Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 12. decembra 2018 [1]

Zadeva C-476/17

Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
proti
Ralfu Hütterju,
Florianu Schneider-Eslebenu

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija))

„Predhodno odločanje – Avtorska pravica in sorodne pravice – Pravica reproduciranja – Reproduciranje najmanjših delov fonograma (*sampling*) – Prosta uporaba dela – Upoštevanje temeljnih pravic iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah“

Uvod

1. *Sampling* (uporaba vzorcev) je tehnika, pri kateri se z uporabo elektronske opreme odvzamejo odlomki (*samples* ali vzorce, od koder ime tehnike) fonograma, da se uporabijo kot elementi nove kompozicije v drugem fonogramu. Ti odlomki so pri ponovni uporabi pogosto zmešani, spremenjeni in se velikokrat ponavljajo, tako da so v novem delu bolj ali manj prepoznavni. Opozoriti je treba tudi na to, da gre lahko za odlomke različne dolžine, ki trajajo od manj kot ene sekunde do več deset sekund. *Sampling* je torej raznovrsten pojav, kar seveda ne olajša njegove pravne opredelitve [2].

2. To, da skladatelji ponovno uporabijo motive prejšnjih del, je verjetno tako staro kot glasba sama, *sampling* pa je nov pojav, ki so ga omogočili sodobni postopki snemanja in spreminjanja zvoka, najprej analogni, zdaj pa še digitalni. V nasprotju s ponovitvijo odlomka drugega glasbenega dela v kompoziciji novega dela je koncept *samplinga*, da se neposredno vzamejo zvoki fonograma, se pravi izvedenega in posnetega dela, ter se vključijo v fonogram, ki vsebuje novo delo. Tako je *sampling* pojav, ki je lasten glasbi, posneti v obliki fonogramov. Povedano drugače, kopiranje odlomkov zapisa glasbenega dela za njihovo vključitev v zapis novega dela in poznejšo izvedbo tega zapisa ni *sampling*.

1 Jezik izvirnika: francoščina.

2 Glej med drugim Piesiewicz, P., „Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne ‚samplingu‘)“, *Państwo i prawo*, št. 3/2006.

3. Čeprav se lahko *sampling* uporabi v kateri koli glasbeni zvrsti, je zlasti pomemben za hiphop in rap, ki sta nastala v 1970. letih v delavskih četrtih New Yorka (ZDA)[3]. Vir te glasbe je praksa didžejev, ki so povezali, spremenili in zmešali zvoke, vzete iz glasbenih del, posnetih na vinilnih ploščah. Iz te prakse so nastale prave lastne izpeljane kompozicije. Tako je *sampling* podlaga za te zvrsti glasbe. Nekatera dela so lahko sestavljena le iz mešanice *samplov*.

4. Ne glede na vlogo *samplinga* pri tem novem glasbenem ustvarjanju pomeni ta resnično pravno vprašanje, zlasti od takrat, ko je hiphop zapustil ulice Bronxa ter prišel v *mainstream* in postal nezanemarljiv vir prihodka za avtorje, izvajalce in proizvajalce. Težava pri pravni presoji tega pojava izhaja iz dejstva, da ne gre za klasično razmerje med deloma v skladu z avtorskim pravom, temveč za razmerje med fonogramom, to je komercialnim izdelkom, in delom, to je umetniško stvaritvijo. Pri uporabi *samplinga* se umetnik ne le navdihuje s stvaritvijo drugega, temveč si prisvoji tudi rezultat dela in montažnega vložka, ki ga pomeni fonogram. Pri takem položaju, ki je v avtorskem pravu popolnoma nov[4], nastopijo novi dejavniki, kot so sorodne pravice proizvajalcev fonogramov na eni strani in ustvarjalna svoboda „samplerjev“ na drugi.

5. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, s katerim se vprašanje *samplinga* vrača v pravo Unije, je rezultat dolge nacionalne sodne sage[5], v kateri sta se že izrekli dve od najvišjih nemških sodišč. Zdaj je Sodišče pozvano k besedi v tej razpravi, v kateri si stojita nasproti „postmodernistična“ umetniška svoboda in dobra stara lastninska pravica.

Pravni okvir

Pravo Unije

6. Člen 2(c) Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi[6] določa:

„Države članice predvidijo za spodaj naštete izključno pravico, da dovolijo ali prepovedo, neposredno ali posredno, začasno ali stalno, reproduciranje na vsak način in v vsaki obliki, v celoti ali deloma:

[…]

(c) proizvajalcem fonogramov za njihove fonograme;

[…].“

7. Člen 5(3)(d), (k) in (o) ter (5) te direktive določa:

„3. Države članice lahko predvidijo izjeme in omejitve pravic iz členov 2 in 3 v naslednjih primerih:

[…]

3 Za zgodovino hiphopa in rapa glej Evans, T. M., „Sampling, Looping, and Mashing… Oh My!: How Hiphop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law“, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, zvezek 21, št. 4, str. 843.

4 Čeprav je ena prvih zadev v zvezi s *samplingom*, Grand Upright Music, Ltd proti Warner Bros. Records Inc., v kateri je odločilo sodišče United States District Court for the Southern District of New York (zvezno sodišče ZDA za okrožje južnega New Yorka, ZDA), potekala že leta 1991.

5 Prav tožba na prvi stopnji v postopku v glavni stvari je bila vložena 8. marca 1999.

6 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 230.

(d) citati, katerih namen je na primer kritika ali ocena, pod pogojem, da se nanašajo na delo ali na predmet sorodnih pravic, ki je […] že bil zakonito dan na voljo javnosti, da je naveden vir vključno z avtorjevim imenom, razen če se to izkaže za nemogoče, in da je njihova uporaba v skladu s pošteno prakso ter v obsegu, ki ga zahteva poseben namen;

[…]

(k) uporaba v namene karikature, parodije ali pastiša;

[…]

(o) uporaba v določenih drugih manj pomembnih primerih, kjer izjeme ali omejitve že obstajajo po nacionalni zakonodaji, pod pogojem, da zadevajo le analogne načine uporabe in ne vplivajo na prost pretok blaga in storitev v Skupnosti, brez vpliva na druge izjeme in omejitve, ki jih vsebuje ta člen.

[…]

5. Izjeme in omejitve iz odstavkov 1, 2, 3 in 4 naj se uporabijo le v določenih posebnih primerih, ki niso v nasprotju z normalnim izkoriščanjem dela ali drugega predmeta in ne vplivajo pretirano na legitimne interese imetnika pravic.“

8. Člen 9(1)(b) Direktive 2006/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter o določenih pravicah, sorodnih avtorski pravici, na področju intelektualne lastnine[7] določa:

„1. Države članice predvidijo izključno pravico do dajanja na voljo javnosti predmetov iz točk (a) do (d), vključno z njihovimi kopijami, s prodajo ali kako drugače, v nadaljnjem besedilu ‚pravica distribuiranja‘ za:

[…]

(b) proizvajalce fonogramov za njihove fonograme;

[…].“

9. Člen 10(2), prvi pododstavek, navedene direktive določa:

„2. Ne glede na odstavek 1 lahko vsaka država članica predvidi enake vrste omejitev glede varstva izvajalcev, proizvajalcev fonogramov, RTV organizacij in producentov prvega posnetka filma, kot jih predvidi v zvezi z varstvom avtorske pravice pri književnih in umetniških delih.“

Nemško pravo

10. Direktiva 2001/29 in Direktiva 2006/115 sta bili preneseni v nemško pravo z Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (zakon o avtorski in sorodnih pravicah) z dne 9. septembra 1965 (v nadaljevanju: UrhG). Pravice proizvajalcev fonogramov so zaščitene v skladu s členom 85(1) navedenega zakona.

7 UL 2006, L 376, str. 28.

11. Člen 24 UrhG vsebuje splošno izjemo glede na avtorsko pravico, in sicer:

„1. Neodvisno delo, ustvarjeno s prosto uporabo dela drugega, se lahko objavi in izkorišča brez dovoljenja avtorja uporabljenega dela.

2. Odstavek 1 se ne uporablja za uporabo glasbenega dela, pri katerem se iz nekega dela prepoznavno vzame melodija, ki je nato podlaga za novo delo.“

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

12. Ralf Hütter in Florian Schneider-Esleben, tožeči stranki na prvi stopnji in nasprotni stranki v revizijskem postopku v postopku v glavni stvari (v nadaljevanju: nasprotni stranki), sta člana glasbene skupine Kraftwerk. Ta je leta 1977 objavila fonogram, na katerem je delo z naslovom *Metall auf Metall*. Nasprotni stranki sta proizvajalca navedenega fonograma in tudi izvajalca zadevnega dela, R. Hütter pa je tudi njegov avtor (skladatelj).

13. Družba Pelham GmbH, ustanovljena po nemškem pravu, tožena stranka na prvi stopnji in vlagateljica revizije v postopku v glavni stvari, je proizvajalka fonograma, na katerem je delo z naslovom *Nur mir*, ki ga med drugim izvaja Sabrina Setlur. Moses Pelham in Martin Haas, prav tako toženi stranki na prvi stopnji in vlagatelja revizije v postopku v glavni stvari, sta avtorja navedenega dela.

14. Nasprotni stranki trdita, da so družba Pelham ter M. Pelham in M. Haas (v nadaljevanju skupaj: vlagatelji revizije) z uporabo tehnike *sampling* prekopirali približno dve sekundi trajajočo ritmično sekvenco skladbe *Metall auf Metall* in jo v obliki zaporednih ponavljanj vključili v skladbo *Nur mir*. Menita, da so vlagatelji revizije s tem kršili sorodno pravico, ki jo imata kot proizvajalca zadevnega fonograma. Podredno se nasprotni stranki sklicujeta na pravico do intelektualne lastnine, ki jo imata kot izvajalca, in na kršitev avtorske pravice R. Hütterja do glasbenega dela. Še bolj podredno se nasprotni stranki sklicujeta na kršitev zakonodaje na področju konkurence. Postopek pred predložitvenim sodiščem se nanaša samo na pravice nasprotnih strank kot proizvajalcev fonograma.

