Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 12. december 2018 [1]

Sag C-476/17

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – ophavsret og beslægtede rettigheder – retten til reproduktion – reproduktion af meget små uddrag af et fonogram (*sampling*) – fri benyttelse af et værk – hensyntagen til de grundlæggende rettigheder i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder«

Indledning

1. *Sampling* (udtagning af prøver) er en teknik, der består i, at der ved hjælp af elektroniske udstyr fra et fonogram tages uddrag (*samples* eller prøver, deraf navnet på denne teknik) med henblik på at anvende dette uddrag som en del af en ny musikkomposition i et andet fonogram. Disse uddrag bliver ved genanvendelsen ofte mixet, ændret eller gentaget i loops på en mere eller mindre genkendelig måde i det nye værk. Det skal ligeledes bemærkes, at der kan være tale om uddrag af varieret længde på alt fra under et sekund op til flere dusin sekunder. *Sampling* er således et mangesidet fænomen, som det er vanskeligt at foretage en retlig kvalificering af [2].

2. Selv om komponisters genanvendelse af tidligere lydsekvenser sikkert er lige så gammel som musik i sig selv, er *sampling* et nyt fænomen, der er muliggjort gennem moderne metoder til optagelse og redigering af lyd, hvilken metode i starten var analog og nu numerisk. I modsætning til udnyttelsen af en sekvens fra et andet musikværk ved komponeringen af et nyt værk er ideen med *sampling* at udtage lydene fra et fonogram direkte, dvs. fra et fremført og registreret værk, med henblik på at indarbejde dem i værket i et nyt fonogram. *Sampling* er således et fænomen, som er typisk for musik, der indspilles på et fonogram. Den omstændighed, at der kopieres sekvenser fra noderne i et musikværk med henblik på at indarbejde dem i et nyt musikværk og den efterfølgende udførelse heraf, udgør dermed ikke *sampling*.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Jf. bl.a. P. Piesiewicz, »Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne »samplingu«)«, *Państwo i prawo*, nr. 3/2006.

3. Selv om *sampling* kan anvendes inden for alle musikgenrer, er det mest inden for hiphop og rap, som opstod i 1970'erne i de mindre privilegerede områder i New York (De Forenede Stater), at *sampling* benyttes [3]. Denne musik udspringer først og fremmest af den brug, som foretages af *discjockeyer* (»DJ's«), som splejser, ændrer og mixer lyde udtaget af musik optaget på vinylplader. Denne praksis har medført egne kompositioner, som er afledt heraf. *Sampling* udgør således selve grundlaget for denne musikgenre. Visse værker kan endda anses for at bestå af en blanding af *samples*.

4. *Sampling* spiller ikke kun en vigtig rolle i denne nye musikalske skaben, men udgør også et retligt problem, navnlig efter at hiphoppen forlod gaderne i Bronx og blev mainstream og en ikke uvæsentlig indkomstkilde for dens ophavsmænd, udøvende kunstnere og fonogramfremstillere. Problemet med at foretage en retlig vurdering af dette fænomen skyldes den omstændighed, at der ikke er tale om et i ophavsretlig henseende klassisk forhold: værk til værk, men derimod et forhold: fonogram – dvs. en handelsvare – til værk – dvs. en kunstnerisk frembringelse. En kunstner, som benytter sig af *sampling*, lader sig ikke kun inspirere af en andens frembringelser, men høster også frugten af de anstrengelser og redigeringer, som fonogrammet er udtryk for. Dette arrangement, som er ganske nyt inden for ophavsretten [4], vedrører spørgsmål om fonogramfremstilleres beslægtede rettigheder, på den ene side, og »samplernes« kreative frihed, på den anden side.

5. Denne anmodning om en præjudiciel afgørelse, hvormed *sampling* bringes inden for EU-rettens anvendelsesområde, er afslutningen på en lang føljeton af nationale retssager [5], hvori to af de øverste tyske retsinstanser allerede har truffet afgørelse. Nu er det Domstolen, som skal tage ordet i denne debat, hvor den »postmodernistiske« kunstneriske frihed står over for den gode gamle ejendomsret.

Retsforskrifter

EU-retten

6. Artikel 2, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [6] bestemmer:

»Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

[…]

c) for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer

[…]«

3 – Mht. hiphoppens historie jf. T.M. Evans, »Sampling, Looping, and Mashing… Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law«, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 21, nr. 4, s. 843.

4 – Selv om en af de første sager vedrørende *sampling*, Grand Upright Music, Ltd v. Warner Bros. Records Inc., som der blev truffet afgørelse i af United States District Court for the Southern District of New York (forbundsdistriktsdomstol for det sydlige New York, De Forenede Stater), går helt tilbage til 1991.

5 – Stævningen i første instans i hovedsagen blev indleveret den 8.3.1999.

6 – EFT 2001, L 167, s. 10.

7. Dette direktivs artikel 5, stk. 3, litra d), k) og o), samt artikel 5, stk. 5, bestemmer:

»3. Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

[…]

d) hvis der er tale om citater med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at de vedrører et værk eller en anden frembringelse, som allerede er gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis, kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt, og citaterne er i overensstemmelse med god skik og med hensyn til deres omfang ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til

[…]

k) hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche

[…]

o) hvis der er tale om anvendelse i visse andre mindre væsentlige tilfælde, hvor der allerede findes undtagelser eller indskrænkninger i henhold til national lovgivning, såfremt de kun vedrører analoge anvendelser og ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenester inden for Fællesskabet, jf. dog de øvrige undtagelser og indskrænkninger i denne artikel.

[…]

5. Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«

8. Artikel 9, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret[7] bestemmer:

»1. Medlemsstaterne giver de følgende eneret til at gøre genstandene angivet i litra a) til d), herunder eksemplarer deraf, tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde; denne ret benævnes i det følgende »spredningsret«:

[…]

b) fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer

[…]«

9. Dette direktivs artikel 10, stk. 2, første afsnit, bestemmer:

»2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, for så vidt angår beskyttelsen af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer, radio- og fjernsynsselskaber og producenter af den første optagelse af film, indføre lignende indskrænkninger som dem, de indfører med hensyn til beskyttelsen af ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.«

7 – EUT 2006, L 376, s. 28.

Tysk ret

10. Direktiv 2001/29 og 2006/115 er blevet gennemført i tysk ret ved Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 9. september 1965 (herefter »UrhG«). Fonogramfremstillernes rettigheder er beskyttet i henhold til denne lovs § 85, stk. 1.

11. UrhG's § 24 indeholder en generel undtagelse fra ophavsretten, der har følgende ordlyd:

»1. Et selvstændigt værk, som er skabt ved fri benyttelse af en andens værk, må offentliggøres og udnyttes uden samtykke fra det benyttede værks ophavsmand.

2. Stk. 1 gælder ikke for anvendelsen af et musikværk, hvorfra en melodi på en genkendelig måde udtages fra værket for at blive anvendt ved fremstillingen af et nyt værk.«

Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

12. Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben, sagsøgere i første instans og revisionsindstævnte i hovedsagen (herefter »indstævnte«), er medlemmer af musikgruppen Kraftwerk. Gruppen udgav i 1977 et fonogram med titlen *Metall auf Metall*. De indstævnte er fremstillere af dette fonogram og ligeledes udøvende kunstnere af dette værk, og Ralf Hütter er desuden ophavsmand hertil (komponist).

13. Det tyske selskab Pelham GmbH, sagsøgte i første instans og revisionsappellant i hovedsagen, er fremstiller af et fonogram, der indeholder værket med titlen *Nur mir*, der bl.a. er blevet fortolket af sangerinden Sabrina Setlur. Moses Pelham og Martin Haas, ligeledes sagsøgte i første instans og revisionsappellanter i hovedsagen, er ophavsmænd til dette værk.

14. De indstævnte har gjort gældende, at Pelham, Moses Pelham og Martin Haas (herefter under ét »appellanterne«) ved hjælp af *sampling*-teknikken har kopieret ca. to sekunder af en rytmesekvens fra titlen *Metall auf Metall* og indarbejdet den i loops i værket med titlen *Nur mir*. De er af den opfattelse, at appellanterne har krænket de beslægtede rettigheder, som de i deres egenskab af fremstillere af det omhandlede fonogram er indehavere af. De indstævnte har subsidiært påberåbt sig den intellektuelle ejendomsret, som de er indehavere af i deres egenskab af udøvende kunstner, og gjort gældende, at Ralf Hütters ophavsrettigheder til musikværket er blevet krænket. Mere subsidiært har de indstævnte gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af konkurrencelovgivningen. Den sag, der verserer for den forelæggende ret, vedrører imidlertid alene de rettigheder, som de indstævnte har i deres egenskab af fonogramfremstillere.

15. De indstævnte har nedlagt påstand om, at krænkelsen skal bringes til ophør, tilkendelse af skadeserstatning, udlevering af oplysninger og udlevering af fonogrammerne med henblik på destruktion. Førsteinstansen gav sagsøgerne medhold, og de sagsøgtes appel blev ikke taget til følge. Efter at de sagsøgte havde iværksat revisionsappel, blev den af appelretten afsagte dom ophævet af den forelæggende ret ved dom af 20. november 2008, og sagen blev hjemvist til appelretten til fornyet behandling. Appelretten forkastede på ny de sagsøgtes appel. Efter at de sagsøgte på ny havde iværksat revisionsappel, forkastede den forelæggende ret denne gang appellen ved en dom af 13. december 2012. Denne dom blev ophævet af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) [8], som hjemviste sagen til den forelæggende ret.

