivos que los Estados miembros pueden prever en su Derecho interno. Esta lista de excepciones y limitaciones está formulada de forma exhaustiva, como confirman tanto el considerando 32 de la Directiva 2001/29 como la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [26]

53. Esta lista contiene determinadas excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos que facilitan el diálogo y la confrontación artística mediante la utilización de obras preexistentes. Se trata en particular de la excepción de cita, prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, y de la excepción de caricatura, parodia o pastiche, prevista en el mismo apartado, letra k).

54. En cambio, la lista de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos recogida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 no contiene una excepción general que permita la utilización de una obra de otra persona a efectos de la creación de una obra nueva. De ello se deduce que los Estados miembros no están facultados para prever en su Derecho interno tal excepción si va más allá de las excepciones previstas en la Directiva 2001/29, en particular las mencionadas en el punto anterior.

25 El artículo 24 de la UrhG únicamente se refiere expresamente al uso de obras. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, esta disposición se aplica también, por analogía, al uso de otras prestaciones protegidas, en particular los fonogramas.

26 Véase, recientemente, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 16.

55. Esta consideración no queda en entredicho por el hecho de que, como subraya el órgano jurisdiccional remitente, en el Derecho alemán, la norma del artículo 24, apartado 1, de la UrhG no se considere una excepción al derecho de autor, sino una limitación inherente al mismo. En efecto, la Directiva 2001/29 no distingue en su artículo 5 entre excepciones y limitaciones del derecho de autor (o de los derechos afines a los derechos de autor). Algunos de los supuestos previstos en esa disposición versan sobre limitaciones que son tan inherentes al derecho de autor como la posibilidad de usar libremente una obra para crear otra. Cabe citar como ejemplo la excepción de copia privada, prevista en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. [27] No obstante, el legislador de la Unión ha considerado necesario incluir esta limitación en la lista de excepciones y limitaciones posibles.

56. Por otra parte, como señalan acertadamente los recurridos, autorizar a cada Estado miembro a introducir, al margen de la lista prevista en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, limitaciones que considere inherentes al derecho de autor pondría en peligro la efectividad de la armonización de las excepciones al derecho de autor emprendida por el legislador de la Unión. Pues bien, como se subraya en el considerando 31 de esta Directiva, la eliminación de las diferencias en la aplicación de las excepciones al derecho de autor y a los derechos afines por los Estados miembros es uno de los objetivos perseguidos por dicha Directiva.

57. Es cierto que el artículo 5, apartado 3, letra o), de la Directiva 2001/29 contiene una suerte de cláusula de «stand still» en relación con la aplicación por los Estados miembros de excepciones y limitaciones ya previstas en su Derecho interno en el momento de la entrada en vigor de esta Directiva. Sin embargo, se trata de la utilización de prestaciones protegidas en «casos de importancia menor». Pues bien, a mi juicio, no cabe considerar que una excepción tan amplia como la prevista en el artículo 24, apartado 1, de la UrhG se limite a casos de importancia menor. Además, los usos comprendidos en el artículo 5, apartado 3, letra o), de la Directiva 2001/29 deben limitarse a los usos analógicos. Por lo tanto, de todos modos, esta disposición no podría comprender la comunicación al público por medios electrónicos de fonogramas que contienen extractos procedentes de otros fonogramas.

58. Por último, según el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, las excepciones y limitaciones previstas en dicho artículo solo se aplican en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Esta disposición, denominada comúnmente la «prueba del criterio triple», refleja disposiciones análogas de convenios internacionales en materia de derechos de autor y derechos afines. Constituye una restricción a las excepciones y limitaciones aplicables a los derechos exclusivos. En cambio, no cabe entenderla como una autorización para introducir excepciones o limitaciones no previstas o para ampliar el alcance de las excepciones existentes, so pretexto de que no entran en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación ni con los intereses legítimos del titular de derechos exclusivos. [28]

59. Por consiguiente, propongo que se responda a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se aplique a los fonogramas una disposición de Derecho interno de un Estado miembro, como el artículo 24, apartado 1, de la UrhG, según la cual puede crearse una obra independiente utilizando libremente otra obra sin la autorización del autor de esta última, por cuanto excede del marco de las excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos previstas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de esta Directiva.

27 Véanse, respecto al carácter inherente de esta limitación, mis conclusiones presentadas en el asunto EGEDA y otros (C-470/14, EU:C:2016:24), puntos 15 y 16.