15. Nasprotni stranki sta predlagali prenehanje kršitve, dodelitev odškodnine in obresti, predložitev informacij in izročitev fonogramov za njihovo uničenje. Sodišče prve stopnje je ugodilo tožbi in pritožba vlagateljev revizije je bila zavrnjena. Potem ko so vlagatelji revizije vložili revizijo, je predložitveno sodišče s sodbo z dne 20. novembra 2008 sodbo višjega sodišča razveljavilo in zadeva je bila vrnjena višjemu sodišču v ponovno preučitev. Višje sodišče je ponovno zavrnilo pritožbo vlagateljev revizije. Potem ko so vlagatelji revizije vložili novo revizijo, je predložitveno sodišče tokrat to revizijo zavrnilo s sodbo z dne 13. decembra 2012. To sodbo je razveljavilo Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče, Nemčija)[8], ki je zadevo vrnilo predložitvenemu sodišču.

16. V teh okoliščinah je Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali gre za poseg v izključno pravico reproduciranja fonograma proizvajalca fonogramov iz člena 2(c) Direktive [2001/29], če se iz njegovega fonograma odvzamejo in na drug fonogram prenesejo najmanjši zvočni deli?

2. Ali gre pri fonogramu, ki vsebuje najmanjše zvočne dele, ki so bili preneseni iz drugega fonograma, za kopijo drugega fonograma v smislu člena 9(1)(b) Direktive [2006/115]?

8 Sodba z dne 31. maja 2016, 1 BvR 1585/13.

3. Ali lahko države članice sprejmejo ureditev, ki – tako kot določba člena 24(1) [UrhG] – področje varstva izključne pravice reproduciranja (člen 2(c) Direktive [2001/29]) in distribuiranja (člen 9(1)(b) Direktive [2006/115]) fonograma proizvajalca fonogramov omejuje tako, da se lahko samostojno delo, ki je nastalo v okviru proste uporabe njegovega fonograma, izkorišča brez njegovega soglasja?

4. Ali se delo ali drug predmet sorodnih pravic v smislu člena 5(3)(d) Direktive [2001/29] uporablja za namene citiranja, če ni mogoče ugotoviti, da se uporablja tuje delo ali drug predmet sorodnih pravic?

5. Ali predpisi prava Unije o pravici reproduciranja in distribuiranja proizvajalca fonogramov (člen 2(c) Direktive [2001/29] in člen 9(1)(b) Direktive [2006/115]) in o izjemah ali omejitvah teh pravic (člen 5(2) in (3) Direktive [2001/29] in člen 10(2), prvi stavek, Direktive [2006/115]) v nacionalnem pravu puščajo manevrski prostor za prenos direktiv?

6. Na kakšen način je treba pri določitvi obsega varstva izključne pravice reproduciranja (člen 2(c) Direktive [2001/29]) in distribuiranja (člen 9(1)(b) Direktive [2006/115]) fonograma proizvajalca fonogramov in izjem ali omejitev teh pravic (člen 5(2) in (3) Direktive [2001/29] in člen 10(2), prvi stavek, Direktive [2006/115]) upoštevati temeljne pravice iz Listine EU o temeljnih pravicah [v nadaljevanju: Listina]?“

17. Sodišče je predlog za sprejetje predhodne odločbe prejelo 4. avgusta 2017. Pisna stališča so predložile stranki v postopku v glavni stvari, nemška in francoska vlada, vlada Združenega kraljestva ter Evropska komisija. Iste zainteresirane osebe so bile zastopane na obravnavi, ki je potekala 3. julija 2018.

Analiza

18. V tej zadevi Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) na Sodišče naslavlja vrsto vprašanj za predhodno odločanje, ki se nanašajo na razlago prava Unije na področju avtorske pravice in sorodnih pravic ter na področju temeljnih pravic v okoliščinah, kot so tiste iz spora o glavni stvari. Ta vprašanja bom analiziral v vrstnem redu, kot so bila postavljena.

Prvo vprašanje za predhodno odločanje

19. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali je treba člen 2(c) Direktive 2001/29 razlagati tako, da vzetje odlomka fonograma za njegovo uporabo v drugem fonogramu (*sampling*) pomeni kršitev izključne pravice proizvajalca prvega fonograma, da dovoli ali prepove reproduciranje svojega fonograma v smislu navedene določbe, kadar se to izvede brez njegovega dovoljenja.

20. Zainteresirane osebe, ki so predložile svoja stališča v tej zadevi, izražajo različna mnenja glede tega. Nasprotni stranki in francoska vlada predlagajo pritrdilni odgovor na to vprašanje, vlagatelji revizije, druge vlade in Komisija pa predlagajo, naj se nanj odgovori nikalno. Pred analizo različnih predloženih trditev se mi zdi koristno preučiti predhodno vprašanje.

Uvodna opomba – časovno področje uporabe Direktive 2001/29

21. Predložitveno sodišče navaja, da je v skladu s členom 10 Direktive 2001/29 njeno področje uporabe časovno omejeno na dejanja po 22. decembru 2002, medtem ko je sporni fonogram v glavni stvari, na katerem je delo z naslovom *Nur mir*, nastal leta 1997.

22. Vendar je treba opozoriti, da se v skladu s členom 10(1) Direktive 2001/29 ta uporablja za vsa dela in druge predmete, ki so bili varovani s pravom držav članic na dan 22. decembra 2002, kar velja za fonogram, ki pripada nasprotnima strankama.

23. Res je, da se Direktiva 2001/29 v skladu s svojim členom 10(2) uporablja brez vpliva na katera koli sklenjena dejanja in pridobljene pravice pred tem datumom. Res je tudi, da je Sodišče na podlagi te določbe razsodilo, da navedena direktiva ne vpliva na dejanja uporabe del in drugih varovanih predmetov pred navedenim datumom [9]. Vendar je bil po mnenju predložitvenega sodišča fonogram iz postopka v glavni stvari predmet dejanj izkoriščanja tudi po 22. decembru 2002. Direktiva 2001/29 se torej uporablja za ta dejanja.

24. Zdaj ko je to razjasnjeno, bom prešel na vsebinsko analizo prvega vprašanja za predhodno odločanje.

Vsebinska analiza

25. Stranke v postopku v glavni stvari se strinjajo, da so vlagatelji revizije reproducirali približno dve sekundi trajajočo ritmično sekvenco fonograma dela *Metall auf Metall* ter jo z mnogimi ponavljanji, minimalnimi spremembami in prepoznavno vključili kot ritmično sekvenco v fonogram dela *Nur mir* [10].

26. Po mojem mnenju ni dvoma, da tako dejanje pomeni reprodukcijo v smislu člena 2 Direktive 2001/29, saj se navedena določba – naj spomnim – nanaša na kakršno koli „neposredno ali posredno, začasno ali stalno, reproduciranje [varovanih predmetov] na vsak način in v vsaki obliki, v celoti ali deloma“. V primeru *samplinga* gre za reprodukcijo dela fonograma, ki je (najpogosteje) neposredna, stalna, z digitalnimi sredstvi in v digitalni obliki. Zdi se lahko torej precej jasno, da to dejanje pomeni kršitev pravice proizvajalcev zadevnega fonograma, da dovolita ali prepovesta tako reproduciranje, izvedeno brez njune privolitve.

27. Vendar vlagatelji revizije v glavni stvari, nekatere vlade, ki so predložile svoja stališča, in Komisija navajajo celo vrsto trditev, da bi dokazali, da mora biti navedena pravica proizvajalcev omejena, tako da dejanja reprodukcije, kakršno je dejanje iz postopka v glavni stvari, ne spadajo na področje te izključne pravice.

– *Prag* de minimis

28. Te zainteresirane osebe, prvič, vzpostavljajo primerjavo s sodno prakso Sodišča v zvezi z avtorskopravnim varstvom odlomkov del. Sodišče je namreč razsodilo, da se avtorskopravno varstvo nanaša na dela kot izraze intelektualne stvaritve avtorjev. Tako so lahko odlomki dela avtorskopravno varovani, če vsebujejo nekatere elemente, ki so izraz lastne intelektualne stvaritve avtorja tega dela [11]. Ker pravica proizvajalcev fonogramov ne varuje intelektualne stvaritve, temveč finančni vložek, nekatere zainteresirane osebe v tej zadevi trdijo, da lahko ta pravica varuje samo odlomke fonogramov, ki trajajo dovolj dolgo, da pomenijo tak vložek. Zato naj uporaba zelo kratkih odlomkov v primeru *samplinga* ne bi ogrožala finančnih interesov proizvajalcev fonogramov in naj torej ne bi spadala na področje izključne pravice. Tako naj bi po mnenju nekaterih od njih za varstvo pravic proizvajalcev fonogramov veljal prag *de minimis*, tako kot za varstvo avtorskih pravic.

9 Glej v tem smislu sodbo z dne 27. junija 2013, VG Wort in drugi (od C-457/11 do C-460/11, EU:C:2013:426, točka 1 izreka.)

10 Opozoriti je treba, da obstaja več različic te zadnje skladbe. Tu govorim o osnovni različici, ki ima naslov samo *Nur mir*.

