Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 12 december 2018 [1]

Mål C-476/17

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

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Rätten till mångfaldigande – Mångfaldigande av små delar av ett fonogram (sampling) – Fritt utnyttjande av ett verk – Beaktande av de grundläggande rättigheterna enligt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna”

Inledning

1. Sampling är en teknik som innebär att man med hjälp av elektronisk utrustning gör utdrag (samplingar) ur ett fonogram i syfte att använda dessa utdrag som beståndsdelar i en ny komposition i ett annat fonogram. Återanvändningen innebär ofta att utdragen mixas, ändras eller upprepas i slingor, så att de blir mer eller mindre lätta att känna igen i det nya verket. Noteras ska också att det kan röra sig om utdrag av varierande längd, från mindre än en sekund till tiotals sekunder. Sampling är således en mångfasetterad företeelse, vilket naturligtvis inte underlättar dess rättsliga kvalificering. [2]

2. Kompositörer har troligtvis återanvänt motiv från tidigare verk så länge musiken har funnits, men sampling är en ny företeelse som har blivit möjlig tack vare modern teknik för att spela in och modifiera ljud, först med analoga och numera med digitala metoder. Till skillnad från när man vid komponering av ett nytt musikaliskt verk använder ett fragment från ett annat sådant verk, innebär sampling nämligen att man direkt hämtar ljud från ett fonogram, det vill säga ett framfört och inspelat verk, i syfte att införliva dem med det fonogram som innehåller det nya verket. Som företeelse är sampling således knuten till förekomsten av musik inspelad i form av fonogram. Den som kopierar fragment från noterna för ett musikaliskt verk i syfte att införliva dessa fragment med noterna för ett nytt verk och sedan framför det nya verket utifrån dessa noter ägnar sig med andra ord inte åt sampling.

1 Originalspråk: franska.

2 Se, bland annat, Piesiewicz, P., ”Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne ’samplingu’)”, *Państwo i prawo*, nr 3/2006.

3. Sampling kan användas i vilken musikgenre som helst men har särskilt stor betydelse för hiphop- och rapmusiken, som uppkom på 1970-talet i arbetarkvarteren i New York (Förenta staterna).[3] Bakgrunden till dessa musikstilar står att finna i hur diskjockeyer länkade samman, ändrade och mixade ljud från musikaliska verk inspelade på vinylskivor och därigenom skapade vad som måste ses som egna härledda kompositioner. Sampling utgör således grunden för dessa musikgenrer. Vissa verk kan till och med bestå uteslutande av en blandning av samplingar.

4. Trots sin betydelsefulla roll för detta musikaliska nyskapande medför sampling betydande problem på det rättsliga området, i synnerhet med tanke på att hiphopmusiken har lämnat gatorna i Bronx, anslutit sig till musikens huvudfåra och blivit en icke obetydlig källa till inkomster för upphovsmän, utövande konstnärer och fonogramframställare. Att företeelsen är rättsligt svårbedömd beror på att vad som är i fråga inte är upphovsrättens klassiska förhållande mellan två verk utan i stället ett förhållande mellan ett fonogram, det vill säga en kommersiell produkt, och ett verk, det vill säga en konstnärlig skapelse. En konstnär som samplar låter sig inte endast inspireras av någon annans skapelse utan tillskansar sig dessutom resultatet av den ansträngning och den redaktionella investering som det berörda fonogrammet motsvarar. Denna situation, som är något helt nytt inom upphovsrätten,[4] medför att andra faktorer blir relevanta, särskilt fonogramframställarnas närstående rättigheter och samplarnas rätt till fritt skapande.

5. Den aktuella begäran om förhandsavgörande, som innebär att problematiken kring sampling nu blir föremål för unionsrättslig prövning, har en lång juridisk bakgrundshistoria på nationell nivå[5] där två av Tysklands högsta domstolar redan har uttalat sig. Nu är det EU-domstolens tur att ta till orda i en debatt där postmodernistisk konstnärlig frihet står mot gammal god äganderätt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

6. I artikel 2 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället[6] stadgas följande:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis

…

c) för fonogramframställare: av deras fonogram,

…”

3 Hiphop- och rapmusikens historia beskrivs i Evans, T.M., ”Sampling, Looping, and Mashing… Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 21, nr 4, s. 843.

4 Ett av de första målen som rörde sampling, Grand Upright Music, Ltd mot Warner Bros. Records Inc., vilket prövades av United States District Court for the Southern District of New York (federala domstolen för södra distriktet i New York, Förenta staterna), avgjordes emellertid redan 1991.

5 Talan i första instans inom ramen för det nationella förfarandet väcktes den 8 mars 1999.

6 EGT L 167, 2001, s. 10.

7. Artikel 5.3 d, k och o samt 5.5 i nämnda direktiv har följande lydelse:

”3. Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

…

d) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

…

k) Användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte.

…

o) Användning i vissa andra fall av mindre betydelse där undantag eller inskränkning redan finns enligt nationell lagstiftning, förutsatt att de endast berör analog användning och inte påverkar den fria rörligheten för varor och tjänster inom gemenskapen, om inte annat föreskrivs i de övriga undantag och inskränkningar som anges i denna artikel.

…

5. De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.”

8. I artikel 9.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version)[7] föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att genom försäljning eller på annat sätt göra exemplar av de alster som nämns i a–d tillgängliga för allmänheten – nedan kallad ’spridningsrätt’ – för nedan nämnda rättighetshavare:

…

b) Fonogramframställare, vad gäller deras fonogram.

…”

9. Artikel 10.2 första stycket i samma direktiv har följande lydelse:

”2. Oavsett vad som föreskrivs i [punkt] 1 får varje medlemsstat föreskriva samma slags inskränkningar i skyddet för utövande konstnärer, fonogramframställare, radio- och TV-företag och den som producerat första upptagningen av filmer, som den föreskriver när det gäller skyddet för upphovsrätten till litterära och konstnärliga verk.”

7 EUT L 376, 2006, s. 28.

Tysk rätt

10. Direktiven 2001/29 och 2006/115 har införlivats med den tyska rättsordningen genom Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 9 september 1965 (nedan kallad UrhG). Fonogramframställarnas rättigheter skyddas genom § 85 punkt 1 UrhG.

11. § 24 UrhG innehåller ett allmänt undantag från upphovsrätt med följande lydelse:

”1. Ett självständigt verk som har skapats genom fri användning av någon annans verk får offentliggöras och utnyttjas utan samtycke från det använda verkets upphovsman.

2. Punkt 1 ska inte tillämpas på användning av ett musikaliskt verk som innebär att en melodi på ett igenkännbart sätt hämtas från verket och läggs till grund för ett nytt verk.”

Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

12. Ralf Hütter och Florian Schneider-Esleben, kärande i första instans och motparter i målet om överklagande vid den hänskjutande domstolen (nedan kallade motparterna), är medlemmar i musikgruppen Kraftwerk. Denna grupp offentliggjorde 1977 ett fonogram som innehöll ett verk med titeln *Metall auf Metall*. Motparterna är framställare av nämnda fonogram och även utövande konstnärer med avseende på det berörda verket, till vilket Ralf Hütter dessutom är upphovsman (kompositör).

13. Det tyska bolaget Pelham GmbH, svarande i första instans och klagande i målet om överklagande vid den hänskjutande domstolen, är framställare av ett fonogram som innehåller ett verk med titeln *Nur mir*, vilket framförs av bland andra sångerskan Sabrina Setlur. Moses Pelham och Martin Haas, likaledes svarande i första instans och klagande i målet om överklagande vid den hänskjutande domstolen, är upphovsmän till nämnda verk.

14. Motparterna gjorde gällande att Pelham GmbH, Moses Pelham och Martin Haas (nedan gemensamt kallade klagandena) med hjälp av samplingsteknik hade kopierat omkring två sekunder av en rytmsekvens i verket *Metall auf Metall* och införlivat denna sampling genom på varandra följande upprepningar i verket *Nur mir*. Motparterna ansåg att klagandena därigenom hade åsidosatt den upphovsrätten närstående rättighet som tillkommer dem i egenskap av framställare av det berörda fonogrammet. I andra hand åberopade motparterna den immateriella äganderätt som tillkommer dem i egenskap av utövande konstnärer och hävdade dessutom att Ralf Hütters upphovsrätt till det musikaliska verket hade kränkts. I tredje hand gjorde motparterna gällande att konkurrenslagstiftningen hade åsidosatts. Målet vid den hänskjutande domstolen rör emellertid enbart motparternas rättigheter i deras egenskap av framställare av fonogrammet.

15. Motparterna framställde yrkanden om att överträdelsen skulle upphöra, att skadestånd skulle utdömas, att vissa upplysningar skulle lämnas och att fonogrammen skulle överlämnas för destruering. Domstolen i första instans biföll talan, och klagandenas överklagande ogillades av appellationsdomstolen. Klagandena överklagade därefter vidare till den hänskjutande domstolen, varefter denna genom dom av den 20 november 2008 upphävde appellationsdomstolens dom och återförvisade målet till appellationsdomstolen för ny prövning. Appellationsdomstolen ogillade därefter ännu en gång klagandenas överklagande av domen från första instans. Klagandena överklagade åter till den hänskjutande domstolen, som denna gång genom dom av den 13 december 2012 ogillade överklagandet. Den domen upphävdes sedan av Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland),[8] som återförvisade målet till den hänskjutande domstolen.

8 Dom av den 31 maj 2016, 1 BvR 1585/13.

16. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Föreligger det ett intrång i fonogramframställarens ensamrätt till mångfaldigande av dennes fonogram enligt artikel 2 c i direktiv 2001/29 när små tonsekvenser hämtas från dennes fonogram och överförs till ett annat fonogram?

