Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 12. prosinca 2018.[1]

Predmet C-476/17

Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
protiv
Ralfa Hüttera,
Floriana Schneider-Eslebena

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Autorsko pravo i srodna prava – Pravo reproduciranja – Reproduciranje minimalnih dijelova fonograma (*sampliranje*) – Slobodno korištenje djela – Uzimanje u obzir temeljnih prava iz Povelje Europske unije o temeljnim pravima"

Uvod

1. *Sampliranje* (preuzimanje uzoraka) jest tehnika koja uključuje preuzimanje s pomoću elektroničke opreme dijelova (*samplova* ili uzoraka, otkuda dolazi naziv tehnike) fonograma kako bi ih se upotrijebilo kao elemente nove kompozicije u drugom fonogramu. Prilikom njihove ponove uporabe ti su dijelovi miksani, izmijenjeni te se ponavljaju u petlji, tako da su više ili manje prepoznatljivi u novom djelu. Valja napomenuti i da može biti riječ o dijelovima različitih duljina, koji traju manje od jedne sekunde do nekoliko desetaka sekundi. *Sampliranje* je stoga višestruki fenomen, čime se naravno ne olakšava njegova pravna kvalifikacija[2].

2. Iako je pojava u okviru koje skladatelji koriste motive iz prethodnih djela vjerojatno stara jednako kao i sama glazba, *sampliranje* je novi fenomen, koji su učinile mogućim suvremene metode snimanja i mijenjanja zvukova koje su najprije bile analogne, a zatim digitalne. Naime, za razliku od ponavljanja dijela drugog glazbenog djela u kompoziciji novog djela, ideja *sampliranja* jest izravno preuzimanje zvukova fonograma, odnosno djelo koje je izvedeno i zabilježeno kako bi ih se uključilo u fonogram koji sadržava novo djelo. Stoga je *sampliranje* fenomen svojstven stvarnosti glazbe zabilježene u obliku fonograma. Drugim riječima, kopiranje fragmenata iz zapisa glazbenog djela kako bi ih se uključilo u zapis novog djela i zatim izvođenje tog zapisa nije *sampliranje*.

1 Izvorni jezik: francuski

2 Vidjeti osobito Piesiewicz, P., „Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne ‚samplingu')", *Państwo i prawo*, br. 3/2006.

3. Iako se *sampliranje* može koristiti u bilo kojem glazbenom žanru, iznimno je raširen u hip-hopu i rapu, koji su se pojavili u sedamdesetim godinama 20. stoljeća u poznatim četvrtima New Yorka (Sjedinjene Američke Države)[3]. Ta je glazba proizašla iz praksi disk-džokeja (eng. *disc jockeys*) koji su nizali, mijenjali i miksali zvukove iz glazbenih naslova zabilježenih na vinilnim pločama. Iz te su prakse proizašle prave vlastite novoizvedene kompozicije. Stoga je *sampliranje* osnova tih glazbenih žanrova. Određena djela mogu čak činiti samo pomiješani *samplovi*.

4. Neovisno o važnosti njegove uloge u tom novom glazbenom stvaralaštvu, *sampliranje* je pravi pravni problem, osobito od trenutka u kojem je hip-hop napustio ulice Bronxa te ušao u *mainstream* i postao izvor nezanemarivih prihoda za autore, izvođače i producente. Poteškoća u pravnoj ocjeni tog fenomena proizlazi iz činjenice da ovdje nije riječ o odnosu jednog djela naspram drugog, koje je uobičajeno u autorskom pravu, nego o fonogramu, koji je komercijalni proizvod, naspram djela, koje je umjetničko stvaralaštvo. Korištenjem *sampliranja*, umjetnik ne samo da se nadahnjuje stvaralaštvom drugih, nego prisvaja i rezultat truda i uredničkog ulaganja koje predstavlja fonogram. Ta konfiguracija, koja je potpuno nova za autorska prava[4], uključuje čimbenike kao što su srodna prava proizvođača fonograma, s jedne strane, i stvaralačke slobode „osoba koje *sampliraju*", s druge strane.

5. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku, na temelju kojeg se ponovno razmatra problem *sampliranja* s obzirom na pravo Unije, završetak je duge nacionalne sudske sage[5] u kojoj su već odlučila dva najviša njemačka suda. Sada se Sud poziva da preuzme riječ u toj raspravi u kojoj se sukobljavaju „postmodernistička" umjetnička sloboda i dobro poznato pravo vlasništva.

Pravni okvir

Pravo Unije

6. Članak 2. točka (c) Direktive 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu[6] određuje:

„Države članice moraju predvidjeti isključivo pravo davanja ovlaštenja ili zabrane za izravno ili neizravno, privremeno ili trajno reproduciranje bilo kojim sredstvima i u bilo kojem obliku, u cijelosti ili u dijelovima:

[…]

(c) proizvođačima fonograma, njihovih fonograma;

[…]".

7. Na temelju članka 5. stavka 3. točaka (d), (k) i (o) i članka 5. stavka 5. te direktive:

„3. Države članice mogu predvidjeti iznimke ili ograničenja prava navedenih u člancima 2. i 3. u sljedećim slučajevima:

[…]

3 Za povijest hip-hopa i rapa, vidjeti 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., sv. 21., br. 4, str. 843.

4 Iako jedan od prvih predmeta koji se odnosio na *sampliranje*, Grand Upright Music, Ltd protiv Warner Bros. Records Inc., koji se vodio pred United States District Court for the Southern District of New York (Okružni sud Sjedinjenih Američkih Država za južni okrug New Yorka, Sjedinjene Američke Države), datira iz 1991.

5 Zahtjev kojim je pokrenut glavni postupak u prvom stupnju podnesen je 8. ožujka 1999.

6 SL 2001., L 167, str. 10. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 119.)

(d) doslovno navođenje u svrhe kao što je kritika ili osvrt, uz uvjet da se oni odnose na djelo ili na drugi predmet zaštite koji je već zakonito stavljen na raspolaganje javnosti, da je, osim ako to nije moguće, naveden izvor, uključujući ime autora, i da je njihovo korištenje u skladu s poštenom praksom, i u mjeri opravdanoj svrhom koja se želi postići;

[…]

(k) korištenje radi karikature, parodije ili pastiša;

[…]

(o) korištenje u određenim drugim slučajevima od manje važnosti kada iznimke i ograničenja već postoje u nacionalnom pravu, uz uvjet da se oni odnose samo na analogno korištenje i da ne utječu na slobodan protok roba i usluga unutar zajednice, ne dovodeći u pitanje druge iznimke i ograničenja sadržana u ovom članku.

[…]

5. „Iznimke i ograničenja predviđeni stavcima 1., 2., 3. i 4. primjenjuju se samo u određenim posebnim slučajevima koji nisu u sukobu s uobičajenim iskorištavanjem djela ili drugog predmeta zaštite i koji bezrazložno ne dovode u pitanje zakonite interese nositelja prava."

8. Članak 9. stavak 1. točka (b) Direktive 2006/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o pravu iznajmljivanja i pravu posudbe te o određenim autorskom pravu srodnim pravima u području intelektualnog vlasništva[7] određuje:

„1. Države članice moraju predvidjeti isključivo pravo stavljanja na raspolaganje javnosti predmeta navedenih u točkama od (a) do (d), uključujući njihove umnožene primjerke, prodajom ili na neki drugi način, dalje u tekstu ‚pravo distribucije':

[…]

(b) proizvođačima fonograma, u vezi s njihovim fonogramima;

[…]".

9. Na temelju članka 10. stavka 2. prvog podstavka te direktive:

„2. Bez obzira na stavak 1., svaka država članica može u vezi sa zaštitom umjetnika izvođača, proizvođača fonograma, organizacija za radiodifuziju i producenata prve fiksacije filma, predvidjeti istu vrstu ograničenja kakvu predviđa u vezi sa zaštitom autorskog prava na književnim i umjetničkim djelima."

Njemačko pravo

10. Direktive 2001/29 i 2006/115 prenesene su u njemačko pravo Gesetzom über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetzom (Zakon o autorskom i srodnim pravima) od 9. rujna 1965. (u daljnjem tekstu: UrhG). Prava proizvođača fonograma zaštićena su na temelju članka 85. stavka 1. tog zakona.

7 SL 2006., L 376, str. 28. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 218.)

11. Članak 24. UrhG-a sadržava opću iznimku od autorskog prava koja glasi:

„1. Samostalno djelo koje je stvoreno slobodnim korištenjem drugog djela može se objaviti i koristiti bez dopuštenja autora korištenog djela.

2. Stavak 1. ne primjenjuje se na korištenje glazbenog djela u kojem je melodija na prepoznatljiv način preuzeta iz djela koje je poslužilo kao osnova novog djela.

Činjenice, postupak i prethodna pitanja

12. Ralf Hütter i Florian Schneider-Esleben, tužitelji u prvostupanjskom postupku i druge stranke u postupku revizije u glavnom postupku (u daljnjem tekstu: druge stranke u postupku revizije), članovi su glazbene grupe Kraftwerk. Kraftwerk je 1977. objavio fonogram koji sadržava djelo naslovljeno *Metall auf Metall*. Druge stranke u postupku revizije producenti su navedenog fonograma, ali i umjetnici koji izvode predmetno djelo te je R. Hütter i njegov autor (skladatelj).

13. Pelham GmbH, društvo uređeno njemačkim pravom, tuženik u prvostupanjskom postupku i revident u glavnom postupku, producent je fonograma koji sadržava djelo naslovljeno *Nur mir*, u izvedbi, među ostalim, pjevačice Sabrine Setlur. Moses Pelham i Martin Haas, također tuženici u prvostupanjskom postupku i revidenti u glavnom postupku, autori su navedenog djela.