28 Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartados 26 y 27.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

60. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si la excepción de cita prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 es aplicable en una situación en la que un extracto de un fonograma se ha insertado en otro fonograma de modo que no se distingue del resto de este segundo fonograma.

61. Esta cuestión afecta al fondo del problema de la aplicación de la excepción de cita en situaciones como la controvertida en el asunto principal.

62. La excepción de cita tiene su origen y se utiliza esencialmente en las obras literarias. No obstante, nada indica, a mi juicio, que, en el derecho de autor de la Unión, la excepción de cita no pueda referirse a otras categorías de obras, en particular a las obras musicales.[29] Ha de suponerse también que tal cita puede realizarse mediante la reproducción de un extracto de un fonograma, pues las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 conciernen a los derechos de los productores de fonogramas del mismo modo que a los derechos de los autores.

63. No obstante, una cita debe cumplir una serie de requisitos para ser lícita. Tres de estos requisitos revisten una pertinencia especial en cuanto atañe a un uso como el que constituye el objeto del asunto principal.

64. El primero de ellos está expresamente previsto en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 y se refiere al objetivo de la cita. Según esta disposición, la cita debe efectuarse «con fines de crítica o reseña». El empleo de la expresión «par exemple» [en la versión en francés] indica que no se trata de una lista exhaustiva de objetivos de la cita, sino más bien de una ilustración. Numerosas citas, sobre todo las citas artísticas, por ejemplo musicales, no se efectúan con fines de crítica o reseña, sino que persiguen otros objetivos. No obstante, la formulación de la disposición en cuestión apunta claramente, a mi juicio, a que la cita debe estar dirigida a crear una suerte de diálogo con la obra citada. Ya sea en confrontación o en homenaje o de cualquier otro modo, será necesaria una interacción entre la obra que cita y la obra citada.

65. El segundo requisito de la licitud de una cita, que se deriva en cierto modo del primero, es el del carácter inalterado y distinguible de la cita. Así, en primer lugar, el extracto citado debe incorporarse literalmente en la obra que lo cita o, en cualquier caso, sin desnaturalizarlo (aunque tradicionalmente se han admitido algunas adaptaciones, como la traducción). En segundo lugar —y este es el aspecto que plantea directamente la cuestión prejudicial— la cita debe incorporarse a la obra que la cita de forma tal que pueda ser distinguida fácilmente como elemento ajeno. Esta exigencia puede deducirse del primer requisito: en efecto, ¿cómo podría la obra que cita entrar en diálogo o confrontarse con la obra citada si se confundiera completamente con esta?

66. Los dos requisitos antes mencionados permiten distinguir una cita de un plagio.

67. El «sampling» en general, y la utilización del fonograma en cuestión en el asunto principal en particular, no parecen cumplir estos requisitos. El objetivo del «sampling» no es entrar en diálogo ni confrontarse, ni tampoco rendir homenaje, a las obras usadas. En la técnica del «sampling», los extractos tomados de otros fonogramas sirven de materia prima y se funden con las nuevas obras para formar parte integrante y no reconocible de ellas. Es más, esos extractos a menudo se alteran y mezclan de tal modo que pierden toda su integridad original. No se trata, pues, de una forma de

29 Véase, en particular, Mania, G., «Cytat w muzyce — o potrzebie reinterpretacji przesłanek», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, n.º 1/2017, pp. 63 a 88. Véase, asimismo, Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, París, 2015, p. 571. El Tribunal de Justicia parece haber admitido tácitamente la excepción de cita en relación con una obra fotográfica (véase la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, apartados 122 y 123).

interacción, sino de una forma de apropiación. El caso de autos, en el que un extracto de un fonograma, demasiado corto para permitir toda interacción, se ha reproducido en bucle a lo largo de todo el nuevo fonograma para formar la parte rítmica de este último, es una perfecta ilustración de ello.

68. A estos requisitos de fondo de la licitud de la cita se añade una tercera exigencia, formal, igualmente mencionada en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, a saber, la de indicar la fuente de la cita, incluido el nombre del autor, a menos que ello resulte imposible. Naturalmente, en el caso de una obra musical, es difícil (aunque no imposible) indicar la fuente de la cita en la propia obra. No obstante, puede hacerse, por ejemplo, en la descripción de la obra que cita, o incluso en su título. Pues bien, no creo que sea usual en la cultura hip hop o rap indicar las fuentes de los «samples» que componen las obras pertenecientes a estos géneros musicales. En cualquier caso, de los autos del presente asunto no se desprende que los recurrentes hayan intentado indicar la fuente del extracto utilizado en el título *Nur mir* o los nombres de los recurridos.