8 – Dom af 31.5.2016, 1 BvR 1585/13.

16. Under disse omstændigheder har Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der et indgreb i eneretten for en fremstiller af fonogrammer til reproduktion af hans fonogram i henhold til artikel 2, litra c), i direktiv [2001/29], når meget små lydbidder udtages af hans fonogram og overføres til et andet fonogram?

2) Er et fonogram, som indeholder meget små lydbidder, der er overført fra et andet fonogram, i henhold til artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv [2006/115] et eksemplar af det andet fonogram?

3) Kan medlemsstaterne indføre en bestemmelse, der – som bestemmelsen i [UrhG's] § 24, stk. 1 […] – præciserer, at beskyttelsen af fremstilleren af fonogrammets eneret til reproduktion [artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29] og spredning [artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115] af hans fonogram er begrænset immanent på den måde, at et selvstændigt værk, som er skabt ved fri benyttelse af hans fonogram, må udnyttes uden hans samtykke?

4) Bliver et værk eller en anden frembringelse som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv [2001/29] benyttet til brug for citater, hvis det ikke fremgår, at der benyttes et fremmed værk eller en fremmed anden frembringelse?

5) Giver de EU-retlige bestemmelser om fremstilleren af fonogrammets ret til reproduktion og spredning [artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 og artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115] og undtagelserne fra eller begrænsningerne af disse rettigheder (artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv [2001/29] og artikel 10, stk. 2, første punktum, i direktiv [2006/115]) et spillerum med hensyn til gennemførelsen i national ret?

6) På hvilken måde skal der ved fastlæggelsen af omfanget af beskyttelsen af fremstilleren af fonogrammets eneret til reproduktion [artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29] og spredning [artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115] af hans fonogram og rækkevidden af undtagelserne fra eller begrænsningerne af disse rettigheder (artikel 5, stk. 2 og 3, i direktiv [2001/29] og artikel 10, stk. 2, første punktum, i direktiv [2006/115]) tages hensyn til de grundlæggende rettigheder i [Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder] [(herefter »chartret«)]?«

17. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 4. august 2017. Der er afgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, den tyske og den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt af Europa-Kommissionen. De samme parter var repræsenteret i retsmødet den 3. juli 2018.

Bedømmelse

18. I den foreliggende sag har Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen) forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-retten vedrørende ophavsret, beslægtede rettigheder og grundlæggende rettigheder under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen. Jeg vil gennemgå spørgsmålene i den rækkefølge, hvori de er stillet.

Det første præjudicielle spørgsmål

19. Den forelæggende ret ønsker med det første præjudicielle spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at udtagning af et brudstykke af et fonogram med henblik på dets anvendelse i et andet fonogram (*sampling*) udgør indgreb i eneretten for fremstilleren af det første fonogram til at tillade eller forbyde reproduktion af hans fonogram som omhandlet i denne bestemmelse, når udtagningen foretages uden sidstnævntes tilladelse.

20. De interesserede parter, som har afgivet indlæg i den foreliggende sag, er uenige hvad dette angår. De indstævnte og den franske regering har foreslået, at dette første spørgsmål besvares bekræftende, mens appellanterne og de andre regeringer såvel som Kommissionen foreslår, at spørgsmålet besvares benægtende. Inden de fremsatte forskellige argumenter skal analyseres, finder jeg det indledningsvis hensigtsmæssigt at behandle et indledende spørgsmål.

Indledende bemærkning – tidsmæssigt anvendelsesområde for direktiv 2001/29

21. Den forelæggende ret har bemærket, at direktiv 2001/29 i artikel 10 begrænser sit tidsmæssige anvendelsesområde til handlinger, som er udført efter den 22. december 2002, mens det omtvistede fonogram, der indeholder værket med titlen *Nur mir*, udkom i 1997.

22. Det skal imidlertid bemærkes, at ifølge artikel 10, stk. 1, i direktiv 2001/29, finder direktivet anvendelse på de værker og andre frembringelser, som den 22. december 2002 er beskyttet efter medlemsstaternes lovgivning, hvilket er tilfældet med det fonogram, som de indstævnte er indehavere af.

23. Det er korrekt, at det fremgår af artikel 10, stk. 2, i direktiv 2001/29, at direktivet ikke berører handlinger foretaget og rettigheder erhvervet inden denne dato. Det er ligeledes korrekt, at Domstolen på grundlag af denne bestemmelse har fastslået, at udnyttelsen af værker og andre frembringelser, der er sket før denne dato, ikke er omfattet af dette direktiv[9]. Ifølge den forelæggende ret er det i hovedsagen omhandlede fonogram imidlertid ligeledes blevet udnyttet efter den 22. december 2002. Direktiv 2001/29 finder derfor anvendelse på disse handlinger.

24. Nu, hvor dette af afklaret, vil jeg gå videre med den materielle bedømmelse af det første præjudicielle spørgsmål.

Bedømmelse af sagens realitet

25. Det er mellem parterne i hovedsagen ubestridt, at appellanterne har reproduceret et uddrag på ca. to sekunder af en rytmesekvens fra værket med titlen *Metall auf Metall* og med minimale ændringer og på en genkendelig måde indarbejdet den i loops som en rytmesekvens i fonogrammet med værket *Nur mir*[10].

9 – Jf. i denne retning dom af 27.6.2013, VG Wort m.fl. (C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426, punkt 1 i domskonklusionen).

10 – Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at der findes flere versioner af dette værk. Jeg skal her henvise til den første version af værket med titlen *Nur mir*.

26. Jeg mener, at det siger sig selv, at en sådan handling udgør en reproduktion som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2001/29, idet denne bestemmelse som nævnt vedrører al »direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent« reproduktion »på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis«. Hvad *sampling* angår er der (generelt) tale om en direkte og permanent reproduktion ved hjælp af digitale midler og i digital form af en del af et fonogram. Det forekommer dermed indlysende, at denne handling udgør et indgreb i rettighederne for fremstillerne af det omhandlede fonogram til at tillade eller forbyde en sådan reproduktion uden deres tilladelse.

27. Appellanterne i hovedsagen og visse regeringer, som har fremsat bemærkninger, ligesom Kommissionen har imidlertid fremført en række argumenter med henblik på at godtgøre, at denne rettighed, som tilkommer fremstillere, skal indskrænkes således, at reproduktionshandlinger som de i hovedsagen omhandlede ikke er omfattet af denne eneret.

– *Bagatelgrænse*

28. Disse interesserede parter har for det første draget en parallel til Domstolens praksis vedrørende den ophavsretlige beskyttelse af uddrag af værker. Domstolen har nemlig fastslået, at den ophavsretlige beskyttelse vedrører værker, der er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Uddrag af et værk kan dermed beskyttes af ophavsmanden, forudsat at de indeholder visse elementer, der er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse som skaber af dette værk [11]. Med henvisning til, at den ret som fonogramfremstillere har, ikke beskytter den intellektuelle skabelse, men derimod den økonomiske investering, har visse af parterne i den foreliggende sag gjort gældende, at denne ret kun beskytter uddrag af fonogrammer af en tilpas længde til, at de kan være udtryk for denne investering. Udtagningen af meget korte uddrag – eller *sampling* – udgør dermed ikke nogen risiko for fonogramfremstillernes økonomiske interesser, og de er dermed ikke omfattet af fonogramfremstillernes eneret. Ifølge visse af parterne er fonogramfremstillernes eneret således underlagt en bagatelgrænse i lighed med beskyttelsen af ophavsmænds rettigheder.

29. Jeg mener, at dette ræsonnement er baseret på en urigtig læsning af den ovennævnte retspraksis fra Domstolen. Hvad angår Infopaq International-dommen har Domstolen fastslået, at de litterære værker, der var genstand for denne sag, er sammensat af ord, der isoleret set ikke er omfattet af en ophavsretlig beskyttelse. Det er alene deres oprindelige sammensætning, som er beskyttet som ophavsmandens intellektuelle frembringelse [12]. Dette syntes at være indlysende: Ophavsmanden til et litterært værk kan ikke tage ejerskab over almindelige ord og udtryk, ligesom en komponist ikke kan påberåbe sig en eneret til noder, og en maler ikke kan påberåbe sig en eneret over farver. Dette er imidlertid på ingen måde udtryk for en anerkendelse af en bagatelgrænse for beskyttelsen af ophavsmandens værker, men svarer til, at definitionen af et værk i ophavsretlig forstand defineres som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Når Domstolen i denne dom fastslog, at et uddrag, der er begrænset til 12 ord af en avisartikel, kan være omfattet af den i artikel 2 i direktiv 2001/29 omhandlede eneret [13], er det svært at finde grundlag for en bagatelgrænse i denne retspraksis.

30. Domstolens ræsonnement vedrørende uddrag af et værk kan imidlertid ikke anvendes i forbindelse med fonogrammer. Et fonogram er nemlig ikke en intellektuel frembringelse bestående af en samling af elementer såsom ord, lyde, farver osv. Et fonogram er en lydoptagelse, der ikke er beskyttet på grund af sammensætning af disse lyde, men på grund af selve optagelsen. Selv om det hvad angår et værk er muligt at skelne mellem de elementer, som ikke kan beskyttes, såsom ord, lyde, farver osv., og den genstand, som kan beskyttes som en original sammensætning af disse elementer, kan en sådan sondring imidlertid ikke foretages med hensyn til et fonogram. Et fonogram består ikke af små partikler, der ikke kan beskyttes: Det beskyttes som et udeleligt hele. Hvad angår fonogrammer er der

11 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 39 og domskonklusionens punkt 1).