14. Druge stranke u postupku revizije tvrde da su Pelham, kao i M. Pelham i M. Haas (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: revidenti) uz pomoć tehnike *sampliranja* kopirali otprilike dvije sekunde ritamske sekvence iz naslova *Metall auf Metall* te da su je u obliku uzastopnih ponavljanja unijeli u naslov *Nur mir*. Smatraju da su revidenti povrijedili srodno pravo kojeg su nositelji kao producenti predmetnog fonograma. Podredno, druge stranke u postupku revizije pozivaju se na pravo intelektualnog vlasništva kojeg su nositelji kao izvođači, te na povredu autorskog prava R. Hüttera nad glazbenim djelom. Još podrednije, druge stranke u postupku revizije pozivaju se na povredu zakonodavstva u području tržišnog natjecanja. Postupak pred sudom koji je uputio zahtjev ipak se odnosi samo na prava drugih stranaka u postupku revizije u svojstvu producenata fonograma.

15. Druge stranke u postupku revizije zatražile su prekid povrede, naknadu štete, prijenos podataka i predaju fonograma kako bi ih se uništilo. Prvostupanjski sud prihvatio je tužbu i odbijena je žalba koju su podnijeli revidenti. Nakon zahtjeva za reviziju revidenata, sud koji je uputio zahtjev ukinuo je presudu žalbenog suda presudom od 20. studenoga 2008. te je predmet upućen žalbenom sudu na ponovno odlučivanje. Žalbeni sud ponovno je odbio žalbu koju su podnijeli revidenti. Nakon novog zahtjeva za reviziju revidenata, sud koji je uputio zahtjev odbio je taj zahtjev za reviziju presudom od 13. prosinca 2012. Tu je presudu ukinuo Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud, Njemačka) [8], koji je uputio predmet na ponovno odlučivanje sudu koji je uputio zahtjev.

16. U tim je okolnostima Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Postoji li zadiranje u isključivo pravo proizvođača fonograma na reproduciranje njegova fonograma iz članka 2. točke (c) Direktive [2001/29] ako je iz njegova fonograma preuzeta najmanja zvučna dionica i prenesena na drugi fonogram?

2. Je li kod fonograma, koji sadržava najmanju zvučnu dionicu prenesenu iz drugog fonograma, riječ o umnoženom primjerku drugog fonograma u smislu članka 9. stavka 1. točke (b) Direktive [2006/115]?

8 Presuda od 31. svibnja 2016., 1 BvR 1585/13

3. Mogu li države članice predvidjeti odredbu, koja, kao i odredba članka 24. stavka 1. [UrhG-a], pojašnjava da je područje zaštite isključivog prava proizvođača fonograma na reproduciranje (članak 2. točka (c) Direktive 2001/29) i distribuciju (članak 9. stavak 1. točka (b) Direktive 2006/115) njegova fonograma bitno ograničeno na način da se samostalno autorsko djelo, koje je stvoreno slobodnim korištenjem njegova fonograma, smije iskorištavati bez njegova pristanka?

4. Koristi li se djelo ili drugi predmet zaštite u smislu članka 5. stavka 3. točke (d) Direktive [2001/29] u svrhe doslovnog navođenja ako se ne može razaznati da se koristi djelo treće osobe ili predmet zaštite treće osobe?

5. Je li na temelju odredbi prava Unije o pravu reproduciranja i pravu distribucije proizvođača fonograma (članak 2. točka (c) Direktive 2001/29 i članak 9. stavak 1. točka (b) Direktive 2006/115) i iznimkama ili ograničenjima tih prava (članak 5. stavci 2. i 3. Direktive 2001/29 i članak 10. stavak 2. prva rečenica Direktive 2006/115) u nacionalnom pravu ostavljena margina prosudbe za njihovo prenošenje?

6. Na koji način treba prilikom određivanja opsega zaštite isključivog prava proizvođača fonograma na reproduciranje (članak 2. točka (c) Direktive 2001/29) i distribuciju (članak 9. stavak 1. točka (b) Direktive 2006/115) njegova fonograma te dosega iznimaka ili ograničenja tih prava (članak 5. stavci 2. i 3. Direktive 2001/29 i članak 10. stavak 2. prva rečenica Direktive 2006/115) uzeti u obzir temeljna prava iz Povelje Europske unije o temeljnim pravima [u daljnjem tekstu: Povelja]?"

17. Zahtjev za prethodnu odluku Sud je zaprimio 4. kolovoza 2017. Pisana očitovanja podnijeli su tužitelji u glavnom postupku, njemačka i francuska vlada, vlada Ujedinjene Kraljevina te Europska komisija. Iste su stranke bile zastupane na raspravi održanoj 3. srpnja 2018.

Analiza

18. U ovom je predmetu Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) uputio Sudu niz prethodnih pitanja koja se odnose na tumačenje prava Unije u području autorskog i srodnih prava, kao i u području temeljnih prava, u okolnostima kao što su one u glavnom postupku. Analizirat ću ta pitanja redom kojim su upućena.

Prvo prethodno pitanje

19. Prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 2. točku (c) Direktive 2001/29 tumačiti na način da preuzimanje dijela fonograma kako bi ga se koristilo u drugom fonogramu (*sampliranje*) povređuje isključivo pravo proizvođača prvog fonograma da dopusti ili zabrani reproduciranje njegova fonograma u smislu te odredbe ako je reproduciranje izvršeno bez dopuštenja potonjeg proizvođača.

20. Zainteresirane stranke koje su podnijele očitovanja u ovom predmetu iznose različita stajališta o tom pitanju. Dok druge stranke u postupku revizije, kao i francuska vlada predlažu da se na to pitanje odgovori potvrdno, revidenti, druge vlade i Komisija predlažu da se na njega ipak odgovori negativno. Čini mi se da je prije analize različitih istaknutih argumenata korisno ispitati jedno uvodno pitanje.

Uvodne napomene – Vremensko područje primjene Direktive 2001/29

21. Sud koji je uputio zahtjev napominje da se člankom 10. Direktive 2001/29 ograničava njezino vremensko područje primjene na radnje obavljene nakon 22. prosinca 2002., dok je fonogram u glavnom postupku, koji sadržava djelo naslovljeno *Nur mir*, nastao 1997.

22. Međutim, valja napomenuti da se, u skladu s člankom 10. stavkom 1. Direktive 2001/29, ta direktiva primjenjuje na sva djela i druge predmete zaštite koji su 22. prosinca 2002. bili zaštićeni pravom države članice, što je slučaj fonograma koji pripada drugim strankama u postupku revizije.

23. Točno je da se, u skladu s člankom 10. stavkom 2. Direktive 2001/29, ta direktiva primjenjuje ne dovodeći u pitanje radnju obavljenu i prava stečena prije tog datuma. Također je točno da je Sud na temelju te odredbe odlučio da na korištenje djela i drugih predmeta zaštite koje je završeno prije navedenog datuma ne utječe ta direktiva[9]. Međutim, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, fonogram o kojem je riječ u glavnom postupku korišten je i nakon 22. prosinca 2002. Stoga je Direktiva 2001/29 primjenjiva na te radnje.

24. Nakon što sam pojasnio to pitanje, sada ću provesti analizu merituma prvog prethodnog pitanja.

Analiza merituma

25. Stranke u glavnom postupku slažu se da su revidenti preuzeli dio od otprilike dvije sekunde ritamske sekvence fonograma djela *Metall auf Metall* te su ga unijeli, ponavljali u petlji, uz minimalne izmjene i na prepoznatljiv način, kao ritamsku sekvencu u fonogramu djela *Nur mir*[10].

26. Prema mojem je mišljenju jasno da je takva radnja reproduciranje u smislu članka 2. Direktive 2001/29, uzimajući u obzir da se ta odredba, podsjećam, odnosi na svako „izravno ili neizravno, privremeno ili trajno reproduciranje bilo kojim sredstvima i u bilo kojem obliku, u cijelosti ili u dijelovima" predmeta zaštite. U slučaju *sampliranja*, riječ je (najčešće) o izravnom, trajnom reproduciranju digitalnim sredstvima i u digitalnom obliku dijela fonograma. Stoga se čini dosta jasno da se tom radnjom povređuje predmetno pravo proizvođača fonograma da dopusti ili zabrani takvo reproduciranje provedeno bez njegova dopuštenja.

27. Međutim, revidenti u glavnom postupku, određene vlade koje su podnijele očitovanja i Komisija ističu cijeli niz argumenata kako bi se dokazalo da navedena prava proizvođača treba ograničiti tako da reproduciranje kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku nije obuhvaćeno tim isključivim pravom.

– *Minimalni prag*

28. Te zainteresirane stranke utvrđuju, kao prvo, sličnost sa sudskom praksom Suda koja se odnosi na zaštitu dijelova djela koja je pokrivena autorskim pravom. Naime, sud je odlučio da se zaštita autorskim pravom odnosi na djela kao izraz intelektualnog stvaralaštva njihovih autora. Stoga, dijelovi djela mogu se zaštititi autorskim pravom pod uvjetom da sadržavaju određene elemente koji su izraz intelektualnog stvaralaštva svojstvenog autoru tog djela[11]. Budući da pravo proizvođača fonograma ne štiti intelektualno stvaralaštvo, nego financijsko ulaganje, određene zainteresirane stranke u ovom predmetu tvrde da se tim pravom mogu zaštititi samo dijelovi fonograma čije je trajanje dovoljno dugo kako bi mogli predstavljati to ulaganje. Slijedom toga, preuzimanje vrlo kratkih dijelova u slučaju *sampliranja* ne utječe negativno na financijske interese proizvođača fonograma te stoga nije obuhvaćeno njihovim isključivim pravom. Stoga, prema mišljenju nekih od njih, zaštita prava proizvođača fonograma uvjetovana je minimalnim pragom, kao i zaštita autorskih prava.

9 Vidjeti u tom smislu presudu od 27. lipnja 2013., VG Wort i dr. (C-457/11 do C-460/11, EU:C:2013:426, točka 1. izreke).

10 Važno je napomenuti da postoje različite verzije potonjeg naslova. Ovdje upućujem na osnovnu verziju, naslovljenu samo *Nur mir*.