69. Por consiguiente, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que la excepción de cita prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 no es aplicable en una situación en la que un extracto de un fonograma se ha insertado en otro fonograma sin voluntad aparente de interactuar con el primer fonograma y de un modo no distinguible del resto de este segundo fonograma.

70. Entre las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29, figura asimismo la excepción, ya mencionada, de caricatura, parodia o pastiche [artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29]. Esta excepción podría tenerse en cuenta, en su caso, en relación con la utilización de extractos de un fonograma en otro fonograma. Esta excepción no ha sido transpuesta como tal a la normativa alemana sobre derechos de autor, pero cabría deducirla, según el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 24, apartado 1, de la UrhG. Sin embargo, este mismo órgano jurisdiccional rechaza, acertadamente a mi juicio, la idea de aplicar dicha excepción al caso de autos. En efecto, esta excepción, al igual que la de cita, presupone una interacción con la obra utilizada o cuando menos con su autor, circunstancia que no se da en un caso de «sampling» como el controvertido en el asunto principal. [30]

Sobre la quinta cuestión prejudicial

71. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende determinar el margen de maniobra de que disponen los Estados miembros al transponer a su Derecho interno las disposiciones relativas a los derechos exclusivos previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29 y en el artículo 9 de la Directiva 2006/115, así como las excepciones a estos derechos exclusivos establecidas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 y en el artículo 10 de la Directiva 2006/115. He de apuntar de antemano que, puesto que el derecho de distribución previsto en el artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115 no es aplicable, a mi juicio, en una situación como la del asunto principal, [31] analizaré esta cuestión únicamente desde la perspectiva de la Directiva 2001/29.

30 Ciertamente, en su sentencia de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), el Tribunal de Justicia no estableció exigencias demasiado estrictas al concepto de parodia. No obstante, declaró que aquella «evoca» otra obra (véase el punto 2 del fallo de esta sentencia). Por lo demás, queda claro, en mi opinión, que, en las circunstancias del presente asunto, la obra titulada *Nur mir* no constituye ni una parodia ni una caricatura de la obra *Metall auf Metall*. En cuanto al concepto de pastiche, este consiste en imitar el estilo de una obra o de un autor, sin tomar necesariamente los elementos de esta obra. Pues bien, en el caso de autos se está en presencia de la situación contraria en la que se parte de un fonograma para crear una obra en un estilo por completo diferente.

31 Véase la parte de las presentes conclusiones dedicada a la respuesta a la segunda cuestión prejudicial.

72. Como señala el órgano jurisdiccional remitente, esta cuestión resulta de la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) según la cual, en la medida en que una directiva no deja a los Estados miembros margen de maniobra alguno en su transposición, las disposiciones del Derecho alemán que adapten esta Directiva no deben apreciarse, en principio, a la vista de los derechos fundamentales garantizados por la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; en lo sucesivo, «Ley Fundamental»), de 23 de mayo de 1949, sino únicamente a la luz de los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión. [32]

73. En cuanto atañe al control, a la vista de los derechos fundamentales, de las medidas nacionales que garantizan la transposición de las disposiciones del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha considerado, refiriéndose al artículo 53 de la Carta, que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y los tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. [33] Así, un Estado miembro no puede menoscabar la efectividad de una disposición del Derecho de la Unión que no sea contraria a la Carta aplicando sus propios estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales. [34]

74. En lo tocante al margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en la transposición de la Directiva 2001/29, este está limitado de diversas maneras.

75. En primer lugar, los derechos enunciados en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29, en particular el derecho de reproducción de que gozan los productores de fonogramas sobre sus fonogramas, previsto en el artículo 2, letra c), de esta Directiva, están formulados de forma incondicional y su protección en el Derecho interno de los Estados miembros es obligatoria.

76. En segundo lugar, los conceptos empleados en las disposiciones de la Directiva 2001/29, en la medida en que no remiten a la legislación de los Estados miembros, son conceptos autónomos del Derecho de la Unión. [35] Así ocurre en concreto con el concepto de «reproducción» en el sentido del artículo 2 de esta Directiva. [36] Otro tanto ocurre con los conceptos que definen las diferentes excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos regulados por la Directiva 2001/29, en particular el concepto de «parodia», utilizado en el artículo 5, apartado 3, letra k), de esta Directiva. [37] Lo mismo ha de afirmarse en relación con el concepto de «cita» en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra d), de dicha Directiva.