2) Utgör ett fonogram som innehåller små tonsekvenser vilka har överförts från ett annat fonogram ett exemplar av det andra fonogrammet i den mening som avses i artikel 9.1 b i direktiv 2006/115?

3) Kan medlemsstaterna anta en bestämmelse – såsom 24 § punkt 1 UrhG – enligt vilken skyddsområdet för fonogramframställarnas ensamrätt till mångfaldigande (artikel 2 c i direktiv 2001/29) och spridning (artikel 9.1 b i direktiv 2006/115) av deras fonogram inskränks på ett sådant sätt att ett självständigt verk som har skapats genom en fri användning av deras fonogram får användas utan deras samtycke?

4) Används ett verk eller annat alster i den mening som avses i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 i citatsyfte om det inte framgår att det är fråga om en användning av ett främmande verk eller annat främmande alster?

5) Föreligger det ett utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet med nationell lagstiftning av de unionsrättsliga bestämmelserna om fonogramframställarnas rätt till mångfaldigande och spridning (artikel 2 c i direktiv 2001/29 och artikel 9.1 b i direktiv 2006/115) och om undantag från eller inskränkningar av dessa rättigheter (artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29 och artikel 10.2 första meningen i direktiv 2006/115)?

6) På vilket sätt ska de grundläggande rättigheterna i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [(nedan kallad stadgan)] beaktas vid fastställandet av omfattningen av skyddet för fonogramframställarnas ensamrätt till mångfaldigande (artikel 2 c i direktiv 2001/29) och spridning (artikel 9.1 b i direktiv 2006/115) av deras fonogram och räckvidden för undantag från eller inskränkningar av dessa rättigheter (artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29 och artikel 10.2 första meningen i direktiv 2006/115)?”

17. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 4 augusti 2017. Skriftliga yttranden har inkommit från parterna i målet vid den nationella domstolen, från den tyska och den franska regeringen, från Förenade kungarikets regering och från Europeiska kommissionen. Samma rättegångsdeltagare var också företrädda vid den muntliga förhandlingen den 3 juli 2018.

Bedömning

18. I det aktuella målet har Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) ställt en rad tolkningsfrågor till EU-domstolen om hur unionsrätten i fråga om upphovsrätt och närstående rättigheter och i fråga om grundläggande rättigheter ska tolkas under sådana omständigheter som är för handen i det nationella målet. Jag kommer att se närmare på dessa frågor i den ordning i vilken de har ställts.

Den första tolkningsfrågan

19. Den hänskjutande domstolen har väsentligen ställt sin första tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 2 c i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att hämtandet av ett utdrag från ett fonogram för användning i ett annat fonogram (sampling) utgör ett intrång i det förstnämnda fonogrammets framställares ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av sitt fonogram, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, om hämtandet och användningen av utdraget sker utan dennes tillåtelse.

20. De som har yttrat sig i det aktuella målet företräder olika ståndpunkter i detta ämne. Motparterna har i likhet med den franska regeringen förordat att frågan ska besvaras jakande, medan klagandena, de båda andra regeringarna och kommissionen har förordat att den ska besvaras nekande. Innan jag ser närmare på de olika argument som har framförts, anser jag det lämpligt att pröva en inledande fråga.

Inledande synpunkt rörande det tidsmässiga tillämpningsområdet för direktiv 2001/29

21. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det tidsmässiga tillämpningsområdet för direktiv 2001/29 enligt artikel 10 i nämnda direktiv inskränker sig till åtgärder som har vidtagits efter den 22 december 2002 men att det i det nationella målet omtvistade fonogram som innehåller verket med titeln *Nur mir* utkom 1997.

22. Det ska emellertid noteras att direktiv 2001/29 enligt artikel 10.1 i detta ska tillämpas på alla verk och alla andra alster som den 22 december 2002 skyddades genom medlemsstaternas lagstiftning, och så var fallet för det fonogram som tillhör motparterna.

23. Enligt artikel 10.2 i direktiv 2001/29 ska det direktivet inte påverka åtgärder som har vidtagits och rättigheter som har förvärvats före nämnda datum, och EU-domstolen har på grundval av den bestämmelsen funnit att åtgärder innebärande användning av skyddade verk och andra alster som vidtogs före det datumet inte påverkas av nämnda direktiv.[9] Det fonogram som är i fråga i det nationella målet har emellertid, enligt vad den hänskjutande domstolen har uppgett, blivit föremål för åtgärder innebärande användning även efter den 22 december 2002. Således är direktiv 2001/29 tillämpligt på dessa åtgärder.

24. Efter att ha klargjort detta övergår jag nu till att pröva den första tolkningsfrågan i sak.

Bedömning i sak

25. Det är ostridigt mellan parterna i det nationella målet att klagandena har mångfaldigat ett omkring två sekunder långt utdrag ur rytmsekvensen i fonogrammet av verket *Metall auf Metall* och införlivat detta utdrag, upprepat i slinga, med minimala ändringar och på ett igenkännbart sätt, som rytmsekvens i fonogrammet av verket *Nur mir*.[10]

26. Enligt min uppfattning är det uppenbart att en sådan åtgärd utgör ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 2001/29. Den bestämmelsen avser ju varje ”direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis”, av det skyddade verket eller alstret. Vid sampling rör det sig om ett (oftast) direkt och permanent mångfaldigande, med hjälp av digitala metoder och i digital form, av en del av ett fonogram. Således torde det stå tämligen klart att den aktuella åtgärden utgör ett intrång i det berörda fonogrammets framställares rätt att tillåta eller förbjuda ett sådant mångfaldigande som sker utan deras samtycke.

9 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punkt 1 i domslutet).

10 Noteras ska att det finns flera versioner av det sistnämnda verket. Här avser jag grundversionen, som kallas enbart *Nur mir*.

27. Klagandena i det nationella målet, vissa av de regeringar som har ingett yttranden och kommissionen har emellertid anfört en rad olika argument till stöd för ståndpunkten att fonogramframställarnas ovannämnda ensamrätt bör inskränkas på så sätt att den inte omfattar sådana åtgärder innebärande mångfaldigande som den som är i fråga i det nationella målet.

– De minimis-tröskel

28. För det första har dessa berörda parter dragit en analogi till domstolens praxis rörande upphovsrättsligt skydd av utdrag ur verk. Domstolen har nämligen funnit att det upphovsrättsliga skyddet omfattar verk i deras egenskap av uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse och att utdrag ur ett verk därför kan vara upphovsrättsligt skyddade om de innehåller vissa av de element som ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.[11] Mot bakgrund av att fonogramframställarnas rätt inte skyddar en intellektuell skapelse utan en ekonomisk investering har vissa berörda parter i det aktuella målet gjort gällande att denna rätt endast kan omfatta fonogramutdrag som är tillräckligt långa för att motsvara nämnda investering. Sådana ytterst korta utdrag som görs i samband med sampling utgör enligt dem inte något hot mot fonogramframställarnas ekonomiska intressen och träffas därför inte av deras ensamrätt. Vissa av dessa berörda parter anser av detta skäl att skyddet för fonogramframställarnas rättigheter, i likhet med vad som enligt deras åsikt gäller för skyddet för upphovsmäns rättigheter, är föremål för en *de minimis*-tröskel.

29. Detta resonemang grundar sig emellertid enligt min uppfattning på en felaktig tolkning av domstolens ovannämnda praxis. I domen i målet Infopaq International fann domstolen att de litterära verk som var i fråga i nämnda mål bestod av ord som när de betraktades separat inte var upphovsrättsligt skyddade, utan det enda som åtnjöt skydd var det originella ordnandet av orden i dess egenskap av upphovsmannens egen intellektuella skapelse.[12] Detta är ett självklart konstaterande – upphovsmannen till ett litterärt verk kan inte lägga beslag på vanligt förekommande ord eller uttryck, lika lite som en kompositör kan göra gällande ensamrätt till toner eller en målare till färger. Däremot kan detta konstaterande inte på något sätt tolkas så, att det uttrycker ett erkännande av en *de minimis*-tröskel för upphovsrättsligt skydd av verk. Nämnda konstaterande är i själva verket en logisk följd av att ”verk” i upphovsrättslig bemärkelse definieras som upphovsmannens intellektuella skapelse. Dessutom slog domstolen i den berörda domen faktiskt fast att mångfaldigandet av ett utdrag bestående av endast elva ord från en tidningsartikel potentiellt kan träffas av ensamrätten enligt artikel 2 i direktiv 2001/29,[13] varför det även av det skälet är svårt att se att domstolen i nämnda dom skulle ha erkänt någon form av *de minimis*-tröskel.

30. Till yttermera visso kan det resonemang som domstolen förde på tal om utdrag ur verk inte tillämpas på fonogram. Ett fonogram är nämligen inte en intellektuell skapelse som består av en komposition av element som ord, ljud, färger eller liknande, utan ett fonogram är en upptagning av ljud som inte åtnjuter skydd med hänvisning till hur ljuden är ordnade utan med hänvisning till själva upptagningen. Detta betyder att medan det såvitt avser ett verk är möjligt att skilja mellan element som inte kan åtnjuta skydd, exempelvis ord, ljud, färger och så vidare, och ett skyddsföremål i form av det originella ordnandet av dessa element, är en sådan distinktion inte möjlig att göra såvitt avser ett fonogram. Fonogrammet består inte av små delar som inte kan åtnjuta skydd, utan det skyddas såsom odelbar helhet. Dessutom finns det inte heller något verkshöjdsrekvisit för fonogram, eftersom dessa till skillnad från verk inte åtnjuter skydd med hänvisning till sin kreativa art utan med hänvisning till den bakomliggande ekonomiska och organisatoriska investeringen. Annorlunda uttryckt kan en upphovsman inte få monopol på ett ljud eller ett ord genom att ta med det i ett verk, men en

11 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 39 samt punkt 1 i domslutet).