11 Sodba z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, točka 39 in točka 1 izreka).

29. Zdi se mi, da to sklepanje temelji na napačnem razumevanju zgoraj navedene sodne prakse Sodišča. Sodišče je v sodbi Infopaq International ugotovilo, da so literarna dela iz postopka v navedeni zadevi sestavljena iz besed, ki vsaka posebej ne spada na področje avtorskopravnega varstva. Samo njihova izvirna razporeditev je varovana kot intelektualna stvaritev avtorja dela[12]. Ta ugotovitev je očitna: avtor literarnega dela si ne more prisvojiti običajnih besed ali izrazov, tako kot skladatelj ne more zahtevati izključne pravice do not ali slikar pravice do barv. Vendar to nikakor ne pomeni izraza priznanja praga *de minimis* pri avtorskopravnem varstvu del, temveč ustreza le rezultatu opredelitve dela v smislu avtorskega prava kot intelektualne stvaritve avtorja. Čeprav je Sodišče v navedeni sodbi razsodilo, da lahko reprodukcija odlomka novinarskega članka, ki je imel samo enajst besed, spada na področje izključne pravice iz člena 2 Direktive 2001/29[13], je v tem težko videti priznanje kakršnega koli praga *de minimis*.

30. Vendar se sklepanje, ki ga je uporabilo Sodišče v zvezi z odlomki dela, za fonograme ne more uporabiti. Fonogram namreč ni intelektualna stvaritev, sestavljena iz elementov, kot so besede, zvoki, barve itd. Fonogram je posnetek zvokov, ki ni varovan zaradi razporeditve teh zvokov, temveč zaradi tega posnetka. V primeru dela je torej mogoče razlikovati med elementi, ki niso varovani, kot so besede, zvoki, barve itd., in predmetom, ki je lahko varovan v obliki izvirne razporeditve teh elementov, v primeru fonograma pa tako razlikovanje ni mogoče. Fonogram ni sestavljen iz majhnih delov, ki jih ni mogoče varovati: varovan je kot nedeljiva celota. Zato v primeru fonograma ne obstaja zahteva po izvirnosti, ker fonogram v nasprotju z delom ni varovan zaradi svoje ustvarjalnosti, temveč zaradi finančnega in organizacijskega vložka. Povedano drugače, avtor ne more imeti monopola nad zvokom ali besedo, ker ju vključi v svoje delo. Nasprotno pa takrat, ko sta posneta, isti zvok, ki ga izvede glasbenik, ali ista beseda, prebrana na glas, predstavlja fonogram, ki spada na področje varstva sorodnih pravic ali avtorske pravice. Reprodukcija takega posnetka torej spada na področje uporabe izključne pravice proizvajalca tega fonograma. Kljub temu lahko vsakdo sam prosto reproducira isti zvok.

31. Res je, da je bil v sodni praksi sodišč Združenih držav Amerike v zvezi s *samplingom* razvit koncept, podoben pragu *de minimis*[14]. Vendar gre za pravno okolje, ki je radikalno drugačno od evropskega kontinentalnega prava in prava Unije. V ameriškem pravu so fonogrami namreč zaščiteni s *copyright* na enak način kot dela in drugi predmeti. Zahteva se torej, da imajo minimalno stopnjo izvirnosti. Obstoj praga *de minimis* je od 19. stoletja široko priznan za vse te varovane predmete in ta prag je eno od meril za presojo pri uporabi splošne izjeme *fair use*[15]. Sklepanja ameriških sodišč torej po mojem mnenju ni mogoče prenesti v pravo Unije.

32. Poleg tega se mi zdi, da prag *de minimis* pomeni hude težave pri uporabi v praksi. Najprej je treba določiti prag. Ali bi moral biti zgolj količinski (trajanje reproduciranega odlomka) ali tudi kvalitativen (pomen odlomka za zadevno delo)? Poleg tega, ali bi bilo treba ta prag meriti glede na izvirni fonogram, glede na ciljno delo ali glede na oba? Če vzamemo za primer fonogramov iz postopka v glavni stvari, odlomek, ki so ga uporabili vlagatelji revizije, traja približno dve sekundi. *A priori* se torej zdi, da bi spadal pod prag *de minimis*, kot trdijo nekatere zainteresirane osebe v tej zadevi. Vendar je treba ugotoviti, da zadevna fonograma vsebujeta deli, ki pripadata dvema glasbenima zvrstema – elektronski glasbi v primeru *Metall auf Metall* in rapu v primeru *Nur mir* – v katerih ima ritem bistveno vlogo za kompozicijo del. Vlagatelji revizije so torej s kopiranjem ritmične sekvence skladbe *Metall auf Metall* in njeno vključitvijo z veliko ponovitvami v skladbo *Nur mir* dejansko prekopirali znaten del prvega fonograma ter ga uporabili za celotno ritmično podlago svojega dela[16].

12 Sodba z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, točke od 44 do 46).

13 Sodba z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, točka 1 izreka).

14 Glej med drugim sodbo United States Court of Appeals, 9th Circuit (ameriško prizivno sodišče za 9. okraj, ZDA), z dne 2. junija 2016, VMG Salsoul, LLC proti Ciccone.

15 Glej člen 107 Copyright Law of the United States (zakon ZDA o avtorski pravici).

16 Glede na informacije iz predloga za sprejetje predhodne odločbe je višje sodišče v postopku v glavni stvari ugotovilo enako, in sicer da sporni odlomek pomeni „prevladujoč del“ skladbe *Metall auf Metall* in da je stalno prisoten v skladbi *Nur mir*.

S kvalitativnega vidika bi to nedvomno preseglo kakršen koli prag *de minimis*. Da bi se o tem prepričali, bi zadostovalo, da bi z obeh fonogramov odstranili zadevno ritmično sekvenco in poslušali preostalo. Uporaba praga *de minimis* bi torej neizogibno vodila do razlik med nacionalnimi sodnimi praksami in škodila glavnemu cilju Direktive 2001/29, ki je uskladitev avtorskega prava držav članic.

33. Nazadnje, po mojem mnenju je napačno omejiti zakonite finančne interese proizvajalcev fonogramov na varstvo pred piratstvom oziroma distribucijo ali posredovanjem njihovih fonogramov kot takih javnosti. Ti proizvajalci lahko namreč izkoristijo fonograme na druge načine kot s prodajo izvodov, med drugim s tem, da dovolijo *sampling*, in s tem ustvarijo prihodek. Dejstvo, da je namen pravice teh proizvajalcev do njihovih fonogramov varovati njihove finančne vložke, torej ni v nasprotju s tem, da se ta pravica nanaša tudi na uporabe, kot je *sampling*. Poleg tega, če se je zakonodajalec odločil, da bo dal proizvajalcem kot instrument za varstvo njihovih finančnih interesov izključno pravico, da dovolijo ali prepovejo kakršno koli reproduciranje svojih fonogramov, vključno z delnim, se mi ne zdi logično, da se ta odločitev izpodbija s trditvijo, da taka pravica ne ustreza postavljenemu cilju.

– *Raven varstva, enaka ravni varstva del*

34. Drugič, nekatere zainteresirane osebe, ki so v tej zadevi predložile svoja stališča, trdijo – pri čemer se ponovno sklicujejo na sodbo Infopaq International[17] – da proizvajalci fonogramov ne morejo imeti boljšega varstva od tistega, dodeljenega avtorjem. Vendar me ta trditev ne prepriča iz dveh razlogov.

35. Na eni strani ta trditev, tako kot trditev v zvezi s pragom *de minimis*, po mojem mnenju temelji na napačnem razumevanju obsega zgoraj navedene sodbe. Sodišče je v navedeni sodbi opredelilo pojem dela v smislu avtorskega prava Unije, pri čemer je štelo, da to pomeni lastno intelektualno stvaritev avtorja. Isto merilo za varstvo je treba uporabiti pri odlomkih dela, pri čemer se iz varstva izključijo njegovi elementi, ki morajo očitno ostati v prosti uporabi, kot so posamične besede ali običajni izrazi. V nobenem primeru torej ne gre za omejitev varstva, temveč za opredelitev predmeta varstva. Glede fonogramov to, da je predmet varstva drugačen, ne pomeni, da varstvo presega varstvo, določeno za dela. Dela in fonogrami so oboji varovani v celoti.

36. Na drugi strani je pravica do varstva fonograma pravica, ki obstaja in se uveljavlja popolnoma neodvisno od varstva dela, ki je morebiti na tem fonogramu. Čeprav večina fonogramov vsebuje posnetke izvedb avtorskopravno varovanih del, obstajajo namreč tudi drugačni položaji. Fonogram lahko na primer vsebuje posnetek izvedbe dela, katerega varstvo je poteklo, ali zvoke, ki nikakor niso delo, kot so zvoki narave. Tak fonogram je predmet varstva v celoti. To potrjuje tudi opredelitev fonograma iz pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino (SOIL) o izvedbah in fonogramih[18], katere člen 2(b) določa, da je fonogram „posnetek zvokov izvedbe ali drugih zvokov“. Čeprav so pravice proizvajalcev fonogramov pravice, sorodne avtorskim pravicam, to niso izvedene pravice. Področje varstva fonograma torej ni nikakor pogojeno s področjem varstva dela, ki ga lahko vsebuje.

17 Sodba z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Pogodba SOIL o izvedbah in fonogramih, ki je bila sprejeta 20. decembra 1996 v Ženevi in je začela veljati 20. maja 2002 ter h kateri je Evropska unija pristopila s Sklepom Sveta 2000/278/ES z dne 16. marca 2000 o sprejetju Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici ter Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o izvedbah in fonogramih v imenu Evropske skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 33, str. 208). V skladu z uvodno izjavo 15 Direktive 2001/29 je njen cilj tudi izvajati navedeno pogodbo.

– *Primerjava z varstvom pravic izdelovalcev baz podatkov*

37. Tretjič, nekatere zainteresirane osebe vzpostavljajo primerjavo med varstvom fonogramov in varstvom baz podatkov. Člen 7(1) Direktive 96/9/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 1996 o pravnem varstvu baz podatkov[19] namreč za izdelovalca baz podatkov določa pravico *sui generis*, da prepove „jemanje izvlečkov in/ali ponovno uporabo celotne vsebine […] ali […] bistvenega dela“ te baze podatkov. Po mnenju teh zainteresiranih oseb naj bi bil položaj proizvajalca fonograma analogen položaju izdelovalca baze podatkov, ker je v obeh primerih namen pravice, ki jo imata, varovati njune finančne vložke. Zato bi moralo biti tudi varstvo proizvajalca fonograma omejeno na reprodukcijo bistvenega dela fonograma.