77. Por último, en tercer lugar, los derechos exclusivos previstos de forma incondicional y obligatoria para los Estados miembros en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29 solo pueden ser objeto de las excepciones y limitaciones enumeradas con carácter exhaustivo en el artículo 5, apartados 1 a 3, de esta Directiva. Dado que estas excepciones, salvo una, son facultativas, los Estados miembros disponen de cierto margen de maniobra en la elección y formulación de las excepciones que consideren oportuno incorporar a su Derecho interno. En cambio, no pueden introducir excepciones no previstas ni ampliar el alcance de las existentes. [38] No obstante, ha de señalarse que este margen de maniobra

32 Esta jurisprudencia ha sido reiterada por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) en su sentencia de 31 de mayo de 2016, 1 BvR 1585/13, origen de la presente remisión prejudicial (véase el punto 81 de las presentes conclusiones).

33 Sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 60.

34 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 63.

35 Véase, en particular, la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 27.

36 Véase la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 32.

37 Sentencia de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartado 15.

38 Sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartados 26 y 27.

también está limitado porque algunas de estas excepciones reflejan la ponderación realizada por el legislador de la Unión entre el derecho de autor y los diferentes derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión. Por tanto, el hecho de prever determinadas excepciones en el Derecho interno podría resultar incompatible con la Carta. [39]

78. Así pues, los Estados miembros están obligados a garantizar en su Derecho interno la protección de los derechos exclusivos enunciados en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, cuyo alcance se define, en su caso, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que solo pueden restringirse en el marco de la aplicación de las excepciones y limitaciones previstas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva. Los Estados miembros no pueden oponer a esta obligación ninguna disposición de su Derecho interno, aun cuando sea de rango constitucional o tenga carácter de derecho fundamental. [40] En cambio, como ocurre con todas las directivas de conformidad con el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, los Estados miembros siguen siendo libres para elegir los medios que consideren oportunos para cumplir esa obligación. En el marco de esta elección, es obvio que podrán guiarse, entre otras cosas, por consideraciones relativas a sus principios constitucionales y por los derechos fundamentales, siempre que no se menoscabe el efecto útil del Derecho de la Unión.

79. A la vista de cuanto precede, propongo que se responda a la quinta cuestión prejudicial que los Estados miembros están obligados a garantizar en su Derecho interno la protección de los derechos exclusivos establecidos en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, que solo pueden restringirse en el marco de la aplicación de las excepciones y limitaciones previstas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva. En cambio, los Estados miembros siguen siendo libres para elegir los medios que consideren oportunos para cumplir esa obligación.

Sobre la sexta cuestión prejudicial

Observaciones preliminares

80. Mediante su sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre el modo en que han de tenerse en cuenta los derechos fundamentales consagrados por la Carta al interpretar el alcance de los derechos exclusivos que las Directivas 2001/29 y 2006/115 confieren a los productores de fonogramas, así como las limitaciones y excepciones a dichos derechos previstas en esas Directivas.

81. A la vista de la formulación, en términos muy generales, de esta cuestión, dudo que sea útil para el órgano jurisdiccional remitente si se responde de forma tan general. No obstante, parece claro que esta cuestión se ha planteado en relación con la sentencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) [41] que, por un lado, censuró la sentencia del órgano jurisdiccional remitente por la que ratificaba la sentencia de apelación favorable a los recurridos, sobre la base de la libertad de creación artística consagrada en el artículo 5 de la Ley Fundamental y, por otro lado, devolvió el asunto al órgano jurisdiccional remitente para que este volviera a examinarlo, en su caso a la vista de los derechos fundamentales garantizados en el Derecho de la Unión, y planteara, de ser necesario, una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

39 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870), puntos 38 y 39.

40 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 59 y jurisprudencia citada.

41 Sentencia de 31 de mayo de 2016, 1 BvR 1585/13.

82. Por consiguiente, ha de entenderse la sexta cuestión prejudicial en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si la libertad de las artes, consagrada en el artículo 13 de la Carta, constituye una limitación o justifica una injerencia en el derecho exclusivo del productor de un fonograma a autorizar o prohibir la reproducción parcial de su fonograma en caso de uso del mismo en otro fonograma. Dicho de otro modo, esta cuestión plantea el problema de la eventual primacía de la libertad de las artes sobre dicho derecho exclusivo de los productores de fonogramas.