12 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 44-46).

13 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, domskonklusionens punkt 1).

ikke noget originalitetskrav, eftersom fonogrammet i modsætning til værket ikke er beskyttet på grund af dets kreative karakter, men på grund af den økonomiske og organisatoriske investering. En ophavsmand kan med andre ord ikke tage monopol på en lyd eller et ord, fordi det inkluderes i et værk. Fra det øjeblik, hvor disse ord eller lyde registreres, udgør samme lyd udført af en musiker, eller samme ord læst højt, derimod et fonogram, der er omfattet af beskyttelsen af ophavsrettens beslægtede rettigheder. Reproduktion af en sådan registrering er dermed omfattet af fonogramfremstillerens eneret. Alle og enhver kan imidlertid selv frit reproducere samme lyd.

31. Det er korrekt, at der i praksis fra De Forenede Staters retsinstanser er udarbejdet en idé, der ligner en bagatelgrænse med hensyn til *sampling*[14]. Der er imidlertid tale om et retligt miljø, der adskiller sig radikalt fra det, der findes i kontinentaleuropæisk retspraksis og i EU-retten. I amerikansk ret er fonogrammer beskyttet i henhold til copyright på lige fod med andre værker. Det er derfor et krav, at der er udvist et minimum af originalitet. Forekomsten af en bagatelgrænse er i stor udstrækning anerkendt med hensyn til disse beskyttede frembringelser siden det 19. århundrede, og denne grænse udgør et af de kriterier, der kan anvendes til at vurdere, om den generelle undtagelse om fair use[15] finder anvendelse. De amerikanske retsinstansers ræsonnement kan dermed ikke efter min mening overføres til EU-retten.

32. Jeg er desuden af den opfattelse, at en bagatelgrænse indebærer betydelige praktiske vanskeligheder i forbindelse med dens anvendelse. For det første skal der fastsættes en grænse. Skal denne grænse alene være kvantitativ (længden af det reproducerede uddrag) eller ligeledes kvalitativ (betydningen af uddraget for det pågældende værk)? Dernæst er spørgsmålet, om grænsen skal fastsættes i forhold til kildefonogrammet eller målværket eller begge to? I eksemplet angående de i hovedsagen omhandlede fonogrammer varer det uddrag, som appellanterne har taget, ca. to sekunder. Som visse af parterne i hovedsagen har gjort gældende, ville det umiddelbart synes at falde under en bagatelgrænse. Det skal imidlertid bemærkes, at de omhandlede fonogrammer indeholder værker inden for to musikgenrer – elektronisk musik hvad angår *Metall auf Metall* og rap hvad angår *Nur mir* – hvori rytmen spiller en afgørende rolle for komponeringen af værkerne. Ved at kopiere en rytmesekvens fra *Metall auf Metall* og indarbejde den i loops i *Nur mir* har apellanterne de facto kopieret en væsentlig del af det første fonogram med henblik på at anvende det som rytmesekvens i deres eget værk[16]. Ud fra et kvalitativt synspunkt ville dette utvivlsom udgøre en overskridelse af en hvilken som helst bagatelgrænse. Som belæg herfor er det tilstrækkeligt at slette rytmesekvensen i de to fonogrammer og lytte til resten. En anvendelse af en bagatelgrænse vil dermed uundgåeligt medføre forskelle i national retspraksis, hvilket vil være i strid med hovedformålet med direktiv 2001/29, som er en harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om ophavsret.

33. Endelig er det efter min mening forkert at begrænse fonogramfremstillernes lovlige økonomiske interesser til beskyttelsen mod pirateri, dvs. mod spredning eller overføring til almenheden af deres fonogrammer som sådan. Disse fremstillere kan nemlig udnytte fonogrammerne på anden måde end ved at udbyde eksemplarer af fonogrammet til salg, bl.a. ved at tillade *sampling*, og således oppebære en indkomst. Den omstændighed, at den rettighed, som disse fremstillere har til deres fonogrammer, har til formål at beskytte den pågældendes økonomiske interesser, er dermed ikke til hinder for, at denne ret ligeledes omfatter andre former for anvendelse såsom *sampling*. Hvis lovgiver som middel til beskyttelsen af fremstillernes økonomiske interesser har valgt at tildele dem en eneret til at tillade eller forbyde en enhver reproduktion af deres fonogrammer, heriblandt en del af disse værker, forekommer det mig ulogisk, at stille spørgsmålstegn ved det omhandlede valg med den begrundelse, at en sådan ret ikke opfylder det forfulgte mål.

14 – Jf. bl.a. dom afsagt af United States Court of Appeals, 9th Circuit (appeldomstol, 9. kreds, Amerikas Forenede Stater) af 2.6.2016, VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

15 – Jf. artikel 107 i Copyright Law of the United States (De Forenede Staters lov om ophavsret).

16 – Det samme er ifølge oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse konstateret af appelretten i hovedsagen, ifølge hvilken det omtvistede uddrag udgør »den dominerende del« af *Metall auf Metall* og på løbende vis gentages i *Nur mir*.

– *Et beskyttelsesniveau svarende til det for værker*

34. For det andet har visse af de parter, der har afgivet indlæg i den foreliggende sag, på ny med henvisning til Infopaq International-dommen [17] gjort gældende, at fonogramfremstillere ikke kan være omfattet af en mere vidtrækkende beskyttelse end den, som gælder for ophavsmænd. Der er to grunde til, at jeg imidlertid ikke finder dette argument overbevisende.

35. For det første hvad angår argumentet om en bagatelgrænse bygger dette argument efter min mening på en fejlagtig opfattelse af rækkevidden af den ovenfor nævnte dom. I denne dom definerede Domstolen begrebet »værk« i EU-ophavsretlig forstand, idet den anså et værk som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Det samme kriterium for beskyttelse skal anvendes på uddrag af et værk, idet man fra denne beskyttelse udelukker elementer heraf, som tydeligvis skal forblive offentligt tilgængelige, såsom ord isoleret set eller dagligdagsudtryk. Der er således på ingen måde tale om en begrænsning af beskyttelsen, men om en definition af genstanden herfor. Hvad angår fonogrammer betyder den omstændighed, at genstanden for beskyttelsen er en anden, ikke, at beskyttelsen går videre, end hvad der gælder for værker. Såvel værkerne som fonogrammerne er beskyttede.

36. For det andet er beskyttelsen af fonogrammer en rettighed, som eksisterer ganske uafhængig af beskyttelsen af det værk, som eventuelt er indeholdt i dette fonogram. Selv om de fleste fonogrammer indeholder optagelser af fremførelser af værker, der er beskyttet af ophavsretten, findes der imidlertid andre situationer. Fonogrammet kan f.eks. indeholde optagelsen af fremførelsen af et værk, hvis beskyttelse er udløbet, eller lyde, som overhovedet ikke er et værk, såsom lyde fra naturen. Et sådant fonogram udgør i sig selv hele genstanden for beskyttelsen. Dette bekræftes desuden af den definition af et fonogram, som fremgår af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsrets (WIPO) traktat om ophavsret og om fremførelser og fonogrammer [18], ifølge hvis artikel 2, litra b), der med fonogram forstås »enhver optagelse af lyden fra en fremførelse eller af andre lyde«. Selv om fonogramfremstillernes rettigheder er ophavsretsbeslægtede rettigheder, udgør de ikke afledte rettigheder. Omfanget af beskyttelsen for fonogrammer er dermed ikke afhængig af beskyttelsesområdet for det værk, som det eventuelt måtte indeholde.

– *Analogi til beskyttelsen af databasefremstilleres rettigheder*

37. For det tredje har visse af parterne draget en parallel mellem beskyttelsen af fonogrammer og beskyttelsen af databaser. Artikel 7, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser [19] indfører nemlig en sui generis-beskyttelse for fremstilleren af en database til at forbyde »udtræk og/eller genanvendelse af hele basens indhold eller en væsentlig del« af denne database. Ifølge disse parter kan situationen for en fonogramfremstiller sidestilles med situationen for en fremstiller af databaser, for så vidt som den ret, som de er tildelt, i disse to tilfælde har til formål at beskytte deres økonomiske investeringer. Beskyttelsen af fonogramfremstillere bør derfor ligeledes begrænses til reproduktion af en væsentlig del af et fonogram.

38. Jeg har imidlertid mere sympati med de indstævntes argument, hvorefter der skal foretages en modsætningsvis læsning af direktiv 2001/29. Dette direktiv indeholder nemlig ikke nogen henvisning til beskyttelsen af en væsentlig del af fonogrammer. Fonogramfremstilleren er derimod beskyttet mod en ikke tilladt »hel[…] eller delvis« reproduktion af fonogrammet, på lige fod med ophavsmanden til

17 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 – WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer vedtaget i Genève den 20.12.1996 og trådt i kraft den 20.5.2002, som Den Europæiske Union er part i i henhold til Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16.3.2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer (EFT 2000, L 89, s. 6). Ifølge 15. betragtning til direktiv 2001/29 tjener dette direktiv til at gennemføre denne traktat.