12 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkterna 44–46).

13 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 1 i domslutet).

inspelning av när ljudet framförs av en musiker eller när ordet blir uppläst utgör ett fonogram som åtnjuter skydd i kraft av en upphovsrätten närstående rättighet. Mångfaldigandet av en sådan inspelning träffas därför av fonogramframställarens ensamrätt, men däremot står det var och en fritt att själv mångfaldiga samma ljud.

31. Domstolarna i Förenta staterna har visserligen utvecklat en tanke som påminner om en *de minimis* -tröskel i sin praxis rörande sampling,[14] men den amerikanska rättsmiljön skiljer sig radikalt från den kontinentaleuropeiska och den unionsrättsliga. I amerikansk rätt skyddas fonogram nämligen genom ”copyright” på samma sätt som verk och alster, vilket föranleder ett verkshöjdsrekvisit även för fonogram. Ända sedan 1800-talet har det funnits en allmänt vedertagen *de minimis*-tröskel såvitt avser alla dessa skyddsföremål, och denna tröskel ingår bland kriterierna för bedömning av tillämpligheten av det allmänna undantaget avseende ”fair use”.[15] Därför kan de amerikanska domstolarnas resonemang enligt min åsikt inte överföras till unionsrätten.

32. Dessutom förefaller det mig som om en *de minimis*-tröskel skulle föranleda betydande praktiska tillämpningsproblem. Till att börja med skulle det behöva slås fast en tröskel. Frågan är då huruvida denna tröskel bör vara rent kvantitativ (det mångfaldigade utdragets längd) eller även kvantitativ (utdragets betydelse för det berörda verket). Sedan inställer sig också frågan huruvida denna tröskel bör bedömas i förhållande till källfonogrammet, målverket eller båda. Låt oss ta de fonogram som är i fråga i det här aktuella nationella målet som exempel. Det utdrag som klagandena har gjort är ungefär två sekunder långt. Vid första anblicken skulle det därför rimligtvis kunna hamna under en *de minimis*-tröskel, något som vissa av de berörda parterna i det aktuella målet också har gjort gällande att det gör. Emellertid måste det noteras att de båda aktuella fonogrammen innehåller verk som tillhör två musikgenrer – elektronisk musik såvitt avser *Metall auf Metall* och rapmusik såvitt avser *Nur mir* – där rytmen har mycket stor betydelse för verkens komposition. Genom att kopiera en rytmsekvens från verket *Metall auf Metall* och införa den, upprepad i en slinga, i verket *Nur mir*, har klagandena i själva verket upprepade gånger kopierat en väsentlig del av det första fonogrammet och låtit denna del utgöra hela rytmsektionen i deras eget verk.[16] Om ett kvalitativt angreppssätt användes, skulle detta troligen innebära att *de minimis*-tröskeln hade överskridits, oavsett var den låg. Den som önskar förvissa sig om att så är fallet kan med fördel avlägsna den aktuella rytmsekvensen från de båda fonogrammen och lyssna på återstoden av dem. Således skulle tillämpningen av en *de minimis* -tröskel oundvikligen leda till olikheter mellan rättspraxis i olika medlemsstater, vilket skulle undergräva det huvudsakliga syftet med direktiv 2001/29, nämligen harmonisering av medlemsstaternas upphovsrätt.

33. Slutligen är det enligt min uppfattning felaktigt att inskränka fonogramframställarnas legitima ekonomiska intressen till enbart skydd mot piratkopiering, det vill säga mot spridning eller överföring till allmänheten av deras fonogram som sådana. Fonogramframställarna kan nämligen få inkomster från utnyttjande av sina fonogram även på andra sätt än genom att sälja exemplar, bland annat genom att tillåta sampling av dem. Att framställarnas rätt till sina fonogram är tänkt att skydda deras ekonomiska investeringar utgör således inte hinder för att denna rätt även träffar sådana former av användning som sampling. Med tanke på att lagstiftaren faktiskt har valt att skydda fonogramframställarnas ekonomiska intressen genom att ge dem ensamrätt att tillåta eller förbjuda allt mångfaldigande av deras fonogram, inbegripet partiellt mångfaldigande, förefaller det mig ologiskt att ifrågasätta detta val med hänvisning till att en sådan rättighet inte skulle motsvara det eftersträvade syftet.

14 Se, bland annat, dom från United States Court of Appeals, 9th Circuit (Appellationsdomstol för nionde domkretsen, Förenta staterna), av den 2 juni 2016, VMG Salsoul, LLC mot Ciccone.

15 Se section 107 i Copyright Law of the United States (Förenta staternas upphovsrättslag).

16 Enligt vad som uppges i begäran om förhandsavgörande drog appellationsdomstolen inom ramen för det nationella förfarandet samma slutsats, nämligen att det omtvistade utdraget utgör den ”dominerande delen” av verket *Metall auf Metall* och uppträder kontinuerligt i verket *Nur mir*.

– *Samma skyddsnivå som för verk*

34. För det andra har vissa av rättegångsdeltagarna som har inkommit med yttranden i det aktuella målet gjort gällande – likaledes med hänvisning till domen i målet Infopaq International[17] – att fonogramframställare inte skulle kunna åtnjuta ett mer omfattande skydd än upphovsmän. Jag finner inte detta argument övertygande, av två skäl.

35. Till att börja med grundar sig detta argument, liksom argumentet om en *de minimis*-tröskel, enligt min uppfattning på en felaktig tolkning av den ovannämnda domens räckvidd. I nämnda dom slog domstolen fast att begreppet ”verk” i den mening som avses i unionens upphovsrätt ska definieras som upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Samma skyddsrekvisit ska tillämpas på utdrag ur ett verk, varvid skydd inte ska ges till element i verket som uppenbart bör utgöra allmän egendom, exempelvis enskilda ord och frekventa uttryck. Det är således inte på något sätt fråga om en inskränkning av skyddet, utan i stället om ett fastställande av skyddsföremålet. När det gäller fonogram innebär den omständigheten att skyddsföremålet är annorlunda inte att skyddet är mer långtgående än skyddet för verk. Både verk och fonogram skyddas i sin helhet.

36. Vidare är rätten till skydd för fonogram en rätt som existerar och utövas helt oberoende av skyddet för det verk som fonogrammet i förekommande fall innehåller. De flesta fonogram innehåller visserligen upptagningar av framföranden av upphovsrättsligt skyddade verk, men inte alla. Ett fonogram kan exempelvis innehålla en upptagning av ett framförande av ett verk vars skydd har löpt ut eller ljud som inte alls utgör något verk, till exempel naturljud. Även sådana fonogram utgör fullvärdiga skyddsföremål. Detta bekräftas för övrigt av den definition av ”fonogram” som återfinns i fördraget inom ramen för Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) om framföranden och fonogram.[18] I artikel 2 b i det fördraget definieras ”fonogram” som ”en upptagning av ljuden i ett framförande eller av andra ljud …”. Fonogramframställarnas rättigheter är visserligen närstående till upphovsrätten, men de är inte härledda ur upphovsrätten. Således påverkas tillämpningsområdet för skyddet av ett fonogram inte på något sätt av tillämpningsområdet för skyddet av det verk som fonogrammet i förekommande fall innehåller.

– *Analogi till skyddet av databasproducenters rättigheter*

37. För det tredje har vissa rättegångsdeltagare dragit en analogi mellan skydd av fonogram och skydd av databaser. Enligt artikel 7.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser[19] ska en databasproducent åtnjuta en rättighet av sitt eget slag att förbjuda ”utdrag och/eller återanvändning av hela eller en … väsentlig del” av databasens innehåll. Enligt dessa rättegångsdeltagare befinner sig en fonogramframställare i en situation som liknar situationen för en databasproducent i så måtto att syftet med den rättighet som de tillerkänns i båda fallen är att skydda deras ekonomiska investeringar. Därför bör även fonogramframställarens skydd inskränkas till att omfatta mångfaldigande av en väsentlig del av fonogrammet.

38. Jag är emellertid mer benägen att ansluta mig till motparternas argument på denna punkt, nämligen att det i det aktuella fallet i stället skulle vara påkallat att tolka direktiv 2001/29 e *contrario*. Orsaken till detta är att det direktivet inte innehåller någon hänvisning till skydd av en ”väsentlig del” av ett fonogram, utan fonogramframställaren åtnjuter i stället skydd mot otillåtet mångfaldigande ”helt eller delvis” av fonogrammet, på samma sätt som upphovsmannen till ett verk (och för övrigt även

17 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Fördrag inom ramen för WIPO om framföranden och fonogram, vilket antogs i Genève den 20 december 1996 och trädde i kraft den 20 maj 2002, i vilket Europeiska unionen är part i kraft av rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (EGT L 89, 2000, s. 6). Enligt skäl 15 i direktiv 2001/29 är ett av syftena med det direktivet dessutom att genomföra nämnda fördrag.

19 EGT L 77, 1996, s. 20.

upphovsmannen till en databas, i kraft av artikel 5 a i direktiv 96/9). Redan en bokstavlig tolkning av direktiven 96/9 och 2001/29 utesluter således enligt min uppfattning möjligheten att dra analogier mellan omfattningen av skyddet för en databasproducent och omfattningen av skyddet för en fonogramframställare.