11 Presuda od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 39. i točka 1. izreke)

29. Čini mi se da se to rasuđivanje temelji na pogrešnom tumačenju gore navedene sudske prakse Suda. Što se tiče presude Infopaq International, Sud je utvrdio da su se književna djela o kojima je riječ u tom predmetu sastojala od riječi koje, kad ih se razmatra zasebno, nisu obuhvaćene zaštitom autorskim pravom. Samo je njihov izvorni redoslijed bio zaštićen kao intelektualno stvaralaštvo autora djela [12]. To je utvrđenje očito: autor književnog djela ne može prisvojiti riječi ili uvriježene izraze, baš kao što ni skladatelj ne može tražiti isključivo pravo na note ili slikar pravo na boje. Međutim, to ni na koji način ne odražava priznavanje minimalnog praga u zaštiti djela autorskim pravom, nego je samo rezultat definicije djela, u smislu autorskog prava, kao intelektualnog stvaralaštva njegova autora. Iako je Sud u toj presudi odlučio da reproduciranje ulomka koji je ograničen na samo jedanaest riječi novinskog članka može biti obuhvaćeno isključivim pravom navedenim u članku 2. Direktive 2001/29 [13], ipak je teško u njoj vidjeti priznavanje bilo kakvog minimalnog praga.

30. Rasuđivanje Suda u pogledu ulomaka djela ne može se ipak primijeniti u pogledu fonograma. Naime, fonogram nije intelektualno stvaralaštvo koje se sastoji od elemenata kao što su riječi, zvukovi, boje itd. Fonogram je fiksiranje zvukova koje je zaštićeno ne zbog redoslijeda tih zvukova, nego zbog tog fiksiranja. Slijedom toga, ako je u slučaju djela moguće razlikovati elemente koji se ne mogu zaštititi, kao što su riječi, zvukovi, boje itd., i predmet koji se može zaštititi u obliku izvornog redoslijeda tih elemenata, takvo razlikovanje ipak nije moguće u slučaju fonograma. Fonogram se ne sastoji od malih dijelova koji se ne mogu zaštititi: on je zaštićen kao nedjeljiva cjelina. Osim toga, u slučaju fonograma ne postoji nikakav zahtjev originalnosti jer fonogram, za razliku od djela, nije zaštićen zbog njegove kreativne prirode, nego zbog financijskog i organizacijskog ulaganja. Drugim riječima, autor ne može monopolizirati zvuk ili riječ zato što su uključeni u djelo. Suprotno tomu, od trenutka u kojem su zabilježeni, isti zvuk koji izvodi glazbenik ili ista riječ koja se čita naglas čine fonogram koji je zaštićen pravom srodnim autorskom pravu. Reproduciranje takvog zapisa obuhvaćeno je stoga isključivim pravom producenta tog fonograma. Međutim, svatko slobodno može sam reproducirati isti zvuk.

31. Točno je da je slična ideja o minimalnim pragovima nastala u sudskoj praksi sudova Sjedinjenih Američkih Država u pogledu *sampliranja* [14]. Međutim, to se pravno okruženje iznimno razlikuje od pravnog okruženja kontinentalne Europe i prava Unije. Naime, fonogrami su u američkom pravu zaštićeni *copyrightom* na isti način kao djela i drugi predmeti. Stoga se zahtijeva da imaju minimalnu razinu originalnosti. Postojanje minimalnog praga uvelike se priznaje za sve te predmete zaštićene od XIX. stoljeća te je taj prag jedan od kriterija ocjene za primjenu opće iznimke *fair use* [15]. Rasuđivanje američkih sudova stoga se, prema mojem mišljenju, može prenijeti u pravo Unije.

32. Osim toga, čini mi se da minimalni prag dovodi do ozbiljnih praktičnih problema u primjeni. Najprije valja utvrditi prag. Treba li prag biti samo kvantitativan (trajanje reproduciranog dijela) ili pak i kvalitativan (važnost dijela za predmetno djelo)? Osim toga, treba li taj prag mjeriti u odnosu na izvorni fonogram, ciljno djelo ili oboje? Kao primjer mogu se uzeti fonogrami iz glavnog postupka, uzimajući u obzir da je dio koji je revident preuzeo dugačak otprilike dvije sekunde. Stoga bi se *a priori* činilo da je obuhvaćen minimalnim pragom, kao što tvrde neke zainteresirane stranke u ovom predmetu. Međutim, valja napomenuti da predmetni fonogrami sadržavaju djela koja pripadaju dvama glazbenim žanrovima, odnosno elektroničkoj glazbi u slučaju naslova *Metall auf Metall* i rapu u slučaju naslova *Nur mir*, u kojima ritam ima ključnu ulogu za kompoziciju djela. Međutim, time što su kopirali ritamsku sekciju iz naslova *Metall auf Metall* i unijeli je u naslov *Nur mir*, ponavljajući je u petlji, revidenti su *de facto* preuzeli znatan dio prvog fonograma te od njega učinili cijelu ritamsku sekciju

12 Presuda od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 44. do 46.)

13 Presuda od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 1. izreke).

14 Vidjeti osobito presudu United States Court of Appeals, 9th Circuit (Prizivni sud Sjedinjenih Američkih Država, deveti okrug, Sjedinjene Američke Države) od 2. lipnja 2016., VMG Salsoul, LLC protiv Cicconea.

15 Vidjeti članak 107. Copyright Law of the United States (Zakon Sjedinjenih Američkih Država o autorskim pravima).

svojeg djela[16]. U skladu s kvalitativnim pristupom, time se nedvojbeno prelazi bilo kakav minimalni prag. Kako bi se to utvrdilo, dovoljno je izuzeti iz dva fonograma predmetnu ritamsku sekvencu te poslušati preostali dio. Primjena minimalnog praga stoga bi neizbježno dovela do razlika između nacionalnih sudskih praksi te bi ugrozila glavni cilj Direktive 2001/29, odnosno usklađivanje autorskog prava država članica.

33. Naposljetku, prema mojem je mišljenju pogrešno ograničiti legitimne financijske interese proizvođača fonograma na zaštitu protiv piratstva, odnosno protiv distribucije ili priopćavanja javnosti njihovih fonograma kao takvih. Naime, ti proizvođači mogu koristiti fonograme na druge načine osim prodajom primjeraka, osobito dopuštanjem *sampliranja*, te iz toga ostvarivati prihode. Činjenica da se pravom tih proizvođača na njihove fonograme mogu zaštititi njihova financijska ulaganja ne protivi se tome da to pravo pokriva i korištenja kao što je *sampliranje*. K tomu, iako je zakonodavac odabrao dati proizvođačima, kao instrument zaštite njihovih financijskih interesa, isključivo pravo da dopuste ili zabrane svako reproduciranje njihovih fonograma, uključujući djelomično, ne čini mi se logičnim dovoditi taj odabir u pitanje pod izgovorom da takvo pravo ne odgovara cilju koji se nastoji postići.

– *Razina zaštite jednaka razini zaštite djelâ*

34. Kao drugo, neke zainteresirane stranke koje su podnijele očitovanja u ovom predmetu tvrde, pri čemu ponovno upućuju na presudu Infopaq International[17], da proizvođači fonograma ne mogu dobiti veću zaštitu od one koja se dodjeljuje autorima. Smatram da taj argument nije uvjerljiv i to iz dva razloga.

35. S jedne strane, poput argumenta koji se odnose na minimalni prag, taj se argument, prema mojem mišljenju, temelji na pogrešnom shvaćanju dosega gore navedene presude. U toj je presudi Sud definirao pojam „djelo" u smislu autorskog prava Unije, pri čemu je smatrao da djelo čini intelektualno stvaralaštvo svojstveno autoru. Isti kriterij zaštite treba primijeniti na dijelove djela, pri čemu se isključuje zaštita elemenata djela koji očito trebaju ostati javno dobro, kao što su zasebne riječi ili uvriježeni izrazi. Stoga ni na koji način nije riječ o ograničavanju zaštite, nego o definiciji njezina predmeta. Što se tiče fonograma, činjenica da je predmet zaštite drukčiji ne znači da zaštita nadilazi zaštitu predviđenu za djela. Djela i fonogrami zaštićeni su u cijelosti.

36. S druge strane, pravo na zaštitu fonograma jest pravo koje postoji te se ostvaruje potpuno neovisno o zaštiti djela koje eventualno sadržava taj fonogram. Naime, iako većina fonograma sadržava fiksacije izvedbi djela zaštićenih autorskim pravom, mogu ipak postojati i druge situacije. Na primjer, fonogram može sadržavati fiksaciju izvedbe djela čija je zaštita istekla ili pak zvukova koji uopće nisu djelo, kao što su zvukovi iz prirode. Takav je fonogram predmet potpune zaštite. To je uostalom potvrđeno definicijom fonograma sadržanom u Ugovoru o izvedbama i fonogramima Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (WIPO)[18], u čijem se članku 2. točki (b) propisuje da je fonogram „fiksiranje zvukova izvedbe ili drugih zvukova". Iako su prava proizvođača fonograma prava srodna autorskom pravu, ona zato nisu izvedena prava. Područje primjene zaštite fonograma stoga uopće nije uvjetovano područjem primjene zaštite djela koje može sadržavati.

16 Do istog je utvrđenja, na temelju informacija sadržanih u zahtjevu za prethodnu odluku, došao žalbeni sud u glavnom postupku, prema kojem je sporni dio „glavni dio" naslova *Metall auf Metall* te se kontinuirano pojavljuje u naslovu *Nur mir*.

17 Presuda od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465)

18 Ugovor WIPO-a o izvedbama i fonogramima, potpisan u Ženevi 20. prosinca 1996., koji je stupio na snagu 20. svibnja 2002., kojem je pristupila Europska unija na temelju Odluke Vijeća 2000/278/EZ od 16. ožujka 2000. o odobrenju, u ime Zajednice, Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo i Ugovora o izvedbama i fonogramima Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (SL 2000., L 89, str. 6.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 103., str. 76.). U skladu s uvodnom izjavom 15. Direktive 2001/29, ta direktiva k tomu ima za cilj provedbu tog ugovora.