19 – EFT 1996, L 77, s. 20.

et værk [som i øvrigt også ophavsmanden til en database i henhold til artikel 5, litra a), i direktiv 96/9]. En ordlydsfortolkning af direktiv 96/9 og 2001/29 udelukker efter min mening umiddelbart enhver mulighed for at drage en parallel mellem rækkevidden af beskyttelsen for en databasefremstiller og for en fonogramfremstiller.

– *Beskyttelse af hele fonogrammet*

39. For det fjerde kan jeg heller ikke tiltræde Kommissionens argument om, at artikel 11 i WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer alene beskytter mod uautoriseret reproduktion af et helt fonogram [20]. Denne traktats artikel 11 gentager nemlig ordlyden af Romkonventionens artikel 10 [21]. I den vejledning til fortolkning af denne konvention, som blev udarbejdet af WIPO [22] under den diplomatiske konference, hvorunder denne konvention blev udarbejdet, blev det bemærket, at »beskyttelsen mod reproduktion, der ikke er underkastet restriktioner, skal fortolkes således som omfattende beskyttelse mod delvis reproduktion af fonogrammer« [23]. Artikel 11 i den ovenfor nævnte WIPO-traktat skal dermed fortolkes på samme måde. Artikel 2 i direktiv 2001/29 nævner desuden udtrykkeligt »delvis« reproduktion af fonogrammer.

40. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at udtagningen af et uddrag fra et fonogram med henblik på at indarbejde det i et andet fonogram (*sampling*) udgør et indgreb i fonogramfremstillerens eneret til at tillade eller forbyde en reproduktion af hans fonogram i henhold til denne bestemmelse, når reproduktionen foretages uden sidstnævntes tilladelse.

Det andet præjudicielle spørgsmål

41. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at et fonogram, som indeholder uddrag, der er overført fra et andet fonogram (*sampling*), udgør et eksemplar af dette andet fonogram i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse.

42. Det synes, som om de interesserede parter, der har indgivet indlæg i den foreliggende sag – med undtagelse af den franske regering – har analyseret det første og det andet præjudicielle spørgsmål samlet, og de har givet samstemmende svar (selv om disse svar varierer fra en interesseret part til en anden). Jeg er imidlertid som den franske regering af den opfattelse, at artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115 skal fortolkes i lyset af dens formål og uafhængigt af direktiv 2001/29.

43. Med artikel 9 i direktiv 2006/115 er der indført en spredningsret for bl.a. fonogramfremstillere. Denne ret vedrører spredning til offentligheden af genstande, herunder eksemplarer af beskyttede frembringelser, ved salg eller på anden måde, herunder bl.a. fonogrammer.

20 – Artikel 11 bestemmer, at »[f]remstillere af fonogrammer har eneret til at tillade direkte eller indirekte reproduktion af deres fonogrammer, uanset måde og form«.

21 – Konventionen om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender, undertegnet i Rom den 26.10.1961.

22 – *Vejledning til traktaterne om ophavsret og beslægtede rettigheder administreret af WIPO*, WIPO, Genève, 2003.

23 – Ibidem, s. 154.

44. På internationalt plan er denne rettighed anerkendt i Genevekonventionen [24]. Unionen er ikke part i denne konvention, men det er 22 medlemsstater derimod. Denne konvention er i syvende betragtning til direktiv 2006/115 nævnt som en af de »internationale konventioner, der danner basis for mange medlemsstaters lovgivning om ophavsret og hermed beslægtede rettigheder«, hvis iagttagelse skal sikres i forbindelse med den ved direktivet foretagne harmonisering.

45. Hovedformålet med spredningsretten er beskyttelsen mod det, der er almindelig kendt som »pirateri«, dvs. fremstilling og spredning til offentligheden af forfalskninger af fonogrammer (og andre genstande, såsom film). Disse forfalskninger, som erstatter lovlige eksemplarer, medrører et tab i fonogramfremstillernes indtægter og dermed de indtægter, som ophavsmændene og de udøvende kunstnere som udgangspunkt med rette må kunne forvente at oppebære ved salget af lovlige eksemplarer. Truslen fra piratvirksomhed er udtrykkeligt nævnt i anden betragtning til direktiv 2006/115 som en af grundende til vedtagelsen af dette direktiv.

46. Pirateri er kendetegnet ved fremstilling og spredning af forfalskninger af fonogrammer, der erstatter de lovlige eksemplarer. Dette er grunden til, at Genèvekonventionens artikel 1 definerer kopi som »enhver genstand, som indeholder lyde taget direkte eller indirekte fra et fonogram, og som omfatter alle eller en væsentlig del af de på dette fonogram optagne lyde«. Det er alene en sådan kopi, som gør det muligt for lytteren at få kendskab til fonogrammet uden at købe et lovligt eksemplar.

47. Artikel 9 i direktiv 2006/115 indfører samme spredningsret som Genèvekonventionen, og eftersom disse to retsakter har samme formål, dvs. beskyttelsen mod pirateri, mener jeg, at begrebet »eksemplar« i denne bestemmelse skal fortolkes på samme måde som i konventionen og i lyset af dette formål, dvs. at som et eksemplar, der indarbejder alle eller en væsentlig del af de på et beskyttet fonogram optagne lyde, og som har til formål at erstatte de lovlige eksemplarer heraf. Denne bestemmelses rækkevidde er dermed efter min mening noget mere snæver end rækkevidden af artikel 2 i direktiv 2001/29.

48. Med *sampling* fremstilles der ikke et fonogram, der skal erstatte det originale fonogram, idet der skabes et nyt og selvstændigt værk i forhold til dette fonogram. På samme måde indarbejder et fonogram, der fremstilles ved *sampling*, ikke hele eller væsentlige dele af det originale fonogram. Et sådan fonogram skal dermed ikke kvalificeres som et eksemplar som omhandlet i artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115.

49. Derfor foreslår jeg, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at et fonogram, som indeholder uddrag, der er overført fra et andet fonogram (*sampling*), ikke udgør et eksemplar af dette andet fonogram i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse.

Det tredje præjudicielle spørgsmål

50. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 og artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en bestemmelse i en medlemsstats nationale ret, såsom UrhG's § 24, stk. 1, hvorefter et selvstændigt værk kan skabes ved fri benyttelse af et andet værk uden tilladelse fra ophavsmanden til dette værk, finder anvendelse på fonogrammer [25].

24 – Konventionen af 29.10.1971 om beskyttelse for fremstillere af fonogrammer mod ulovlig kopiering af deres fonogrammer, som trådte i kraft den 18.4.1973.

25 – UrhG's § 24 nævner udtrykkeligt benyttelsen af et værk. Ifølge den forelæggende ret finder denne bestemmelse imidlertid tilsvarende anvendelse på udnyttelse af andre beskyttede frembringelser, navnlig fonogrammer.

51. Som jeg allerede har redegjort for ved besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål, finder artikel 9 i direktiv 2006/115 ikke anvendelse på reproduktioner af genstande, som ikke har til formål at erstatte lovlige eksemplarer af disse genstande. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår selvstændige værker, der er skabt gennem anvendelse af dele af andre værker. Den ovenfor nævnte artikel, som ikke finder anvendelse på situationer, der er reguleret i UrhG's § 24, er ikke til hinder herfor. Analysen af det tredje spørgsmål skal dermed begrænses til fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2001/29.

52. Direktiv 2001/29 indfører i sin artikel 2-4 enerettigheder, som visse kategorier af personer er omfattet af, bl.a. den i dette direktivs artikel 2, litra c), omhandlede ret for fonogramfremstillere til at tillade eller forbyde reproduktion af deres fonogrammer. Disse rettigheder er formuleret uden betingelser. Artikel 5 i direktiv 2001/29 fastsætter imidlertid en række undtagelser fra og indskrænkninger i disse enerettigheder, som medlemsstaterne kan indføre i deres nationale ret. Denne liste over undtagelser og indskrænkninger er formuleret udtømmende, således som det bekræftes af såvel 32. betragtning til direktiv 2001/29 som Domstolens faste praksis [26].

53. Denne liste indeholder visse undtagelser fra og indskrænkninger i enerettigheder, som skal fremme kunstnerisk dialog og konfrontation gennem anvendelsen af værker, som i forvejen findes. Det er bl.a. tale om undtagelsen for citater som fastlagt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d), og undtagelsen for karikaturer, parodier eller pastiche efter litra k).

54. Listen over undtagelser fra og indskrænkninger i de enerettigheder, som er nævnt i artikel 5 i direktiv 2001/29, indeholder ikke nogen generel undtagelse, som muliggør anvendelsen af en andens værk til skabelsen af et nyt. Det følger heraf, at medlemsstaterne i deres nationale ret ikke kan fastsætte en sådan undtagelse, hvis den går videre end undtagelserne i direktiv 2001/29, heriblandt de i foregående præmis nævnte undtagelser.

55. Denne betragtning kan ikke drages i tvivl af den omstændighed, at bestemmelsen i UrhG's § 24, stk. 1 – som fremhævet af den forelæggende ret – i tysk ret ikke anses for en undtagelse fra ophavsretten, men derimod som en indbygget indskrænkning, der er uadskilleligt forbundet med denne bestemmelse. I artikel 5 i direktiv 2001/29 sondres der nemlig ikke mellem undtagelser fra og indskrænkninger i ophavsretten (eller beslægtede rettigheder). Visse af de tilfælde, der er omhandlet i denne bestemmelse, vedrører indskrænkninger, som er lige så uadskilleligt forbundet med ophavsretten som muligheden for frit at anvende et værk til at skabe et nyt. Som eksempel kan nævnes undtagelsen for privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 [27]. EU-lovgiver har imidlertid anset det for nødvendigt at inkludere denne indskrænkning i listen over mulige undtagelser og indskrænkninger.