83. Oponer así la libertad de las artes al derecho afín al derecho de autor parece, a primera vista, paradójico. En efecto, el objetivo principal de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor es promover el desarrollo de las artes, garantizando a los artistas ingresos por sus obras, lo cual les libera de la dependencia de diversos mecenas y les permite continuar libremente su actividad creativa. [42]

84. Es cierto que el presente asunto no afecta directamente al derecho exclusivo de los autores, sino al de los productores que se benefician de él por haber realizado un esfuerzo económico y organizativo. No obstante, por un lado, el legislador ha concedido derechos exclusivos a los productores precisamente porque estos contribuyen, en cuanto auxiliares, a la creación y a la difusión de las obras. El derecho que poseen sobre los fonogramas constituye una garantía del rendimiento de su inversión. Por otro lado, aunque no todo fonograma ha de constituir necesariamente la fijación de la ejecución de una obra, suele ser así, por regla general, en el caso de fonogramas musicales como los controvertidos en el presente asunto. Entre las personas que participan en la realización de tal fonograma se encuentran en particular, además del productor, los autores y los intérpretes, cuyos derechos resultan igualmente menoscabados por una utilización no autorizada del fonograma. Pues bien, puede ser que el procedimiento principal únicamente afecte a los derechos de los productores del fonograma pero, cuando se aborda el debate desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no puede olvidarse, a mi juicio, a los demás interesados.

85. El caso de autos es una perfecta ilustración de ello. En efecto, los recurridos, que actúan en el procedimiento en su condición de productores del fonograma en cuestión, son también artistas ejecutantes y uno de ellos es el autor de la obra contenida en dicho fonograma. [43] Esta configuración es similar a la de la otra parte del litigio: los recurrentes no son solamente compositores de la obra contenida en el fonograma litigioso, sino también productores del mismo. El litigio principal no enfrenta simplemente, pues, a un artista y a un productor de fonogramas, pues las dos condiciones se reúnen en ambas partes. Por tanto, deberá atenderse al conjunto de estos diferentes intereses en la ponderación de los respectivos derechos fundamentales.

Sentencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)

86. La sentencia antes citada del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) [44] se basa principalmente en la interpretación del artículo 24, apartado 1, de la UrhG, a la luz de la libertad de creación artística consagrada en el artículo 5, apartado 3, primera frase, de la Ley Fundamental. Ese tribunal reprochó al órgano jurisdiccional remitente no haber tenido suficientemente en cuenta la libertad artística de los recurrentes en la interpretación del artículo 24, apartado 1, de la UrhG, en

42 Esta función del derecho de autor y de los derechos afines a los derechos de autor queda, por otro lado, expresamente confirmada en los considerandos 9 a 11 de la Directiva 2001/29.

43 De hecho, sus derechos de autor y de ejecutantes fueron invocados en el procedimiento de primera instancia con carácter subsidiario (véase el punto 14 de la presentes conclusiones).

44 A efectos del presente análisis, me he basado en la versión en lengua inglesa de la sentencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), accesible desde el sitio de Internet de este último, así como, en cuanto atañe a la parte descriptiva, en los comentarios sobre esta sentencia, en particular, 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.º 12, pp. 932 a 945; Mezei, P., «De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, n.º 1, pp. 56 a 67, y 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.º 1, pp. 119 a 127.

particular, al declarar que esta disposición no se aplica si el artista está en condiciones de recrear por sí mismo la secuencia sonora que ha tomado del fonograma ajeno. En su opinión, esta interpretación restringe de forma desproporcionada la libertad creativa y, en consecuencia, las posibilidades del diálogo artístico. Las facultades que se confieren así a los artistas, a saber, las de obtener una licencia, recrear por sí mismos los sonidos o limitarse a sonidos disponibles en bases de «samples» existentes, no resultan suficientes, en particular en el caso de los géneros musicales que dependen en una amplia medida del «sampling», como el hip hop.

87. Por contra, según el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), la aplicación del artículo 24, apartado 1, de la UrhG al «sampling» solo limita de manera reducida el derecho de propiedad, garantizado en el artículo 14, apartado 1, de la Ley Fundamental, de los productores de fonogramas, en la medida en que las nuevas obras no compiten con sus fonogramas. En efecto, el artículo 85, apartado 1, de la UrhG, que hace referencia a los derechos de los productores de fonogramas, únicamente los protege contra usos comerciales y piratería de sus fonogramas, lo cual no es el caso del «sampling», que es una práctica artística. Si bien, en opinión del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) el legislador podría haber previsto para los titulares de derechos exclusivos una compensación por la libre utilización («freie Benutzung») en virtud del artículo 24, apartado 1, de la UrhG, no haberlo hecho no vulnera el derecho constitucional de propiedad.