– *Skydd av fonogrammet uteslutande som helhet*

39. För det fjärde kan jag inte heller ställa mig bakom kommissionens argument med innebörden att artikel 11 i WIPO-fördraget om framföranden och fonogram uteslutande skulle avse skydd mot otillåtet mångfaldigande av ett fonogram i dess helhet.[20] Artikel 11 i nämnda fördrag har nämligen väsentligen samma lydelse som artikel 10 i Romkonventionen,[21] och enligt den vägledning rörande tolkningen av nämnda konvention som WIPO utarbetade[22] vid den diplomatiska konferens då konventionen antogs var den bakomliggande tanken att ”skyddet mot mångfaldigande inte är föremål för några inskränkningar utan ska tolkas så, att det omfattar skydd mot partiellt mångfaldigande av fonogrammet”.[23] Därför bör artikel 11 i det ovannämnda WIPO-fördraget tolkas på samma sätt. För övrigt nämns ”delvis” mångfaldigande av fonogram uttryckligen i artikel 2 i direktiv 2001/29.

40. Jag föreslår således att den första tolkningsfrågan ska besvaras med att artikel 2 c i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att hämtandet av ett utdrag från ett fonogram för användning i ett annat fonogram (sampling) utgör ett intrång i det förstnämnda fonogrammets framställares ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av sitt fonogram, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, om hämtandet och användningen av utdraget sker utan dennes tillåtelse.

Den andra tolkningsfrågan

41. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 9.1 b i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att ett fonogram som innehåller utdrag vilka har överförts från ett annat fonogram (samplingar) utgör ett exemplar av det sistnämnda fonogrammet i den mening som avses i nämnda bestämmelse.

42. De rättegångsdeltagare som har ingett yttranden i det aktuella målet, utom den franska regeringen, förefaller ha bedömt den första och den andra tolkningsfrågan tillsammans och tenderar att besvara båda dessa frågor på samma sätt (även om svarets art varierar mellan rättegångsdeltagarna). Jag anser emellertid, i likhet med den franska regeringen, att artikel 9.1 b i direktiv 2006/115 bör tolkas mot bakgrund av sitt syfte och oberoende av direktiv 2001/29.

43. Genom artikel 9 i direktiv 2006/115 införs en spridningsrätt för bland andra fonogramframställare. Det rör sig om rätten att genom försäljning eller på annat sätt göra exemplar (kopior) av skyddade alster, bland annat fonogram, tillgängliga för allmänheten.

20 I denna bestämmelse föreskrivs att ”[f]onogramframställare skall ha ensamrätt att tillåta direkt eller indirekt mångfaldigande av sina fonogram på vilket sätt och i vilken form som helst”.

21 Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag, undertecknad i Rom den 26 oktober 1961.

22 *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*, WIPO, Genève, 2003.

23 Ibid., s. 154.

44. På det internationella planet är samma rätt erkänd i kraft av Genèvekonventionen.[24] Unionen är inte part i den konventionen, men 22 medlemsstater är det. Dessutom nämns denna konvention troligtvis i skäl 7 i direktiv 2006/115 såsom en av de ”internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på”, vilka ska iakttas i samband med den harmonisering som sker genom nämnda direktiv.

45. Huvudsyftet med spridningsrätten är att ge skydd mot ”piratkopiering”, det vill säga framställande och spridning till allmänheten av förfalskade exemplar av fonogram (och andra alster, exempelvis filmer). När sådana förfalskade exemplar ersätter äkta exemplar, blir resultatet en avsevärd minskning av intäkterna för fonogramframställarna och därmed också av de intäkter som upphovsmän och utövande konstnärer legitimt kan förvänta sig att erhålla från försäljning av äkta exemplar. Det hot som piratkopiering utgör nämns bland annat uttryckligen i skäl 2 i direktiv 2006/115 som en av orsakerna till att det direktivet antogs.

46. Piratkopiering innebär att det tillverkas och sprids förfalskade exemplar av fonogram som kan ersätta äkta exemplar. Detta är anledningen till att ”kopia” i artikel 1 i Genèvekonventionen definieras som en ”anordning som innehåller ljud vilka direkt eller indirekt tagits från ett fonogram och som omfattar alla eller en väsentlig del av de ljud som upptagits på detta fonogram”. Det är nämligen endast med hjälp av en sådan kopia (ett sådant exemplar) som en lyssnare kan få kännedom om fonogrammet utan att behöva förvärva ett äkta exemplar av det.

47. Med tanke på att artikel 9 i direktiv 2006/115 inför samma spridningsrätt som Genèvekonventionen och med tanke på att dessa båda rättsliga instrument har samma syfte, nämligen skydd mot piratkopiering, anser jag att begreppet ”exemplar” i nämnda bestämmelse bör tolkas på liknande sätt som begreppet ”kopia” i nämnda konvention och mot bakgrund av detta gemensamma syfte, det vill säga på så sätt att ”exemplar” i direktivet avser ett exemplar som omfattar alla eller en väsentlig del av ljuden på ett skyddat fonogram och som kan ersätta äkta exemplar av det fonogrammet. Enligt min uppfattning har artikel 9 i direktiv 2006/115 alltså avsevärt mindre räckvidd än artikel 2 i direktiv 2001/29.

48. Sampling används inte för att skapa ett fonogram som kan ersätta originalfonogrammet utan för att skapa ett nytt verk som är oberoende av det fonogrammet. Ett fonogram som härrör från sampling omfattar inte heller alla eller ens en väsentlig del av ljuden på originalfonogrammet. Därför bör ett sådant fonogram inte anses utgöra ett exemplar i den mening som avses i artikel 9.1 b i direktiv 2006/115.

49. Jag föreslår således att den andra tolkningsfrågan ska besvaras med att artikel 9.1 b i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att ett fonogram som innehåller utdrag vilka har överförts från ett annat fonogram (samplingar) inte utgör ett exemplar av detta andra fonogram i den mening som avses i den bestämmelsen.

Den tredje tolkningsfrågan

50. Den hänskjutande domstolen har i allt väsentligt ställt sin tredje tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 2 c i direktiv 2001/29 och artikel 9.1 b i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att de utgör hinder för tillämpning på fonogram av en sådan bestämmelse i en medlemsstats nationella lagstiftning som § 24 punkt 1 UrhG, enligt vilken ett självständigt verk kan skapas genom fri användning av ett annat verk utan samtycke från upphovsmannen till detta verk.[25]

24 Konvention av den 29 oktober 1971 rörande skydd för framställare av fonogram mot olovlig kopiering av deras fonogram, vilken trädde i kraft den 18 april 1973.

25 Det enda som uttryckligen nämns i § 24 UrhG är användning av *verk*, men enligt den hänskjutande domstolen kan denna bestämmelse tillämpas genom analogi även på användning av andra skyddade alster, inbegripet fonogram.

51. Som jag har förklarat i samband med mitt svar på den andra tolkningsfrågan, är artikel 9 i direktiv 2006/115 inte tillämplig i fall där mångfaldigandet av ett skyddat alster inte resulterar i exemplar som kan ersätta äkta exemplar av detta alster. Så är bland annat fallet för självständiga verk som har skapats genom användning av beståndsdelar i andra verk. Eftersom artikel 9 i direktiv 2006/115 inte träffar de situationer som regleras av § 24 UrhG, utgör den inte heller hinder för § 24 UrhG. Därför kommer jag vid min prövning av den tredje tolkningsfrågan att inskränka mig till att tolka bestämmelserna i direktiv 2001/29.

52. Genom artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29 inrättas vissa ensamrätter för vissa kategorier av personer, bland annat den ensamrätt för fonogramframställare att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av deras fonogram som föreskrivs i artikel 2 c i nämnda direktiv. Det anges inte några villkor för dessa rättigheter. Däremot anges det i artikel 5 i direktiv 2001/29 en rad undantag från och inskränkningar i dessa ensamrätter som medlemsstaterna får föreskriva i nationell lagstiftning. Förteckningen över undantag och inskränkningar är uttömmande, något som bekräftas både av skäl 32 i direktiv 2001/29 och av domstolens fasta praxis. [26]

53. Nämnda förteckning innehåller vissa undantag från och inskränkningar i ensamrätterna som är avsedda att underlätta konstnärlig dialog och polemik genom användning av existerande verk. Så är fallet bland annat med undantaget för citat enligt artikel 5.3 d och med undantaget för karikatyr, parodi eller pastisch enligt artikel 5.3 k.

54. Däremot innehåller förteckningen i artikel 5 i direktiv 2001/29 över undantag från och inskränkningar i ensamrätterna inte något allmänt undantag som gör det tillåtet att använda någon annans verk för att skapa ett nytt verk. Således har medlemsstaterna inte rätt att i nationell lagstiftning föreskriva ett sådant undantag, om detta går utöver de undantag som anges i direktiv 2001/29, bland annat de undantag som har nämnts i föregående punkt.

55. Denna bedömning påverkas inte av att regeln enligt § 24 punkt 1 UrhG – som den hänskjutande domstolen har påtalat – i tysk rätt inte ses som ett undantag från upphovsrätten utan som en inneboende begränsning i densamma. I artikel 5 i direktiv 2001/29 görs nämligen inte någon åtskillnad mellan undantag från och inskränkningar (eller begränsningar) i upphovsrätten (eller dess närstående rättigheter). Vissa av de fall som räknas upp i nämnda artikel avser inskränkningar som avspeglar inneboende begränsningar i upphovsrätten i lika hög grad som möjligheten att fritt använda ett verk för att skapa ett annat. Ett exempel på detta är undantaget för privatkopiering enligt artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, [27] som unionslagstiftaren ändå har funnit för gott att ta med i förteckningen över möjliga undantag och inskränkningar.