38. Bolj me prepriča trditev nasprotnih strank v zvezi s tem, da je treba v obravnavanem primeru sprejeti razlago *a contrario* Direktive 2001/29. Navedena direktiva namreč ne vsebuje nobene omembe varstva bistvenega dela fonograma. Nasprotno, proizvajalec fonograma je varovan pred njegovo nedovoljeno reprodukcijo „v celoti ali deloma“, tako kot avtor dela (in tudi kot avtor baze podatkov v skladu s členom 5(a) Direktive 96/9). Dobesedna razlaga direktiv 96/9 in 2001/29 torej po mojem mnenju izključuje kakršno koli analogijo med obsegom varstva izdelovalca baze podatkov in obsegom varstva proizvajalca fonograma.

– *Varstvo fonograma v celoti*

39. Četrtič, strinjati se ne morem niti s trditvijo Komisije, da člen 11 Pogodbe SOIL o izvedbah in fonogramih določa samo varstvo pred nedovoljeno reprodukcijo fonograma v celoti[20]. Člen 11 navedene pogodbe namreč povzema besedilo člena 10 Rimske konvencije[21]. V skladu z vodičem za razlago te konvencije, ki ga je pripravila organizacija SOIL[22], se je na diplomatski konferenci, kjer je bilo besedilo sprejeto, štelo, da „je treba varstvo pred reprodukcijo, ki ni omejeno, razlagati, kot da vključuje varstvo pred delno reprodukcijo fonograma“[23]. Zato je treba člen 11 zgoraj navedene pogodbe SOIL razlagati enako. Poleg tega je v členu 2 Direktive 2001/29 izrecno navedena „delna“ reprodukcija fonograma.

40. Predlagam torej, naj se na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 2(c) Direktive 2001/29 razlagati tako, da vzetje odlomka fonograma za njegovo uporabo v drugem fonogramu (*sampling*) pomeni kršitev izključne pravice proizvajalca prvega fonograma, da dovoli ali prepove reproduciranje svojega fonograma v smislu navedene določbe, kadar se to izvede brez njegovega dovoljenja.

Drugo vprašanje za predhodno odločanje

41. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem za predhodno odločanje sprašuje, ali je treba člen 9(1)(b) Direktive 2006/115 razlagati tako, da fonogram, ki vsebuje odlomke, prenesene iz drugega fonograma (*sample*), pomeni kopijo tega drugega fonograma v smislu navedene določbe.

19 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 15, str. 459.

20 Navedena določba določa, da „[p]roizvajalci fonogramov uživajo izključno pravico dovoljevati neposredno ali posredno reproduciranje svojih fonogramov na kakršen koli način ali v kateri koli obliki“.

21 Konvencija za varstvo izvajalcev, proizvajalcev fonogramov in radiodifuznih organizacij, podpisana v Rimu 26. oktobra 1961.

22 Vodič po pogodbah o avtorski in sorodnih pravicah, ki jih izvaja SOIL, SOIL, Ženeva, 2003.

23 *Ibidem*, str. 154.

42. Zdi se, da zainteresirane osebe, ki so predložile stališča v tej zadevi, razen francoske vlade, analizirajo prvo in drugo vprašanje za predhodno odločanje skupaj in nanje odgovarjajo z ujemajočimi se odgovori (čeprav se ti odgovori razlikujejo glede na zainteresirano osebo). Vendar tako kot francoska vlada menim, da je treba člen 9(1)(b) Direktive 2006/115 razlagati glede na njen cilj in neodvisno od Direktive 2001/29.

43. Člen 9 Direktive 2006/115 določa pravico distribuiranja, med drugim za proizvajalce fonogramov. Ta pravica se nanaša na dajanje na voljo javnosti izvodov (kopij) varovanih predmetov, vključno s fonogrami, s prodajo ali kako drugače.

44. Na mednarodni ravni je ta ista pravica priznana v skladu z Ženevsko konvencijo [24]. Unija ni podpisnica te konvencije, 22 držav članic pa je. Navedena konvencija je tudi verjetno omenjena v uvodni izjavi 7 Direktive 2006/115 kot ena od „mednarodni[h] konvencij, na katerih temelji zakonodaja držav članic o avtorski in sorodnih pravicah“, katerih spoštovanje je treba zagotoviti v okviru uskladitve, ki se izvaja z navedeno direktivo.

45. Glavni namen pravice distribuiranja je varstvo pred tistim, kar na splošno imenujemo „piratstvo“, se pravi pred proizvodnjo in distribuiranjem javnosti ponarejenih kopij fonogramov (in drugih predmetov, kot so filmi). Te ponarejene kopije, ki nadomestijo zakonite kopije, močno zmanjšajo prihodke proizvajalcev fonogramov ter s tem prihodke, za katere bi lahko avtorji in izvajalci utemeljeno pričakovali, da jih bodo ustvarili s prodajo zakonitih kopij. Grožnja, ki izhaja iz piratstva, je med drugim izrecno navedena v uvodni izjavi 2 Direktive 2006/115 med razlogi za sprejetje te direktive.

46. Za piratstvo sta značilni proizvodnja in distribucija ponarejenih kopij fonogramov, katerih namen je, da nadomestijo zakonite kopije. Zaradi tega člen 1 Ženevske konvencije opredeljuje kopijo kot „predmet, ki vsebuje zvoke, prevzete neposredno ali posredno s fonograma, in obsega vse ali znaten del zvokov, posnetih na tem fonogramu“. Samo taka kopija namreč omogoča poslušalcu, da se seznani s fonogramom, ne da bi mu bilo treba kupiti zakonito kopijo.

47. Ker člen 9 Direktive 2006/115 določa isto pravico distribuiranja kot Ženevska konvencija in ker imata akta isti cilj, in sicer varstvo pred piratstvom, menim, da je treba pojem „kopija“ iz navedene določbe razlagati podobno kot v navedeni konvenciji in glede na ta cilj, kar pomeni, da gre za kopijo, ki vključuje celoto ali bistveni del zvokov varovanega fonograma in katere namen je nadomestiti njegove zakonite izvode. Področje uporabe navedene določbe je torej po mojem mnenju veliko ožje kot področje uporabe člena 2 Direktive 2001/29.

48. *Sampling* se ne uporablja za izdelavo fonograma, ki nadomesti izvirni fonogram, temveč za stvaritev novega dela, ki je neodvisno od tega fonograma. Podobno fonogram, ustvarjen s *samplingom*, ne vključuje celote ali bistvenega dela zvokov izvirnega fonograma. Takega fonograma torej ni mogoče označiti za kopijo v smislu člena 9(1)(b) Direktive 2006/115.

49. Predlagam torej, naj se na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 9(1)(b) Direktive 2006/115 razlagati tako, da fonogram, ki vsebuje odlomke, prenesene iz drugega fonograma (*sample*), ne pomeni kopije tega drugega fonograma v smislu navedene določbe.

24 Konvencija za varstvo proizvajalcev fonogramov pred nedovoljenim presnemavanjem njihovih fonogramov z dne 29. oktobra 1971, ki je začela veljati 18. aprila 1973.

Tretje vprašanje za predhodno odločanje

50. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali je treba člen 2(c) Direktive 2001/29 in člen 9(1)(b) Direktive 2006/115 razlagati tako, da nasprotujeta temu, da bi se za fonograme uporabljala določba notranjega prava države članice, kot je člen 24(1) UrhG, v skladu s katerim se lahko neodvisno delo ustvari s prosto uporabo drugega dela brez dovoljenja avtorja tega dela [25].

51. Kot sem pojasnil v okviru odgovora na drugo vprašanje za predhodno odločanje, se člen 9 Direktive 2006/115 ne uporablja za reprodukcije varovanih predmetov, katerih namen ni nadomestiti zakonite kopije teh predmetov. To zlasti velja za neodvisna dela, ustvarjena z uporabo elementov drugih del. Zgoraj navedeni člen, ki se ne uporablja za položaje, ki jih ureja člen 24 UrhG, temu ne nasprotuje. Analizo tretjega vprašanja za predhodno odločanje je torej treba omejiti na razlago določb Direktive 2001/29.

52. Direktiva 2001/29 v členih od 2 do 4 določa izključne pravice, ki jih imajo določene kategorije oseb, med drugim pravico proizvajalcev fonogramov, da dovolijo ali prepovejo reprodukcijo svojih fonogramov, ki je določena v členu 2(c) navedene direktive. Te pravice so ubesedene brezpogojno. Kljub temu člen 5 Direktive 2001/29 določa celo vrsto izjem in omejitev teh izključnih pravic, ki jih lahko države članice določijo v svojem notranjem pravu. Ta seznam izjem in omejitev je izčrpen, kot potrjujeta uvodna izjava 32 Direktive 2001/29 in ustaljena sodna praksa Sodišča [26].

53. Ta seznam vsebuje nekatere izjeme in omejitve izključnih pravic za olajšanje dialoga in umetniške konfrontacije z uporabo predhodno obstoječih del. Gre med drugim za izjemo citiranja iz člena 5(3)(d) Direktive 2001/29 in izjemo karikature, parodije ali pastiša iz člena 5(3)(k) iste direktive.

54. Seznam izjem in omejitev izključnih pravic iz člena 5 Direktive 2001/29 pa ne vključuje splošne izjeme, ki bi omogočala uporabo dela drugega za stvaritev novega dela. Iz tega izhaja, da države članice nimajo pravice, da bi v notranjem pravu določile tako izjemo, če ta presega izjeme, določene v Direktivi 2001/29, med drugim tiste, navedene v prejšnji točki.