56. Som appellanterne med rette har gjort gældende, ville det i øvrigt være til skade for effektiviteten af den harmonisering af undtagelserne til ophavsretten, som EU-lovgiver har iværksat, såfremt hver medlemsstat kunne indføre sådanne indskrænkninger, som ikke er omfattet af listen i artikel 5 i direktiv 2001/29, og som de måtte anse for uadskilleligt forbundet med ophavsretten. Som fremhævet i 31. betragtning til dette direktiv er medlemsstaternes fjernelse af forskelle hvad angår undtagelser fra og indskrænkninger i ophavsretten og beslægtede rettigheder et af formålene med dette direktiv.

57. Det er korrekt, at artikel 5, stk. 3, litra o), i direktiv 2001/29 indeholder en form for standstill-klausul for så vidt angår medlemsstaternes anvendelse af de undtagelser og indskrænkninger, som allerede fandtes i deres nationale retsorden, da dette direktiv trådte i kraft. Der er imidlertid tale om anvendelse af beskyttede frembringelser i »visse […] mindre væsentlige tilfælde«. Efter min mening kan en så vid undtagelse, som den er fastsat i UhrG's § 24, stk. 1, ikke anses for at være

26 – Jf. senest dom af 7.8.2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, præmis 16).

27 – Jf. vedrørende denne indskrænknings iboende egenskab mit forslag til afgørelse EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:24, punkt 15 og 16).

begrænset til visse mindre væsentlige tilfælde. De anvendelser, som er omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra o), i direktiv 2001/29 er desuden begrænset til analoge anvendelser. Denne bestemmelse kan dermed under alle omstændigheder ikke omfatte elektroniske overføring til almenheden af fonogrammer, der indeholder uddrag fra andre fonogrammer.

58. Endelig bestemmer artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29, at undtagelser og indskrænkninger kun må anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser. Denne bestemmelse, der er almindeligt kendt som »tretrinstesten«, afspejler den ensartede ordlyd af de internationale konventioner om ophavsret og beslægtede rettigheder. Den udgør en restriktion i undtagelserne fra og indskrænkningerne i eneretten. Den kan derimod ikke anses for at udgøre en tilladelse til at indføre undtagelser eller indskrænkninger, som ikke har hjemmel, eller til at udvide rækkevidden af gældende undtagelser med den begrundelse, at de ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre beskyttede frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesse [28].

59. Jeg foreslår følgelig, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en bestemmelse i en medlemsstats nationale ret, såsom UrhG's § 24, stk. 1, hvorefter et selvstændigt værk kan skabes ved fri benyttelse af et andet værk uden tilladelse fra ophavsmanden til dette værk, finder anvendelse på fonogrammer, for så vidt som den går videre end anvendelsesområdet for de undtagelser fra og indskrænkninger i eneretten, som er fastsat i dette direktivs artikel 5, stk. 2 og 3.

Det fjerde præjudicielle spørgsmål

60. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om undtagelsen for citater i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 finder anvendelse i en situation, hvor et uddrag af et fonogram er blevet indarbejdet i andet fonogram, således at det udgør en uidentificerbar del af dette andet fonogram.

61. Dette spørgsmål vedrører det centrale problem i forbindelse med anvendelsen af undtagelsen for citater i situationer som den i hovedsagen omhandlede.

62. Undtagelsen for citater har sin oprindelse i og anvendes mest i forbindelse med litterære værker. Der er imidlertid ikke noget, der efter min mening antyder, at den EU-ophavsretlige undtagelse for citater ikke kan vedrøre andre kategorier af værker, heriblandt musikværker [29]. Det må ligeledes kunne antages, at et citat kan bestå i en reproduktion af et uddrag af et fonogram, eftersom undtagelserne og indskrænkningerne i artikel 5 i direktiv 2001/29 vedrører fonogramfremstilleres rettigheder såvel som ophavsmænds rettigheder.

63. Et citat skal imidlertid opfylde en række betingelser for at være lovligt. Der er navnlig tre betingelser, der er relevante for så vidt angår en anvendelse som den i hovedsagen omhandlede.

64. Den første af disse betingelser fremgår udtrykkeligt af artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 og vedrører formålet med citatet. Ifølge denne bestemmelse skal citatet være fremsat »med henblik på formål som kritik eller anmeldelser«. Anvendelsen af udtrykket »med henblik på formål som« tyder på, at der ikke er tale om en udtømmende liste over formålene med citatet, men snarere et eksempel.

28 – Jf. i denne retning dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 26 og 27).

29 – Jf. bl.a. G. Mania, »Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek«, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, nr. 1/2017, s. 63-88. Jf. ligeledes M. Vivant og J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2015, s. 571. Domstolen synes implicit at have anerkendt undtagelsen for citater for så vidt angår et fotografisk værk (jf. dom af 1.12.2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 122 og 123).

Der er mange citater, bl.a. kunstneriske citater, f.eks. musikalske, som ikke er fremsat med henblik på kritik eller anmeldelse, men som forfølger andre mål. Affattelsen af den omhandlede bestemmelse er efter min mening et tydeligt tegn på, at der nødvendigvis skal være en form for samspil mellem citatet og det citerede værk.

65. Den anden betingelse for lovligheden af et citat, som på en eller anden måde kan afledes af den første betingelse, er betingelsen om, at citatet skal være uændret og skal skille sig ud. Det citerede uddrag skal dermed for det første indarbejdes i det citerede værk som sådan eller under alle omstændigheder uden ændringer (visse ændringer tillades normalt, bl.a. oversættelse). For det andet – dette punkt er fremhævet i det præjudicielle spørgsmål – skal citatet indarbejdes i det citerende værk således, at det nemt kan adskilles som et fremmedelement. Dette krav kan afledes af den første betingelse: Hvordan kan det citerende værk ellers være i samspil med eller adskille sig fra det citerede værk, hvis det fuldstændigt går i et med dette?

66. De to ovennævnte betingelser gør det muligt at sondre mellem citat og plagiering.

67. *Sampling* generelt, og anvendelsen af det i hovedsagen omhandlede fonogram i særdeleshed, synes ikke at opfylde disse betingelser. Formålet med *sampling* er ikke at indgå i et samspil med, at blive sammenlignet med eller at tjene som anerkendelse af de anvendte værker. *Sampling* er teknik, hvorved der tages uddrag fra andre fonogrammer, som derefter anvendes som råmateriale med henblik på efterfølgende at blive indført i nye værker og indgå i disse som integrerede og uigenkendelige dele. Disse uddrag ændres og mixes ofte i en grad, der bevirker, at de mister deres originale integritet. Der er dermed ikke tale om en form for samspil, men en tilegnelse. Det foreliggende tilfælde, hvor et uddrag af et fonogram – der er alt for kort til, at der kan være tale om samspil – er gentaget i loops på hele det nye fonogram som en rytmisk del heraf, er et perfekt eksempel herpå.

68. Der skal tilføjes et formelt krav til disse materielle betingelser, der ligeledes er nævnt i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29, dvs. kravet om, at citatets kilde skal angives, herunder navnet på ophavsmanden, medmindre dette viser sig umuligt. Hvad musik angår kan det naturligvis være vanskeligt (selv om det ikke er umuligt) at angive kilden til citatet i selve værket. Det kan imidlertid lade sig gøre i f.eks. beskrivelsen af det citerende værk eller måske endda i dets titel. Jeg mener ikke, at det er almindeligt i hop-hop eller rap-kulturen at angive kilderne til de *samples*, som udgør de værker, der findes inden for denne musikgenre. Det fremgår under alle omstændigheder ikke af akterne i den foreliggende sag, at appellanterne har forsøgt at angive kilden til det uddrag, der blev brugt i værket *Nur mir*, eller navnene på de indstævnte.

69. Jeg foreslår derfor, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at undtagelsen for citater i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 ikke finder anvendelse på en situation, hvor et uddrag af et fonogram er blevet indarbejdet i et andet fonogram uden nogen klar hensigt om samspil med det første fonogram og på en måde, der gør det umuligt at adskille det fra resten af dette andet fonogram.

70. Blandt undtagelser og indskrænkninger i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2001/29 skal ligeledes nævnes den allerede omtalte undtagelse vedrørende karikatur, parodi eller pastiche [artikel 5, stk. 3, litra k), i direktiv 2001/29]. Denne undtagelse vil eventuelt kunne tages i betragtning med hensyn til anvendelsen af uddrag af et fonogram i et andet fonogram. Denne undtagelse er ikke som sådan blevet gennemført i tysk ophavsret, men ifølge den forelæggende ret kan den udledes af UrhG's § 24, stk. 1. Denne undtagelse forudsætter nemlig på lige fod med undtagelsen for citater, at der er et samspil med det anvendte værk, eller i det mindste med dets ophavsmand, hvilket ikke er tilfældet med

sampling, således som det er tilfældet i hovedsagen [30].

Det femte præjudicielle spørgsmål

71. Med det femte præjudicielle ønsker den forelæggende ret en afklaring, med hensyn til hvilket råderum medlemsstaterne har ved gennemførelsen af bestemmelserne om eneretten i artikel 2 og 3 i direktiv 2001/29 og artikel 9 i direktiv 2006/115 og undtagelserne til disse rettigheder i artikel 5 i direktiv 2001/29 og artikel 10 i direktiv 2006/115 i deres nationale retsorden. Jeg skal indledningsvis bemærke, at spredningsretten i artikel 9, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/115 efter min opfattelse ikke finder anvendelse i en situation som den i hovedsagen omhandlede [31], og jeg vil derfor alene behandle dette spørgsmål i lyset af direktiv 2001/29.