– *Usporedba sa zaštitom prava proizvođača baza podataka*

37. Kao treće, neke zainteresirane osobe uspoređuju zaštitu fonograma i zaštitu baza podataka. Naime, člankom 7. stavkom 1. Direktive 96/9/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 1996. o pravnoj zaštiti baza podataka[19] predviđa se za proizvođača baze podataka pravo *sui generis* sprečavanja „izvlačenja i/ili ponovnog korištenja cjelokupnoga ili znatnog dijela" te baze podataka. Doista, prema mišljenju tih zainteresiranih stranaka, situacija proizvođača fonograma slična je situaciji proizvođača baze podataka jer se u oba slučaja pravom koje im je dodijeljeno može zaštititi njihovo financijsko ulaganje. Slijedom toga, zaštita proizvođača fonograma također treba biti ograničena na reproduciranje znatnog dijela fonograma.

38. Slažem se ipak više s argumentom koji su o tom pitanju iznijeli revidenti, prema kojem u ovom slučaju valja utvrditi *a contrario* tumačenje Direktive 2001/29. Naime, ta direktiva ne sadržava nijedno upućivanje na zaštitu znatnog dijela fonograma. Upravo suprotno, proizvođač fonograma zaštićen je protiv nedopuštenog reproduciranja „u cijelosti ili djelomično" tog fonograma, kao i autor djela (i uostalom autor baze podataka u skladu s člankom 5. točkom (a) Direktive 96/9). Stoga, doslovno tumačenje direktiva 96/9 i 2001/29, prema mojem mišljenju, već isključuje svaku mogućnost usporedbe između dosega zaštite proizvođača baze podataka i dosega zaštite proizvođača fonograma.

– *Zaštita cijelog fonograma*

39. Kao četvrto, ne mogu prihvatiti ni argument koji je istaknula Komisija, prema kojem članak 11. Ugovora o izvedbama i fonogramima WIPO-a predviđa zaštitu od nedopuštenog reproduciranja cijelog fonograma[20]. Naime, u članku 11. tog ugovora preuzima se tekst članka 10. Konvencije iz Rima[21]. Međutim, u skladu s vodičem o tumačenju te konvencije koji je izradio WIPO[22], na diplomatskoj konferencije na kojoj je donesen tekst, smatralo se da, „s obzirom na to da zaštita od reproduciranja nije ograničena, treba je tumačiti kao da uključuje zaštitu od djelomičnog reproduciranja fonograma"[23]. Stoga, članak 11. gore navedenog ugovora WIPO-a treba tumačiti na isti način. U članku 2. Direktive 2001/29 uostalom se izričito navodi reproduciranje fonograma „u dijelovima".

40. Stoga predlažem da se na prvo prethodno pitanje odgovori da članak 2. točku (c) Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da preuzimanje dijela fonograma kako bi ga se koristilo u drugom fonogramu (*sampliranje*) povređuje isključivo pravo proizvođača prvog fonograma da dopusti ili zabrani reproduciranje njegova fonograma u smislu te odredbe ako je ono izvršeno bez dopuštenja potonje osobe.

Drugo prethodno pitanje

41. Svojim drugim prethodnim pitanje sud koji je uputio zahtjev pita treba li članak 9. stavak 1. točku (b) Direktive 2006/115 tumačiti na način da fonogram koji sadržava dijelove preuzete iz drugog fonograma (*samplovi*) čini umnoženi primjerak tog fonograma u smislu te odredbe.

19 SL 1996., L 77, str. 20. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 24., str. 36.)

20 Ta odredba propisuje da „[p]roizvođači fonograma uživaju isključivo pravo davanja dopuštenja za neposredno ili posredno umnožavanje njihovih fonograma, na bilo koji način i u bilo kojem obliku".

21 Konvencija za zaštitu umjetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju, potpisana u Rimu 26. listopada 1961.

22 Vodič o ugovorima o autorskom pravu i srodnim pravima koje sklapa WIPO, WIPO, Ženeva, 2003.

23 *Ibid*., str. 154.

42. Čini se da zainteresirane osobe koje su podnijele očitovanja u ovom predmetu, osim francuske vlade, zajedno analiziraju prvo i drugo prethodno pitanje te većinom jednako odgovaraju na njih (iako se ti odgovori razlikuju od jedne do druge zainteresirane stranke). Međutim, smatram, poput francuske vlade, da članak 9. stavak 1. točku (b) Direktive 2006/115 treba tumačiti u vezi s njezinim ciljem i neovisno o Direktivi 2001/29.

43. Člankom 9. Direktive 2006/115 uspostavlja se pravo distribucije osobito u korist proizvođača. To se pravo odnosi na stavljanje na raspolaganje javnosti primjeraka (umnoženih primjeraka) predmeta zaštite, među ostalim fonograma, prodajom ili na neki drugi način.

44. Na međunarodnoj razini, to se pravo priznaje na temelju Ženevske konvencije[24]. Unija nije stranka te konvencije, ali jesu 22 države članice. Navedena konvencija također se vjerojatno navodi u uvodnoj izjavi 7. Direktive 2006/115 među „međunarodnim konvencijama na kojima se temelje zakoni o autorskom pravu i srodnim pravima mnogih država članica", čije poštovanje treba osigurati u okviru usklađivanja koje se provodi tom direktivom.

45. Međutim, pravo distribucije za glavni cilj ima zaštitu od onoga što se općenito naziva „piratstvo", odnosno proizvodnja i stavljanje na raspolaganje javnosti neovlaštenih umnoženih primjeraka fonograma (i drugih predmeta, poput filmova). Ti neovlašteno umnoženi primjerci, time što zamjenjuju zakonito umnožene primjerke, uvelike smanjuju prihod proizvođača fonograma te, slijedom toga, prihode koje autori i izvođači mogu opravdano očekivati od prodaje zakonito umnoženih primjeraka. Prijetnja od piratstva izričito se navodi, među ostalim, u uvodnoj izjavi 2. Direktive 2006/115, među razlozima za donošenje te direktive.

46. Piratstvo uključuje proizvodnju i distribuciju neovlašteno umnoženih primjeraka fonograma, koji mogu zamijeniti zakonito umnožene primjerke. Zbog toga se člankom 1. Ženevske konvencije umnoženi primjerak definira kao „proizvod koji sadrži zvukove uzete neposredno ili posredno iz fonograma i koji sadržava sve zvukove ili znatan dio zvukova fiksiranih na tom fonogramu". Naime, samo takav umnoženi primjerak omogućuje slušatelju da sazna za fonogram pri čemu mu se omogućava da stekne njegov zakonito umnoženi primjerak.

47. Člankom 9. Direktive 2006/115 uvodi se isto pravo distribucije kao Ženevskom konvencijom te s obzirom na to da ta dva akta imaju isti cilj, odnosno zaštitu od piratstva, smatram da pojam „umnoženi primjerak" sadržan u toj odredbi treba tumačiti na sličan način kao navedenu konvenciju i s obzirom na taj cilj, odnosno kao da je riječ o umnoženom primjerku koji sadržava sve zvukove ili znatan dio zvukova zaštićenog fonograma i koji može zamijeniti zakonite primjerke tog fonograma. Doseg te odredbe stoga je, prema mojem mišljenju, puno uži od dosega članka 2. Direktive 2001/29.

48. *Sampliranje* ne služi proizvodnji fonograma koji zamjenjuje originalni fonogram, nego stvaranju novog djela koje je neovisno o tom fonogramu. Slično tomu, fonogram koji nastaje *sampliranjem* ne uključuje sve zvukove ni znatan dio zvukova originalnog fonograma. Takav fonogram stoga ne treba kvalificirati kao umnoženi primjerak u smislu članka 9. stavka 1. točke (b) Direktive 2006/115.

49. Stoga predlažem da se na drugo prethodno pitanje odgovori tako da članak 9. stavak 1. točku (b) Direktive 2006/115 treba tumačiti na način da fonogram koji sadržava dijelove prenesene iz drugog fonograma (*samplove*) nije umnoženi primjerak tog drugog fonograma u smislu te odredbe.

24 Konvencija o zaštiti proizvođača fonograma od neodobrenog umnožavanja njihovih fonograma od 29. listopada 1971., koja je stupila na snagu 18. travnja 1973.

Treće prethodno pitanje

50. Svojim trećim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 2. točku (c) Direktive 2001/29 i članak 9. stavak 1. točku (b) Direktive 2006/115 tumačiti na način da im se protivi to da se na fonograme primijeni odredba nacionalnog prava države članice, kao što je članak 24. stavak 1. UrhG-a, prema kojoj se samostalno djelo može stvoriti slobodnim korištenjem drugog djela bez dopuštenja njegova autora [25].

51. Kao što sam objasnio u okviru odgovora na drugo prethodno pitanje, članak 9. Direktive 2006/115 ne primjenjuje se na reproduciranje predmeta zaštite koji ne mogu zamijeniti zakonito umnožene primjerke tog predmeta. Takav je slučaj samostalnih djela stvorenih korištenjem elemenata drugih djela. To se ne protivi gore navedenom članku koji se ne primjenjuje na situacije uređene člankom 24. UrhG-a. Analizu trećeg pitanja stoga treba ograničiti na tumačenje odredbi Direktive 2001/29.

52. U člancima 2. do 4. Direktive 2001/29 uvode se isključiva prava koja imaju određene kategorije osoba, među ostalim, pravo proizvođača fonograma da ovlaste ili zabrane reproduciranje svojih fonograma, predviđeno u članku 2. točki (c) te direktive. Ta su prava bezuvjetno formulirana. Međutim, člankom 5. Direktive 2001/29 predviđa se niz iznimaka i ograničenja tih isključivih prava koje države članice mogu predvidjeti u svojem nacionalnom pravu. Taj je popis iznimaka i ograničenja iscrpan, kao što se potvrđuje uvodnom izjavom 32. Direktive 2001/29 i ustaljenom sudskom praksom Suda [26].

53. Taj popis sadržava određene iznimke i ograničenja isključivih prava koje trebaju olakšati dijalog i umjetničku poredbu korištenjem postojećih djela. Riječ je, među ostalim, o iznimci doslovnog navođenja predviđenog u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29 i iznimci karikature, parodije ili pastiša u članku 5. stavku 3. točki (k) te direktive.

54. Suprotno tomu, popis iznimki i ograničenja isključivih prava iz članka 5. Direktive 2001/29 ne sadržava opću iznimku koja omogućava korištenje djela drugog autora u svrhu stvaranja novog djela. Iz toga slijedi da države članice ne mogu u svojem nacionalnom pravu predvidjeti takvu iznimku ako ona premašuje iznimke predviđene Direktivom 2001/29, osobito one koje se navode u prethodnoj točki.