56. Om det stod varje medlemsstat fritt att vid sidan av förteckningen i artikel 5 i direktiv 2001/29 införa inskränkningar som enligt dess uppfattning avspeglade inneboende begränsningar i upphovsrätten, skulle detta dessutom – som motparterna på goda grunder har anfört – riskera att undergräva ändamålsenligheten hos den harmonisering av undantagen från upphovsrätten som unionslagstiftaren har genomfört. Ett av syftena med direktiv 2001/29 är ju, som framhålls i skäl 31 i detta, att undanröja skillnaderna i medlemsstaternas tillämpning av undantagen från upphovsrätten och de närstående rättigheterna.

57. Det är visserligen riktigt att artikel 5.3 o i direktiv 2001/29 innehåller en sorts ”stand still”-klausul såvitt avser medlemsstaternas tillämpning av de undantag och inskränkningar som redan föreskrevs i deras nationella lagstiftning när nämnda direktiv trädde i kraft. Detta gäller emellertid användning av skyddade alster i ”vissa … fall av mindre betydelse”, och enligt min åsikt är det inte möjligt att anse att ett så vittgående undantag som det som föreskrivs i § 24 punkt 1 UrhG inskränker sig till vissa fall

26 Se, senast, dom av den 7 augusti 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punkt 16).

27 Se, såvitt avser den inneboende karaktären hos denna begränsning, mitt förslag till avgörande i målet EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:24, punkterna 15 och 16).

av mindre betydelse. Dessutom får de användningar som träffas av artikel 5.3 o i direktiv 2001/29 endast vara av analog art, vilket betyder att den bestämmelsen i alla händelser inte skulle kunna träffa förmedling i elektronisk form till allmänheten av fonogram som innehåller utdrag hämtade från andra fonogram.

58. Slutligen föreskrivs det i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 att de undantag och inskränkningar som nämns i artikel 5 får tillämpas endast i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av ett verk eller ett annat skyddat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Detta ”trestegstest” avspeglar liknande bestämmelser i internationella överenskommelser om upphovsrätt och närstående rättigheter. Det rör sig om en bestämmelse som begränsar de undantag och inskränkningar som får tillämpas på ensamrätterna. Denna bestämmelse kan inte tolkas så, att den medger att undantag eller inskränkningar som inte nämns i direktivet införs, eller att befintliga undantag ges ökad räckvidd, under hänvisning till att detta inte skulle strida vare sig mot det normala utnyttjandet av ett verk eller ett annat skyddat alster eller mot ensamrättsinnehavarnas legitima intressen. [28]

59. Jag föreslår således att den tredje tolkningsfrågan ska besvaras med att artikel 2 c i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den utgör hinder för tillämpning på fonogram av en sådan bestämmelse i en medlemsstats nationella lagstiftning som § 24 punkt 1 UrhG, enligt vilken ett självständigt verk kan skapas genom fri användning av ett annat verk utan samtycke från upphovsmannen till detta verk, under förutsättning att nämnda bestämmelse faller utanför de i artikel 5.2 och 5.3 i nämnda direktiv angivna undantagen från och inskränkningarna i ensamrätterna.

Den fjärde tolkningsfrågan

60. Den hänskjutande domstolen har i allt väsentligt ställt sin fjärde tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida det undantag för citat som avses i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 är tillämpligt i en situation där ett utdrag ur ett fonogram har införts i ett annat fonogram på ett sådant sätt att utdraget inte går att särskilja från återstoden av detta andra fonogram.

61. Denna fråga träffar själva kärnan i problemet med tillämpningen av undantaget för citat i sådana situationer som den som är i fråga i det nationella målet.

62. Undantaget för citat har ursprungligen uppkommit i anknytning till litterära verk och används också väsentligen med avseende på sådana verk. Det finns emellertid enligt min uppfattning inget som tyder på att undantaget för citat inom unionens upphovsrätt inte skulle kunna beröra andra kategorier av verk, däribland musikaliska verk. [29] Vidare är det ett rimligt antagande att ett citat ur ett musikaliskt verk kan göras genom mångfaldigande av ett utdrag ur ett fonogram, med tanke på att de undantag och inskränkningar som anges i artikel 5 i direktiv 2001/29 avser både fonogramframställares och upphovsmäns rättigheter.

63. För att ett citat ska vara tillåtet måste det emellertid uppfylla en rad olika rekvisit. Tre av dessa rekvisit är i synnerhet relevanta när det gäller en sådan användning som är i fråga i det nationella målet.

28 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, punkterna 26 och 27).

29 Se, bland annat, Mania, G., ”Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, nr 1/2017, s. 63–88. Se även Vivant, M. & Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2015, s. 571. Domstolen förefaller indirekt ha godtagit att undantaget för citat träffar fotografiska verk (se dom av den 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punkterna 122 och 123).

64. Det första rekvisitet anges uttryckligen i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 och rör syftet med citatet. Enligt nämnda bestämmelse ska citatet göras ”för användning i t.ex. kritik och recensioner”. Uttrycket ”t.ex.” visar att det inte rör sig om någon uttömmande förteckning över citatsyften utan om en exemplifiering. I många fall görs citat, bland annat citat ur konstnärliga verk såsom musikaliska sådana, i andra syften än att användas i kritik eller recensioner. Trots detta ger den berörda bestämmelsens lydelse emellertid, enligt min uppfattning, tydligt vid handen att citatet ska vara avsett att ingå i någon form av dialog med det citerade verket. Det kan röra sig om polemik eller hyllning, eller om något annat, men det krävs ett samspel mellan det citerande verket och det citerade verket.

65. Det andra rekvisitet för att ett citat ska vara tillåtet är i någon mån en följd av det första rekvisitet och innebär att citatet ska vara oförändrat och urskiljbart. Detta betyder till att börja med att det citerade utdraget ska införlivas med det citerande verket i befintligt skick eller åtminstone utan att förvanskas (av tradition godtas nämligen vissa anpassningar, särskilt översättning). Vidare – och detta är den aspekt som direkt aktualiseras av tolkningsfrågan – ska citatet införlivas med det citerande verket på ett sådant sätt att det enkelt kan urskiljas som ett främmande element. Detta andra krav kan i själva verket härledas ur det första rekvisitet ovan, med tanke på att det är svårt att se hur det citerande verket ska kunna gå i dialog eller polemik med det citerade verket om det citerade verket fullständigt uppgår i det citerande verket.

66. De båda ovannämnda rekvisiten gör det möjligt att skilja ett citat från ett plagiat.

67. Dessa rekvisit förefaller inte vara uppfyllda vid sampling i allmänhet eller vid användningen av det i det nationella målet aktuella fonogrammet i synnerhet. Syftet med sampling är inte vare sig att gå i dialog eller polemik med de använda verken eller att hylla dessa, utan utdragen från andra fonogram fungerar inom samplingstekniken som råvaror och smälts in i de nya verken så att de utgör integrerande och ej igenkännbara delar av dessa. Till yttermera visso ändras och mixas dessa utdrag ofta på ett sådant sätt att de förlorar hela sin ursprungliga integritet. Det rör sig således inte om en form av samspel, utan om en form av tillskansande. Det aktuella fallet, där ett utdrag ur ett fonogram som är för kort för att medge något som helst samspel har upprepats i slinga genom hela det nya fonogrammet i syfte att utgöra dess rytmparti, är ett utmärkt exempel på detta.

68. Till dessa materiella rekvisit för att ett citat ska vara tillåtet kommer ett tredje, formellt, krav som också det nämns i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29, nämligen att källan till citatet, inbegripet upphovsmannens namn, ska anges såvida inte detta visar sig vara omöjligt. När det rör sig om ett musikaliskt verk är det naturligtvis svårt (om än inte omöjligt) att ange källan till citatet i själva verket. Däremot kan källan anges exempelvis i beskrivningen av eller titeln på det citerande verket. Som jag har förstått saken är det emellertid inte vedertagen praxis inom hiphop- eller rapkulturen att ange källorna till de samplingar som verken i dessa musikgenrer är uppbyggda av. I alla händelser framgår det inte av handlingarna i det aktuella målet att klagandena skulle ha försökt ange källan till det utdrag som användes i verket *Nur mir* eller motparternas namn.

69. Jag föreslår således att den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras med att det undantag för citat som avses i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 inte är tillämpligt i en situation där ett utdrag ur ett fonogram har införts i ett annat fonogram utan att det förefaller föreligga någon önskan om att få till stånd ett samspel med det förstnämnda fonogrammet och på ett sådant sätt att utdraget inte går att särskilja från återstoden av det sistnämnda fonogrammet.

70. Bland de undantag och inskränkningar som avses i artikel 5.3 i direktiv 2001/29 återfinns också det redan nämnda undantaget för karikatyr, parodi eller pastisch (artikel 5.3 k i direktiv 2001/29). Det undantaget skulle eventuellt kunna vara relevant på tal om användning av utdrag ur ett fonogram i ett annat fonogram. Nämnda undantag har inte införlivats som sådant med den tyska upphovsrättslagstiftningen, men det kan enligt den hänskjutande domstolen härledas ur § 24 punkt 1 UrhG. Den hänskjutande domstolen har emellertid – enligt min åsikt på goda grunder – själv avvisat tanken på att det undantaget skulle kunna vara tillämpligt i det aktuella fallet. Både det undantaget

och det som avser citat förutsätter nämligen ett samspel med det använda verket, eller åtminstone med dess upphovsman, och något sådant samspel föreligger inte vid sådan sampling som den som är i fråga i det nationella målet. [30]

Den femte tolkningsfrågan

71. Den hänskjutande domstolen har ställt sin femte tolkningsfråga för att få klarhet i hur stort utrymme medlemsstaterna har för skönsmässig bedömning när de med sina nationella rättsordningar införlivar bestämmelserna om de ensamrätter som föreskrivs i artiklarna 2 och 3 i direktiv 2001/29 och i artikel 9 i direktiv 2006/115 samt de undantag från dessa ensamrätter som avses i artikel 5 i direktiv 2001/29 och i artikel 10 i direktiv 2006/115. Jag framhåller inledningsvis att eftersom spridningsrätten enligt artikel 9.1 b i direktiv 2006/115 enligt mitt förmenande inte är tillämplig i en sådan situation som den som är för handen i det nationella målet, [31] kommer jag att bedöma denna tolkningsfråga uteslutande såvitt avser direktiv 2001/29.