72. Som den forelæggende ret har anført, følger dette spørgsmål af retspraksis fra Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen i forfatningsretlige sager), hvorefter bestemmelserne til gennemførelse af dette direktiv i tysk ret, for så vidt som et direktiv ikke overlader medlemsstaterne noget råderum ved dets gennemførelse, i princippet ikke vurderes i forhold til de grundlæggende rettigheder i Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tysklands forfatning) af 23. maj 1949, men kun i forhold til de grundlæggende rettigheder, der er sikret inden for Unionens retsorden [32].

73. Hvad angår en efterprøvelse af de nationale foranstaltninger, som sikrer en korrekt gennemførelse af de EU-retlige bestemmelser, i lyset af de grundlæggende rettigheder har Domstolen med henvisning til chartrets artikel 53 fastslået, at når en EU-retsakt henviser til nationale gennemførelsesforanstaltninger, har de nationale retter fortsat beføjelse til at anvende deres nationale niveauer for beskyttelse af grundlæggende rettigheder, forudsat at denne anvendelse hverken strider mod det beskyttelsesniveau, der er fastsat i chartret, som fortolket af Domstolen, eller EU-rettens forrang, enhed og effektivitet [33]. En medlemsstat vil således ikke bringe effektiviteten af en EU-retlige bestemmelse, som ikke er i strid med chartret, i fare ved at anvende en af sine egne foranstaltninger til beskyttelse af de grundlæggende rettigheder [34].

74. Hvad angår den skønsmargen, som medlemsstaterne råder over ved gennemførelsen af direktiv 2001/29, er denne begrænset i flere henseender.

75. For det første er rettighederne i artikel 2 og 3 i direktiv 2001/29 – heriblandt den i dette direktivs artikel 2, litra c), omhandlede ret til reproduktion, som tilkommer fonogramfremstilleren – formuleret uden betingelse, og beskyttelsen heraf i medlemsstaternes nationale retsorden er obligatorisk.

30 – Det er korrekt, at Domstolen i dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), ikke opstillede strenge krav til begrebet parodi. Den fastslog imidlertid, at en parodi skal »vække« forestilling om et eksisterende værk (jf. punkt 2 i domskonklusionen). Efter min mening er der imidlertid ikke nogen tvivl om, at værket *Nur mir* under omstændighederne i hovedsagen hverken er en parodi eller en karikatur af værket *Metall auf Metall*. Hvad angår begrebet pastiche, består dette i en efterligning af formen af et værk eller en efterligning af en forfatter uden nødvendigvis at gengive elementer fra værket. I det foreliggende tilfælde er det imidlertid tale om en omvendt situation, nemlig en benyttelse af et fonogram til at skabe et værk i en helt anden stil.

31 – jf. den del af dette forslag, der vedrører besvarelsen af det andet spørgsmål.

32 – Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) har henvist til denne retspraksis i sin dom af 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, som har ført til den præjudicielle forelæggelse i denne sag (jf. punkt 81 i dette forslag til afgørelse).

33 – Dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 60).

34 – Jf. i denne retning dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 63).

76. Eftersom de begreber, som er omhandlet i direktiv 2001/29's bestemmelser, for det andet ikke henviser til medlemsstaternes lovgivning, er der tale om selvstændige EU-retlige begreber [35]. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår begrebet »reproduktion« som omhandlet i dette direktivs artikel 2 [36]. Dette er ligeledes tilfældet for så vidt angår de begreber, der definerer de forskellige undtagelser fra og indskrænkninger i eneretten i henhold til direktiv 2001/29, heriblandt begrebet »parodi«, som er anvendt i dette direktivs artikel 5, stk. 3, litra k) [37]. Det samme må gælde for så vidt angår begrebet »citat« i direktivets artikel 5, stk. 3, litra d).

77. For det tredje og afslutningsvis er de enerettigheder i artikel 2-4 i direktiv 2001/29, som er formuleret uden forbehold og bindende for medlemsstaterne, kun omfattet af de undtagelser og indskrænkninger, der er udtømmende opregnet i dette direktivs artikel 5, stk. 1-3. Eftersom disse undtagelser på nær en er fakultative, råder medlemsstaterne over en skønsmargen ved valget og formuleringen af de undtagelser, som de måtte finde egnede at indføre i deres nationale retsorden. De kan derimod ikke indføre undtagelser, der ikke har nogen hjemmel, eller udvide anvendelsesområdet for de allerede fastsatte undtagelser og indskrænkninger [38]. Det skal imidlertid bemærkes, at denne skønsmargen i sig selv er begrænset, idet visse undtagelser afspejler EU-lovgivers afvejning af ophavsretten over for forskellige grundlæggende rettigheder, navnlig ytringsfriheden. En manglende indførelse af undtagelser i national ret kan således være i strid med chartret [39].

78. Medlemsstaterne er således forpligtede til i deres nationale retsorden at sikre beskyttelsen af enerettighederne i artikel 2-4 i direktiv 2001/29, hvis rækkevidde i givet fald er defineret i Domstolens praksis, idet disse rettigheder kun kan indskrænkes i forbindelse med anvendelsen af de undtagelser og indskrænkninger, som er udtømmende opregnet i artikel 5 i direktiv 2001/29. Medlemsstaterne kan ikke påberåbe sig bestemmelse i national ret – end ikke en forfatningsmæssig bestemmelse eller en bestemmelse, der har karakter af en grundlæggende rettighed – med henblik på at bestride denne forpligtelse [40]. Medlemsstaterne kan derimod med hensyn til alle direktiver i henhold til artikel 288, stk. 3, TEUF frit vælge de foranstaltninger, som de måtte finde passende at vedtage med henblik på at opfylde denne forpligtelse. I forbindelse med dette valg kan de frit vælge at lade sig inspirere af bl.a. deres forfatningsmæssige principper og grundlæggende rettigheder, forudsat at dette ikke hindrer EU-rettens effektive virkning.

79. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det femte præjudicielle spørgsmål besvares med, at medlemsstaterne er forpligtede til i deres nationale retsorden at sikre beskyttelsen af enerettighederne i artikel 2-4 i direktiv 2001/29, idet disse rettigheder kun må indskrænkes i forbindelse med anvendelsen af de undtagelser og indskrænkninger, som er udtømmende opregnet i artikel 5 i direktiv 2001/29. Medlemsstaterne kan derimod frit vedtage de foranstaltninger, som de måtte finde passende at vedtage med henblik på at opfylde denne forpligtelse.

Det sjette præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

80. Med det sjette præjudicielle spørgsmål spørger den forelæggende ret, hvorledes der skal tages hensyn til chartrets grundlæggende rettigheder ved fortolkningen af rækkevidden af de enerettigheder, der er tillagt fonogramfremstillerne i direktiv 2001/29 og 2006/115 og de undtagelser fra og indskrænkninger i disse rettigheder, som er omhandlet i de samme direktiver.

35 – Jf. bl.a. dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 27).

36 – Jf. dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 32).

37 – Dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 15).

38 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 26 og 27).

39 – Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, punkt 38 og 39).

40 – Jf. i denne retning dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

81. Hvad angår den meget brede formulering af dette spørgsmål tvivler jeg på, at det vil være til nogen nytte for den forelæggende ret at besvare det i så brede vendinger. Det syntes imidlertid klart, at dette spørgsmål er blevet forelagt i forbindelse med den dom, som er afsagt af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) [41], der dels ophævede den forelæggende rets afgørelse, stadfæstede appeldommen og gav de indstævnte medhold på grundlag af den ret til kunstnerisk frihed, der er knæsat i forfatningens § 5, dels hjemviste sagen til den forelæggende ret til fornyet behandling i givet fald i lyset af de grundlæggende rettigheder, der er sikret i Unionens retsorden, og ved forelæggelse af en anmodning om præjudiciel afgørelse til Domstolen om nødvendigt.

82. Det sjette spørgsmål skal dermed forstås således, at den forelæggende ret nærmere bestemt spørger, om friheden for kunst, der er nedfældet i chartrets artikel 13, udgør en indskrænkning eller berettiger en krænkelse af eneretten for en fonogramfremstiller til at tillade eller forbyde delvis reproduktion af en del af sit fonogram ved anvendelsen af fonogrammet i et andet fonogram. Der er med andre ord tale om et spørgsmål om, hvorvidt frihed for kunst eventuelt har forrang fremfor for fonogramfremstillernes enerettigheder.

83. At opstille et valg mellem friheden for kunst og ophavsretsbeslægtede rettigheder forekommer umiddelbart paradoksalt. Hovedformålet med ophavsretten og de beslægtede rettigheder er nemlig at tilskynde til udvikling af kunst ved at sikre, at kunstnere modtager et vederlag for deres værker, således at de ikke er afhængige af mæcener og frit kan udøve deres kreative virksomhed [42].