88. Por último, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) añade que, aparte de la interpretación conforme a la libertad de las artes del artículo 24, apartado 1, de la UrhG, el órgano jurisdiccional remitente puede realizar la ponderación correcta de los derechos en cuestión mediante una interpretación restrictiva de los derechos de los productores de fonogramas contenidos en el artículo 85, apartado 1, de esta Ley. El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) observa no obstante que, entonces, el asunto podría quedar comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a la vista de la armonización de los derechos de los productores de fonogramas que realiza la Directiva 2001/29. En el caso de que esta Directiva no deje margen de maniobra a los Estados miembros para su transposición, el órgano jurisdiccional remitente deberá garantizar la protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la Carta,[45] planteando, en su caso, una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. El órgano jurisdiccional remitente deberá asegurarse también del mantenimiento del nivel mínimo inalienable de la protección de los derechos fundamentales, definido en la Ley Fundamental.

Apreciación a la luz del Derecho de la Unión

89. La normativa de la Unión sobre los derechos de autor no recoge ninguna limitación a los derechos exclusivos establecidos en la Directiva 2001/29 análoga a la prevista en el artículo 24, apartado 1, de la UrhG. Como ya he expuesto en el marco de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial, esta disposición es, a mi juicio, incompatible con la Directiva 2001/29 en la medida en que permite excepciones a los derechos exclusivos que van más allá de las excepciones previstas en el artículo 5 de esta Directiva, en particular las excepciones de cita y de caricatura, parodia o pastiche. Sin embargo, estas excepciones no se aplican, en mi opinión, en una situación como la del asunto principal.[46] No resulta, pues, posible en el Derecho de la Unión un razonamiento análogo al seguido por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal). ¿Cómo debe apreciarse entonces el derecho exclusivo de reproducción de que disfrutan los productores de fonogramas en virtud del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 a la vista de los derechos fundamentales garantizados por la Carta?

45 De conformidad con la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) mencionada en el punto 72 de las presentes conclusiones.

46 Véase la parte de las presentes conclusiones dedicada a la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial.

90. Los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, en la medida en que establecen un monopolio de sus titulares sobre bienes de carácter intelectual o artístico, como las obras, los fonogramas, etc., pueden restringir el ejercicio de determinados derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión y la libertad de las artes. Por otra parte, la propiedad intelectual también está protegida en sí como derecho fundamental de propiedad. Por consiguiente, procede ponderar estos derechos, entre los cuales ninguno es, en principio, superior a los otros.[47] En cuanto atañe a la normativa sobre derechos de autor, ella misma realiza ya esta ponderación al prever un cierto número de limitaciones y excepciones. Estas están dirigidas a garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, los derechos e intereses de los titulares de los derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor y, por otro, los demás intereses públicos y privados, incluido el de la protección de los derechos fundamentales.

91. La libertad de las artes, mencionada en el artículo 13, primera frase, de la Carta, es una forma de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 11 de la Carta. El sistema del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), no recoge esa libertad como derecho autónomo, sino que la libertad de las artes se deduce de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 de dicho Convenio.

92. La libertad de expresión, de la que emana la libertad de las artes, concierne primordialmente a la obtención y difusión de ideas e información y, por consiguiente, en lo que atañe a las artes, al contenido de las obras.[48] La censura de este contenido es lo que puede dar lugar en particular a una violación de la libertad de las artes.[49] Considero, en cambio, que la libertad de los artistas es mucho menos amplia en cuanto atañe a la obtención de los medios para su creación. Cada artista debe ajustarse a las condiciones de la vida en sociedad y del mercado en el que se desenvuelve. La libertad de las artes no libera al artista de las restricciones de la vida corriente. ¿Cabe concebir que un pintor pueda invocar su libertad de creación para no pagar sus pinturas y pinceles?[50][51]

93. Es cierto que, en géneros musicales como el hip hop o el rap, el «sampling» desempeña un papel particular, al constituir no solamente el medio de creación, sino también un proceso artístico en sí. No obstante, ello no puede constituir un argumento decisivo en el marco del debate jurídico, pues la interpretación de las normas jurídicas debe ser la misma para todos. Si se debiera considerar lícito el «sampling» de extractos de fonogramas realizado sin la autorización de los titulares de derechos, ello valdría tanto para los músicos pertenecientes a la cultura hip hop como para todos los demás.