55. To razmatranje ne dovodi se u pitanje činjenicom da se, kao što je to naglasio sud koji je uputio zahtjev, u njemačkom pravu pravno pravilo iz članka 24. stavka 1. UrhG-a ne smatra iznimkom od autorskog prava, nego ograničenjem svojstvenim tom pravu. Naime, u članku 5. Direktive 2001/29 nema razlikovanja između iznimki i ograničenja autorskog prava (ili srodnih prava). Određeni slučajevi predviđeni u toj odredbi odnose se na ograničenja koja su jednako svojstvena autorskom pravu kao i mogućnost slobodnog korištenja djela kako bi se stvorilo drugo djelo. Kao primjer može se navesti iznimka privatnog umnožavanja, predviđena u članku 5. stavku 2. točki (b) Direktive 2001/29 [27]. Zakonodavac Unije ipak je smatrao da je potrebno uključiti takvo ograničenje na popis mogućih iznimki i ograničenja.

56. Osim toga, kao što su to pravilno navele druge stranke u postupku revizije, kad bi se svakoj državi članici dopustilo da, izvan popisa predviđenog u članku 5. Direktive 2001/29, uvede ograničenja za koja smatra da su svojstvena autorskom pravu, time bi se ugrozila djelotvornost usklađivanja iznimaka od autorskog prava koju je proveo zakonodavac Unije. Međutim, kao što je to naglašeno u uvodnoj izjavi 31. te direktive, jedan od ciljeva te direktive jest da države članice uklone razlike u primjeni iznimaka od autorskog prava i srodnih prava.

25 U članku 24. UrhG-a izričito se navodi samo korištenje djela. Međutim, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, ta se odredba po analogiji može primijeniti i na korištenje drugih predmeta zaštite, među ostalim, fonograma.

26 Vidjeti konačno presudu od 7. kolovoza 2018., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, t. 16.).

27 Vidjeti s obzirom na svojstvenu prirodu tog ograničenja moje mišljenje u predmetu EGEDA i dr. (C-470/14, EU:C:2016:24, t. 15. i 16.).

57. Točno je da članak 5. stavak 3. točka (o) Direktive 2001/29 sadržava neku vrstu klauzule o mirovanju (*standstill*) u pogledu toga da države članice primjenjuju iznimke i ograničenja koja već postoje u njihovom nacionalnom pravu u trenutku stupanja na snagu te direktive. Međutim, riječ je o korištenju predmeta zaštite u „određenim […] slučajevima od manje važnosti". Međutim, prema mojem mišljenju, ne može se smatrati da je tako široka iznimka, kao što je ona predviđena člankom 24. stavkom 1. UrhG, ograničena na određene slučajeve od manje važnosti. Osim toga, korištenje obuhvaćeno člankom 5. stavkom 3. točkom (o) Direktive 2001/29 treba se odnositi samo na analogno korištenje. Ta odredba u svakom slučaju stoga ne može obuhvatiti priopćavanje javnosti, u elektroničkom obliku, fonograma koji sadržavaju dijelove koji su preuzeti iz drugih fonograma.

58. Konačno, u skladu s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2001/29, iznimke i ograničenja predviđena navedenim člankom primjenjuju se samo u određenim posebnim slučajevima koji nisu u sukobu s uobičajenim iskorištavanjem djela ili drugog predmeta zaštite i koji bezrazložno ne dovode u pitanje zakonite interese nositelja prava. Ta odredba, koja se često naziva „test u tri koraka", odražava uvjete slične međunarodnim konvencijama u području autorskog i srodnih prava. Ona čini sužavanje iznimki i ograničenja koja se primjenjuju na isključiva prava. Suprotno tomu, ne može je se shvatiti kao dopuštenje za uvođenje nepredviđenih iznimki ili ograničenja ili proširenje opsega postojećih iznimki, pod izgovorom da neće negativno utjecati na uobičajeno korištenje djela ili drugog predmeta zaštite niti na legitimne interese nositelja isključivih prava [28].

59. Stoga predlažem da se na treće prethodno pitanje odgovori da članak 2. točku (c) Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da mu se protivi to da se na fonograme primijeni odredba nacionalnoga prava države članice, kao što je članak 24. stavak 1. UrhG-a, prema kojoj se samostalno djelo može stvoriti slobodnim korištenjem drugog djela bez dopuštenja njegova autora ako premašuje okvir iznimki i ograničenja isključivih prava predviđenih u članku 5. stavcima 2. i 3. te direktive.

Četvrto prethodno pitanje

60. Svojim četvrtim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita može li se iznimka doslovnog navođenja predviđena u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29 primijeniti u situaciji u kojoj je dio fonograma unesen u drugi fonogram na način da ga se ne može razlikovati od ostatka tog drugog fonograma.

61. To se pitanje odnosi na bit problema u primjeni iznimke doslovnog navođenja u situacijama kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku.

62. Iznimka doslovnog navođenja nastala je zbog književnih djela i uglavnom se u njima koristi. Međutim, prema mojem mišljenju, ni po čemu se ne navodi da se u okviru autorskog prava Unije iznimka doslovnog navođenja ne može odnositi na druge kategorije djela, među kojima su glazbena djela [29]. Valja također pretpostaviti da se takvo doslovno navođenje može provesti reproduciranjem dijela fonograma jer se iznimke i ograničenja predviđeni u članku 5. Direktive 2001/29 odnose na prava proizvođača fonograma kao i na prava autora.

63. Međutim, kako bi bilo zakonito, doslovno navođenje treba udovoljavati nizu uvjeta. Tri uvjeta među njima osobito su relevantna u pogledu korištenja, kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku.

28 Vidjeti u tom smislu presudu od 10. travnja 2014., ACI Adam i dr. (C-435/12, EU:C:2014:254, t. 26. i 27.).

29 Vidjeti osobito Mania, G., „Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek", *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, br. 1/2017, str. 63. do 88. Vidjeti i Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Pariz, 2015., str. 571. Čini se da je Sud prešutno priznao iznimku doslovnog navođenja u pogledu fotografskog djela (vidjeti presudu od 1. prosinca 2011., Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, t. 122. i 123.).

64. Prvo od njih izričito je predviđeno u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29 te se odnosi na cilj doslovnog navođenja. U skladu s tom odredbom, doslovno navođenje treba koristiti „u svrhe kao što je kritika ili osvrt”. Uporaba riječi „kao što je” upućuje na to da nije riječ o iscrpnom popisu ciljeva doslovnog navođenja, nego o primjeru. Brojna doslovna navođenja, osobito doslovno navođenje umjetničkih djela, na primjer glazbenih, ne rade se u svrhu kritike ili osvrta, nego imaju druge ciljeve. Međutim, tekst predmetne odredbe, prema mojem mišljenju, jasno upućuje na to da doslovno navođenje treba služiti za uspostavljanje neke vrste dijaloga s djelom koje se doslovno navodi. Neovisno o tome je li riječ o poredbi ili odavanju počasti, nužna je interakcija između djela u kojem se nalazi doslovno navođenje i djela koje se doslovno navodi.

65. Drugi uvjet zakonitosti doslovnog navođenja, koji na neki način proizlazi iz prvog, jest neizmijenjena priroda i mogućnost raspoznavanja doslovnog navođenja. Stoga, kao prvo, doslovno naveden dio treba biti unesen u djelo u kojem se nalazi doslovno navođenje takav kakav jest ili u svakom slučaju bez iskrivljavanja (uzimajući u obzir da su određene prilagodbe koje su tradicionalno prihvaćene, osobito prijevod). Kao drugo, i uzimajući u obzir da je to aspekt koji se izravno ističe u prethodnom pitanju, doslovno navođenje treba biti uneseno u djelo u kojem se nalazi doslovno navođenje tako da ga je moguće lako raspoznati kao strani element. Taj se zahtjev može izvesti iz prvog uvjeta: kako, naime, djelo u kojem se nalazi doslovno navođenje može uspostaviti dijalog ili poredbu s djelom koje se doslovno navodi ako se potonje djelo potpuno zamjenjuje s prvonavedenim djelom?

66. Na temelju dvaju navedenih uvjeta može se razlikovati doslovno navođenje od plagijata.

67. Čini se da *sampliranje* općenito, i konkretno korištenje fonograma o kojem je riječ u glavnom postupku, ne ispunjava te uvjete. Cilj *sampliranja* nije uspostaviti dijalog s korištenim djelima, niti napraviti poredbu s njima ili im odati počast. U tehnici *sampliranja*, dijelovi preuzeti iz drugih fonograma služe kao primarni materijal te su uneseni u nova djela kako bi tvorili njegove neprepoznatljive sastavne dijelove. Štoviše, ti se dijelovi često mijenjaju i miksaju tako da gube svoj izvorni integritet. Stoga oni nisu oblik interakcije, nego oblik aproprijacije. Savršen primjer toga je ovaj slučaj, u kojem se dio fonograma, koji je prekratak kako bi se omogućila bilo kakva interakcija, ponavlja u petlji tijekom cijelog trajanja novog fonograma kako bi tvorio njegov ritamski dio.

68. Uz te materijalne uvjete zakonitosti doslovnog navođenja mora biti ispunjen i treći formalni zahtjev, koji se također navodi u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29, odnosno zahtjev da se navede izvor doslovnog navođenja, uključujući ime autora, osim ako se to ne pokaže nemogućim. Naravno, u slučaju glazbenog djela teško je (čak i nemoguće) navesti izvor doslovnog navođenja u samom djelu. Međutim, to se može napraviti u opisu djela u kojem se nalazi doslovno navođenje, čak i u njegovu naslovu. Međutim, u kulturi hip-hopa ili rapa nije običaj navesti izvore *samplova* od kojih se sastoje djela koja pripadaju tim glazbenim žanrovima. U svakom slučaju, iz spisa ovog predmeta ne proizlazi da su revidenti pokušali navesti izvor dijela koje su upotrijebili u naslovu *Nur mir* ili imena drugih stranaka u postupku revizije.