84. Det er korrekt, at den foreliggende sag ikke direkte vedrører ophavsmændenes eneret, men derimod retten for de fremstillere, som drager en fordel heraf som følge af deres økonomiske og organisatoriske bidrag. Selv om EU-lovgiver på den ene side har tillagt fremstillere enerettigheder, er det, fordi de som medvirkende bidrager til skabelsen og udbredelsen af værker. Deres ret til fonogrammer sikrer dem udbytte af deres investeringer. Selv om ikke alle fonogrammer på den anden side altid udgør en optagelse af udøvelsen af et værk, er det imidlertid generelt tilfældet med musikalske fonogrammer, såsom de fonogrammer, der er genstand for denne sag. Blandt de personer, som er indblandet ved fremstillingen af et sådant fonogram, er bl.a. dets fremstiller, ophavsmænd og udøvende kunstnere, hvis rettigheder ligeledes krænkes ved en ikke tilladt brug af et fonogram. Selv om hovedsagen kan antages alene at vedrøre fonogramfremstillernes rettigheder, kan de andre parters rettigheder i lyset af de grundlæggende rettigheder imidlertid ikke ignoreres.

85. Det foreliggende tilfælde er et udmærket eksempel herpå. De indstævnte i deres egenskab af fremstillere af det omhandlede fonogram er nemlig også udøvende kunstnere, og en af dem er ophavsmand til det værk, som er omfattet af fonogrammet [43]. Der er tale om en lignende sammenhæng hvad angår sagens andre parter: Appellanterne er nemlig ikke alene komponister af det værk, som er indarbejdet i det omtvistede fonogram, men ligeledes fremstillere heraf. Tvisten i hovedsagen er dermed ikke alene mellem en kunstner og en fonogramfremstiller, da alle parterne i tvisten besidder disse egenskaber. Der skal tages hensyn til alle disse interesser ved afvejningen af de forskellige grundlæggende rettigheder.

41 – Dom af 31.5.2016, 1 BvR 1585/13.

42 – Dette formål med ophavsretten og de beslægtede rettigheder fremgår desuden udtrykkeligt af 9.-11. betragtning i direktiv 2001/29.

43 – Deres ophavsrettigheder og rettigheder som udøvende kunstnere er i øvrigt blevet gjort gældende subsidiært i sagen i første instans (jf. punkt 14 i dette forslag til afgørelse).

Dom afsagt af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen)

86. Den ovennævnte dom afsagt af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen)[44] vedrører hovedsageligt fortolkningen af UrhG's § 24, stk. 1, i lyset af friheden for skabende kunst i forfatningens § 5, stk. 3, første punktum. Denne domstol kritiserede den forelæggende ret for ikke at have taget tilstrækkeligt hensyn til appellanternes kunstneriske frihed ved fortolkningen af UrhG's § 24, stk. 1, navnlig ved at fastslå, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse, når kunstneren selv kunne skabe den lydsekvens, som han havde taget fra en andens fonogram. En sådan fortolkning medfører en uforholdsmæssig begrænsning af den kunstneriske frihed og dermed muligheden for at indgå en kunstnerisk dialog. De muligheder, som kunstnerne står tilbage med – at søge om licens, selv genskabe lydene eller at begrænse dig til at bruge de lyde, som findes i eksisterende databaser med *samples* – er utilstrækkelige, navnlig inden for en musikbranche som hiphop, hvor man i vidt omfang er afhængig af *sampling*.

87. Ifølge Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) indskrænker anvendelsen af UrhG's § 24, stk. 1, på *sampling* derimod kun i mindre omfang den ejendomsret, som er sikret ved forfatningens § 14, stk. 1, og som tilkommer fonogramfremstillerne, for så vidt som nye værker ikke er i konkurrence med deres fonogrammer. Ifølge UhrG's § 85, stk. 1, som vedrører fonogramfremstillernes rettigheder, er disse nemlig kun beskyttet mod kommerciel anvendelse og piratkopiering af deres fonogrammer, hvilket ikke er tilfældet med *sampling*, der en kunstnerisk praksis. Selv om lovgiver efter Bundesverfassungsgerichts (forbundsdomstolen) opfattelse kunne have indført en kompensation for fri benyttelse (freie Benutzung) som omhandlet i UrhG's § 24, stk. 1, er en sådan manglede kompensation ikke i strid med den forfatningssikrede ejendomsret.

88. Endelig har Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) tilføjet, at den forelæggende ret ud over at foretage en fortolkning af UrhG's § 24, stk. 1, i overensstemmelse med den kunstneriske frihed endvidere kan foretage en korrekt afvejning af de omhandlede rettigheder ved at fortolke de rettigheder, som tilkommer fonogramfremstillere i henhold til denne lovs § 85, stk. 1, indskrænkende. Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) har imidlertid bemærket, at sagen kan være omfattet af EU-retten, henset til den harmonisering af fonogramfremstilleres rettigheder, som er foretaget med direktiv 2001/29. Såfremt dette direktiv ikke giver noget råderum ved dets gennemførelse, skal den forelæggende ret sikre beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder i overensstemmelse med chartret[45], om nødvendigt ved en præjudiciel forelæggelse for Domstolen. Den forelæggende ret skal endvidere sikre opretholdelsen af et ufrasigeligt minimumsniveau for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder således som defineret i forfatningen.

Fortolkning i lyset af EU-retten

89. I EU-ophavsretten findes der ingen indskrænkninger i den eneret, der er fastsat i direktiv 2001/29, som svarer til dem, der er fastsat i UrhG's § 24, stk. 1. Som jeg allerede har redegjort for i forbindelse med besvarelsen af det tredje præjudicielle spørgsmål, er denne bestemmelse efter min mening uforenelig med direktiv 2001/29, for så vidt som den tillader undtagelser fra enerettighederne, der går videre end undtagelserne i dette direktivs artikel 5, bl.a. undtagelserne vedrørende citater, karikatur, parodi eller pastiche. Disse undtagelser finder imidlertid efter min opfattelse ikke anvendelse i en

44 – I denne analyse vil jeg koncentrere mig om den engelske affattelse af dommen afsagt af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen), der er tilgængelig på denne domstols hjemmeside, og hvad angår den beskrivende del kommentarerne til denne dom, navnlig I. Duhanic, »Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court«, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, vol. 11, nr. 12, s. 932-945, P. Mezei, »De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?«, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, nr. 1, s. 56-67, og M.D. Mimler, *Metall auf Metall* – German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, vol. 7, nr. 1, s. 119-127.

45 – I henhold til den retspraksis fra Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen), der er omhandlet i punkt 72 i dette forslag til afgørelse.

situation som den i hovedsagen omhandlede [46]. Det er derfor ikke muligt i EU-retten at anlægge et ræsonnement, der er analogt med det, som Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstolen) følger. Hvordan skal den eneret til reproduktion, som tilkommer fonogramfremstillere i henhold til artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29, da fortolkes i lyset af chartrets grundlæggende rettigheder?

90. For så vidt som ophavsret og beslægtede rettigheder med hensyn til deres indehavere indfører et monopol på intellektuelle eller kunstneriske goder, såsom værker, fonogrammer osv., kan de begrænse udøvelsen af visse grundlæggende rettigheder, navnlig ytringsfriheden og friheden for kunst. Den intellektuelle ejendomsrettighed er desuden beskyttet som en grundlæggende ejendomsret. Der skal således søges en afvejning af disse rettigheder, i forbindelse med hvilken ingen af dem i princippet har forrang frem for en anden [47]. Hvad angår ophavsretten foretager den selv en afvejning ved indførelse af en række indskrænkninger og undtagelser. Disse indskrænkninger og undtagelser skal sikre den rette ligevægt mellem rettigheder og interesser for indehaverne af ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, på den ene side, og de forskellige andre offentlige og private interesser, heriblandt beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, på den anden side.

91. Den frihed for kunst, som er nævnt i chartrets artikel 13, første punktum, er en form for ytringsfrihed, som er fastsat i chartrets artikel 11. Den ordning, som findes i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), anerkender ikke en sådan frihed som en selvstændig ret, idet frihed for kunst er afledt af ytringsfriheden, som er nedfældet i denne konventions artikel 10.

92. Ytringsfriheden, som friheden for kunst er afledt af, vedrører først og fremmest erhvervelse eller distribution af ideer og oplysninger og dermed hvad angår kunst indholdet i værker [48]. Det er en censurering af dette indhold, som i særlig grad ville kunne udgøre en krænkelse af friheden for kunst [49]. Jeg mener derimod, at kunstnernes frihed har et langt mindre omfang for så vidt angår anskaffelsen af midlerne til brug for deres skabelse. Alle kunstnere skal indordne sig under de samfundsmæssige og markedsmæssige forhold, som de arbejder under. Friheden for kunst fritager ikke kunstnere fra hverdagslivets begrænsninger. Kunne det måske tænkes, at en maler kunne påberåbe sig sin kunstneriske frihed for ikke at betale for sin maling eller pensler [50] [51]?

93. Det er korrekt, at inden for sådanne musikgenrer som hiphop eller rap spiller *sampling* en vigtig rolle, idet *sampling* ikke alene er et middel til skabelsen af et værk, men også en kunstnerisk proces i sig selv. Dette er imidlertid ikke i sig selv et afgørende argument inden for rammerne af en juridisk debat, eftersom der skal gælde en ensartet fortolkning af retsregler for alle og enhver. Hvis det anses for lovligt at *sample* uddrag af et fonogram uden tilladelse fra rettighedsindehaverne, vil dette gælde for såvel kunstnere inden for hiphop som for alle andre kunstnere.

46 – jf. den del af mit forslag til afgørelse, der vedrører besvarelsen af det fjerde spørgsmål.