55. Te ugotovitve ne izpodbije dejstvo, da se – kot poudarja predložitveno sodišče – v nemškem pravu pravilo iz člena 24(1) UrhG ne šteje za izjemo glede na avtorsko pravico, temveč kot omejitev, ki je neločljivo povezana z njo. Člen 5 Direktive 2001/29 namreč ne razlikuje med izjemami in omejitvami avtorske pravice (ali sorodnih pravic). Nekateri primeri v navedeni določbi se nanašajo na omejitve, ki so tudi neločljivo povezane z avtorsko pravico, kot je možnost proste uporabe dela za stvaritev drugega. Kot primer se lahko navede izjema privatnega razmnoževanja iz člena 5(2)(b) Direktive 2001/29 [27]. Zakonodajalec Unije je kljub temu štel, da je treba to omejitev uvrstiti na seznam mogočih izjem in omejitev.

56. Poleg tega bi bila – kot utemeljeno poudarjata nasprotni stranki – če bi bilo vsaki državi članici dovoljeno, da poleg seznama iz člena 5 Direktive 2001/29 uvede omejitve, za katere meni, da so neločljivo povezane z avtorsko pravico, ogrožena učinkovitost uskladitve izjem glede na avtorsko pravico, za katero si prizadeva zakonodajalec Unije. Kot je poudarjeno v uvodni izjavi 31 navedene direktive, je odprava razlik pri tem, kakšne izjeme glede na avtorsko pravico in sorodne pravice uporabljajo države članice, eden od ciljev navedene direktive.

25 V členu 24 UrhG je izrecno navedena samo uporaba del. Vendar je po navedbah predložitvenega sodišča namen te določbe, da se po analogiji uporablja tudi za uporabo drugih varovanih predmetov, vključno s fonogrami.

26 Glej novejšo sodbo z dne 7. avgusta 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, točka 16).

27 Glej v zvezi z neločljivo povezanostjo te omejitve moje sklepne predloge v zadevi EGEDA in drugi (C-470/14, EU:C:2016:24, točki 15 in 16).

57. Res je, da člen 5(3)(o) Direktive 2001/29 vsebuje nekakšno klavzulo mirovanja v zvezi z uporabo – s strani držav članic – izjem in omejitev, ki so v njihovem notranjem pravu obstajale že ob začetku veljave navedene direktive. Vendar gre za uporabo varovanih predmetov v „določenih […] manj pomembnih primerih“. Po mojem mnenju se izjema, ki je tako velika kot tista, določena v členu 24(1) UrhG, ne more šteti za omejeno na določene manj pomembne primere. Poleg tega morajo biti uporabe, ki spadajo na področje uporabe člena 5(3)(o) Direktive 2001/29, omejene na analogne uporabe. Navedena določba torej nikakor ne more vključevati posredovanja javnosti v elektronski obliki fonogramov, ki vsebujejo odlomke drugih fonogramov.

58. Nazadnje, v skladu s členom 5(5) Direktive 2001/29 se izjeme in omejitve iz navedenega odstavka uporabijo le v določenih posebnih primerih, ki niso v nasprotju z normalnim izkoriščanjem dela ali drugega varovanega predmeta in ne vplivajo pretirano na legitimne interese imetnika pravic. Navedena določba, na splošno imenovana „tristopenjski preizkus“, odraža analogne določbe mednarodnih konvencij na področju avtorskih in sorodnih pravic. Pomeni omejitev izjem in omejitev, ki se uporabljajo za izključne pravice. Ne more pa se razumeti kot dovoljenje za uvedbo nepredvidenih izjem ali omejitev ali za širitev področja uporabe obstoječih omejitev, ker naj ne bi škodovale običajnemu izkoriščanju dela ali drugega varovanega predmeta niti legitimnim interesom imetnikov izključnih pravic [28].

59. Zato predlagam, naj se na tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 2(c) Direktive 2001/29 razlagati tako, da nasprotuje temu, da bi se za fonograme uporabljala določba notranjega prava države članice, kot je člen 24(1) UrhG, v skladu s katerim se lahko neodvisno delo ustvari s prosto uporabo drugega dela brez dovoljenja avtorja tega dela, če presega okvir izjem in omejitev v zvezi z izključnimi pravicami, ki so določene v členu 5(2) in (3) navedene direktive.

Četrto vprašanje za predhodno odločanje

60. Predložitveno sodišče s četrtim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali se izjema citata iz člena 5(3)(d) Direktive 2001/29 uporablja v položaju, ko je bil odlomek fonograma vključen v drug fonogram na tak način, da se ne razlikuje od preostanka tega drugega fonograma.

61. To vprašanje se dotika bistva težave pri uporabi izjeme citata v primeru, kot je obravnavan v postopku v glavni stvari.

62. Izjema citata izvira iz literarnih del in se uporablja pretežno v njih. Vendar po mojem mnenju nič ne kaže, da se ne bi mogla izjema citat v avtorskem pravu Unije nanašati tudi na druge kategorije del, med drugim na glasbena dela [29]. Predpostavljati je tudi treba, da se lahko tako citiranje izvede z reprodukcijo odlomka fonograma, ker se izjeme in omejitve iz člena 5 Direktive 2001/29 nanašajo na pravice proizvajalcev fonogramov enako kot na pravice avtorjev.

63. Vendar mora citat izpolniti vrsto pogojev, da je zakonit. V zvezi z uporabo, kot je obravnavana v postopku v glavni stvari, so zlasti pomembni trije pogoji.

28 Glej v tem smislu sodbo z dne 10. aprila 2014, ACI Adam in drugi (C-435/12, EU:C:2014:254, točki 26 in 27).

29 Glej med drugim Mania, G., „Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, št. 1/2017, str. od 63 do 88. Glej tudi Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2015, str. 571. Zdi se, da je Sodišče tiho priznalo izjemo citata v zvezi z fonografskim delom (glej sodbo z dne 1. decembra 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, točki 122 in 123).

64. Prvi med njimi je izrecno določen v členu 5(3)(d) Direktive 2001/29 in se nanaša na namen citata. V skladu z navedeno določbo mora biti „namen [citata] na primer kritika ali ocena“. Uporaba izraza „na primer“ kaže, da ne gre za izčrpni seznam namenov citata, temveč za ponazoritev. Številni citati, med njimi umetniški citati, na primer glasbeni, niso namenjeni kritiki ali oceni, temveč imajo drugačne cilje. Kljub temu ubeseditev zadevne določbe po mojem mnenju jasno kaže, da mora biti namen citata, da vzpostavi nekakšen dialog s citiranim delom. Naj bo to konfrontacija ali poklon ali kaj tretjega, potrebna je interakcija med delom, ki citira, in citiranim delom.

65. Drugi pogoj za zakonitost citata, ki nekako izhaja iz prvega, je nespremenjenost citata in njegova prepoznavnost. Tako mora biti, na prvem mestu, citirani odlomek vključen v delo, ki citira, tak, kot je, ali v vsakem primeru brez izkrivljanja (nekatere prilagoditve so tradicionalno dovoljene, zlasti prevod). Na drugem mestu – to je vidik, o katerem neposredno sprašuje predložitveno sodišče – mora biti citat v delo, ki citira, vključen tako, da ga je mogoče z lahkoto prepoznati kot tuj element. To zahtevo je mogoče izpeljati iz prvega pogoja: kako bi lahko namreč delo, ki citira, vzpostavilo dialog ali konfrontacijo s citiranim delom, če se povsem pomeša z njim?

66. Zgoraj navedena pogoja omogočata razlikovanje med citatom in plagiatom.

67. Zdi se, da *sampling* na splošno in uporaba fonogramov, obravnavanih v postopku v glavni stvari, teh pogojev ne izpolnjujeta. Cilj *samplinga* ni ne vzpostavitev dialoga ne konfrontacija ne poklon uporabljenim delom. Pri tehniki *samplinga* se odlomki, vzeti iz drugih fonogramov, uporabljajo kot surovine ter se vključijo v nova dela tako, da postanejo njihovi sestavni in neprepoznavni deli. Poleg tega so ti odlomki pogosto tako spremenjeni in pomešani, da izgubijo vso izvirno celovitost. To torej ni oblika interakcije, temveč oblika prisvojitve. Obravnavani primer, v katerem se odlomek fonograma, ki je prekratek, da bi omogočal kakršno koli interakcijo, ponavlja ves čas trajanja novega fonograma in predstavlja njegov ritmični del, je njegova popolna ponazoritev.

68. Tem vsebinskim pogojem za zakonitost citata je dodana še tretja, formalna zahteva, ki je tudi navedena v členu 5(3)(d) Direktive 2001/29, in sicer zahteva po navedbi vira citata, vključno z imenom avtorja, razen če se izkaže, da to ni mogoče. Seveda, v primeru glasbenega dela je težko (če že ne nemogoče) navesti vir citata v samo delo. Vendar je to mogoče storiti na primer pri opisu dela, ki citira, in celo v njegovem naslovu. Zdi pa se mi, da v kulturi hiphopa ali rapa ni običajno, da se navede vir *samplov*, ki sestavljajo dela, ki spadajo v ti glasbeni zvrsti. Vsekakor iz spisa v tej zadevi ne izhaja, da bi vlagatelji revizije poskušali navesti vir odlomka, uporabljenega v skladbi *Nur mir*, ali imeni nasprotnih strank.

69. Predlagam torej, naj se na četrto vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da se izjema citata iz člena 5(3)(d) Direktive 2001/29 ne uporablja v položaju, ko je bil odlomek fonograma vključen v drug fonogram brez očitne želje vzpostaviti interakcijo s prvim fonogramom in tako, da se ne razlikuje od preostanka tega drugega fonograma.