69. Stoga predlažem da se na četvrto prethodno pitanje odgovori tako da se iznimka doslovnog navođenja predviđena u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29 ne može primijeniti u situaciji u kojoj je dio fonograma unesen u drugi fonogram a da ne postoji očita želja da se uspostavi interakcija s tim prvim fonogramom na način da ga se ne može razlikovati od ostatka tog drugog fonograma.

70. Među iznimkama i ograničenjima predviđenim u članku 5. stavku 3. Direktive 2001/29 nalazi se i već navedena iznimka radi karikature, parodije ili pastiša (članak 5. stavak 3. točka (k) Direktive 2001/29). Ta bi se iznimka mogla uzeti u obzir u pogledu korištenja dijelova fonograma u drugom fonogramu. Ta iznimka nije kao takva prenesena u njemačko autorsko pravo, nego se, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, može izvesti iz članka 24. stavka 1. UrhG-a. Taj sud ipak sam odbija, prema mojem mišljenju pravilno, ideju da se navedena iznimka primijeni u ovom slučaju. Naime, ta iznimka, kao i ona radi doslovnog navođenja, pretpostavlja interakciju s korištenim djelom,

ili barem s njegovim autorom, a tog elementa nema u *sampliranju*, kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku [30].

Peto prethodno pitanje

71. Svojim petim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev želi odrediti manevarski prostor koji imaju države članice kad u svoje nacionalno pravo prenose odredbe koje se odnose na isključiva prava predviđena u člancima 2. i 3. Direktive 2001/29 i u članku 9. Direktive 2006/115 i iznimke od tih isključivih prava predviđene u članku 5. Direktive 2001/29 i članku 10. Direktive 2006/115. Najprije napominjem da ću, s obzirom na to da se pravo distribucije predviđeno u članku 9. stavku 1. točki (b) Direktive 2006/115, prema mojem mišljenju, ne može primijeniti u situaciji kao što je ona u glavnom postupku [31], to pitanje analizirati samo s gledišta Direktive 2001/29.

72. Kao što to navodi sud koji je uputio zahtjev, to pitanje proizlazi iz sudske prakse Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud), prema kojoj, ako se direktivom ne ostavlja državama članicama nikakav manevarski prostor za njezin prijenos, odredbe za prenošenje te direktive ne treba u načelu ocijeniti s obzirom na temeljna prava koja se jamče Grundgesetzom für die Bundesrepublik Deutschland (Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke; u daljnjem tekstu: Temeljni zakon) od 23. svibnja 1949., nego samo s obzirom na temeljna prava koja su zajamčena pravnim poretkom Unije [32].

73. Što se tiče nadzora, s obzirom na temeljna prava, nacionalnih mjera koje osiguravaju prijenos odredbi prava Unije, Sud je smatrao, pri čemu upućuje na članak 53. Povelje da, ako akt prava Unije zahtijeva nacionalne provedbene mjere, poželjno je da tijela i nacionalni sudovi primjene nacionalne standarde zaštite temeljnih prava, pod uvjetom da ta primjena ne ugrozi razinu zaštite predviđenu Poveljom, kako je tumači Sud, kao ni nadređenost, jedinstvo i djelotvornost prava Unije [33]. Stoga država članica ne smije ograničiti djelotvornost odredba prava Unije koja nije protivna Povelji, primjenom vlastitih nacionalnih standarda zaštite temeljnih prava [34].

74. Što se tiče margine prosudbe koju imaju države članice pri prijenosu Direktive 2001/29, ona je ograničena na više načina.

75. Kao prvo, prava iz članaka 2. i 3. Direktive 2001/29, osobito pravo proizvođača fonograma da reproduciraju svoje fonograme, predviđeno u članku 2. točki (c) te direktive, bezuvjetno su formulirana te je njihova zaštita u nacionalnom pravu država članica obavezna.

30 Točno je da u presudi od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), Sud nije postavio prestroge zahtjeve za pojam parodije. Međutim, odlučio je da parodija „poziva" na drugo djelo (vidjeti točku 2. izreke). Osim toga, prema mojem je mišljenju jasno da u okolnostima ovog predmeta djelo naslovljeno *Nur mir* nije ni parodija ni karikatura djela *Metall auf Metall*. Pojam pastiša pak uključuje imitiranje stila djela ili autora a da ne preuzima nužno elemente tog djela. Međutim, u ovom je slučaju došlo do obrnute situacije, odnosno do preuzimanja fonograma kako bi se stvorilo djelo u potpuno različitom stilu.

31 Vidjeti dio mišljenja koji se odnosi na odgovor na drugo pitanje.

32 Na tu sudsku praksu podsjeća Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud) u presudi od 31. svibnja 2016., 1 BvR 1585/13, na kojoj se temelji ovaj zahtjev za prethodnu odluku (vidjeti točku 81. ovog mišljenja).

33 Presuda od 26. veljače 2013., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, t. 60.)

34 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. veljače 2013., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, t. 63.).

76. Kao drugo, pojmovi upotrijebljeni u odredbama Direktive 2001/29 koji ne upućuju na zakonodavstvo država članica, autonomni su pojmovi prava Unije [35]. To je osobito slučaj s pojmom „reproduciranje" u smislu članka 2. te direktive [36]. To je također slučaj s pojmovima koji definiraju različite iznimke i ograničenja isključivih prava uređenih Direktivom 2001/29, osobito s pojmom „parodija" upotrijebljenim u članku 5. stavku 3. točki (k) te direktive [37]. Isto vrijedi za pojam „doslovno navođenje" u smislu članka 5. stavka 3. točke (d) navedene direktive.

77. Konačno, kao treće, na isključiva prava koja su za države članice bezuvjetno i obvezno predviđena u člancima 2. do 4. Direktive 2001/29 mogu se odnositi samo iznimke i ograničenja iscrpno navedena u članku 5. stavku 1. do 3. te direktive. Budući da su te iznimke fakultativne, osim jedne, države članice imaju manevarski prostor u odabiru i formulaciji iznimaka za koje smatraju da ih je prikladno prenijeti u njihovo nacionalno pravo. Suprotno tomu, ne mogu uvoditi nepredviđene iznimke niti proširivati opseg postojećih iznimki [38]. Valja ipak napomenuti da je i taj manevarski prostor ograničen jer određene iznimke odražavaju odvagivanje koje je zakonodavac Unije proveo između autorskog prava i različitih temeljnih prava, osobito slobode izražavanja. Stoga se činjenica da određene iznimke nisu predviđene u nacionalnom pravu može pokazati neusklađenom s Poveljom [39].

78. Stoga države članice imaju obvezu da u svojem nacionalnom pravu zajamče zaštitu isključivih prava iz članaka 2. do 4. Direktive 2001/29, čiji se opseg po potrebi utvrđuje sudskom praksom Suda, uzimajući u obzir da ta prava mogu biti sužena samo u okviru primjene iznimki i ograničenja iscrpno predviđenih u članku 5. te direktive. Države članice ne mogu se protiviti toj obvezi nikakvom odredbom njihova nacionalnog prava, neovisno o tome je li ustavne prirode ili ima li istu snagu kao i temeljno pravo [40]. Države članice i dalje imaju slobodu, kao što je to slučaj sa svakom direktivom u skladu s člankom 288. trećim stavkom UFEU-a, u pogledu odabira metoda za provođenje koje smatraju prikladnim kako bi postupile u skladu s tom obvezom. U okviru tog odabira, svakako mogu, među ostalim, uzeti u obzir razmatranja koja se odnose na njihova ustavna načela i temeljna prava, pod uvjetom da ne ugrožavaju koristan učinak prava Unije.

79. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem da se na peto prethodno pitanje odgovori tako da države članice imaju obvezu da u svojem nacionalnom pravu zajamče zaštitu isključivih prava iz članaka 2. do 4. Direktive 2001/29, uzimajući u obzir da ta prava mogu biti sužena samo u okviru primjene iznimki i ograničenja iscrpno predviđenih u članku 5. te direktive. S druge strane, države članice i dalje imaju slobodu u pogledu odabira metoda za provođenje koje smatraju prikladnim kako bi postupile u skladu s tom obvezom.

Šesto prethodno pitanje

Uvodne napomene

80. Svojim šestim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita o načinu na koji valja uzeti u obzir temeljna prava popisana Poveljom pri tumačenju opsega isključivih prava koja su proizvođačima fonograma dodijeljena direktivama 2001/29 i 2006/115 kao i iznimke i ograničenja navedenih prava predviđena u istim direktivama.

35 Vidjeti osobito presudu od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 27.).

36 Vidjeti presudu od 16. srpnja 2009., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, t. 32.).

37 Presuda od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 15.)

38 Presuda od 10. travnja 2014., ACI Adam i dr. (C-435/12, EU:C:2014:254, t. 26. i 27.)

39 Vidjeti i moje mišljenje u predmetu Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, t. 38. i 39.).

40 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. veljače 2013., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, t. 59. i navedenu sudsku praksu).

81. S obzirom na vrlo općenit način na koje je to pitanje sastavljeno, sumnjam da će odgovor na njega biti koristan sudu koji je uputio zahtjev ako će on također biti općenit. Međutim, jasno je da je to pitanje postavljeno u odnosu na presudu Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud)[41] koji je, s jedne strane, ukinuo odluku suda koji je uputio zahtjev pri čemu je potvrdio presudu povodom žalbe koja je išla u korist drugim strankama u postupku revizije, temeljeći se na slobodi umjetničkog stvaralaštva propisanoj člankom 5. Temeljnog zakona i, s druge strane, uputio predmet na ponovno suđenje sudu koji je uputio zahtjev, kako bi ga po potrebi razmotrio s obzirom na temeljna prava zajamčena pravnim poretkom Unije, tako što će podnijeti zahtjev za prethodnu odluku Sudu ako je to potrebno.

82. Stoga valja proširiti šesto prethodno pitanje na način da sud koji je uputio zahtjev u biti pita je li sloboda umjetnosti propisana u članku 13. Povelje ograničenje ili opravdava povredu isključivog prava proizvođača fonograma da dopusti ili zabrani reproduciranje u dijelovima njegova fonograma u slučaju njegova korištenja u drugom fonogramu. Drugim riječima, u tom se pitanju ističe problem eventualne nadređenosti slobode umjetnosti nad navedenim isključivim pravom proizvođača fonograma.