94. Los artistas deben tener aún más en cuenta los límites y las restricciones que la vida plantea a la libertad de creación cuando tales límites y restricciones guardan relación con los derechos y libertades fundamentales de otras personas, en particular, con su derecho de propiedad, incluido el de propiedad intelectual. En tales casos, la ponderación de los diferentes derechos e intereses es un ejercicio particularmente complejo y rara vez existirá una solución única que obtenga respaldo general. Esta ponderación, en una sociedad democrática, debe ser realizada en primer lugar por el legislador, que

47 Véase, en este sentido, recientemente, la sentencia de 18 de octubre de 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841), apartado 44.

48 Según la fórmula empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10 [del CEDH], constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones primordiales para su progreso y para la realización de cada individuo. Sin perjuicio del apartado 2, se aplica no solo a la "información" o a las "ideas" acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte cualquiera de la población» (TEDH, sentencia de 25 de enero de 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

49 Véase TEDH, sentencia de 25 de enero de 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria (CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

50 Ciertamente, podría realizarse una apreciación diferente en caso de que se planteasen tales dificultades a un artista para impedirle crear, precisamente por razón del contenido de su obra [véase la película de A. Wajda, *Powidoki* (*Los últimos años del artista: Afterimage*), sobre el acoso al pintor polaco Władysław Strzemiński en la época estalinista]. No obstante, se trata de situaciones extremas.

51 A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «el artista y aquellos que promueven sus obras no escapan a las posibilidades de limitación que supone el apartado 2 del artículo 10 [del CEDH]. En efecto, quien hace uso de su libertad de expresión asume, según los propios términos de ese apartado, "deberes y responsabilidades"; su alcance dependerá de su situación y del método utilizado» (TEDH, sentencia de 25 de enero de 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

encarna la voluntad general. El legislador dispone aquí de un amplio margen de apreciación.[52] La aplicación de soluciones legislativas queda sujeta, a continuación, al control de los órganos jurisdiccionales que, a su vez, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales en el marco de esta aplicación a los casos concretos. No obstante, salvo casos excepcionales,[53] este control debe efectuarse normalmente respetando los límites de las disposiciones aplicables, que gozan de una presunción de validez, y en particular a la vista de los derechos fundamentales. Si solo se considerara compatible con los derechos fundamentales una única solución, el margen de apreciación del legislador sería inexistente.

95. Como ya he señalado, el derecho de autor de la Unión tiene en cuenta los diferentes derechos e intereses que podrían entrar en conflicto con los derechos exclusivos de los autores y otros titulares de derechos, en particular la libertad de las artes. Las excepciones a los derechos exclusivos, como las excepciones de cita o caricatura, parodia o pastiche, permiten el diálogo y la confrontación artística mediante referencias a obras preexistentes. En el marco de las normas en vigor, esta confrontación se puede efectuar, en particular, de las tres formas siguientes: en primer lugar, mediante la creación de obras que, aunque se inspiran en obras preexistentes, no toman directamente elementos protegidos de ellas; en segundo lugar, en el marco de las limitaciones y excepciones existentes a los derechos exclusivos y, por último, en tercer lugar, mediante la obtención de las autorizaciones necesarias.

96. En cambio, no creo que la libertad de las artes, tal como se halla consagrada en el artículo 13 de la Carta, exija que se introduzca o reconozca una excepción o una limitación similar a la prevista en el artículo 24 de la UrhG, que comprenda usos como los controvertidos en el asunto principal, en los que las obras o prestaciones protegidas son utilizadas no para interactuar con ellas, sino simplemente como materias para la creación de obras nuevas que no tienen ninguna relación con las obras anteriores. El hecho de tener que obtener una licencia para ese uso no restringe, a mi juicio, la libertad de las artes en una medida que rebase las restricciones normales del mercado, máxime cuando estas nuevas obras aportan a menudo a sus autores y productores ingresos no desdeñables. En cuanto atañe a la alegación según la cual, en ciertos casos, podría resultar imposible obtener una licencia, por ejemplo, debido a la negativa de los titulares de derechos, considero que la libertad de las artes no puede garantizar a cada uno la posibilidad de utilizar libremente todo cuanto quiera en su proceso creativo.