72. Som den hänskjutande domstolen har påpekat, är denna fråga en följd av praxis från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) med innebörden att i fall där ett direktiv inte ger medlemsstaterna något utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet, ska de bestämmelser som är avsedda att med den tyska rättsordningen införliva detta direktiv i princip inte prövas mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Förbundsrepubliken Tysklands grundlag, nedan kallad grundlagen) av den 23 maj 1949 utan enbart mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i unionens rättsordning. [32]

73. På tal om kontroll mot bakgrund av grundläggande rättigheter av nationella åtgärder för införlivande av unionsrättsliga bestämmelser har EU-domstolen funnit, med hänvisning till artikel 53 i stadgan, att när en unionsrättsakt kräver nationella genomförandeåtgärder förblir nationella myndigheter och domstolar behöriga att tillämpa nationella normer för skydd av grundläggande rättigheter, förutsatt att tillämpningen av dessa normer inte undergräver vare sig den skyddsnivå som föreskrivs i stadgan, såsom denna har tolkats av domstolen, eller unionsrättens företräde, enhetlighet och verkan. [33] En medlemsstat får således inte tillämpa sina egna nationella normer för skydd av grundläggande rättigheter om detta skulle undergräva verkan av en unionsrättslig bestämmelse som inte strider mot stadgan. [34]

74. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av direktiv 2001/29 är begränsat på flera sätt.

75. För det första är de rättigheter som anges i artiklarna 2 och 3 i direktiv 2001/29, däribland fonogramframställarnas i artikel 2 c föreskrivna rätt till mångfaldigande av sina fonogram, formulerade utan villkor, och dessa rättigheter ska obligatoriskt skyddas i medlemsstaternas nationella rättsordningar.

30 EU-domstolen ställde visserligen i sin dom av den 3 september 2014 i målet Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132) inte alltför höga krav såvitt avsåg parodi, men den fann ändå att en parodi ”erinrar om” ett annat verk (se punkt 2 i domslutet). Enligt min uppfattning står det klart att verket *Nur mir* under de omständigheter som är för handen i det aktuella målet inte utgör vare sig en parodi eller en karikatyr av verket *Metall auf Metall*. Begreppet pastisch avser för sin del en imitation av ett verks eller en upphovsmans stil och medför inte något krav på att några delar av det berörda verket ska användas. Vad som är i fråga i det aktuella fallet är den rakt motsatta situationen, nämligen ett fall där ett fonogram används för att skapa ett verk i en helt annorlunda stil.

31 Se den del av detta förslag till avgörande som ägnas åt besvarandet av den andra tolkningsfrågan.

32 Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) erinrade om denna praxis i sin dom av den 31 maj 2016, 1 BvR 1585/13, som ingår i bakgrunden till den aktuella begäran om förhandsavgörande (se punkt 81 i detta förslag till avgörande).

33 Dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 60).

34 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 63).

76. För det andra är de begrepp som används i bestämmelserna i direktiv 2001/29 självständiga unionsrättsliga begrepp, eftersom det saknas hänvisningar till medlemsstaternas lagstiftning.[35] Detta gäller bland annat begreppet mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 i direktivet.[36] Det gäller också de begrepp som används i definitionerna av de olika undantagen från och inskränkningarna i de ensamrätter som regleras genom direktiv 2001/29, bland annat begreppet parodi i artikel 5.3 k i nämnda direktiv.[37] Så torde även vara fallet för begreppet citat i den mening som avses i artikel 5.3 d i samma direktiv.

77. För det tredje kan slutligen de ensamrätter som medlemsstaterna i artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29 villkorslöst och obligatoriskt åläggs att skydda inte bli föremål för andra undantag och inskränkningar än dem som uttömmande räknas upp i artikel 5.1–5.3 i samma direktiv. Med tanke på att alla dessa undantag utom ett är fakultativa, har medlemsstaterna utrymme för skönsmässig bedömning vid valet och utformningen av de undantag som de finner lämpliga att införliva med sin nationella lagstiftning, även om de inte får införa andra undantag än de angivna eller utöka räckvidden för befintliga undantag.[38] Noteras ska vidare att det finns gränser även för detta utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom vissa av undantagen avspeglar en avvägning som unionslagstiftaren har gjort mellan upphovsrätten och olika grundläggande rättigheter, bland annat yttrandefriheten, varför det är tänkbart att underlåtenhet att i nationell lagstiftning föreskriva vissa undantag skulle kunna visa sig strida mot stadgan.[39]

78. Medlemsstaterna är således skyldiga att i sina nationella rättsordningar garantera skyddet av de ensamrätter som anges i artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29, vilkas räckvidd i förekommande fall fastställs i domstolens praxis, och dessa rättigheter får begränsas endast inom ramen för tillämpningen av de undantag och inskränkningar som uttömmande räknas upp i artikel 5 i samma direktiv. Det är inte möjligt för medlemsstaterna att mot denna skyldighet åberopa en bestämmelse i deras nationella rättsordning, inte ens en bestämmelse som har konstitutionell karaktär eller avser en grundläggande rättighet.[40] Däremot får medlemsstaterna – liksom för varje annat direktiv, i kraft av artikel 288 tredje stycket FEUF – själva välja de åtgärder som de finner lämpliga att vidta i syfte att fullgöra denna skyldighet. Vid det valet kan de naturligtvis låta sig vägledas bland annat av överväganden som rör deras konstitutionella principer och de grundläggande rättigheterna, under förutsättning att de inte undergräver unionsrättens ändamålsenliga verkan.

79. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att den femte tolkningsfrågan ska besvaras med att medlemsstaterna är skyldiga att i sina nationella rättsordningar garantera skyddet av de ensamrätter som anges i artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29 och att dessa ensamrätter får begränsas endast inom ramen för tillämpningen av de undantag och inskränkningar som uttömmande räknas upp i artikel 5 i samma direktiv, men att medlemsstaterna själva får välja de åtgärder som de finner lämpliga att vidta i syfte att fullgöra denna skyldighet.

35 Se, bland annat, dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 27).

36 Se dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 32).

37 Dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 15).

38 Dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, punkterna 26 och 27).

39 Se även mitt förslag till avgörande i målet Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, punkterna 38 och 39).

40 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

Den sjätte tolkningsfrågan

Inledande anmärkningar

80. Den hänskjutande domstolen har ställt sin sjätte tolkningsfråga för att få klarhet i hur de grundläggande rättigheterna i stadgan ska beaktas vid tolkningen av räckvidden för de ensamrätter som fonogramframställare åtnjuter i kraft av direktiven 2001/29 och 2006/115 och vid tolkningen av räckvidden för de inskränkningar i och undantag från dessa rättigheter som anges i nämnda direktiv.

81. Denna fråga är så allmänt hållen att jag betvivlar att ett lika allmänt hållet svar vore användbart för den hänskjutande domstolen. Det förefaller emellertid stå klart att denna fråga har anknytning till den dom där Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) [41] dels kritiserade, med hänvisning till friheten för konstnärligt skapande enligt § 5 i grundlagen, den hänskjutande domstolens dom varigenom denna fastställde appellationsdomstolens för motparterna gynnsamma dom, dels återförvisade målet till den hänskjutande domstolen för ny prövning, i förekommande fall mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i unionens rättsordning och vid behov medelst ingivande av en ansökan om förhandsavgörande till EU-domstolen.

82. Därför är det lämpligt att tolka den sjätte tolkningsfrågan så, att vad den hänskjutande domstolen i allt väsentligt önskar få klarhet i är huruvida den frihet för konsten som stadfästs i artikel 13 i stadgan medför en inskränkning av, eller kan berättiga ett intrång i, en fonogramframställares ensamrätt att tillåta eller förbjuda delvis mångfaldigande av sitt fonogram i fall där detta används i ett annat fonogram. Det problem som aktualiseras rör således huruvida konstens frihet har företräde framför fonogramframställarens ovannämnda ensamrätt.

83. Vid första anblicken kan det förefalla paradoxalt att på detta sätt ställa konstens frihet mot en upphovsrätten närstående rättighet. Huvudsyftet med upphovsrätten och dess närstående rättigheter är ju att främja konstens utveckling genom att garantera att konstnärerna erhåller inkomster från sina verk, så att de blir oberoende av diverse mecenater och fritt kan bedriva sin kreativa verksamhet. [42]

84. Det aktuella målet avser inte direkt upphovsmännens ensamrätt utan i stället den ensamrätt som tillkommer fonogramframställare, vilka åtnjuter denna rätt i kraft av sina ekonomiska och organisatoriska insatser. Anledningen till att lagstiftaren har inrättat en ensamrätt för fonogramframställarna är emellertid att dessa bidrar som medhjälpare till skapandet och spridningen av verk. Deras rättighet i förhållande till fonogrammen ska garantera att de kan få avkastning på sina investeringar. Dessutom behöver fonogram visserligen inte nödvändigtvis alltid utgöra upptagningar av framföranden av verk, men när det gäller sådana musikfonogram som är i fråga i det aktuella målet är så emellertid i allmänhet fallet. Bland dem som är inblandade i framställandet av ett sådant fonogram märks normalt, utöver framställaren själv, upphovsmän och utövande konstnärer, vilkas rättigheter också blir föremål för intrång när fonogrammet används utan tillstånd. Således må det vara riktigt att det nationella målet uteslutande avser fonogramframställarnas rättigheter, men inom ramen för en diskussion om de grundläggande rättigheterna är det enligt min åsikt inte möjligt att bortse från övriga berörda parter.