70. Med izjemami in omejitvami iz člena 5(3) Direktive 2001/29 je tudi izjema karikature, parodije ali pastiša (člen 5(3)(k) Direktive 2001/29). Ta izjema bi se lahko morebiti upoštevala v zvezi z uporabo odlomkov fonogramov v drugem fonogramu. Ta izjema kot taka ni prenesena v nemško avtorsko pravo, vendar se lahko po mnenju predložitvenega sodišča izpelje iz člena 24(1) UrhG. Navedeno sodišče pa samo – po mojem mnenju upravičeno – zavrača zamisel o uporabi navedene izjeme za obravnavani primer. Navedena izjema namreč tako kot izjema citata predpostavlja interakcijo z uporabljenim delom ali vsaj z njegovim avtorjem, česar pa ni pri *samplingu*, kot je obravnavan

v postopku v glavni stvari[30].

Peto vprašanje za predhodno odločanje

71. Predložitveno sodišče želi s petim vprašanjem za predhodno odločanje določiti manevrski prostor, ki ga imajo države članice, ko v notranje pravo prenašajo določbe v zvezi z izključnimi pravicami iz členov 2 in 3 Direktive 2001/29 in člena 9 Direktive 2006/115 ter izjemami glede na te izključne pravice iz člena 5 Direktive 2001/29 in člena 10 Direktive 2006/115. Že na začetku opozarjam, da ker se po mojem mnenju pravica distribuiranja iz člena 9(1)(b) Direktive 2006/115 ne uporablja v takem položaju, kot je obravnavan v postopku v glavni stvari[31], bom to vprašanje analiziral samo z vidika Direktive 2001/29.

72. Kot navaja predložitveno sodišče, to vprašanje izhaja iz sodne prakse Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče), v skladu s katero je treba v primeru, ko direktiva državam članicam pri prenosu ne daje nobenega manevrskega prostora, določbe o prenosu te direktive v nemško pravo načeloma presojati ne glede na temeljne pravice, ki jih zagotavlja Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (ustava Zvezne republike Nemčije, v nadaljevanju: ustava) z dne 23. maja 1949, temveč samo glede na temeljne pravice, kot so zagotovljene v pravnem redu Unije[32].

73. V zvezi z nadzorom – glede temeljnih pravic – nacionalnih ukrepov, s katerimi se zagotovi prenos določb prava Unije, je Sodišče – s sklicevanjem na člen 53 Listine – menilo, da če je treba v skladu z aktom Unije za njegovo izvajanje sprejeti nacionalne ukrepe, lahko nacionalni organi in sodišča načeloma uporabijo nacionalne standarde glede varstva temeljnih pravic, če se s to uporabo ne posega v raven varstva, zagotovljeno z Listino, kot jo razlaga Sodišče, niti v primarnost, enotnost in učinkovitost prava Unije[33]. Tako država članica ne sme ovirati učinkovitosti določbe prava Unije, ki ni v nasprotju z Listino, z uporabo lastnih nacionalnih standardov varstva temeljnih pravic[34].

74. Diskrecijska pravica, ki jo imajo države članice pri prenosu Direktive 2001/29, je omejena na več načinov.

75. Prvič, pravice iz členov 2 in 3 Direktive 2001/29, med drugim pravica reproduciranja, ki jo imajo proizvajalci fonogramov do svojih fonogramov, določena v členu 2(c) navedene direktive, so ubesedene brezpogojno in njihovo varstvo v notranjem pravu držav članic je obvezno.

76. Drugič, pojmi, uporabljeni v določbah Direktive 2001/29, ki se ne nanašajo na zakonodajo držav članic, so avtonomni pojmi prava Unije[35]. Tak je na primer pojem „reproduciranje“ v smislu člena 2 navedene direktive[36]. Taki so tudi pojmi, ki opredeljujejo različne izjeme in omejitve v zvezi z izključnimi pravicami, ki jih ureja Direktiva 2001/29, med drugim pojem „parodija“, uporabljen v členu 5(3)(k) navedene direktive[37]. Enako bi moralo biti v zvezi s pojmom citata v smislu člena 5(3)(d) navedene direktive.

30 Sodišče v sodbi z dne 3. septembra 2014, Deckmyn in Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), dejansko ni postavilo zelo strogih zahtev v zvezi s pojmom parodije. Kljub temu je menilo, da ta „spominja“ na drugo delo (glej točko 2 izreka sodbe). Poleg tega je po mojem mnenju jasno, da v okoliščinah te zadeve delo z naslovom *Nur mir* ni ne parodija ne karikatura dela *Metall auf Metall*. Pastiš je imitacija sloga dela ali avtorja, ne da bi bili nujno uporabljeni elementi tega dela. V obravnavanem primeru je položaj obraten, in sicer gre za uporabo fonograma za stvaritev dela v popolnoma drugačnem slogu.

31 Glej del teh sklepnih predlogov, posvečen odgovoru na drugo vprašanje.

32 To sodno prakso je navedlo Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) v sodbi z dne 31. maja 2016, 1 BvR 1585/13, ki je podlaga za ta predlog za sprejetje predhodne odločbe (glej točko 81 teh sklepnih predlogov).

33 Sodba z dne 26. februarja 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, točka 60)

34 Glej v tem smislu sodbo z dne 26. februarja 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, točka 63)

35 Glej med drugim sodbo z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, točka 27).

36 Glej sodbo z dne 16. julija 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, točka 32).

37 Sodba z dne 3. septembra 2014, Deckmyn in Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, točka 15).

77. Nazadnje, tretjič, za izključne pravice, določene brezpogojno in obvezno za države članice v členu od 2 do 4 Direktive 2001/29, lahko veljajo samo izjeme in omejitve, izčrpno naštete v členu 5 od (1) do (3) navedene direktive. Ker so te izjeme, razen ene, neobvezne, imajo države članice manevrski prostor pri izbiri in oblikovanju izjem, ki se jim zdijo primerne za prenos v njihovo notranje pravo. Ne morejo pa uvesti nepredvidenih izjem niti razširiti področja uporabe obstoječih [38]. Vendar je treba opozoriti, da je tudi ta manevrski prostor omejen, saj nekatere od teh izjem izražajo uravnoteženje, ki ga je izvedel zakonodajalec Unije, s katerim je avtorska pravica uravnotežena z različnimi temeljnimi pravicami, med drugim svobodo izražanja. Zato se lahko dejstvo, da v notranjem pravu niso določene nekatere izjeme, izkaže za nezdružljivo z Listino [39].

78. Tako so države članice obvezane v svojem notranjem pravu zagotoviti varstvo izključnih pravic iz členov od 2 do 4 Direktive 2001/29, katerih področje uporabe je po potrebi opredeljeno v sodni praski Sodišča, te pravice pa se lahko omejijo samo v okviru uporabe izjem in omejitev, izčrpno določenih v členu 5 navedene direktive. Države članice tej obveznosti ne morejo nasprotovati z nobeno določbo notranjega prava, naj bo ta na ravni ustave ali temeljne pravice [40]. Lahko pa – tako kot to velja za vsako direktivo v skladu s členom 288, tretji odstavek, PDEU – prosto izbirajo načine, ki se jim zdijo primerni za izpolnitev te obveznosti. Pri tej izbiri jih lahko seveda vodijo med drugim vidiki v zvezi z njihovimi ustavnimi načeli in temeljnimi pravicami, če to ne škodi polnemu učinku prava Unije.

79. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj se na peto vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da so države članice obvezane v svojem notranjem pravu zagotoviti varstvo izključnih pravic iz členov od 2 do 4 Direktive 2001/29, te pravice pa se lahko omejijo samo v okviru uporabe izjem in omejitev, ki so izčrpno določene v členu 5 navedene direktive. Države članice lahko prosto izbirajo načine, ki se jim zdijo primerni za izpolnitev te obveznosti.

Šesto vprašanje za predhodno odločanje

Uvodne opombe

80. Predložitveno sodišče se s šestim vprašanjem za predhodno odločanje sprašuje o načinu, kako je treba upoštevati temeljne pravice iz Listine pri razlagi področja uporabe izključnih pravic, ki jih imajo proizvajalci fonogramov na podlagi direktiv 2001/29 in 2006/115, ter omejitev in izjem v zvezi s temi pravicami, določenih v teh direktivah.

81. Glede na ubeseditev tega vprašanja, ki je zelo splošna, dvomim o njegovi koristnosti za predložitveno sodišče, če bi se nanj odgovorilo tako na splošno. Vendar se zdi jasno, da je bilo to vprašanje postavljeno v zvezi s sodbo Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) [41], ki je na eni strani razveljavilo odločbo predložitvenega sodišča, s katero je to potrdilo sodbo višjega sodišča v korist nasprotnih strank na podlagi svobode umetniškega ustvarjanja iz člena 5 ustave, ter na drugi strani vrnilo zadevo predložitvenemu sodišču v ponovno presojo, po potrebi glede na temeljne pravice, zagotovljene v pravnem redu Unije, z vložitvijo predloga za predhodno odločanje na Sodišču, če je to potrebno.

38 Sodba z dne 10. aprila 2014, ACI Adam in drugi (C-435/12, EU:C:2014:254, točki 26 in 27).

39 Glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, točki 38 in 39).

40 Glej v tem smislu sodbo z dne 26. februarja 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, točka 59 in navedena sodna praksa).

41 Sodba z dne 31. maja 2016, 1 BvR 1585/13.

82. Šesto vprašanje za predhodno odločanje je treba torej razumeti tako, da predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali umetniška svoboda iz člena 13 Listine pomeni omejitev ali upravičuje kršitev izključne pravice proizvajalca fonograma, da dovoli ali prepove reprodukcijo dela svojega fonograma v primeru njegove uporabe v drugem fonogramu. Povedano drugače, to vprašanje se nanaša na problem morebitne primarnosti umetniške svobode pred navedeno izključno pravico proizvajalcev fonogramov.