97. Tampoco considero que los intereses económicos de los productores de fonogramas, que son la justificación de sus derechos exclusivos, se limiten a obtener protección contra los usos comerciales y la piratería. En el Derecho de la Unión, es así en lo que respecta al derecho de distribución.[54] En cambio, el derecho de reproducción se concibe de forma amplia y comprende todas las formas posibles de explotación del fonograma. Por lo demás, parecería justo que el productor de un fonograma participase en los ingresos procedentes de la explotación de obras creadas mediante el uso de su fonograma. Es más, en la ponderación de los derechos fundamentales, han de tenerse en cuenta no solamente los derechos e intereses materiales de los productores de fonogramas, sino también los derechos de los intérpretes y de los autores, incluidos sus derechos morales. Pues bien, estos derechos, especialmente el derecho a la integridad de la obra, pueden oponerse legítimamente a una utilización de dicha obra, incluso cuando esta utilización esté comprendida en el ámbito de una excepción.[55]

98. La protección concedida a los productores de fonogramas, tanto en el Derecho de la Unión como en el Derecho internacional, puede considerarse desmesurada, en la medida en que es igual a la de los autores (en cuanto atañe a los derechos materiales). No excluyo que la ponderación de los diversos derechos e intereses efectuada por el legislador de la Unión pueda conducir en el futuro a la introducción de una excepción a los derechos exclusivos de los autores y otros titulares de derechos

52 Véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 10 de enero de 2013, Ashby Donald y otros c. Francia (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), § 40.

53 Véase, por ejemplo, el asunto C-469/17, Funke Medien NRW, en el cual presenté mis conclusiones el 25 de octubre de 2018 (EU:C:2018:870).

54 Véase la parte de las presentes conclusiones dedicada a la respuesta a la segunda cuestión prejudicial.

55 Véase, en este sentido, la sentencia de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartados 27 a 31.

para usos como el «sampling». Ahora bien, esa no es tarea del juez. En el control jurisdiccional de la aplicación de las disposiciones en vigor, los derechos fundamentales desempeñan un papel distinto: es una suerte de *ultima ratio*, que solo puede justificar apartarse del texto de las disposiciones pertinentes en caso de violación flagrante del contenido esencial de un derecho fundamental.[56] Pues bien, tal no es el caso, en mi opinión, en cuanto atañe a la situación del «sampling» en el derecho de autor de la Unión.

99. Por consiguiente, propongo que se responda a la sexta cuestión prejudicial que el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir, en virtud del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29, la reproducción parcial de sus fonogramas para su uso con fines de «sampling» no es contrario a la libertad de las artes tal como se halla consagrada en el artículo 13 de la Carta.

Conclusión

100. A la vista de cuanto precede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) del modo siguiente:

«1) El artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que la toma de un extracto de un fonograma para utilizarlo en otro fonograma («sampling») constituye una injerencia en el derecho exclusivo del productor del primer fonograma a autorizar o prohibir una reproducción de su fonograma en el sentido de esta disposición cuando ello se realiza sin la autorización de este último.

2) El artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que un fonograma que contiene extractos transferidos desde otro fonograma («samples») no constituye una copia de este otro fonograma en el sentido de esta disposición.

3) El artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se aplique a los fonogramas una disposición de Derecho interno de un Estado miembro, como el artículo 24, apartado 1, de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Ley relativa a los derechos de autor y a los derechos afines a los derechos de autor), de 9 de septiembre de 1965, según la cual puede crearse una obra independiente utilizando libremente otra obra sin la autorización del autor de esta última, por cuanto excede del marco de las excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos previstas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de esta Directiva

4) La excepción de cita prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 no es aplicable en una situación en la que un extracto de un fonograma se ha insertado en otro fonograma sin voluntad aparente de interactuar con el primer fonograma y de un modo no distinguible del resto de este segundo fonograma.

5) Los Estados miembros están obligados a garantizar en su Derecho interno la protección de los derechos exclusivos establecidos en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, que solo pueden restringirse en el marco de la aplicación de las excepciones y limitaciones previstas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva. En cambio, los Estados miembros siguen siendo libres para elegir los medios que consideren oportunos para cumplir esa obligación.

56 Véase, en este sentido, recientemente, la sentencia de 18 de octubre de 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841), apartado 46.

6) El derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir, en virtud del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29, la reproducción parcial de sus fonogramas para su uso con fines de «sampling» no es contrario a la libertad de las artes tal como se halla consagrada en el artículo 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»