85. Det aktuella fallet är ett utmärkt exempel på detta. Motparterna, som i det berörda rättsliga förfarandet uppträder i egenskap av framställare av det ifrågavarande fonogrammet, är även utövande konstnärer, och en av dem är dessutom upphovsman till det verk som återfinns på nämnda fonogram. [43] På den motsatta sidan är situationen snarlik: klagandena är inte endast kompositörer till

41 Dom av den 31 maj 2016, 1 BvR 1585/13.

42 Denna funktion hos upphovsrätten och dess närstående rättigheter bekräftas för övrigt uttryckligen i skälen 9–11 i direktiv 2001/29.

43 Deras rättigheter i egenskap av upphovsman och utövande konstnärer gjordes för övrigt gällande i andra hand i målet i första instans (se punkt 14 i detta förslag till avgörande).

det verk som återfinns på det omtvistade fonogrammet utan även framställare av nämnda fonogram. Det nationella målet avser således inte en tvist mellan en konstnär och en fonogramframställare, utan båda rollerna är företrädda på båda sidor. Därför är det också nödvändigt att beakta samtliga dessa olika intressen när man gör en avvägning mellan de olika grundläggande rättigheter som är aktuella.

Domen från Bundesverfassungsgericht (federala författningsdomstolen)

86. Den ovannämnda domen från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) [44] grundar sig i huvudsak på en tolkning av § 24 punkt 1 UrhG mot bakgrund av friheten för konstnärligt skapande enligt § 5 punkt 3 första meningen i grundlagen. Den hänskjutande domstolen fick kritik för att inte tillräckligt ha beaktat klagandenas konstnärliga frihet vid sin tolkning av § 24 punkt 1 UrhG, en tolkning som bland annat hade föranlett den hänskjutande domstolen att dra slutsatsen att den bestämmelsen inte var tillämplig när konstnären själv kunde återskapa den ljudsekvens som han eller hon hade hämtat från någon annans fonogram. Denna tolkning innebar enligt Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) en oskälig inskränkning av friheten att skapa och således av möjligheterna till konstnärlig dialog, eftersom den uppsättning av alternativ som då skulle stå till buds för konstnärerna – det vill säga att utverka tillstånd, att återskapa ljuden själva eller att begränsa sig till de ljud som fanns att tillgå i befintliga samplingsbaser – vore otillräcklig, särskilt för musikgenrer som hiphop vilka i hög grad är beroende av sampling.

87. Att tillämpa § 24 punkt 1 UrhG på sampling skulle däremot enligt Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) endast innebära en mindre inskränkning av fonogramframställarnas äganderätt, vilken garanteras genom § 14 punkt 1 i grundlagen, eftersom de nya verken inte skulle konkurrera med deras fonogram. Vad fonogramframställarna skyddas mot genom § 85 punkt 1 UrhG, som rör fonogramframställares rättigheter, är nämligen enligt Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) enbart kommersiell användning och piratkopiering av deras fonogram, vilket inte föreligger vid sampling, eftersom detta är ett konstnärligt förfarande. Lagstiftaren hade visserligen kunnat föreskriva att innehavarna av ensamrätter skulle erhålla kompensation för fritt nyttjande (”freie Benutzung”) som sker med stöd av § 24 punkt 1 UrhG, men att sådan kompensation saknas innebär enligt Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland) inte att den grundlagsenliga äganderätten åsidosätts.

88. Slutligen tillade Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) att den hänskjutande domstolen, för att få till stånd en riktig avvägning mellan de aktuella rättigheterna, utöver att tolka § 24 punkt 1 UrhG i överensstämmelse med friheten för konsten även kunde göra en restriktiv tolkning av fonogramframställarnas rättigheter enligt § 85 punkt 1 UrhG. Därvid påpekade Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) emellertid också att målet då kunde träffas av unionsrätten med beaktande av den harmonisering av fonogramframställares rättigheter som hade skett genom direktiv 2001/29. För den händelse att det direktivet inte gav medlemsstaterna något utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet, skulle den hänskjutande domstolen säkerställa skyddet av de grundläggande rättigheterna i överensstämmelse med stadgan, [45] vid behov genom att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Dessutom skulle den hänskjutande domstolen förvissa sig om att den i grundlagen fastslagna oförytterliga miniminivån för skyddet av de grundläggande rättigheterna vidmakthölls.

44 I denna bedömning utgår jag från den engelskspråkiga versionen av domen från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen), som finns på dennas internetplats, och – såvitt avser den beskrivande delen – på kommentarerna till den berörda domen, särskilt Duhanic, I., ”Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, vol. 11, nr 12, s. 932–945, Mezei, P., ”De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, nr 1, s. 56–67, och Mimler, M.D., ”*Metall auf Metall* – German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, vol. 7, nr 1, s. 119–127.

45 I enlighet med den praxis från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) som har nämnts i punkt 72 i detta förslag till avgörande.

Bedömning mot bakgrund av unionsrätten

89. Någon inskränkning i de ensamrätter som anges i direktiv 2001/29 motsvarande den inskränkning som föreskrivs i § 24 punkt 1 UrhG finns inte i unionens upphovsrätt. Den sistnämnda bestämmelsen är – som har framgått av min diskussion inom ramen för svaret på den tredje tolkningsfrågan – enligt min uppfattning oförenlig med direktiv 2001/29 i den mån som den medger avsteg från ensamrätterna som går utöver undantagen enligt artikel 5 i det direktivet, bland annat undantaget för citat och undantaget för karikatyr, parodi eller pastisch. Eftersom de undantagen enligt min bedömning inte är tillämpliga i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet,[46] är det inte möjligt att inom ramen för unionsrätten resonera analogt med Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen). Hur ska då fonogramframställarnas ensamrätt till mångfaldigande enligt artikel 2 c i direktiv 2001/29 bedömas mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan?

90. Upphovsrätten och de närstående rättigheterna ger rättsinnehavarna monopol på egendom av intellektuell eller konstnärlig art såsom verk, fonogram och så vidare, vilket kan föranleda en inskränkning av utövandet av vissa grundläggande rättigheter, bland annat yttrandefriheten och konstens frihet. Dessutom är den immateriella äganderätten i sig skyddad i och med att äganderätten är en grundläggande rättighet. Det behöver därför göras en avvägning mellan dessa olika rättigheter, av vilka ingen har principiellt företräde framför någon av de andra.[47] Inom upphovsrätten avspeglas en liknande avvägning i själva verket redan i ett antal inskränkningar och undantag, vilka är avsedda att ombesörja en lämplig balans mellan å ena sidan rättigheterna och intressena hos innehavarna av upphovsrätt och närstående rättigheter och å andra sidan diverse andra allmänna och enskilda intressen, inbegripet intresset av skydd för de grundläggande rättigheterna.

91. Friheten för konsten, som nämns i artikel 13 första stycket i stadgan, utgör en form av den yttrandefrihet som avses i artikel 11 i stadgan. I det system som har inrättats genom konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen), undertecknad i Rom den 4 november 1950, finns det nämligen inte någon separat frihet för konsten, utan denna härleds ur den yttrandefrihet som stadfästs i artikel 10 i nämnda konvention.

92. Yttrandefriheten, som friheten för konsten alltså härleds ur, rör framför allt mottagande och spridning av tankar och uppgifter, varför friheten för konsten framför allt rör mottagande och spridning av innehållet i verk.[48] Kränkningar av friheten för konsten kan i första hand uppkomma genom censur av sådant innehåll.[49] Däremot anser jag att konstnärernas frihet är avsevärt mindre omfattande när det gäller deras förvärv av medel för sitt skapande. Konstnärerna måste rätta sig efter

46 Se den del av detta förslag till avgörande som ägnas åt besvarandet av den fjärde frågan.

47 Se senast, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punkt 44).

48 Som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har uttryckt saken, utgör ”yttrandefriheten, som stadfästs i artikel 10.1 [i Europakonventionen], … en av de nödvändiga grundvalarna för ett demokratiskt samhälle och en av de viktigaste förutsättningarna både för ett sådant samhälles framsteg och för vars och ens utveckling. Med förbehåll för punkt 2 träffar denna frihet inte endast sådana ’uppgifter’ och ’tankar’ som möter medhåll eller anses oförargliga eller likgiltiga, utan även sådana som kränker, upprör eller oroar staten eller någon del av befolkningen” (Europadomstolen, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler mot Österrike, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

49 Se Europadomstolen, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler mot Österrike, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

villkoren i samhällslivet och på marknaden där de är verksamma. Friheten för konsten innebär inte att konstnärerna befrias från vardagslivets begränsningar. Inte är det väl särskilt rimligt att en målare med hänvisning till sin frihet att skapa ska kunna göra gällande att han eller hon ska slippa betala för färger och penslar [50]? [51]

93. Sampling har visserligen en särskild funktion i musikgenrer som hiphop och rap. Där utgör sampling nämligen inte endast ett medel för skapande utan också ett konstnärligt tillvägagångssätt i sig. Detta kan emellertid inte vara något avgörande argument i den rättsliga diskussionen, eftersom rättsreglerna måste tolkas lika för alla. Om det skulle anses tillåtet att sampla ur fonogram utan rättsinnehavarnas medgivande, måste detta gälla både för musiker som tillhör hiphopkulturen och för alla andra musiker.