83. Postaviti umetniško svobodo nasproti pravici, sorodni avtorski pravici, se zdi na prvi pogled paradoksalno. Glavni namen avtorske pravice in sorodnih pravic je namreč spodbujati razvoj umetnosti s tem, da se umetnikom zagotovijo prihodki od njihovih del, s čimer se osvobodijo odvisnosti od različnih mecenov in lahko svobodno opravljajo svojo ustvarjalno dejavnost [42].

84. Res je, da se ta zadeva ne nanaša neposredno na izključno pravico avtorjev, temveč na pravico proizvajalcev, ki jo imajo zaradi svojega finančnega in organizacijskega vložka. Vendar je zakonodajalec na eni strani proizvajalcem podelil izključne pravice, ker kot dodatni udeleženci prispevajo k stvaritvi in razširjanju del. Njihova pravica do fonogramov je jamstvo za plačilo njihovega vložka. Na drugi strani, čeprav fonogram ni nujno posnetek izvedbe dela, je tako na splošno pri glasbenih fonogramih, ki se obravnavajo v tej zadevi. Med osebami, udeleženimi pri uresničevanju takega fonograma, so običajno poleg proizvajalca tudi avtorji in izvajalci, katerih pravice so z nedovoljeno uporabo fonograma prav tako kršene. Postopek v glavni stvari se torej morda nanaša samo na pravice proizvajalcev fonogramov, vendar ko se začne razprava na ravni temeljnih pravic, se po mojem mnenju ne sme spregledati drugih zainteresiranih oseb.

85. Obravnavani primer je odlična ponazoritev tega. Nasprotni stranki, ki v postopku nastopata kot proizvajalca zadevnega fonograma, sta namreč tudi izvajalca, eden od njiju pa tudi avtor dela na zadevnem fonogramu [43]. Postavitev je podobna na nasprotni strani v sporu: vlagatelji revizije niso samo skladatelji dela na spornem fonogramu, temveč tudi njegovi proizvajalci. V sporu o glavni stvari si torej ne stojita nasproti le umetnik in proizvajalec fonograma, saj imata obe strani te lastnosti. Pri razmisleku o zadevnih temeljnih pravicah je treba torej upoštevati vse te različne interese.

Sodba Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče)

86. Zgoraj navedena sodba Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) [44] v glavnem temelji na razlagi člena 24(1) UrhG glede na umetniško svobodo iz člena 5(3), prvi stavek, ustave. Navedeno sodišče je predložitvenemu sodišču očitalo, da ni dovolj upoštevalo umetniške svobode vlagateljev revizije pri razlagi člena 24(1) UrhG, zlasti ko je razsodilo, da se ta določba ne uporablja, če je lahko umetnik sam poustvaril sekvenco zvokov, vzeto iz fonograma druge osebe. Taka razlaga naj bi nesorazmerno omejila ustvarjalno svobodo in s tem možnost umetniškega dialoga. Možnosti, ki jih imajo potem umetniki, in sicer da pridobijo licenco, da sami poustvarijo zvoke ali da se omejijo na zvoke, ki so na voljo v bazi obstoječih *samplov*, naj bi bile nezadostne, zlasti v glasbenih zvrsteh, ki so zelo odvisne od *samplinga*, kot je hiphop.

42 Ta funkcija avtorske pravice in sorodnih pravic je tudi izrecno potrjena v uvodnih izjavah od 9 do 11 Direktive 2001/29.

43 Njune pravice kot avtorja in izvajalcev so bile tudi podredno obravnavane v postopku na prvi stopnji (glej točko 14 teh sklepnih predlogov).

44 V tej analizi se opiram na angleško različico sodbe Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče), ki je na voljo na spletni strani navedenega sodišča, in pri opisu na komentarje te sodbe, zlasti Duhanic, I., „Copy this sound! The cultural importance of sampling for hiphop 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, zv. 11, št. 12, str. od 932 do 945; Mezei, P., „De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, zv. 139, št. 1, str. od 56 do 67; in 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, zv. 7, št. 1, str. od 119 do 127.

87. Nasprotno naj bi po mnenju Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) uporaba člena 24(1) UrhG za *sampling* samo zanemarljivo omejila lastninsko pravico proizvajalcev fonogramov, zagotovljeno v členu 14(1) ustave, ker nova dela njihovim fonogramom ne konkurirajo. Člen 85(1) UrhG, ki se nanaša na pravice proizvajalcev fonogramov, naj bi te varoval samo pred komercialnimi rabami in piratstvom v zvezi z njihovimi fonogrami, kar ne velja za *sampling*, ki je umetniška praksa. Čeprav bi po mnenju Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) zakonodajalec lahko določil nadomestilo za imetnike izključnih pravic za prosto uporabo (*freie Benutzung*) v skladu s členom 24(1) UrhG, neobstoj takega nadomestila ne krši ustavne lastninske pravice.

88. Nazadnje, Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) dodaja, da bi lahko poleg razlage v skladu z umetniško svobodo iz člena 24(1) UrhG predložitveno sodišče pravilno pretehtalo zadevne pravice tudi z restriktivno razlago pravic proizvajalcev fonogramov iz člena 85(1) navedenega zakona. Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) kljub temu ugotavlja, da bi lahko zadeva spadala na področje prava Unije glede na uskladitev pravic proizvajalcev fonogramov z Direktivo 2001/29. Če navedena direktiva državam članicam ne daje manevrskega prostora pri njenem prenosu, mora predložitveno sodišče zagotoviti temeljne pravice v skladu z Listino [45], po potrebi z vložitvijo predloga za sprejetje predhodne odločbe na Sodišču. Predložitveno sodišče se mora prepričati tudi o vzdrževanju neodtujljive minimalne ravni varstva temeljnih pravic, kot je opredeljena v ustavi.

Presoja v skladu s pravom Unije

89. Avtorsko pravo Unije ne pozna omejitve izključnih pravic iz Direktive 2001/29, ki bi bila analogna tisti iz člena 24(1) UrhG. Kot sem ugotovil v okviru odgovora na tretje vprašanje za predhodno odločanje, je ta določba po mojem mnenju nezdružljiva z Direktivo 2001/29 v tem, da dovoljuje odstopanja od izključnih pravic, ki presegajo izjeme iz člena 5 navedene direktive, med drugim izjeme citata in karikature, parodije ali pastiša. Te izjeme pa se po mojem mnenju ne uporabljajo v položaju, kakršen je obravnavani v postopku v glavni stvari [46]. Sklepanje, analogno sklepanju Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče), torej v pravu Unije ni mogoče. Kako je treba torej presoditi izključno pravico do reproduciranja, ki jo imajo proizvajalci fonogramov v skladu s členom 2(c) Direktive 2001/29, glede na temeljne pravice, ki jih zagotavlja Listina?

90. Avtorska pravica in sorodne pravice s tem, ko vzpostavljajo monopol njihovih imetnikov nad intelektualnimi ali umetniškimi dobrinami, kot so dela, fonogrami itd., lahko omejijo uveljavljanje nekaterih temeljnih pravic, zlasti svobode izražanja in umetniške svobode. Poleg tega je intelektualna lastnina sama varovana kot temeljna lastninska pravica. Pretehtati je torej treba te pravice, med katerimi načeloma nobena ne prevlada nad drugimi [47]. Avtorska pravica je že predmet takega tehtanja pri tem, ko se določijo nekatere omejitve in izjeme. Te so namenjene zagotavljanju uravnoteženosti med pravicami in interesi imetnikov avtorskih pravic in sorodnih pravic na eni strani ter različnimi drugimi javnimi in zasebnimi interesi na drugi strani, vključno s pravico do varstva temeljnih pravic.

91. Umetniška svoboda iz člena 13, prvi stavek, Listine je oblika svobode izražanja, navedena v členu 11 Listine. Sistem Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane 4. novembra 1950 v Rimu (v nadaljevanju: EKČP), ne pozna take svobode kot avtonomne pravice, temveč je umetniška svoboda izpeljana iz svobode izražanja iz člena 10 navedene konvencije.

45 V skladu s sodno prakso Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče), navedeno v točki 72 teh sklepnih predlogov.

46 Glej del teh sklepnih predlogov, posvečen odgovoru na četrto vprašanje.

47 Glej v tem smislu novejšo sodbo z dne 18. oktobra 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, točka 44).

92. Svoboda izražanja, iz katere izhaja umetniška svoboda, se nanaša predvsem na pridobitev in razširjanje zamisli in informacij ter posledično, glede umetnosti, na vsebino del[48]. Zlasti cenzura te vsebine lahko pomeni kršitev umetniške svobode[49]. Nasprotno menim, da je svoboda umetnikov veliko ožja pri pridobivanju sredstev za njihovo ustvarjanje. Vsak umetnik se mora prilagoditi pogojem življenja v družbi in na trgu, kjer deluje. Umetniška svoboda umetnikov ne osvobaja omejitev vsakdanjega življenja. Bi si bilo mogoče zamisliti, da bi se lahko slikar skliceval na svobodo ustvarjanja, da ne bi plačal barv in čopičev[50]?[51]

93. Res je, da ima v glasbenih zvrsteh, kot sta hiphop in rap, *sampling* posebno vlogo, ki ni samo sredstvo za ustvarjanje, temveč tudi umetniški pristop sam po sebi. Vendar to ne more biti odločilni argument v okviru pravne razprave, saj mora biti razlaga pravnih pravil enaka za vse. Če bi se štelo, da je *sampling* odlomkov fonogramov brez dovoljenja imetnikov pravic nezakonit, bi to veljalo tako za glasbenike iz kulture hiphopa kot za druge glasbenike.