83. Takvo suprotstavljanje slobode umjetnosti pravu srodnom autorskom pravu na prvi se pogled čini paradoksalno. Naime, glavni cilj autorskog i srodnih prava jest poticanje razvoja umjetnosti, pri čemu se umjetnicima osigurava prihod od njihovih djela, čime ih se oslobađa od ovisnosti o različitim pokroviteljima te im omogućava da se slobodno bave svojom stvaralačkom djelatnosti[42].

84. Točno je da se ovaj predmet izravno ne odnosi na isključivo pravo autora, nego na pravo koje ima proizvođač zbog svojeg financijskog i organizacijskog truda. Međutim, s jedne strane, iako je zakonodavac dao isključiva prava proizvođačima, to je zato što pridonose, u pomoćnom svojstvu, stvaranju i širenju djela. Pravo koje imaju na fonograme jest jamstvo naknade za njihovo ulaganje. S druge strane, iako svaki fonogram ne mora nužno biti fiksacija izvedbe djela, to je ipak uglavnom slučaj glazbenih fonograma o kojima je riječ u ovom predmetu. Među osobama uključenim u realizaciju takvog fonograma obično se, osim proizvođača, nalaze autori i izvođači čija su prava također povrijeđena nedopuštenim korištenjem fonograma. Glavni se postupak stoga možda odnosi samo na prava proizvođača fonograma, ali ako uđemo u raspravu u pogledu temeljnih prava, smatram da se ne smiju zaboraviti druge zainteresirane osobe.

85. Ovaj slučaj to izvrsno predočuje. Naime, druge stranke u postupku revizije, koje u postupku djeluju u svojstvu proizvođača predmetnog fonograma, također su umjetnici izvođači, a jedan od njih je i autor djela sadržanog u navedenom fonogramu[43]. Sličan je sastav i s druge strane spora: revidenti nisu samo skladatelji djela sadržanog u spornom fonogramu, nego i proizvođači tog fonograma. Spor u glavnom postupku stoga nije samo spor između umjetnika i proizvođača fonograma jer se oba svojstva nalaze na obje strane. Stoga pri odvagivanju predmetnih temeljnih prava treba uzeti u obzir sve te različite interese.

41 Presuda od 31. svibnja 2016., 1 BvR 1585/13

42 Ta je uloga autorskog i srodnih prava uostalom izričito potvrđena uvodnim izjavama 9. do 11. Direktive 2001/29.

43 Njihova prava autora i izvođača podredno su uostalom istaknuta u prvostupanjskom postupku (vidjeti točku 14. ovog mišljenja).

Presuda Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud, Njemačka)

86. Gore navedena presuda Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud)[44] uglavnom se temelji na tumačenju članka 24. stavka 1. UrhG-a, u vezi sa slobodom umjetničkog stvaralaštva propisanom člankom 5. stavkom 3. prvom rečenicom Temeljnog zakona. Taj je sud prigovorio sudu koji je uputio zahtjev jer nije dovoljno uzeo u obzir slobodu umjetnosti revidenata pri tumačenju članka 24. stavka 1. UrhG-a, osobito zato što je presudio da se ta odredba ne primjenjuje kad umjetnik može sam ponovno stvoriti zvučnu sekvencu koju je preuzeo iz fonograma druge osobe. Takvim se tumačenjem neproporcionalno ograničava sloboda umjetnosti i, slijedom toga, mogućnosti umjetničkog dijaloga. Mogućnosti koje tako imaju umjetnici, odnosno dobivanje licencija, ponovno stvaranje samih zvukova ili ograničavanje na zvukove dostupne u bazama postojećih *samplova*, nisu dovoljne osobito u slučaju glazbenih žanrova koji uvelike ovise o *sampliranju*, kao što je hip-hop.

87. Suprotno tomu, prema mišljenu Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud), primjena članka 24. stavka 1. UrhG-a na *sampliranje* samo minimalno ograničava pravo vlasništva proizvođača fonograma, zajamčeno člankom 14. stavkom 1. Temeljnog zakona, jer ta nova djela ne ulaze u tržišno natjecanje s njihovim fonogramima. Naime, člankom 85. stavkom 1. UrhG-a, koji se odnosi na prava proizvođača fonograma, ona se štite samo od komercijalnih korištenja i piratiranja njihovih fonograma, što nije slučaj *sampliranja* koji je umjetnička praksa. Iako je, prema mišljenju Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud), zakonodavac mogao za nositelje isključivih prava predvidjeti naknadu za slobodno korištenje (*freie Benutzung*) na temelju članka 24. stavka 1. UrhG-a, nepostojanje takve naknade ne povređuje ustavno pravo vlasništva.

88. Naposljetku, Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud) dodaje da, osim tumačena usklađenog sa slobodom umjetnosti iz članka 24. stavka 1. UrhG-a, sud koji je uputio zahtjev može doći do pravilnog odvagivanja predmetnih prava uskim tumačenjem prava proizvođača fonograma sadržanih u članku 85. stavku 1. tog zakona. Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud) ipak napominje da predmet stoga može biti obuhvaćen pravom Unije s obzirom na usklađivanje prava proizvođača fonograma provedenog Direktivom 2001/29. U slučaju da se tom direktivom ne ostavlja manevarski prostor državama članicama za njezin prijenos, sud koji je uputio zahtjev treba osigurati zaštitu temeljnih prava u skladu s Poveljom[45], ako je potrebno podnošenjem zahtjeva za prethodnu odluku Sudu. Sud koji je uputio zahtjev će također trebati osigurati zadržavanje neotuđive minimalne razine zaštite temeljnih prava, kako je definirana Temeljnim zakonom.

Ocjena s obzirom na pravo Unije

89. U autorskom pravu Unije ne postoji ograničenje isključivih prava navedenih u Direktivi 2001/29, slično ograničenju predviđenom u članku 24. stavku 1. UrhG-a. Kao što sam već naveo u okviru odgovora na treće prethodno pitanje, ta odredba, prema mojem mišljenju, nije u skladu s Direktivom 2001/29 jer se njome omogućuju odstupanja od isključivih prava koja premašuju iznimke predviđene u članku 5. te direktive, osobito iznimaka radi doslovnog navođenja i karikature, parodije ili pastiša. Te iznimke ipak se, prema mojem mišljenju, ne mogu primijeniti na situaciju kao što je ona u glavnom

44 Temeljim ovu analizu na engleskoj verziji presude Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud) dostupne na internetskoj stranici tog suda, kao i, za opisni dio, na komentarima na tu presudu, osobito, 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., sv. 11., br. 12, str. 932. do 945.; Mezei, P., „De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?", *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018., sv. 139., br. 1, str. 56. do 67. i 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., sv. 7., br. 1, str. 119. do 127.

45 U skladu sa sudskom praksom Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud) navedenom u točki 72. ovog mišljenja.

postupku [46]. Rasuđivanje slično onomu koje je istaknuo Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud) stoga nije moguće u pravu Unije. Kako onda treba ocijeniti isključivo pravo reproduciranja koje imaju proizvođači fonograma na temelju članka 2. točke (c) Direktive 2001/29 s obzirom na temeljna prava zajamčena Poveljom?

90. Autorska i srodna prava, time što uspostavljaju monopol njihovih nositelja nad dobrima intelektualne ili umjetničke naravi, kao što su djela, fonogrami itd., mogu ograničiti ostvarivanje određenih temeljnih prava, osobito slobodu izražavanja i slobodu umjetnosti. Osim toga, samo intelektualno vlasništvo zaštićeno je kao temeljno pravo vlasništva. Stoga valja odvagivati ta prava, među kojima nijedno u načelu nije nadređeno drugom [47]. Što se tiče autorskog prava, u okviru njega samog već se provodi takvo odvagivanje time što se predviđa određen broj ograničenja i iznimki. Oni su namijenjeni tome da se osigura pravilna ravnoteža između, s jedne strane, prava i interesa nositelja autorskog i srodnih prava i, s druge strane, različitih drugih javnih i privatnih interesa, uključujući zaštitu temeljnih prava.

91. Sloboda umjetnosti, navedena u članku 13. prvoj rečenici Povelje jedan je oblik slobode izražavanja, koja se navodi u članku 11. Povelje. Sustavu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP), takvu slobodu ne poznaje kao autonomno pravo, s obzirom na to da se sloboda umjetnosti izvodi iz slobode izražavanja, propisane u članku 10. te konvencije.

92. Sloboda izražavanja, iz koje proizlazi sloboda umjetnosti, odnosi se prije svega na dobivanje i širenje ideja i informacija te, slijedom toga, kad je riječ o umjetnosti, na sadržaj djela [48]. Cenzura tog sadržaja osobito može prouzročiti povredu slobode umjetnosti [49]. S druge strane, smatram da je sloboda umjetnika puno manja u pogledu stjecanja sredstava za njihovo stvaralaštvo. Svaki se umjetnik mora prilagoditi uvjetima života u društvu i na tržištu na kojem se razvija. Sloboda umjetnosti ne oslobađa umjetnika od opterećenja svakodnevnog života. Je li zamislivo da se slikar može pozvati na svoju slobodu stvaralaštva kako ne bi platio svoje boje i kistove [50]? [51]

93. Točno je da u glazbenim žanrovima kao što su hip-hop ili rap *sampliranje* ima posebnu ulogu, koja ne uključuje samo sredstvo stvaralaštva, nego i sam umjetnički pristup. Međutim, to ne može biti odlučujući argument u okviru pravne rasprave jer tumačenje pravnih pravila treba biti isto za sve. Ako treba smatrati da je *sampliranje* dijelova fonograma provedeno bez dopuštenja nositelja prava zakonito, to vrijedi i za glazbenike koji pripadaju kulturi hip-hopa i za sve druge glazbenike.