94. De begränsningar och restriktioner som livet ställer upp för friheten att skapa är något som konstnärerna i särskilt hög grad måste vara medvetna om när dessa begränsningar och restriktioner har samband med andras grundläggande fri- och rättigheter, exempelvis deras äganderätt, inbegripet till immateriell egendom. I sådana fall är det en särskilt grannlaga uppgift att väga de olika inblandade rättigheterna och intressena mot varandra, och det finns sällan en enda lösning som kan få allas stöd. I ett demokratiskt samhälle bör denna avvägning i första hand göras av lagstiftaren, som förkroppsligar folkviljan. Därvid har lagstiftaren ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. [52] Sedan kan tillämpningen av de lagstiftningslösningar som väljs bli föremål för domstolskontroll, varvid domstolarna ska se till att de grundläggande rättigheterna iakttas vid tillämpningen i konkreta fall. Utom i undantagsfall [53] bör emellertid denna kontroll normalt utföras inom de gränser som ges av de tillämpliga bestämmelserna, vilka ska presumeras vara giltiga, även i förhållande till de grundläggande rättigheterna. Om endast en lösning godtogs som förenlig med de grundläggande rättigheterna, skulle ju lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning i själva verket bli noll och intet.

95. Som jag redan har nämnt, tar unionens upphovsrätt hänsyn till olika rättigheter och intressen som skulle kunna komma i konflikt med upphovsmäns och andra rättsinnehavares ensamrätter, bland annat friheten för konsten. Sådana undantag från ensamrätterna som undantaget för citat och undantaget för karikatyr, parodi eller pastisch skapar möjligheter till konstnärlig dialog och polemik genom hänvisning till befintliga verk. Inom ramen för de gällande reglerna finns det bland annat tre sätt att bedriva sådan dialog eller polemik: för det första kan man skapa verk som visserligen är inspirerade av befintliga verk men som inte direkt återger några skyddade element, för det andra kan man utnyttja de befintliga inskränkningarna i och undantagen från ensamrätterna, och för det tredje kan man utverka de tillstånd som krävs.

96. Däremot anser jag inte att friheten för konsten såsom denna stadfästs i artikel 13 i stadgan föranleder något krav på införande eller godtagande av ett undantag eller en inskränkning liknande vad som föreskrivs i § 24 UrhG – ett undantag eller en inskränkning som skulle träffa sådana användningar som den som är i fråga i det nationella målet, där skyddade verk eller andra alster inte används med syftet att få till stånd ett samspel med dem utan enbart som råvaror vid skapandet av nya verk som helt saknar koppling till de befintliga verken. Ett krav på tillstånd för sådan användning skulle enligt min uppfattning inte inskränka friheten för konsten på ett sätt som skulle gå längre än de normala krav som råder på marknaden, särskilt som de nya verken i fråga ofta genererar icke

50 Bedömningen skulle förvisso kunna bli en annan om en konstnär bereddes sådana svårigheter med syftet att han eller hon skulle hindras från att skapa just med hänvisning till innehållet i hans eller hennes verk (se Andrzej Wajdas film ”Powidoki” (svensk titel: ”Afterimage”) om trakasserierna mot den polske målaren Władysław Strzemiński under Stalintiden) – men det rör sig om extrema situationer.

51 I detta hänseende har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna slagit fast att ”[k]onstnärer och de som marknadsför konstnärers verk … inte [är] undantagna från de inskränkningar som möjliggörs genom artikel 10.2 [i Europakonventionen]. Den som utövar sin yttrandefrihet åtar sig nämligen – som det uttryckligen anges i den bestämmelsen – ’ansvar och skyldigheter’, som är olika omfattande beroende på personens situation och tillvägagångssätt” (Europadomstolen, 25 januari 2007, Vereinigung Bildender Künstler mot Österrike, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

52 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 10 januari 2013, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

53 Se, exempelvis, mål C-469/17, Funke Medien NRW, i vilket jag föredrog mitt förslag till avgörande den 25 oktober 2018 (EU:C:2018:870).

försumbara intäkter åt upphovsmännen och fonogramframställarna. Såvitt avser argumentet att det i vissa fall skulle kunna visa sig omöjligt att få tillstånd, till exempel om rättsinnehavarna motsatte sig detta, anser jag att friheten för konsten inte gärna kan innebära att var och en garanteras möjligheten att fritt använda precis vad han eller hon vill i sitt skapande värv.

97. Inte heller anser jag att fonogramframställarnas ekonomiska intressen, vilka är vad som berättigar deras ensamrätter, inskränker sig till skydd mot kommersiell användning och piratkopiering. Inom unionsrätten är så förvisso fallet med spridningsrätten,[54] men rätten till mångfaldigande är däremot brett utformad och omfattar samtliga möjliga former av utnyttjande av ett fonogram. Dessutom förefaller det rättvist att den som har framställt ett fonogram ska få ta del av intäkter som härrör från utnyttjande av verk vilka har skapats med användning av nämnda fonogram. Till yttermera visso är det vid avvägningen mellan de olika grundläggande rättigheterna nödvändigt att beakta inte endast fonogramframställarnas rättigheter och ekonomiska intressen utan även de utövande konstnärernas och upphovsmännens rättigheter, inbegripet deras ideella rättigheter. Ideella rättigheter, exempelvis rätten att slå vakt om ett verks integritet, kan utgöra ett legitimt hinder för en viss användning av ett verk även om denna användning träffas av ett undantag.[55]

98. Det är fullt möjligt att anse att det skydd som fonogramframställarna åtnjuter, både inom unionsrätten och inom den internationella rätten, är oskäligt långtgående i så måtto att det (såvitt avser ekonomiska rättigheter) är lika omfattande som upphovsmännens skydd. Jag utesluter inte att en framtida avvägning från unionslagstiftarens sida av de olika berörda rättigheterna och intressena kan resultera i att det införs ett undantag från upphovsmäns och övriga rättsinnehavares ensamrätter som träffar användningar liknande sampling. Detta är emellertid inte någon uppgift för en domstol. Vid domstolskontroll av tillämpningen av gällande bestämmelser har de grundläggande rättigheterna en annorlunda roll att spela: de fungerar som ett slags sista utväg (*ultima ratio*) vilken kan tillgripas för att göra avsteg från de relevanta bestämmelserna endast i fall av uppenbara kränkningar av det väsentliga innehållet i en grundläggande rättighet.[56] Någon sådan kränkning föreligger enligt min bedömning inte såvitt avser situationen för sampling inom unionens upphovsrätt.

99. Jag föreslår således att den sjätte tolkningsfrågan ska besvaras med att fonogramframställarnas ensamrätt enligt artikel 2 c i direktiv 2001/29 att tillåta eller förbjuda delvis mångfaldigande av deras fonogram för användning i samplingssyfte inte är oförenlig med friheten för konsten såsom denna frihet stadfästs i artikel 13 i stadgan.

Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att de tolkningsfrågor som har hänskjutits av Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) ska besvaras enligt följande:

1) Artikel 2 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället ska tolkas så, att hämtandet av ett utdrag från ett fonogram för användning i ett annat fonogram (sampling) utgör ett intrång i det förstnämnda fonogrammets framställares ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av sitt fonogram, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, om hämtandet och användningen av utdraget sker utan dennes tillåtelse.

54 Se den del av detta förslag till avgörande som ägnas åt besvarandet av den andra tolkningsfrågan.

55 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkterna 27–31).

56 Se senast, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, punkt 46).

2) Artikel 9.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter ska tolkas så, att ett fonogram som innehåller utdrag vilka har överförts från ett annat fonogram (samplingar) inte utgör ett exemplar av detta andra fonogram i den mening som avses i den bestämmelsen.

3) Artikel 2 c i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den utgör hinder för tillämpning på fonogram av en sådan bestämmelse i en medlemsstats nationella lagstiftning som § 24 punkt 1 i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter), av den 9 september 1965, enligt vilken ett självständigt verk kan skapas genom fri användning av ett annat verk utan samtycke från upphovsmannen till detta verk, under förutsättning att nämnda bestämmelse faller utanför de i artikel 5.2 och 5.3 i nämnda direktiv angivna undantagen från och inskränkningarna i ensamrätterna.

4) Det undantag för citat som avses i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 är inte tillämpligt i en situation där ett utdrag ur ett fonogram har införts i ett annat fonogram utan att det förefaller föreligga någon önskan om att få till stånd ett samspel med det förstnämnda fonogrammet och på ett sådant sätt att utdraget inte går att särskilja från återstoden av det sistnämnda fonogrammet.

5) Medlemsstaterna är skyldiga att i sina nationella rättsordningar garantera skyddet av de ensamrätter som anges i artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29, och dessa ensamrätter får begränsas endast inom ramen för tillämpningen av de undantag och inskränkningar som uttömmande räknas upp i artikel 5 i samma direktiv. Medlemsstaterna får emellertid själva välja de åtgärder som de finner lämpliga att vidta i syfte att fullgöra denna skyldighet.

6) Fonogramframställarnas ensamrätt enligt artikel 2 c i direktiv 2001/29 att tillåta eller förbjuda delvis mångfaldigande av deras fonogram för användning i samplingssyfte är inte oförenlig med friheten för konsten såsom denna frihet stadfästs i artikel 13 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.