47 – Jf. senest i denne retning dom af 18.10.2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, præmis 44).

48 – Ifølge den formulering, der blev stadfæstet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, følger det, at »freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10 [of the ECHR], constitutes one of the essential foundations of a democratic society, indeed one of the basic conditions for its progress and for the self-fulfilment of the individual. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to »information« or »ideas« that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the population« (Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.1.2007, Vereinigung Bildender Künstler mod Østrig, ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

49 – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.1.2007, Vereinigung Bildender Künstler mod Østrig (ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

50 – Ganske vist vil der kunne foretages en anden vurdering i tilfælde, hvor der opstilles sådanne vanskeligheder over for en kunstner med henblik på at forhindre vedkommende i at skabe på grund af indholdet af den pågældendes værk (jf. A. Wajdas film, *Powidoki* (*Les Fleurs bleues*), om intimideringen af den polske maler Władysław Strzemiński under Stalintiden). Disse er imidlertid ekstreme tilfælde.

51 – Menneskerettighedsdomstolen har i denne forbindelse fastslået, at »artists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10 [of the ECHR]. Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, »duties and responsibilities«; their scope will depend on his situation and the means he uses« (Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.1.2007, Vereinigung Bildender Künstler mod Østrig (ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401), § 26).

94. Kunstnere skal især være opmærksomme på de indskrænkninger og begrænsninger, som de i livet står over for i forbindelse med deres kunstneriske frihed, heriblandt indskrænkninger og begrænsninger i tredjemands grundlæggende rettigheder og friheder, navnlig tredjemands ejendomsret, herunder den intellektuelle ejendomsret. I dette tilfælde er det især vanskeligt at foretage en afvejning af de forskellige rettigheder og friheder, og det er svært at nå frem til en overordnet løsning, der tilfredsstiller alle interesser. I et demokratisk samfund skal en sådan afvejning først og fremmest foretages af lovgiver i lyset af et overordnet mål. Lovgiver har i denne forbindelse en bred skønsmargen [52]. Med undtagelse af særlige tilfælde [53] skal denne kontrol normalt foretages inden for rammerne af de anvendelige bestemmelser, med hensyn til hvilke der gælder en formodning om lovlighed, herunder med hensyn til de grundlæggende rettigheder. Hvis alene en løsning blev anset for i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, ville lovgivers skønsmargen være indholdsløs.

95. Som jeg allerede har nævnt, tager EU-ophavsretten hensyn til de rettigheder og interesser, som vil kunne komme i konflikt med ophavsmænds eneret og andre rettighedsindehavere, navnlig friheden for kunst. Undtagelserne til eneretten, såsom undtagelserne vedrørende citater, karikatur, parodi eller pastiche, gør det muligt at fremme dialog og kunstneriske konfrontationer gennem henvisninger til eksisterende værker. Inden for rammerne af de gældende bestemmelser kan en sådan udfordring imødegås på følgende tre måder. For det første ved at der ved skabelsen af værker, som inspireres af eksisterende værker, ikke direkte reproduceres beskyttede elementer heraf, for det andet inden for rammerne af indskrænkningerne i og undtagelserne fra eneretten og for det tredje endelig ved indhentelse af de nødvendige tilladelser.

96. Jeg mener derimod ikke, at den frihed for kunst, som er knæsat i chartrets artikel 13, kræver indførelse eller anerkendelse af undtagelser eller indskrænkninger i lighed med dem, der er fastsat i UhrG's § 24, som dækker over sådanne anvendelser som de i hovedsagen omhandlede, hvor værker eller andre beskyttede frembringelser ikke anvendes med henblik på samspil med disse værker eller frembringelser, men derimod til skabelse af nye værker, som ikke har nogen forbindelse med de eksisterende værker. Den omstændighed, at der skal indhentes en licens for en sådan anvendelse, indskrænker efter min mening ikke friheden for kunst mere, end hvad der er sædvanligt under normale markedsforhold, idet disse nye værker ofte giver deres ophavsmænd og fremstillere ikke uvæsentlige indtægter. Hvad angår argumentet om, at det i visse tilfælde kan være vanskelig at opnå licens, f.eks. som følge af rettighedsindehavernes afslag, mener jeg, at friheden for kunst ikke giver enhver mulighed for fri benyttelse af hvad som helst med henblik på sine kreative tiltag.

97. Jeg mener heller ikke, at fonogramfremstillernes økonomiske interesser, der ligger til grund for deres enerettigheder, er begrænsede til beskyttelsen mod kommerciel brug og pirateri. I EU-retten er dette tilfældet hvad angår spredningsretten [54]. Retten til reproduktion er derimod formuleret bredt og gælder alle mulige former for udnyttelse af et fonogram. Det forekommer mig endvidere rimeligt, at en fonogramfremstiller får indtægter fra udnyttelsen af de værker, der skabes ved anvendelsen af den pågældendes fonogram. Ved en afvejning mellem de grundlæggende rettigheder skal der endvidere ikke alene tages hensyn til fonogramfremstillernes materielle rettigheder og interesser, men ligeledes til de udøvende kunstneres og ophavsmændenes rettigheder, herunder deres ideelle rettigheder. De ideelle rettigheder, heriblandt retten til at beskytte værkets integritet, kan lovligt være til hinder for anvendelsen af værket, selv i tilfælde, hvor anvendelsen er omfattet af en undtagelse [55].

52 – jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.1.2013, Ashby Donald m.fl. mod Frankrig (ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

53 – Jf. f.eks. sag C-469/17, Funke Medien NRW, hvori jeg fremsatte mit forslag til afgørelse den 25.10.2018 (EU:C:2018:870).

54 – Jf. den del af mit forslag til afgørelse, der vedrører besvarelsen af det andet spørgsmål.

55 – Jf. i denne retning dom af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 27-31).

98. Den beskyttelse, der ydes fonogramfremstillere såvel i EU-retten som i international ret, kan anses for uforholdsmæssig, for så vidt som der er tale om samme beskyttelse som beskyttelsen af ophavsmænd (for så vidt angår materielle rettigheder). Jeg udelukker ikke, at den afvejning mellem forskellige rettigheder og interesser, som EU-lovgiver har foretaget, i fremtiden kan føre til, at der bliver indført en undtagelse til enerettighederne for ophavsmænd og andre rettighedshavere til at foretage *sampling*. Dette er imidlertid ikke Domstolens opgave. I forbindelse med domstolskontrollen med anvendelsen af de gældende bestemmelser spiller de grundlæggende rettigheder en anden rolle: Der er nemlig tale om en sidste udvej (ultima ratio), som ikke kan begrunde en fravigelse af ordlyden af de relevante bestemmelser undtagen i tilfælde af en åbenlys krænkelse af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed [56]. Det er efter min opfattelse ikke tilfældet med *sampling* inden for rammerne af EU-ophavsretten.

99. Jeg foreslår derfor, at det sjette præjudicielle spørgsmål besvares med, at fonogramfremstilleres eneret i henhold til artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 til at tillade eller forbyde delvis reproduktion af deres fonogrammer, hvis de skal bruges til *sampling*, ikke er i strid med frihed for kunst, som den er fastsat i chartrets artikel 13.

Forslag til afgørelse

100. Henset til det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) har forelagt, således:

»1) Artikel 2, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet skal fortolkes således, at udtagningen af et uddrag fra et fonogram med henblik på at indarbejde det i et andet fonogram (*sampling*) udgør et indgreb i fonogramfremstillerens eneret til at tillade eller forbyde en reproduktion af hans fonogram i henhold til denne bestemmelse, når reproduktionen foretages uden sidstnævntes tilladelse.

2) Artikel 9, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret skal fortolkes således, at et fonogram, som indeholder uddrag, der er overført fra et andet fonogram (*sampling*), ikke udgør et eksemplar af dette andet fonogram i den forstand som omhandlet i denne bestemmelse.

3) Artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en bestemmelse i en medlemsstats nationale ret, såsom § 24, stk. 1, i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 9. september 1965, hvorefter et selvstændigt værk kan skabes ved fri benyttelse af et andet værk uden tilladelse fra ophavsmanden til dette værk, finder anvendelse på fonogrammer, for så vidt som den går videre end anvendelsesområdet for de undtagelser fra og indskrænkninger i eneretten, som er fastsat i dette direktivs artikel 5, stk. 2 og 3.

4) Undtagelsen for citater i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 finder ikke anvendelse på en situation, hvor et uddrag af et fonogram er blevet indarbejdet i et andet fonogram uden nogen klar hensigt om samspil med det første fonogram og på en måde, der gør det umuligt at adskille det fra resten af dette andet fonogram.

56 – Jf. senest i denne retning dom af 18.10.2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, præmis 46).

5) Medlemsstaterne er forpligtede til i deres nationale retsorden at sikre beskyttelsen af enerettighederne i artikel 2-4 i direktiv 2001/29, idet disse rettigheder kun må indskrænkes i forbindelse med anvendelsen af de undtagelser og indskrænkninger, som er udtømmende opregnet i artikel 5 i direktiv 2001/29. Medlemsstaterne kan derimod frit vedtage de foranstaltninger, som de måtte finde passende at vedtage med henblik på at opfylde denne forpligtelse.

6) Fonogramfremstilleres eneret i henhold til artikel 2, litra c), i direktiv 2001/29 til at tillade eller forbyde delvis reproduktion af deres fonogrammer, hvis de skal bruges til *sampling*, er ikke i strid med den frihed for kunst, som er fastsat i artikel 13 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«