94. Umetniki morajo poleg tega upoštevati omejitve, ki jih postavlja življenje za umetniško svobodo v položajih, ko posegajo v temeljne pravice in svoboščine drugih oseb, zlasti v njihovo lastninsko pravico, vključno z intelektualno lastnino. V takih primerih je tehtanje različnih pravic in interesov izredno zapleteno in redko obstaja ena sama rešitev, ki bi jo podprli vsi. To tehtanje mora v demokratični družbi opraviti predvsem zakonodajalec, ki pooseblja splošno voljo. Zakonodajalec ima pri tem široko diskrecijsko pravico[52]. Uporaba zakonodajnih rešitev je nato predmet nadzora sodišč, ki morajo prav tako poskrbeti za spoštovanje temeljnih pravic v okviru te uporabe za konkretne primere. Vendar mora biti, razen v izrednih primerih[53], ta nadzor običajno izveden znotraj omejitev upoštevnih določb, za katere se domneva veljavnost, vključno z vidika temeljnih pravic. Če bi za združljivo s temeljnimi pravicami priznali samo eno samo rešitev, bi bila diskrecijska pravica zakonodajalca nična.

95. Kot sem že navedel, avtorsko pravo Unije upošteva različne pravice in interese, ki so lahko v nasprotju z izključnimi pravicami avtorjev in drugih imetnikov pravic, zlasti umetniško svobodo. Izjeme glede na izključne pravice, kot so izjeme citata ter karikature, parodije ali pastiša, omogočajo dialog in umetniško konfrontacijo z navajanjem prej obstoječih del. V okviru veljavnih pravil se lahko ta konfrontacija izvede predvsem na naslednje tri načine. Prvič, s stvaritvijo del, ki se navdihujejo s prej obstoječimi deli, vendar ne uporabljajo neposredno njihovih varovanih elementov; drugič, v okviru obstoječih omejitev in izjem v zvezi z izključnimi pravicami in nazadnje, tretjič, s pridobitvijo potrebnih dovoljenj.

96. Menim, da umetniška svoboda, kot je določena v členu 13 Listine, ne zahteva uvedbe ali priznanja izjeme ali omejitve, podobne tisti iz člena 24 UrhG, ki bi veljala za uporabe, kakršne so tiste, obravnavane v postopku v glavni stvari, pri katerih se dela ali drugi varovani predmeti ne uporabljajo za vzpostavitev interakcije z njimi, temveč samo kot surovina za stvaritev novih del, ki nikakor niso povezana s prejšnjimi deli. Dejstvo, da bi bilo treba pridobiti licenco za tako uporabo, po mojem

48 Po mnenju Evropskega sodišča za človekove pravice je svoboda izražanja iz odstavka 1 člena 10 [EKČP] eden od bistvenih temeljev demokratične družbe, eden od osnovnih pogojev za njen napredek in razvoj vsakega posameznika. S pridržkom odstavka 2 velja ne samo za ‚informacije' ali ‚zamisli', sprejete z odobravanjem ali štete za nedolžne ali nevtralne, temveč tudi za tiste, ki prizadenejo, šokirajo ali vznemirijo državo ali kateri koli del prebivalstva" (ESČP, 25. januar 2007, Vereinigung Bildender Künstler proti Avstriji, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, točka 26).

49 Glej ESČP, 25. januar 2007, Vereinigung Bildender Künstler proti Avstriji (CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

50 Seveda bi bila lahko presoja drugačna, če bi bile take težave povzročene umetniku z namenom, da se mu prepreči ustvarjanje ravno zaradi vsebine njegovega dela (glej film A. Wajde *Powidoki* (*Paslika*) o nadlegovanju poljskega slikarja Władysława Strzemińskega v stalinističnem obdobju). Vendar so to skrajni primeri.

51 Evropsko sodišče za človekove pravice je v zvezi s tem potrdilo, da „se umetnik in tisti, ki promovira njegova dela, ne izogneta možnostim omejitve, ki jih ureja odstavek 2 člena 10 [EKČP]. Kdor se sklicuje na svobodo izražanja, namreč v skladu z določbami navedenega odstavka prevzame ‚dolžnosti in odgovornosti'; njihov obseg je odvisen od njegovega položaja in od uporabljenih postopkov" (ESČP, 25. januar 2007, Vereinigung Bildender Künstler proti Avstriji, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, točka 26).

52 Glej v tem smislu ESČP, 10. januar 2013, Ashby Donald in drugi proti Franciji (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, točka 40).

53 Glej na primer zadevo C-469/17, Funke Medien NRW, v kateri sem predstavil sklepne predloge 25. oktobra 2018 (EU:C:2018:870).

mnenju ne omejuje umetniške svobode toliko, da bi bile presežene običajne omejitve trga, zlasti ker ta nova dela avtorjem in proizvajalcem pogosto prinesejo nezanemarljiv prihodek. Glede trditve, da bi se lahko v nekaterih primerih izkazalo, da je nemogoče pridobiti licenco, na primer če bi imetniki pravic to zavrnili, menim, da umetniška svoboda ne more vsakomur zagotoviti možnosti, da bo pri svojem ustvarjanju prosto uporabljal vse, kar želi.

97. Menim tudi, da finančni interesi proizvajalcev fonogramov, s katerimi so utemeljene njihove izključne pravice, niso omejeni na varstvo pred komercialnimi uporabami in piratstvom. V pravu Unije je tak primer pravica distribucije [54]. Pravica reprodukcije pa je zasnovana široko in vključuje vse mogoče oblike izkoriščanja fonograma. Poleg tega se zdi pravično, da bi bil proizvajalec fonograma udeležen pri prihodku, ki izhaja iz izkoriščanja del, ustvarjenih z uporabo njegovega fonograma. Še več, pri uravnoteženju temeljnih pravic je treba upoštevati ne samo materialne pravice in interese proizvajalcev fonogramov, temveč tudi pravice izvajalcev in avtorjev, vključno z njihovimi moralnimi pravicami. Te in zlasti pravica do celovitosti dela lahko legitimno nasprotujejo uporabi tega dela, tudi kadar za to uporabo velja izjema [55].

98. Varstvo, dodeljeno proizvajalcem fonogramov v pravu Unije in v mednarodnem pravu, se lahko šteje za nesorazmerno, ker je enako varstvu avtorjev (glede materialnih pravic). Ne izključujem, da lahko tehtanje različnih pravic in interesov, ki ga bo opravil zakonodajalec Unije, v prihodnosti privede do uvedbe izjeme glede na izključne pravice avtorjev in drugih imetnikov pravic v zvezi z uporabami, kot je *sampling*. Vendar to ni naloga sodišča. Pri sodnemu nadzoru uporabe veljavnih določb imajo temeljne pravice drugačno vlogo: to je nekakšen *ultima ratio*, ki ne more utemeljiti odstopanja od besedila upoštevnih določb, razen ob očitni kršitvi bistvene vsebine temeljne pravice [56]. Po mojem mnenju v primeru *samplinga* v okviru avtorskega prava Unije ni tako.

99. Predlagam torej, naj se na šesto vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da izključna pravica proizvajalcev fonogramov, da v skladu s členom 2(c) Direktive 2001/29 dovolijo ali prepovejo reprodukcijo dela svojih fonogramov v primeru njegove uporabe za *sampling*, ni v nasprotju z umetniško svobodo, kot je določena v členu 13 Listine.

Predlog

100. Glede na navedeno predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija), odgovori:

1. Člen 2(c) Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi je treba razlagati tako, da vzetje odlomka fonograma za njegovo uporabo v drugem fonogramu (*sampling*) pomeni kršitev izključne pravice proizvajalca prvega fonograma, da dovoli ali prepove reproduciranje svojega fonograma v smislu navedene določbe, kadar se to izvede brez njegovega dovoljenja.

2. Člen 9(1)(b) Direktive 2006/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter o določenih pravicah, sorodnih avtorski pravici, na področju intelektualne lastnine je treba razlagati tako, da fonogram, ki vsebuje odlomke, prenesene z drugega fonograma (*sample*), ne pomeni kopije tega drugega fonograma v smislu navedene določbe.

54 Glej del teh sklepnih predlogov, posvečen odgovoru na drugo vprašanje.

55 Glej v tem smislu sodbo z dne 3. septembra 2014, Deckmyn in Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, točke od 27 do 31).

56 Glej v tem smislu novejšo sodbo z dne 18. oktobra 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, točka 46).

3. Člen 2(c) Direktive 2001/29 je treba razlagati tako, da nasprotuje temu, da bi se za fonograme uporabljala določba notranjega prava države članice, kot je člen 24(1) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (zakon o avtorski in sorodnih pravicah) z dne 9. septembra 1965, v skladu s katero se lahko neodvisno delo ustvari s prosto uporabo drugega dela brez dovoljenja avtorja, če presega okvir izjem in omejitev v zvezi z izključnimi pravicami, ki so določene v členu 5(2) in (3) navedene direktive.

4. Izjema citata iz člena 5(3)(d) Direktive 2001/29 se ne uporablja v položaju, ko je bil odlomek fonograma vključen v drug fonogram brez očitne želje vzpostaviti interakcijo s prvim fonogramom in na način, ki se ne razlikuje od preostanka tega drugega fonograma.

5. Države članice so obvezane v svojem notranjem pravu zagotoviti varstvo izključnih pravic iz členov od 2 do 4 Direktive 2001/29, te pravice pa se lahko omejijo samo v okviru uporabe izjem in omejitev, ki so izčrpno določene v členu 5 navedene direktive. Države članice pa lahko prosto izbirajo načine, ki se jim zdijo primerni za izpolnitev te obveznosti.

6. Izključna pravica proizvajalcev fonogramov, da v skladu s členom 2(c) Direktive 2001/29 dovolijo ali prepovejo reprodukcijo dela svojih fonogramov v primeru njegove uporabe za *sampling*, ni v nasprotju z umetniško svobodo, kot je določena v členu 13 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.