94. Umjetnici tim više trebaju biti svjesni ograničenja koje postavlja život na slobodu stvaralaštva u situaciji u kojoj se ona odnosi na prava i temeljne slobode drugih osoba, osobito na njihovo pravo vlasništva, uključujući intelektualno vlasništvo. U takvim slučajevima, odvagivanje različitih prava i interesa posebno je složen zadatak te rijetko postoji jedinstveno rješenje koje će svi poduprijeti. To odvagivanje u demokratskom društvu treba provesti, kao prvo, zakonodavac, koji utjelovljuje opću

46 Vidjeti dio ovog mišljenja koji se odnosi na odgovor na četvrto pitanje.

47 Vidjeti konačno u tom smislu presudu od 18. listopada 2018., Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, t. 44.).

48 U skladu s izričajem Europskog suda za ljudska prava „sloboda izražavana, propisana u članku 10. stavku 1. [EKLJP-a], jedan je od osnovnih temelja demokratskog društva i jedan od najvažnijih preduvjeta njegova napretka i razvoja svake osobe. Podložno stavku 2., ona vrijedi ne samo za ‚informacije' ili ‚ideje' koje se shvaćaju pozitivno ili se smatraju neuvredljivima ili neutralnim, nego i za one koje povređuju, šokiraju i zabrinjavaju Državu ili neki dio društva" (ESLJP, 25. siječnja 2007., Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, t. 26.).

49 Vidjeti ESLJP, 25. siječnja 2007., Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

50 Točno je da se može donijeti drukčija ocjena u slučaju u kojem takve poteškoće nastaju umjetniku s ciljem da ga se spriječi u stvaranju, upravo zbog sadržaja njegova djela (vidjeti film A. Wajde *Powidoki* (*Les Fleurs bleues*) o zlostavljanju poljskog umjetnika Władysława Strzemińskog u staljinističkom razdoblju). To si ipak ekstremne situacije.

51 U tom pogledu Europski sud za ljudska prava naveo je da „umjetnik i oni koji promiču njegova djela nisu oslobođeni od mogućnosti ograničenja koje se navodi u članku 10. stavku 2. [EKLJP-a]. Naime, svaka osoba koja se poziva na slobodu izražavanja, u skladu sa samim tekstom tog stavka preuzima ‚dužnosti i odgovornosti', a njihov doseg ovisi o njezinoj situaciji i metodi koja se koristi" (ESLJP, 25. siječnja 2007., Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, t. 26.).

volju. Zakonodavac u tome ima veliku marginu prosudbe [52]. Primjena zakonodavnih rješenja zatim podliježe nadzoru sudova koji pak trebaju osigurati poštovanje temeljnih prava u okviru te primjene na konkretne slučajeve. Međutim, osim u iznimnim slučajevima [53], taj nadzor obično treba provesti u granicama primjenjivih odredbi za koje vrijedi pretpostavka valjanosti, uključujući s obzirom na temeljna prava. Ako se prihvati da je samo jedno rješenje usklađeno s temeljnim pravima, onda zakonodavac nema nikakvu marginu prosudbe.

95. Kao što sam već naveo, u autorskom pravu Unije uzimaju se u obzir različita prava i interesi koji mogu biti u sukobu s isključivim pravima autora i drugih nositelja prava, osobito sa slobodom umjetnosti. Iznimke od isključivih prava, kao što su iznimke radi doslovnog navođenja ili karikature, parodije ili pastiša, omogućuju dijalog i umjetničku poredbu, upućivanjem na već postojeća djela. U okviru pravila na snazi, ta poredba može se učiniti, među ostalim, na sljedeća tri načina. Kao prvo, stvaranjem djela koja, iako su nadahnuta već postojećim djelima, izravno ne preuzimaju njihove zaštićene elemente; kao drugo, u okviru postojećih ograničena i iznimaka od isključivih prava i konačno, kao treće, dobivanjem potrebnih dopuštenja.

96. S druge strane, ne smatram da sloboda umjetnosti, koja je navedena u članku 13. Povelje, zahtijeva uvođenje ili priznavanje iznimke ili ograničenja sličnog onomu predviđenom u članku 24. UrhG-a, kojim bi se obuhvatila korištenja kao što su ona u glavnom postupku, u okviru kojih se djela ili drugi predmeti zaštite ne koriste kako bi se uspostavila interakcija s njima, nego samo kao sredstvo stvaranja novih djela koja nisu ni u kakvom odnosu s prethodnim djelima. Činjenica da je potrebno dobiti licenciju za takvo korištenje, prema mojem mišljenju, ne ograničava slobodu umjetnosti na način da premašuje uobičajena tržišna ograničenja, tim više jer autori tih novih djela i njihovi producenti na njima ostvaruju nezanemariv prihod. Što se tiče argumenta prema kojem se u određenim slučajevima dobivanje licencije može pokazati nemogućim, na primjer zbog odbijanja nositelja prava, smatram da sloboda umjetnosti ne može jamčiti svakoj osobi mogućnost slobodnog korištenja svega što želi u svrhu kreativnog pristupa.

97. Ne smatram ni da su financijski interesi proizvođača fonograma, kojima se opravdavaju njihova isključiva prava, ograničeni na zaštitu od komercijalnog korištenja i piratstva. U pravu Unije, to je upravo slučaj prava distribucije [54]. Suprotno tomu, pravo reproduciranja utvrđeno je kao široko te pokriva sve moguće oblike iskorištavanja fonograma. Osim toga, čini se pravednim da proizvođač fonograma sudjeluje u prihodu od iskorištavanja djela stvorenih korištenjem njegova fonograma. Štoviše, prilikom odvagivanja temeljnih prava, valja uzeti u obzir ne samo materijalna prava i interese proizvođača fonograma, nego i prava izvođača i autora, uključujući njihova neimovinska prava. Doista, ta prava i, osobito, pravo na integritet djela, mogu opravdano spriječiti korištenje tog dijela, čak i ako je obuhvaćeno iznimkom [55]

98. Zaštita dodijeljena proizvođačima fonograma, u pravu Unije i u međunarodnom pravu, može se smatrati neproporcionalnom jer je jednaka zaštiti autora (u pogledu materijalnih prava). Ne isključujem da odvagivanje različitih prava i interesa koje provodi zakonodavac Unije u budućnosti može dovesti do uvođenja iznimke od isključivih prava autora i drugih nositelja prava za korištenje kao što je *sampliranje*. To ipak nije zadaća suda. U okviru sudskog nadzora primjene odredbi koje su na snazi, temeljna prava imaju drukčiju ulogu: to je na neki način *ultima ratio*, kojim se može opravdati odstupanje od teksta relevantnih odredbi samo u slučaju očite povrede bitnog sadržaja temeljnog prava [56]. Međutim, prema mojem mišljenju, to nije slučaj u pogledu situacije *sampliranja* u autorskom pravu Unije.

52 Vidjeti u tom smislu ESLJP, 10. siječnja 2013., Ashby Donald i drugi protiv Francuske (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, t. 40.).

53 Vidjeti na primjer predmet C-469/17 Funke Medien NRW, u kojem sam 25. listopada 2018. iznio svoje mišljenje (EU:C:2018:870).

54 Vidjeti dio mišljenja koji se odnosi na odgovor na drugo pitanje.

55 Vidjeti u tom smislu presudu od 3. rujna 2014., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, t. 27. do 31.).

56 Vidjeti konačno u tom smislu presudu od 18. listopada 2018., Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, t. 46.).

99. Stoga predlažem da se na šesto prethodno pitanje odgovori tako da isključivo pravo proizvođača fonograma da dopuste ili zabrane, na temelju članka 2. točke (c) Direktive 2001/29, reproduciranje u dijelovima njihovih fonograma u slučaju njihova korištenja u svrhu *sampliranja* nije protivno slobodi umjetnosti koja je propisana člankom 13. Povelje.

Zaključak

100. S obzirom na sve prethodno navedeno, predlažem da se na prethodna pitanja koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 2. točku (c) Direktive 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu treba tumačiti na način da preuzimanje dijela fonograma kako bi ga se koristilo u drugom fonogramu (*sampliranje*) povređuje isključivo pravo proizvođača prvog fonograma da dopusti ili zabrani reproduciranje njegova fonograma u smislu te odredbe ako je ono izvršeno bez dopuštenja potonje osobe.

2. Članak 9. stavak 1. točku (b) Direktive 2006/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o pravu iznajmljivanja i pravu posudbe te o određenim autorskom pravu srodnim pravima u području intelektualnog vlasništva treba tumačiti na način da fonogram koji sadržava dijelove prenesene iz drugog fonograma (*samplove*) nije umnoženi primjerak tog drugog fonograma u smislu te odredbe.

3. Članak 2. točku (c) Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da mu se protivi to da se na fonograme primijeni odredba nacionalnoga prava države članice, kao što je članak 24. stavak 1. Gesetza über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetza (Zakon o autorskim i srodnim pravima) od 9. rujna 1965., prema kojoj se samostalno djelo može stvoriti slobodnim korištenjem drugog djela bez dopuštenja njegova autora ako premašuje okvir iznimki i ograničenja isključivih prava predviđenih u članku 5. stavcima 2. i 3. te direktive.

4. Iznimka doslovnog navođenja predviđena u članku 5. stavku 3. točki (d) Direktive 2001/29 ne može se primijeniti u situaciji u kojoj je dio fonograma unesen u drugi fonogram a da ne postoji očita želja da se uspostavi interakcija s tim prvim fonogramom na način da ga se ne može razlikovati od ostatka tog drugog fonograma.

5. Države članice imaju obvezu da u svojem nacionalnom pravu zajamče zaštitu isključivih prava iz članaka 2. do 4. Direktive 2001/29, s obzirom na to da ta prava mogu biti sužena samo u okviru primjene iznimki i ograničenja iscrpno predviđenih u članku 5. te direktive. S druge strane, države članice i dalje imaju slobodu u pogledu odabira metoda za provođenje koje smatraju prikladnim kako bi postupile u skladu s tom obvezom.

6. Isključivo pravo proizvođača fonograma da dopuste ili zabrane, na temelju članka 2. točke (c) Direktive 2001/29, reproduciranje u dijelovima njihovih fonograma u slučaju njihova korištenja u svrhu *sampliranja* nije protivno slobodi umjetnosti koja je propisana člankom 13. Povelje Europske unije o temeljnim pravima.